

O Termo de Compromisso do Artigo 26 da LINDB, o Licenciamento Ambiental e a Proteção do Direito ao Meio Ambiente

The Agreement of Section 26 of "LINDB", the Environmental Licence Procedure and the Protection to the Right to Environment

LUIZ ANTÔNIO FREITAS DE ALMEIDA¹

Ministério Público, Mato Grosso do Sul, Brasil.

RESUMO: O art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB trouxe a possibilidade de celebração do termo de compromisso para resolver irregularidade, incerteza jurídica e solucionar questão administrativamente contenciosa, a consagrar um espaço de consensualidade em conformidade com várias ondas de alteração de paradigmas no direito administrativo. O presente artigo, a par de situar sua introdução dentro desse contexto de conflito e multipolaridade de interesses, pretende examinar as possibilidades de celebração do compromisso, as formalidades exigidas na lei e no seu regulamento, inclusive com a apresentação de ideias para interpretar o conceito jurídico indeterminado que condiciona o compromisso – a satisfação de interesse geral relevante. Depois, objetiva-se examinar a possibilidade jurídica de, ao formalizar o compromisso, deixar de paralisar atividades potencialmente poluidoras sem licença ambiental dentro do contexto de proteção constitucional ao meio ambiente. Nesse compasso, há alguma comparação com o termo de ajustamento de conduta, previsto no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985, e com o termo de compromisso ambiental, tratado no art. 79-A da Lei nº 9.605/1998. Efetuado um exame pela norma da proporcionalidade, com os seus três subtestes, conclui-se que a norma extraída desse dispositivo não pode autorizar a continuidade da atividade potencialmente poluidora sem a licença ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao meio ambiente; direito administrativo; consensualidade; termo de compromisso; licenciamento ambiental.

ABSTRACT: The section 26 of the Statute of Introduction to the Norms of Brazilian Law fulfilled the possibility of carrying out agreement terms to solve irregularity, legal uncertainty and administrative contentious matters, something that guarantees a space of consensus which is in conformity with several lines of paradigm modifications in Administrative Law. This article, besides situating that introduction in this context of conflict and multipolar interests, aims to examine the possibilities of fulfillment of the agreement terms, the formalities required in the statute and in its regulation, and also to show some ideas to interpret the vague legal concept which is the condition to carry out this kind of agreement – the satisfaction of a relevant general interest. Moreover, it seeks to study the legal possibility of not interrupting potentially polluting activities that operate without an environmental

1 Orcid: <<https://orcid.org/0000-0003-0584-8417>>.

licence when closing this deal, in a context of constitutional protection to the environment. There is some comparison with “termo de ajustamento de conduta”, provided for in section 5, § 6º, of Statute n. 7.347/85, and “termo de compromisso ambiental”, provided for in section 79-A of Statute n. 9.605/98. After the execution of an exam by proportionality norm, with its three subtests, it was concluded that the norm obtained in this legal text should not authorize the continuity of a potentially polluting activity without an environmental licence.

KEYWORDS: Right to environment; administrative law; consensus; agreement terms; environmental licence procedure.

SUMÁRIO: Introdução; I – O compromisso do artigo 26 da LINDB; II – O compromisso e o licenciamento ambiental; Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, o direito administrativo era um ramo do Direito cujos contornos, não obstante a influência da gênese europeia e da importação de alguns institutos e conceitos típicos, eram concebidos como produto e responsabilidade estatais. Cada Estado nacional, por meio dos seus canais competentes, edita suas normas, estabelece a competência dos órgãos e instituições públicos e prevê um sistema de controle do exercício do poder, a fim de subordiná-lo ao império da lei e, destarte, proteger os direitos individuais dos cidadãos². O direito administrativo, como ramo do Direito com a incumbência de regular a atuação estatal em busca de seus objetivos, definidos nas instâncias decisórias legitimadas, era concebido com pretensão de estabilidade e continuidade (Cassese, 2012, p. 604-605), balizado pela legalidade administrativa, a qual interditaria o agir da Administração Pública de modo contrário à lei ou na ausência de permissivo legal (Sundfeld, 2011, p. 159-160).

Porém, são muitos os fatores históricos e fenômenos sociais, políticos, econômicos e jurídicos que redimensionaram a ideia de soberania. Se, na ciência política, ainda se pode falar de um poder soberano do Estado Nacional, ontologicamente é insopitável que esse poder tem sofrido uma partilha

2 A origem do direito administrativo é atrelada ao nascimento do Estado de Direito e ao movimento revolucionário francês de 1789. Com a vinculação sistemática do poder estatal a normas legais – e não meramente casuística, como ocorria com alguns institutos conhecidos da Idade Média – e a sistematização de uma jurisdição administrativa, sedimentou-se a base para a construção de um arcabouço normativo-teórico que tivesse em conta as especificidades do regime jurídico administrativo, uma vez que o regime de direito privado não foi pensado para regular as relações entre o Estado e o indivíduo (Enterría, 2011, p. 21 e ss.; Mello, 2008, p. 38 e ss.). Porém, essa visão tradicional é criticada por Binembojm (2008, p. 9 e ss.), o qual sustenta que a origem do direito administrativo pouco tinha a ver com proteção dos indivíduos residentes no território estatal, mas estava mais relacionada com a regulação e organização do poder de modo a fazê-lo mais efetivo.

e uma fragmentação que causam uma erosão da autoridade estatal (Arnaud, 1997, p. 13 e seguintes)³.

O matiz social do Estado tem sofrido forte inflexão nos últimos trinta anos. Estados que se estruturaram como *États Providence* iniciaram uma série de reformas em seus arcabouços jurídicos, a fim de conter o avanço de despesas públicas e instituir uma nova racionalidade. Em vez de um Estado prestador e produtor, preconiza-se um Estado-Garantidor, cujo foco dirige-se para regular, supervisionar e fiscalizar atores financeiros e empresariais, que passam a corresponsabilizar-se com o Estado para suprir as demandas (Urbano, 2010, p. 1023 e seguintes)⁴.

Uma economia globalizada e a doutrina da nova governança foram molas propulsoras para que, no âmbito internacional e regional, fossem lançadas as bases jurídicas para cobrar dos Estados nacionais a criação em seus sistemas de agências independentes e autônomas (Napolitano, 2014, p. 359), no afã de supervisionar e regular a concorrência entre os atores privados e, nos nichos em que o Estado manteve alguma atividade prescricional, fomentar a concorrência entre o próprio setor público e privado para futuros financiamentos públicos⁵. Em suma, instituições políticas de-

-
- 3 Inequivocamente, após as duas grandes guerras mundiais, especialmente a segunda, cresceu a perspectiva de que os direitos mais elementares de cada particular não poderiam ser matéria de deliberação exclusiva do Legislativo de cada ente nacional. A proteção dos direitos humanos no âmbito internacional e regional, por meio de instrumentos jurídicos de direito internacional, passou a contar com agências e organismos de controle das decisões estatais; no âmbito regional, houve a criação, inclusive, de tribunais para esse controle. No âmbito doméstico, houve influxo crescente do constitucionalismo e da teoria dos direitos fundamentais, a fim de concebê-los não apenas como meras orientações na elaboração pelo Parlamento da legislação, mas como limite de atuação do próprio legislador, suscetível de controle por um organismo judicial. Uma síntese dessa movimentação de constitucionalização de direitos fundamentais e os reflexos no conceito de Estado de Direito pode ser sorvida em Chevallier (2010, p. 57-69 e p. 99-141). Assim, a previsão de um catálogo de direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade de leis e outros atos normativos serviram para diluir ainda mais uma fronteira entre o direito público e o direito privado, que já estava “borrada” com o advento de um Estado Social de Direito, com o Estado a abraçar novas funções e competências, de sorte a buscar um reequilíbrio das desigualdades sociais para oportunizar uma mesma chance de largada a cada um dos cidadãos durante a corrida da vida. Isso porque o agir estatal positivo penetrou em searas bastante técnicas e complexas, com necessidade de posterior regulamentação normativa e inserção de conceitos técnicos de outras ciências e de criação e aglutinação de diferentes segmentos da burocracia estatal para dar cabo dessas novas funções.
 - 4 Entremetidas, vale referir que a infusão dos postulados da nova governança, com a busca da avaliação da eficiência e dos resultados, influencia o Estado a abraçar novas fontes de Direito. A lei não poderia mais ser talhada para pormenorizar a forma da intervenção estatal e dever-se-ia resumir a estabelecer diretrizes que norteiem o Executivo no fomento das políticas públicas. Outrossim, a exigência de uma regulação mais flexível concita o acolhimento de novas fontes normativas, como declarações de direitos e códigos de boa conduta, ou seja, preconiza o reconhecimento de um *soft law* em vez de um *hard law* (Arnaud, 1997, p. 12 e ss.; Garcia, 2009, p. 23-44).
 - 5 Com a derrocada do império soviético e a acentuação de acordos e tratados internacionais e regionais, criou-se um ambiente ainda mais propício para uma pressão econômica rumo a uma unificação de mercados, com retirada plena ou ingente diminuição de barreiras ao livre comércio numa escala mundial. Políticas concebidas fora do alcance dos Parlamentos nacionais apregoavam a necessidade de retração do Estado na prestação de

senhadas em nível supranacional passaram a ditar os rumos das políticas desenvolvidas pelos Estados nacionais⁶.

