



TUTELA JURÍDICA DA ENERGIA E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM MATÉRIA DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL

*Fábio Bezerra dos Santos**

RESUMO

Trata-se de questão que envolve à legitimidade do monopólio da violência pelo Estado, especificamente a da discricionariedade para permitir a exploração e o uso das fontes de energia. O presente trabalho assume o escopo de investigar o potencial teórico da definição jurídica fundamental de energia no intuito de alçá-la a critério hermenêutico-constitucional útil ao exercício da discricionariedade administrativa por ocasião da emissão de licenciamentos ambientais.

Palavras-chave: Tutela jurídica da energia. Licenciamento ambiental. Discricionariedade administrativa.

1 INTRODUÇÃO

Ética à Nicômaco apresenta a felicidade não como uma virtude, mas como uma atividade, um processo vital orientado por (e para) determinadas finalidades. Durante muito tempo as digressões de Aristóteles mais relevantes foram desconsideradas ou interpretadas de modo equivocado, senão observem que a modernidade alienou a felicidade ou prazer da ação

* Doutorando em Direitos Difusos e Coletivos, pela Universidade Metropolitana de Santos/SP. Mestre em Direito Constitucional, pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor permanente do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), onde ministra as disciplinas teoria geral do processo, direito processual civil e direito processual coletivo. Coordenador do NAJAC (Núcleo de Assistência Jurídica às Associações Cíveis) e do NPJ (Núcleo de Prática Jurídica) da UFPB. Advogado militando causas coletivas, cíveis e trabalhistas.

em si para confundi-la com os objetos, os quais, aliás, se apresentam no lugar das próprias finalidades em termos atuais.

Ao desconsiderar o movimento voltado para a consecução dos objetos eleitos como fonte de desejo, a população, de um modo genérico, deixou de perceber que toda ação pressupõe energia. Interessante constatar que a produção de conhecimento no período compreendido como a Modernidade, preocupou-se mais com as grandes questões existenciais, sobretudo de um ponto de vista cosmológico, e tendo a filosofia e a ciência política como vetor, deixando de lado questões práticas como fontes de energia e matrizes energéticas.

Atualmente, a exploração dessas fontes de energia encampa a temática dos impactos ambientais, desenvolvimento humano e medos apocalípticos. A Lei Federal de nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, instituiu como elemento da política nacional de meio ambiente no Brasil o licenciamento e revisão de atividades efetiva ou virtualmente poluidoras, estabelecendo que a instalação, construção, ampliação e funcionamento de empresas que se inserem nesse contexto de risco ao ambiente, dependerão de licenciamento prévio, supletivo, emitido por órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Nesta oportunidade também se instituiu competência ao Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, mediante provocação do IBAMA, para proposição de regramento, construção, acompanhamento e policiamento do licenciamento ambiental.

Enfim, trata-se de questão da mais alta relevância, e que remonta à legitimidade do monopólio da violência pelo Estado a da discricionariedade para permitir a exploração e o uso das fontes de energia, especialmente, se considerar-se que esta é inerente a todas e quaisquer ações humanas, inclusive, a manutenção da vida em si. Deste modo, o presente trabalho assume o escopo de investigar o potencial teórico do conceito de energia, bem como de sua tutela jurídica, no intuito de alçá-la a critério hermenêutico-constitucional útil ao exercício da discricionariedade administrativa e hábil a orientar atos da Administração por ocasião da emissão de licenciamentos ambientais.

2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO AMBIENTAL NA ATUAL CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A redação do art. 225 da Constituição Federal de 1988 inovou ao elevar o meio ambiente ao nível normativo mais alto da história do direito constitucional brasileiro: “Todos

têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

A partir da leitura expressa deste dispositivo é possível destacar, linearmente, os seguintes aspectos fundamentais: a) o reconhecimento de um direito material constitucional que se dirige a “todos”; b) a confirmação de que as relações que se estabelecem em função dos “bens ambientais” dizem respeito àqueles “essenciais à sadia qualidade de vida”; c) como também, o dever de “todos”, inclusive da própria coletividade, de defender e preservar o patrimônio ambiental; por fim, d) assegurar os bens ambientais para as presentes e futuras gerações.

