Transparência, processualidade e meio ambiente

Wallace Paiva Martins Junior[1]

[1]Promotor de Justiça (MPESP), Professor de Direito Administrativo (Unisantos) e Doutor em Direito do Estado (USP).

Resumo

O artigo aborda inicialmente a transparência e meio ambiente. A seguir trata da publicidade e do acesso à informação. Caracteriza a audiência pública ambiental com a participação popular até se chegar a processualidade e ao licenciamento ambiental.

Palavras-chave: Transparência; processualidade, meio ambiente

1. Transparência e meio ambiente.

O Direito Público, sobretudo o Direito Administrativo, experimentou o impacto de movimento tendente à democratização administrativa, pelo qual a perseguição do interesse público não é mais privativa do administrador ou do servidor público, mas, atividade finalística da Administração Pública cuja gestão não lhe pertence exclusivamente. O exercício do poder é guiado por cânones positivados como princípios jurídicos como processualidade e transparência, englobando esta última publicidade, motivação e participação popular.

Trata-se do alcance do conceito de administração aberta, predominando nas relações administrativas a visibilidade e fórmulas que transitam desde a influência da população na tomada de decisões administrativas até a substituição da competência decisória pelo referendo e pelo plebiscito. É uma concepção pluralista, dialógica, que rende obséquio à racionalidade, à objetividade, e à legitimidade material do exercício do poder, baseada tanto na multiplicidade de interesses públicos quanto na colaboração mútua entre governo e sociedade civil em sua prossecução.

Processualidade e transparência também são formalidades inerentes a outros ramos do Direito Público como o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico. A Constituição de 1988, por exemplo, cunha preceitos como a cooperação das associações representativas no planejamento municipal (art. 29, XII), a defesa e a preservação do meio ambiente pelo poder público e pela coletividade (art. 225) e o dever de publicidade no estudo prévio de impacto ambiental no processo de outorga de licença ou autorização

para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental (art. 225, § 1º, IV).

No âmbito infraconstitucional, a Lei n. 6.938/81 articula institutos de participação popular na gestão administrativo-ambiental através de órgãos públicos colegiados mistos, como o Conselho Nacional do Meio Ambiente. Trata-se de órgão com competências deliberativas e consultivas para "assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida" (art. 6º, II), bem como para (a) estabelecer normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados; (b) determinar a realização de estudos das alternativas e das possíveis consequências ambientais de projetos públicos ou privados (requisitando aos órgãos federais, estaduais e municipais, bem assim a entidades privadas, as informações indispensáveis para apreciação dos estudos de impacto ambiental, e respectivos relatórios, no caso de obras ou atividades de significativa degradação ambiental, especialmente nas áreas consideradas patrimônio nacional); (c) homologar acordos visando à transformação de penalidades pecuniárias na obrigação de executar medidas de interesse para a proteção ambiental; (d) determinar a perda ou restrição de benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público, em caráter geral ou condicional, e a perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito; (e) estabelecer normas e padrões nacionais de controle da poluição por veículos automotores, aeronaves e embarcações e ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos (art. 8º). O órgão tem composição heterogênea, composto por representantes do setor público e da sociedade civil (Decreto n. 99.274/90).

A Lei n. 6.938 prevê o licenciamento prévio, ato precedido de processo administrativo para "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" (art. 10), estabelecendo que o pedido, sua renovação e respectiva concessão "serão publicados no jornal oficial, bem como em periódico regional ou local de grande circulação, ou em meio eletrônico de comunicação mantido pelo órgão ambiental competente" (art. 10, § 1º).

A essas diretrizes gerais aliam-se aquelas cunhadas na Lei n. 10.257/01 (Estatuto da Cidade), com significativos institutos como (a) gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art. 2º, II); (b) audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população (art. 2º, XIII), (c) estudo prévio de impacto ambiental e estudo prévio de impacto de vizinhança (art. 4º, VI)[1].