Esses pontos de estresse fomentam uma lente ampliada do direito administrativo. Inúmeros conflitos de natureza política, institucional e econômica permeiam a criação de leis e a prática do direito administrativo. O direito administrativo não tem mais unicamente um aspecto bipolar, que contrapõe o interesse público ao interesse particular individual. Em muitos casos, a pluralidade de direitos e interesses protegidos pelo ordenamento jurídico suscita uma multipolaridade relacional entre Estado e os detentores desses vários interesses na confecção e execução das políticas públicas. O favorecimento de alguns interesses certamente prejudica outros. Os conflitos fazem parte do próprio direito administrativo e os diferentes atores e aplicadores disputam e barganham na vasta arena pública, a fim de satisfazer suas pretensões; por outro lado, todo o decisor conta com um limite de racionalidade inerente à tomada de decisão advinda do desconhecimento pleno de todas as consequências de suas decisões (Cassese, 2012, p. 609-610; Cassese; Napolitano; Casini, 2014, p. 357-364 e p. 369).

Tudo o que está a ser dito não pretende, por suposto, negar a existência de um interesse público, com todas as dificuldades inerentes advindas dessa expressão ambígua⁷. Sem embargo, serve para sobrelevar que, numa sociedade de risco e com relações massificadas de consumo e de exposição coletiva a novas tecnologias, há uma gama de interesses transindividuais – cujos titulares não são determináveis em alguns casos – com grande conflituosidade entre si⁸.

bens e serviços aos indivíduos, o que trouxe, como efeito óbvio, a criação de novos mercados disponíveis para a apropriação do capital privado.

- 6 Segundo Cassese, Napolitano e Casini (2014, p. 355), os Estados perderam parte da sua autoridade nesse processo de deliberação, ainda que permaneçam com a palavra final se seguirão ou não esses passos, com o risco político e econômico existente em caso de uma recusa em obedecer. O corolário esperado é o compartilhamento de direitos e princípios comuns a outras ordens jurídicas, a exemplo da norma da proporcionalidade, do direito de ser ouvido e manifestar-se no procedimento e do devido processo legal, como lembram os autores.
- 7 Conforme Pirker (2013, p. 13-41), as três principais teorias que definem o interesse público são a teoria da preponderância, a teoria do interesse unitário e a teoria do interesse comum. Segundo a primeira, o interesse público reconhece-se pela soma majoritária dos vários interesses individuais. A segunda enquadra-o com os valores idealmente bons para a comunidade. A terceira não assimila o interesse público aos interesses individuais, mas singulariza-o nos valores compartilhados pelas pessoas no perfil comunitário, conforme aquilo que a comunidade consideraria melhor para seu desenvolvimento.
- 8 A transindividualidade dos interesses – e, por que não, direitos? – é estudada sob a rubrica de “interesses difusos e coletivos”, havendo, como é cediço, sua conceituação legal no art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. A propósito, a notar uma tricotomia entre interesses públicos, interesses transindividuais e privados, sem assimilar, pois, o interesse público a interesses coletivos em sentido lato, está Lenza (2008, p. 45-74). Mancuso (2014, p. 23 e ss.) pontua que o significativo para diferenciar interesse público dos interesses coletivos é perceber que nestes não há um choque entre o interesse público e

Nesse cenário de embate, por um lado procurou-se acentuar a legitimidade da tomada de decisão mediante procedimentos de auscultação popular, como audiências e consultas públicas, e a criação setorial de organismos colegiados, formados pela participação de atores governamentais e não governamentais, para deliberação ou consulta a respeito de determinada política pública (Cassese, 2012, p. 603-613; Garcia, 2009, p. 44-46). Por outro, fica cada vez mais proeminente um novo papel do Estado. Diante da dificuldade de aquilatar o interesse público numa liça tomada de diferentes interesses em competição, exsurge uma função de promotor, árbitro e mediador desses interesses, com o escopo de alcançar acordos que possam acomodá-los da melhor maneira, sem excluir seu papel de controle (Cassese; Napolitano; Casini, 2014, p. 610).

É neste cenário de multipolaridades de interesses que se insere a Lei nº 13.655/2018, que modificou a Lei de Introdução às Normas do Direito e introduziu o art. 26. Sua racionalidade é que a imposição de sanção ou de uma decisão unilateral da Administração Pública e, por suposto, a existência de dúvida não representam a melhor alternativa para favorecer interesses importantes que devem ser levados em consideração (Guerra; Palma, 2018, p. 135-143)⁹. A lei, portanto, confere um novo regime jurídico geral permissivo à realização de acordos administrativos, com o intuito de acabar com a incerteza jurídica dessa via por parte dos agentes públicos, em que pese a consensualidade administrativa já ter sido prevista em legislações esparsas setorializadas, como a legislação ambiental, antitruste e de agências reguladoras (Guerra; Palma, 2018, p. 135-143).

Assim, com o uso do método técnico-jurídico, com recurso aos textos e diálogo com a doutrina, o presente artigo tratará dos requisitos formais e materiais impostos na legislação para a tomada do compromisso, bem como enfrentará o tormentoso tema da sua utilização para dispensar temporariamente algum empreendimento da licença ambiental, tendo como base o conflito com o direito fundamental ao meio ambiente.

I – O COMPROMISSO DO ARTIGO 26 DA LINDB

A Lei Federal nº 13.655/2018, regulamentada pelo Decreto nº 9.830/19, alterou o Decreto-Lei nº 4.657/1942, intitulado atualmente de

o individual, mas entre interesses coletivos contrapostos, pertencentes, por vezes, a titulares indeterminados, diante da impossibilidade de satisfação simultânea integral desses interesses em conflito – é o critério da *conflittualità massima* da doutrina italiana.

9 Embora ambos os autores comentem apenas o aspecto sancionador.

Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, doravante LINDB. Entre as modificações, interessa a inclusão do art. 26, que permite que a Administração Pública celebre acordos em casos de incerteza, irregularidade ou questão administrativamente contenciosa.

Comparando-o com o texto do art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985, na redação dada pela Lei nº 8.078/1990, o qual introduziu o permissivo normativo para a Administração Pública celebrar termo de ajustamento de conduta, percebe-se que a Lei nº 13.655/2018 foi mais minuciosa, para instituir requisitos de validade desses acordos. Isto é, a norma que se extrai desse enunciado normativo contém o mínimo de regulamentação do objeto do acordo e das formalidades necessárias para sua celebração, o que incentiva a consensualidade por afastar a insegurança jurídica sobre o teor daquilo passível de pactuação (Guerra; Palma, 2018, p. 146 e seguintes). De qualquer forma, é inequívoco que os termos de ajustamento de conduta tratados na Lei nº 7.347/1985, celebrados pela Administração Pública, devem seguir os comandos da Lei nº 13.655/2018, que ampliou a possibilidade de sua realização; destarte, subentende-se que os textos normativos complementam-se e integralizam maior operacionalidade aos termos de ajustamento de conduta tratados naquele diploma legal¹⁰.

Os compromissos a serem celebrados, por conseguinte, podem servir para extirpar irregularidade do comprometente, em função de uma conduta de desobediência às normas jurídicas, ou fulminar uma contenda administrativa. A desconformidade com a lei pode acontecer em situação de exercício do poder de polícia por parte da Administração Pública, ocasião em que haverá muita similaridade com o termo de ajustamento de conduta tratado na Lei de Ação Civil Pública, ou pode resultar de um inadimplemento ou inexecução contratual por parte do ente que celebrou contrato administrativo com a Administração Pública. Em ambas as hipóteses, em caso de recurso administrativo, é possível que, em vez de aguardar o pronunciamento final da instância recursal administrativa, a negociação avance para a celebração do termo de compromisso.

