

IMPACTOS DO COVID 19 E DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA NA FLEXIBILIZAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

IMPACTOS DEL COVID 19 Y DE LA LEY DE LIBERTAD ECONÓMICA EN LAS AUTORIZACIONES AMBIENTALES

Annelise Monteiro Steigleder¹

RESUMO: O artigo trata dos riscos de retrocesso e de redução da proteção substantiva do meio ambiente ecologicamente equilibrado, no contexto brasileiro, como consequência da flexibilização do licenciamento ambiental, sob a justificativa de superar a recessão econômica agravada pela pandemia do coronavírus COVID 19. Problematisa-se a diferenciação entre simplificação e flexibilização e analisa-se os critérios para enquadramento de atividades de baixo risco, consoante previsto pela Lei da Liberdade Econômica. Conclui-se pela necessidade de o Estado realizar avaliação de custo-benefício para a tomada de decisões, consoante critérios jurídicos orientados pela principiologia constitucional, evitando-se soluções improvisadas e desprovidas de fundamentação técnica, que culminam na flexibilização da proteção jurídica dos direitos fundamentais. Adotou-se a metodologia lógico-indutiva e a técnica de pesquisa é qualitativa, bibliográfica e documental.

Palavras-chaves: covid -19; licenciamento ambiental; lei de liberdade econômica.

ABSTRACT: El artículo trata sobre los riesgos de regresión y reducción de la protección sustantiva del medio ambiente ecológicamente equilibrado, en el contexto brasileño, como consecuencia de la flexibilización de las licencias ambientales, bajo la justificación de superar la recesión económica agravada por la pandemia del coronavirus COVID 19. La diferenciación entre simplificación y flexibilización es destacada y se analizan los criterios para enmarcar las actividades de bajo riesgo, según lo dispuesto en la Ley de Libertad Económica. Se concluye con la necesidad de que el Estado lleve a cabo una evaluación costo-beneficio para la toma de decisiones, de acuerdo con criterios jurídicos guiados por los principios constitucionales, evitando soluciones improvisadas, carentes de razonamiento técnico, que culminen con la flexibilización de la protección jurídica de los derechos fundamentales. Se adoptó la metodología lógica-inductiva y la técnica de investigación es cualitativa, bibliográfica y documental.

Keywords: covid 19; autorizaciones ambientales; ley de libertad económica.

¹ Doutoranda em Planejamento Urbano e Regional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Promotora de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

1. INTRODUÇÃO

A superveniência da pandemia do novo coronavírus COVID 19 paralisou o Planeta, impondo o confinamento e o distanciamento social quase que simultâneo em todas as cidades e regiões, com fortes impactos na oferta e na demanda por bens e serviços, desorganizando as relações de trabalho, de comércio e de crédito. Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde – OMS declarou que o surto do coronavírus constituía Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional e, em 11 de março de 2020, a presença do vírus em mais de 114 países ensejou o reconhecimento oficial da pandemia. As atividades econômicas não essenciais foram paralisadas e os países mergulharam em uma aguda crise econômica de difícil recuperação no curto prazo. Conforme o Banco Mundial, a economia global sofreu um impacto devastador que levará à recessão mais profunda desde a Segunda Guerra Mundial. No Brasil, o cenário econômico é muito crítico, dada a profunda desigualdade socioeconômica que caracteriza a sociedade brasileira. Estima-se que o país atravessará a recessão mais profunda dos últimos 120 anos e a taxa de desemprego deve bater o recorde de 19% da população².

A urgência da recuperação econômica, por sua vez, intensifica o discurso que culminou na publicação da Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019) e das discussões do Projeto da Lei Geral do Licenciamento, que defende a imperiosidade da desburocratização e da simplificação das exigências ambientais, sobretudo quando do licenciamento de atividades utilizadoras de recursos naturais ou potencialmente poluidoras.

Nesse contexto, o presente artigo apresenta o seguinte problema: considerando-se o grau de proteção jurídica conferido ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pela Constituição Federal de 1988 e a necessidade de superação da crise econômica agravada pela pandemia, quais são as condições jurídicas e os limites para a simplificação de processos administrativos de liberação de atividades econômicas, sob o marco da Lei da Liberdade Econômica?

Para responder ao problema, apresenta-se o contexto do surgimento da pandemia do novo Coronavírus COVID 19 como relacionado à crise ambiental, que instaura o dilema entre o dever de proteção intransigente do equilíbrio ecológico e a necessidade de aceleração do ritmo da retomada do desenvolvimento econômico, que acaba por produzir riscos e impactos ambientais que podem ser intoleráveis. O dilema incide sobre os critérios jurídicos que diferenciam a simplificação do processo de licenciamento ambiental da flexibilização do regime de proteção jurídica conferido aos bens fundamentais. Conclui-se com a proposição de critérios que devam pautar a interpretação da Lei da Liberdade Econômica, de forma a compatibilizar as suas inovações com o sistema jurídico constitucional.

Justifica-se a relevância da presente investigação pela ainda escassa bibliografia a respeito da Lei da Liberdade Econômica, especialmente no sentido de apurar os seus impactos na proteção jurídica conferida aos bens ambientais e de harmonizá-la com a principiologia constitucional.

Quanto à metodologia, a pesquisa é qualitativa, bibliográfica-documental e adota a abordagem de base lógico-indutiva³.

2 Instituto de Pesquisas Aplicadas (IPEA). Disponível em: <https://folha.uol.com.br>, edição de 11 jul. de 2020. Acesso em: 06 set. 2020.

3 A abordagem de base lógico-indutiva consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral (PASOLD, Cesar Luis. *Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática*. 11. ed., Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2011, p. 86).

2. A CRISE AMBIENTAL E O COVID-19

Ainda não há certeza científica sobre a origem do COVID-19, que teria aparecido na cidade chinesa de Wuhan em dezembro de 2019, provavelmente como o resultado de alguma mutação de um vírus presente em animais silvestres (morcegos e pangolins) que eram comercializados no mercado de Huanan⁴, mas o fato é que o contágio em progressão geométrica e a escalada do número de mortes decorrentes da pandemia paralisaram a economia mundial, determinando o fechamento de todas as atividades consideradas não essenciais ao longo de diversos meses, de forma não concomitante, em quase todas as cidades do planeta. Enquanto este artigo era escrito, ainda se vivenciava um período de redução de atividades econômicas, determinada pela exigência do distanciamento social, que deve perdurar até meados de 2021 diante da falta de uma vacina, único antídoto para o contágio.

A pandemia expôs a gravidade da crise ambiental compreendida como uma crise “civilizacional, espiritual e uma crise de visão do mundo”⁵, que exalta a insustentabilidade da apropriação quantitativa e qualitativa do ambiente, uma vez, que, além de provocar a extinção de espécies e o exaurimento dos componentes naturais do ambiente, conduz para o empobrecimento progressivo do ser humano. A presença de animais silvestres no mercado chinês é sintomática da crise e denuncia a destruição de habitats e da biodiversidade, que vem acompanhada da crise climática e de processos insustentáveis de urbanização, potencializando o consumo de energia e de recursos naturais, ao mesmo tempo em que elimina dejetos, efluentes e emissões atmosféricas.

Novas pandemias podem surgir, pois o COVID 19 não é o primeiro vírus transmitido para o ser humano por animais silvestres. Ujvari esclarece que a SARS (Síndrome Respiratória Aguda Severa), que se tornou uma pandemia no ano de 2003, infectando 8 mil pessoas e causando mais de 900 mortes, distribuídas em 30 países, teve origem no civeta (*Civettictis civetta*), um mamífero selvagem que vive nas montanhas asiáticas, e é caçado pelo ser humano para abastecer restaurantes de comidas exóticas localizados nas cidades chinesas⁶ e para a produção de café.⁷ Em seu estudo, Ujvari, em 2011, alertou que “a possibilidade de uma nova pandemia por algum vírus semelhante ao de 2003 é considerável e virá, provavelmente, dos morcegos”⁸, o que acabou se concretizando no final de 2019 com o coronavírus COVID 19.