Após arrolar vários instrumentos de política urbana, a lei reforça a participação exigindo que se eles "demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal devem ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil" (art. 4º, § 3º), bem como garante nos processos de elaboração e fiscalização do plano diretor (a) a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, (b) a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos, (c) o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos (art. 40, § 4º).

Para além, o Estatuto da Cidade descreve as linhas gerais da gestão democrática da cidade (e das regiões metropolitanas e dos aglomerados urbanos) [2], balizada pelo uso dos seguintes instrumentos exemplificativamente arrolados: (a) órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal; (b) debates, audiências e consultas públicas; (c) conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis

[1] "Art. 36. Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal.
Art. 37. O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões: I – adensamento populacional; II – equipamentos urbanos e comunitários; III – uso e ocupação do solo; IV – valorização imobiliária; V – geração de tráfego e demanda por transporte público; VI – ventilação e iluminação; VII – paisagem urbana e patrimônio natural e cultural. Parágrafo único. Dar-se-á publicidade aos documentos integrantes do EIV, que ficarão disponíveis para consulta, no órgão competente do Poder Público municipal, por qualquer interessado.
Art. 38. A elaboração do EIV não substitui a elaboração e a aprovação de estudo prévio de impacto ambiental (EIA), requeridas nos termos da legislação ambiental".

[2] "Art. 45. Os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania".

nacional, estadual e municipal; (d) iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art. 43).

Esta, ademais, é a tônica no direito comparado. O dever de motivação é robustecido pela jurisprudência comunitária que considera ilegítimo o silêncio positivo em matéria de autorização relativa a águas públicas pelo prejuízo ao meio ambiente e ao patrimônio cultural[3]. O direito francês assegura a participação através da *enquête* em projetos de urbanização, meio ambiente, instalações nucleares etc. No direito italiano além da previsão genérica da participação popular na Administração Pública (art. 3º, Lei n. 241/90) há procedimento semelhante à *enquête* em matéria urbanística. É possível afirmar que assuntos como tombamento, execução de obras e serviços, meio ambiente, planejamento urbano, são permeáveis à participação popular na Administração Pública nos ordenamentos jurídicos alemão, espanhol, francês, britânico e italiano[4].

2. Publicidade e acesso à informação.

Pode soar lugar comum, mas, a democracia republicana deve se guiar por alto grau de transparência governamental, já que é o governo do público em público. Se ao poder público a publicidade é elementar como dever que se articula ao *caput* do art. 37 da Carta Magna, sendo excepcional o sigilo à vista da imprescindibilidade à segurança do Estado ou da sociedade ou da tutela da privacidade (art. 5º, X e XXXIII), a Lei de Acesso a Informações Pública (Lei n. 12.527/11) reforçou essa concepção tornando obrigação a divulgação de assuntos de interesse público independentemente de pedido de qualquer pessoa, e assegurou o acesso (amplo, gratuito e incondicionado) à informação de dados ou documentos públicos para além dos direitos de certidão, *habeas data* e de informação constitucionalmente delineados. O acesso compreende direitos de vista, consulta, certidão, cópia.

Sem prejuízo da publicidade como direito subjetivo público, a incrementação do dever de publicidade se dá pela publicação e pela intimação - que se distinguem pela determinação subjetiva e pessoalidade ou não e pela presunção ou efetivação do conhecimento.

[3] Luís Filipe Colaço Antunes. *Para um Direito Administrativo de garantia do cidadão e da Administração – tradição e reforma*. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 57-64.
[4] Fabiana de Menezes Soares. *Direito Administrativo de Participação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, pp. 179-199.

O sigilo é excepcional e se liga a informações sigilosas ou pessoais. Aquelas são informações de natureza pública, mas, cuja ostensividade imediata e irrestrita tem a potencialidade de causar danos a sociedade ou ao Estado. Estas são informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável, e são tuteláveis pela privacidade e pela intimidade.