Nesse quadro, Guerra e Palma (2018, p. 150 e seguintes) defendem a viabilidade de celebração de acordos substitutivos de sanção, a possibilitar

10 Em sentido parcialmente contrário, a enumerar duas correntes, estão Guerra e Palma (2018, p. 147 e ss.). De acordo com a primeira corrente, os termos de ajustamento de conduta ficariam restritos ao âmbito da ação civil pública, ao passo que a segunda advoga a tese de que ambos os diplomas seriam permissivos genéricos para a consensualidade, embora falte ao art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985 uma regulamentação por norma específica, o que não ocorre com os compromissos do art. 26 da LINDB, que já possuem o mínimo regulamentar e têm aplicação imediata.

ao compromissário a não penalização contratual ou decorrente do poder de polícia caso venha a cumprir o compromisso. O problema de aceitar essa posição é que houve o veto presidencial ao art. 26, § 1º, II, de cujo dispositivo pinçava-se norma que permitia que se cristalizasse no compromisso a transação em relação a sanções e créditos relativos ao passado e estabelecimento de um regime de transição.

A motivação apresentada pelo Presidente era de não estimular o voluntário descumprimento dos deveres por parte dos administrados, con fiantes de que poderiam celebrar o compromisso no futuro, bem como a vedação, decorrente da legalidade administrativa, de transacionar sanção ou créditos gerados pela aplicação da lei em razão de fatos pretéritos. De acordo com o art. 840 do Código Civil, a transação implica concessões mútuas, portanto qualquer modificação da sanção já caracteriza, a rigor, uma concessão por parte da Administração Pública. Se essa leitura estiver correta, corta-se um importante incentivo para o administrado comprometer-se com a autoridade administrativa, em que pese evitar o risco de a autoridade terminar premiando indivíduos desidiosos no cumprimento de seus deveres perante a Administração Pública. Esse tipo de acordo substitutivo parece ficar confinado ao campo de casos em que houve confissão espontânea do administrado de irregularidade ou inadimplemento contratual de que não tinha ciência a Administração Pública, logo, da confissão manifestada antes do exercício do poder de polícia pela autoridade competente ou da descoberta da ilicitude contratual.

Se os acordos substitutivos pela LINDB são questionáveis, mais tranquila é a possibilidade de que os acordos sejam integrativos, formalizados para resolver insegurança jurídica proveniente de incerteza palpável na aplicação do direito administrativo. Nesse caso, em vez de substituir uma sanção, o compromisso previne a lide ao esclarecer o sentido de dever ser incidente na hipótese, com pactuação das obrigações devidas pelo comprometente para bem cumprir a legislação.

A competência para a celebração do compromisso é, na dicção legal, da “autoridade administrativa”. Há uma norma de competência que reconhece a legitimidade de compromissos tomados por autoridades administrativas de qualquer ente, órgão ou instituição públicos, da Administração direta e indireta; como se tem em mente a autoridade e não a instituição ou a pessoa jurídica, é de balde perscrutar a existência de personalidade ou capacidade jurídica institucional para o ato (Guerra; Palma, 2018, p. 149).

A propósito, pensa-se que o tratamento a ser dado deve ser quase idêntico ao conceito de autoridade coatora sedimentado pela doutrina do mandado de segurança. Logo, como regra geral, a autoridade com competência para celebrar o compromisso será aquele agente público que detenha o poder de decisão de praticar ou omitir o ato administrativo no caso concreto, isto é, ato do qual advenha a sanção por irregularidade, a incluir aquele que determina concretamente a prática de ato administrativo comissivo ou omissivo – e não o mero executor – que sancione a irregularidade ou que possa resolver a incerteza ou a questão disposta no contencioso administrativo (Guerra; Palma, 2018, p. 150 e seguintes)¹¹.

Quanto à competência, é possível a criação de norma especial para estipulá-la para determinados setores da burocracia. Outrossim, salvo impedimento legal expresso, não há óbice à avocação da competência para a celebração do ato compromissório por superior hierárquico, em caso de motivos justificados e em situações excepcionais, consoante permissivo do art. 15 da Lei nº 9.784/1999. A par da competência pela hierarquia, há a possibilidade de delegação da competência – a não ser que haja legislação específica que estabeleça a competência absoluta para o ato –, bem como a viabilidade de celebração pela integração de vontade de mais de uma autoridade no ato complexo, com cisão das fases de negociação e de homologação do compromisso (Guerra; Palma, 2018, p. 149-150)¹².

Por suposto, a celebração do termo de compromisso será objeto de formalização no bojo de um procedimento administrativo, o que pode recomendar, inclusive, a autuação de um processo administrativo em apartado para tanto.

11 Em realidade, Guerra e Palma, ao conceituarem a autoridade administrativa para o fim de celebrar o termo de compromisso, não mencionaram se a definição de autoridade administrativa equivale ou é análoga àquela de autoridade coatora para fins de *mandamus*. Sobre a autoridade coatora no *writ*, Meirelles, 2003, p. 59 e ss.; Sodré, 2007, p. 92 e ss. Destarte, amparado nesses dois autores – Meirelles e Sodré –, é defensável que agentes vinculados a empresas públicas e a sociedades de economia mista eventualmente terão a competência para firmar compromissos em relação a atos regidos pelo direito público, da mesma forma que não é descabido falar, a princípio, de compromissos celebrados por particulares no exercício de função delegada no caso de incerteza jurídica. Cabe esclarecer que a Lei nº 12.016/2009, art. 1º, § 1º, equipara a autoridades passíveis de *mandamus* os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do Poder Público, o que caminha na trilha daquela doutrina. Porém, essa lei (art. 1º, § 2º) veda o remédio contra atos de gestão comercial feitos pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

12 De qualquer forma, para maior segurança jurídica, seria importante que, nas devidas esferas federativas, houvesse a criação de legislação para definir a competência de tomar esses compromissos, com possibilidade de sua submissão à homologação de um órgão colegiado ou mesmo a previsão de uma competência concentrada para a sua tomada no âmbito de toda a Administração Pública.

Com efeito, a legitimidade do compromisso depende essencialmente da promoção de interesses gerais relevantes. A utilização de um conceito jurídico indeterminado (“interesse geral relevante”) permite uma maior margem de manobra para a Administração Pública, a qual, por suposto, não pode tentar burlar a lei para acomodar interesses espúrios ou que atentem contra a impessoalidade administrativa. Por isso, é possível o controle pelo Poder Judiciário de compromissos administrativos que, diante das peculiaridades do caso concreto, desbordem da ordem jurídica.

Entretantes, a título de precisão, deve-se ter em mente que o domínio dos conceitos jurídicos indeterminados não é o do poder discricionário da Administração Pública, conquanto ambos tenham a finalidade de conferir flexibilidade ao agente administrativo para conformar melhor a atividade administrativa ao interesse público. O contributo da doutrina alemã serviu para diferenciar a discricionariedade dos conceitos jurídicos indeterminados. Os conceitos jurídicos indeterminados representam a adoção pelo emissor do enunciado normativo de termos vagos no texto¹³.

