

AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA (AAE), LICENCIAMENTO AMBIENTAL E AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

*STRATEGIC ENVIRONMENTAL ASSESSMENT (SEA),
ENVIRONMENTAL LICENSING AND JUDICIAL SELF-RESTRAINT*

Eduardo Fortunato Bim

Procurador Federal

Mestre em Direito pela Unimep

doutorando em Direito do Estado pela USP

SUMÁRIO: Introdução; 1 A exigência da AAE como requisito para o licenciamento estatal; 2 A mensuração de impactos cumulativos e sinérgicos no estudo de impacto ambiental: ausência de exclusividade da AAE para tal mister; 2.1 A excessiva confiança na Avaliação Ambiental Estratégica; 2.2 O argumento da relação entre as partes e o todo; 2.3 A desnecessidade do Zoneamento Ecológico-Econômico para a licença ambiental; 3 A AAE

como espécie da avaliação de impacto ambiental (AIA): possibilidade de criação por ato infralegal? Por quem?; 3.1 A situação da AAE nos EUA e a diferença com a possibilidade regulatória brasileira; 3.2 A impossibilidade de se exigir a AAE como ato impositivo baseado na mera discricionariedade técnica do órgão ambiental; 4 Autocontenção judicial no procedimento administrativo de licenciamento ambiental: impossibilidade de se exigir a AAE; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Existente em vários países, a avaliação ambiental estratégica (AAE) tem sido exigida como requisito para o licenciamento ambiental de alguns empreendimentos, especialmente os hidrelétricos. Neste artigo, essa exigência é analisada sob três aspectos: da não exclusividade da AAE para medir impactos cumulativos e sinérgicos, da necessidade de lei para estabelecer a AAE como requisito do licenciamento ambiental e, por fim, da autocontenção judicial para impô-la.

PALAVRAS-CHAVE: Avaliação Ambiental Estratégica. Avaliação Ambiental Integrada. Avaliação de Sustentabilidade. Licenciamento Ambiental. Autocontenção Judicial.

ABSTRACT: Existing in various countries, strategic environmental assessment (SEA) has been demanded as a requirement for the environmental licensing of some projects, especially those relating to the hydroelectric power station. In this article, this requirement is analyzed under three aspects: non-exclusive SEA to measure cumulative and synergistic impacts, need for law to establish the SEA as a requirement of the environmental licensing and, finally, judicial self-restraint to enforce it.

KEYWORDS: Strategic Environmental Assessment. Programmatic Environmental Impact Statement. Sustainability Assessment. Environmental Licensing. Judicial Self-restraint.

INTRODUÇÃO

Apesar de a Avaliação Ambiental Estratégica (AAE) ser conhecida por imposição de organismos financiadores internacionais, foi a sua previsão na legislação da comunidade europeia que impulsionou os estudos da AAE no Brasil e, conseqüentemente, a sua cobrança no licenciamento ambiental, mormente naquele relacionado aos empreendimentos de infraestrutura do setor elétrico.

A AAE é conhecida sob uma variedade de nomes nos EUA,¹ e como Avaliação Ambiental de Planos e Programas² ou *Strategic Environmental Assessment* (SEA), na legislação da comunidade europeia,³⁻⁴ mas no Brasil ela não tem nem denominação específica e muito menos previsão legal. Frise-se que em Portugal, a nova Lei de Bases do Ambiente (Lei 19/2014) previu a AAE conjuntamente com a AIA-projetos: “Os programas, planos e projetos, públicos ou privados, que possam afetar o ambiente, o território ou a qualidade de vida dos cidadãos, estão sujeitos a avaliação ambiental prévia à sua aprovação, com vista a assegurar a sustentabilidade das opções de desenvolvimento” (art. 18, 1).

No Estudo da Dimensão Territorial para o Planejamento (vol. VII) – efetuado pela Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

- 1 Programmatic impact statement; programmatic environmental impact statement ou, simplesmente, programmatic EIS; cumulative EIS; comprehensive impact statement; generic environmental impact statement (PORTERFIELD, Matthew. Agency action, finality and geographical nexus: judicial review of agency compliance with NEPA's programmatic environmental impact statement requirement after Lujan v. National Wildlife Federation. *University of Richmond Law Review*, v. 28, 1994. p. 619).
- 2 Cf. Diretiva 2001/42/CE, prevendo que as legislações locais a instituísem em seus respectivos países até 21 de julho de 2004 (art. 13).
- 3 Na Inglaterra também é conhecida como strategic environmental assessment (SEA), na França como évaluation environnementale stratégique, na Espanha como evaluación ambiental estratégica, bem como ainda é denominada de sustainability appraisal (THERIVEL, Riki. *Strategic Environmental Assessment in Action*. 2. ed. Londres: Earthscan, 2010. p. 6). Na Itália é conhecida como valutazione ambientale strategica (VAS) (FILIPPUCCI, Leonardo. *La Valutazione di Impatto Ambientale e la valutazione strategica, alla luce delle modifiche introdotte dal Dlgs 4/2008*. Milano: Edizioni Ambiente, 2009. p. 165).
- 4 Na Europa a AAE parece ser resultado do aperfeiçoamento da avaliação de impacto transfronteiriços. Aperfeiçoamento porque a Convenção de Espoo (1991) já havia tratado de tal questão em impactos transfronteiriços, tendo a Convenção de Kiev (2003), que foi uma reunião extraordinária das partes da Convenção de Espoo, desenvolvido o tema em âmbito nacional sob o fundamento do artigo 20, 7, da Convenção Mãe: “As avaliações dos impactos ambientais determinadas pela presente Convenção serão efetuados pelo menos na fase de projeto da atividade proposta. As Partes esforçar-se-ão, na medida do necessário, por aplicar os princípios da avaliação dos impactos ambientais às políticas, planos e programas.”

(SPI/MPOG) em 2008⁵ – a AAE é conhecida como *Avaliação de Sustentabilidade (AS)*, ou, no setor do petróleo, como *Avaliação Ambiental de Área Sedimentar (AAAS)*, instituída pela Portaria Interministerial MME/MMA 198/12, ainda que não seja um instrumento da política nacional do meio ambiente.

A relevância da AAE está diretamente relacionada à sua utilização como instrumento de diagnóstico amplo dos impactos ambientais e, quando relacionada aos impactos cumulativos e sinérgicos, não é exclusiva, uma vez que a Resolução Conama 01/86 também prevê a ampla avaliação de impacto ambiental, embora somente para projetos, não para políticas, planos e programas (PPP).

Distingue-se a AAE da Avaliação Ambiental Integrada (AAI) pelo escopo de ambas: enquanto a primeira é geral (aplica-se a diversas atividades), a segunda é mais específica (apenas um setor ou tipo de obra, *v.g.*, o aproveitamento hidrelétrico em uma bacia hidrográfica). No presente trabalho, emprega-se apenas o acrônimo AAE como gênero englobante da AAI e demais espécies de avaliações de planos, programas e políticas.⁶ Isso porque AAE “é o termo usado para descrever o processo de avaliação ambiental de políticas, planos e programas (PPP), que devem ser aprovados previamente à formulação e à decisão sobre a implementação de projetos”,⁷ dando-lhe elasticidade suficiente para abranger a AAI ou outros nomes que venham a surgir.