A definição de meio ambiente não foi conseguida facilmente. Ainda hoje se critica a expressão “meio ambiente” sob a alegação de que se trata de redundância. De fato, é preciso reconhecer razão em tal assertiva. Isto porque “meio”, de certo modo, tem o mesmo significado que “ambiente”. Prevaleceu, no entanto, a utilidade historicamente obtida da expressão, em que pese óbvia imprecisão terminológica.

O inc. I do art. 3º da Lei Federal de nº 6.938/81 definiu “meio ambiente” como sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Com precisão, Celso Antonio Pacheco Fiorillo percebe que tal definição foi recepcionada pela Constituição Federal em vigor e circunscreve-se à tutela da vida em todas as suas formas, compreendida (a vida) como o conjunto de condições morais, psicológicas, culturais e mesmo materiais que vincula uma ou mais pessoas, bem como outros organismos em relação ao local onde vivem (2010, p. 52).

Destarte não é difícil concluir, parcialmente, que a “sadia qualidade de vida” da pessoa humana emerge como cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988, dotada de conteúdo e forma estruturantes, independentemente da técnica tomada na construção do texto constitucional.

3 TUTELA JURÍDICA DA ENERGIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO

Cumpramos observar que não existem registros históricos de crise energética antes da Revolução Industrial. Aliás, em tempos atuais, também não se ouviu falar de país que parou, em absoluto, por carência de fontes de energia. É possível constatar, no entanto, a ausência de

meios ou capacidade de exploração e transformação das fontes em energia efetiva em muitos casos. É preciso saber que mesmo muitas das necessidades consideradas básicas, são produtos culturais. Noutros termos, várias das necessidades contemporâneas ditas fundamentais são fabricações dos mercados. Em muitos países, milhares de pessoas vivem sem, e não sentem a falta de internet, por exemplo.

Fato contraditório é que a história da humanidade revela que a preocupação com o próprio progresso implica, na prática, em refrear, e até impedir, o progresso vizinho. Assim, controlar a matriz energética passou a ser uma questão de governabilidade, esta compreendida como a capacidade de manter-se no poder (BENTO, 2003). No ano de 1995, José Walter Bautista Vidal, físico brasileiro, um dos mentores do motor movido a etanol na década de 70, proferiu uma palestra na Universidade Estadual de Santa Cruz/BA, onde relatou o caso de um cidadão comum que inventou um carro movido a água, adaptando sua descoberta em uma F-75. Poucos dias depois o homem foi assassinado em circunstâncias pouco esclarecidas.

Como afirma Fiorillo: “Vivemos hoje na chamada civilização do petróleo”. Qualquer tentativa de alterar o estado de coisas pode ser compreendida como um risco à governabilidade. Afinal, porque tanto interesse no Oriente Médio? Será que já não existe petróleo nos países considerados hegemônicos? Ou mesmo outras fontes de energia?

Quer parecer que a preocupação está mais relacionada com a necessidade de impedir que esses países comercializem o produto com a concorrência, bem como com o interesse em esgotar aquelas reservas antes das suas. Cumpre, ainda, saber qual ou quais as possibilidades daqueles países influírem, decisivamente, no preço de cada barril de petróleo. Nesse sentido, o discurso de fontes alternativas e fontes limpas, pode estar mais relacionado a diminuição do poder de barganha dos fornecedores de petróleo situados abaixo da linha do equador, do que propriamente com a defesa do meio ambiente.

A Constituição brasileira não descuidou dessa abordagem fenomênica ao utilizar a expressão “bens ambientais de uso comum”. Nada obstante, a dignidade humana seja cláusula estruturante do paradigma brasileiro, desde a ordem econômica proposta a partir do art. 170, é possível averiguar a perspectiva antropocêntrica do Estado. Nesta concepção insere-se a preocupação com a sustentabilidade. Explorar de modo “racional” as fontes de energia, que, aliás, são várias (alimento, sol, vento, água, calor, etanol, petróleo) (FIORILLO; FERREIRA, 2009, p. 50).