Ujvari alerta que a introdução de espécies de fauna exótica, que depois se tornam invasoras, é um fator que aumenta o risco de propagação de vírus, como se deu no caso do mosquito *Aedes aegypti*, responsável pelas epidemias de dengue, que chegou ao Brasil, provavelmente, em embarcações africanas durante os séculos de tráfico negreiro, na forma de ovos e larvas. No presente, o contágio é exponencialmente intensificado pelo fluxo de pessoas ao redor do planeta, o que explica o fato de o COVID 19, em seis meses ter atingido áreas remotas da Amazônia, onde vivem tribos indígenas, provavelmente contaminadas pelo

4 Conforme consta de artigo publicado por Arthur Gruber, professor do Departamento de Parasitologia do Instituto de Ciências Biomédicas da USP, há probabilidade de que o vírus transmitido a humanos tenha sido um produto químico oriundo da recombinação entre um vírus próximo ao RaTG12 de morcego e um segundo vírus próximo do vírus de pangolim. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/covid2-o-que-se-sabe-sobre-a-origem-da-doenca/>. Acesso em: 04 de set. 2020.

5 UNGER, Nancy Mangabeira. *Fundamentos filosóficos do pensamento ecológico*. São Paulo: Loyola, 1992, p.20.

6 UJVARI, Stefan Cunha. *Pandemias. A humanidade em risco*. São Paulo: Contexto, 2011, p.10.

7 Disponível em: <https://www.worldanimalprotection.org.br/not%C3%ADcia/conheca-o-mamifero-asiatico-explorado-para-produzir-cafe-mais-carodo-mundo>. Acesso em: 08 set. 2020.

8 UJVARI, Stefan Cunha. *Pandemias. A humanidade em risco*. São Paulo: Contexto, 2011, p.21.

contato com garimpeiros e desmatadores.⁹

O paradoxo é que a restauração dos ambientes naturais, necessários para a conservação da biodiversidade e para a prevenção contra novas pandemias, depende de uma maior intervenção estatal nas atividades econômicas, tanto em caráter *ex ante*, quando do licenciamento ambiental e urbanístico, como *ex post*, mediante a intensificação da fiscalização das atividades com potencial lesivo. No entanto, esta não parece ser a racionalidade adotada pela Lei da Liberdade Econômica, que apregoa a intervenção estatal mínima, com a adoção do princípio “da intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas” (art. 2º, inciso III).

Dentre as novidades legislativas, consta a dispensa do controle estatal para as atividades econômicas consideradas de “baixo risco” (art. 3º, inciso I), muito embora a lei prescreva que o direito de desenvolver atividade econômica em qualquer horário e dia da semana, inclusive feriados, deva observar “as normas de proteção ao meio ambiente, incluídas as de repressão à poluição sonora e à perturbação do sossego público” (alínea “a”); e explicita a não incidência do silêncio positivo para os casos em que houver expressa vedação legal¹⁰, como se dá no licenciamento ambiental por força do art. 14, §3º, da Lei Complementar 140/2011¹¹.

Nesse mesmo percurso reducionista da intervenção estatal, cumpre assinalar o Projeto de Lei 3729/2004 (Lei Geral do Licenciamento Ambiental)¹², que pretende modificar o principal instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, IV, da Lei 6938/81, e Lei Complementar 140/2011). A função do licenciamento ambiental é procedimentalizar a avaliação dos impactos ambientais e determinar medidas de prevenção, mitigação e de compensação ambiental, que representam condicionantes à tolerabilidade dos impactos negativos licenciados. Se o projeto de lei for aprovado tal como consta de sua terceira versão, implicará, consoante análise da ONG Amigos da Terra, a exclusão da avaliação de impactos indiretos; a normatização do licenciamento por adesão e compromisso como regra para todos os empreendimentos que não causem significativo impacto ambiental, a autorização para que estados e municípios possam dispensar o licenciamento ambiental para determinadas atividades por meio de decisões discricionárias, a dispensa de licenciamento para atividades agropecuárias localizadas em propriedades inscritas no Cadastro Ambiental Rural - CAR, dentre outras críticas que se somam às preocupações da Associação Brasileira de Avaliação de Impacto¹³.

É preciso esclarecer que a crítica tecida neste estudo não se direciona à simplificação do licenciamento ambiental. Reconhece-se a relevância de que os ritos sejam mais céleres e eficientes, da adoção de tecnologia que permita a digitalização dos procedimentos e o acesso da população aos pareceres e estudos que subsidiam a tomada de decisões, de que haja espaço para o consenso entre os empreendedores e o Poder Público, e que é inadmissível

9 Informações disponíveis em: <https://amazonia.org.br/2020/08/dupla-ameaca-covid-19-e-grileiros-avancam-sobre-territorio-dos-xikrin/>. Acesso em: 08 set. 2020.

10 Art. 3º, inciso IX – São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do país (...) IX - ter a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto nesta Lei, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular será cientificado expressa e imediatamente do prazo máximo estipulado para a análise de seu pedido e de que, transcorrido o prazo fixado, o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei.

11 Art. 14, § 3º - O decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas instaura a competência supletiva referida no art. 15.

12 Disponível em: <https://amigosdaterra.org.br/organizacoes-repudiam-nova-versao-do-projeto-de-lei-geral-de-licenciamento/>. Acesso em: 05 set. 2020.

13 FONSECA, Alberto. *Nota Técnica - Projeto de Lei Geral do Licenciamento Ambiental*: análise crítica e propositiva do projeto de lei à luz das boas práticas internacionais e da literatura científica. Ago. 2019. Disponível em: <http://avaliacaodeimpacto.org.br>. Acesso em: 05 set. 2020.

que um processo de licenciamento demore meses para ser analisado e acarrete a exigência de documentos irrelevantes para a avaliação da viabilidade técnica e locacional do empreendimento.

A pandemia, como qualquer crise, pode representar uma oportunidade para a revisão de antigas práticas e de conceitos obsoletos e pode ser um incentivo para a adoção imediata de novos recursos tecnológicos, que vinham sendo adiados pelos órgãos ambientais, mas que agora se impõem, sob pena de sua não adoção implicar a paralisação total da máquina administrativa e dos serviços prestados aos cidadãos. Há vários exemplos positivos em curso, no sentido de redução dos prazos para que os órgãos ambientais analisem a viabilidade ambiental de projetos considerados prioritários para o enfrentamento da pandemia¹⁴, de digitalização de procedimentos administrativos que permitam as análises dos pedidos de licenciamento, a realização de reuniões virtuais, a emissão de licenças e a assinatura de termos de compromisso¹⁵.

A preocupação é que, no intuito de reduzir exigências de comando e controle a pretexto de simplificar o licenciamento e atrair investimentos econômicos, sob a pressão de superar os traumas do COVID 19, se acabe reduzindo o nível de proteção assegurado constitucionalmente ao meio ambiente. Dito de outra forma, teme-se que a simplificação seja um cavalo de Troia para a flexibilização que, na presente reflexão, tem o sentido de redução da proteção jurídica constitucionalmente conferida a determinados bens jurídicos (vida, saúde, meio ambiente). Por isso, é preciso clarear o que está sendo simplificado, qual o resultado concreto das medidas agilizadoras sobre o meio ambiente e demais bens jurídicos afetados em sua materialidade, quais os critérios técnicos que justificam o enquadramento de determinadas atividades como de “baixo risco”, e quais os aspectos procedimentais que podem ser dispensados, sem o comprometimento da qualidade da decisão final pelo deferimento ou pelo indeferimento da licença.