-
- 5 BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos – SPI. *Estudo da Dimensão Territorial para o Planejamento: Volume VII – Avaliação de Sustentabilidade da Carteira de Investimentos*. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos. Brasília: MPOG, 2008.
 - 6 Ressalte-se que o conceito de AAE é de difícil compreensão, o que fica claro pela variedade de conceitos apresentados em estudo do Ministério do Meio Ambiente sobre a AAE (Avaliação Ambiental Estratégica. Brasília: MMA/SQA, 2002. p. 15-16). Luis Enrique Sánchez também sublinha tal dificuldade: “Assim como a noção de desenvolvimento sustentável, o termo “avaliação ambiental estratégica” admite diferentes interpretações. Seu sentido e significado são potencialmente muito amplos, e se não forem definidos por meio de legislação, regulamentação ou outro tipo de acordo entre os interessados, seus objetivos, alcance e potencialidades podem facilmente ser objeto de discórdia” (Avaliação Ambiental Estratégica e sua Aplicação no Brasil. 2008. p. 15. Disponível em: <<http://www.revistaestudosavancados.usp.br/iea/aaeartigo.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2013). Jon Cooper (Broad programmatic, policy and planning assessments under the national environmental policy act and similar devices: a quiet revolution in an approach to environmental considerations. *Pace Environmental Law Review*, v. 11, no 1, 1993. p. 89-156, p. 94) doutrina que existe pouco consenso sobre o que exatamente se inclui na AAE, o que não vem impedindo seu uso.
 - 7 TEIXEIRA, Izabella Mônica Vieira. *O uso da avaliação ambiental estratégica no planejamento da oferta de blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil: uma proposta*. 2008. 288 p. (Tese em Engenharia). Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, p. 29. A

O intuito do presente texto é tecer considerações gerais sobre a AAE, sob o ponto de vista do direito ambiental e não do planejamento governamental puro e simples. Qualquer órgão ou entidade pública pode inserir a questão ambiental em seu processo decisório, mas isso não transforma tal exigência em instrumento da política nacional do meio ambiente e, conseqüentemente, pode ser vinculante às avaliações de impacto ambientais subsequentes ou mesmo exigido como sendo um dever de proteger um direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

1 A EXIGÊNCIA DA AAE COMO REQUISITO PARA O LICENCIAMENTO ESTATAL

Ao se exigir a AAE como pré-requisito do licenciamento ambiental, utilizam-se os seguintes argumentos que, embora interconectados, são analisados separadamente.

- 1) A mensuração dos impactos cumulativos e sinérgicos somente seria possível na AAE ou na AAI; o estudo de impacto ambiental (EIA) seria inapropriado para tal, ainda mais porque, neste, as medidas mitigadoras não teriam uma visão holística dos impactos cumulativos e sinérgicos. Em outras palavras, sem a AAE/AAI o meio ambiente estaria desprotegido;
- 2) A AAE e/ou AAI seriam espécies de avaliações de impacto ambiental com respaldo na Lei 6.938/81 (art. 9º, III), o que levaria ao terceiro argumento;
- 3) A desnecessidade de lei formal para a sua exigência, no Brasil, pela via judicial, com o respaldo da redação genérica do artigo 225 da CF.

2 A MENSURAÇÃO DE IMPACTOS CUMULATIVOS E SINÉRGICOS NO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL: AUSÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE DA AAE PARA TAL MISTÉR

Ao contrário do que é defendido por parte da doutrina, a mensuração de impactos cumulativos e sinérgicos não é exclusividade

Agência de Avaliação Ambiental Canadense (Canadian Environmental Assessment Agency) define a AAE (SEA) como “a ferramenta que contribui para decisões informadas em prol do desenvolvimento sustentável pela incorporação de considerações ambientais no desenvolvimento de políticas públicas e decisões estratégicas” (tradução livre). Disponível em: <<http://www.ceaa-acee.gc.ca/default.asp?lang=En&n=A4C57835-1>>. Acesso em: 29 maio 2013.

da AAE, pois também tem essa mesma função o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), tal qual previsto na Resolução Conama 01/86.

Essa redução do âmbito do EIA é defendida por Leonardo Castro Maia ao aduzir que decisões ambientais sobre empreendimentos hidrelétricos “sejam precedidas de uma avaliação ambiental capaz de considerar os impactos agregados de várias obras e/ou atividades, tais como os denominados efeitos sinérgicos e cumulativos de uma série de empreendimentos idealizados para uma bacia hidrográfica.”⁸ Esse mesmo entendimento já contou com o apoio de Édis Milaré ao doutrinar que uma das circunstâncias que justificam a AAE “é o efeito cumulativo que decorre de obras sucessivas ou de efeito sinérgico que resulta de obras que se implantam em determinada área e que, em princípio, nada têm a ver umas com as outras.”⁹

Um dos problemas de se impor a AAE como requisito ao licenciamento ambiental é pressupor que esse é um processo estanque, compartimentado, desconsiderando, desse modo, uma visão mais ampla do empreendimento ou atividade. Embora a AAE seja “o nome que se dá a todas as formas de avaliação de impacto de ações mais amplas que projetos individuais”,¹⁰ isso está longe de significar que o licenciamento ambiental careça de visão ampla.

O EIA considera os efeitos reflexos ou indiretos do empreendimento, não se limitando à sua análise isolada. O artigo 6º, II, da Resolução Conama 01/86, é categórico em citar as propriedades cumulativas e sinérgicas do impacto ambiental.¹¹

Não procede, ainda, o argumento de que o EIA não precise contemplar uma visão holística ou ignorar planos e programas

8 MAIA, Leonardo Castro. Usinas hidrelétricas e a atuação do Ministério Público em defesa do meio ambiente. *Revista dos Tribunais*, n. 921, jul. 2012, p. 121-162, p. 141.

9 MILARÉ, Edis. *Direito Ambiental*. 6. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 416.

10 SANCHÉZ, Luis Enrique. *Avaliação Ambiental Estratégica e sua Aplicação no Brasil*. 2008. p. 01. Disponível em: <<http://www.revistaestudosavancados.usp.br/iea/aaeartigo.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2013.

11 Artigo 6º. O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:
[...]

II – Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais. (sem destaques no original)

governamentais (políticas públicas). O artigo 5º da Resolução Conama 01/86 é expresso em preceituar que o estudo de impacto ambiental definirá “os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos” (área de influência), devendo ainda considerar, “em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza” (inc. III) e considerará “os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade” (inc. IV).

Paulo Affonso Leme Machado, ao tratar do conteúdo do Estudo de Impacto Ambiental, tal qual previsto na Resolução Conama 01/86, ressalta:

[...] os impactos deverão ser avaliados em suas ‘propriedades cumulativas e sinérgicas’ [...] Levando-se em conta os efeitos sinérgicos advindos da execução de uma obra e/ou atividade, o EPIA terá que, em determinados casos, indicar medidas de alteração do sistema de produção em outras obras e/ou atividades já existentes na área.¹²

Como bem destacado por Marga Tessler, ao examinar a Resolução Conama 1/86, “verifica-se que no item IV deve ser considerada a inclusão do projeto em exame nos planos e programas governamentais propostos e em implantação na área de influência do projeto. Ressaltamos o que já foi antecipado, a Resolução nº 1/86 tinha perspectiva estratégica.”¹³

Na proposta de resolução Conama, a criação de uma AAE para o setor dos Aproveitamentos Hidrelétricos (AHE) é fundamentada no fato de que a análise do enfoque global da influência de cada projeto não pode ser substituída pela mera consolidação dos estudos de impactos ambientais relativos aos aproveitamentos hidrelétricos implementados e barramentos de grande porte: “Estudos parciais dificilmente mostrarão, quando unidos, a dinâmica do todo, pois a dinâmica global pode também ser variável e não refletida

12 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 237.

13 TESSLER, Marga Barth. Análise da Resolução nº 1/86 Conama sob perspectiva da avaliação ambiental estratégica. *Revista do TRF da 4ª Região*. Porto Alegre, a. 18, no 63, p. 15-66, 2007. p. 25.

numa simples somatória de trabalhos parciais” (fls. 05 do Proc. 02000.002863/2010-27- DCONAMA/SECEX/MMA).¹⁴

A avaliação dos impactos cumulativos e sinérgicos do EIA não deve ser uma mera soma aritmética destes. Por exemplo, *quando se instala o segundo empreendimento, o seu EIA tem que considerar que já existe um anterior; e analisar ambos globalmente, não efetuar uma mera soma, como se eles não tivessem nenhuma interligação agregadora.*¹⁵ Essa soma deve ocorrer até para o efeito de se exigir avaliação de impacto ambiental (AIA) quando a legislação a dispensa pela insignificância isolada do impacto, uma vez que a cumulação de pequenos impactos pode alterar a insignificância presumida pela legislação, tornando necessária a realização da AIA ou de uma AIA mais complexa.

Por tais motivos não procede sustentar que soma dos impactos de cada empreendimento (impactos cumulativos e sinérgicos) é superior à mera soma aritmética, como argumento para tornar a AAE obrigatória, pois, mesmo que os impactos entre os empreendimentos gerem uma reação/potencialização recíproca, superando a sua mera soma aritmética, o EIA é ainda suficiente para aferi-los.

