

O EFEITO INDESEJADO DAS APROVAÇÕES TÁCITAS EM LICENCIAMENTOS AMBIENTAIS E URBANÍSTICOS

Pedro de Menezes Niebuhr*

Resumo: A Lei nº 13.874/19, que institui a Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica, inspirada na experiência do Licenciamento Zero português inovou a ordem jurídica brasileira ao isentar do licenciamento ambiental e urbanístico atividades conceituadas como de baixo risco, bem como ao disciplinar a aprovação tácita, inclusive nos procedimentos que envolvam a edificação, implantação e operação de atividades potencialmente impactantes. O presente artigo analisa o instituto da aprovação tácita e sua repercussão sobre os domínios ambientais e urbanísticos, objetivando verificar se a solução tem aptidão para alcançar o pretendido resultado de destravar investimentos na atividade econômica, notadamente em projetos de infraestrutura. A conclusão que se alcança é que a aprovação tácita, por se tratar de uma situação precária que não impede a ulterior avaliação, completa, do pedido de licenciamento pela Administração Pública, não confere o necessário grau de segurança jurídica para viabilizar aporte de recursos e correlatas operações financeiras em projetos de maior envergadura. O resultado pretendido pela Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica pode, em virtude desses fatores, não ser alcançado pela aprovação tácita. A presente pesquisa foi realizada no método dedutivo, com base em material bibliográfico.

1 INTRODUÇÃO

* Professor dos Programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Direito Ambiental pela PUC/RS. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Meio Ambiente de Santa Catarina.



m 20 de setembro de 2019 foi publicada a Lei nº 13.874/19, conhecida como a Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica. Dentre as diversas disposições voltadas a desburocratizar o exercício da atividade econômica por agentes particulares encontram-se algumas incidentes sobre os licenciamentos ambientais e urbanísticos, cuja demora é reputada, para muitos *players*, como um dos principais gargalos para realização de investimentos, inclusive em obras de infraestrutura.

Entre as novidades veiculadas pela Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica ganham destaque, justamente por pretender alterar de forma radical o modelo até então vigente no Brasil, a isenção de licenciamento (para atividades de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais) e a aprovação tácita diante do silêncio administrativo.

É de se esperar que, em condições de normalidade, obras de infraestrutura não sejam isentadas do licenciamento ambiental, porque não satisfazem os requisitos previstos na norma para tanto. Obras de infraestrutura dificilmente seriam qualificadas como de baixo risco, nem executadas na propriedade privada própria no sentido que lhe empresta a norma.

A mesma conclusão não se pode fazer, pelo menos aprioristicamente, em relação à aprovação tácita. As previsões sobre aprovação tácita que, na versão original do texto da Declaração dos Direitos de Liberdade, excetuavam expressamente as atividades de “justificável risco” foram suprimidas na conversão da Medida Provisória em Lei. Em complemento, o próprio material de divulgação do Ministério da Economia sobre a Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica mencionava como exemplo da então pretendida aprovação tácita a análise de Estudos de Impacto de Vizinhança¹. O fato de o licenciamento de uma

¹ “No momento de submissão do pedido de aprovação do Estudo de Impacto de

atividade ser submetido à prévia aprovação de um Estudo de Impacto de Vizinhança é, por si só, prova de que a atividade é potencialmente causadora de riscos sobre o entorno, o que justifica a exigência da avaliação prévia destes impactos potenciais e a proposição de sua mitigação/compensação por meio daqueles estudos. Ou seja, a intenção dos idealizadores da Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica parece ter sido, justamente, fazer incidir a aprovação tácita em todo e qualquer licenciamento urbanístico e ambiental, inclusive de atividades impactantes.

Reforça essa afirmação o fato de que, apesar da superveniente alteração na Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica ter excetuado do âmbito da aprovação tácita as atividades causadoras de “significativos” impactos ambientais, não há qualquer exceção quanto às demais atividades causadoras de “relevante” impacto (isto é, de pequenos e médios impactos), dentre os quais se inserem, por exemplo, uma vasta gama de obras de infraestrutura.

Em suma, há forte indicativo da intenção de se aplicar as aprovações tácitas nos domínios ambientais e urbanísticos, inclusive para outras atividades que não só aquelas consideradas como de baixo risco. Isso poderia incluir, porque não há qualquer ressalva contrária nesse sentido, diversas obras de infraestrutura.

A reflexão que se propõe neste capítulo diz respeito à vocação que as aprovações tácitas teriam para destravar investimentos nesse setor. Cogita-se que, em função da sua precariedade, as aprovações tácitas possam não produzir o resultado esperado de estímulo a investimentos (pelo menos para as

Vizinhança (EIV), o particular receberá um prazo elaborado para ele pelo próprio órgão em que, quando findo, se o Estado tiver se mantido em silêncio, será considerado aprovado.” (MINISTÉRIO DA ECONOMIA. MP da Liberdade Econômica. Disponível em: <<http://www.economia.gov.br/central-de-conteudos/apresentacoes/2019/apresentacao-mp-liberdade-economica.pdf/view>>, acesso em 15 de janeiro de 2020).

atividades que dependem de significativos investimentos), bem como que elas podem provocar um efeito indesejado.

2 A INSPIRAÇÃO DA APROVAÇÃO TÁCITA

No artigo “A isenção de licenciamento e a aprovação tácita previstas na Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica: reflexos na Administração Ambiental e Urbanística” publicado na Revista Brasileira de Políticas Públicas, tivemos a oportunidade de fazer uma detida análise sobre os institutos da isenção de licenciamento e da aprovação tácita disciplinados na Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica.