3. SIMPLIFICAÇÃO VERSUS FLEXIBILIZAÇÃO: A APLICAÇÃO DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA À MATÉRIA AMBIENTAL

D'Oliveira reconhece que o termo simplificação pode ter uma conotação negativa e trata de esclarecer que não deve ser compreendida como uma forma de redução da proteção jurídica outorgada pela Constituição Federal aos bens fundamentais¹⁶. Afirma que a simplificação implica racionalização, celeridade, redução de custos e melhora na relação entre a Administração Pública e os particulares. Encontra fundamento nos princípios da eficiência, da proporcionalidade, da celeridade, da subsidiariedade e do tratamento diferenciado das atividades econômicas conforme o impacto envolvido, nos termos dos arts. 170 e 179 da Constituição Federal de 1988.

Com amparo na doutrina de Cass Sustein¹⁷, D'Oliveira propõe que a simplificação da legislação ambiental seja promovida através da ampliação do poder discricionário estatal, da revisão das normas, consoante análise de custo/benefício das medidas normativas e regulatórias; na utilização de linguagem mais acessível ao público; da utilização de incentivos

14 Uma resolução do Distrito Federal estipula prazo de dois dias de análise sobre a viabilidade de projetos considerados prioritários para a prevenção e enfrentamento do COVID 19. Disponível em: <http://ibram.df.gov.br/pandemia-licenca-ambiental-para-obras-especificas-ganha-novas-regras/>. Acesso em: 08 set. 2020.

15 O Estado de Minas Gerais adotou uma série de medidas na digitalização de seus procedimentos na área ambiental para viabilizar análises e reuniões pelo sistema de teletrabalho. Disponível em: <http://www.agenciaminas.mg.gov.br/noticia/tecnologia-facilita-licenciamento-ambiental-durante-pandemia>. Acesso em: 08 set. 2020.

16 D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. *O princípio da integração ambiental e a simplificação do Estado*. Instituto Jurídico. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 2013.

17 SUNSTEIN, Cass R. *Simpler. The future of government*. New York: Simon & Schuster eBook, 2013.

econômicos, do emprego da arquitetura de escolhas e de *nudges*; da adoção de formas não adversariais de solução de conflitos e de intervenção preventiva nas atividades econômicas que forem de médio e alto risco¹⁸.

Não discordamos de D'Oliveira, no que diz respeito à importância da simplificação dos ritos procedimentais para que o cidadão possa ter as suas solicitações apreciadas em um tempo razoável, pois a excessiva demora, além de representar um desestímulo às atividades econômicas, no Brasil, empurra muitos empreendimentos para a ilegalidade, na expectativa de, depois, promoverem a regularização administrativa. Então, nos parece procedente a agilização das estruturas administrativas, com a eliminação de procedimentos redundantes e desnecessários à formação dos motivos determinantes dos atos administrativos liberatórios de atividades potencialmente poluidoras ou suscetíveis de causar impactos ambientais.

No entanto, a identificação do que deve e pode ser simplificado precisa passar por um escrutínio que considere a competência dos entes federativos para legislar sobre direito ambiental e os impactos concretos sobre o nível de proteção da qualidade ambiental. O enquadramento de uma atividade econômica como de “baixo risco”, sem a prévia elaboração de uma matriz de riscos construída com amparo em dados técnico-científicos idôneos e a dispensa irrefletida de estudos técnicos que ampliem o olhar sobre os impactos negativos dos empreendimentos, por exemplo, pode ensejar a vulnerabilização do bem ambiental, o que é vedado pela Constituição Federal de 1988.

Sarlet, ao tratar da vinculação do poder público aos direitos fundamentais, ensina que “o legislador, além de obrigado a atuar no sentido da concretização do direito fundamental, encontra-se proibido (nesta medida também está vinculado) de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental”¹⁹. Há um dever de progressividade na proteção jurídica dos direitos fundamentais, que não admite retrocessos e a adoção de patamares de proteção insuficientes, sob o reconhecimento da necessidade de abordagens preventivas e precaucionais, que impeçam a ocorrência de danos a bens jurídicos que não são substituíveis.

Nesse sentido, o Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, ao examinar a constitucionalidade de uma lei estadual que reduzia a proteção jurídica de áreas de preservação permanente, afirmou que “a definição do âmbito normativo de um direito fundamental e, por via de consequência, sua redução, deve guardar correlação com a finalidade de interesse público que se espera efetivar, porquanto os atos legislativos, assim como os demais atos estatais, estão sujeitos a uma espécie de reserva de proporcionalidade”²⁰. Além disso, submetem-se à incidência dos princípios da vedação do retrocesso, da vedação da proteção insuficiente, da precaução e da prevenção, que, em conjunto, determinam o dever de progressividade²¹.

Portanto, toda e qualquer iniciativa no sentido de regulamentação ou desregulamentação das matérias ambientais é vinculada à consideração do sentido e da finalidade do art. 225 da Constituição Federal de 1988. Não pode flexibilizar a proteção substantiva do meio ambiente, que não se encontra na esfera de disponibilidade dos poderes públicos²².

18 *Nudge* é qualquer aspecto da arquitetura de escolha, baseado em técnicas de psicologia comportamental, que altera o comportamento das pessoas de uma forma previsível sem proibir nenhuma opção. (D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. *O princípio da integração ambiental e a simplificação do Estado*. Instituto Jurídico. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 2013, p. 23).

19 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.322.

20 Supremo Tribunal Federal, ADI 4988, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 19 set. 2018.

21 BENJAMIN, Antônio Herman. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. In: *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2011, p.62-63.

22 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.323.

Por sua vez, essa proteção substantiva acarreta deveres estatais voltados à obtenção de um resultado concreto, que se identifica com a inexistência de dano e com um determinado estado de qualidade ambiental dos diversos componentes que integram o meio ambiente e que propiciam saúde, qualidade de vida e bem estar, bens jurídicos estes que compõem o núcleo jurídico de proteção do meio ambiente como um direito fundamental.

Para propiciar esse resultado concreto, exige-se a observância de um procedimento adequado, que também se coloca como dever estatal. Ou seja, o direito fundamental ao ambiente equilibrado ostenta uma face procedimental²³, que exige participação democrática e uma série de instrumentos de avaliação de impactos para subsidiar os processos decisórios, como o Estudo de Impacto de Vizinhança, o Estudo de Tráfego e Circulação, o Estudo de Impacto Ambiental, a Avaliação Ambiental Estratégica, os laudos de cobertura vegetal, etc., necessários à avaliação de riscos e de impactos, de tal forma a que o Poder Público, quando licenciar uma determinada atividade, possa formar a convicção de que os riscos envolvidos são toleráveis, ou que, pelo menos, sob o ponto de vista jurídico, não ultrapassam os limites estabelecidos nos parâmetros normativos previstos para aquela específica atividade (níveis de emissão de ruídos, de poluentes atmosféricos, limites relacionados à supressão de vegetação, etc.). É nesse contexto que serão exigidas as obrigações ambientais voltadas à prevenção, à mitigação e à compensação de impactos negativos, que se afiguram como deveres jurídicos e condicionantes para a licitude da atividade e que promovem a internalização das externalidades ambientais negativas por aqueles que se beneficiam da atividade econômica, em atenção aos princípios do poluidor-pagador e do usuário-pagador.

Os deveres fundamentais estão relacionados aos direitos fundamentais como duas faces de uma mesma moeda²⁴, e justificam a imposição de obrigações de fazer, não fazer e de suportar que façam aos interessados em exercer atividades que possam colocar em risco o meio ambiente. As obrigações de não-fazer, normalmente impostas por normas proibitivas, tendem a corresponder à abstenção de provocar danos no bem de uso comum do povo; as obrigações de suportar ou tolerar relacionam-se a restrições a direitos de propriedade e ao exercício de liberdades por parte de terceiros; e as obrigações de fazer traduzem-se na imposição de comportamentos positivos e são colocadas como condicionantes às atividades econômicas, que oneram o particular e cujo descumprimento pode acarretar sanções²⁵.

