

Saccaro Júnior, Nilo Luiz

Working Paper

Reflexos da lei de liberdade econômica na regulação ambiental brasileira

Texto para Discussão, No. 2952

Provided in Cooperation with:

Institute of Applied Economic Research (ipea), Brasília

Suggested Citation: Saccaro Júnior, Nilo Luiz (2023) : Reflexos da lei de liberdade econômica na regulação ambiental brasileira, Texto para Discussão, No. 2952, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília,
<https://doi.org/10.38116/td2952-port>

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/285391>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



<https://creativecommons.org/licenses/by/2.5/br/>

TEXTO PARA DISCUSSÃO

2952

**REFLEXOS DA LEI DE LIBERDADE
ECONÔMICA NA REGULAÇÃO
AMBIENTAL BRASILEIRA**

NILO LUIZ SACCARO JUNIOR

ipea

Instituto de Pesquisa
Econômica Aplicada

**REFLEXOS DA LEI DE LIBERDADE
ECONÔMICA NA REGULAÇÃO
AMBIENTAL BRASILEIRA^{1,2}**

NILO LUIZ SACCARO JUNIOR³

1. Este texto é derivado, com os devidos ajustes e aprofundamentos, de trabalho de conclusão de curso apresentado para obtenção do título de bacharel em direito pela Universidade de Brasília (UnB). Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/35465/1/2023_NiloLuizSaccaroJunior_tcc.pdf.

2. Agradecimentos à professora Amanda Flávio de Oliveira, da Faculdade de Direito da UnB, que atuou como orientadora do trabalho de conclusão de curso.

3. Técnico de planejamento e pesquisa na Diretoria de Estudos e Políticas Regionais, Urbanas e Ambientais do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Dirur/Ipea). E-mail: nilo.saccaro@ipea.gov.br.

Governo Federal

Ministério do Planejamento e Orçamento

Ministra Simone Nassar Tebet

ipea Instituto de Pesquisa
Econômica Aplicada

Fundação pública vinculada ao Ministério do Planejamento e Orçamento, o Ipea fornece suporte técnico e institucional às ações governamentais – possibilitando a formulação de inúmeras políticas públicas e programas de desenvolvimento brasileiros – e disponibiliza, para a sociedade, pesquisas e estudos realizados por seus técnicos.

Presidenta

LUCIANA MENDES SANTOS SERVO

Diretor de Desenvolvimento Institucional

FERNANDO GAIGER SILVEIRA

**Diretora de Estudos e Políticas do Estado,
das Instituições e da Democracia**

LUSENI MARIA CORDEIRO DE AQUINO

Diretor de Estudos e Políticas Macroeconômicas

CLÁUDIO ROBERTO AMITRANO

**Diretor de Estudos e Políticas Regionais,
Urbanas e Ambientais**

ARISTIDES MONTEIRO NETO

**Diretora de Estudos e Políticas Setoriais,
de Inovação, Regulação e Infraestrutura**

FERNANDA DE NEGRI

Diretor de Estudos e Políticas Sociais

CARLOS HENRIQUE LEITE CORSEUIL

Diretor de Estudos Internacionais

FÁBIO VÉRAS SOARES

Chefe de Gabinete

ALEXANDRE DOS SANTOS CUNHA

Coordenador-Geral de Imprensa e Comunicação Social

ANTONIO LASSANCE

Ouvidoria: <http://www.ipea.gov.br/ouvidoria>

URL: <http://www.ipea.gov.br>

Texto para Discussão

Publicação seriada que divulga resultados de estudos e pesquisas em desenvolvimento pelo Ipea com o objetivo de fomentar o debate e oferecer subsídios à formulação e avaliação de políticas públicas.

© Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – **ipea** 2023

Saccaro Junior, Nilo Luiz

Reflexos da lei de liberdade econômica na regulação ambiental brasileira / Nilo Luiz Saccaro Junior. – Rio de Janeiro: IPEA, 2023.

48 p. – (Texto para Discussão ; n. 2952).

Inclui Bibliografia.

ISSN 1415-4765

1. Liberdade Econômica. 2. Meio Ambiente. 3. Regulação.

I. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. II. Título.

CDD 342.2

Ficha catalográfica elaborada por Elizabeth Ferreira da Silva CRB-7/6844.

Como citar:

SACCARO JUNIOR, Nilo Luiz. **Reflexos da lei de liberdade econômica na regulação ambiental brasileira**. Rio de Janeiro : Ipea, dez. 2023. 48 p. (Texto para Discussão, 2952).

DOI: <http://dx.doi.org/10.38116/td2952-port>

JEL: K32.

As publicações do Ipea estão disponíveis para download gratuito nos formatos PDF (todas) e EPUB (livros e periódicos).

Acesse: <https://repositorio.ipea.gov.br/>.

As opiniões emitidas nesta publicação são de exclusiva e inteira responsabilidade dos autores, não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada ou do Ministério do Planejamento e Orçamento.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados nele contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

SUMÁRIO

SINOPSE

ABSTRACT

1 INTRODUÇÃO	6
2 O DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO E AS DISPOSIÇÕES GERAIS DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA	7
2.1 O direito ambiental no ordenamento jurídico brasileiro	8
2.2 A interação com as disposições gerais da Lei de Liberdade Econômica	11
3 A DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA E O LICENCIAMENTO AMBIENTAL	14
3.1 O licenciamento ambiental	14
3.2 O direito a exercer atividades econômicas de baixo risco sem a necessidade de licenciamento ambiental (inciso I)	15
3.3 A exigência de prazo para análise do órgão público e a aprovação tácita após a decorrência do prazo (inciso IX) ..	20
3.4 A vedação a medida ou prestação compensatória ou mitigatória abusiva (inciso XI)	25
3.5 A inexigibilidade de certidão não prevista em lei (inciso XII)	27
4 AS GARANTIAS DA LIVRE INICIATIVA NA REGULAÇÃO AMBIENTAL.....	28
4.1 Deveres do regulador e resultados indevidos da regulação.....	29
4.2 Relevância, custos e efetividade da regulação ambiental	30
5 ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E SUA APLICAÇÃO A NORMAS AMBIENTAIS	32
5.1 O que é e por que realizar a AIR?	34
5.2 O Decreto nº 10.411/2020 e a execução da AIR.....	37
5.3 Aplicação da AIR à matéria ambiental	40
6 CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS	45

SINOPSE

A Lei nº 13.874/2019, também conhecida como Lei de Liberdade Econômica, tem fortes reflexos em políticas regulatórias, inclusive na regulação ambiental. O objetivo deste trabalho é identificar cada um dos dispositivos da Lei de Liberdade Econômica que podem ter impacto sobre a criação e a aplicação de normas ambientais, bem como os regulamentos e os mecanismos de moderação desse impacto, avaliando a compatibilidade com os princípios do direito ambiental e com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto na Constituição. Partindo de uma análise normativa de cada capítulo da lei, além de decretos e outros instrumentos relacionados, chega-se à conclusão de que ela é capaz de conciliar princípios de liberdade econômica e de direito ambiental, contribuindo para um melhor equilíbrio na busca pelo desenvolvimento socioeconômico sustentável.

Palavras-chave: liberdade econômica; meio ambiente; regulação.

ABSTRACT

Federal Law No. 13.874/2019, known as the Economic Freedom Act, has strong effects on regulatory policies, including environmental regulation. This work aims to identify the provisions of the Economic Freedom Act that may affect the creation and application of environmental standards, as well as the regulations and mechanisms that moderate such impact, assessing their compatibility with the principles of environmental law and the constitutionally guaranteed right to an ecologically balanced environment. Through a normative analysis of each chapter of the Economic Freedom Act and other related normative instruments, it is concluded that the Act is capable of reconciling principles of economic freedom and environmental law, contributing to a better balance in the pursuit of sustainable socioeconomic development.

Keywords: agricultural structure; export crops; midwest.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.874 foi promulgada em 20 de setembro de 2019, sendo desde então chamada Lei de Liberdade Econômica. Originada pela Medida Provisória nº 881/2019, aprovada pelo Congresso em 21 de agosto do mesmo ano, teve como intenção do legislador permitir um ambiente favorável ao desenvolvimento socioeconômico sustentável – com redução da intervenção estatal excessiva, fortalecimento da segurança jurídica, modernização e dinamização da economia, aumento da eficiência regulatória e redução de entraves à competitividade e à inovação.

Para tanto, a Lei de Liberdade Econômica procurou reforçar princípios e direitos relacionados à liberdade econômica já previstos na Constituição Federal de 1988 (CF/1988) – como a livre iniciativa, consagrada como fundamento da República logo no art. 1º. Esse reforço ocorre a partir da percepção de que a liberdade econômica estava sendo relegada a segundo plano, preterida em relação a dispositivos de viés mais intervencionista. Com isso, o legislador tenta atingir um equilíbrio mais adequado na aplicação de todos os princípios e direitos presentes no ordenamento jurídico brasileiro, derivados de diferentes forças cuja conciliação é necessária para que o país possa enfrentar os desafios do cenário global e melhorar a qualidade de vida da atual e das futuras gerações.

Nesse contexto, os reflexos da Lei de Liberdade Econômica sobre a regulação ambiental brasileira são especialmente relevantes. Como será mostrado em detalhe, tanto a própria lei quanto a CF/1988 explicitam a inescapável ligação entre desenvolvimento socioeconômico e preservação ambiental, bem como entre os princípios e direitos relacionados. Ao mesmo tempo, o caráter de regulação econômica do próprio direito ambiental faz com que ele seja fortemente impactado por muitas das exigências específicas que a lei traz sobre a prática regulatória.

Assim, o objetivo deste trabalho é identificar cada um dos dispositivos da Lei de Liberdade Econômica que podem ter impacto sobre a criação e a aplicação de normas ambientais, bem como os regulamentos e os mecanismos de moderação desse impacto, avaliando a compatibilidade com os princípios do direito ambiental e com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto na Constituição.

Para isso, é realizada uma análise normativa de cada capítulo da Lei de Liberdade Econômica, além dos decretos e outros instrumentos normativos que regulamentam e orientam sua aplicação, a fim de identificar as interações com princípios e normas ambientais, bem como com os órgãos reguladores ambientais envolvidos. Organizando as interações em uma estrutura lógica coerente, espera-se obter um panorama amplo,

TEXTO para DISCUSSÃO

ainda que não necessariamente exaustivo, capaz de evidenciar a magnitude do impacto geral sobre a atividade regulatória ambiental.

Como marco teórico são adotadas as concepções de racionalidade individual, falhas de governo, custos de transação e eficiência regulatória emanadas da análise econômica do direito. Considera-se, dessa forma, que os indivíduos são os atores fundamentais da tomada de decisão e que respondem a incentivos. Ao mesmo tempo, reconhece-se que intervenções do poder público podem levar a resultados indesejáveis, sendo por isso necessários mecanismos de limitação e avaliação.

O trabalho se divide em quatro seções, espelhando os quatro primeiros capítulos da Lei de Liberdade Econômica (o último capítulo da lei não é abordado porque nenhum de seus dispositivos apresenta relação direta com a matéria ambiental). A seção 2 apresenta um breve panorama do direito ambiental brasileiro – seu histórico, principais marcos regulatórios e órgãos públicos envolvidos –, relacionando-o com os conceitos e princípios das disposições gerais da Lei de Liberdade Econômica. A seção 3 trata dos reflexos da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica sobre o licenciamento ambiental, mostrando: i) situações em que os princípios de liberdade econômica alteram os procedimentos que vigoravam até então; e ii) situações em que os princípios do direito ambiental preponderam – com a própria lei e seus regulamentos tratando a matéria ambiental de maneira diferenciada de outros ramos do direito regulatório. A seção 4 mostra como as garantias da livre iniciativa servem como regulação do próprio poder regulador, exigindo requisitos para uma regulação ambiental eficiente e efetiva, capaz de proteger o meio ambiente sem impedir o desenvolvimento socioeconômico. A seção 5 mostra como uma regulação mais adequada pode ser obtida com a análise de impacto regulatório, apontando obrigatoriedades, possibilidades e desafios de sua aplicação à matéria ambiental.

Por fim, após essas seções, são apresentadas as conclusões gerais sobre os reflexos da Lei de Liberdade Econômica sobre a regulação ambiental no Brasil. Espera-se que possam contribuir para que as discussões jurídicas favoreçam cada vez mais o desenvolvimento sustentável.

2 O DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO E AS DISPOSIÇÕES GERAIS DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

O direito ambiental é um ramo relativamente novo do direito, que se consolida na segunda metade do século XX, no esteio de preocupações com os impactos da atividade

humana sobre o planeta. De acordo com Milaré (2015, p. 255), o direito ambiental pode ser considerado o “complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando à sua sustentabilidade para as futuras gerações”.

Devido a essa natureza intrinsecamente ligada à regulação econômica, no Brasil, o direito ambiental tanto afeta quanto é afetado pela Lei de Liberdade Econômica – o que é evidenciado pelas referências expressas à proteção ambiental no próprio texto da lei. Essa interação se dá pelo impacto dos dispositivos da Lei de Liberdade Econômica sobre as normas ambientais e pela harmonização entre os princípios ambientais e os princípios derivados da livre iniciativa, presentes em nosso ordenamento jurídico. Assim, a primeira parte desta seção trata da evolução das normas ambientais no Brasil, enquanto a segunda mostra sua interação com os princípios e direitos presentes nas disposições gerais da Lei de Liberdade Econômica.