Existem autores que criticam essa tendência de ver na AAE um papel sobreposto ao EIA, em relação aos impactos cumulativos e sinérgicos. Izabella Teixeira observa que:

[...] parece haver uma demanda de estudos ambientais adicionais para avaliar questões e aspectos que deixaram de ser tratados nos estudos de impacto ambiental [...] ganhando ressonância [...] fazer uso da AAE para discutir questões pertinentes aos processos de avaliação de impacto ambiental, conforme rezam os regulamentos, por exemplo, a cumulatividade de impactos ambientais e as implicações ambientais secundárias (impactos ambientais indiretos) decorrentes da implantação de empreendimentos ditos estruturantes. Um ajuste ou aperfeiçoamento nos processos de proposição de termos de referência ou de instruções técnicas de EIA/RIMA por parte

14 Informação constante do site do Ministério do Meio Ambiente (3a Reunião da CT de Controle Ambiental, em 26/10/12); Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/F053739B/PropostaResolucao.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2013.

15 Por isso, como ressaltado, em alguns casos a doutrina aduz que o EIA pode até “indicar medidas de alteração do sistema de produção em outras obras e/ou atividades já existentes na área” (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed. 2009. p. 237).

dos órgãos licenciadores poderia evitar esse tipo de demanda, contribuindo para a prática da AAE no Brasil fosse mais direcionada aos propósitos e funções do instrumento.¹⁶

Não existe exclusividade da AAE para avaliar impactos cumulativos e sinérgicos, sendo juridicamente possível que tal mister também seja efetuado pelo EIA/RIMA, ao menos tendo em vista o atual regramento da matéria em nosso ordenamento. O resultado prático disso é que o EIA/RIMA tem aptidão para preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Isso não significa que a AAE não deva ser inserida em nosso ordenamento, via legal, detalhando quando, quem e como. O que se defende é que o meio ambiente ecologicamente equilibrado não fica à deriva sem a previsão da AAE em nosso ordenamento jurídico. Assim, não é incomum a concessão de suspensões de segurança, em face da ausência de risco inverso, como ocorreu na SS 1.863/PR, julgada pela Corte Especial do STJ:

Discute-se, em resumo, se é possível condicionar a concessão de licença de instalação (LI) de usinas hidrelétricas (UHE) à prévia avaliação ambiental integrada (AAI) das consequências da obra para toda a bacia hidrográfica que compreende o rio onde se pretende implantar o empreendimento. [...]

A construção dos empreendimentos hidrelétricos na Bacia do Rio Tibagi – narram os autos – não está sendo planejada sem estudos de impacto ambiental. Ao invés de um estudo maior, englobando toda a bacia, optou-se pela elaboração de estudos menores, individualizados para cada empreendimento.

Não há, portanto, risco de que a proteção ao meio ambiente seja esquecida. [...]

Tal rapidez – repito – não se dará à custa de ignorar os impactos ambientais: no caso, a exigência constitucional de realização prévia de estudo de impacto ambiental está sendo observada.

16 TEIXEIRA, Izabella Mônica Vieira. *O uso da avaliação ambiental estratégica no planejamento da oferta de blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil: uma proposta*. 2008. 288 p. (Tese em Engenharia). Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, p. 91-92.

Ciente de que cada um dos empreendimentos será precedido de EIA, não me parece razoável – ao contrário, parece-me mesmo desproporcional – exigir avaliação ambiental integrada prévia como condição para a concessão de licença de instalação.¹⁷

Também se observa que a exigência de AAE já foi rechaçada até em mandados de segurança, como foi decidido pelo TRF da 4ª Região:

Diante da imperiosa necessidade econômica e social da construção de usinas hidrelétricas, respeitada a proteção ao meio ambiente, configurada a partir da emissão de licença prévia e licença de instalação pelo Instituto Ambiental do Paraná, incabível a exigência da avaliação ambiental integrada (AAI) como condição para a concessão da licença de instalação (LI) nos termos pretendidos pelo presente mandado de segurança.¹⁸

Na verdade, a instituição da AAE como instrumento da política nacional do meio ambiente entre nós pode ser vantajosa a medida em que ela reduzir a abrangência de estudos ambientais subsequentes. Doutrina Frederico Rodrigues Silva que Sibout Nooteboom “demonstra como as avaliações ambientais em níveis estratégicos podem realmente reduzir a abrangência e o escopo dos estudos de impacto ambiental de ações subsequentes.”¹⁹

Em Portugal, prevê-se a articulação do estudo de impacto ambiental com a AAE (DL 232/07, art. 13), mesmo sabendo-se que ela ocorrerá naturalmente. Na Portaria Interministerial MME/MMA 198/12 (art. 3o, IV e V), que instituiu a *Avaliação Ambiental de Área Sedimentar (AAAS)*, estabelece-se que esta serve para “promover a eficiência e aumentar a segurança jurídica nos processos de licenciamento ambiental” e “possibilitar maior racionalidade e sinergia necessárias ao desenvolvimento de estudos ambientais nos processos de licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos de exploração e produção de petróleo e gás natural, por meio do

17 STJ, CE, v.u., AR na SS 1.863, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 18/02/2009, DJe 12/03/2009.

18 TRF da 4ª Região, 2ª Seção, v.u., MS 2008.04.00.015393-9/PR, rel. Des. Fed. Jorge Antonio Maurique, j. em 09/12/10, DJe 17/01/2011.

19 SILVA, Frederico Rodrigues. Avaliação ambiental estratégica como instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. v. 8, no 8, p. 301-329, jul./dez. 2010. p. 312. No mesmo sentido, cf. ALICIARDI, Maria Belen. Evaluación Ambiental Estratégica. In: CAPPARELLI, Mario Augusto. *El Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental*. San Isidro: Centro Norte, p. 68-88, 2010. p. 85.

aproveitamento e da utilização dos dados e informações da AAAS nos referidos estudos”.

Ainda deve-se citar, como possível vantagem da instituição da AAE, o de ajudar naqueles cenários de ausência de sensibilidade dos órgãos licenciadores em face de empreendimentos com impactos ambientais que não exijam uma AIA, mas que estejam relacionados com outros que potencializem os impactos para níveis que exigem a AIA. Frise-se, sua vantagem é possível, não necessária, porque esses casos poderiam ser resolvidos com exegese das normas sobre o licenciamento ambiental para obrigar a confecção da AIA ou de uma AIA mais complexo, como o EIA. Sem considerar que, adicionalmente, o órgão licenciador poderia utilizar os estudos ambientais de outros empreendimentos efetuados na área.

2.1 A EXCESSIVA CONFIANÇA NA AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA

Paulo Procópio Burian aduziu que “o principal problema em relação aos EIA’s estão na sua excessiva valorização, gerando grandes expectativas que acabam frustradas.”²⁰ Deposita-se uma fé exagerada no EIA, acusando-o de ser deficitário em termos de avaliação de impacto ambiental, mas se esquece que as limitações do EIA podem ser ampliadas na AAE, que trabalha com o nível de políticas e, conseqüentemente, com maiores abstrações do que o EIA ou outros processos de AIA.²¹

A AAE faz conjecturas ambientais para orientar a elaboração de políticas públicas e quanto mais gerais elas são, mais especulativas se tornam as avaliações/prognósticos ambientais, sem considerar que a metodologia da AAE ainda é nebulosa. Tanto é que na Portaria Interministerial MME/MMA 198/12 está prevista a criação de um comitê (Comitê Técnico de Acompanhamento – CTA) para cada AAAS

20 BURIAN, Paulo Procópio. *Avaliação Ambiental Estratégica como instrumento de licenciamento para hidrelétricas – o caso das bacias do rio Chopim no Paraná*. p. 01-20, 2004 (Trabalho apresentado no II Encontro da Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade (ANPPAS), p. 06. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro2/GT/GT06/paulo_burian.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2013.

21 Há a limitação técnica de que a discussão ambiental na AAE “não pode ter o mesmo grau de detalhe se comparada com o processo de AIA” (AGRA FILHO, Severino Soares; EGLER, Paulo Cesar Gonçalves. *Avaliação Ambiental Estratégica – AAE – Texto básico*. p. 01-52, nov. 2006. p. 26. Disponível em: <<http://www.uems.br/propp/conteudopos/AAE/aaepantanal.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2013).

(art. 8º), que fará o termo de referência (art. 9º, I), mas nada garante que este, ainda que com base legal e regulamentar, seja eficiente e resolva os problemas que o EIA supostamente é inapto.