Naquela ocasião recordamos que a ideia de dispensar atividades de baixo risco da prévia anuência do Poder Público, bem como de reverter a lógica então vigente de que o silêncio administrativo implicaria em resposta negativa à pretensão do particular, não era uma invenção brasileira, mas sim uma ideia institucionalizada já há mais de uma década no âmbito da Comunidade Europeia por meio da Diretiva 2006/123/CE:

uma das dificuldades fundamentais encontradas, nomeadamente pelas PME, no acesso às actividades de serviços e ao seu exercício reside na complexidade, morosidade e insegurança jurídica dos procedimentos administrativos.

Por esta razão, a exemplo de algumas iniciativas de modernização e de boas práticas administrativas a nível comunitário ou nacional, é necessário estabelecer princípios de simplificação administrativa, *nomeadamente através da limitação da obrigação de autorização prévia aos casos em que esta seja indispensável e da introdução do princípio da autorização tácita das autoridades competentes após a expiração de um determinado prazo*. Esta acção de modernização, assegurando simultaneamente os requisitos de transparência e de actualização das informações relativas aos operadores, visa eliminar os atrasos, os custos e os efeitos dissuasivos que decorrem, por exemplo, de diligências desnecessárias ou excessivamente complexas e onerosas, da duplicação das operações, da «burocracia» na apresentação de documentos, da arbitrariedade das instâncias competentes, de prazos de resposta indeterminados ou

excessivamente longos, da limitação dos prazos de vigência das autorizações concedidas ou de despesas e sanções desproporcionadas. Estas práticas têm efeitos dissuasivos particularmente importantes em relação aos prestadores que pretendam desenvolver as suas actividades em outros Estados-Membros e carecem de uma modernização coordenada num mercado interno alargado a 25 Estados-Membros.

A solução veiculada na Declaração de Direitos de Liberdade Económica tem, portanto, inegável inspiração na Diretiva 2006/123/CE da Comunidade Europeia. No caso Europeu, os estados-membros devem positivar a diretiva em pormenores, no plano interno, como aconteceu em Portugal.

Em Portugal, o Decreto-Lei nº 48/2011, estatui o programa “Licenciamento Zero” e o Decreto-Lei 10/2015, regula o “Regime Jurídico de Acesso e Exercício de Atividades de Comércio, Serviços e Restauração” (RJACSR). Ambos diplomas simplificam o licenciamento de algumas atividades, dentre elas o comércio, serviços e restauração. Em essência, substitui-se a licença/autorização administrativa por uma mera comunicação prévia da atividade por parte do empreendedor. Desloca-se o foco do controle administrativo preventivo para o controle sucessivo da atividade económica.

O modelo estatuído pela Declaração de Direitos de Liberdade Económica tem, basicamente, os mesmos pressupostos e o mesmo objetivo que o sistema português, muito embora entre eles se denotem diferenças substanciais. O Regime Jurídico de Acesso e Exercício de Atividades de Comércio, Serviços e Restauração (RJACSR), por exemplo, não exige a necessidade da observância das autorizações ambientais e urbanísticas — por meio do controle prévio, convencional, de licenciamento previsto nas normatizações específicas², exatamente o contrário do

² “Art. 3º [...] 2 — Para efeitos do disposto no presente decreto-lei, não se consideram específicos para o acesso e exercício de determinada atividade de comércio, serviços e restauração os controlos e requisitos que não regulamentem especificamente a atividade em causa, mas que sejam legalmente exigidos para o exercício da atividade, tais como:

que se pretende no modelo brasileiro. Apesar, portanto, de inspirados no modelo Europeu, a solução da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica é ainda mais extrema.

3 A APROVAÇÃO TÁCITA COMO SOLUÇÃO À MOROSIDADE ADMINISTRATIVA

O setor econômico costuma apontar como um dos grandes gargalos à implantação de atividades econômicas a burocracia e a morosidade dos órgãos, notadamente da Administração Ambiental e Urbanística, na análise e decisão sobre os pedidos de expedição das respectivas licenças e autorizações.³

a) Os controles prévios de urbanização e edificação nos termos do regime jurídico da urbanização e edificação (RJUE), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro; [...]

c) Os controles relativos a gestão de resíduos, nos termos do Decreto -Lei n.º 178/2006, de 5 de setembro, alterado pelo Decreto -Lei n.º 173/2008, de 26 de agosto, pela Lei n.º 64 -A/2008, de 31 de dezembro, pelos Decretos -Leis n.os 183/2009, de 10 de agosto, 73/2011, 17 de junho, e 127/2013, de 30 de agosto;

d) A avaliação de impacte ambiental (AIA), nos termos do Decreto -Lei n.º 151 -B/2013, de 31 de outubro, alterado pelo Decreto -Lei n.º 47/2014, de 24 de março;

e) A avaliação de incidências ambientais, nos termos do Decreto -Lei n.º 140/99, de 24 de abril, alterado pelos Decretos -Leis n.os 49/2005, de 24 de fevereiro, e 156 -A/2013, de 8 de novembro, aplicável à instalação de estabelecimentos em áreas da Rede Natura 2000 ou em áreas com valores naturais protegidos;

f) A prevenção e o controlo das emissões de poluentes para a atmosfera, nos termos do Decreto -Lei n.º 78/2004, de 3 de abril, alterado pelo Decreto -Lei n.º 126/2006, de 3 de julho, aplicável à exploração de oficinas de manutenção e reparação de veículos automóveis, motociclos e ciclomotores;

g) O controlo das emissões de compostos orgânicos voláteis para o ambiente, resultantes da aplicação de solventes orgânicos em certas atividades e instalações, nos termos do Decreto -Lei n.º 127/2013, de 30 de agosto, aplicável às lavandarias com limpeza a seco”.