A Lei Federal de nº 9.478/97, em sua redação atual dispõe sobre a denominada “Política Energética Nacional”, destacando como elemento fundamental o aproveitamento racional das fontes de energia, fixando, inclusive, deveres e direitos adaptados ao bom

consumo dos bens de uso comum. Evidente, portanto, que natureza do direito ambiental é ínsita à defesa do consumidor, também alçada à condição de princípio da ordem econômica de 1988, desde o inc. XXXII do art. 5º, e V do art. 170. Noutros termos, a humanidade precisa consumir os bens ambientais se quiser continuar existindo na terra.

O aproveitamento racional a que se refere o texto em exame remonta ao problema de que não se sabe, de fato, quanto existe de determinada fonte considerada não-renovável, como é o caso do petróleo. Quando existe uma pergunta que não pode ser respondida com segurança, como esta, oportunistas a usam como forma de controle. Não é difícil averiguar que a ideia de que não se pode, absolutamente, viver sem aquela matéria, e que o caos advindo da quebra no fornecimento poderia levar todos à morte, tornou-se uma ideologia que movimentou a pauta do mais novo cenário apocalíptico.

Michael Foucault, em “A ordem do discurso”, esclarece que aquele que sabe ou domina a arte de manipular a informação e o conhecimento se apropriará do discurso capaz de controlar as pessoas através do medo. O mundo vive sob o regime do medo já faz muito tempo. A igreja cumpriu seu papel na idade média, por exemplo, explorando o medo do castigo advindo dos pecados. Atualmente o terrorismo, guerra nuclear, o efeito estufa, mudanças climáticas etc., são as fontes de medo mais exploradas, capazes de alimentar o discurso de defesa do meio ambiente e consumo racional das fontes de energia.

Também o discurso pode ser transformado, ele próprio, em produto e alimentar ainda mais o modelo capitalista. Sendo assim, é possível perceber que não existe interesse na verdade em si. Melhor explicando, as respostas a questões do tipo - existe, de fato, relação de causalidade da ação humana com as alterações climáticas? - não interessam tanto, pois, atualmente, já se parte da consideração de que este é um pondo ultrapassado. O que mais interessa é o poder de influir e até de determinar o comportamento dos mercados.

Habermas em “A inclusão do outro” (2002) relata um pouco das relações internacionais no contexto dos Direitos Humanos. Informa o autor que com a dialética da secularização os Estados contemporâneos elegeram novas formas de controle, além de reformularem antigos paradigmas místicos conferindo aparência científica aos mesmos. Como se sabe, a modernidade lançou diretrizes racionais que guardam intrínseca relação com a política internacional de hoje. Destacam-se dentre elas, o utilitarismo, o contratualismo e marxismo.

Os discursos exploraram essas racionalidades como modo de convergência das opiniões em diversos momentos da história. No Brasil, o lema “O petróleo é nosso!” é um bom exemplo de contratualismo e marxismo convertidos em ideologia e discurso. Essas

racionalidades encontram-se distribuídas na Constituição Federal de 1988 (art. 1º, 3º, 6º, 7º, 170, 225 etc.). A expressão “qualidade de vida”, desde a CF /88 denota o grau de complexidade da questão ambiental, que como destaca Fiorillo é mais próxima do aparato cultural do que, propriamente, com a defesa da fauna e da flora. Como bem destaca o autor, meio ambiente é o lugar onde se encontram inseridas as pessoas. Assim, é possível falar em Meio Ambiente Laboral, Urbano, artificial e cultural etc., tudo sempre muito relacionado às questões desenvolvimentistas.

Diante do contexto epistemológico que se apresenta a ideia de Constituição enquanto Lei Maior já não é suficiente para atender a demanda de interesses que transcendem os limites do território nacional. Os conceitos dos elementos constitutivos de Estado, aliás, já não são os mesmos. Partindo do exposto até aqui já é factível constatar que o discurso ambiental tornou-se tão forte que foi capaz de relativizar, por exemplo, a concepção acerca de soberania. Importante destacar que o contra-discurso é igualmente importante na medida em que consegue colocar em “cheque” o próprio discurso. Isto frequentemente acontece com fundamento na dignidade da pessoa humana, materializando a histórica discussão entre capital e trabalho.