Como Michel Prieur assevera, “a integração do meio ambiente em todas as decisões e estratégicas públicas e privadas é uma exigência fundamental para garantir o desenvolvimento sustentável”,²² embora não seja minimizado o fato de que – e com frequência isso também ocorre no EIA – a AAE é apenas um estudo *preditivo* que orienta a política, mas jamais é a política em si. Frederico R. Silva alerta que a AAE “deve ser usada na formulação e desenvolvimento de planos e programas e não para submissão desses planos ao processo AAE.”²³

Ademais, se no licenciamento não se pode falar em vinculação da licença a partir das conclusões do EIA – restará sempre uma esfera discricionária para decidir,²⁴⁻²⁵ fruto da compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação do meio ambiente (Lei 6.938/81, art. 4º, I) –, com tanto mais razão quando se tratar de políticas públicas. Tão intrincada é a questão, que o monitoramento

22 PRIEUR, Michel. *Droit de l'Environnement*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2011. p. 85 – tradução livre.

23 SILVA, Frederico Rodrigues. Avaliação ambiental estratégica como instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. v. 8, n. 8, p. 301-329, jul./dez. 2010. p. 326.

24 Clássica a lição de Hermann Benjamin: “É bom ressaltar que o EIA não aniquila, por inteiro, a discricionariedade administrativa em matéria ambiental. O seu conteúdo e conclusões não extinguem a apreciação de conveniência e oportunidade que a Administração Pública pode exercer, como, por exemplo, na escolha de uma entre múltiplas alternativas, optando, inclusive, por uma que não seja a ótima em termos estritamente ambientais. Tudo desde que a decisão final esteja coberta de razoabilidade, seja motivada e tenha levado em conta o próprio EIA.” (BENJAMIN, Antonio Herman V. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa. *Revista Forense*, no 317, p. 25-45, Rio de Janeiro: Forense, jan./mar. 1992. p. 27).

25 Corroborando a discricionariedade dos órgãos ambientais sob o NEPA e sua própria jurisprudência, a Suprema Corte estadunidense decidiu em *Robertson v. Methow Valley Citizens Council* (1989) que o NEPA não impõe nenhum resultado particular, basta que os efeitos adversos estejam adequadamente identificados e avaliados, não obrigando o órgão ambiental a decidir que uns valores são mais importantes do que outros (490 U. S. 350). Um dos precedentes citados foi *Strycker's Bay Neighborhood Council v. Karlen* (1980), no qual ficou consignado: “Vermont Yankee [1978] nitidamente rechaça a conclusão da Corte de Apelação, no sentido de que a agência, ao selecionar um curso de ação, precisa priorizar as questões ambientais sob outras considerações apropriadas. Ao contrário, uma vez que a agência tenha tomado uma decisão sujeita aos requisitos procedimentais do NEPA, o único papel da corte é garantir que a agência tenha considerado as consequências ambientais; não se pode intervir na área de discricionariedade do Executivo quanto à escolha da ação a ser tomada. *Kleppe v. Sierra Club*, 427 U. S. 390, 427 U. S. 410, n. 21 (1976). Veja também: *FPC v. Transcontinental Gas Pipe Line Corp.*, 423 U. S. 326 (1976)” (444 U. S. 227-228) (tradução livre).

dos resultados da AAE é, no mínimo, discutível, chegando mesmo a inexistir para alguns. É o que induz Maria Belen Aliciardi a doutrinar que “em nível estratégico não se pode medir nada.”²⁶

A AAE não é a panaceia para os males da AIA-projetos e alguns impactos, ainda que seja desagradável admitir, são apenas estimados, mormente os indiretos, estejam na AAE ou, por exemplo, no EIA.²⁷ Os limites são de cognoscibilidade e não do instrumento utilizado, como são abordados no próximo item.

2.2 O ARGUMENTO DA RELAÇÃO ENTRE AS PARTES E O TODO

Outra forma de apresentar o argumento de que a soma dos impactos de cada empreendimento (impactos cumulativos e sinérgicos) é superior à mera soma aritmética, está o argumento de que o todo não é simplesmente a soma das partes. Esse argumento trabalha com a correta ideia de que na natureza tudo está interligado.

Como dito anteriormente, dizer que a soma das partes é maior do que o todo não exige o EIA de avaliar os impactos cumulativos e sinérgicos do empreendimento. Da mesma forma, não implica no milagroso aperfeiçoamento do conhecimento técnico-científico, a ponto de se prever todos os impactos indiretos do empreendimento. A AAE é apenas uma estimativa dos impactos tanto quanto o EIA, embora ela seja sensivelmente mais abstrata.

Em outras palavras, sobrevalorizar a AAE em face do EIA não garante que os impactos indiretos – que supostamente avaliariam o todo – sejam corretamente apontados. A limitação é muito mais cognitiva do que propriamente do EIA.

Para reforçar que as relações entre a parte e o todo são complicadas e demonstrar que o problema reside na limitação do conhecimento humano, cita-se Edgar Morin. Para esse filósofo francês “o todo é ao mesmo tempo mais e menos do que a soma das partes”, explicando as razões nas seguintes palavras:

26 ALICIARDI, Maria Belen. Evaluación Ambiental Estratégica. In: CAPPARELLI, Mario Augusto. *El Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental*. San Isidro: Centro Norte, p. 68-88, 2010. p. 84 – tradução livre.

27 Tão difícil é apurar os impactos indiretos que certos doutrinadores aduzem “que a apuração do impacto indireto, que é o resultante de uma reação secundária em relação à ação ou é parte de uma cadeia de reações, tornou-se praticamente impossível nos tempos atuais” (FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 50).

Tomemos uma tapeçaria contemporânea. Ela comporta fios de linho, de seda, de algodão e de lã de várias cores. Para conhecer esta tapeçaria seria interessante conhecer as leis e os princípios relativos a cada um desses tipos de fio. Entretanto, a soma dos conhecimentos sobre cada um desses tipos de fios componentes da tapeçaria é insuficiente para se conhecer esta nova realidade que é o tecido, isto é, as qualidades e propriedades próprias desta textura, como, além disso, é incapaz de nos ajudar a conhecer sua forma e configuração.

Primeira etapa da complexidade: temos conhecimentos simples que não ajudam a conhecer as propriedades do conjunto. Uma constatação banal cujas consequências não são banais: a tapeçaria é mais do que a soma dos fios que a constituem. *Um todo é mais do que a soma das partes que o constituem.*

Segunda etapa da complexidade: o fato de haver uma tapeçaria faz com que as qualidades deste ou daquele tipo de fio não possam se exprimir plenamente. Essas são inibidas ou virtualizadas. *O todo é então menor do que a soma das partes.*

Terceira etapa: isto apresenta dificuldades para nosso entendimento e nossa estrutura mental. *O todo é ao mesmo tempo mais e menos do que a soma das partes.*²⁸

Não apenas a natureza (*v.g.*, florestas, os rios, o ar) está interligada, mas todo planeta, que, afinal, nada mais é do que o meio ambiente, natural, transformado ou criado. Tal fato fica mais evidente à medida que o conhecimento evolui, o que infelizmente não significa que a AAE seja a solução para essa visão holística.

2.3 A DESNECESSIDADE DO ZONEAMENTO ECOLÓGICO-ECONÔMICO/AGROECOLÓGICO PARA A LICENÇA AMBIENTAL

Na esteira do princípio da eventualidade, algumas impugnações a empreendimentos também dizem que se faz necessário o Zoneamento Ecológico-Econômico (ZEE), na sua previsão específica de zoneamento agroecológico.

28 MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007. p. 85-86.

Como ressaltado na introdução, tal tendência se acentua no caso dos aproveitamentos hidrelétricos, principalmente por causa da parte final do artigo 19, III, da Lei 8.171/91 (dispõe sobre a política agrícola):

Art. 19. O Poder Público deverá: [...]

III – realizar zoneamentos agroecológicos que permitam estabelecer critérios para o disciplinamento e o ordenamento da ocupação espacial pelas diversas atividades produtivas, bem como para a instalação de novas hidrelétricas;

A mera citação de novas hidrelétricas faz com que se almeje o estancamento dos seus licenciamentos ambientais, sendo que o dispositivo cita “ocupação espacial pelas diversas atividades produtivas”, ou seja, quaisquer atividades, “bem como” novas hidrelétricas.

Em outras palavras, se o zoneamento for necessário, ele deve abranger toda a atividade produtiva no campo, uma vez que o artigo 19, III, da Lei 8.171/91, assim preceitua. Ocorre que essa exegese é tão absurda e desarrazoada que nunca foi implementada, a não ser como argumentação de isoladas ações civis públicas contra novos aproveitamentos hidrelétricos.