Gomes colaciona como exemplo de obrigações de fazer, a exigência por parte da Administração Pública do emprego das “melhores técnicas disponíveis” no contexto de atividades que podem implicar riscos de impactos elevados para o ambiente, advertindo que se sujeitam aos princípios da proporcionalidade e da igualdade. Desta formulação, decorre a impossibilidade de discriminação de empreendedores que ostentem situação semelhante e a proibição de que as obrigações sejam excessivamente onerosas ou que sejam imotivadas²⁶.

23 As facetas do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado são desenvolvidas por GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.53. O autor sustenta, com amparo na teoria de Robert Alexy, que o direito fundamental ao ambiente contempla o direito à proteção estatal, o direito à organização e ao procedimento e o direito a prestações em sentido estrito. Nesse sentido ver: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 3. reimpr., 2014.

24 NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Processo administrativo ambiental*. Teoria, modalidades e aspectos controvertidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.330. Na presente pesquisa, optou-se em utilizar a noção de dever de proteção em sentido amplo, com amparo em Niebuhr e na literalidade do caput do art. 225 da Constituição Federal de 1988, que impõe ao Poder Público e à coletividade “o dever” de proteger o meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

25 GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 190-191.

26 GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 198-199.

O dever de proteção ambiental é atravessado pelos princípios da precaução e da prevenção, a partir dos quais é imposta ao Estado a tarefa de garantir a intangibilidade de direitos e valores fundamentais perante os riscos e os impactos não mitigáveis, porém considerados toleráveis após um juízo de proporcionalidade em um processo fundamentado no qual ocorrerá a ponderação de todos os direitos e aspectos técnicos envolvidos²⁷. Gomes esclarece que “o princípio da precaução resulta de uma preocupação política, a saber, aumentar ao máximo o limite de ingerência consentida à Administração nos casos de atividade potencialmente lesiva ao ambiente e à saúde pública”²⁸. Este aumento de cautela é proporcional à fragilidade dos bens ambientais expostos aos riscos e atrai a incidência do princípio do *in dubio pro natura*.²⁹

Os deveres de preventividade objetiva e de não lesividade são também explorados por Marinoni³⁰, para quem as normas que encerram direitos fundamentais implicam uma valoração de ordem objetiva, da qual decorrem deveres de proteção que impõem ao Estado a obrigação de especificar proibições ou imposições de condutas, em uma perspectiva material. As determinações estatais devem ser proporcionais e adequadas para enfrentar as potencialidades de dano, sob pena de o licenciamento ambiental ser questionado judicialmente.

Por estes motivos, os esforços no sentido da simplificação dos procedimentos administrativos de controle estatal devem ser precedidos de avaliação de impacto regulatório, em que o custo-benefício da regulamentação/desregulamentação seja expressamente considerado e explicitado no que concerne aos efeitos materiais sobre a qualidade ambiental e da saúde humana, inclusive para possibilitar o controle social.

Nessa perspectiva, D'Oliveira adverte que a simplificação da legislação ambiental deve ser precedida de estudos específicos como a análise retrospectiva periódica, que busca monitorar as políticas públicas, reavaliando sua efetividade e adequação à realidade fática, e a avaliação de impacto regulatório, instrumentos estes que imprimem racionalidade e evidências empíricas para subsidiar as revisões da legislação ambiental e também para a experimentação dos efeitos das normas³¹.

Vale ressaltar que, no âmbito dos países que integram a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, registram-se esforços no campo da legística³² de se construir sistemas de avaliação prévia de impacto das leis e das normas jurídicas, que considerem a imposição de restrições a direitos ou de obrigações, como parte da definição de objetivos e de instrumentos de atuação pública proposta no projeto de lei.

Dentre as restrições a direitos inserem-se os padrões ambientais e sanitários que regulam as atividades econômicas em virtude de seus potenciais impactos negativos na saúde humana na qualidade do ar, das águas, do solo, etc. Portanto, sob o enfoque da

27 Nesse sentido também é o entendimento de AYALA, Patrick de Araújo. *Devido processo legal e o direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 220.

28 GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, p. 253.

29 Sobre o princípio *in dubio pro natura*, ver: Superior Tribunal de Justiça, REsp. 1818008/RO, 2ª. Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 13 out. 2020.

30 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, p.179.

31 D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. *O princípio da integração ambiental e a simplificação do Estado*. Instituto Jurídico. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 2013, p.25.

32 A legística é um ramo da ciência da legislação que trata da qualidade da norma jurídica, considerando que, ao intervir, por meio da regulação, no comportamento dos agentes, o Estado pode promover aumento da eficiência, da segurança, do crescimento econômico e dos ganhos de bem estar social. Porém, se a regulação é produzida arbitrariamente, produz efeitos prejudiciais à sociedade. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE produziu uma Recomendação sobre Melhoria da Qualidade Regulatória (OCDE - Recommendation on Improving the Quality of Government Regulation) que contém um roteiro com os atributos de uma boa regulação. Ver a respeito: BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Guia de Avaliação de Impacto Normativo*. Ministério da Justiça. Direção Geral da Política de Justiça. Coimbra: Almedina, 2010; BRASIL. *Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR)*. Presidência da República. Casa Civil. Brasília, fev. 2018.

OCDE, deveriam ser objeto de impacto regulatório as normas que estabelecem padrões de emissões de poluentes e de qualidade ambiental e as exigências de avaliações de impacto, pois são normas que implicam custos regulatórios para os agentes privados, restringindo direitos e afetando a margem de lucratividade do empreendimento, mas que são plenamente justificadas como forma de proteção do meio ambiente, como macrobem ambiental, corrigindo falhas de mercado.

No Brasil, o art. 5º. da Lei da Liberdade Econômica prevê que:

Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

A análise de impacto regulatório a que se refere tal dispositivo é objeto do Decreto Federal 10.411, de 30 de junho de 2020, que define o seu conceito³³ e prevê as suas hipóteses de incidência³⁴ e as metodologias para sua realização (art. 7º). No entanto, o referido decreto contempla a possibilidade de dispensar a avaliação de impacto regulatório em casos de urgência (art. 4º, inciso I) e quando o ato normativo reduzir exigências, obrigações, restrições, requerimentos ou especificações com o objetivo de diminuir os custos regulatórios³⁵ (art. 4º, inciso VII), hipóteses estas que poderiam ser invocadas quando da expedição de algum ato normativo justificado com amparo na pandemia do COVID 19, e é aí que reside o risco de redução do nível de proteção substantiva outorgada ao bem jurídico ambiental.

Muito provavelmente, as circunstâncias da pandemia, por se revestirem de um caráter de excepcionalidade, irresistibilidade e de imprevisibilidade em escala globalizada, tendem a criar um estado de exceção e de emergência, que justificaria afastar a exigência da avaliação de impacto regulatório. A pandemia tem sido invocada, a depender das peculiaridades do caso concreto, como uma situação de força maior na responsabilidade contratual e extracontratual, pelos obstáculos criados ao cumprimento das obrigações³⁶. Embora, no direito ambiental dada a incidência da teoria do risco integral³⁷, não gere o efeito de excluir a responsabilidade civil pela reparação dos danos, a pandemia serve de justificativa para prorrogar o prazo

33 Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - análise de impacto regulatório - AIR - procedimento, a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos de que trata este Decreto, que conterá informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão;

34 Art. 3º A edição, a alteração ou a revogação de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, por órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional será precedida de AIR.