2.1 O direito ambiental no ordenamento jurídico brasileiro

Sobre o surgimento do direito ambiental no Brasil, Edis Milaré sustenta que:

É surpreendente que, em tão pouco tempo, tenha o direito do ambiente alcançado foros de maturidade em nosso país. Até o final da década de 1970 – não custa lembrar –, não tínhamos sequer um perfil constitucional expresso ou normas legais que reconhecessem o meio ambiente como bem *per se*. Coube, de um lado, à Lei nº 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) esta última tarefa e, de outro lado, à Carta Política de 1988 constitucionalizar, de vez, o meio ambiente e sua proteção. Pode-se então afirmar, sem medo de errar, que, no Brasil, o direito do ambiente é na realidade um “direito adulto”. Conta ele com princípios próprios, com assento constitucional e com um regramento infraconstitucional complexo e moderno. Além disso, tem a seu dispor toda uma estrutura administrativa especializada entre os aparelhos de Estado, além de instrumentos eficazes de implementação (Milaré, 2015, p. 252).

Pode-se dizer, portanto, que, embora houvesse normas anteriores que tangenciavam a temática ambiental, foi apenas em 1981, com a criação da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) pela Lei nº 6.938, que foram estabelecidos os princípios e diretrizes para o direito ambiental brasileiro. O objetivo geral da política é enunciado em seu art. 2º: “a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando a assegurar, no país, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana”. É interessante notar

TEXTO para DISCUSSÃO

aqui, assim como na relativamente recente Lei de Liberdade Econômica, a referência expressa à relação entre proteção ambiental e desenvolvimento econômico e social. A necessidade de equilíbrio entre ambos será explicitada no art. 4º, inciso I, que diz que a PNMA visará “à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico” (Brasil, 1981).

A lei da PNMA determina, ainda, em seu art. 6º, que diversos “órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos territórios e dos municípios, bem como as fundações instituídas pelo poder público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente”. Além disso, em seu art. 9º, determina os instrumentos concretos em que se baseará o direito ambiental no Brasil, entre os quais a avaliação de impactos ambientais e o licenciamento e a revisão de atividades efetivas ou potencialmente poluidoras. Tanto os órgãos quanto os instrumentos acabarão por ser impactados pela Lei de Liberdade Econômica, conforme veremos à frente.

Sete anos depois da publicação da PNMA, a CF/1988 foi a primeira das constituições brasileiras a trazer em seu texto o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O constituinte brasileiro seguiu um movimento comum a constituintes de outros países, realizadas a partir da década de 1970, quando as preocupações ambientais começam a crescer nas conferências internacionais (Milaré, 2015, p. 169). Para tanto, a atual Constituição brasileira dedica ao tema um capítulo próprio (capítulo VI – do meio ambiente) formado em sua totalidade pelo art. 225. Este estabelece a proteção ambiental, para as atuais e futuras gerações, como um dever do poder público e da coletividade, ao mesmo tempo que prevê as incumbências do poder público e a responsabilidade civil e penal por danos ambientais.

Embora possua capítulo e artigo próprios, pode-se dizer que a preocupação ambiental está dispersa em vários pontos da CF/1988. O art. 186, inciso II, por exemplo, explicita a preservação do meio ambiente como um dos requisitos da função social da propriedade rural. O art. 200, inciso VIII, por sua vez, trata da competência do Sistema Único de Saúde (SUS) para colaborar na proteção do meio ambiente. O art. 170, inciso VI (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 2003), é de especial importância para esta discussão, pois faz uma vinculação expressa entre a ordem econômica – fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, princípios que a Lei de Liberdade Econômica visa a promover e proteger – e a defesa do meio ambiente.

Após a PNMA de 1981 e a CF/1988, as principais leis diretamente voltadas à proteção ambiental no Brasil são: a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998), que define as infrações e penalidades aplicáveis às pessoas físicas e jurídicas que cometem crimes contra o meio ambiente; a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC) (Lei nº 9.985/2000), que estabelece critérios e normas para a criação, implantação e gestão das unidades de conservação; a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010), que estabelece diretrizes para a gestão de resíduos sólidos no país, desde a sua geração até a sua destinação final, prevendo a responsabilidade compartilhada entre governo, setor empresarial e sociedade civil; a Lei Complementar nº 140/2011, que determina as normas de cooperação entre os entes federativos nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção do meio ambiente; o Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), que estabelece normas gerais sobre a proteção da vegetação nativa e prevê a obrigatoriedade de recuperação das áreas degradadas; e a Lei da Biodiversidade (Lei nº 13.123/2015), que estabelece regras para o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado. Além disso, a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) (Lei nº 9.433/1997) também está fortemente relacionada com a proteção ambiental, notadamente em relação aos ecossistemas aquáticos. Todas essas leis impactam de alguma maneira a implementação e o funcionamento de grande parte das atividades econômicas do país e, por isso, sua aplicação pode ser influenciada pelos princípios gerais da Lei de Liberdade Econômica.

Além das leis, a regulação ambiental brasileira é dada por uma série de decretos, resoluções e portarias emanados dos diversos órgãos ambientais criados ou modificados desde a publicação da PNMA, como o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), o Ministério do Meio Ambiente e Mudanças do Clima (MMA), o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), bem como das secretarias e institutos estaduais e municipais de meio ambiente. Todos esses órgãos são responsáveis pela regulação ambiental, motivo pelo qual sua atuação acaba sendo fortemente influenciada pelos dispositivos da Lei de Liberdade Econômica.

Por fim, o Ministério Público tem a atribuição de propor ações judiciais de natureza civil e penal no intuito de cessar, reparar ou punir danos ao ambiente. Para além de sua função tradicional na apuração penal, efetiva-se, com a Lei nº 7.347/1985, a possibilidade de intervenção do Ministério Público Federal ou Estadual, em matéria ambiental, por meio de ação civil pública ou de inquérito civil. Este surge, inclusive, como procedimento exclusivo do órgão, que o instaura e preside (Milaré, 2015, p. 1407). Na prática, o

TEXTO para DISCUSSÃO

Ministério Público tem exercido protagonismo cada vez maior sobre o tema, com uma série de iniciativas e ações diretamente vinculadas à proteção ambiental (Brasil, 2021).

2.2 A interação com as disposições gerais da Lei de Liberdade Econômica

Todo o arcabouço de instituições, princípios e normas descrito é fortemente impactado pela publicação da Lei de Liberdade Econômica, seja pela interação direta com suas regras específicas (como é o caso, por exemplo, das exigências e prazos de licenças), seja pela interação mais equilibrada que a lei busca entre os princípios constitucionais que protegem o ambiente e a livre iniciativa (por exemplo, ao dar ênfase à necessidade de atuação subsidiária do Estado e de presunção de boa-fé do empreendedor nos processos legislativos, administrativos e judiciais).

Logo em seu art. 1º, § 1º, a Lei de Liberdade Econômica preconiza que suas disposições deverão ser observadas

na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente (Brasil, 2019b).

Dessa forma, já de início fica explicitado o impacto que o legislador pretendeu sobre o direito ambiental. O impacto pretendido é explicado, em termos gerais, no § 2º, que dispõe que “interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas” (Brasil, 2019b).

Já fica evidente no art. 1º, portanto, o caráter equilibrador da Lei de Liberdade Econômica sobre as tensões entre a regulação ambiental coercitiva e a livre iniciativa. O legislador entende que há necessidade de explicitar – embora a mesma interpretação já fosse possível pela própria CF/1988 – que a aplicação dos princípios e normas do direito ambiental não pode afastar a presunção de boa-fé da atividade econômica nem se sobrepor automaticamente aos princípios que a regem, como o respeito a contratos, investimentos e propriedade. Obviamente, essa necessidade decorre da percepção do legislador – baseado em um processo amplamente democrático e republicano da criação da Lei de Liberdade Econômica – de que tanto o meio ambiente quanto a atividade econômica são direitos e necessidades para a manutenção da sociedade.

As disposições gerais da Lei de Liberdade Econômica são encerradas com o art. 2º, que enuncia os princípios que a norteiam: i) a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; ii) a boa-fé do particular perante o poder público; iii) a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e iv) o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado. Tais princípios reafirmam e explicitam direitos que já estavam previstos na CF/1988, bem como interagem com diversos ramos do direito sem revogar nenhum de seus próprios princípios ou direitos, como explica Amanda Flávio de Oliveira:

Nos planos Executivo e Legislativo, a nova disciplina da liberdade se presta essencialmente a desestimular afãs regulatórios para além dos limites cabíveis, pelo menos. Coibir abuso de direito constitui um dos pilares da teoria jurídica tradicional. Coibir abuso de direito regulatório, portanto, representa apenas uma especificação deste preceito. (...) Tudo isso é propiciado pela nova lei, sem negar ou revogar – o que, reafirme-se, seria absolutamente inadequado – a intervenção estatal na economia que encontre seu fundamento na Constituição ou o exercício de direitos sociais fundamentais, dentro dos limites legítimos. Negar a possibilidade de instituição de um diploma legal que discipline um direito fundamental – o direito à liberdade econômica – representaria ler a Constituição em tiras, de forma “estanque” ou recusando um direito humano positivado, o que afronta o próprio preceito da unidade constitucional. (Oliveira, 2021, p. 131).

Isso obviamente se aplica a toda a gama de princípios consagrados do direito ambiental (Mirra, 1996; Milaré, 2015, p. 1407), que não são negados, revogados ou mesmo enfraquecidos pela interação com os princípios da Lei de Liberdade Econômica. A presunção de boa-fé e a vulnerabilidade do particular perante o Estado não interferem na aplicação equilibrada dos princípios da precaução, da prevenção e da proibição do retrocesso ambiental. A intervenção subsidiária e excepcional do Estado não afasta o princípio da natureza pública da proteção ambiental. A garantia da liberdade no exercício da atividade econômica – baseada no respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade – é não apenas compatível, mas também necessária à aplicação de princípios ambientais como os do poluidor-pagador e do protetor-recebedor.

A importância dos contratos e da propriedade é evidenciada pela aplicação da teoria do vencedor do prêmio Nobel em economia Ronald Coase, na proteção ambiental (Coase, 1960). A poluição e outras formas de degradação ambiental podem ser consideradas externalidades, ou seja, custos impostos a terceiros que não participam da atividade econômica em questão. Uma vez que os direitos de propriedade estejam bem definidos e os custos de transação sejam suficientemente baixos, grande parte das

TEXTO para DISCUSSÃO

externalidades pode ser internalizada por contratos de pagamentos entre as partes, o que cria fortes incentivos para a racionalização do uso dos recursos e a minimização da poluição.

Além disso, se os proprietários de recursos naturais tiverem direitos de propriedade sólidos e exclusivos, terão incentivos para investir em sua proteção e manutenção. A economista e vencedora do prêmio Nobel Elinor Ostrom demonstrou a importância da auto-organização – baseada na propriedade e na liberdade de iniciativa – para a preservação ambiental. Ostrom (1998) demonstrou que os proprietários de recursos naturais podem autorregular suas atividades para preservar o meio ambiente, sem a necessidade de intervenção governamental, superando a aplicação excessivamente ampla do conceito de tragédia dos comuns no contexto da conservação ambiental. Ela observou que muitas comunidades em todo o mundo têm sido bem-sucedidas em gerir seus recursos naturais de forma sustentável por meio de instituições auto-organizadas. Essas instituições não estatais promovem regras de uso e de acesso, sanções para aqueles que violam essas regras e mecanismos de resolução de conflitos – tudo isso de maneira descentralizada, adequada às especificidades locais, em um processo que órgãos regulatórios centralizados seriam incapazes de realizar.

Essas ideias, em associação com os princípios do poluidor-pagador e do protetor-recebedor, corroboram iniciativas que buscam utilizar mecanismos de mercado para favorecer a conservação dos ecossistemas, como créditos de carbono e pagamentos por serviços ambientais. A Lei nº 14.119/2021, por exemplo, institui a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais e elenca entre suas modalidades o pagamento direto, monetário ou não monetário; a compensação vinculada à certificado de redução de emissões por desmatamento e degradação; os títulos verdes (*green bonds*); e a Cota de Reserva Ambiental (CRA). Todos esses mecanismos têm o objetivo de dar valor econômico aos serviços fornecidos pelos ecossistemas (provisão, suporte, regulação e culturais), de maneira a remunerar as atividades que favoreçam sua manutenção, recuperação ou melhoria.

As ideias de Coase e Ostrom, bem como a aplicação de mecanismos de mercado, não necessariamente afastam a necessidade da atuação estatal por meio de comando e controle. Demonstam, porém, que a proteção ambiental mais efetiva é aquela que ocorre em um ambiente de liberdade econômica, no qual proprietários e comunidades tenham reais incentivos para proteger seus recursos naturais e autorregular suas atividades. Para isso, são fundamentais os princípios e direitos previstos nos arts. 1º e 2º da Lei de Liberdade Econômica.