³ “Abrir empresa no Brasil é exercício de paciência contra a burocracia. São dois meses só para abrir a empresa. Já para conseguir todas as licenças e alvarás, são mais de nove meses de espera” (ABRIR empresa no Brasil é exercício de paciência contra a burocracia. G1, São Paulo, 27 nov. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/11/abrir-empresa-no-brasil-e-exercicio-de-paciencia-contraburocracia.html>. Acesso 19 mai. 2019).

DEBATEDORES criticam prejuízos com demora na expedição de licenças ambientais. Câmara dos Deputados, Brasília, 13 mai. 2015. Disponível em:

A morosidade administrativa pode decorrer de uma gama variada de fatores, como o componente infra-estrutural e logístico do órgão administrativo encarregado em processar esse tipo de requerimento. Não raro, os órgãos administrativos não possuem estrutura, pessoal e material adequados para atender, de forma célere, todos os pedidos de expedição de licenças e autorizações que lhes são submetidos. Essa realidade parece ser percebida de forma mais frequente em municípios pequenos, que possuem maiores limitações orçamentárias, mas não é exclusiva desses. Em diversos estados da federação (realidade que também se percebe em algumas unidades regionais de órgãos federais), a estruturação dos órgãos ambientais e outros correlatos (de gestão do patrimônio federal, da proteção do patrimônio artístico e histórico nacional, de proteção de direitos indígenas etc.) não é prioridade na gestão administrativa.

Em muitos casos não se descarta uma importante variável política potencialmente incidente sobre a atividade administrativa. O acolhimento de determinados pleitos pode representar agenda negativa juntamente à opinião pública. Noutras situações, a Administração se depara com assuntos extremamente complexos, que geram elevados riscos aos agentes administrativos, notadamente sob a perspectiva do controle externo. Esses fatores político-institucionais acabam, voluntária ou involuntariamente, atuando como variável relevante na postergação de decisões por tempo superior ao desejado pelo empreendedor. Para

<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/meio-ambiente/487902-debatedores-criticam-prejuizos-com-demora-na-expedicao-de-licencas-ambientais.html>. Acesso em 19 mai. 2019.

POLITO, Rodrigo. Licenciamento de obra demora nove anos no Brasil. Valor Econômico, Rio de Janeiro, 11 de nov. de 2018. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/brasil/5988113/licenciamento-de-obra-demora-9-anos-no-brasil>>, acesso em 19 de mai de 2019.

MAAKAROUN, Bertha. Zema crítica entaves em Minas para licenciamento ambiental. Jornal Estado de Minas, Belo Horizonte, 5 de dez. de 2018. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/12/05/interna_politica,1010611/zema-critica-entaves-em-minas-para-licenciamento-ambiental.shtml>, acesso em 19 de mai. de 2019.

o agente público é melhor simplesmente não decidir. E, para evitar decidir, a estratégia acaba sendo, muitas vezes, a solicitação reiterada de novas informações e documentos do interessado.

A morosidade é, portanto, um problema real e conhecido. Até o advento da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica se intentava contornar esse problema estipulando prazos para a análise dos requerimentos administrativos e limitando a exigência reiterada e indefinida de informações ao interessado como condição para decidir.

Em matéria ambiental, a Resolução CONAMA nº 237/97 foi, por muitos anos, o principal elemento normativo disciplinador de licenciamentos ambientais em território nacional. A Resolução prevê, por exemplo, tempo máximo de tramitação do processo de licenciamento, de seis meses.⁴ A Resolução se preocupa em evitar a reiteração de solicitações de novas informações pelo órgão licenciador, estatuidando que as complementações à documentação que instrui o processo administrativo devem ser exigidas em uma única oportunidade.⁵

A Lei nº 9.784/99 — Lei de Processo Administrativo

⁴ “Art. 14 – O órgão ambiental competente poderá estabelecer prazos de análise diferenciados para cada modalidade de licença (LP, LI e LO), em função das peculiaridades da atividade ou empreendimento, bem como para a formulação de exigências complementares, desde que observado o prazo máximo de 6 (seis) meses a contar do ato de protocolar o requerimento até seu deferimento ou indeferimento, ressalvados os casos em que houver EIA/RIMA e/ou audiência pública, quando o prazo será de até 12 (doze) meses.

§ 1º – A contagem do prazo previsto no caput deste artigo será suspensa durante a elaboração dos estudos ambientais complementares ou preparação de esclarecimentos pelo empreendedor.

§ 2º – Os prazos estipulados no caput poderão ser alterados, desde que justificados e com a concordância do empreendedor e do órgão ambiental competente”.

⁵ “Art. 10 Art. 10 - O procedimento de licenciamento ambiental obedecerá às seguintes etapas:

[...]IV – Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, uma única vez, em decorrência da análise dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados, quando couber, podendo haver a reiteração da mesma solicitação caso os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios”.