Se parece mais pacífico aceitar a possibilidade de controle judicial da interpretação de conceitos jurídicos indeterminados dada pela Administração Pública, a questão que se coloca é se esse controle é pleno ou há algum tipo de limite ao órgão controlador. Em síntese, formaram as seguintes correntes: a) um controle judicial pleno do emprego pela Administração dos conceitos jurídicos indeterminados, uma vez que eles não estabelecem margem para qualificação e subsunção diante dos elementos do fato concreto. Aqui haveria um juízo de valoração que atenderá uma única solução justa diante da situação concreta, em que a interpretação concluirá ou não pela subsunção da hipótese fática ao conceito normativo indeterminado (Enterría, 2011, p. 41 e seguintes); b) um controle judicial limitado, ampara-

13 A vagueza é uma indeterminação linguística semântica na qual o termo comporta dúvida interpretativa de seu significado quanto à extensão denotativa, isto é, quanto ao tipo ou classe de coisas ou fatos abrangidos pelo termo. Essa indeterminação pode ser causada por diversas variáveis, a exemplo daquelas relacionadas ao aspecto quantitativo ou valorativo do intérprete. Em termos analíticos, o vocábulo comporta: i) uma zona denotativa positiva, em que há certeza da abrangência do significado a determinado conjunto ou classe de fatos ou objetos; ii) uma zona denotativa negativa, em que há a certeza contrária, isto é, da não extensão do significado da palavra para aquele universo de fatos ou coisas; iii) uma zona cinzenta, de incerteza ou de penumbra, na qual a linguagem não fornece a certeza de se a extensão do vocábulo abrange aquele conjunto ou classe de situações, fatos ou objetos (Duarte, 2011, p. 122-131). Em sentido similar ao escrito no texto, está Binembojm (2008, p. 221 e ss.). Para ilustrar a ideia, averiguar se o dano é “imminente” depende de interpretar o sentido desse vocábulo. Inequivocamente, um dano prestes a ocorrer em poucas horas ou dias é um dano iminente (zona de certeza positiva), ao passo que um dano que somente se consolidará em décadas pode ser rejeitado como merecedor desse predicado (zona de certeza negativa). No entanto, entre essas zonas há espaço de possibilidades temporais em que a vagueza da palavra “imminente” não fornece uma determinação precisa, não possibilita a qualificação indubitável de ser ou não iminente.

do fundamentalmente em duas premissas, quais sejam, tanto a necessidade de especialização do exercício do poder por razões técnicas e de *expertise* própria da função executiva como o receio de uma excessiva judicialização do direito administrativo¹⁴, com o conseqüente rebaixamento do Executivo perante o Judiciário, o que violaria a separação de poderes (Binembojm, 2008, p. 213 e seguintes; Wolff; Bachof; Stober, 2006, p. 449-461).

Particularmente, as razões de apoio da segunda corrente são robustas, pois preservam um espaço de autonomia ou “uma margem de apreciação” para o administrador público, a justificar uma maior contenção judicial em situações com forte incerteza epistêmica empírica e normativa (Binembojm, 2008, p. 213 e seguintes; Wolff; Bachof; Stober, 2006, p. 449-461). Ora, mormente num quadro de incerteza empírica, não é papel do juiz substituir a opinião do administrador pela sua própria, mas apenas zelar pela ordem jurídica. Portanto, nas zonas de certeza denotativa (positiva ou negativa), o Magistrado poderá verificar se a interpretação administrativa foi correta conforme o sentido plausível da palavra. Porém, na zona de incerteza ou de penumbra, deverá o juiz reconhecer ao administrador uma margem autônoma para decidir, em razão das peculiaridades da função administrativa, hipótese em que não controlará a correção da decisão administrativa, mas tão só assegurará que a interpretação administrativa não é manifestamente equivocada (Binembojm, 2008, p. 226 e seguintes; Wolff; Bachof; Stober; 2006, p. 449-461)¹⁵.

Sem embargo da distinção entre conceito jurídico indeterminado e poder ou competência discricionária, é fato que o art. 26 da LINDB também estabelece a discricionariedade para firmar o compromisso. Em relação à discricionariedade, convém apenas referir que é um vocábulo polissêmico, mas, em linha geral, pode ser definida como a permissão normativa dada ao agente competente de selecionar diferentes conseqüências ou medidas jurídicas previstas na norma ou conferir-lhe a faculdade de agir

14 Receio que fica mais pujante no cenário brasileiro, em que há um monismo e não dualismo de jurisdição, diversamente do que ocorre com vários países europeus, em que há uma jurisdição exclusivamente administrativa. Como no país tupiniquim o acesso à jurisdição é uma garantia fundamental, não havendo dualidade, o mesmo aparato judicial é competente para processar e julgar eventuais violações a direitos subjetivos perpetradas pela Administração Pública no exercício da atividade administrativa e em regime de direito público. Essa estrutura de acesso é, em parte, responsável pelo acervo ingente que sobrecarrega os tribunais brasileiros, de modo que as demandas em face do Estado representam a maior parte do estoque processual (Perlingeiro, 2014, p. 285 e ss.).

15 Sem embargo, a (des)aplicação de uma norma extraída de um enunciado normativo que contenha conceitos jurídicos indeterminados pode eventualmente ativar uma situação de conflito normativo com uma norma de direito fundamental – normalmente principiológica – ou com algum outro princípio constitucional. A propósito, conferir a nota nº 21.

ou não em determinada circunstância tipificada na previsão da norma; o norte do agente público advirá da ponderação de diversos fatores, a fim de mais bem aquilatar a conveniência e a oportunidade do ato (Abboud, 2015, p. 123-147; Enterría, 2011, p. 44 e seguintes; Wolff; Bachof; Stober, p. 461 e seguintes)¹⁶.

Contudo, ainda que se reconheça que há uma competência discricionária para a Administração Pública, isso não significa que há um poder incontrolável ao exame da juridicidade, porquanto isso não se coaduna com um Estado de Direito (Wolff; Bachof; Stober, 2006, p. 461 e seguintes). Em realidade, a distinção tradicional entre atos vinculados e atos discricionários deve ser rechaçada ou, se mantida, ser objeto de ressalva no sentido de que mesmo o exercício da discricionariedade possui algum tipo de vinculação que não a isenta de controle judicial. A par de conferir-se o pressuposto empírico ou fático invocado pelo agente público está mesmo presente e se não houve desvio de finalidade na realização do ato administrativo, a inobservância de regras de competência ou de formalidade procedimental ou de princípios constitucionais permite a invalidação judicial do ato administrativo. Aliás, é possível que, diante de alguma especificidade do caso concreto, a própria discricionariedade deixe de existir, com sua redução a zero (Binembojm, 2008, p. 226 e seguintes; Enterría, 2011, p. 39-56; Mello, 2008, p. 942 e seguintes)¹⁷.

Em retorno ao debate sobre a relevância do interesse geral que justifique a celebração do compromisso do art. 26 da LINDB, é preciso dizer que a importância do interesse significa que os compromissos não podem ser banalizados para todo e qualquer caso, a exigir uma repercussão além da esfera do interesse individual do pretense compromissário, o que pode ser abrandado no caso de acordos integrativos, operados para resolver incerteza jurídica. A relevância do interesse não se estampa apenas na racionalidade financeira ou econômica, porquanto, em primeiro lugar, deve haver a consubstanciação de um interesse jurídico e não meramente econômico. Nesse prisma, a relevância deve ser objeto de uma ponderação do compro-

16 Abboud (2015, p. 123-147) enumera diversas modalidades de discricionariedade (discricionariedade interpretativa, discricionariedade optativa, discricionariedade performática, discricionariedade volitiva e discricionariedade técnica). Não obstante, ele assevera que, diante de um Estado de Direito que preveja um catálogo de direitos fundamentais e o controle por um organismo judiciário, não existe poder discricionário, posição coerente com sua defesa do pós-positivismo e da tese dworkiniana de uma única resposta correta, posição não partilhada por nós.

17 Cabe esclarecer que Mello (2008, p. 942 e ss.) menciona o controle quanto ao motivo do ato, quanto à finalidade do ato (desvio de poder) e quanto à causa do ato (pertinência entre o suporte empírico e o objeto do ato, considerada a sua finalidade).

mitente com o norte de maior atendimento ao interesse público, sopesando as consequências positivas e negativas de não celebrar o compromisso com aquelas decorrentes da sua formalização. Esse sopesamento deve ser balizado, sem prejuízo de outras, pelas diretrizes do § 1º, I, do art. 26 da LINDB, isto é, equanimidade, pela norma da proporcionalidade e pelo princípio da eficiência administrativa, sem olvidar os princípios que regem a Administração Pública, consoante art. 37 da Constituição Federal. Para auxiliar o gestor a deliberar, o procedimento administrativo em que se decidirá pela celebração ou não do compromisso deve ser instruído com um parecer técnico sobre a viabilidade técnico-operacional e, quando houver a assunção de algum dever por parte da Administração Pública, os reflexos orçamentário-financeiros das obrigações a serem assumidas pela Administração (art. 10, § 4º, I, do Decreto nº 9.830/2019).

Convém assinalar a ausência da expressão “interesse público” do dispositivo legal, que optou por “relevantes interesses gerais”. A opção do legislador pode revelar um mecanismo de maior segurança para a autoridade celebrante e de ampliação da viabilidade de sua celebração. Com efeito, rememore-se o escrito alhures: diante da possibilidade de conflito de interesses múltiplos, inclusive entre interesses transindividuais, pode ser difícil, em primeiro lugar, concluir se determinado interesse privilegiado pelo compromisso representa o interesse público ou dele tem apoio. Ademais, facilita a sua confecção, à medida que permite a satisfação de um interesse geral relevante diferente do interesse público, caso se reconheça que o interesse público será mais bem atendido ou não será incompatível com a acomodação pacífica daquele interesse.