Uma vez explicitado nas disposições gerais o teor geral do impacto que pretendeu exercer em vários ramos do direito, incluindo explicitamente o ambiental, os capítulos subsequentes da Lei de Liberdade Econômica trazem medidas e comandos mais específicos e concretos, que impactam tanto a criação quanto a aplicação de normas ambientais brasileiras. Estes serão tratados nas seções seguintes.

3 A DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA E O LICENCIAMENTO AMBIENTAL

O capítulo II da Lei de Liberdade Econômica, intitulado *Da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica*, é constituído em sua totalidade pelo art. 3º. Embora afete diversos procedimentos gerais comuns a órgãos regulatórios (como os relacionados a transparência e arquivamento, por exemplo), o artigo traz quatro incisos (I, IX, XI e XII) que podem afetar diretamente o licenciamento ambiental e constituem, por isso, as interações mais concretas e imediatas da Lei de Liberdade Econômica com a regulação ambiental. Sendo assim, cada um desses quatro incisos será tratado separadamente nas subseções a seguir, após uma breve contextualização sobre o licenciamento ambiental.

3.1 O licenciamento ambiental

Procedimento administrativo que tem por objetivo avaliar os impactos ambientais de obras ou atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como definir medidas mitigatórias e compensatórias, abrangendo desde pequenos empreendimentos até grandes obras de infraestrutura,¹ o licenciamento ambiental é uma das principais ferramentas regulatórias do direito ambiental brasileiro. Sua necessidade está prevista na PNMA (Lei nº 6.938/81), no art. 9º, inciso IV, que define “o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras” como um dos instrumentos da política.

Os procedimentos e critérios para o licenciamento ambiental são determinados por resoluções do Conama, instituído também no âmbito da PNMA. A Resolução nº 001 do Conama, de 23 de janeiro de 1986, submeteu o licenciamento ambiental de determinadas atividades modificadoras do meio ambiente à elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental (conhecido como EIA/Rima). A evolução das experiências de licenciamento nos órgãos de meio ambiente do país levou a uma revisão dos procedimentos e critérios de licenciamento, acarretando a publicação da Resolução nº 237/1997. Esta regulamentou, em normas gerais, as

1. Disponível em: <https://pnla.mma.gov.br/o-que-e-licenciamento-ambiental>.

TEXTO para DISCUSSÃO

competências para o licenciamento nas esferas federal, estadual e distrital, além das etapas do procedimento de licenciamento e de novos critérios a serem considerados. Além disso, a Resolução nº 237/1997 conferiu ao órgão ambiental a competência para a definição de outros estudos ambientais adicionais que considere pertinentes ao processo de licenciamento.

No ano seguinte, a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998), em seu art. 60, passou a considerar crime ambiental

construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes (Brasil, 1998).

Em 2011, no intuito de melhor delimitar as competências para o licenciamento ambiental atribuídas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios, é publicada a Lei Complementar Federal nº 140, que determina aos municípios o licenciamento de atividades e empreendimentos de impacto local, desde que possuam estrutura adequada – o que, muitas vezes, é de difícil determinação. Empreendimentos e atividades específicos (dispostos no art. 6º) passam a ser de competência da União, restando aos estados a competência residual.² Por sua vez, o Decreto nº 8.437/2015 regulamenta o disposto no art. 7º, *caput*, inciso XIV, alínea h e parágrafo único, da Lei Complementar nº 140, trazendo novamente para a União a competência para o licenciamento de uma grande gama de atividades.

3.2 O direito a exercer atividades econômicas de baixo risco sem a necessidade de licenciamento ambiental (inciso I)

O longo e complexo regramento do licenciamento ambiental descrito anteriormente traz grande margem para conflitos de competência entre os entes federativos, acentuada discricionariedade para o órgão licenciador e possibilidade de enquadramento tanto penal quanto administrativo – o que obviamente constitui sério entrave a empreendimentos, em especial aos pequenos, que têm menor capacidade de lidar com todos os pormenores técnicos, administrativos e jurídicos. Isso é, por si só, um exemplo de situação de vulnerabilidade do particular perante o Estado, a ser reconhecido conforme

2. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2019/12/licenciamento-4-0-libera-licencas-para-atividades-de-baixo-risco>.

o art. 2º, inciso IV, da Lei de Liberdade Econômica. A exigência de aplicação desse regramento, portanto, só é razoável quando realmente necessária à preservação ambiental.

Mesmo autores críticos às mudanças da Lei de Liberdade Econômica sobre o processo de licenciamento, como Pedro Niehbur, reconhecem que preocupações do setor produtivo em relação à excessiva burocracia e morosidade se mostram válidas:

A experiência prática revela que a reclamação, às vezes, é procedente. As diferentes leis ambientais e urbanísticas que regem o exercício de atividades econômicas costumam, normalmente, prever procedimento único (às vezes extremamente burocratizado) para o licenciamento das atividades, sem fazer distinção relevante (ou fazendo apenas tímida distinção) sobre seu porte, grau de impacto etc. O licenciamento ambiental de uma pequena fábrica de alimentos pode ter o mesmo rito (o mesmo procedimento, isto é, etapas e fluxos) que o licenciamento de uma hidroelétrica (Niebuhr, 2019, p. 254).

Assim, embora a imposição de limites ambientais seja justificada, o Estado não pode incorrer no erro de atrapalhar ou desincentivar atividades econômicas legítimas e necessárias nem de desconsiderar a vulnerabilidade perante o poder estatal e a presunção inicial de boa-fé do particular. Por isso, parece ser no intuito de considerar todos os direitos a serem resguardados que o art. 3º, inciso I, da Lei de Liberdade Econômica determina como direito de toda pessoa, natural ou jurídica, o desenvolvimento de “atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica” (Brasil, 2019b).

Os atos públicos de liberação econômica, neste caso, estão definidos no capítulo anterior (art. 2º, § 6º):

A licença, a autorização, a concessão, a inscrição, a permissão, o alvará, o cadastro, o credenciamento, o estudo, o plano, o registro e os demais atos exigidos, sob qualquer denominação, por órgão ou entidade da administração pública na aplicação de legislação, como condição para o exercício de atividade econômica, inclusive o início, a continuação e o fim para a instalação, a construção, a operação, a produção, o funcionamento, o uso, o exercício ou a realização, no âmbito público ou privado, de atividade, serviço, estabelecimento, profissão, instalação, operação, produto, equipamento, veículo, edificação e outros.

TEXTO para DISCUSSÃO

Dessa forma, a Lei de Liberdade Econômica impede expressamente a exigência de licenciamento para atividade econômica de baixo risco. Esse impedimento está em sintonia tanto com o art. 170 quanto com o art. 225 da CF/1988.

O art. 170 da Constituição, em seu inciso IV, que reconhece a necessidade de defesa do meio ambiente, é bastante claro ao acrescentar que pode haver tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental das atividades econômicas. Já o parágrafo único do mesmo artigo assegura a todos “o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (Brasil, 1988).

O art. 225, por sua vez, em seu parágrafo 1º, inciso IV, define que a exigência de estudo prévio de impacto ambiental se dá apenas sobre “a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de *significativa* degradação do meio ambiente” – não de todo e qualquer impacto ambiental, ainda que mínimo, mas apenas em caso de significativa degradação. Embora não se trate de comando sobre o licenciamento em si, mas sim sobre estudos ambientais, a racionalidade da qualificação presente no art. 225 é evidente, pois restringir todo e qualquer impacto ambiental significaria restringir toda e qualquer atividade econômica, uma vez que toda atividade humana se dá sobre o território, utiliza-se de energia, promove transformações e gera rejeitos. Além disso, a regulação prévia de toda e qualquer atividade gera imensos custos com a manutenção do aparato regulatório, não se justificando sequer do ponto de vista da eficácia e eficiência estatal um controle exageradamente amplo, que abarque desnecessariamente atividades de baixo impacto. É interessante mencionar ainda que

a possibilidade da chamada falha de governo (...) sobrepõe-se à possibilidade de falha de mercado quanto menor for o impacto ambiental esperado de uma atividade. Assim, o cenário em que uma regulação excessiva sobre atividades de baixo impacto e descentralizadas acabe levando a resultados indesejáveis (incluindo tanto o atraso na satisfação de necessidades econômicas humanas, geralmente de populações mais pobres, quanto os elevados custos para manutenção do aparato regulatório) é mais provável do que o cenário em que tais atividades de baixo impacto efetivamente ocorram em desacordo com as normas e gerem externalidades relevantes (Seixas e Saccaro Junior, 2022a, p. 17).

Uma possível crítica se dá em relação à terminologia adotada pela Lei de Liberdade Econômica não ser exatamente a mesma daquela que é usualmente adotada no processo de licenciamento ambiental. Como apontado por Niebuhr (2019, p. 258), pode haver diferenças conceituais entre os termos “risco”,

“impacto”, “potencial poluidor” e “degradação”, o que poderia gerar divergência ou confusão. A opção pelo termo “risco”, porém, parece ser justificada pela abrangência da Lei de Liberdade Econômica, que vai muito além do direito ambiental, sendo necessário um termo capaz de se aplicar ao mesmo tempo a diversos domínios do direito regulatório. A tentativa de empregar todas as diferentes terminologias mais usuais em cada domínio provavelmente geraria ainda mais dificuldades. Além disso, eventual divergência terminológica ou conceitual é facilmente superada ao se considerar a mesma racionalidade do art. 225 aplicada ao termo “risco”.

Com o art. 3º da Lei de Liberdade Econômica, surge, obviamente, a necessidade de classificação do nível de risco de atividades econômicas, a fim de determinar quais delas deverão ser isentas de atos de liberação. O próprio § 1º do referido artigo determinou que “ato do poder Executivo federal disporá sobre a classificação de atividades de baixo risco a ser observada na ausência de legislação estadual, distrital ou municipal específica”. Tal ato se concretizou em 18 de dezembro de 2019, por meio do Decreto nº 10.178.

No que foi chamado de “Licenciamento 4.0” (Lorenzon, 2021, p. 24), o Decreto nº 10.178 de 2019 estabelece o novo regime sobre atos públicos e a liberação de atividades econômicas, regulamentando os incisos I e IX do art. 3º da Lei de Liberdade Econômica. Como explicitado em seu art. 1º, o decreto

dispõe sobre os critérios e os procedimentos a serem observados pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional para a classificação do nível de risco de atividade econômica e para fixar o prazo para aprovação tácita do ato público de liberação (Brasil, 2019c).

Aqui, o próprio órgão ou a entidade competente para a decisão administrativa acerca do ato público de liberação passa a ser o responsável pela classificação de risco da atividade econômica – ressalvada a existência de legislação estadual, distrital ou municipal específica para a definição de risco das atividades econômicas. O risco pode ser leve, irrelevante ou inexistente (nível I), moderado (nível II) ou alto (nível III). É exigido também que as hipóteses de classificação sejam especificadas, de modo exaustivo, por ato normativo da autoridade máxima do órgão ou da entidade (art. 3º, § 1º) e que, para aferir o nível de risco das atividades, sejam considerados, no mínimo, a probabilidade de ocorrência de eventos danosos e a extensão, a gravidade ou o grau de irreparabilidade do impacto causado à sociedade na hipótese de ocorrência de evento danoso (art. 4º).

TEXTO para DISCUSSÃO

Uma justificativa para a classificação de riscos é a própria racionalização da alocação de recursos governamentais, principalmente os recursos humanos. Por isso, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) aplica metodologias de classificação de risco até mesmo para gerir os riscos nacionais (OECD, 2017, p. 23-28).³ Ao considerar diferentes graus de risco, assume-se que atividades e obras de maior risco devem concentrar maior atenção e recursos, enquanto hipóteses de menor risco, com características bem mapeadas e conhecidas, devem receber tratamento diferenciado, preferencialmente automático e desburocratizado (Paranaíba e Ferro, 2022, p. 97) – o que, obviamente, não significa que não devam ser fiscalizadas.

Mais que isso, as exigências do Decreto nº 10.178 fazem com que caiba ao órgão técnico governamental o ônus de explicar à sociedade por que determinada atividade é considerada de risco moderado ou alto e, portanto, passível da necessidade de maiores burocracia e restrição *a priori*. Esse ônus está de acordo com os princípios e direitos da Lei de Liberdade Econômica, pois a interferência do Estado em uma atividade, principalmente quando de maneira apriorística, só deve ocorrer se houver motivo relevante e justificativa transparente. Além disso, está de acordo com o princípio da motivação do direito administrativo, segundo o qual os agentes públicos, ao decidirem, devem apresentar os fundamentos que levaram a sua decisão. No licenciamento ambiental, portanto, assim como em qualquer outro procedimento regulatório, não pode ser aceitável a regulação como um fim em si mesma ou como mero constrangimento injustificado da atividade econômica.

3.3 A exigência de prazo para análise do órgão público e a aprovação tácita após a decorrência do prazo (inciso IX)

Este item constitui um exemplo de interação da Lei de Liberdade Econômica com o direito ambiental em que os princípios deste claramente prevalecem, afastando a aplicação do dispositivo. Conforme será descrito, a matéria ambiental é tratada de forma diferenciada, com ressalvas expressas na própria lei e em regulamentos posteriores.