Ademais, a inexistência de zoneamento não pode impedir o licenciamento ambiental porque não é seu requisito. Se fosse assim, nada mais poderia ser licenciado no país.

Embora o Decreto 4.297/02 tenha escolhido uma das interpretações possíveis em relação à eficácia do ZEE, preceituando a obediência do licenciamento aos “critérios, padrões e obrigações estabelecidos no ZEE, quando existir” (art. 20), ele apenas demonstra que somente há vinculação entre o licenciamento ambiental e o ZEE quando este existe de fato, além de ser instituído de direito.

3 A AAE COMO ESPÉCIE DA AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL (AIA): POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO POR ATO INFRALEGAL? POR QUEM?

A Lei 6.938/81 prevê como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente a avaliação de impactos ambientais (art. 9º, III), o que faz surgir a leitura de que a AAE é espécie da avaliação de impacto ambiental (AIA).

Marcela Albuquerque entende que para diferenciar as espécies de AIA passou-se a utilizar os termos *AIA de Projetos* e *AIA de PPPs* “que, posteriormente, receberam terminologias próprias, como Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e Avaliação Ambiental Estratégica (AAE), respectivamente.”²⁹

Como corolário do fato de a AAE ser espécie da AIA prevista na Lei 6.938/81 (art. 9º, III),³⁰ Marcela Albuquerque doutrina ser razoável compreender que:

[...] o instrumento avaliação de impactos ambientais instituído corresponde a todos os níveis de decisão, de projetos a políticas, planos e programas, ou seja, é o gênero no qual é inserido não só o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), mas também diversos outros estudos ambientais.

Por esta razão, conclui: “para a implementação das demais tipologias de AIA, como a AAE, basta, portanto, a adoção de regulamentação específica nesse sentido. Não é necessária qualquer alteração legislativa.”³¹ Defendendo a mera regulamentação para a inserção da AAE em nosso ordenamento, Marga Tessler, por sua vez, propugna:

Não se acredita seja necessária uma lei para introduzir a AAE formalmente nas práticas dos gestores ambientais. Aliás, lineamentos de estratégia já estão na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº 6.938/81, bastará uma Resolução do Conama.³²

29 MACIEL, Marcela Albuquerque. *Compensação Ambiental: instrumento para a implementação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012. p. 106.

30 Aparentemente, Karina Pinto Costa defende a mesma ideia ao doutrinarem que a “AAE, novo modelo de avaliação ambiental, baseado na Política Nacional de Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), surgiu há bastante tempo, aproximadamente na década de 70, e passou a ser implementada em vários países em razão das dificuldades em lidar com fatores complexos e problemas de forma integrada” (COSTA, Karina Pinto. A (in) efetividade do direito ambiental brasileiro: análise prática das normas, dos instrumentos processuais e casos concretos, *Revista de Direito Privado*, v. 36, p. 206-226, out. 2008. Disponível em: Revista dos Tribunais Online. Acesso em: 01 jun. 2013).

31 MACIEL, Marcela Albuquerque. *Compensação Ambiental: instrumento para a implementação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação*, 2012. p. 108.

32 TESSLER, Marga Barth. Análise da Resolução no 1/86 Conama sob perspectiva da avaliação ambiental estratégica. *Revista do TRF da 4ª Região*. Porto Alegre, a. 18, no 63, p. 15-66, 2007. p. 27.

O licenciamento ambiental é atividade exclusiva dos órgãos de execução do SISNAMA (art. 17-A da Lei 6.938/81), logo se submete às regulamentações do Conama.

Pelo Decreto 99.274/90 (art. 7º, inc. I), regulamentador da Lei 6.938/81, compete ao Conama “estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras”. É esse órgão do Sisnama que deve legislar, usando seu poder regulamentar, sobre o licenciamento ambiental, estipulando seus critérios. Segundo Talden Farias, “cabe ao CONAMA deliberar sobre o licenciamento ambiental de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras”.³³

Salvo previsão legal específica, não compete a qualquer ministério, manual etc., a imposição de critérios ao licenciamento ambiental, mas ao Conama. De qualquer modo, não existe um licenciamento de planos, programas e políticas públicas. A importância do reconhecimento da ausência de competência para os ministérios preverem regras atinentes ao meio ambiente reside no fato de que exigências de AAE, ou mesmo AAI, como ocorre no Manual de Inventários Hidrelétricos das Bacias Hidrográficas (2007) do MME,³⁴ não podem ser consideradas como normas ambientais relativas ao licenciamento, mas meros procedimentos administrativos sem impacto jurídico sindicável sob o prisma do direito ambiental.

A maior prova dessa desvinculação das normas ministeriais com o direito ambiental é que o órgão licenciador é o responsável pela licença ambiental e por suas consequências jurídicas, não se eximindo por eventualmente aproveitar o material da AAE. Esse aproveitamento pertence à discricionariedade do órgão licenciador, só podendo se tornar vinculante com base em lei ou, talvez, com base no poder hierárquico. Além disso, é no mínimo discutível tornar compulsório o estudo (ambiental), como etapa de planejamento, da política pública, na qual o meio ambiente é apenas uma das preocupações, sem que haja lei prevendo a metodologia etc., que possibilite ao órgão licenciador fazer um aproveitamento não apenas

33 FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 119.

34 Cujo uso é obrigatório pela Portaria MME 372/09.

racional da AAE, mas jurídico também, trazendo segurança a todos, meio ambiente, Estado e empreendedor.

Nessa senda, é importante ressaltar a rejeição da proposta de resolução no Conama para a criação da AAE como requisito dos licenciamentos ambientais dos Aproveitamentos Hidrelétricos (AHE), Usinas Hidrelétricas (UHE) e Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCH). Seu artigo 2º estabelecia que as licenças ambientais AHE, UHE ou PCH devem ser precedidas de *Estudo Integrado de Bacias Hidrográficas* (EIBH), com critérios mínimos previstos no termo de referência anexado, “de maneira a constatar e averiguar precipuamente os impactos cumulativos (seja acumulação de alterações nos sistemas ambientais ao longo do tempo e no espaço, de maneira aditiva e interativa dos empreendimentos hidrelétricos instalados e em vias de instalação)” (fls. 06 do Proc. 02000.002863/2010-27 – DCONAMA/SECEX/MMA).³⁵

O Conama, na 3ª Reunião da Câmara Técnica de Controle Ambiental, em 26 de outubro de 2012, rejeitou proposta de resolução para a instituição do Estudo Integrado de Bacias Hidrográficas, que, na verdade, era uma AAE.³⁶

Sem dúvida, a AAE pode ser compreendida como uma espécie de avaliação de impacto ambiental (AIA), uma vez que seu escopo é exatamente o de mensurar o impacto ambiental. Entretanto, tal reconhecimento como espécie deve passar pelo prisma jurídico, ou seja, não se deve usar somente uma concepção funcional da AAE para concluir que ela é espécie da AIA, mormente porque não se está tratando de um licenciamento ambiental, mas da análise de um plano, programa ou política pública.

A AAE não é uma simples avaliação de impacto ambiental, ela se aplica às políticas públicas, podendo influenciar a ação governamental em seu sentido mais puro e não se limitando à execução das políticas públicas –

35 Informação constante do site do Ministério do Meio Ambiente (3ª Reunião da CT de Controle Ambiental, em 26/10/12): <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/F053739B/PropostaResolucao.pdf>. Acesso em: 05 abril 2013.

36 Na justificativa da proponente da resolução consta a necessidade de se conhecer o plenamente os impactos ambientais de todos os AHE e “estudar os efeitos sinérgicos e cumulativos dos grupos de AHE nas bacias hidrográficas correspondentes por meio dos estudos integrados das bacias hidrográficas (EIBH)” (fls. 09 do Proc. 02000.002863/2010-27 – DCONAMA/SECEX/MMA).

vedando, por exemplo, qualquer empreendimento previsto em alguma delas –, mas atingindo a sua própria formulação, e em todos os níveis federativos.