A lei trouxe a previsão de obrigatoriedade de consulta ao órgão jurídico, o qual certamente deverá opinar não só quanto ao aspecto de formalidade jurídica, mas orientar a autoridade a respeito da satisfação de um interesse geral relevante, uma vez, que, por interpretação, é possível razoavelmente afastar a relevância nas hipóteses em que esse termo vago esteja dentro da zona de certeza negativa. Essa inferência é reforçada pela previsão de que o parecer conclusivo do órgão jurídico examine a própria minuta do compromisso (art. 10, § 4º, II, do Decreto nº 9.830/2019), com seu encadeamento após a previsão do parecer técnico conclusivo sobre a viabilidade técnico-operacional. Logo, entende-se que o art. 10, § 4º, trouxe uma ordem preferencial e mais racional de instrução do processo, pois primeiro obtém-se o parecer técnico-operacional, a minuta proposta para o compromisso, o próprio parecer jurídico e a minuta após a revisão.

Facultativamente, previu-se a possibilidade de realização de consulta pública, o que é sempre bem-vindo e recomendável, diante da ampliação da deliberação na arena pública. Embora silente o enunciado, não há impedimento na própria realização de audiência pública para o debate do tema.

Por sua vez, a lei traz uma cláusula obrigatória e uma vedada de constar do compromisso. Há a proibição de cláusula que preveja desoneração eterna de dever ou o condicionamento de algum direito subjetivo. A proibição é salutar, porque impede que as autoridades sejam tentadas a executar compromissos que, a pretexto de favorecer interesse geral relevante, represente na prática uma quebra da legalidade para a concessão de uma benesse indevida, o que pode servir de combustível para a corrupção e tráfico de influência. De outro lado, a interdição de cláusula condicionadora de direito evita que a Administração, seguramente em posição mais forte na relação, possa valer-se dessa superioridade para exercer coerção excessiva sobre o compromissário, desnaturando a natureza negocial do compromisso e impondo a renúncia a direitos ou o seu exercício condicionado.

Outrossim, o conteúdo mínimo do compromisso foi trazido no art. 26 da LINDB, com a complementação dada pelo seu regulamento. O compromisso deve ser redigido de modo claro e constar as obrigações das partes, o prazo para o seu cumprimento e a cláusula penal incidente na hipótese de inadimplemento (art. 26, § 1º, IV, da LINDB). O Decreto nº 9.830/2019 reforça que o modo de cumprimento também deve ser previsto (art. 10, § 2º, III, *b*), assim como a forma de fiscalização e a eficácia de título executivo extrajudicial (art. 10, § 2º, III, *c* e *e*), só produzindo efeitos após sua publicação (art. 10, § 3º). Os fundamentos fáticos e jurídicos para a decisão de celebrá-lo, exigidos no art. 10, § 2º, III, *d*, do aludido veículo normativo, são uma explicitação óbvia do dever de motivar os atos administrativos.

II – O COMPROMISSO E O LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Com a previsão constitucional do direito ao meio ambiente, extraem-se deveres dirigidos ao Estado, como os de não poluir e de não permitir a poluição, o que legitima a função de regulação e controle estatal, com redução da própria discricionariedade administrativa no âmbito do direito ambiental (Benjamin, 2007, p. 57-81; Sarlet; Fensterseifer, 2017, p. 289 e seguintes)¹⁸. Nesse compasso, decorrente da compreensão desse direito fun-

18 Além do art. 225 da Constituição Federal, seu art. 170, VI, conjuga a livre iniciativa com a defesa do meio ambiente, com possibilidade de tratamento diferenciado consoante impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. Assim, a ordem econômico-financeira do país,

damental numa dimensão objetiva e subjetiva, é forçoso reconhecer que há deveres positivos e negativos constitucionalmente impostos ao ente estatal, em particular o dever de legislar e criar normas que regrem as condutas e punam atividades lesivas ao meio ambiente, bem como o de fiscalizar a correta aplicação dessas normas, de sorte que a proteção insuficiente desse direito pode ser objeto de censura e condenação judicial do ente omissor (Sarlet; Fensterseifer, 2017, p. 289 e seguintes)¹⁹.

A harmonização dos princípios constitucionais cristalizou-se com a exigência legislativa de licenciamento ambiental para toda a atividade que seja potencial ou efetivamente poluidora, *conditio sine qua non* para a sua exploração. Deveras, já havia as obrigações constitucionais expressas de realizar estudo de impacto ambiental para atividades ou obras que causem significativa degradação ambiental e de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, sua qualidade e meio ambiente (art. 225, § 1º, IV e V).

Por isso a norma extraída do art. 10 da Lei Federal nº 6.938/1981 prescreve que a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento ambiental²⁰. O licenciamento ambiental nada mais é que o procedimento administrativo destinado a licenciar ou permitir a realização dessas atividades ou a operação dos empreendimentos, conforme conceito legal do art. 2º, I, da Lei Complementar Federal nº 140/2011, art. 2º, I. Atualmente, em razão da norma contida no dispositivo do art. 3º, I, da Medida Provisória nº 881/2019

calcada na livre iniciativa, pauta-se no ecodesenvolvimento, de sorte que a preocupação ecológica é objetivo dessa ordem econômica e mecanismo de respeito à dignidade humana e à concretização de pleno emprego e desenvolvimento sustentável, como leciona Grau (2006, p. 251). A Constituição pretendeu a inversão de paradigmas para preservar a existência das presentes e futuras gerações, ao evitar o esgotamento de recursos naturais de modo desnecessário, de forma que a política ambiental não seja um escolho ao desenvolvimento, mas um pilar de seu planejamento, como observam Antunes (2004, p. 19) e Milaré (2004, p. 51). Por isso, o mandamento legal do art. 3º, II, da Lei Complementar nº 140/2011 vai ao encontro do dever constitucional e explícita princípios já talhados na Constituição, uma vez que enumera o objetivo estatal de conciliar proteção ambiental, dignidade da pessoa humana, erradicação de pobreza e redução de desigualdade regionais e sociais com o desenvolvimento socioeconômico.

19 A respeito da dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais em geral, Kellyne Almeida, 2014, p. 133 e ss.

20 Havia a exigência de licenciamento ambiental para alguns setores produtivos, introduzida por dispositivos normativos anteriores esparsos, porém a Lei nº 6.938/1981 foi a que contemplou todas as atividades potencialmente poluidoras como suscetíveis de licenciamento. A respeito da origem histórica do licenciamento, remete-se para Farias, 2019, p. 32 e ss.

– atual Lei nº 13.874/2019 –, as atividades etiquetadas como de baixo risco estão dispensadas de licenciamento ambiental²¹.

Para as atividades poluidoras ou potencialmente poluidoras que dependam de licenciamento ambiental, a ausência da licença ambiental impede o início da obra ou atividade ou a operação do empreendimento, de sorte que o desrespeito a essa regra impõe o exercício da competência vinculada de embargar a obra e suspender a atividade ou aplicar a interdição provisória do estabelecimento²².

A racionalidade subjacente a esse entendimento, a par da própria previsão no art. 72 da Lei nº 9.605/1998 das medidas administrativas capazes de evitar a desconformidade legal, ampara-se nos princípios da prevenção e da precaução, emanações do direito fundamental ao meio ambiente, no desiderato de evitar intervenções que possam conspurcar o bem ambiental de maneira cientificamente comprovada ou, se ainda não roborada cientifi-

21 Não é objeto deste texto enfrentar a questão da constitucionalidade ou não da Medida Provisória nº 881/2019, nem os seus requisitos de aplicação. A medida provisória em tela, art. 3º, I, isentou de todo e qualquer ato permissivo prévio da Administração, como alvará, autorização, permissão, licença etc., a atividade desenvolvida para sustento próprio ou da família e em imóvel próprio ou com o consento do proprietário, desde que seja classificada de baixo risco. As atividades consideradas de baixo risco para o fim de dispensa de licença ambiental foram enumeradas no anexo da Resolução nº 51/2019 do Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios, conforme art. 5º da Resolução. A medida provisória foi recentemente aprovada no Congresso em quase sua integralidade e foi sancionada pelo Presidente da República. Contudo, é certo que o Supremo deverá apreciar a constitucionalidade, uma vez que o PDT propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.156, em que se questiona, entre outros argumentos, a extrapolação da competência legislativa concorrente, porquanto houvera a edição de normas que não seriam “de caráter geral”, bem como a alegada incongruência de sobrelevar o princípio da livre iniciativa em detrimento dos demais princípios, com sério choque com o princípio da socialidade do Estado. Como não houve tempo para amadurecer a reflexão nem ela é objeto deste artigo, presume-se a constitucionalidade da Lei nº 13.874/2019.