Federal — também faz previsão, dessa vez, de caráter geral e dirigida a todos processos administrativos federais não regulados por leis específicas, do dever de decidir e da estipulação de prazo máximo de trinta dias para decisão administrativa.⁶

Por fim, a Lei Complementar nº 140/11 — conhecida como Lei de Competências Ambientais — também impõe o cumprimento dos prazos pela Administração Pública e trata dos pedidos de complementações, dessa vez, em alusão específica aos licenciamentos ambientais.⁷

Via-se, portanto, até o advento da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, uma efetiva preocupação com a demora injustificada na decisão administrativa de processos autorizativos para o desenvolvimento de atividades econômicas. Essa preocupação, como dito, era traduzida na previsão normativa de prazos máximos e na proibição da postergação indefinida da decisão diante da necessidade de complementação de informações pelos interessados.

Não obstante, a efetividade do movimento pela celeridade dos procedimentos licenciatórios aparentemente ficou aquém da expectativa do setor econômico. Em relação ao componente temporal, as aludidas normas não cominam à Administração Pública sanção (ou efeito equivalente) pelo descumprimento de prazos ou pela reiteração recorrente do pedido de

⁶ “Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.”

⁷ “Art. 14. Os órgãos licenciadores devem observar os prazos estabelecidos para tramitação dos processos de licenciamento.

§ 1º As exigências de complementação oriundas da análise do empreendimento ou atividade devem ser comunicadas pela autoridade licenciadora de uma única vez ao empreendedor, ressalvadas aquelas decorrentes de fatos novos.

§ 2º As exigências de complementação de informações, documentos ou estudos feitas pela autoridade licenciadora suspendem o prazo de aprovação, que continua a fluir após o seu atendimento integral pelo empreendedor.”

novas informações. A ausência de consequência efetivamente desencorajadora do descumprimento de prazos ou do retardamento da decisão podia acabar sendo determinante (e provavelmente o é) para a redução da densidade normativa da regra.

No que toca, especificamente, aos prazos para decisão, a exemplo do que se sucede nos prazos estipulados em prol do jurisdicionado em processos judiciais, passou-se a defender que os prazos administrativos seriam impróprios⁸. A consequência prática em se reputar que os prazos para tomada de decisão seriam prazos impróprios é entender que sua inobservância não gera maiores consequências processuais. A jurisprudência referendou o aludido entendimento. A título exemplificativo, leia-se: “O prazo de 30 (trinta) dias previsto no inciso II do artigo 71 da Lei n.º 9.605/98 e também no art. 49 da Lei n.º 9.874/99 não são pre-remptórios, mas sim prazos impróprios.”⁹

Ao interessado caberia, nessas circunstâncias, buscar o Judiciário para obter uma entre duas soluções: em se tratando de ato administrativo vinculado, que o juiz concedesse o que havia sido pleiteado administrativamente; ou, em se tratando de ato discricionário, que o juiz assinalasse prazo para a Administração Pública decidir.¹⁰ Viam-se precedentes tanto por uma quanto pela outra opção.¹¹

⁸ “Prazos impróprios são aqueles fixados na lei apenas como parâmetro para a prática do ato, sendo que seu desatendimento não acarreta situação detrimetosa para aquele que o descumpriu, mas apenas sanções disciplinares. O ato praticado além do prazo impróprio é válido e eficaz” (NERY, Rosa Maria Barreto B. Andrade; JUNIOR, Nelson Nery; Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 385).

⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Agravo nº 5000767-81.2012.4.04.0000. Relator: Relator Jorge Antonio Maurique. Porto Alegre, RS, 12 de julho de 2012. TRF4. Porto Alegre, Disponível em: <trf4.jus.br>. Acesso em: 22 out. 2019.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33a. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 428.

¹¹ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER - PEDIDO FORMULADO PELA AGRAVADA AO ENTE MUNICIPAL AGRAVANTE PARA CONCESSÃO DE ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO - CUMPRIMENTO DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS PELA EMPRESA RECORRIDA - DEFERIMENTO PELO

O principal ponto é que nesse modelo anterior à Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, o §3º do artigo 14 da Lei Complementar nº 140/11 era expresso ao estatuir que a inobservância dos prazos pela Administração não implicava a autorização para o empreendedor desenvolver a atividade pretendida.¹² Ou seja, pelo menos em matéria ambiental o efeito do silêncio administrativo era a recusa da pretensão do particular.

Como dito, o regramento contido na Resolução CO-NAMA nº 237/97, na Lei nº 9.784/99 e na Lei Complementar nº 140/11 aparentemente não atendia integralmente as expectativas do setor econômico. No lugar, entretanto, de se aprimorar o sistema então vigente, a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica partiu para uma abrupta ruptura com o regime desenhado no quadro normativo anterior. Aí entra a aprovação tácita como solução para a morosidade administrativa. Agora, e ao contrário

JUÍZO SINGULAR - MANUTENÇÃO DECISÓRIA. Mantém-se a decisão agravada que defere a antecipação da tutela para concessão de alvará de construção pelo ente agravante à empresa agravada, relativamente ao empreendimento, em todos os seus estágios, que detém toda a documentação exigida pelo poder público e atendeu às obrigações decorrentes das regras de edificação e urbanismo, obtendo dos órgãos públicos as devidas autorizações, inclusive, regularidade perante a ADEMA. Agravo desprovido. Decisão unânime” (BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. Agravo de Instrumento nº 0006757-86.2013.8.25.0000. Relator: Ruy Pinheiro da Silva. Aracaju, SE, 3 de set. de 2013. TJSE. Aracaju, Disponível em <tjse.jus.br>. Acesso em: 22 out. 2019).

“APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. 1. A limitação de recursos humanos à disposição do INCRA, bem como a complexidade dos processos de licenciamento ambiental são circunstâncias insuficientes para, no caso, elidir o imperativo constitucional de eficiência (art. 37, caput, CF/88), traduzido na obrigação legal de decidir em prazo razoável pedido administrativo protocolado em 2009. 2. Mantida a sentença que, ao conceder parcialmente a segurança, determinou à autoridade impetrada que dê seguimento aos atos necessários à realização dos estudos para o licenciamento ambiental e demais atos necessários à movimentação do processo” (BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação e Reexame Necessário nº 5058181-18.2014.4.04.7000. Relator: Sérgio Renato Tejada Garcia. Porto Alegre, RS, 19 de nov. de 2015. TRF4, Porto Alegre, disponível em: <trf4.jus.br>. Acesso em: 22 out. 2019).

¹² “Art. 14 [...] § 3º O decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas instaura a competência supletiva referida no art. 15”.

do que ocorria antes, transcorrido o prazo para análise do pleito particular sem uma decisão definitiva por parte da Administração Pública, o particular está liberado a exercer a pretendida pretensão. É disso que trata a aprovação tácita diante do silêncio administrativo.

4 APROVAÇÃO TÁCITA NA DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA

A aprovação tácita foi assim positivada na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica:

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal [...]

IX – ter a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto nesta Lei, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular será cientificado expressa e imediatamente do prazo máximo estipulado para a análise de seu pedido e de que, transcorrido o prazo fixado, o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei.

O problema ocorre quando a atividade econômica que se pretende desenvolver é capaz de provocar riscos/impactos relevantes no meio ambiente natural ou vizinhança. Nesse caso, e justamente para prevenir, mitigar e compensar referidos riscos/impactos, é que se justifica o exercício do controle administrativo prévio da atividade econômica pelo Poder Público, competência constitucionalmente prevista e atribuída à Administração Pública.

Na redação original da Medida Provisória da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (MP nº 881/19) havia a previsão de que a aprovação tácita não teria lugar nas atividades de

“justificável risco”.¹³ No processo de conversão da Medida Provisória em Lei, a Câmara dos Deputados optou por suprimir essa previsão.

Esse cenário poderia induzir ao entendimento de que a aprovação tácita, diante da inexistência de qualquer ressalva expressa, teria lugar em licenciamentos e aprovações ambientais e urbanísticas. Essa impressão é reforçada com a regulamentação da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica feita pela Presidência da República por meio do Decreto Federal nº 10.178/19. O §3º do artigo 10 do Decreto Federal nº 10.178/19 repete as exceções à aprovação tácita constantes no §6º do artigo 3º da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, afastando-as nos processos que versam sobre questões tributárias e de propriedade intelectual, mas nada dispendo sobre os licenciamentos ambientais e urbanísticos¹⁴.

Entendemos que, à despeito do real e sério problema da morosidade administrativa, não é prudente, do ponto de vista ambiental e urbanístico, que a aprovação tácita tenha lugar diante de atividades causadoras de significativos ou relevantes impactos ambientais e urbanísticos. Isso suprimiria, injustificadamente, a prerrogativa de avaliação de impactos e definição de medidas mitigadoras pelo Poder Público. Caso não se esteja

¹³ “Art. 3º[...] § 7º O disposto no inciso IX do caput não se aplica quando: [...] II – versar sobre situações, prévia e motivadamente, consideradas pelo órgão ou pela entidade da administração pública responsável pelo ato de liberação da atividade econômica como de justificável risco”.

¹⁴ “Art. 10. A autoridade máxima do órgão ou da entidade responsável pelo ato público de liberação fixará o prazo para resposta aos atos requeridos junto à unidade.

§ 1º Decorrido o prazo previsto no caput, a ausência de manifestação conclusiva do órgão ou da entidade acerca do deferimento do ato público de liberação requerido implicará sua aprovação tácita.

§ 3º O disposto no caput não se aplica:

I - a ato público de liberação relativo a questões tributárias de qualquer espécie ou de concessão de registro de direitos de propriedade intelectual;

II - quando a decisão importar em compromisso financeiro da administração pública; ou

III - quando se tratar de decisão sobre recurso interposto contra decisão denegatória de ato público de liberação.”

diante de uma atividade em que se descarte, de antemão, relevantes impactos ambientais e urbanísticos, a aprovação tácita deveria ser expressamente afastada.

A inexistência de qualquer ressalva expressa, na redação original da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, da aprovação tácita inclusive para atividades causadoras de impactos é, de fato, um grave equívoco.

Tanto isso é verdade que três meses após a publicação da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica a Presidência da República incluiu um dispositivo na Medida Provisória nº 915, em 27 de dezembro de 2019, na tentativa de corrigir o problema. A Medida Provisória nº 915/19 (que tratava inicialmente de aprimorar “os procedimentos de gestão e alienação dos imóveis da União”) alterou a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica para acrescentar o §12º ao artigo 3º desta, assim vazado:

§12. O disposto no inciso IX do caput não se aplica às atividades com impacto significativo no meio ambiente, conforme estabelecido pelo órgão ambiental competente.