Na pior das hipóteses, tem-se uma cláusula muito ampla que poderia ter sido precisada pelo legislador nas inúmeras reformas legislativas na Lei 6.938/81, sendo as últimas efetuadas pela LC 140/11 e pela Lei 12.651/12. Nesse sentido, os projetos de lei que almejavam implantar a AAE entre nós – como o PL 2.072/2003, o substitutivo ao Projeto de Lei 3.729/04, no qual a AAE é opcional (art. 3º, § 1º), os PL 261/11 e 4.996/13 – são bons exemplos de como o tema deve ser tratado, isto é, no mínimo, por lei. Alguns dos projetos de lei, como o 4.996/13, é expresso em inserir a AAE como instrumento da política nacional do meio ambiente.

De qualquer modo, nossa legislação, ao tratar sobre o licenciamento, preceituou que este é necessário à “construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais” (Lei 6.938/81, art. 10), e não para o planejamento, algo ideal e que pode não ser implementado, inclusive, por razões ambientais. O poder normativo do Conama não poderia ir tão longe.

Por tais motivos, é razoável exigir-se expressa previsão legal, como ocorreu nos Estados Unidos (*National Environmental Policy Act* – NEPA, Sec. 102 [42 USC § 4332], 2, C c/c 40 CFC § 1508.18, 2-3) e na Europa, ressaltando que essa, através da Diretiva 2001/42/CE, não impôs à AAE de forma direta, mas estabeleceu prazo para que os Estados o fizessem (art. 13). Tal observação é necessária por dois motivos: (i) o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (C-40/07) condenou a Itália pela mora em prever a AAE em seu ordenamento,³⁷ mas não substituiu a autonomia da Itália em tal julgamento, recusando-se a impor a AAE judicialmente; (ii) antes e depois da Itália ser condenada, a jurisprudência italiana se recusava a aceitar a aplicabilidade direta da Diretiva 2001/42/CE, exigindo previsão legal interna (italiana) para tanto,³⁸ o que ocorreu em 2008 (Dlgs 4/2008).

Não por outra razão, Aparecida Antônia de Oliveira e Marcel Bursztyn lecionam que “diversos países têm realizado um esforço considerável no

37 “Incumprimento de Estado – Diretiva 2001/42/CE – Avaliação dos efeitos de determinados planos e programas no ambiente – Não transposição no prazo estabelecido” (TJCE, 8ª Seção, C-40/07, j. em 08/11/07, resumo do caso disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007CJ0040:PT:PDF>>. Acesso em: 03 jun. 2013).

38 FILIPPUCCI, Leonardo. *La Valutazione di Impatto Ambientale e la valutazione strategica, alla luce delle modifiche introdotte dal Dlgs 4/2008*. Milano: Edizioni Ambiente, 2009. p. 165, nota 1.

sentido de adotar os procedimentos da AAE. Em alguns casos, a legislação ambiental está sendo modificada para incluir os requisitos para AAE.³⁹

A criação da AAE com o objetivo de propiciar uma visão mais holística da avaliação ambiental, não pode mascarar que tal conceito não é ainda normatizado e muito menos obrigatório. Esse é o motivo de Luis Enrique Sánchez elencar, como uma das características das avaliações ambientais estratégicas, a *voluntariedade*, ou seja,

[...] elas não foram apresentadas como resposta ou para atendimento de alguma exigência legal – como é o caso do estudo de impacto ambiental necessário para o licenciamento de obras ou atividades potencialmente causadores de significativa degradação ambiental –, mas como iniciativas de planejamento.⁴⁰

Ao estudar o caso da AAE do Rodoanel, Rie Kawasaki segue a mesma linha.⁴¹

Pelas mesmas razões, o estudo do MMA sobre a AAE reconhece a necessidade de alteração legislativa para a sua criação: “Para a instituição da AAE no País, é de todo necessário criar uma base legal mínima que apoie e facilite sua implementação”.⁴² O MMA voltou a se manifestar no mesmo sentido na Nota Técnica nº 02 GPLA/DLAA/SMCQ/MMA/2011:

[...] considera-se que não há previsão legal que forneça alicerces seguros para sustentar o Conama, com propriedade, em uma iniciativa dessa natureza. O colegiado, afinal, tem a incumbência, entre outras, de estabelecer normas e critérios para o licenciamento ambiental, não

39 OLIVEIRA, Aparecida Antônia de; BURSZTYN, Marcel. Avaliação de impacto ambiental de políticas públicas. Interações – *Revista Internacional de Desenvolvimento Local*. v. 2, n. 3, p. 45-56, set. 2001. p. 49.

40 SANCHÉZ, Luis Enrique. *Avaliação Ambiental Estratégica e sua Aplicação no Brasil*. 2008. p. 01. Disponível em: <<http://www.revistaestudosavancados.usp.br/iea/aaeartigo.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2013.

41 “A AAE consiste em um instrumento de gestão ambiental não regulamentado com força de lei no País, razão pela qual há que se buscar na literatura e em experiências nacionais e internacionais conceitos, princípios, diretrizes, objetivos, elementos fundamentais, procedimentos e metodologias. Existem regulamentos infralegais e projetos de lei dispondo sobre a Avaliação Ambiental Estratégica; mas por serem regras legais que estão hierarquicamente abaixo da lei formal, isto é, elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Chefe do Poder Executivo, não obrigam particulares nem o Poder Público, eis que, nos termos do art. 5º, II da Constituição Federal de 1988, ‘...ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei!’” (KAWASAKI, Rie. Análise dos estudos de impacto ambiental e dos relatórios de impacto ambiental elaborados antes e após a realização da avaliação ambiental estratégica – Caso do rodoanel Trecho Sul. Monografia (Aperfeiçoamento/Especialização em Perícia e Auditoria Ambiental) – Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo, 2007. p. 43-44).

42 Avaliação Ambiental Estratégica. Brasília: MMA/SQA, 2002. p. 68.

podendo ir além do que a Lei nº 6.938/81 determina (fls. 12 do Proc. 02000.002863/2010-27 – DCONAMA/SECEX/MMA).⁴³

Mesmo quem defende que pode haver uso de regulamentação do Poder Executivo, por colegiado interministerial, além da lei, entende que

[...] seria temerário, por exemplo, adotar-se uma deliberação do Conselho Nacional de Meio Ambiente, na medida em que se trata apenas de um colegiado no âmbito de um dos ministérios. A possibilidade do entendimento de que isso constituiria uma subordinação dos outros ministérios ao de Meio Ambiente, poderia suscitar resistências.⁴⁴

Embora seja uma aproximação de fundo mais institucional do que jurídica, a advertência pode ser jurídica porque sem lei não se pode subordinar um ministério a outro, exceto se houver expressa vontade do Presidente da República.

3.1 A SITUAÇÃO DA AAE NOS EUA E A DIFERENÇA COM A POSSIBILIDADE REGULATÓRIA BRASILEIRA

A questão da instituição da AAE nos EUA é importante elemento de direito comparado para se entender o porquê da impossibilidade de implementá-la por aqui sem expresse respaldo legal.

O NEPA não previu de forma direta a AAE, mas apenas que, da maneira mais ampla possível, todos os órgãos e entidades governamentais deverão incluir em cada recomendação ou relatório de “propostas de legislação e outras importantes ações federais” que afetam significativamente a qualidade do meio ambiente humano, uma declaração detalhada do impacto ambiental desta ação (Sec. 102 [42 USC § 4332], 2, C).⁴⁵

43 Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/F053739B/NotaTecnica02.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2013.

44 AGRA FILHO, Severino Soares; EGLER, Paulo Cesar Gonçalves. *Avaliação Ambiental Estratégica – AAE – Texto básico*. p. 01-52, nov. 2006. p. 47. Disponível em: <<http://www.uems.br/prop/contedopos/AAE/aaepantanal.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2013.

45 A Seção 102 [42 USC § 4332] do NEPA preceitua: “The Congress authorizes and directs that, to the fullest extent possible: (1) the policies, regulations, and public laws of the United States shall be interpreted and administered in accordance with the policies set forth in this Act, and (2) all agencies of the Federal Government shall – (C) include in every recommendation or report on proposals for legislation and other major Federal actions significantly affecting the quality of the human environment, a detailed statement by the responsible official on -- (i) the environmental impact of the proposed action, (ii) any adverse environmental effects which cannot be avoided should the proposal be implemented, (iii) alternatives

Adicionalmente, houve a previsão, pelo NEPA, da publicidade dessa avaliação ambiental. Depois de analisada mediante conhecimento técnico, qualquer comprometimento de recursos considerado irreversível diante dos padrões ambientais deve ser citado e realçado, e cópias do acordo, comentários e pontos de vista dos órgãos públicos locais, estaduais e federais devem estar disponíveis para o Presidente, o Conselho de Qualidade do Meio Ambiente e ao público.