Além da publicação do processo de licenciamento ambiental (art. 225, § 1º, IV, Constituição de 1988; art. 10, § 1º, Lei n. 6.938/81), o direito brasileiro contabiliza o acesso público aos dados e informações ambientais existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) contido na Lei n. 10.650, de 16.04.2003[5].

[5] "Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o acesso público aos dados e informações ambientais existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama, instituído pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.
Art. 2º Os órgãos e entidades da Administração Pública, direta, indireta e fundacional, integrantes do Sisnama, ficam obrigados a permitir o acesso público aos documentos, expedientes e processos administrativos que tratem de matéria ambiental e a fornecer todas as informações ambientais que estejam sob sua guarda, em meio escrito, visual, sonoro ou eletrônico, especialmente as relativas a: I - qualidade do meio ambiente; II - políticas, planos e programas potencialmente causadores de impacto ambiental; III - resultados de monitoramento e auditoria nos sistemas de controle de poluição e de atividades potencialmente poluidoras, bem como de planos e ações de recuperação de áreas degradadas; IV - acidentes, situações de risco ou de emergência ambientais; V - emissões de efluentes líquidos e gasosos, e produção de resíduos sólidos; VI - substâncias tóxicas e perigosas; VII - diversidade biológica; VIII - organismos geneticamente modificados. § 1º Qualquer indivíduo, independentemente da comprovação de interesse específico, terá acesso às informações de que trata esta Lei, mediante requerimento escrito, no qual assumirá a obrigação de não utilizar as informações colhidas para fins comerciais, sob as penas da lei civil, penal, de direito autoral e de propriedade industrial, assim como de citar as fontes, caso, por qualquer meio, venha a divulgar os aludidos dados. § 2º É assegurado o sigilo comercial, industrial, financeiro ou qualquer outro sigilo protegido por lei, bem como o relativo às comunicações internas dos órgãos e entidades governamentais. § 3º A fim de que seja resguardado o sigilo a que se refere o § 2º, as pessoas físicas ou jurídicas que fornecerem informações de caráter sigiloso à Administração Pública deverão indicar essa circunstância, de forma expressa e fundamentada. § 4º Em caso de pedido de vista de processo administrativo, a consulta será feita, no horário de expediente, no próprio órgão ou entidade e na presença do servidor público responsável pela guarda dos autos. § 5º No prazo de trinta dias, contado da data do pedido, deverá ser prestada a informação ou facultada a consulta, nos termos deste artigo.
Art. 3º Para o atendimento do disposto nesta Lei, as autoridades públicas poderão exigir a prestação periódica de qualquer tipo de informação por parte das entidades privadas, mediante sistema específico a ser implementado por todos os órgãos do Sisnama, sobre os impactos ambientais potenciais e efetivos de suas atividades, independentemente da existência ou necessidade de instauração de qualquer processo administrativo.
Art. 4º Deverão ser publicados em Diário Oficial e ficar disponíveis, no respectivo órgão, em local de fácil acesso ao público, listagens e relações contendo os dados referentes aos seguintes assuntos: I - pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão; II - pedidos e licenças para supressão de vegetação; III - autos de infrações e respectivas penalidades impostas pelos órgãos ambientais; IV - lavratura de termos de compromisso de ajustamento de conduta; V - reincidências em infrações ambientais; VI - recursos interpostos em processo administrativo ambiental e respectivas decisões; VII - registro de apresentação de estudos de impacto ambiental e sua aprovação ou rejeição. Parágrafo único. As relações contendo os dados referidos neste artigo deverão estar disponíveis para o público trinta dias após a publicação dos atos a que se referem.
Art. 5º O indeferimento de pedido de informações ou consulta a processos administrativos deverá ser motivado, sujeitando-se a recurso hierárquico, no prazo de quinze dias, contado da ciência da decisão,