Também nesse diapasão fenomênico (pela busca da verdade me si), recentemente o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que todo condomínio tinha o direito de explorar os recursos hídricos do subsolo por meio de poços artesianos, destacando a ineficiência do fornecimento, a incapacidade da parte provar o comprometimento dos mananciais e a essencialidade da água à manutenção da vida humana (AG nº 0031637-18.2010.8.19.0000) – Agravado: Instituto Estadual de Meio Ambiente.

Com agudez Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 51) não olvida que já não se busca liberdade em face do Estado apenas, mas, principalmente, liberdade através do Estado. Esse também é o contexto de Amartya Sen, em clássico trabalho intitulado “O desenvolvimento como liberdade”, ao informar que, contemporaneamente, desenvolvimento humano é algo intrínseco ao IDH (Índice de Desenvolvimento Humano), o qual estabelece parâmetros internacionais de dignidade atrelados às políticas públicas de saúde, educação, moradia, alimentação, lazer, previdência social, segurança, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, trabalho etc., senão observem as palavras do economista indiano:

Procuramos demonstrar que o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. O enfoque nas liberdades

humanas contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento, como as que identificam desenvolvimento com crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social. O crescimento do PNB ou das rendas individuais obviamente pode ser muito importante como meio de expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade. Mas as liberdades dependem também de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde) (SEN, 2000, p. 17).

É fato que o Estado, historicamente, se firmou como fórmula mais eficaz de controle e organização social, especialmente depois que chamou para si a responsabilidade e o dever de promover o bem de todos, já detendo o monopólio de uso da força.

4 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E LICENCIAMENTO PRÉVIO A PARTIR DA DEFINIÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO NA JURISPRUDÊNCIA DE SEABRA FAGUNDES

Vladimir da Rocha França (2007, p. 53) é preciso ao definir ato jurídico da Administração como sendo “todo e qualquer ato jurídico emitido pela Administração, ou que tenha como um de seus emissores um ente da Administração”. Nesse sentido, Victor Nunes Leal, em comentário ao voto do jurista Miguel Seabra Fagundes, em acórdão proferido na ap. Cível nº1.422 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, expõem a posição do administrativista potiguar:

Entretanto, segundo esclarece o des. Seabra Fagundes, apoiado nos melhores autores, ‘no que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro’. Quanto à finalidade dos atos administrativos (discricionários ou vinculados), está ela sempre expressa ou implícita na lei; por isso mesmo, o fim legal, que é necessariamente um fim de interesse público, também constitui aspecto vinculado dos atos discricionários, susceptíveis, portanto, de apreciação jurisdicional¹.

¹ LEAL, Victor Nunes citado por FRANÇA, Vladimir da Rocha. “Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos”. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/346/vinculacao-e-discricionariedade-nos-atos-administrativos>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

Consoante informa Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto (2002, p. 157), “a Administração não é mais tutora exclusiva do interesse público, cuja supremacia sobre seu anverso (os interesses privados) conferia-lhe prerrogativas exorbitantes exercidas de forma autoritária”, especialmente em situações de elevado interesse social.

A Resolução do CONAMA de N°237/97 estabelece o conceito do licenciamento ambiental (art. 1º, I) como sendo o procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos ou atividades que utilizam recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso sob análise. Como se observa, trata-se de procedimento administrativo complexo, configurado numa série entrelaçada de atos que verificam a viabilidade da emissão do licenciamento.

De outro modo, a licença ambiental implica em ato administrativo pelo qual o órgão ambiental estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas. A referida resolução, ainda, acopla anexo contendo rol de atividades licenciáveis, compreendido como meramente exemplificativo, tendo em vista haver conceito normativo genérico em lei.