22 Contudo, é possível que a aplicação da regra de embargar/suspender/atividade sem licença ambiental possa gerar a colisão com algum princípio ou regra, o que atrai a necessidade de solucioná-lo. Se o conflito não for solúvel por metanormas de conflito (regras da hierarquia, da especialidade ou da cronologia), o que só acontecer no caso de conflitos entre princípios constitucionais, e se for proibido ao juiz a recusa em resolver a questão por falta de norma aplicável (*non liquet*), a solução da colisão deontológica atrai a ponderação, a qual deve ser estruturada pela norma da proporcionalidade. Assim, a regra que determina o embargo/suspensão/interdição da atividade poderia ser eventualmente derrotada num balanço de razões que jogasse a favor da norma contraposta. Porém, é preciso frisar dois fatores importantes: a) não costuma ser necessário recorrer à ponderação no caso de atividades econômicas desenvolvidas por entidades empresárias com fim lucrativo. A razão para isso é que o conflito seria mais bem resolvido pela regra da especialidade, pois a previsão de licenciamento ambiental é fruto duma ponderação legislativa que tentou harmonizar a livre iniciativa e a proteção ao meio ambiente de maneira equilibrada. Assim, a regra que condiciona a operação desses empreendimentos à prévia obtenção de licença ambiental, sob pena de suspensão/embargo/interdição, é uma norma que densifica o conteúdo desses princípios tomados em conjunto e, por isso, ostenta uma especialidade em relação às normas mais gerais representadas pelos direitos fundamentais de livre iniciativa e de propriedade, de forma que se aplica a norma especial em detrimento da geral; b) como a competência é vinculada, não cabe ao órgão ambiental descumprir a lei, de sorte que seria preciso o interessado submeter o conflito à apreciação jurisdicional. O assunto de conflitos normativos é vasto e não há espaço para o detalhamento das várias implicações de recorrer à ponderação. A esse respeito, remete-se para Duarte, 2006, p. 237 e ss.; Luiz Antônio Freitas de Almeida, 2014, p. 56-71.

camente essa evidência, com um risco verossímil²³. Afinal, é apenas ao final do licenciamento ambiental que o Estado poderá aquilatar precisamente os impactos ambientais da atividade pretendida, de modo a condicionar a operação do empreendimento ao prévio ajuste de mecanismos para prevenir os impactos possíveis e mitigar os inevitáveis, ajustando-os a parâmetros dispostos nas normas técnicas e ambientais, sem prejuízo de eventuais medidas compensatórias.

A questão que se coloca é se, diante da possibilidade de celebração de termo de compromisso com base no art. 26 da LINDB, é lícito que a Administração tome o compromisso do particular, a fim de permitir a construção, ampliação, instalação ou operação de empreendimento potencialmente poluidor sem a licença ambiental? Entrementes, não é incomum imaginar que seja possível que, no requerimento de licenciamento ou durante a vistoria pelo órgão ambiental, executada para subsidiar a análise técnica do próprio licenciamento pretendido ou mesmo decorrente do exercício de poder de polícia, com a finalidade de averiguar notícia de infração ambiental, chegue a informação ao órgão ambiental de que a obra ou construção já foi iniciada e/ou que o empreendimento já está em instalado ou em operação, sem que essas atividades estivessem autorizadas pela prévia licença ambiental correspondente.

Vale frisar que a resposta será negativa se houver atinência à racionalidade inerente aos termos de ajustamento de conduta da Lei nº 7.347/1985. Com efeito, o termo de ajustamento de conduta, independentemente da natureza jurídica que se outorgue ao instrumento, impõe ao compromissário a adequação de sua conduta ao ordenamento jurídico, o que implica a indisponibilidade do direito material, sendo possível negociar apenas a forma e o prazo do cumprimento das obrigações²⁴. Portanto, inviável que se transija a respeito em um termo de ajustamento de conduta e permita a prossecução da atividade sem licença ambiental, até porque a obrigação deve ser lícita e possível, não sendo viável uma previsão ilegal (Maia, 2013, p. 385 e seguintes).

Todavia, e o compromisso ambiental, previsto no art. 79-A da Lei nº 9.605/1998? Sob a alegação de que a aplicação das sanções administra-

23 A propósito da diferenciação dos dois postulados, menciona-se Wedy, 2017, p. 47 e ss.

24 Sobre as diversas correntes a respeito da natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta (transação, acordo, contrato ou ato administrativo), remete-se a Akaoui, 2004, p. 71 e s.; Luiz Antônio Freitas de Almeida, 2010, p. 65 e ss.; Fernandes, 2008, p. 56-82; Machado, 2003, p. 355; Mazzilli, 2000, p. 362; Leite; Lima; Ferreira, 2005, p. 332 e ss. De qualquer forma, mesmo com a divergência sobre a natureza jurídica, os juristas referidos não admitem a disposição do direito material.

tivas de embargo/suspensão/interdição, salientadas pela Lei nº 9.605/1998, resultaria num impacto à economia pela paralisação de inúmeros empreendimentos potencialmente poluidores que operavam sem licença ambiental, dado que houvera supostamente pouco tempo para adaptar-se a essa “nova” preocupação ambiental, por medida provisória, objeto de sucessivas reedições, acrescentou-se à Lei nº 9.605/1998 o enunciado normativo do art. 79-A (Milaré; Costa Jr.; Costa, 2013, p. 254 e seguintes)²⁵. O referido enunciado trouxe norma que possibilitou a celebração de termos de compromisso pelos órgãos ambientais com as pessoas físicas e jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores²⁶.

O compromisso ambiental tratava-se de um específico acordo substitutivo, pois havia a suspensão da aplicação de sanções administrativas contra o compromissário durante a sua vigência, conquanto não disciplinasse a possibilidade de outras formas de transacionar essas sanções (art. 79-A, § 3º). Com efeito, a redação do § 1º do art. 79-A pareceu permitir que empreendimentos e atividades a descoberto de licença ambiental pudessem continuar em operação mesmo sem a licença ambiental, desde que, celebrado o compromisso, o empreendedor apresentasse cronograma e executasse as medidas ali previstas que seriam suficientes, na avaliação do órgão ambiental, para conferir-lhe a licença, cumprindo os demais termos do acordo. Ou seja, mesmo que não tivesse tomado todas as cautelas para minimizar os impactos inevitáveis e evitar aqueles possíveis, o empreendimento poderia seguir em operação, ainda que devesse regularizar-se no percurso da vigência do compromisso.

Os compromissos ambientais, não obstante, foram criados com a finalidade de sedimentar um regime provisório de transição, o que é perceptível pelo § 2º do art. 79-A. Isso seria o suficiente para permitir a adequação dos empreendimentos irregulares já em atividade e evitar a sua interdição e

25 Foi, também, a manifestação ofertada pela Consultoria do Ministério de Meio Ambiente, consoante relatório do voto do Ministro Alves no acórdão dado em medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.083/DF.

26 Nesse instrumento, o compromissário assumia a responsabilidade por executar correções de suas atividades e atender as exigências impostas pelas autoridades ambientais. Entre as exigências obrigatórias do termo de compromisso ambiental tratado na Lei nº 9.605/1998 estava o prazo de vigência, variável de noventa dias a três anos, prorrogável por igual período. Também devia constar a descrição pormenorizada do objeto do compromisso, com discriminação do valor de investimento, do cronograma físico de execução e implantação das obras e serviços exigidos e das metas a serem atingidas trimestralmente. Tal como no compromisso da LINDB, o compromisso do art. 79-A previu multas em caso de não cumprimento das obrigações pactuadas. Também deveria ser convencionado a respeito do foro competente para dirimir eventual litígio. Com o intuito de diferenciar o compromisso genérico do art. 26 da LINDB do compromisso com espeque no art. 79-A da Lei nº 9.605/1998, doravante este compromisso será mencionado como compromisso ambiental.

os inconvenientes econômicos que isso traria (Milaré; Costa Jr.; Costa, 2013, p. 254 e seguintes)²⁷.