Enquanto o inciso I resguarda atividades de baixo risco da necessidade de atos de liberação, o inciso IX do artigo que constitui a Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica atua contra a imposição de prazos abusivos ou indeterminados para atos

3. É interessante perceber que, para alguns países, os maiores riscos nacionais se encontram no campo ambiental, o que ressalta a importância de uma regulação ambiental bem planejada e precedida da correta avaliação de impacto, conforme será tratado mais à frente na seção sobre Avaliação de Impacto Regulatório aplicada à matéria ambiental.

de liberação de atividades de risco moderado ou alto. Faz isso ao exigir que, uma vez que o particular apresente todos os elementos necessários à instrução do processo, ele seja “cientificado expressa e imediatamente do prazo máximo estipulado para a análise de seu pedido” e ao determinar que, uma vez transcorrido o prazo fixado, “o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei”.

Esse dispositivo da Declaração de Direitos de Liberdade econômica se ampara na ilegitimidade da inércia da administração, ao longo e ao final do prazo estipulado por ela mesma. Conforme comenta André Cyrino:

É antigo o desconforto do estudioso do direito público diante da ausência de solução para o problema da inércia do administrador público. Afinal, não é compatível com Constituição a inexistência de resposta da administração pública devidamente provocada, como decorre do direito de petição (art. 5º, inciso XXXIV, alínea a, CF). O agente público não pode decidir quando bem entender, ou simplesmente cruzar os braços. Ele é obrigado a proferir, em prazo razoável, decisão quanto a tudo que lhe for requerido (Cyrino, 2019).

Além disso, pode-se vislumbrar no dispositivo uma inspiração na racionalidade de diminuição para os incentivos à corrupção, como bem colocado também pelo autor supracitado:

Pense-se no exemplo do agente público corrupto que, para licenciar o funcionamento de um restaurante, *e.g.*, pede alguma vantagem. Nesse sentido, pode-se argumentar que a atribuição de eficácia positiva ao silêncio administrativo diminui as chances de corrupção (Cyrino, 2019).

No entanto, aqui os princípios ambientais prevalecem e restringem a liberdade econômica: o licenciamento ambiental não se submete à aprovação tácita por decurso de prazo. Em que pese continuar a expectativa e o dever de a administração concluir a análise em prazo razoável, a aprovação tácita de atividades classificadas nos níveis II e III pelos órgãos ambientais – e por isso passíveis de exigência de licenciamento ambiental – implicaria uma contradição com os princípios da precaução e do poluidor pagador, além de comprometer a própria compatibilização entre desenvolvimento econômico e equilíbrio ambiental. A solução dada pelo legislador está na ressalva às hipóteses expressamente vedadas em lei, o que se aplica à Lei Complementar nº 140. Esta veda expressamente, em seu art. 14, § 3º, a concessão

TEXTO para DISCUSSÃO

de licença ambiental por decurso de prazo, instaurando competência supletiva. Como coloca Pedro Niebuhr,

especificamente em matéria ambiental, agrega-se a circunstância de que a previsão específica veiculada no § 3º do art. 14 da Lei de Competências Ambientais (Lei Complementar nº 140/11) – 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 no § 3º do art. 14 da Lei Complementar nº 140/11) é uma das “hipóteses expressamente vedadas em lei”, como refere a parte final do inciso IX do art. 3º da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que excetua e afasta a aplicação da aprovação tácita. Frise-se que o § 3º do art. 14 da Lei de Competências Ambientais não faz distinção ou se limita apenas aos casos de “significativo” impacto ambiental eventualmente analisados por meio de Estudos de Impacto Ambiental (EIV), mas se refere a toda atividade ambientalmente licenciável (com qualquer potencial de impacto, avaliado por qualquer tipo de estudo) (Niebuhr, 2019, p. 268).

Cabe lembrar, ainda, que a Medida Provisória nº 915/2019 incluiu no art. 3º da Lei de Liberdade Econômica o § 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” (Brasil, 2019d). Essa medida provisória, entretanto, perdeu seus efeitos por não ter sido convertida em lei, de maneira que este parágrafo não é mais válido. Embora redundante, conforme mostrado nos parágrafos anteriores, esse dispositivo evidenciou o tratamento diferenciado dado à matéria ambiental pelo poder Executivo. Como nota Niebuhr (2019, p. 267), o mesmo tratamento explicitamente diferenciado não foi dado à matéria urbanística, por exemplo.

Por fim, o Decreto nº 10.219/2020 encerra qualquer possibilidade de aprovação tácita para o licenciamento ambiental ao incluir os incisos IV e V no art. 10, § 3º do Decreto nº 10.178/2019 (que, por sua vez, regulamenta os incisos I e IX do art. 3º da Lei de Liberdade Econômica, conforme explicado na subseção anterior):

§ 3º O disposto no *caput* não se aplica:

(...)

IV – aos processos administrativos de licenciamento ambiental, na hipótese de exercício de competência supletiva nos termos do disposto no § 3º do art. 14 da

Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011; ou (incluído pelo Decreto nº 10.219, de 2020)

V – aos demais atos públicos de liberação de atividades com impacto significativo ao meio ambiente, conforme estabelecido pelo órgão ambiental competente no ato normativo a que se refere o *caput*. (Incluído pelo Decreto nº 10.219, de 2020) (Brasil, 2019b).

Com isso, passa a ser expressamente inaplicável a aprovação tácita, seja a processos de licenciamento em exercício de competência supletiva, seja a qualquer ato de liberação de atividades com impacto significativo ao meio ambiente.

Farias (2020) cogita a possibilidade de aplicação da aprovação tácita por decurso de prazo em relação aos atos administrativos de liberação concedidos por órgãos intervenientes no licenciamento ambiental – como o Ministério da Saúde, o ICMBio, a Fundação Nacional do Índio (Funai), o Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan), a Fundação Palmares e a Fundação Nacional de Saúde (Funasa). Ainda que não seja possível excluir totalmente uma interpretação diversa, parece relativamente evidente que o art. 10, § 3º, inciso V, do Decreto nº 10.178/2019, conforme descrito no parágrafo anterior, exclui tal possibilidade ao tornar a aprovação tácita inaplicável a todos os “atos públicos de liberação de atividades com impacto significativo ao meio ambiente”, não apenas ao processo principal de licenciamento.

Menos cristalina é a possibilidade de aplicação da limitação de prazo para o licenciamento. O § 8º do art. 3º da Lei de Liberdade Econômica determina que os prazos dos órgãos ou entidades solicitadas deverão observar limites máximos estabelecidos em regulamento. Esse parágrafo é regulamentado pelo art. 11 do Decreto nº 10.178, que coloca o limite de sessenta dias para a decisão administrativa acerca do ato público de liberação. No entanto, já existe previsão de prazos do licenciamento ambiental na Resolução 237 de 1997 do Conama:

art. 14. O órgão ambiental competente poderá estabelecer prazos de análise diferenciados para cada modalidade de licença (LP, LI e LO [Licença Prévia, Licença de Instalação e Licença de Operação]), 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 (Brasil, 1997).

TEXTO para DISCUSSÃO

Nesse caso, por tratar-se de uma norma infralegal, poder-se-ia argumentar pela limitação de dois meses. No entanto, o próprio art. 11, do Decreto nº 10.178, em seu § 1º, apresenta uma solução ao permitir que o órgão ambiental estabeleça prazos maiores “em razão da natureza dos interesses públicos envolvidos e da complexidade da atividade econômica a ser desenvolvida pelo requerente, mediante fundamentação da autoridade máxima do órgão ou da entidade”. Dessa forma, as mesmas peculiaridades da atividade ou empreendimento, bem como a necessidade de EIA/Rima ou audiência pública, previstos na Resolução nº 237 do Conama, poderão ser utilizados como fundamentação, respeitando ambos os dispositivos.

Nesta seção, é válido ainda mencionar as iniciativas de licenciamento por adesão e compromisso (LAC) e diferenciá-las da dispensa de licenciamento e da aprovação tácita por decorrência de prazo. O LAC é um conceito que objetiva reduzir o problema da inércia da administração pública para licenciamento de atividades cujos riscos não são considerados baixos a ponto de se falar em dispensa – mas são amplamente conhecidos e passíveis de serem geridos de forma padronizada, alterando-se apenas o momento da análise, que não é eliminada (motivo pelo qual também não há que se falar em aprovação tácita por decorrência de prazo). Como explica Heinen (2022):

No Licenciamento por Adesão e Compromisso (LAC), há fiscalização e há a necessidade de se enviarem informações relevantes sobre a atividade potencialmente poluidora. A lista de dados a serem entregues pelo interessado será previamente determinada pelo órgão licenciador ou por quem a lei assim referir.

(...)

o LAC mantém a responsabilidade do empreendedor, na medida em que ele deverá providenciar os mesmos documentos e informações que são exigidos em qualquer licença prévia. A diferença está apenas no momento da análise, que não é eliminada. Então, a diferença substancial entre o LAC e as demais modalidades de licenciamento consiste no momento de se fazer análise do pedido, se prévia ou posteriormente. Como se vê, nos licenciamentos ordinários, análise dos documentos juntados pelo solicitante é feita preliminarmente, e no LAC é praticada depois de juntados os documentos, mas com a licença já deferida.

De acordo com o mesmo autor, as atividades passíveis de submissão ao LAC seriam apenas

aquelas que já se sabe como funcionam, ou seja, sua implementação é padronizada, porque os riscos já estão amplamente maturados. Exemplo: posto de gasolina em zona urbana já tem seus efeitos, complexidade e riscos conhecidos pelos técnicos, órgãos públicos e empreendedores. E a fiscalização de quesitos como segurança, zoneamento urbano, salubridade já são auditados antecipadamente pelos órgãos municipais, estaduais e federais pertinentes.

(...)

Em termos formais, a LAC deveria se ocupar de atividades a serem listadas e previamente definidas pelos conselhos de meio ambiente – municipais, estaduais e federal. Logo, os representantes da sociedade que compõem os referidos órgãos terão a responsabilidade de debater e listar o que será submetido ao referido tipo de licenciamento. É dizer que não se teria um “cheque em branco”, porque a sociedade legalmente representada trataria do tema.

Heinen (2022) defende que, aplicado a tais atividades, o LAC tem potencial para alavancar o desenvolvimento e diminuir os custos transacionais, principalmente para novos entrantes no mercado, sem deixar de lidar adequadamente com os riscos ambientais – o que se coaduna com os princípios gerais da Lei de Liberdade Econômica.

3.4 A vedação a medida ou prestação compensatória ou mitigatória abusiva (inciso XI)

O inciso XI do art. 3º da Lei de Liberdade Ambiental atinge diretamente o processo de licenciamento ambiental, principalmente de grandes empreendimentos e obras, ao impedir expressamente exigências compensatórias ou mitigatórias abusivas ou desproporcionais em sede de estudos de impacto. Como explica Rafael Vêras de Freitas,

o inciso comentado interdita que os atos de consentimento de polícia (sejam eles discricionários ou precários) estabeleçam condicionamentos de direitos que imponham, na verdade, sacrifício de direitos não indenizados. Ou que possam importar em atos administrativos maculados pela pecha do desvio de finalidade (nos termos do art. 2º e da Lei nº 4.717/1965). É o que se extrai da sua prescrição principal, que confere aos particulares o direito de lhes “não ser exigida medida ou prestação compensatória ou mitigatória abusiva, em sede de estudos de impacto ou outras liberações de atividade econômica no direito urbanístico, entendidas como aquela que (...)”. Entenda-se por medidas de prestação “compensatória ou mitigatória abusiva” aqueles condicionamentos de direitos previstos em atos de consentimento de polícia (a exemplo de

TEXTO para DISCUSSÃO

licenciamentos ambientais, de licenciamentos urbanísticos, autorizações vinculadas de atividades de relevante interesse público, entre outros), que imponham sacrifício de direitos não indenizáveis ou que sejam lastreados em vícios de finalidade (Freitas, 2019).

O referido dispositivo vai além e elenca um rol de situações abusivas, explicitadas em quatro alíneas:

XI – não ser exigida medida ou prestação compensatória ou mitigatória abusiva, em sede de estudos de impacto ou outras liberações de atividade econômica no direito urbanístico, entendida como aquela que:

a) (VETADO);

b) requeira medida que já era planejada para execução antes da solicitação pelo particular, sem que a atividade econômica altere a demanda para execução da referida medida;

c) utilize-se do particular para realizar execuções que compensem impactos que existiriam independentemente do empreendimento ou da atividade econômica solicitada;

d) requeira a execução ou prestação de qualquer tipo para áreas ou situação além daquelas diretamente impactadas pela atividade econômica; ou

e) mostre-se sem razoabilidade ou desproporcional, inclusive utilizada como meio de coação ou intimidação (Brasil, 2019b).