35 Conforme o art. 2º, inciso IV, do Decreto, entende-se por custos regulatórios “a estimativa dos custos, diretos e indiretos, identificados com o emprego da metodologia específica escolhida para o caso concreto, que possam vir a ser incorridos pelos agentes econômicos, pelos usuários dos serviços prestados e, se for o caso, por outros órgãos ou entidades públicos, para estar em conformidade com as novas exigências e obrigações a serem estabelecidas pelo órgão ou pela entidade competente, além dos custos que devam ser incorridos pelo órgão ou pela entidade competente para monitorar e fiscalizar o cumprimento dessas novas exigências e obrigações por parte dos agentes econômicos e dos usuários dos serviços prestados”;

36 A respeito, ver KROETZ, Maria Candida do Amaral. *COVID19 e caso fortuito ou de força maior na responsabilidade extracontratual*. CONJUR, 29 de jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-29/direito-civil-atual-covid-19-fortuito-responsabilidade-civil-extracontratual>. Acesso em: 07 set. 2020.

37 Superior Tribunal de Justiça, *Jurisprudência em Teses*, Brasília, 18 de março de 2015, nº 30, Enunciado 10: “10) A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC).” Em idêntico sentido é o Enunciado 01, da Edição 119 da Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, datada de 08 fev. 2019.

do cumprimento de obrigações e para a suspensão de algumas exigências, no contexto do licenciamento, reputadas não essenciais³⁸. Mitigou o rigor das contratações públicas³⁹ e determinou a adoção de audiências públicas virtuais para discussão de licenciamentos ambientais e revisão de Planos Diretores, o que foi considerado legítimo pelo Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, ao revisar uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁴⁰ que havia considerado lesiva ao princípio democrático a realização de audiência pública virtual para discussão do EIA/RIMA de um Autódromo⁴¹. Vale mencionar que, um dia antes da decisão do Ministro Toffoli, o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA publicou a Resolução 494/2020, datada de 11 de agosto, por meio da qual permitiu, durante o período da pandemia e em caráter excepcional e temporário, a realização de audiências públicas virtuais⁴².

Portanto, decisões pela simplificação da legislação ambiental, a pretexto de que “a economia não pode parar”, poderão vir a ser tomadas sem base empírica que avalie previamente os riscos envolvidos. Um exemplo é a substituição de licenças para determinadas atividades e obras por declarações dos responsáveis técnicos, em um regime de expedição automática e sujeito à fiscalização *a posteriori*. Trata-se de prática que vem sendo adotada em outros países, consoante se depreende do exemplo de Madri, que passou a exigir declarações responsáveis na área urbanística, em substituição às vistorias por agentes públicos⁴³.

Estas medidas, embora, aparentemente, possam ser justificadas pela impossibilidade de realização de vistorias presenciais, podem ensejar o que Sartori denomina de “perigo oposto”, enunciado da seguinte forma: “toda conduta, se ultrapassa um certo limite (o que tende a provocar o rompimento do seu equilíbrio) se inverte, transforma-se no seu ‘oposto’, isto é, provoca efeitos contrários aos que se produzia anteriormente”⁴⁴.

Nas áreas ambiental e urbanística, a ausência de controle estatal prévio de atividades suscetíveis de causarem riscos pode acarretar, caso ocorram danos ao meio ambiente e a terceiros, a responsabilidade civil por omissão do Poder Público, elevando os custos sociais envolvidos em uma opção regulatória aparentemente simplificadora, na medida em que cria responsabilidades para o empreendedor e seu responsável técnico. A omissão restará caracterizada porque o

38 Uma decisão da diretoria da CESTESB determinou a suspensão dos prazos de cumprimento de condicionantes e atendimento a notificações. Dentre as condicionantes suspensas estão as medidas definidas pelos planos de intervenção para áreas contaminadas que se revelarem inviáveis pelo comprometimento da mobilidade de mão-de-obra especializada. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/blog/2020/03/31/cetesb-suspende-prazos-administrativos-em-funcao-da-pandemia-da-covid-19/>. Acesso em: 08 set. 2020.

39 A Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, relativa às medidas de enfrentamento da pandemia do coronavírus no âmbito das licitações públicas, cria a hipótese de dispensa temporária de realização de licitações, de dispensa de estudos preliminares, quando se tratar de contratação de bens e serviços comuns, de simplificação do projeto básico e traz a figura do pregão simplificado. O objetivo é conferir maior celeridade para os procedimentos de contratação de bens, serviços e insumos destinados direta ou indiretamente ao enfrentamento da pandemia.

40 O Poder Judiciário do Rio de Janeiro, apreciando pedido de liminar em ação civil pública, suspendeu a realização da audiência pública para apresentação de EIA/RIMA do novo autódromo do Rio de Janeiro por meio exclusivamente eletrônico, pois entendeu que o expediente prejudicaria a participação democrática (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo n.0097479-87.2020.8.19.0001, 14ª Vara da Fazenda Pública, Juíza Neusa Alvarenga Leite, julg. 20 maio 2020).

41 Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Provisória, 469, Min. Dias Toffoli, decisão de 12 ago. 2020.

42 Art. 3º O órgão ambiental competente definirá os procedimentos técnicos relativos à realização de Audiência Pública Virtual, de modo a garantir a efetiva participação dos interessados, conforme previsto na legislação, devendo ser observados os seguintes passos:

I - ampla divulgação e disponibilização do conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA;

II - viabilização, observada a segurança sanitária dos participantes, de ao menos um ponto de acesso virtual aos diretamente impactados pelo empreendimento e, caso se faça necessário, de outros pontos, conforme a análise do caso pela autoridade licenciadora;

III - discussão do RIMA;

IV - esclarecimento das dúvidas; e

V - recebimento dos participantes das críticas e sugestões.

43 Notícia publicada no periódico Voz Pópuli, edição de 19 jun. 2020. Disponível em: https://www.vozpopuli.com/economia-y-finanzas/arquitectos-plan-madrid-licencias-urbanisticas_0_1316868706.html. Acesso em: 07 set. 2020.

44 SARTORI, Giovanni. *A Política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 134.

Estado absteve-se de exercer o controle preventivo que poderia ter evitado o dano, quando do exercício da atividade potencialmente lesiva pelo particular. Por conseguinte, haverá causalidade normativa, pela violação de deveres jurídicos, entre a inércia estatal e o dano.

Neste incremento dos custos a serem suportados pela coletividade reside o perigo oposto. O projeto de lei que altera o licenciamento ambiental e as diversas leis estaduais que estão promovendo a simplificação de trâmites procedimentais, com a adoção da “declaração responsável” ou da “licença por adesão e compromisso – LAC”⁴⁵ não foram precedidas de avaliação de impacto regulatório e de estudos empíricos baseados em monitoramento de atividades potencialmente poluidoras. Por isso, não há evidências no sentido da ausência de riscos para os bens jurídicos pela adoção de um procedimento autodeclaratório. Diante disso, a confiança na boa fé do empreendedor, que consta como um dos princípios da Lei de Liberdade Econômica (art. 2º, II), deve ser cautelosa, pois, na eventualidade da ocorrência de danos ambientais, a responsabilidade civil será imputada solidariamente ao Estado-licenciador.

4. A LIBERAÇÃO ECONÔMICA DE ATIVIDADES DE BAIXO RISCO

A dispensa de licenciamento para atividades de baixo risco alinha-se com a noção de que o Estado deve atuar subsidiariamente em relação ao empreendedor⁴⁶, corrigindo falhas de mercado.

O art. 3º, inciso I, da Lei da Liberdade Econômica, foi regulamentado pelo Decreto Federal 10.178/2019, cujo art. 3º estipula que o órgão ou a entidade responsável pela decisão administrativa acerca do ato público de liberação classificará o risco da atividade em nível de risco I, para os casos de risco leve, irrelevante ou inexistente; nível de risco II, para os casos de risco moderado; ou nível de risco III, para os casos de risco alto.