Em retomada da indagação, o art. 26 da LINDB tem o condão de “re-
pristinar” na integralidade o compromisso ambiental e assegurar o funcio-
namento do empreendimento sem licença ambiental, considerando que só
foi vedada a desoneração permanente – e não temporária – de dever legal?
A resposta é negativa.

Se, por um lado, o compromisso do art. 26 da LINDB elimina o pro-
blema da transitoriedade dos compromissos ambientais do art. 79-A da Lei
nº 9.605/1998, é fato que a permissão de atividade sem a licença, ainda que
haja uma série de medidas impostas, afeta os postulados da prevenção e
precaução e, por consequência, o âmbito protegido do direito fundamental
ao meio ambiente, na mesma linha da conclusão dada perfunctoriamente
pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 2.083-8/DF. Nessa linha de prin-
cípio, a norma legal do art. 26 da LINDB choca-se com a norma de direito
fundamental do art. 225 da Constituição Federal, inclusive o § 1º, IV.

Chamado o teste de proporcionalidade, na vertente da proteção con-
tra a insuficiência, entende-se que a medida legal, embora idônea para a
promoção da consensualidade administrativa e da livre iniciativa, e neces-

27 Foi, também, a manifestação ofertada pela Consultoria do Ministério de Meio Ambiente, consoante relatório do voto do Ministro Alves no acórdão dado em medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.083/DF. É fato que há vozes no sentido de que a permissão para celebrar os compromissos ambientais previstos no art. 79-A esteja até hoje vigente, a desconsiderar por completo o § 2º do art. 79-A. Logo, essa corrente sustenta a possibilidade de um licenciamento corretivo – e não preventivo –, de sorte a permitir a continuidade da atividade potencialmente poluidora mesmo sem licença ambiental, desde que não haja grave risco ao meio ambiente e que a obtenção da licença no futuro, após cumpridas as medidas previstas no compromisso, não viole nenhuma norma jurídica. É o escólio de Farias (2019, p. 64-69 e p. 84-85), o qual parece prostrar a eficácia do art. 79-A amparando-se nos termos de ajustamento de conduta previstos na Lei nº 7.347/1985. Sem embargo, essa posição não se sustenta pelos seguintes argumentos: a) necessidade de maior proteção do direito fundamental ao meio ambiente e respeito aos princípios da precaução e da prevenção; b) não é possível dispor do direito material no compromisso de ajustamento de conduta; c) há norma clara no sentido de limitá-los apenas a empreendimentos existentes até março de 1998, com previsão de prazo, já esgotado, para serem celebrados – o protocolo do requerimento deveria acontecer até 31.12.1998; d) existência de regra que determina a paralisação da atividade e competência de natureza vinculada do ato. Aliás, cabe acrescentar que a interpretação de Farias contraria o entendimento vinculante dado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 2.083-8/DF, na qual houve a concessão de liminar na medida cautelar para suspender a eficácia dos compromissos fora dos limites da norma de transição, relativamente a empreendimentos e atividades não existentes antes da vigência da Lei nº 9.605/1998. A propósito deste aresto, o acórdão unânime foi relatado pelo Ministro Moreira Alves – embora, no debate oral, o Ministro Marco Aurélio tenha salientado a extensão da liminar em maior grau que a propugnada pelo relator –, a fim de dar interpretação conforme à constituição ao art. 79-A. Porém, o Supremo Tribunal Federal não conheceu em parte dos pedidos formulados, pois, em relação aos empreendimentos já existentes, a eficácia normativa da medida provisória já havia se exaurido. É fato que essa posição do Supremo Tribunal Federal parece dar razão aos que sustentam a possibilidade aberta pela medida provisória de celebração dos compromissos ambientais até hoje, porém termina por suspender essa via ao dar a referida interpretação vinculante na concessão do provimento liminar.

sária, porque ausente medida alternativa que satisfaça o fim na mesma intensidade e seja, concomitantemente, minimamente eficaz na promoção do direito fundamental afetado²⁸, reprovando no teste de proporcionalidade em sentido estrito.

Existe, no caso, o conflito entre o princípio da livre iniciativa e o princípio de meio ambiente. As posições jurídicas que estão presentes na colisão são, de um lado, a pretensão de um agente econômico de empreender temporariamente sem a licença ambiental, comprometendo-se a concluir medidas acordadas com a autoridade do órgão ambiental, e, de outro, a pretensão coletiva de não ver degradado desnecessariamente o bem ambiental, com eventuais reflexos na sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações. Reconhecidamente a primeira pretensão, que está correlacionada a um dever estatal negativo, tem uma importância social menor que a segunda, correlacionada a um dever estatal positivo.

Por outro lado, o peso concreto também favorece o direito ambiental. Afinal, não se proíbe indeterminadamente o exercício da atividade econômica, somente o condiciona ao cumprimento das normas técnicas e ambientais que seriam exigidas no bojo de um licenciamento ambiental. Ao revés, a pretensão de uma ação protetiva do Estado no atuar para impedir empreendimentos sem licença pode ser grandemente afetada, pois a degradação ambiental poderia ser evitada e a reparação desse bem sempre é custosa, com um componente de perda ecológica nessa degradação irreversível²⁹. Em acréscimo, é conveniente aduzir que a obrigação de licenciamento ambiental é antiga e que já foi oportunizada uma vez a regularização de empreendimentos sem licença pelos compromissos ambientais do art. 79-A da Lei nº 9.605/1998, o que diminui a força do argumento contrário ao interesse ambiental, pois incentiva o mau vezo de apostar na via ilegal na esperança de ser premiado no futuro com uma solução que legalize a prática ou isente de qualquer sanção.

28 Não há espaço para aprofundar o debate sobre a relação da proteção contra a insuficiência e a proteção contra o excesso, que compõem as duas vertentes da proporcionalidade. Cabe apenas referir que, diferentemente da proibição de excesso, a proporcionalidade na modalidade de proteção contra a insuficiência examina, na etapa da necessidade, não se há um meio alternativo que menos agride o direito fundamental, mas se há um meio alternativo que, preservando a satisfação igual do fim, seja suficiente, pelo menos em grau mínimo, para proteger o direito fundamental, como sustenta Clérico (2009, p. 319 e ss). Na senda contrária a qualquer mudança estrutural no teste de proporcionalidade para sindicat a suficiência de proteção estatal, caminha Duarte (2018, p. 49-70).

29 É um dos componentes do chamado do dano extrapatrimonial ambiental, como é o escólio de Steigleder (2017, p. 139-156).

Ao contrário do raciocínio apresentado normalmente, afirma-se que nem todas as atividades potencialmente poluidoras produzem o mesmo tipo de impacto ambiental, o que é verdadeiro. Assim, seria possível à autoridade do órgão ambiental diferenciar os tipos e intensidades de impactos produzidos pela atividade e, não havendo risco na continuidade da atividade, não haveria razão suficiente para paralisá-la³⁰. Esse argumento deve ser mais bem examinado.

Em primeiro lugar, é cediço que deve a Administração dar um tratamento diferenciado conforme o tipo de impacto ambiental produzido na atividade (art. 170, VI, da Constituição). Justamente por isso a legislação ambiental exige para significativos impactos ambientais o estudo de impacto ambiental, o que pressupõe um licenciamento mais demorado e complexo, ao passo que prevê licenciamentos mais simplificados para outras atividades menos degradadoras. Ocorre que a Administração depende do próprio empreendedor para avaliar corretamente esses impactos, pois este deverá apresentar os estudos ambientais exigidos no licenciamento por profissionais com responsabilidade técnica. Mesmo para atividades mais simples, que não dependam de estudos complexos, às vezes bastando um comunicado de atividade subscrito por profissional com responsabilidade técnica, a Administração só poderá ter certeza da correção do estudo após a vistoria. Assim, admitir a continuidade da atividade sem reter esses estudos seria completamente inviável.

Em segundo lugar, caso o órgão ambiental tenha, após a obtenção dos estudos ambientais e apreciação de todos os efeitos da atividade, segurança da não produção de impactos ambientais em desconformidade com os parâmetros técnicos e normativos exigidos, aí é caso de celebrar o compromisso do art. 26 da LINDB com a concessão da devida licença ambiental de operação no próprio compromisso, com a estipulação das devidas condicionantes, salvo se isso contrariar alguma outra norma jurídica. Se, porém, perceber que há impactos ambientais desconformes a esses padrões técnicos e normativos, não sendo possível a operação sem a sua produção a não ser que se implantem dispositivos e se instalem medidas que seriam exigidas no bojo de um licenciamento preventivo, não poderá autorizar temporariamente a atividade sem licença ambiental, devendo constar do compromisso a concessão da licença após a execução dessas medidas, com a devida certificação pelo órgão ambiental, permanecendo paralisada até lá.