Ricardo Luiz Vaqueiro, destaca que em razão da falta de clareza na regulação dos critérios de licenciamento da atividade de exploração de petróleo e gás, por exemplo, o IBAMA editou o Guia para o Licenciamento Ambiental, disponibilizado pela Agência Nacional de Petróleo antes dos leilões de blocos exploratórios. Tal iniciativa tem o escopo de apontar as áreas de maior dificuldade de licenciamento, com base na suscetibilidade ambiental da região a ser impactada, bem como sugere a tecnologias que traz menor impacto ao ambiente (VAQUEIRO, 2007, p. 101).

Enfim, como se observa, em sua maturidade intelectual, muito antes das recentes transformações ocorridas no processo, e do surgimento da tutela jurisdicional de direitos difusos e coletivos, Miguel Seabra Fagundes já militava que a discricionariedade administrativa não pode servir de pretexto para a não observância da finalidade do ato. Atualmente, o teor público do direito ambiental potencializa o ato da administração referente ao licenciamento ambiental, vinculando ainda mais o gestor aos ditames constitucionais, ratificando a atuação do renomado jurista potiguar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A característica do discurso de proteção ao meio ambiente como requisito de perpetuidade da espécie humana tem provocado mudanças profundas na jurisdição ambiental brasileira. Já se sabe, por exemplo, que não pode prosperar o entendimento, em absoluto, de que os fatos alegados pelo autor nas ações ambientais e não contestados pelo réu-poluidor são incontrovertidos e, portanto, no plano formal, verdadeiros.

O princípio da verdade real, que já vigorava pacífico no processo penal, como maior razão deve vigorar em matéria ambiental. Isto porque, nesta seara, a subjetividade converge para o plano público. A melhor doutrina, inclusive, já revela o surgimento de um “devido processo legal ambiental”.

A exploração e uso da energia retirada do petróleo, por exemplo, implica impacto ambiental, como, aliás, qualquer atividade humana na terra. É preciso saber qual a equação necessária para equilibrar uma relação custo/benefício útil a todos, levando em consideração, também, a perpetuidade da espécie.

Tal responsabilidade não aceita fórmulas acabadas. Trata-se, em verdade, de uma equação com vistas à sustentabilidade, agora alçada à condição de necessária utopia constitucional. Espera-se que o resultado final seja a conversão, do petróleo ou qualquer outra matriz energética que eventualmente a substitua, em desenvolvimento humano, observadas as vicissitudes do contexto cultural em cada momento histórico. Deste modo, concluo essas considerações, sem qualquer objetivo de esgotar o assunto.

REFERÊNCIAS

BENTO, Leonardo Valles. **Governança e Governabilidade na reforma do Estado: Entre eficiência e democratização**. Barueri: Manole, 2003.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do direito processual ambiental**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____; FERREIRA, Rena Marques. **Curso de direito da energia: tutela jurídica da água, do petróleo e do biocombustível**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

MARÇAL, Claudia. **Análise jurídica do procedimento do licenciamento ambiental**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1245/Analise-juridica-do-procedimento-do-licenciamento-ambiental>>. Acesso em: 16 abr. 2011.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. de Laura Teixeira Motta. Revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. [5ª reimpressão]

VAQUEIRO, Ricardo Luiz. Licenciamento das atividades de exploração e produção de petróleo e gás. *In: Direito do petróleo e gás: aspectos ambientais e internacionais*. Orgs. Alcindo Gonçalves e Gilberto M. A. Rodrigues. Santos: Universitária Leopoldianum, 2007.

JURIDICAL PROTECTION OF ENERGY AND ADMINISTRATIVE DISCRETION ON ENVIRONMENTAL LICENSING

ABSTRACT

This study concerns about the issue related to the legitimacy of the monopoly of violence held by the State, specifically the discretionarity to authorize the exploration and usage of energy sources. The present essay has as scope to investigate the theoretical potencial of the

fundamental juridical definition of energy, aiming to reach a useful hermenetical and constitucional criterion to the exercise of the administrative discretionarity, in occasion of environmental licensing issuance.

Keywords: Juridical protection of energy. Environmental licensing. Administrative discretion.