Para a correta interpretação desta legislação, alguns esclarecimentos são necessários. O enquadramento da atividade como de “baixo risco” deve ser compatibilizado com a Lei Complementar 140/2011, que trata da competência da União, dos Estados e dos Municípios para o licenciamento ambiental. A definição das atividades de impacto ambiental de âmbito local que serão licenciadas pelos Municípios compete ao Conselho Estadual do Meio Ambiente (art. 9º, inciso XIV, “a”, LC 140/2011), considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade. Daí que os Municípios somente poderão definir atividade de baixo risco no que se refere ao rol de atividades que já foi definido como de impacto local pelo Conselho Estadual. É preciso cautela para que não se confundam “baixo risco” com “baixo impacto”, de tal sorte a se abrir uma brecha na legislação municipal que signifique permitir que os Municípios classifiquem as atividades como baixo risco.

Além disso, a resolução do Conselho não pode discrepar das normas federais gerais porventura existentes, atentando para o disposto no art. 24, §§1º e 2º, da Constituição Federal, conforme interpretação do Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucional uma resolução do Conselho Estadual do Meio Ambiente do Ceará, que criou hipóteses de dispensa de licenciamento ambiental para a realização de atividades impactantes e degradadoras do meio ambiente⁴⁷.

45 É o caso dos Estados da Bahia (Lei Estadual 12.377/2011), Rio Grande do Sul (Lei Estadual 15.434/2020), Goiás (Lei Estadual 20.694/2019) e Ceará (Lei Estadual 14.882/2011).

46 TORRES, Silvia Faber. *A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 45.

47 Supremo Tribunal Federal, ADI n.6288-Ceará, Rel. Min. Rosa Weber, j. 24 set. 2010.

A fim de se evitar critérios incoerentes e conflitivos, compreende-se que os Municípios tampouco poderiam enunciar o que se entende por atividade de risco II, que permitem o licenciamento simplificado nos termos do art. 9º do Decreto Federal 10.178/2019. É que, conforme o art. 30, incisos I e II, da Constituição Federal de 1988, os Municípios somente têm competência para legislar sobre assunto de interesse local e para suplementar a legislação federal e estadual existentes. O enquadramento do nível de risco das atividades não é uma matéria de interesse local e, por isso, depende de regulação prévia por parte do Estado.

Quanto aos critérios para o enquadramento do nível de risco das atividades, o art. 4º do Decreto Federal 10.178/2019 afirma que:

Art. 4º O órgão ou a entidade, para aferir o nível de risco da atividade econômica, considerará, no mínimo:

I - a probabilidade de ocorrência de eventos danosos; e

II - a extensão, a gravidade ou o grau de irreparabilidade do impacto causado à sociedade na hipótese de ocorrência de evento danoso.

Parágrafo único. A classificação do risco será aferida preferencialmente por meio de análise quantitativa e estatística.

Observe-se que os critérios de “probabilidade de ocorrência de eventos danosos” e “extensão, gravidade ou o grau de irreparabilidade do impacto causado à sociedade na hipótese de ocorrência de evento danoso” nada mais são do que uma outra forma de expressar o conceito de risco de impacto negativo, que é tratado pela Lei 6938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) e pela Lei Complementar 140/2011. A Lei 6938/81 condiciona a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ao prévio licenciamento ambiental (art.10). Idêntica redação tem o art. 2º, inciso I, da Lei Complementar 140/2011.

Ora, os termos “potencialmente poluidores” ou “capazes, sob qualquer forma de causar degradação” sinalizam o risco de impacto negativo que tende a ser qualificado juridicamente como um dano, caso não seja mitigado e compensado no contexto da responsabilidade *ex ante*. Os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade, presentes no art. 9º, XIV, alínea “a”, da Lei Complementar, também sinalizam o grau de risco a ser enfrentado através do licenciamento.

Outro aspecto muito relevante atinente ao art. 4º do Decreto 10.178/2019 refere-se à natureza jurídica da decisão que classifica o risco de uma determinada atividade. Seria tal decisão discricionária?

Cumpra esclarecer que o ato administrativo pode ser vinculado ou discricionário⁴⁸. É vinculado quando a lei define previamente os contornos do agir administrativo em todos os seus aspectos, restringindo a liberdade decisória do gestor público. Por sua vez, o ato discricionário é produzido quando a lei confere à administração certa margem de liberdade de avaliação ou decisão, segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, na consecução do interesse público⁴⁹. No modelo neoconstitucionalista de controle de juridicidade, os atos discricionários devem harmonizar-se com o conjunto de regras e princípios constitucionais, embora estes não esclareçam *ex ante* que tipo de conduta é especificamente exigível do gestor

48 Para Freitas, a distinção entre atos vinculados e atos discricionários é de intensidade da subordinação à legalidade estrita (FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p.32).

49 CRETILLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 150.

público. Trata-se, portanto, de uma possibilidade regulatória que demanda maior atenção em termos de controle social, pois inexistente uma moldura previamente tipificada na lei.

Uma certa dose de discricionariedade na legislação é inevitável diante da complexidade envolvida na tarefa de dar efetividade à lei, em regra dotada de abstração e dependente de interpretações e escolhas. No direito ambiental, em virtude das especificidades e dos conhecimentos técnicos que envolvem os bens jurídicos protegidos pela legislação, a discricionariedade é mais frequente, e se manifesta por meio da alusão a princípios jurídicos, os quais são dotados de ampla margem interpretativa por implicarem juízos ponderativos⁵⁰. Também as normas técnicas e os conceitos jurídicos indeterminados, como, por exemplo, “compatibilização com o entorno”, “proteção da paisagem”, “atividade de baixo risco” ou de “significativo impacto ambiental”, suscitam dúvidas a respeito da liberdade do intérprete para preencher o seu conteúdo à luz do caso concreto.

Consideramos que as normas jurídicas que remetem para conceitos indeterminados que dependem de conhecimento técnico-científico, como é o caso dos conceitos científicos presentes na legislação ambiental e dos padrões urbanísticos e ambientais, não envolvem interpretação baseada em juízo de valor pessoal, oportunidade e conveniência. Envolvem, ao contrário, a necessidade de o intérprete valer-se de conhecimento abalizado e tecnicamente fundamentado, que extraia a interpretação que melhor atende ao interesse público primário, compreendido como interesse da coletividade, e que realize os valores presentes nos princípios constitucionais relacionados ao bem jurídico objeto da decisão⁵¹.

Nesta perspectiva, entendemos que a classificação do risco das atividades, no âmbito da Lei da Liberdade Econômica e de seu decreto regulamentador, não é discricionária. Veja-se que o art. 4º, parágrafo único, do Decreto 10.178/2019, afirma que “a classificação do risco será aferida preferencialmente por meio de análise quantitativa e estatística”. A menção a “preferencialmente” não significa juízo de oportunidade e conveniência, mas a relevância de que a classificação das atividades de risco se dê com amparo em evidências técnico-científicas, afastando-se qualquer juízo pessoal do administrador público.

Embora o Decreto 10.178/2010 não explicita em maiores detalhes como deverá ser efetuada a classificação de risco, há dispositivos nesta norma que apontam para o elevado ônus argumentativo do gestor público no exercício da tarefa classificatória. O art. 5º deste diploma legal obriga que todas as hipóteses de atos públicos de liberação de atividades econômicas estejam classificadas em, no mínimo, um dos níveis de risco, e que pelo menos uma hipótese esteja classificada no nível de risco I (caso em que há dispensa de atos liberatórios). No entanto, o parágrafo único do art. 5º prevê que esta exigência poderá ser afastada mediante justificativa da autoridade máxima do órgão ou da entidade. Evidentemente, esta justificativa há de ser técnica, e não pode ser estruturada em termos de oportunidade e conveniência do gestor público, sob pena de ferir os princípios da impessoalidade, da legalidade e da motivação dos atos administrativos.