Quem regulamentou a AAE nos Estados Unidos foi o *Council on Environmental Quality* (CEQ – Conselho em Qualidade Ambiental),⁴⁶ cuja criação foi ordenada pelo NEPA (§ 202 [42 USC § 4342]) e que se encontra na estrutura da Casa Branca. A regulamentação da matéria pelo CEQ veio pela definição de um conceito de *major action*, utilizado pelo NEPA ao tratar das avaliações de impacto ambiental.

No § 1.508.18 (B) do *Code of Federal Regulations* (CFR), definiu-se que as ações federais tendem a se enquadrar em quatro categorias: (1) políticas oficiais, como regras, regulações e interpretações etc.; (2) planos formais; (3) programas; (4) projetos específicos.⁴⁷

to the proposed action, (iv) the relationship between local short-term uses of man's environment and the maintenance and enhancement of long-term productivity, and (v) any irreversible and irretrievable commitments of resources which would be involved in the proposed action should it be implemented. Prior to making any detailed statement, the responsible Federal official shall consult with and obtain the comments of any Federal agency which has jurisdiction by law or special expertise with respect to any environmental impact involved. Copies of such statement and the comments and views of the appropriate Federal, State, and local agencies, which are authorized to develop and enforce environmental standards, shall be made available to the President, the Council on Environmental Quality and to the public as provided by section 552 of title 5, United States Code, and shall accompany the proposal through the existing agency review processes;"

46 PORTERFIELD, Matthew. Agency action, finality and geographical nexus: judicial review of agency compliance with NEPA's programmatic environmental impact statement requirement after *Lujan v. National Wildlife Federation*. *University of Richmond Law Review*, v. 28, p. 619-667, 1994. p. 625

47 CFR, § 1508.18 (Major Federal action).

(b) Federal actions tend to fall within one of the following categories: (1) Adoption of official policy, such as rules, regulations, and interpretations adopted pursuant to the Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. 551 *et seq.*; treaties and international conventions or agreements; formal documents establishing an agency's policies which will result in or substantially alter agency programs. (2) Adoption of formal plans, such as official documents prepared or approved by federal agencies which guide or prescribe alternative uses of Federal resources, upon which future agency actions will be based. (3) Adoption of programs, such as a group of concerted actions to implement a specific policy or plan; systematic and connected agency decisions allocating agency resources to implement a specific statutory program or executive directive. (4) Approval of specific projects, such as construction or management activities located in a defined geographic area. Projects include actions approved by permit or other regulatory decision as well as federal and federally assisted activities.

Na previsão de planos e programas se inclui a AAE, uma vez que toda importante (ou “de vulto”⁴⁸) ação federal (*major action*) – como são os planos e programas públicos – que afeta significativamente a qualidade do meio ambiente humano, deve ser precedida de uma recomendação ou relatório detalhada do impacto ambiental desta ação (Sec. 102 [42 USC § 4332], 2, C).

A implementação da AAE nos EUA ocorreu via regulamentar, o que poderia levar a conclusão de que o mesmo seria possível no Brasil. No entanto, existem diferenças significativas entre a situação estadunidense e a brasileira que não autorizam tal comparação.

Nos EUA, a lei da política nacional do meio ambiente (NEPA) prevê que deve haver avaliação de impacto ambiental quando existir importantes ações (*major action*) governamentais, que, pela regulamentação da CEQ, abrangem planos e programas públicos. No Brasil, a Lei 6.938/81 apenas impõe o licenciamento para “construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais” (Lei 6.938/81, art. 10), não para o planejamento, planos ou programas.

Ampliar o conceito de “avaliação de impactos ambientais” (Lei 6.938/81, art. 9º, III) para incluir o que nele nunca esteve, ultrapassando as possibilidades semânticas do artigo 10, não parece possível no atual contexto jurídico brasileiro. Ainda mais num contexto no qual a própria Constituição exigiu EIA para “obra ou atividade” (CF, art. 225, § 1º, IV).

Caso se admita a desnecessidade de lei específica para instituir a AAE como instrumento da política nacional do meio ambiente, por causa da previsão genérica do artigo 9º, III, da Lei 6.938/81, deve haver expressa regulamentação deste dispositivo legal pela Presidência da República, posto que a AAE interferirá na própria atividade de planejamento do Poder Executivo, não sendo aconselhável que, sem expressa previsão legal, um órgão de um Ministério interfira na concepção das políticas públicas dos demais.

Consequentemente, as normas que preveem AAE devem ser lidas nesse contexto, uma vez que algumas delas somente a impõe

48 Para usar a tradução de Antonio F. G. Beltrão, *Aspectos Jurídicos do Estudo de Impacto Ambiental* (EIA). São Paulo: MP, 2007. p. 93

como objetivo (Decreto 4.339/0249), outras *disciplinam competências* dentro do órgão para propor normas e definir estratégias relativas a ela (Decreto 6.101/07⁵⁰) ou a aguardam como *resultados esperados* na Avaliação do Potencial Mineral da Plataforma Continental Jurídica Brasileira e Áreas Oceânicas – Remplac (Decreto 6.678/0851). Tal contextualização evidencia que essas previsões estão longe de implantar a AAE ou torná-la compulsória, seja do ponto de vista da legislação administrativa, seja do da legislação ambiental.

Mesmo assim, ainda restaria a questão da sua aplicação aos demais entes federados, tendo em vista a autonomia federativa.

3.2 A IMPOSSIBILIDADE DE SE EXIGIR A AAE COMO ATO IMPOSITIVO BASEADO NA MERA DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA DO ÓRGÃO AMBIENTAL

Por causa da redação da Resolução Conama 01/86 (art. 5º, III), que prevê que o EIA/RIMA deve delimitar a “*área de influência do projeto*”, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza”, existe entendimento de que isso geraria o dever de realizar uma AAE, uma vez que o empreendimento para o aproveitamento hidrelétrico tem que ser holisticamente avaliado.

Com base nesse entendimento, o órgão estadual ambiental do Paraná (IAP), por meio da Portaria IAP/GP 120/04, que condicionava “o licenciamento ambiental atinentes aos empreendimentos de geração de energia hidrelétrica do Paraná, a realização de avaliação ambiental estratégica relativas às bacias hidrográficas”, resolveu:

-
- 49 O Decreto 4.339/02, ao instituir princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade, traçou como objetivo “Estabelecer mecanismos para determinar a realização de estudos de impacto ambiental, inclusive Avaliação Ambiental Estratégica, em projetos e empreendimentos de larga escala, inclusive os que possam gerar impactos agregados, que envolvam recursos biológicos, inclusive aqueles que utilizem espécies exóticas e organismos geneticamente modificados, quando potencialmente causadores de significativa degradação do meio ambiente” (13.2.19).
- 50 O Decreto 6.101/07 prescreve, dentro da estrutura do MMA: “Art.14. À Secretaria de Mudanças Climáticas e Qualidade Ambiental compete: I – propor políticas e normas e definir estratégias nos temas relacionados com: a) a avaliação ambiental estratégica; [...] Art.16. Ao Departamento de Licenciamento e Avaliação Ambiental compete: I – subsidiar a formulação de políticas e normas e a definição de estratégias para a implementação de programas e projetos em temas relacionados com: a) a avaliação ambiental estratégica;”
- 51 No caso o resultado esperado, no VII Plano Setorial para os Recursos do Mar, que inclui a AAE/AAI é: “áreas de relevante interesse minero-energético identificadas por meio de avaliação ambiental estratégica; estudos de avaliação ambiental integrada (AAI) desenvolvidos para petróleo e gás em águas rasas.”

Condicionar, o licenciamento ambiental atinentes aos empreendimentos de Geração de Energia Hidrelétrica do Estado do Paraná, a realização de avaliação ambiental estratégica relativas às Bacias Hidrográficas e, principalmente, da execução do Zoneamento Ecológico-Econômico do território paranaense em elaboração pelo Governo do Estado do Paraná.

Excetua-se desta exigência processos de renovação de Licença de Operação e regularização de empreendimentos, já em funcionamento.

Esta Portaria tem efeitos a partir de 01 de maio de 2004.