Não se sabe, ainda, se a Medida Provisória nº 915/19 será de fato convertida em lei ou se caducará. De qualquer forma, é importante desde já consignar duas ordens de comentários à exceção da aprovação tácita veiculada no §12º do artigo 3º da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

Primeiro, a ressalva contida no §12º do artigo 3º da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica é específica e limitada aos licenciamentos ambientais. Não há qualquer menção às atividades com significativo impacto na vizinhança, o que mantém o problema persistente nos licenciamentos urbanísticos.

Segundo, a Medida Provisória nº 915/19 trata de uma categoria bastante específica de atividades potencialmente poluidoras ou utilizadoras de recursos naturais, as atividades causadoras de “significativos” impactos ambientais.

A abrangência/intensidade dos impactos ambientais é uma variável de suma importância no Direito Administrativo Ambiental, porque ela define (ou pode definir), a um só tempo,

qual deve ser o instrumento de avaliação desses impactos (o estudo ambiental que deve ser produzido pelo particular para instruir o pedido de licenciamento) e o próprio rito do licenciamento.

Por expressa dicção constitucional as atividades causadoras de impactos significativos no meio ambiente (essa é a categoria referida na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica) devem ser licenciadas mediante a elaboração de um Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA). Atividades causadoras de significativos impactos no meio ambiente são normalmente licenciadas pelo rito mais complexo, inclusive com realização de audiências públicas (na forma preconizada pela Resolução CONAMA nº 3/87).

Se os impactos da atividade não forem significativos (mas ainda relevantes a ponto de exigirem uma avaliação ambiental prévia por parte do Poder Público, como nos casos dos impactos médios e pequenos) o licenciamento pode ser instruído por estudos menos complexos (como Estudos Ambientais Simplificados e Relatórios Ambientais Preliminares, por exemplo) e tramitar por procedimentos simplificados. É importante frisar que mesmo assim, nesses casos, o Poder Público exerce controle prévio da atividade potencialmente degradante em um processo de licenciamento ambiental. Também nesses casos os impactos são mapeados e as medidas mitigadoras/compensatórias devidamente estipuladas e acompanhadas.

O ponto que se quer chegar é que a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica afastou a aprovação tácita apenas das atividades causadoras de impactos significativos, que, como dito, são licenciadas mediante Estudo de Impacto Ambiental. Todas as demais atividades causadoras de impactos relevantes, licenciadas por Estudos Ambientais Simplificados e Relatórios Ambientais Prévios, por exemplo, não estariam contempladas na exceção veiculada no §12º do artigo 3º da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (na forma preconizada pela Medida

Provisória nº 915/19), o que faria, pelo menos nesses casos, o problema persistir.

Uma gama vastíssima de atividades, inclusive de infraestrutura, que usualmente são licenciadas por ritos simplificados e instruídas por estudos menos complexos, ainda que potencialmente causadoras de impactos relevantes (mas não significativos) a ponto de merecerem um controle prévio, prudente e adequado (com mapeamento de impactos e estipulação de medidas mitigadoras e compensatórias dos mesmos), estariam liberadas tacitamente, o que soa, no mínimo, temerário.

Apenas a título ilustrativo, toma-se o rol de atividades de infraestrutura que, na forma regulamentada pelo Conselho Estadual de Meio Ambiente de Santa Catarina¹⁵, não são consideradas causadoras de “significativos” impactos ambientais e, portanto, não são licenciáveis por Estudo de Impacto Ambiental, mas sim por Estudos Ambientais Simplificados e Relatórios Ambientais Prévio:

Produção de energia termoelétrica com potência instalada de até 10MW
Produção de energia hidrelétrica (potência instalada até 100MW)
Produção de energia eólica, energia solar fotovoltaica no solo
Usina de energia solar termoelétrica
Produção de energia termoelétrica a partir de gás natural com potência instalada de até 100MW
Planta piloto para produção de energia elétrica por período até 48 meses
Linhas e redes de transmissão de energia elétrica com tensão até 230kV
Subestação de transmissão de energia elétrica, antenas de telecomunicações com estrutura em torre ou poste,
Unidade de produção de gás e biogás
Captação, adução ou tratamento de água bruta superficial para abastecimento público
Adução ou tratamento de água bruta subterrânea para abastecimento público
Sistema de coleta e tratamento de efluentes industriais com vazão média ao final do plano de até 300l/s
Sistema de coleta e tratamento de esgotos sanitários
Sistema público de coleta e tratamento de esgotos sanitários com disposição oceânica com vazão média ao final do plano de até 50l/s
Sistema de tratamento de efluentes sanitários proveniente de serviços de coleta e

¹⁵ Vide Resolução CONSEMA/SC nº 98/2017.