A lei em foco garante o acesso público aos documentos, expedientes e processos administrativos que tratem de matéria ambiental e a fornecer todas as informações ambientais que estejam sob sua guarda, indicando relação exemplificativa dos assuntos correlatos. No requerimento, independentemente da comprovação de interesse específico, o interessado deve assumir a obrigação de não utilizar as informações colhidas para fins comerciais, sob as penas da lei civil, penal, de direito autoral e de propriedade industrial, assim como de citar as fontes, caso, por qualquer meio, venha a divulgar os aludidos dados (art. 2º). Além disso, ela inscreve o dever de publicação de certos atos como pedidos e licenças, autos de infração, termos de compromisso de ajustamento de conduta (art. 4º), e determina o sigilo comercial, industrial, financeiro ou qualquer outro sigilo protegido por lei.

A superveniência da Lei n. 12.527/11 implica o ajustamento das disposições da Lei n. 10.650/03 às suas diretrizes gerais.

3. Audiência pública ambiental.

A transparência também se alcança com a participação popular no exercício do poder. Dentre os institutos participativos despontam no direito brasileiro as audiências e consultas públicas, previstas na Lei Geral do Processo Administrativo Federal que, ainda, possibilita a adoção de outros meios (art. 33).

Consoante esse diploma legal, "quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada" (art. 31). Sua convocação será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas (art. 31, § 1º). A consulta pública impõe o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais (art.

dada diretamente nos autos ou por meio de carta com aviso de recebimento, ou em caso de devolução pelo Correio, por publicação em Diário Oficial.
(...)
Art. 8º Os órgãos ambientais competentes integrantes do Sisnama deverão elaborar e divulgar relatórios anuais relativos à qualidade do ar e da água e, na forma da regulamentação, outros elementos ambientais.
Art. 9º As informações de que trata esta Lei serão prestadas mediante o recolhimento de valor correspondente ao ressarcimento dos recursos despendidos para o seu fornecimento, observadas as normas e tabelas específicas, fixadas pelo órgão competente em nível federal, estadual ou municipal.
Art. 10. Esta Lei entra em vigor quarenta e cinco dias após a data de sua publicação".

31, § 2º). A consulta pública distingue-se do plebiscito e do referendo, porquanto ela predispõe-se à formulação de opiniões, sugestões e críticas sobre um projeto, enquanto os outros institutos têm natural eficácia vinculante e consistem em resposta objetiva da população.

E segundo a lei, "antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo" (art. 32). A audiência pública é baseada nos institutos similares da *enquête* francesa e do *public hearing* inglês que foram desenvolvidos nos direitos espanhol e lusitano através da *información pública* e da audiência dos interessados e a apreciação pública, respectivamente.

Em torno desses institutos costuma-se acentuar o caráter obrigatório ou facultativo de sua convocação e a natureza vinculante ou não vinculante de seus resultados[6]. A regra é que, salvo previsão legal expressa, eles são facultativos e não vinculantes, mas, de qualquer maneira, são impositivos do dever de análise e resposta adequadas. Mesmo que a realização da audiência pública seja obrigatória, a vinculação do resultado deve ser expressa em lei. A falta de definição dessa eficácia não permite a presunção do efeito vinculante[7], embora sua preterição implique nulidade do processo.

A audiência pública tem como características a formalidade de seu processo e a eficácia vinculatória absoluta ou relativa de seu resultado. Há necessidade, no direito brasileiro, de previsão legal, pois o exercício direto do poder com dispensa da representação política exige lei específica de iniciativa do Poder Executivo (arts. 48, X e XI e 61, § 1º, II, *e*, Constituição Federal), na medida em que implica renúncia do poder[8], pois, é competência privativa do Poder Executivo para tomar decisões administrativas (art. 84, II, Constituição Federal), de tal sorte que as exceções à privatividade devem ser explícitas e interpretadas estritamente[9]. Contudo, o mínimo exigível é que na decisão a autoridade exerça um juízo de ponderação objetiva, com fundamentação suficiente explicando as razões pelas quais adota ou não as opções apresentadas na audiência