Essas alíneas permitem questionar, portanto, exigências de medidas e prestações que derivem de deveres já planejados pelo poder público (como a construção de escolas, hospitais ou equipamentos públicos), destinem-se a impactos sem nexo causal com o empreendimento, destinem-se a locais distantes do local de impacto ou se caracterizem como desvio de finalidade. Aqui notamos tanto o reforço de princípios comuns ao ordenamento jurídico brasileiro (como legalidade e razoabilidade) quanto, principalmente, a vedação à transformação do particular – de maneira coercitiva – em responsável pela execução de políticas públicas.

O disposto no inciso XI evidentemente se aplica ao EIA, importante instrumento do qual depende a licença ambiental, de acordo com o art. 3º da Resolução nº 237/1997 do Conama:

art. 3º. 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 (...) (Brasil, 1997).

As medidas e prestações que visam a compensar ou mitigar os riscos e impactos ambientais das atividades econômicas são instrumentos importantes e comumente utilizados pelos órgãos responsáveis pelo licenciamento ambiental. Entretanto, a percepção de que, não raro, os órgãos ambientais fazem exigências que não guardam relação com o objeto do licenciamento – além de fixarem condicionantes com excessiva subjetividade, o que permite exigências desproporcionais e tratamentos diferenciados para situações semelhantes – levou a Procuradoria Federal Especializada junto ao ICMBio a publicar a Orientação Jurídica Normativa (OJN) nº 33/2022 (Paula e Farias, 2022).

A OJN nº 33/2022, aprovada pela Portaria nº 1 da Procuradoria Federal especializada junto ao ICMBio, em 12 de abril de 2022, dispõe sobre os parâmetros jurídicos para a fixação de condicionantes ambientais, incorporando e reafirmando a observância do inciso XI do art. 3º da Lei de Liberdade Econômica. Além disso, dispõe que essas condicionantes “deverão apresentar redação e motivação adequadas, de forma explícita, clara e congruente, e marco temporal de cumprimento e/ou avaliação periódica” (Brasil, 2022), o que resulta em maior segurança jurídica ao empreendimento.

A OJN é um exemplo concreto de aplicação da Lei de Liberdade Econômica e de seus princípios em matéria ambiental, afetando tanto práticas regulatórias quanto o arcabouço normativo que regula a própria atuação estatal. Embora produzida no âmbito do ICMBio, que possui atuação restrita aos processos que envolvem unidades de conservação, a racionalidade da OJN nº 33/2022 é válida para qualquer processo de licenciamento ambiental, justamente por apenas refletir os princípios de liberdade econômica já cristalizados no ordenamento jurídico brasileiro.

3.5 A inexigibilidade de certidão não prevista em lei (inciso XII)

O inciso XII do art. 3º da Lei de Liberdade Econômica veda a exigência de certidão sem previsão expressa em lei, por parte da administração pública direta ou indireta, a pessoas naturais ou jurídicas. O § 11 do mesmo artigo ainda determina ser “ilegal delimitar prazo de validade de certidão emitida sobre fato imutável, inclusive sobre óbito”. Ambos os dispositivos têm a finalidade óbvia de evitar abusos e obstáculos

TEXTO para DISCUSSÃO

burocráticos injustificados por parte da administração, amparando-se nos princípios da boa-fé e da legalidade. Como explica Rodrigo Xavier Leonardo,

a exigência de certidões decorre da ausência de confiança nas informações diretamente prestadas pelos próprios interessados, que necessitam recorrer a uma certificação com fé pública de fatos, atos e situações jurídicas que precisam ser demonstradas ou que demandam eficácia perante terceiros ou oponibilidade. A Lei nº 13.874/19 cria uma restrição ao direito de exigir certidões por parte de órgãos ou entes da administração pública direta e indireta. Essa restrição decorre da presunção de boa-fé dos particulares perante a administração pública. Inverte-se a lógica tradicional nesse âmbito e cria-se a regra de que a exigência de certidões somente será exercitável nas hipóteses determinadas em lei.

(...)

Sob a perspectiva jurídica, o art. 3º, inciso XII, e seu § 11, não contemplam relevante inovação: a administração pública, por força do princípio da legalidade, somente pode exigir do particular aquilo, e somente aquilo, que a lei determina (art. 5º, inciso II, CF). O art. 3º, inciso XII, dá concretude a nada mais do que o princípio da legalidade estrita, que é também aplicável em matéria de certidões. Essa previsão normativa da Lei da Liberdade Econômica, no entanto, serve como um reforço para coibir a eventual exigência abusiva de certidões, sobretudo quando tais demandas correspondem a instrumentos ou meios de sancionamento indireto ou de coação por vias colaterais para a prática de atos diversos daqueles pretendidos ou declarados (Leonardo e Rodrigues Junior, 2019).

Diferentemente do que acontece em relação ao inciso IX e suas regulamentações – cujas ressalvas acabam por garantir a continuidade da aplicação das normas já existentes para o licenciamento –, a aplicação do inciso XI parece afastar o § 1º do art. 10 da Resolução nº 237 de 1997 do Conama:

art. 10 – O procedimento de licenciamento ambiental obedecerá às seguintes etapas:

(...)

§ 1º – No procedimento de licenciamento ambiental deverá constar, obrigatoriamente, a certidão da prefeitura municipal, declarando que o local e o tipo de empreendimento ou atividade estão em conformidade com a legislação aplicável ao uso e ocupação do solo e, quando for o caso, a autorização para

supressão de vegetação e a outorga para o uso da água, emitidas pelos órgãos competentes (Brasil, 1997).

A integração e a simplificação dos diversos procedimentos referentes aos licenciamentos são extremamente necessárias, mas é tarefa que não cabe ao particular, e sim ao próprio aparato estatal que os cria (Paranaíba e Ferro, 2022). Assim, em que pese a conexão dos licenciamentos ambiental e urbanístico, a obrigação criada pelo Conama não está amparada em lei e constitui apenas mais uma etapa burocrática, não a aplicação de um princípio ambiental – prevalecendo, portanto, a aplicação dos princípios da liberdade econômica.

4 AS GARANTIAS DA LIVRE INICIATIVA NA REGULAÇÃO AMBIENTAL

O capítulo III da Lei de Liberdade Econômica, intitulado *Das garantias da livre iniciativa*, é constituído em sua totalidade pelo art. 4º e interage com o direito ambiental ao afetar, principalmente, a atuação dos órgãos reguladores. A subseção 4.1 descreve os principais objetivos do artigo, enquanto a 4.2 discute sua interação com o direito ambiental.

4.1 Deveres do regulador e resultados indevidos da regulação

O art. 4º da Lei de Liberdade Econômica determina que é dever da administração pública evitar o abuso de poder regulatório. Em seus incisos e parágrafos, enumera os resultados indevidos dessa prática e fornece diretrizes gerais para evitá-la. Como explica José Vicente Santos de Mendonça, esse capítulo se destina ao

regulador, ou, mais especificamente, o regulamentador, isto é, o autor de regulamentos ou de enunciados administrativos, seja de qual poder for. É ele quem não deve abusar de seu poder regulatório.

(...)

O desvio de poder regulatório, na forma como tratado pelo art. 4º da Lei nº 13.874/19 e trabalhado pela literatura de direito administrativo, poderia ser definido como a regulamentação da legislação de direito econômico que, mercê de complementá-la, acaba por restringir injustificadamente alguma garantia da liberdade de iniciativa (Mendonça, 2019).

TEXTO para DISCUSSÃO

Em outras palavras, o objetivo é regular o próprio regulador, limitando seu poder para que este não comprometa a livre iniciativa garantida constitucionalmente. Principalmente, seus incisos e parágrafos visam a evitar situações em que a regulação seja utilizada como forma de concessão ou manutenção de privilégios (ainda que de maneira não pretendida). Tais privilégios podem ser tanto diretos (como a criação de reservas de mercado ou de demandas compulsórias) quanto indiretos (exigências técnicas exageradas, custos de transação proibitivos e restrições de publicidade, que dificultam a entrada de novos competidores, nacionais ou estrangeiros, privilegiando agentes econômicos já consolidados no mercado) – constituindo em ambos os casos desvios indesejados, incompatíveis com a própria justificativa da existência da regulação. Como colocam César Mattos e André Maia,

é justamente como um remédio contra esses desvios que o capítulo III da Lei nº 13.784/19 define o que se entende como as “garantias de livre iniciativa” que visam a evitar o novo conceito legal de “abuso de poder regulatório”, uma espécie de “Lei Magna brasileira”, a qual pode ser entendida como um conjunto de medidas de restrição ao poder público de beneficiar grupos de interesses especiais em detrimento da concorrência (Mattos e Maia, 2021, p. 44).

Os mesmos autores enumeram os princípios que uma regulação excessiva, desnecessária ou abusiva pode ferir – citando como exemplo a aplicação de barreiras fitossanitárias injustificadas para fins de protecionismo econômico:

Ademais, a exigência de especificação técnica desnecessária ou abusiva fere os princípios da finalidade, da eficiência, da razoabilidade, da proporcionalidade, da segurança jurídica e da supremacia do interesse público. Dentre muitas razões nefastas, exigências burocráticas supérfluas podem surgir por inépcia da administração ou por desvio de finalidade. Vale dizer, interesses são embaçados com a desculpa da exigência técnica. Por vezes, o interesse de incidir em outras condutas do art. 4º, como impedimento da entrada de novos competidores. Conduta comumente utilizada no comércio internacional é a aplicação de barreiras fitossanitárias aos competidores estrangeiros: puro e simples protecionismo transfigurado em padrões de identidade e qualidade (Mattos e Maia, 2021, p. 48)

Privilégios em geral, ainda que apresentados sob uma roupagem técnica, prejudicam a inovação ao dificultarem a inserção de novos agentes econômicos, produtos, processos e modelos de negócios nos mercados. A importância da inovação, porém, é explicitamente considerada no inciso IV do art. 4º da Lei de Liberdade Econômica. Este determina como indevidos os “enunciados que impeçam ou retardem a inovação

e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco”. A preocupação do legislador neste inciso está alinhada com indícios de que a burocracia regulatória – não apenas no Brasil, mas em vários países – tem desempenhado um papel significativo na desaceleração do crescimento econômico e da inovação (Cowen, 2011).

4.2 Relevância, custos e efetividade da regulação ambiental

A regulação ambiental é especialmente impactante no contexto descrito, uma vez que se aplica a uma ampla gama de atividades e setores econômicos. A imposição de custos adicionais elevados e requisitos técnicos excessivamente rigorosos, ainda que com finalidade de proteção ambiental, pode ser impeditiva para a criação de novas empresas, para a entrada de empresas já existentes em novos mercados ou mesmo para a entrada de empresas internacionais de grande porte dispostas a investir capital no Brasil.

Isso ocorre porque a conformidade com as regulamentações ambientais por si só pode exigir significativo capital inicial, além de aumentar os custos operacionais, dando uma vantagem competitiva a empresas já bem estabelecidas no setor. Além disso, empresas que dominam o mercado há muito tempo podem ter ainda certa capacidade de influenciar o regulador, o que leva à criação de normas que apenas podem ser cumpridas por elas – prática denominada “captura regulatória” (Dal Bó, 2006). Tudo isso cria uma tendência a oligopólios, à concentração de renda nas mãos dos empresários privilegiados e à redução do dinamismo do mercado.

Aqui, como nas situações tratadas em capítulos anteriores, a Lei de Liberdade Econômica não coloca óbice à existência de regulação ambiental nem à aplicação dos princípios de direito ambiental pelo regulador, mas almeja uma regulação cada vez mais efetiva, sintética e objetiva, forçando o regulador a levar em consideração tanto a efetividade quanto efeitos colaterais de sua atuação, de maneira a evitá-los. Alguns dos deveres colocados ao regulador sequer são novos – podem ser deduzidos de princípios já presentes na Constituição e no direito administrativo brasileiro. Chamando atenção para isso, Mendonça (2019), ao comentar o inciso IX do art. 4º da Lei de Liberdade Econômica, chega a dizer que “de afirmar o óbvio não se morre mais em 2019”.

O inciso IV do art. 4º da Lei nº 13.874/2019 constitui um desses deveres bastante óbvios: não impedir ou retardar “a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios”. A obviedade aqui vem do reconhecimento de que a inovação

TEXTO para DISCUSSÃO

é fundamental para conciliar o atendimento das necessidades materiais humanas com a preservação dos ecossistemas – principal objetivo do próprio direito ambiental. Apenas a inovação é capaz de fazer com que uma sociedade produza cada vez mais (serviços, alimentos, medicamentos, roupas, moradias) usando cada vez menos (energia, terra, água, minérios) e gerando cada vez menos resíduos (lixo urbano, lixo industrial, poluição atmosférica, gases-estufa).

É fácil perceber que um emaranhado extenso e complexo de normas ambientais por si só levará a muitos dos efeitos colaterais apontados, ainda que, de forma isolada, cada norma seja razoavelmente simples e efetiva. Mesmo que uma regulação possa ser considerada inofensiva isoladamente, o acúmulo de regulações pode gerar um aumento do custo regulatório geral, que se traduz em custos operacionais desnecessários aos agentes econômicos, barreiras à entrada e perda de dinamismo do setor regulado (Seixas e Saccaro Junior, 2022b, p. 7).