Por isso, o art. 6º do Decreto Federal 10.178/2019 deve ser interpretado com cuidado. Quando estipula que o ato normativo que classificar os riscos das atividades “poderá estabelecer critérios para alteração do enquadramento do nível de risco da atividade

50 PLATJOUW, Froukje Maria. *Environmental Law and the ecosystem approach*. Maintaining ecological integrity through consistency in Law. England and New York: Routledge, 2016, p. 124. Sobre o tema: MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *O fato consumado em matéria ambiental*. Salvador: Juspodium, 2019, p.184.

51 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p.95.

econômica, mediante a demonstração pelo requerente da existência de instrumentos que, a critério do órgão ou da entidade, reduzam ou anulem o risco inerente à atividade econômica”, este dispositivo não pode produzir, sob pena de inconstitucionalidade, uma situação de barganha, por meio da qual o Estado licenciador tolera a exposição da sociedade a uma condição de médio ou alto risco, em troca de um ato ou contrato que preveja instrumentos de responsabilização própria ou de terceiros em relação aos riscos inerentes à atividade econômica, seguro ou prestação de caução (hipóteses previstas no art. 6º, incisos II, III e IV, pois o dano não interessa à sociedade. O meio ambiente é um macrobem jurídico indisponível e de interesse difuso, motivo pelo qual é inconstitucional qualquer transação que crie um risco de dano intolerável para o bem jurídico.

Além disso, o ato de classificação do risco da atividade não é um ato mágico que converte o preto em branco. A classificação do risco precisa ser guiada por critérios técnico-científicos, porque o art. 225, parágrafo 1º, inciso V, da Constituição Federal de 1988, impõe ao Estado o dever de “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”. Ou seja, não há exceção ao controle estatal para as atividades de “baixo risco”, do que se depreende que apenas as atividades de risco “irrelevante ou inexistente” poderão ser dispensadas do controle estatal prévio.

A dispensa de controle *ex ante* para atividades classificadas no nível de risco I e a possibilidade de liberações simplificadas e automáticas para as atividades classificadas no nível de risco II, nos termos do art. 9º, §§ 1º e 2º, do Decreto 10.178/2019, pressupõe que já esteja em pleno funcionamento o sistema de fiscalização e de monitoramento dos impactos reais produzidos pelo efeito cumulativo e sinérgico das atividades, e em condições de ser sindicado pela sociedade.

Um último comentário a respeito da Lei da Liberdade Econômica aplicada ao direito ambiental refere-se à vedação da aprovação tácita prevista no art. 3º, inciso IX, da Lei 13.874/2019, quando ocorre o decurso do prazo para análise do pedido de expedição de ato liberatório de atividade econômica. Em primeiro lugar, há que observar o disposto no art. 14, §3º, da Lei Complementar 140/2011, atinente ao licenciamento ambiental, segundo o qual “o decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas instaura a competência supletiva”. Em segundo lugar, mesmo que inexistisse tal previsão na Lei Complementar 140/2011, cumpre concluir pela inconstitucionalidade material deste dispositivo pela grave ameaça de danos que impõe sobre o meio ambiente. Portanto, sempre que o ato liberatório de atividade econômica puder implicar algum risco para bens fundamentais, em que se inserem os bens dotados de valor histórico, artístico e cultural, é descabido cogitar de emissão tácita.

A previsão de autorização tácita, diante do chamado “silêncio positivo”, é vedada para atos liberatórios que possam afetar o planejamento urbano e o ordenamento territorial, nos termos da Diretiva 2006/123 do Parlamento Europeu e do Conselho, justamente em virtude do elevado risco de desorganização espacial das cidades pela possibilidade de inserção de edificações e outros projetos em desconformidade com o plano de ordenamento do solo. Daí que o instituto da emissão tácita, transplantado para o Brasil a partir da experiência de países europeus, deve ser interpretado com muitas reservas, pois cria um risco desproporcional aos direitos fundamentais.

Retomando o tema da relação entre a pandemia do COVID-19 e o licenciamento ambiental, acredita-se que a urgência da recuperação econômica do país deve pressionar

por novas desregulamentações, inclusive porque já se encontra em tramitação na Câmara de Deputados o mencionado Projeto de Lei 3729/2004, que pretende flexibilizar uma série de exigências do licenciamento ambiental⁵². Não há espaço neste artigo para examinar as modificações normativas propostas, mas cumpre destacar que, com a eventual dispensa de estudos técnicos e da oitiva de outros órgãos públicos, pode haver a redução do escopo dos impactos analisados no processo decisório, com o risco de que o direito material seja vulnerabilizado pela violação do princípio do devido processo legal que se associa à dimensão objetiva do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado. Também a unificação das etapas do licenciamento (licença prévia, de instalação e de operação) pode negligenciar os deveres precaucionais distribuídos no curso do procedimento de tomada de decisão, já que à cada etapa corresponde um objetivo específico de confrontação do projeto com as características socioambientais do território.

Não obstante, mesmo em um contexto excepcional como o da pandemia do COVID 19, mantém-se o dever de o Estado regulador observar o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, segundo o qual as consequências práticas da decisão administrativa simplificadora dos atos de liberação de atividades econômicas devem ser levadas em consideração⁵³. Trata-se aqui do critério determinante que permitirá se diferencie entre opções simplificadoras e opções flexibilizadoras que forem incorporadas à legislação.

Será aceitável a decisão que busque agilizar o procedimento decisório e que, ao final, proporcione consequências ambientalmente sustentáveis, identificadas com um estado de inexistência de dano ambiental ou de riscos intoleráveis. Certamente, medidas enérgicas de monitoramento e controle *ex post* deverão ser implementadas para permitir a correção de rumo em tempo hábil, caso a dispensa de determinada exigência tenha se mostrado precipitada.

Respondendo ao problema proposto neste artigo, entende-se que, na formação das decisões regulatórias e administrativas, que afastam determinadas exigências tidas por excessivamente onerosas, caberá atentar para os seguintes critérios: a) adoção de avaliação de custo-benefício, que contemple dimensões e custos sociais e ambientais, que pelo caráter irrepetível dos bens envolvidos, devem prevalecer no balanceamento com os aspectos econômicos; b) incidência dos princípios da proibição de retrocesso social, da vedação da proteção insuficiente, da precaução e da prevenção, de modo que, havendo dúvida, se mantenham as exigências procedimentais (*in dubio pro natura*); c) a aplicação dos deveres de precaução e de prevenção deve considerar escalas geográficas ampliadas e o risco de os impactos negativos se manifestarem a médio e longo prazos; d) dever de internalização das externalidades ambientais negativas por aqueles que se beneficiam da atividade econômica; e e) exigência de monitoramento e fiscalização dos efeitos práticos das decisões regulatórias.

Para a avaliação de custo-benefício, será necessário considerar as consequências concretas da retirada da exigência de determinado estudo ou de controle prévio sobre o bem jurídico que se quer proteger, de tal forma a garantir que não se configure um estado de proteção insuficiente deste bem jurídico. O desafio será incorporar indicadores de sustentabilidade ambiental e critérios de monitoramento na avaliação de custo-benefício, que possam ser transparentes e sindicáveis, tema este muito pouco desenvolvido no direito brasileiro.

52 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257161>. Acesso em: 05 set. 2020.