transporte rodoviário de efluentes sanitários
Disposição final de rejeitos urbanos em aterros sanitários com quantidade total de resíduos de 50 toneladas/dia
Estação de transbordo para resíduos sólidos urbanos
Unidade de redução microbiana de resíduos de serviços de saúde
Unidade de compostagem de resíduos sólidos
Central de triagem de resíduos sólidos urbanos oriundos de coleta seletiva
Unidade de biodigestão anaeróbica de resíduos
Ramais para transporte de combustíveis
Ramais para distribuição de gás natural
Terminais portuários com área útil de até 3ha
Aeroportos com até 600.000 passageiros anuais
Terminais aeroportuários, rodoviário, ferroviário e retroportuário de carga
Rodovias com até 5km de comprimento
Implantação pioneira de estradas públicas ou operação de rodovias com até 20 km de comprimento
Implantação, duplicação ou pavimentação de rodovias com até 100km de comprimento
Canais para navegação com menos de 10 km de comprimento
Restauração e melhorias de rodovias pavimentadas
Reservatórios artificiais de água
Barramento ou represamento de cursos d'água naturais com área inundada de até 100ha
Canais de irrigação porte médio com até 20 km de comprimento
Abertura de barras e embocaduras com até 0,1km metros
Transposição de baía com até 0,1 km de comprimento
Molhes e guias de correntes
Diques com até 2km de comprimento
Estruturas para lançamento de embarcações e plataforma de pesca
Garagem náutica ou marina com áreas total utilizada de até 20.000m ²
Dragagem com volume dragado de até 500.000m ³
Macrodenagem com área de contribuição da bacia hidrográfica de até 400ha

Todas essas atividades, que pressupõem investimentos de significativa monta e são, efetivamente, potencialmente impactantes, não estariam contempladas pela vedação constante no §12º do artigo 3º da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, por não serem consideradas causadoras de “significativo” impacto a ponto de se exigir, delas, Estudo de Impacto Ambiental. Como a vedação do §12º do artigo 3º da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica impede somente a aprovação tácita de atividades licenciadas por Estudo de Impacto

Ambiental, uma interpretação literal da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica poderia induzir ao entendimento de que essas atividades seriam elegíveis à aprovação tácita. Uma breve leitura do rol das atividades acima mencionadas revela a temeridade de se permitir seu exercício (com obras, implantação e operação) sem que antes sejam mapeados os impactos e definidas as medidas mitigadoras e compensatórias equivalentes.

Defende-se, como antecipado, entendimento contrário. Especificamente em matéria ambiental, a previsão específica veiculada no §3º do artigo 14 da Lei de Competências Ambientais (Lei Complementar nº 140/11)¹⁶ — qual seja, de que o decurso do prazo para processamento da licença não autoriza a prática de ato que dela dependa — permanece válida e não foi derogada pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. O silêncio negativo em licenciamentos ambientais (previsto na Lei Complementar nº 140/11) é uma das “hipóteses expressamente vedadas em lei”, como refere expressamente a parte final do inciso IX do artigo 3º da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que excetua e afasta a aplicação da aprovação tácita.

Ainda que não se entendesse dessa forma, a previsão da Lei de Competências Ambientais é específica e veiculada em norma hierarquicamente superior à Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, razão pela qual, de acordo com o ensinamento de Norberto Bobbio, prevalece sobre esta.¹⁷

E, em qualquer caso, entende-se como antijurídica a aplicação do regime de aprovação tácita à pretensão de desenvolvimento de atividades econômicas potencialmente impactantes quando a exigência de controle prévio para mapeamento e

¹⁶ “Art. 14 [...] § 3º O decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas instaura a competência supletiva referida no art. 15”.

¹⁷ “O conflito entre critério de especialidade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro: a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente” (BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 108).

estabelecimento de condicionantes, medidas mitigadoras e compensatórias decorrer de regulamentação específica nas esferas ambientais e urbanísticas, sob pena de se inviabilizar a finalidade da tutela preventiva nessas searas.

Essa é, contudo, uma interpretação, dentre tantas outras possíveis.

Considerando a possibilidade de que a aprovação tácita venha efetivamente a ser aplicada a atividades potencialmente causadoras de riscos ou impactos ambientais e urbanísticos, cumpre-nos um último exercício de prognose. Será que a aprovação tácita, especialmente em obras que demandam alocação de vultosos recursos (como são as obras do setor de infraestrutura) irá de fato resolver o cerne do problema e estimular a realização de investimentos no setor, como esperam os mentores da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica?

5 O EFEITO INDESEJADO DA APROVAÇÃO TÁCITA DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA

Cogitamos a possibilidade de que a aprovação tácita, apesar de liberar o particular para o exercício de atividade econômica sem uma decisão expressa e formal da Administração Ambiental e Urbanística, possa não surtir os efeitos que lhes são esperados.

A aprovação tácita produz uma situação correspondente a uma liberação “precária” por parte do Poder Público. Significa que ela, a aprovação tácita, não é definitiva e não impede a posterior análise pormenorizada do pleito do particular pela Administração Pública. Entendemos que mesmo após liberado tacitamente o exercício da atividade econômica, a Administração Pública pode e deve ultimar a análise do licenciamento. Em suma, a aprovação tácita perdura enquanto a Administração Pública não ultimar a análise do pedido do particular. Finalizada a análise, o resultado pode ser positivo ou negativo à pretensão.

Se positivo, a aprovação tácita é substituída por uma aprovação expressa e definitiva. Se o resultado for negativo, concluindo-se pela impossibilidade (absoluta ou parcial) do desenvolvimento da atividade econômica, isso poderia determinar ajustes ou mesmo a paralisação do exercício da atividade econômica já em andamento, por ulterior negativa do Poder Público.

Esse cenário de precariedade pode ser, muitas vezes, incompatível com a segurança que se espera e se deposita no licenciamento de projetos e obras de infraestrutura.