Quando as normas não são efetivas sequer isoladamente, a dificuldade se torna ainda maior. A inefetividade da legislação ambiental é um problema no Brasil e no mundo: uma avaliação global do estado de direito ambiental pela ONU Meio Ambiente aponta que, “apesar de um aumento de 38 vezes da legislação ambiental em vigor desde 1972, a incapacidade de implementar e de fazer cumprir essas leis é um dos maiores desafios para mitigar a mudança do clima, reduzir a poluição e evitar a perda generalizada de espécies e habitats”.⁴

Uma normatização ambiental inefetiva em proteger o meio ambiente, mas extensa e complexa o suficiente para impor custos aos agentes econômicos, é o pior dos mundos e pode se dar por várias razões, conforme defendem Amanda Flávio de Oliveira e Caroline Maciel:

Muitas podem ser as razões a justificar esse resultado. Entre eles, a falta de articulação institucional e a ausência de coerência normativa (seja entre os diferentes campos temáticos normativos ou diferentes níveis federativos) se apresentam. Em um aspecto, entretanto, a profusão normativa tem sido certa: no aumento dos encargos e nos entraves meramente burocráticos à atividade econômica.

4. Disponível em: <https://www.unenvironment.org/pt-br/news-and-stories/press-release/crescem-leis-para-proteger-o-meio-ambiente-mas-ha-falhas-graves-de-implementacao-afirma-novo-relatorio-da-onu>.

Ou seja, desincentiva-se a atividade econômica no país, mas não se obtém preservação ambiental. Esse, sim, é o pior cenário possível na matéria (Oliveira e Maciel, 2019).

Evitar esse cenário parece ser o objetivo da Lei de Liberdade Econômica ao deixar positivados certos deveres ao regulador, explicitando efeitos indevidos a que sua atuação pode levar e forçando-o a levar em conta tanto a efetividade da proteção ambiental quanto os custos e obstáculos aos agentes regulados. O instrumento que permite ao regulador lidar com tudo isso é a Análise de Impacto Regulatório (AIR), tema da próxima seção.

5 ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E SUA APLICAÇÃO A NORMAS AMBIENTAIS

O capítulo IV da Lei de Liberdade Econômica, intitulado *Da Análise de Impacto Regulatório*, é formado apenas pelo art. 5º e seu parágrafo único, consistindo no menor capítulo da lei. Este é o conteúdo, transcrito aqui em sua totalidade:

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

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o *caput* deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada (Brasil, 2019b).

A AIR, embora já viesse sendo adotada como procedimento preparatório à tomada de decisões por alguns entes reguladores setoriais no Brasil (Binenbojm, 2019), ganha *status* legal apenas com a Lei nº 13.848/2019, alguns meses antes da publicação da Lei de Liberdade Econômica. A Lei nº 13.848/2019 dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Segundo seu art. 6º:

art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de

TEXTO para DISCUSSÃO

Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. (Brasil, 2019a).

Dessa forma, o que o art. 5º da Lei de Liberdade Econômica faz é estender a todos os órgãos ou entidades da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, a obrigatoriedade da AIR para a edição e alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, que já valia para as agências reguladoras. Com isso, a obrigação passa a se aplicar a todos os órgãos ambientais federais, bem como a toda a regulação federal relacionada à matéria ambiental.

Os artigos de ambas as leis trazem a necessidade de regulamento, o que se materializa por meio do Decreto nº 10.411/2020. Sua única função é regulamentar a AIR, dispondo sobre o seu conteúdo, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória e as hipóteses em que poderá ser dispensada.

Uma vez apresentados os dispositivos envolvidos, as próximas três seções tratarão da importância da AIR, de sua adoção a nível internacional, de como ela deve ser realizada e de sua aplicação em matéria ambiental.

5.1 O que é e por que realizar a AIR?

A OCDE descreve a AIR como uma abordagem sistêmica para avaliar os efeitos positivos e negativos de regulações propostas ou já existentes, bem como de alternativas não regulatórias, podendo abranger uma gama de diferentes metodologias (OECD, 2009). Ela faz parte de uma cultura administrativa que assume que governos precisam ser capazes de avaliar suas próprias ações, demonstrando sua necessidade e seu impacto positivo sobre a vida dos cidadãos:

Processos de boa governança são importantes para gerenciar a complexidade das políticas e para ajudar os governos a apoiar uma cultura administrativa que seja bem equipada para considerar as consequências das opções políticas e promover as metas econômicas, ambientais e de bem-estar social que atendem aos interesses dos cidadãos.⁵ (OECD, 2009, p. 10).

5. Tradução livre do original em inglês: “Good governance processes are important to manage policy complexity and to assist governments to support an administrative culture that is well equipped to consider the consequences of policy options and to promote the economic, environmental and social welfare goals that serve the interests of citizens.”

O estabelecimento dessa cultura de monitoramento e avaliação “se torna inesca-
pável em qualquer país democrático” à medida que os níveis de intervenção governa-
mental aumentam (Seixas e Saccaro Junior, 2022b, p. 23). O crescimento do estado
de bem-estar social, que ocorre desde o início do século XX e que impactou muito a
CF/1988, obviamente gerou um aumento dessa intervenção, seja em termos da
parcela da produção nacional arrecadada em impostos, seja em termos de regulação
da atividade econômica.

Em relação às intervenções regulatórias, Fernando Meneguín explica que
todas trazem

efeitos colaterais ou *trade-offs*; no entanto, a boa regulação potencializa os
ganhos esperados e diminui os efeitos indesejados. Com essa perspectiva é
que se demonstra a utilidade da AIR. Essa ferramenta é um instrumento de
tomada de decisão que ajuda os formuladores de políticas públicas a desenhar
as ações governamentais com base em critérios sólidos, fundamentados em
evidências (*evidence-based*), voltadas para o atingimento de seus objetivos
(Meneguín, 2021, p. 280).

O que a Lei de Liberdade Econômica pretende ao tornar obrigatória a AIR, portanto,
é principalmente evitar tais efeitos indesejados ou contraproducentes:

Assim, as regulações destinadas a corrigir falhas tanto podem ser eficientes
na redução dos problemas quanto podem introduzir distorções adicionais na
economia e na sociedade. A Análise de Impacto Regulatório contribui para que
as escolhas sejam no sentido de melhoria do bem-estar social, propiciando um
arcabouço jurídico mais eficiente e efetivo (Meneguín, 2021, p. 287).

Por isso, como observam Caroline Maciel e Amanda Flávio de Oliveira,

independentemente de opção político-ideológica governamental, procedimentos
de avaliação de impacto são institucionalizados em diversos países do
mundo enquanto etapa obrigatória do processo legislativo. Desenvolvem-se,
substancialmente, em muitos países democráticos, as técnicas de legística, que,
a seu turno, propõem o combate à inflação legislativa, assim como a observância
de um método para repensar a produção legislativa e aumentar a sua qualidade.
Trata-se, portanto, de refletir sobre a elaboração e o impacto da lei, propondo uma
série de práticas e medidas a serem tomadas para se promover a simplificação
e o planejamento legislativos (Maciel e Oliveira, 2018).

TEXTO para DISCUSSÃO

As autoras também citam exemplos internacionais de iniciativas governamentais de simplificação normativa ocorridas em vários momentos, sob governos diferentes:

Nas décadas de 1980 e 1990, propagaram-se políticas de boa legislação, em especial no cenário europeu, baseadas em duas vertentes: i) reforma do direito vigente, o que significou a revogação de inúmeros atos normativos obsoletos, desnecessários ou burocratizantes; ii) avaliação e planejamento prévios, concomitantes e posteriores à aprovação de novas leis. No Reino Unido, por exemplo, buscou-se a simplificação legislativa a partir da aprovação do *Deregulation and Contracting Out Act*, de 1994, e desde 2010 através do programa *Red Tape Challenge*, que se baseia na colaboração entre sociedade, empresariado e governo para a revogação de regulações desnecessárias. Quanto à avaliação, adotam o *Regulatory Impact Assessment (RIA)*, com práticas *ex ante* e *ex post*, desde 1998 (Maciel e Oliveira, 2018).

No Brasil, a necessidade de iniciativas para simplificação e redução do estoque regulatório é evidenciada pelo pronunciado aumento da quantidade de normas nas últimas décadas. Valle *et al.* (2022) produziram uma plataforma (RegBR) capaz de aplicar diferentes métricas para avaliar o estoque regulatório brasileiro. Construída a partir das rotinas automatizadas extrair, transformar e carregar (*extract, transform and load* – ETL) e processada com técnicas de mineração de dados e aprendizado de máquina, a plataforma RegBR mostrou uma grande ampliação desse estoque nas últimas décadas, com o número de atos normativos aumentando desde 1950, o que se torna especialmente pronunciado a partir do final da década de 1990 (coincidindo com a criação de várias agências reguladoras).

Pode-se mencionar ainda um levantamento do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT), com metodologia menos sofisticada, que concluiu que “ao completar 34 anos da CF/1988, a legislação brasileira é complexa, confusa e de difícil interpretação”. O levantamento constatou que, desde 5 de outubro de 1988 (data da promulgação da CF) até 30 de setembro de 2022, foram editadas no Brasil mais 7,1 milhões de normas, o que representaria 575 normas editadas todos os dias ou 829 normas editadas por dia útil (Amaral *et al.*, 2022).

Um emaranhado normativo de tal magnitude certamente não contribui para sua própria aplicabilidade e previsibilidade. Nesse contexto, considerar alternativas não regulatórias e autorregulatórias, ou mesmo que o Estado simplesmente não deva atuar para a solução de determinado problema, não significa negar que ele exista, mas sim

reconhecer que há tanto falhas de mercado quanto falhas de regulação e que estas podem ser piores que aquelas, a depender da situação. Por isso,

enquanto a regulação costuma ser justificada a partir das falhas de mercado, a AIR se justifica como antídoto ou corretivo contra as chamadas falhas de regulação, assim entendidas como medidas regulatórias inaptas a promover os fins determinados pelo ordenamento jurídico, as quais acabam por gerar efeitos indesejados ou mesmo contraproducentes para a sociedade (Binenbojm, 2019).

O conceito de falha de governo – em oposição à falha de mercado que as regulações econômicas obviamente procuram resolver – é um dos principais temas de estudo da escola de economia conhecida como Public Choice, ou Teoria da Escolha Pública. Há muito tempo, seus trabalhos vêm mostrando como a atuação estatal pode falhar em alcançar seus objetivos e em satisfazer as necessidades da sociedade. As razões incluem informação assimétrica (quando reguladores têm informações limitadas, incompletas ou enviesadas), captura regulatória (quando grupos de interesse conseguem influenciar o processo regulatório de forma a promover seus próprios interesses em detrimento do interesse público), *rent seeking* (busca de renda ou benefícios especiais por meio da influência política), burocracia (quando propensa a ineficiências, falta de responsabilidade e resistência à mudança), aumento dos custos de transação (não apenas monetários, mas também custos de tempo e esforço psicológico), entre outras (Tullock, Seldon e Brady, 2002).

Se a falha de governo pode ocorrer tanto pela geração de efeitos colaterais de uma regulação como pelo acúmulo exagerado de regulações, não se pode negar a necessidade de um processo efetivo e transparente da AIR. Seguindo a racionalidade já discutida no capítulo III da Lei de Liberdade Econômica, deve-se sem dúvida concordar com José Vicente Santos de Mendonça:

O primeiro abuso de poder regulatório é, portanto, o de regulamentar sem indicar, com algum nível de certeza, que os benefícios esperados superam o aumento dos custos de transação igualmente esperados (Mendonça, 2019).

Mais que o aumento dos custos de transação, esse “nível de certeza” razoável deve se estender também outras variáveis e riscos, sempre que possível mensuráveis por indicadores concretos, como será apresentado na próxima subseção.

5.2 O Decreto nº 10.411/2020 e a execução da AIR

O art. 2º, inciso I, do Decreto nº 10.411/2020 define a AIR como o

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

O art. 3º, *caput*, por sua vez, deixa claro que a AIR precederá “a edição, a alteração ou a revogação de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, por órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional” (Brasil, 2020).

Já o art. 4º e seus incisos elencam hipóteses de dispensa de análise, “desde que haja decisão fundamentada do órgão ou da entidade competente”. Fica evidente que o ônus de explicar o porquê da edição de uma regulação sem análise prévia caberá ao próprio órgão regulador. O § 1º do mesmo artigo coloca ainda que, nas hipóteses de dispensa, deverá ser elaborada “nota técnica ou documento equivalente que fundamente a proposta de edição ou de alteração do ato normativo” (Brasil, 2020).

Uma vez que o órgão regulador, identificado um problema regulatório, opte por agir, a AIR será iniciada (art. 5º). Sua conclusão se dará por meio de um relatório, que obrigatoriamente deve conter uma série de requisitos, como a identificação do problema, dos agentes econômicos envolvidos, fundamentação legal, objetivos, alternativas, impactos, participação social, experiência internacional, riscos e estratégias (art. 6º).