53 VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 79-112, maio/ago., 2020, p.93.

Além disso, a pandemia do coronavírus COVID-19 explicita, como critério para a tomada de decisões, a importância da adoção da abordagem da “saúde única”, sob o reconhecimento de que a saúde humana, dos animais e dos ecossistemas são correlacionados. Nessa perspectiva, a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões - COM (2020) 380 final, intitulada “Estratégia de Biodiversidade da UE para 2030 – Trazer a natureza de volta às nossas vidas”, afirma que

As sociedades saudáveis e resilientes só podem existir se for concedido à natureza o espaço de que ela necessita. A recente pandemia de COVID-19 torna ainda mais urgente a necessidade de proteger e restaurar a natureza. A pandemia está a aumentar a sensibilização para a ligação entre a nossa própria saúde e a saúde dos ecossistemas. Está a demonstrar a necessidade de cadeias de abastecimento e padrões de consumo sustentáveis, que não excedam os limites do planeta, refletindo o fato de o risco de aparecimento e propagação de doenças infecciosas aumentar à medida que a natureza é destruída. Por isso, a proteção e a restauração da biodiversidade e o bom funcionamento dos ecossistemas são fundamentais para reforçar a nossa resiliência e prevenir o aparecimento e a propagação de futuras doenças.

A indicação das consequências da decisão, consoante explicita Vitorelli, deve constar da motivação dos atos administrativos, exigindo-se que a ponderação seja explícita e contemporânea à produção do ato: “quanto mais relevante ou impactante for, sobre o grupo social, o ato administrativo a ser praticado, mais minuciosas devem ser as ponderações acerca das consequências”, e que, quanto mais abstrato for o valor jurídico que o ato pretender concretizar, mais detalhada haverá de ser a motivação⁵⁴. Caso a motivação seja inadequada ou insubsistente, restará configurado vício de legalidade, com a possibilidade de responsabilização do gestor.

Veja-se que o esforço de Vitorelli e de D’Oliveira é propiciar racionalidade fundada em evidências para a tomada de decisões administrativas, o que, de resto, tem sido afirmado pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade movidas contra a Medida Provisória 966/2020, em que se discutiu a responsabilização de agentes públicos pela prática de atos relacionados com as medidas de enfrentamento da pandemia do novo coronavírus⁵⁵. A Corte afirmou que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em conta a observância, pelas autoridades: a) de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; b) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Ainda, a autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente das normas e critérios técnicos aplicáveis à matéria e da observância dos princípios da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.

54 VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 79-112, maio/ago., 2020, p. 101.

55 Supremo Tribunal Federal ADIs 6421 e 6422 MC/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 20 e 21 de mai. 2020. As ações diretas tinham por objeto a MP 966/2020, o art. 28 do Decreto-Lei 4.657/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ou LINDB), com a redação dada pela Lei 13.655/2018 e, ainda, os arts. 12 e 14 do Decreto 9.830/2019, que regulamentam o referido art. 28.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista do arcabouço doutrinário e normativo a respeito dos espaços discricionários legados à Administração Pública, que podem ensejar iniciativas para a simplificação das exigências ambientais e dos ritos procedimentais, motivada pelo cenário de urgência na retomada das atividades econômicas, conclui-se que, no Estado Democrático de Direito, não há mais lugar para o atropelo e o imprevisto. A relação entre o planejamento das políticas públicas e o exercício do controle estatal através de instrumentos de comando e controle, que veiculam a responsabilidade ambiental *ex ante* como expressão do dever estatal de impedir os danos ambientais, é incontroversa e exige o recurso a análises empíricas prévias que possam demonstrar os impactos concretos das opções regulatórias, no médio e longo prazos, e também considerando-se a realidade espacial sobre a qual incidirão as atividades econômicas.

A vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais impede que se possa criar estados de exceção, mesmo em situações tão dramáticas como a da pandemia do COVID 19, impondo que se considerem as consequências futuras sobre os bens fundamentais que podem resultar vulnerabilizados e, inclusive, agravar cenários de degradação ambiental que favoreçam a superveniência de novas pandemias.

Há um dever de conformação do agir administrativo aos parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais e de aperfeiçoamento da legislação existente, no sentido de que acompanhem as exigências incrementais destas mesmas normas. A pandemia do COVID 19 não pode representar uma autorização para a degradação ambiental e para o retrocesso. Pelo contrário, há de ser uma oportunidade para reflexão sobre o atual modelo civilizatório, que até o momento baseou-se na exploração ilimitada da natureza e na poluição, e que deixe como legado o avanço tecnológico na esfera administrativa, responsável pela digitalização dos processos, pela criação de balcões digitais para atendimento dos cidadãos e pela ampliação do acesso aos dados dos licenciamentos.

Quanto à aplicação da Lei da Liberdade Econômica à matéria ambiental, conclui-se que os Municípios não têm competência para o enquadramento dos níveis de risco das atividades, a que se refere o art. 3º, inciso I, desta lei, e os arts. 3º e 4º do Decreto Federal 10.178/2019. Portanto, esta competência legislativa deve ser exercida pela União e pelos Estados, com amparo em matriz de risco fundada em evidências empíricas que permitam segurança ao regulador em relação ao dever estatal de controle de atividades que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 3. reimpr., 2014.

AYALA, Patrick de Araújo. *Devido processo legal e o direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

BENJAMIN, Antônio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2011, p.55-72.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Guia de Avaliação de Impacto Normativo*. Ministério da Justiça. Direção Geral da Política de Justiça. Coimbra: Almedina, 2010.

BRASIL. *Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR)*. Presidência da República. Casa Civil. Brasília, fev. 2018.

BRASIL, Lei 6938/81. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

BRASIL, Lei Complementar 140/2011. Fixa normas para a cooperação entre a União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora.

BRASIL, Lei 13.874/2019. Institui a Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica.

BRASIL, Decreto Federal 10.178/2019. Regulamenta a Lei 13.874/2019.

BRASIL, Decreto Federal 10.411/2020. Disciplina a avaliação de impacto regulatório.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal ADIs 6421 e 6422 MC/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 20 e 21 de maio 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4988, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 19 set. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 6288, Rel. Min. Rosa Weber, j. 24.set.2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1818008/RO, 2ª. Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 3 out. 2020.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. *O princípio da integração ambiental e a simplificação do Estado*. Instituto Jurídico. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 2013.

FONSECA, Alberto. *Nota Técnica - Projeto de Lei Geral do Licenciamento Ambiental: análise crítica e propositiva do projeto de lei à luz das boas práticas internacionais e da literatura científica*. Ago. 2019. Disponível em: <http://avaliacaodeimpacto.org.br>. Acesso em: 05 set. 2020.

FREITAS, Juarez. *Discrecionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

KROETZ, Maria Candida do Amaral. *COVID19 e caso fortuito ou de força maior na responsabilidade extracontratual*. CONJUR 29 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-29/direito-civil-atual-covid-19-fortuito-responsabilidade-civil-extracontratual>. Acesso em: 07 set. 2020.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *O fato consumado em matéria ambiental*. Salvador: Juspodium, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Processo administrativo ambiental*. Teoria, modalidades e aspectos controvertidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PASOLD, Cesar Luis. *Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática*. 11. ed., Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2011.

PLATJOUW, Froukje Maria. *Environmental Law and the ecosystem approach*. Maintaining ecological integrity through consistency in Law. England and New York: Routledge, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARTORI, Giovanni. *A Política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

SUNSTEIN, Cass R. *Simpler. The future of government*. New York: Simon & Schuster eBook, 2013.

TORRES, Silvia Faber. *A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

UJVARI, Stefan Cunha. *Pandemias. A humanidade em risco*. São Paulo: Contexto, 2011.

UNGER, Nancy Mangabeira. *Fundamentos filosóficos do pensamento ecológico*. São Paulo: Loyola, 1992.

VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 79-112, maio/ago., 2020.

Recebido em: 10.09.2020

Aprovado em: 12.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Impactos do Covid 19 e da lei da liberdade econômica na flexibilização do licenciamento ambiental. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.411-429, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-26.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.