30 Ver nota nº 26.

Em outros termos, a pretensão de um licenciamento corretivo de um empreendimento sem licença ambiental, mediante termo de compromisso fundamentado no art. 26 da LINDB, será viável apenas para resolver aspectos formais do licenciamento ambiental, aprazar as formas de compensação que já deveriam ter sido providenciadas se estivesse em curso um licenciamento regular e, eventualmente, para adoção de técnicas mais modernas, seguras e efetivas para mitigar e evitar os impactos ambientais no caso de o empreendedor irregular já utilizar tecnologias e métodos produtivos aceitos pelas normas ambientais e não estar causando poluição³¹. Mas jamais poderá liberar a manutenção de atividade sem a licença ambiental.

Logo, deve-se dar mesma interpretação conforme à Constituição ao art. 26 da LINDB, no sentido de proibir acordos substitutivos que permitam, sem licença ambiental, a prossecução de atividades ou obras potencialmente poluidoras ou a operação de empreendimentos também potencialmente poluidores; uma cláusula nesse sentido é ilícita. Isso não impede que outros acordos substitutivos ou integrativos sejam formatados no que tange à licença ambiental, observados os requisitos legais. Essa conclusão, *mutatis mutandis*, coaduna-se com aquela dada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.083-8/DF em relação ao art. 79-A da Lei nº 9.605/1998.

Por fim, cabe apenas esclarecer que a linha de raciocínio é empregada para o exercício de atividade econômica, desempenhada com fins lucrativos por pessoa jurídica empresária ou empresário individual. No caso da prestação de serviços públicos ou desempenho de atuação pública que dependam de licenciamento ambiental, seria preciso verificar qual a espécie de conflito normativo seria gerado pela específica situação concreta e, da mesma forma, solucioná-lo pela aplicação do teste de proporcionalidade, o que permite muitas configurações não possíveis de serem tratadas nesta seara, a depender do tipo de serviço público prestado³².

31 A respeito das melhores técnicas disponíveis, remete-se para lição de Loubet (2014, p. 139 e ss.), o qual defende que a obrigação de adotá-las é um princípio jurídico implícito do sistema.

32 Remete-se à nota de rodapé nº 21, uma vez que cabe considerar que a própria regra que determina a interdição/suspensão/embargo da atividade, neste caso, poderia ser eventualmente derrotada. Fica a dúvida, porém, nesta hipótese de compromisso, isto é, que envolva a prestação de atividade ou serviço de natureza pública, se seria necessária sua homologação judicial. A princípio, diferentemente do que ocorre com eventual derrotabilidade da regra que determina a suspensão/interdição/embargo de atividade potencialmente poluidora, que depende de seu afastamento por decisão judicial, tal como sustentado na nota 21, entende-se viável a celebração do compromisso sem necessitar de homologação judicial. Claro está que, ainda assim, poderia ser o compromisso objeto de controle judicial caso provocada a jurisdição por um autor popular ou pelos legitimados para a tutela de interesses difusos e coletivos. Mas o tema mereceria uma reflexão maior para uma conclusão mais segura a respeito.

CONCLUSÕES

a) O art. 26 da LINDB confere um novo regime jurídico geral permissivo à realização de acordos administrativos, com o intuito acabar com a incerteza jurídica dessa via por parte dos agentes públicos.

b) A relevância do interesse significa que os compromissos não podem ser banalizados para todo e qualquer caso. A relevância do interesse deve ser objeto de uma ponderação do compromitente com o norte de maior atendimento ao interesse público, guiada por equanimidade, proporcionalidade, eficiência administrativa e demais princípios que regem a Administração Pública.

c) Deve-se dar interpretação conforme à Constituição ao art. 26 da LINDB, no sentido de proibir acordos substitutivos que permitam a prossecução da atividade econômica potencialmente poluidora sem licença ambiental, em função da desproporcionalidade da proteção oferecida ao direito fundamental ao meio ambiente decorrente do entendimento reverso.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial* – O ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2015.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *O paradoxo dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *Direitos fundamentais sociais e ponderação* – Ativismo irrefletido e controle jurídico racional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.

_____. O princípio da boa-fé objetiva e sua aplicação nos termos de ajustamento de conduta ambientais. In: RASLAN, Alexandre Lima (Org.). *Direito ambiental*. Campo Grande: Ed. UFMS, p. 63-77, 2010.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARNAUD, André-Jean. De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques. In: *Droit et Société*, n. 35, p. 11-35, 1997.

BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, p. 57-135, 2007.

- BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo – Direitos fundamentais, democracia e constitucionalismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.083-8/DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347420>>. Acesso em: 28 ago. 2019.
- CASSESE, Sabino. New paths for administrative law: a manifesto. In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 10, n. 3, p. 603-613, 2012.
- _____; NAPOLITANO, Giulio; CASINI, Lorenzo. Towards multipolar administrative law: a theoretical perspective. In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, n. 2, p. 354-356, 2014.
- CHEVALLIER, Jacques. *L'État de Droit*. 5. ed. Paris: Montchestien, 2010.
- CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional. Serie tesis. Buenos Aires: Facultad de Derecho de Buenos Aires/Eudeba, 2009.
- DUARTE, David. *A norma da legalidade procedimental administrativa – A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. Gains and losses in balancing social rights. In: DUARTE, David; SAMPAIO, Jorge Silva (Ed.). *Proportionality in Law – An analytical perspective*. Cham: Springer, p. 49-70, 2018.
- DUARTE, David. Linguistic objectivity in norm sentences: alternatives on literal meaning. *Ratio Juris*, v. 24, n. 2, p. 112-139, June 2011.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, ley e inmunidades del poder*. 2. ed. Madrid: Civitas/Thomson Reuters, 2011.
- FARIAS, Talden. *Licenciamento ambiental – Aspectos teóricos e práticos*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- FERNANDES, Rodrigo. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental – Fundamentos, natureza jurídica, limites e controle jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Direito das políticas públicas*. Coimbra: Almedina, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

- LEITE, José Rubens Morato; LIMA, Maíra Luísa Milani de; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. Ação civil pública, termo de ajustamento de conduta e formas de reparação do dano ambiental: reflexões para uma sistematização. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 333-343, 2005.
- LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- LOUBET, Luciano Furtado. *Licenciamento ambiental – A obrigatoriedade da adoção das melhores técnicas disponíveis (MTD)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MAIA, Leonardo Castro. Compromisso de ajustamento de conduta e a operação de empreendimentos sem licença ambiental. In: BADINI, Luciano; ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). *Meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 379-394, 2013.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública – Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MEIRELLES, Helly Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de inconstitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental de normas no Direito brasileiro*. 26. ed. In: WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira (Atual.). São Paulo: Malheiros, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____; COSTA JR., Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Direito penal ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2013.
- NAPOLITANO, Giulio. Conflicts and strategies in administrative law. In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, n. 2, p. 357-369, 2014.
- PERLINGEIRO, Ricardo. Administrative justice in Brazil – A judicial, non judicial or hybrid jurisdiction? *Revista de Processo*, n. 233, p. 285-292, 2014.
- PIRKER, Benedikt. *Proportionality analysis and models of judicial review – A theoretical and comparative study*. Groningen: Europa Law Review, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental – Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2017.

SODRÉ, Eduardo. Mandado de segurança. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, p. 89-134, 2007.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental – As dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

URBANO, Maria Benedita. Globalização: os direitos fundamentais sob stress. In: *Stvdia Ivridica*. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, n. 101, v. 4, p. 1023-1048, 2010.

WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco. *O princípio constitucional da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo*. Trad. António F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, v. 1, 2006.

Sobre o autor:

Luiz Antônio Freitas de Almeida | E-mail: lafalmeida12@gmail.com

Doutor em Ciências Jurídico-Políticas, Mestre e Especialista em Direitos Fundamentais, todos os títulos pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Especialista em Direito Constitucional pela UNAES, Promotor de Justiça em MS, já tendo integrado o GAECO e a Assessoria Especial da Corregedoria-Geral do Ministério Público, Ex-Diretor Administrativo da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

Data de submissão: 25 de outubro de 2019.

Data do aceite: 10 de setembro de 2020.