Nesse ponto, fica claro que a execução de uma AIR deve partir de alguns questionamentos básicos:

Do ponto de vista executivo, a AIR se propõe a examinar a qualidade de uma norma regulatória em potencial, partindo de alguns pressupostos básicos, tais como: qual o problema existente? Esse problema demanda alguma intervenção governamental? Quais são as alternativas (regulatórias e não regulatórias) disponíveis? Sendo implementada a norma regulatória, quais são as consequências, desejáveis e indesejáveis, possíveis? O intuito é exatamente subsidiar o processo de tomada de decisão do agente responsável por formular determinada medida regulatória, sobretudo porque na maioria dos casos está-se diante de ambientes de incerteza e informação limitada (Seixas e Saccaro Junior, 2022b, p. 18).

Encerrando a parte relativa à AIR em si, o decreto também enumera um rol não taxativo de metodologias que podem ser utilizadas (art. 7º), devendo a escolha de uma delas ou de outra não prevista no decreto ser justificada pelo órgão ou entidade competente. É interessante que haja essa liberdade por parte do órgão, pois, nos diversos setores regulados e dentro das diversas matérias regulatórias, existe um número indefinido de problemas possíveis, para os quais muitas vezes devem ser adaptadas metodologias específicas.

O relatório, uma vez realizado, permite tanto ao órgão regulador quanto aos agentes econômicos (e à sociedade em geral) compreender de maneira mais aprofundada o porquê da medida regulatória, a maneira como ela funcionará e a metodologia de análise. Por isso, os artigos seguintes do decreto (do 8º até o 11) tratarão da participação social e consultas públicas.

Os arts. 12 e 13 tratam da aplicação da Avaliação de Resultado Regulatório (ARR), definida anteriormente pelo inciso III do art. 2º como a “verificação dos efeitos decorrentes da edição de ato normativo, considerados o alcance dos objetivos originalmente pretendidos e os demais impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação”. O art. 12 exige que atos normativos dispensados da AIR em razão de urgência sejam objeto de ARR no prazo máximo de três anos, a contar da data de entrada em vigor. O art. 13, por sua vez, exige que sejam implementadas estratégias para integrar também a ARR à atividade de elaboração normativa “com vistas a, de forma isolada ou em conjunto, proceder à verificação dos efeitos obtidos pelos atos normativos” (Brasil, 2020).

Pode-se concluir que, enquanto a AIR se caracteriza por uma situação *ex ante*, a ARR trata de uma situação *ex post*:

Instrumentos similares no que diz respeito à estrutura, ao escopo e à abordagem metodológica, a AIR e a ARR possuem como principal critério distintivo o momento no qual são adotadas, isto é, variam do ponto de vista temporal/cronológico: a primeira é realizada previamente à criação de uma norma regulatória, avaliando seus potenciais efeitos, custos e benefícios; e a segunda averigua, após a criação da norma, seus efeitos, inclusive do ponto de vista da eficácia (ou ineficácia), incluindo consequências indesejáveis (Seixas e Saccaro Junior, 2022b, p. 16).

Diferente de outros ramos do direito (como o penal, por exemplo), nos quais se pode falar em normas de conduta moral ou de um dever-ser independente do resultado da norma, uma medida de direito regulatório só faz sentido se for capaz de produzir seu

TEXTO para DISCUSSÃO

objetivo. Assim, não há por que manter uma norma regulatória se ela resultar em uma situação pior que aquela que havia antes. A aplicação da ARR é o instrumento capaz de identificar situações assim.

De maneira ideal, uma medida regulatória deveria ser avaliada tanto *ex ante* quanto *ex post*. Para uma real e adequada conexão desses dois momentos, é fundamental que sejam utilizadas metodologias comparáveis e que haja indicadores disponíveis desde o início (como discutido na próxima subseção, isso se aplica especialmente à regulação ambiental). Além disso, espera-se que desde o início estejam previstos os resultados mínimos (mensurados pelos indicadores) a que se deve chegar para que a intervenção seja considerada satisfatória. Caso o mínimo não seja atingido ou os efeitos colaterais sejam excessivos, idealmente deveriam estar previstos os procedimentos para adequação ou, no limite, a extinção da medida regulatória.

Os artigos finais do decreto fornecem orientações gerais de operacionalização e transição aos órgãos reguladores para a adoção da AIR. Vale mencionar, no entanto, o art. 21, segundo o qual “a inobservância ao disposto neste decreto não constitui escusa válida para o descumprimento da norma editada nem acarreta a invalidade da norma editada”. Ou seja, o próprio decreto impede que suas determinações sejam utilizadas para enfraquecer o poder regulatório dos órgãos competentes.

5.3 Aplicação da AIR à matéria ambiental

Tanto a Lei de Liberdade Econômica quanto o Decreto nº 10.411/2020 tornam a AIR obrigatória somente para entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional (o que inclui ministérios, agências reguladoras, fundações públicas etc.). Tais órgãos não possuem a prerrogativa de editar leis em sentido formal, mas sim atos infralegais, como decretos, portarias, instruções normativas, resoluções, entre outros. É importante lembrar também que, de acordo com o art. 24 da CF e seu inciso VI, “compete à União, aos estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição” – ou seja, boa parte da normatização ambiental no Brasil está de fora da obrigatoriedade de AIR imposta pela Lei de Liberdade Econômica.

Sobre isso, é importante perceber, em primeiro lugar, que nada impede que as metodologias de avaliação sejam aplicadas antes da modificação e da criação de instrumentos legais, em especial quando for possível desenvolver avaliação de impacto

legislativo. Pelo contrário, iniciativas neste sentido estariam alinhadas a uma busca por maior racionalização dos processos de tomada de decisão. De fato, a AIR e a avaliação de impacto legislativo estão estreitamente relacionadas à chamada avaliação de políticas públicas. Todas elas buscam avaliar a intervenção estatal e compartilham um ferramental bastante semelhante:

Monitoramento e avaliação, políticas públicas baseadas em evidências, análise (ou avaliação) de impacto, análise custo-benefício. Nas últimas décadas, tais expressões têm sido incorporadas na gramática das ciências sociais aplicadas, seja no âmbito da formulação de políticas públicas, de criação de normas regulatórias, programas sociais, ou tantas outras iniciativas na esfera pública. Entre seus propósitos está tornar mais eficazes e racionais os processos de tomada de decisão e implantação de diferentes políticas (sociais, econômicas, regulatórias etc.) (Seixas e Saccaro Junior, 2022b, p. 15).

Em segundo lugar, já é possível identificar uma tendência à criação de “leis de liberdade econômica” por estados e municípios, que incorporam os princípios e fundamentos da Lei de Liberdade Econômica federal. Esses entes federativos podem também tender a tornar obrigatória a realização de AIRs em situações que envolvam a criação ou alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários de serviços prestados.

Nesse sentido, um levantamento do Instituto Liberal de São Paulo (Ilisp), no âmbito do projeto Liberdade para Trabalhar, mapeou todos os estados brasileiros e as cidades brasileiras com mais de 5 mil habitantes (4.310 no total) em relação à aprovação de decretos ou leis de liberdade econômica. Os dados mostram que quinze estados (São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Paraná, Rio Grande do Sul, Pernambuco, Pará, Santa Catarina, Espírito Santo, Mato Grosso, Alagoas, Mato Grosso do Sul, Acre, Roraima, Piauí) e o Distrito Federal, além de 816 cidades (cerca de 18% do total mapeado) já aprovaram seu respectivo decreto ou lei. Quando são consideradas apenas as capitais, a aprovação aconteceu em 81%.⁶

Órgãos avaliadores de políticas públicas podem, inclusive, funcionar como avaliadores externos ou como apoio técnico a órgãos reguladores federais, estaduais e municipais. O mesmo pode se aplicar a grupos de pesquisa em universidades. Acordos de cooperação técnica e científica com a finalidade de avaliar as mais diversas políticas governamentais podem ser realizados por entidades da administração pública entre si

6. Disponível em: <https://liberdadeparatrabalhar.com.br/>.

TEXTO para DISCUSSÃO

ou com entidades privadas (de acordo com a Lei nº 13.019/2014), não havendo nenhum óbice quanto ao fato de essas cooperações serem realizadas com o objetivo de obter uma AIR ou ARR de normas específicas. Esta seria uma forma de envolver os grupos de pesquisa existentes nas mais diversas áreas – entre elas, a ambiental – em pesquisas aplicadas, além de contribuir para a promoção da transparência das avaliações. É importante frisar, porém, que, embora a participação de órgãos externos seja benéfica, o regulador não deve depender exclusivamente dela: se há competência técnica para regular, necessariamente há competência técnica para a realização da AIR.

Outra possibilidade a ser testada seria o desenvolvimento de experiências de *sandbox* regulatório em matéria ambiental. A ideia de *sandbox* regulatório é comumente aplicada a iniciativas voltadas à inovação, à competitividade e a novas tecnologias, mas também poderia ser usada para testar regulações ambientais – ou a ausência delas – em ambientes “controlados” (como uma cidade, uma unidade de conservação ou uma área delimitada), por um determinado período de tempo, a fim de compreender seu funcionamento, seus efeitos colaterais e sua eficácia antes de expandi-las para âmbitos maiores. Após o período de testes, a regulação (ou desregulação) pode ser continuada ou não e ampliada ou não para outras regiões.

Em razão da competência em matéria ambiental conferida à União e aos estados/Distrito Federal de maneira concorrente, é provável que haja, além de uma grande quantidade de normas de regulação ambiental, situações que envolvem normas conflitantes (tanto em termos de coerência e isonomia quanto em termos de conflitos de competência entre os entes federativos). Em um cenário desse tipo, é difícil, tanto para o regulado quanto para o próprio regulador, conhecer a exata dimensão quantitativa das normas vigentes, o que obviamente dificulta a compreensão, o cumprimento, o monitoramento e a avaliação em matéria ambiental. Uma avaliação nos moldes da ARR, aplicada de maneira abrangente, seria o primeiro passo para possibilitar a eliminação de regulações que se sobrepõem ou que já não têm mais efeito prático. Estaria ainda em linha com as iniciativas internacionais de redução do estoque regulatório descritas na subseção 4.1, aumentando a competitividade brasileira.

Uma crítica comum à AIR que pode ser especialmente aplicável em caso de matéria ambiental é a dificuldade de precificação, relativamente comum no caso de recursos naturais. Como explica Gustavo Binenbojm:

A AIR é muito criticada, sobretudo quando se utiliza da metodologia da análise de custo-benefício (ACB). As principais críticas se referem à dificuldade em

monetizar bens preciosos, como a vida e a saúde – “*pricing the priceless*”, como sintetizaram Frank Ackerman e Liza Heinzerling. Com efeito, a incomensurabilidade de alguns bens e a incomparabilidade entre grandezas muito distintas nos leva à necessidade de juízos subjetivos que estabeleçam prioridades em lugar do mero sopesamento quantitativo (Binenbojm, 2019).

Essa dificuldade por si só não é nem de longe suficiente para afastar a necessidade de AIR de normas ambientais, uma vez que as metodologias baseadas em avaliações custo-benefício não são as únicas disponíveis nem abrangem, como mostrado na subseção anterior, todas as perguntas a serem respondidas pelos proponentes de uma intervenção regulatória. Juízos subjetivos sempre devem estar acompanhados de justificativas plausíveis para a obtenção do resultado pretendido, ainda que baseadas em argumentos qualitativos.

Além disso, se a precificação monetária de recursos naturais pode se mostrar difícil em algumas situações, o mesmo não se pode dizer sobre a utilização de indicadores ambientais. As variáveis ambientais que se quer manter ou reduzir (como biodiversidade, concentração de poluentes, cobertura vegetal, populações animais, entre outras) são mais facilmente passíveis de mensuração do que muitas variáveis sociais ou mesmo econômicas, contando com uma série de órgãos especializados e metodologias bem estabelecidas com resultados comparáveis. Por isso, é fundamental que as intervenções regulatórias ambientais apresentem indicadores *ex ante* (na AIR) que possibilitem uma adequada avaliação *ex post* (na ARR).

Por fim, é no contexto da AIR que se torna mais evidente, no direito ambiental, a necessidade de aplicação do princípio da intervenção subsidiária e excepcional do Estado, presente nas disposições gerais da Lei de Liberdade Econômica. Entendida como um vetor de cuidado e racionalização, como colocam André Cyrino e Pedro Sutter no trecho a seguir, a subsidiariedade não conflita com nenhum dos princípios do direito ambiental, tampouco com o tratamento adequado das externalidades ambientais:

É assim que entendemos que a subsidiariedade deva ser lida como um vetor de cuidado e racionalização da intervenção estatal. Trata-se de um dever de comedimento e consideração pela liberdade humana como algo tutelado pela constituição ao lado de inúmeros outros indicadores normativos de viés intervencionista – mas nem por isso, *a priori*, mais importantes (Cyrino e Sutter, 2021, p. 115).

TEXTO para DISCUSSÃO

O princípio da natureza pública da preservação ambiental não deve se confundir com uma obrigação de protagonismo da coerção estatal. Pelo contrário, a consideração pela liberdade humana, além de seu valor intrínseco, é fundamental para a construção de uma regulação ambiental realmente efetiva, baseada em flexibilidade, agilidade, previsibilidade e desimpedimento à experimentação e à inovação. A percepção de que existem tanto falhas de governo quanto falhas de mercado deveria despertar um sentimento de autocontenção no regulador ambiental, ao mesmo tempo que lhe impõe o dever de encarar os riscos e custos de sua atuação com, no mínimo, a mesma seriedade e atenção com que encara as externalidades ambientais das atividades privadas.