[6] Wallace Paiva Martins Junior. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*, São Paulo: Saraiva, 2010, 2ª ed., pp. 323-410.
[7] Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Audiências públicas in *Revista de Direito Administrativo.* n. 210, Rio de Janeiro: Renovar, out. /dez. 1997, pp. 20-21; Gustavo Henrique Justino de Oliveira. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro in *Revista de Direito Administrativo.* n. 209, Rio de Janeiro: Renovar, jul. /set. 1997, pp. 164-165; Lúcia Valle Figueiredo. *Direitos dos licitantes*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 95.
[8] Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Audiências públicas in *Revista de Direito Administrativo.* n. 210, Rio de Janeiro: Renovar, out. /dez. 1997, p. 14.
[9] Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Direito de Participação Política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, pp. 123-124.

pública, como decidiu o Conselho de Estado da Bélgica, situação seguramente aplicável no Brasil em virtude do dever da motivação[10] que se infere do princípio de transparência.

A audiência pública concretiza o princípio da transparência pelo fornecimento de publicidade na condução dos negócios públicos, proporcionando maior e melhor grau de informação. Desempenha um duplo papel informativo: obtenção de dados pelo público e conhecimento mais amplo da situação pela Administração Pública.

Realizada na fase instrutória do processo administrativo, a audiência pública tem intensidade informativa mediante o debate, pelo qual os administrados conhecem as intenções administrativas e se fazem ouvir por propostas, sugestões, opiniões[11]. Salvo disposição contrária, ela não é vinculante para fase decisória, muito embora o órgão decisório deva motivar sua decisão, minuciosamente analisando os relevantes e influentes frutos colhidos na audiência pública, sob pena de nulidade. Por isso, a doutrina verifica que na competência discricionária a audiência pública é mais um elemento na limitação da liberdade de atuação da Administração Pública[12]. Há entendimento sublinhando que se realizada na fase decisória, o resultado da audiência pública deverá ser vinculante[13].

São distintos os efeitos decorrentes de sua preterição: se obrigatória, assumirá o caráter de requisito de validade do processo administrativo de formação da vontade administrativa e sua ausência implicará nulidade do processo e da respectiva decisão; se facultativa, a preterição não causa defeito ao ato, salvo se tratar de audiência pública, cuja solicitação foi deferida, quando, neste caso, torna-se obrigatória[14]. Idênticas premissas aplicam-se à consulta pública.

Em matéria de meio ambiente, a audiência pública é etapa subsequente do estudo prévio de impacto ambiental, mediante a abertura de prazo para comentários de órgãos públicos e demais interessados (art. 11, § 2º, Resolução Conama n. 01/86).

[10] Fabiana de Menezes Soares. *Direito Administrativo de Participação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, pp. 164-165.
[11] Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 506.
[12] Gustavo Henrique Justino de Oliveira. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro in *Revista de Direito Administrativo.* n. 209, Rio de Janeiro: Renovar, jul. /set. 1997, pp. 162-163.
[13] Gustavo Henrique Justino de Oliveira. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro in *Revista de Direito Administrativo.* n. 209, Rio de Janeiro: Renovar, jul. /set. 1997, pp. 162-163.
[14] Gustavo Henrique Justino de Oliveira. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro in *Revista de Direito Administrativo.* n. 209, Rio de Janeiro: Renovar, jul. /set. 1997, pp. 162-164.

Embora festejada pela jurisprudência justificar a participação popular no licenciamento ambiental[15], a fórmula normativa é impregnada de grande dose de discricionariedade, criticada pela conversão do direito da população e dever da Administração Pública em mera faculdade (arts. 10 e 11, Resolução Conama n. 06/87; art. 2º, Resolução Conama n. 09/87[16]; art. 3º, Resolução Conama n. 237/97[17]). Esse traço discricionário da realização da audiência pública (mantido no art. 2º da Resolução Conama n. 09/87 e no art. 10, V da Resolução Conama n. 237/97) é critério oposto ao do art. 192, § 2º, da Constituição do Estado de São Paulo.