Os investimentos em projetos e obras de infraestrutura são, usualmente, vultosos. Dependem muitas vezes da conjunção de recursos proveniente de distintos agentes privados (em múltiplos arranjos como consórcios, sociedades de propósito específico etc.), do financiamento de instituições financeiras e de contratos de seguro.

Tratam-se de operações que são realizadas sob a detalhada diligência de terceiros, muitos dos quais podem não se sentir seguros em aportar recursos ou garantir negócios lastreados em títulos precários que podem ser tornados sem efeito por ato administrativo superveniente.

O ponto central é que em projetos e obras de infraestrutura não interessa apenas a aprovação rápida do empreendimento. A aprovação célere, quando dotada de grande precariedade, pode não atribuir ao empreendedor e investidor o grau de certeza e segurança necessários para se fazer os aportes e investimentos no negócio.

Além disso, em muitos casos não interessa qualquer aprovação, mas a aprovação que se sustenta. Num contexto em que o ato administrativo convencional já não tem grande prestígio perante o controle externo (que não presta maiores deferências nem vê qualquer dificuldade em suspender e anular licenças convencionais expedidas pela Administração Pública), é de se presumir que a aprovação feita nessas circunstâncias, de forma tácita, possa não resolver o problema do setor de infraestrutura,

pelo menos na extensão pretendida pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

Sem uma análise séria, defensável, do diagnóstico e dos impactos ambientais e urbanísticos, a atividade pode ficar mais vulnerável ao controle externo, mais sujeita a riscos de impugnação da legalidade da implantação e operação. Isso pode desencorajar a realização dos investimentos que se propunha destravar na edição da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aprovação tácita não deveria ter lugar nas atividades potencialmente impactantes, quando a normatização de regência impõe que esses impactos sejam previamente mapeados, estabelecidas condicionantes e estipuladas medidas mitigadoras e compensatórias como condição ao exercício da atividade.

A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, no entanto, é ambígua nesse ponto.

Admitindo-se a possibilidade, hipotética, da aprovação tácita incidir sobre atividades impactantes (mas não causadoras de impactos ambientais “significativos”) e sobre licenciamentos urbanísticos, cumpre cogitar a possibilidade de se criar, com isso, uma situação potencialmente ainda mais refratária a investimentos em infraestrutura que a morosidade administrativa.

A pretexto da aprovação tácita ser benéfica ao empreendedor/investidor - por lhe permitir desenvolver a atividade econômica sem aguardar uma aprovação formal pelo Poder Público – ela também cria uma situação de precariedade que pode ser indeterminada no tempo. Os efeitos de eventual negativa superveniente à pretensão do particular podem ser muito mais devastadores para o cenário de investimentos que a morosidade administrativa, notadamente quando eventuais aportes já tenham sido realizados. Nesses casos, o que antes funcionava como um desestímulo ao investimento (morosidade) pode se transformar, de

forma definitiva e irreversível, em um passivo.

O agravamento do risco de perdas pode exercer um papel tão ou mais prejudicial a um cenário de investimentos do que os efeitos da morosidade administrativa que se intentava corrigir.



REFERÊNCIAS

- ABRIR empresa no Brasil é exercício de paciência contra a burocracia. G1, São Paulo, 27 nov. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/11/abrir-empresa-no-brasil-e-exercicio-de-paciencia-contraburocracia.html>. Acesso 19 mai. 2019.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 108.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. Agravo de Instrumento nº 0006757-86.2013.8.25.0000. Relator: Ruy Pinheiro da Silva. Aracaju, SE, 3 de set. de 2013. TJSE. Aracaju, Disponível em <tjse.jus.br>. Acesso em: 22 out. 2019.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Agravo nº 5000767-81.2012.4.04.0000. Relator: Relator Jorge Antonio Maurique. Porto Alegre, RS, 12 de julho de 2012. TRF4. Porto Alegre, Disponível em: <trf4.jus.br>. Acesso em: 22 out. 2019.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação e Reexame Necessário nº 5058181-18.2014.4.04.7000. Relator: Sérgio Renato Tejada Garcia. Porto Alegre, RS, 19 de nov. de 2015. TRF4, Porto Alegre, disponível em: <trf4.jus.br>. Acesso em: 22 out. 2019.
- DEBATEDORES criticam prejuízos com demora na expedição de licenças ambientais. Câmara dos Deputados, Brasília, 13 mai. 2015. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/meio->

ambiente/487902-debatedores-criticam-prejuizos-com-demora-na-expedicao-de-licencas-ambientais.html.

Acesso em 19 mai. 2019.

MAAKAROUN, Bertha. Zema critica entraves em Minas para licenciamento ambiental. *Jornal Estado de Minas*, Belo Horizonte, 5 de dez. de 2018. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/12/05/interna_politica,1010611/zema-critica-entraves-em-minas-para-licenciamento-ambiental.shtml>, acesso em 19 de mai. de 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33a. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. MP da Liberdade Econômica. Disponível em: <<http://www.economia.gov.br/central-de-conteudos/apresentacoes/2019/apresentacao-mp-liberdade-economica.pdf/view>>, acesso em 15 de janeiro de 2020.

NERY, Rosa Maria Barreto B. Andrade; JUNIOR, Nelson Nery; *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 385.

POLITO, Rodrigo. Licenciamento de obra demora nove anos no Brasil. *Valor Econômico*, Rio de Janeiro, 11 de nov. de 2018. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/brasil/5988113/licenciamento-de-obra-demora-9-anos-no-brasil>>, acesso em 19 de mai de 2019.