6 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, foram identificados dispositivos da Lei nº 13.874/19 – Lei de Liberdade Econômica – que tanto impactam quanto são impactados pelas normas brasileiras de direito ambiental. Alguns deles reconhecem explicitamente a importância da preservação ambiental e sua inevitável relação com o desenvolvimento econômico, em consonância com a CF/1988 e com os marcos regulatórios ambientais brasileiros.

A análise mostrou que tais dispositivos buscam principalmente evitar um cenário de estagnação e inefetividade regulatória – em que a atividade econômica é desincentivada, mas não se obtém preservação ambiental. Sem enfraquecer a aplicação do direito ambiental, eles buscam afastar interpretações que: i) desincentivem a iniciativa privada; ii) restrinjam a livre concorrência; iii) reduzam a previsibilidade jurídica; iv) permitam excessiva subjetividade ou mesmo arbitrariedade do poder público em relação ao particular; v) gerem ineficiência e falta de transparência regulatórias; e vi) prejudiquem a inovação e a modernização. Como foi discutido, tudo isso é necessário para a correta aplicação de muitos dos próprios princípios do direito ambiental e para a concretização de seu maior objetivo, o desenvolvimento sustentável.

Além disso, foram identificados diversos mecanismos – seja na própria Lei de Liberdade Econômica, seja em seus regulamentos – de moderação das exigências em relação à matéria ambiental. Tais mecanismos mostram um tratamento diferenciado, preponderância da legislação ambiental e preocupação do legislador em equilibrar os princípios de liberdade econômica e os princípios ambientais presentes no ordenamento jurídico.

Dessa forma, a legislação ambiental propriamente dita não é afetada (diferentemente do que ocorre com outros ramos do direito, como o civil). Apenas são

afetadas a regulação ambiental e as normas ambientais infralegais, nas situações em que estas não considerem os princípios de liberdade econômica. Não se vislumbra conflito de princípios, tampouco a criação de algum risco ambiental, em um cenário onde: i) cabe ao poder público o ônus de justificar à sociedade por que determinada atividade é considerada de risco ambiental moderado ou alto e, portanto, passível de maiores burocracia e restrições *a priori*; ii) são vedadas exigências sem relação direta com o objeto da regulação; iii) é um dever do próprio Estado e de seu aparato regulatório ser coerente e integrado; iv) a regulação não é um fim em si mesma, nem pode constituir mero constrangimento injustificado da atividade econômica, devendo ser sempre associada a objetivos concretos e mensuráveis; v) tanto falhas de governo quanto falhas de mercado (externalidades) são levadas em consideração; e vi) são aplicados mecanismos para avaliação transparente dos impactos e resultados da regulação ambiental.

Ao mesmo tempo, depreende-se da análise que a incumbência constitucional do poder público de garantir o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado não se confunde com o protagonismo da coerção estatal. Pelo contrário, os trabalhos consagrados de teoria econômica apresentados mostram que a canalização dos esforços individuais é imprescindível à superação dos desafios socioambientais e ocorre em um cenário em que a iniciativa privada é protagonista e a coerção estatal tem papel coadjuvante. Esse é exatamente o cenário amparado pela CF/1988, que logo em seu início coloca a livre iniciativa como princípio fundamental da República, além de fundamento da ordem econômica. Os dispositivos analisados da Lei de Liberdade Econômica contribuem para o reforço dessa opção constitucional e tentam fornecer alguns instrumentos para sua melhor operacionalização.

Dessa forma, pode-se concluir que a Lei de Liberdade Econômica é capaz de conciliar princípios de liberdade econômica e de direito ambiental, contribuindo para um melhor equilíbrio na busca pelo desenvolvimento socioeconômico sustentável. Sua aplicação pode ajudar a criar um cenário de liberdade e segurança jurídica capaz de levar a mais eficiência no uso dos recursos naturais; ao florescimento da inovação (tanto tecnológica quanto gerencial); ao aumento do empreendedorismo para resolução dos problemas e atendimento das necessidades humanas; e a uma regulação ambiental orientada a resultados, flexível o suficiente para conviver com o dinamismo do século XXI.

REFERÊNCIAS

AMARAL, G. L. *et al.* **Quantidade de normas editadas no Brasil**: 34 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: IBPT, 2022.

BINENBOJM, G. Art. 5º: Análise de Impacto Regulatório. *In*: MARQUES NETO, F. P.; RODRIGUES JÚNIOR, O. L.; LEONARDO, R. X. (Coord.). **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**: Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 2 set. 1981.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Resolução Conama nº 237, de 19 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 dez. 1997.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 fev. 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 20 maio 2023.

_____. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 jun. 2019a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm. Acesso em: 20 maio 2023.

_____. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 set. 2019b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 20 maio 2023.

_____. Decreto nº 10.178, de 18 de dezembro de 2019. Regulamenta dispositivos da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, para dispor sobre os critérios e os procedimentos para a classificação de risco de atividade econômica e para fixar o prazo para aprovação tácita e altera o Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017, para incluir elementos na Carta de Serviços ao Usuário. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 dez. 2019c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10178.htm. Acesso em: 20 maio 2023.

_____. Medida Provisória nº 915, de 27 de dezembro de 2019. Aprimora os procedimentos de gestão e alienação dos imóveis da União. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 dez. 2019d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv915.htm. Acesso em: 20 maio 2023.

_____. Decreto nº 10.411 de 30 de junho de 2020. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1 jul. 2020. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm. Acesso em: 20 maio 2023.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **A atuação do Ministério Público na defesa do meio ambiente**: abordagem prática e resolutiva. Brasília: CNMP, 2021.

_____. Ministério do Meio Ambiente. Portaria nº 1, de 12 de abril de 2022. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 abr. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/icmbio/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/procuradoria-federal-especializada/instrucoes-normativas/ojn-no-33-sobre-parametros-juridicos-para-a-fixacao-de-condicionantes-ambientais-pelo-instituto-icmbio-3.pdf/view>. Acesso em: 20 maio 2023.

COASE, R. H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44. Chicago: University of Chicago Press, 1960.

COWEN, T. **The great stagnation**: how America ate all the low-hanging fruit of modern history, got sick, and will (eventually) feel better. New York: Dutton Adult, 2011.

CYRINO, A. Atos de liberação. In: MARQUES NETO, F. P.; RODRIGUES JÚNIOR, O. L.; LEONARDO, R. X. (Coord.). **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**: Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CYRINO, A.; SUTTER, P. O princípio da subsidiariedade, a Lei de Liberdade Econômica e a Constituição. In: OLIVEIRA, A. F. (Org.). **Lei de Liberdade Econômica e o ordenamento jurídico brasileiro**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

DAL BÓ, E. Regulatory capture: a review. **Oxford Review of Economic Policy**, v. 22, n. 2, p. 203-225, 2006.

FARIAS, T. Análise dos efeitos da Lei de Liberdade Econômica no licenciamento ambiental. **Conjur**. 25 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-25/ambiente-juridico-efeitos-lei-liberdade-economica-licenciamento-ambiental/>. Acesso em: 10 dez. 2023.

FREITAS, R. V. Proporcionalidade das medidas compensatórias e mitigatórias. In: MARQUES NETO, F. P.; RODRIGUES JÚNIOR, O. L.; LEONARDO, R. X. (Coord.).

TEXTO para DISCUSSÃO

Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

HEINEN, J. **Licenciamento por adesão e compromisso:** regulação para a sustentabilidade ambiental e econômica. Brasília: Enap, 2022. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/7243>. Acesso em: 20 set. 2023.

LEONARDO, R. X.; RODRIGUES JR, O. L. A dispensa de certidão: art. 3º, XII e § 11. *In*: MARQUES NETO, F. P.; RODRIGUES JÚNIOR, O. L.; LEONARDO, R. X. (Coord.). **Comentários à Lei de Liberdade Econômica:** Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LORENZON, G. A formatação da Lei de Liberdade Econômica como parte de política pública. *In*: OLIVEIRA, A. F. (Org.). **Lei de Liberdade Econômica e o ordenamento jurídico brasileiro.** 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

MACIEL, C. S. F. S.; OLIVEIRA, A. F. Para cada problema uma lei. **Jota**, 27 set. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/para-cada-problema-uma-lei-27092018>. Acesso em: 15 abr. 2023.

MATTOS, C.; MAIA, A. Liberdade econômica, princípios constitucionais e promoção do bem-estar social. *In*: OLIVEIRA, A. F. (Org.). **Lei de Liberdade Econômica e o ordenamento jurídico brasileiro.** 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

MENDONÇA, J. V. S. Art. 4º: requisitos para a regulação pública. *In*: MARQUES NETO, F. P.; RODRIGUES JÚNIOR, O. L.; LEONARDO, R. X. (Coord.). **Comentários à Lei de Liberdade Econômica:** Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MENEGUIN, F. B. Lei de Liberdade Econômica e reflexos no direito regulatório: a análise de impacto regulatório. *In*: OLIVEIRA, A. F. (Org.). **Lei de Liberdade Econômica e o ordenamento jurídico brasileiro.** 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

MILARÉ, E. **Direito do ambiente.** 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 255-256.

MIRRA, A. L. V. Princípios fundamentais do direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 2, p. 53, 1996.

NIEBUHR, P. A isenção de licenciamento e a aprovação tácita previstas na Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica: reflexos na administração ambiental e urbanística. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 3, p. 249-272, 2019.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Regulatory impact analysis: a tool for policy coherence.** Paris: OECD, 2009. (OECD Reviews of Regulatory Reform).

_____. **National risk assessments:** a cross country perspective. Paris: OECD, 2017.

OLIVEIRA, A. F. Liberdade econômica e Constituição de 1988. *In*: OLIVEIRA, A. F. (Org.). **Lei de Liberdade Econômica e o ordenamento jurídico brasileiro.** 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

OLIVEIRA, A. F.; MACIEL, C. S. F. S. O meio ambiente e a economia em chamas. **Jota**, 12 set. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-meio-ambiente-e-a-economia-em-chamas-12092019>. Acesso em: 15 abr. 2023.

OSTROM, E. A behavioral approach to rational choice theory of collective action. **American Political Science Review**, v. 92, n. 1, p. 1-22, 1998.

PARANAÍBA, A. C.; FERRO, F. P. Licenciamento urbanístico integrado no Brasil: um futuro atrasado. **Boletim Regional, Urbano e Ambiental**, n. 27, p. 95-106, 2022.

PAULA, F. R.; FARIAS, T. Parâmetros jurídicos para fixação de condicionantes ambientais. **Anafe**, 2 maio 2022. Disponível em: <https://anafenacional.org.br/ambiente-juridico-parametros-juridicos-para-fixacao-de-condicionantes-ambientais/>.

RIDLEY, M. **How innovation works:** and why it flourishes in freedom. [s.l.]: Harper, 2020.

SEIXAS, L. F. M.; SACCARO JUNIOR, N. L. **O licenciamento como instrumento de regulação ambiental:** desafios, propostas e perspectivas. Brasília: Ipea, 2022a. (Texto para Discussão, n. 2808).

_____. **Metodologias de avaliação e análise de impacto:** abordagens e aplicações no âmbito da regulação urbana. Brasília: Ipea, 2022b. (Texto para Discussão, n. 2771).

TULLOCK, G.; SELDON, A.; BRADY, G. L. **Government failure:** a primer in public choice. Washington: Catho Institute, 2002.

VALLE, L. M. *et al.* RegBR: A novel Brazilian government framework to classify and analyze industry-specific regulations. **PLoS ONE**, v. 17, n. 9, p. e0275282, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0275282>.

EDITORIAL

Coordenação

Aeromilson Trajano de Mesquita

Assistentes da Coordenação

Rafael Augusto Ferreira Cardoso

Samuel Elias de Souza

Supervisão

Aline Cristine Torres da Silva Martins

Revisão

Bruna Neves de Souza da Cruz

Bruna Oliveira Ranquine da Rocha

Carlos Eduardo Gonçalves de Melo

Crislayne Andrade de Araújo

Elaine Oliveira Couto

Luciana Bastos Dias

Rebeca Raimundo Cardoso dos Santos

Vivian Barros Volotão Santos

Deborah Baldino Marte (estagiária)

Maria Eduarda Mendes Laguardia (estagiária)

Editoração

Aline Cristine Torres da Silva Martins

Leonardo Simão Lago Alvite

Matheus Manhoni de Paula Alves

Mayara Barros da Mota

Capa

Aline Cristine Torres da Silva Martins

Projeto Gráfico

Aline Cristine Torres da Silva Martins

The manuscripts in languages other than Portuguese
published herein have not been proofread.

Missão do Ipea
Aprimorar as políticas públicas essenciais ao desenvolvimento brasileiro
por meio da produção e disseminação de conhecimentos e da assessoria
ao Estado nas suas decisões estratégicas.



ipea Instituto de Pesquisa
Econômica Aplicada

MINISTÉRIO DO
PLANEJAMENTO
E ORÇAMENTO