Solução inteligente foi perfilhada na polícia ambiental pela cominação de nulidade à licença ambiental outorgada sem a realização de audiência pública solicitada por entidade civil, pelo Ministério Público ou cinquenta ou mais cidadãos (art. 2º, § 2º, Resolução n. 09/87, Conama), operação que torna obrigatória sua convocação, cujo mérito é não submeter o instituto à plena discricionariedade da autoridade administrativa, mormente em razão do prejuízo que a abdicação provoca na qualidade da ponderação da decisão, no devido processo legal, na participação e na transparência, quando estão em jogo assuntos de larga abrangência e profundo reflexo social[18].

A solução intermediária da Resolução Conama n. 09/87[19] já significaria produtivo avanço. Ou, então, a Lei n. 9.784/99 poderia ter outra redação, impondo a obrigatoriedade de sua realização em todos os casos que envolvessem interesses difusos e coletivos e certos assuntos administrativos de grande impacto social (obras, serviços, urbanismo, poder regulamentar etc.) – aproximando-se da fórmula Lei n. 83/95 de

[15] "Em matéria de meio ambiente vigora o princípio da precaução que, em situação como a dos autos, recomenda a realização de audiências públicas com a participação da população local" (STJ, AgRg-SLS 1.552-BA, Corte Especial, Rel. Min. Ari Pargendler, 16-05-2012, v.u., DJe 06-06-2012).

[16] "Sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, o Órgão de Meio Ambiente promoverá a realização de audiência pública".

[17] "A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação".

[18] Válida crítica tomando por empréstimo a regulação da audiência pública em matéria ambiental assinala que a Lei n. 9.874/99 poderia ter outorgado legitimidade a entidades associativas ou grupos de cidadãos para solicitar sua realização, aumentando o direito de participação popular (Gustavo Henrique Justino de Oliveira. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro in *Revista de Direito Administrativo*. n. 209, Rio de Janeiro: Renovar, jul. /set. 1997, p. 165).

[19] O direito subjetivo público da segunda parte do art. 2º da citada resolução permaneceu incólume com a edição da Resolução n. 237/97 cujo art. 10, V, enumerando as etapas do processo de licenciamento ambiental refere-se à "audiência pública, quando couber, de acordo com a regulamentação pertinente", remetendo, pois, à precedente Resolução n. 09/97.

Portugal - e deixando ao exame da conveniência e oportunidade do administrador público a realização em casos não enumerados.

A falta de definição da eficácia (art. 2º, § 2º, Resolução Conama n. 09/87,) não permite a presunção do efeito vinculante, mercê de sua nulidade em virtude de sua preterição ou imperfeição, e da obrigação de decisão motivada relacionada a seu resultado (art. 5º, Resolução Conama n. 09/87)[20] denominada de eficácia vinculatória relativa[21].

4. Participação popular.

Através da participação a Administração Pública é receptiva ao pluralismo e a obtenção de decisões mais aproximadas da população e mais eficientes. Como visto, o órgão colegiado dotado de competências deliberativa e consultiva em matéria ambiental tem composição heterogênea, composto por representantes do setor público e da sociedade civil (Decreto n. 99.274/90). As questões que se colocam são a forma de escolha da representação da sociedade civil e a paridade ou não dessa representação com o poder público.

Não se vislumbra paridade ante a desproporção evidenciado no cotejo com a quantidade de agentes dos governos central (art. 8º, I a V, Decreto n. 99.274/90), estaduais e municipais (art. 8º, VI e VII, Decreto n. 99.274/90) apesar da quantidade de representantes dos trabalhadores, de entidades empresariais e da sociedade civil (art. 8º, VIII e IX, Decreto n. 99.274/90), sendo a maioria indicado pelos próprios setores nominados e alguns de livre escolha do Presidente da República. Ademais, a multiplicidade de organismos da sociedade civil põe em cena a controvérsia sobre a efetiva representatividade e a possibilidade de captação da sociedade civil pelo poder público.

5. Processualidade e licenciamento ambiental.

O licenciamento prévio é ato administrativo precedido de processo administrativo para "construção, instalação, ampliação e funcionamento de

[20] "A ata da(s) audiência(s) pública(s) e seus anexos, servirão de base, juntamente com o RIMA, para a análise e parecer final do licenciador quanto à aprovação ou não do projeto".
[21] Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Audiências públicas in *Revista de Direito Administrativo.* n. 210, Rio de Janeiro: Renovar, out. /dez. 1997, p. 20.

estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental" (art. 10).

O licenciamento é resultado de processo administrativo público (isto é, transparente), decorrente da regra do art. 225, § 1º, IV, da Constituição, e envolve a outorga de licenças prévia, de instalação e de operação. Constituindo espécie de processo administrativo rege-se pelas normas gerais do instituto, constantes da Lei n. 9.784/99. Por isso, "é inconstitucional norma estadual que, ao disciplinar infração ao meio ambiente, determina que a cientificação inicial de processo administrativo deve ser realizada mediante publicação no Diário Oficial, equiparando-se à citação dos processos de natureza judiciária, pois tal cientificação mostra-se ficta e somente subsiste nas hipóteses em que a parte interessada estiver em lugar incerto e não sabido, sob pena de violar-se o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa"[22].

Não se trata, é certo, de autêntica licença como tradicionalmente o Direito Administrativo reconhece o consentimento da prática de atividade em que o administrado reúna as condições normativas e a outorga constitui direito subjetivo dele e ato da competência vinculada da Administração. A fórmula do art. 12 da Resolução n. 237/9 evidencia o traço da discricionariedade ("observadas a natureza, características e peculiaridades"), assim como o art. 19 ao legitimar a modificação dos condicionamentos e das medidas de controle e adequação e a suspensão ou cancelamento da licença. E nem poderia ser diferente porque "em tema de direito ambiental, não se cogita em direito adquirido à devastação, nem se admite a incidência da teoria do fato consumado"[23]. A discricionariedade é balizada pela finalidade pública específica, consistente na preservação do ambiente, incompatível com silêncio eloquente e violação à legalidade[24] (embora a jurisprudência gize que o licenciamento

[22] RT 759/151.

[23] STJ, REsp 1.394.025-MS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, 08-10-2013, v.u., DJe 18-10-2013.

[24] "6. Se é certo que em licença, autorização ou Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), ao Administrador, quando implementa a legislação ambiental, incumbe agregar condicionantes, coartações e formas de mitigação do uso e exploração dos recursos naturais - o que amiúde acontece, efeito de peculiaridades concretas da biota, projeto, atividade ou empreendimento -, não é menos certo que o mesmo ordenamento jurídico não lhe faculta, em sentido inverso, ignorar, abrandar ou fantasiar prescrições legais referentes aos usos restringentes que, por exceção, sejam admitidos nos espaços protegidos, acima de tudo em APP. 7. Em respeito ao princípio da legalidade, é proibido ao órgão ambiental criar direitos de exploração onde a lei previu deveres de preservação. Pela mesma razão, mostra-se descabido, qualquer que seja o pretexto ou circunstância, falar em licença ou autorização ambiental tácita, mormente por quem nunca a solicitou ou fê-lo somente após haver iniciado, às vezes até concluído, a atividade ou o empreendimento em questão. Se, diante de pleito do particular, o Administrador permanece silente, é intolerável que a partir da omissão estatal e do nada jurídico se

tenha características de definitividade[25]), registrando-se a "tendência atual da doutrina e da jurisprudência, que reconhece a possibilidade de controle judicial da legalidade 'ampla' dos atos administrativos" porque "em se tratando de direitos da terceira geração, envolvendo interesses difusos e coletivos, como ocorre com afetação negativa do meio ambiente, o controle deve ser da legalidade ampla', ou seja, se o ato administrativo (no caso o licenciamento ambiental) afronta o sistema jurídico, seus valores fundamentais e seus princípios basilares 'não podem prevalecer"[26].

Referências

Antunes, Luís Filipe Colaço. *Para um Direito Administrativo de garantia do cidadão e da Administração – tradição e reforma*. Coimbra: Almedina, 2000.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.

Figueiredo, Lúcia Valle. *Direitos dos licitantes*. São Paulo: Malheiros, 1994.

Martins Junior, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*, São Paulo: Saraiva, 2010, 2ª ed.

entreveja salvo-conduto para usar e até abusar dos recursos naturais, sem prejuízo, claro, de medidas administrativas e judiciais destinadas a obrigá-lo a se manifestar e decidir. 8. Embora o licenciamento ambiental possa, conforme a natureza do empreendimento, obra ou atividade, ser realizado, conjunta ou isoladamente, pela União, Distrito Federal e Municípios, não compete a nenhum deles - de modo direto ou indireto, muito menos com subterfúgios ou sob pretexto de medidas mitigatórias ou compensatórias vazias ou inúteis - dispensar exigências legais, regulamentares ou de pura sabedoria ecológica, sob pena de, ao assim proceder, fulminar de nulidade absoluta e insanável o ato administrativo praticado, bem como de fazer incidir, pessoalmente, sobre os servidores envolvidos, as sanções da Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente (arts. 66, 67 e 69-A) e da Lei da Improbidade Administrativa, às quais se agrega sua responsabilização civil em regime de solidariedade com os autores diretos de eventual dano causado" (STJ, REsp 1.245.149-MS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, 09-10-2012, v.u., DJe 13-06-2012).

[25] "9. A jurisprudência da Primeira Turma firmou orientação de que aprovado e licenciado o projeto para construção de empreendimento pelo Poder Público competente, em obediência à legislação correspondente e às normas técnicas aplicáveis, a licença então concedida trará a presunção de legitimidade e definitividade, e somente poderá ser: a) cassada, quando comprovado que o projeto está em desacordo com os limites e termos do sistema jurídico em que aprovado; b) revogada, quando sobrevier interesse público relevante, hipótese na qual ficará o Município obrigado a indenizar os prejuízos gerados pela paralisação e demolição da obra; ou c) anulada, na hipótese de se apurar que o projeto foi aprovado em desacordo com as normas edilícias vigentes. (REsp 1.011.581/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 20/08/2008). 10. Nessa ordem de raciocínio, não cabe ao Judiciário, sob pena de violar o art. 10 da Lei n. 6.938/81, determinar o embargo da obra, e, por consequência, anular os atos administrativos que concederam o licenciamento de construção, aprovada em acordo com todas as exigências legais, ainda mais quando a prova pericial realizada em juízo constatou que, quanto ao processo de licenciamento, "não havia indícios de que o DEPRN teria se baseado em falsas premissas para decidir sobre a emissão e conteúdo da licença ambiental" (STJ, REsp 1.227.328-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 05-05-2011, v.u., DJe 20-05-2011).

[26] STJ, REsp 938.484-MG, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, 08-09-2009, v.u., DJe 23-04-2010.

Moreira Neto. Diogo de Figueiredo. “Audiências públicas” *in Revista de Direito Administrativo.* n. 210, Rio de Janeiro: Renovar, out. /dez. 1997.

_____. *Direito de Participação Política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

Oliveira, Gustavo Henrique Justino de. “As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro” *in Revista de Direito Administrativo.* n. 209, Rio de Janeiro: Renovar, jul. /set. 199.

Soares, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de Participação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.