Portaria que, independentemente de ter sido excepcionada pela Portaria IAP 70/05, cometeu a ilicitude de acrescentar, ao processo de licenciamento, a AAE de uma política pública que não lhe pertence e sem base legal.

Somente o ente federativo competente para elaborar o plano, programa ou política é que deve realizar a AAE. Sem previsão legal, não pode o Estado-membro interferir em política pública da União e de autarquia federal (ANEEL). Pelo nosso atual direito positivo, a AAE deve ser efetuada por órgãos responsáveis por fazer a política, plano ou programa, somente podendo ser exigidas por estes, nunca por terceiros. A intenção do Estado do Paraná, nesse contexto, se caracteriza como autêntico desvio de poder. Ainda que sobreviesse lei estadual, haveria desvio de poder legislativo, tão pernicioso quanto o administrativo, como advertiu Miguel Reale.⁵²

Não existe poder criativo dos órgãos do SISNAMA para impor ao seu bel prazer a AAE, ainda que arguindo o princípio da precaução. Por tal motivo, é equivocado o acórdão do TRF da 4ª Região ao manter a necessidade de AAE/AAI para o licenciamento ambiental de aproveitamentos hidrelétricos.⁵³

52 “Não se creia que só haja desvio de poder por parte do Executivo. Na estrutura do Estado Federal, quando há um ‘código superior de deveres’, o ato legislativo local não escapa da mesma increpação se a lei configurar o emprego malicioso de processos tendentes a camuflar a realidade, usando-se dos poderes inerentes ao ‘processo legislativo’ para atingir objetivos que não se compadecem com a ordem constitucional.” (REALE, Miguel. Abuso do poder de legislar. *Revista de Direito Público*, n. 39-40, p. 73-82, São Paulo: RT, jul./dez. 1976. p. 76-77)

53 “ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. RECURSO DE APELAÇÃO. REGULARIDADE FORMAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. CITAÇÃO DA UNIÃO. DESNECESSIDADE. PRESENÇA NO FEITO DA ANEEL. LICENCIAMENTO AMBIENTAL: PREVISÃO LEGAL, NATUREZA E HIPÓTESES DE

Em outro acórdão,⁵⁴ ainda mais incoerente – uma vez que sua fundamentação se ateve essencialmente à elaboração de um EIA/RIMA que abrangesse os impactos cumulativos e sinérgicos da bacia hidrográfica em questão, o que estaria de acordo com a Resolução Conama 1/86 (arts. 5o, III c/c 6o, II), mas cujo dispositivo acabou exigindo uma AAI pura e simples –, houve equívoco ainda maior, uma vez que foi criada uma AAE não apenas sem base legal alguma, o que traz à tona a questão da autocontenção, desenvolvida no próximo item, mas com fundamentação incongruente.

O equívoco se torna ainda mais evidente quando se constata que no Paraná, com base nessa portaria, é o empreendedor que arcou com os custos da AAE efetuada por empresa de consultoria ambiental. Em outras palavras, além de não ter base legal e querer mudar a política pública da União (MME)/Aneel, onera o empreendedor ao exigir o pagamento do desenvolvimento de políticas *públicas*.

CANCELAMENTO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI Nº 6.938/81. RESOLUÇÕES CONAMA N.OS 001/86 E 237/97. CONCESSÃO DE LICENÇA CONDICIONADA À REALIZAÇÃO DE AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA DAS BACIAS HIDROGRÁFICAS E ZONEAMENTO ECOLÓGICO-ECONÔMICO NO ESTADO DO PARANÁ. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO OBJETIVO DA POLÍTICA ENERGÉTICA NACIONAL. LEGALIDADE DO ATO DE CANCELAMENTO DA LICENÇA DE INSTALAÇÃO EXPEDIDA PELO INSTITUTO AMBIENTAL DO PARANÁ. Estando caracterizado que o empreendimento pertinente à central hidrelétrica discutida na demanda, cuja licença foi cancelada, oferece risco ao meio ambiente, no mínimo relativamente à incerteza quantos aos possíveis impactos ambientais decorrentes da central hidrelétrica, não há reparo a fazer no ato administrativo que cancelou a licença para o empreendimento” (TRF da 4a Região, 3a T., v.u., AMS 2004.70.00.033268-5/PR, rela. Des. Fed. Vânia Hack de Almeida, j. em 26/09/06, DJU 16/11/2006, p. 481 – destacou-se).

54 “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO TIBAGI. USINA HIDRELÉTRICA. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL. AVALIAÇÃO AMBIENTAL INTEGRADA. NECESIDADE. [...] 3. Necessidade da realização de Avaliação Ambiental Integrada da Bacia do Rio Tibagi como pré-requisito para a concessão de licença ambiental para construção de qualquer Usina Hidrelétrica nessa Bacia Hidrográfica, exceção feita a UHE de Mauá. 4. Apelações da Copel, da ANEEL e da União parcialmente providas para afastar as exigências postas na sentença apenas para a UHE de Mauá. Apelação do Ministério Público Federal parcialmente provida para que, à exceção da UHE de Mauá, os órgãos ambientais não efetuem o licenciamento sem a realização prévia da Avaliação Ambiental Integrada” (TRF da 4a Região, 3a T., v.u., AC 0007514-38.1999.404.7001 ou 1999.70.01.007514-6/PR, rel. Des. Fed. Fernando Quadros da Silva, j. em 26/04/11, DJe 04/05/2011). Processo cujo REsp (1.324.924/PR) foi monocraticamente negado, em 14/06/2013, pelo Min. Mauro Campbell Marques, por questões processuais, e que está para ser julgado pela 2a Turma do STJ.

4 AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL: IMPOSSIBILIDADE DE SE EXIGIR A AAE

Mesmo que não se admita que a AAE possa ser implementada no Brasil via regulamentação, tendo em vista o atual quadro normativo da matéria, deve-se, apenas para argumentar – ainda que se admitisse a exigência da AAE no licenciamento ambiental via poder regulamentar –, indagar se seria possível a sua imposição via judicial?

Em outras palavras, podendo ser instituída como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente por ato infralegal, deveria haver autocontenção judicial ou seria permitido ao Judiciário impor a AAE? Vários argumentos militam em favor da autocontenção judicial em matéria de AAE.

Em primeiro lugar, como visto, a ausência da AAE não faz com que o meio ambiente fique desprotegido, uma vez que a aferição dos impactos cumulativos e sinérgico não apenas é possível, como é obrigatória no EIA/RIMA, tal como previsto na Resolução Conama 1/86.

Em segundo lugar, a proteção ao meio ambiente (CF, art. 225) materializa-se de diversas formas, sendo uma delas através do estudo prévio de impacto ambiental, “na forma da lei” para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (CF, art. 225, § 1º, IV). A própria Constituição exigiu o EIA para “obra ou atividade” como um mínimo garantidor do meio ambiente ecologicamente equilibrado, impedindo a lesão jurídica em previsões do próprio constituinte originário, tendo em vista a inexistência de normas constitucionais inconstitucionais quando a previsão constitucional for originária. É somente esse mínimo que pode ser exigido judicialmente.

Não existe base para sacar a AAE, sem intermediação legislativa, do artigo 225 da CF. A expansão da proteção ao meio ambiente não tem a força normativa de criar procedimentos com bases em cláusulas vagas. Quando a Constituição assim quis, ela foi expressa, motivo pelo qual o nosso artigo 225 é mundialmente citado por ser exaustivo ao preceituar sobre o mínimo de proteção ao meio ambiente. Por este motivo, discorda-se de Édis Milaré, quando ele, ao tratar da AAE, aduz que a Lei Maior

[...] contemplou, em seu art. 225, atribuições específicas para governos e gestores da coisa pública. Em particular está implícito

que a Administração Pública deve incorporar em seus procedimentos rotineiros a variável ambiental, principalmente quando se tratar de formulação e implementação de planos de governo.⁵⁵

Esse posicionamento é tão expansivo que o doutrinador ainda vai além, mostrando, a nosso ver, o perigo desta argumentação:

Aliás, precaução e prevenção deveriam constituir exigências prévias, anteriores à formulação mesma de políticas governamentais: é como se fosse um ‘ativo exigível’ aos partidos políticos e às plataformas eleitorais por parte dos cidadãos e da coletividade.⁵⁶

Em terceiro lugar, “a AAE tem natureza política e de decisão, mais do que técnica”,⁵⁷ o que leva alguns doutrinadores e tribunais estadunidenses a defenderem, mormente após o caso *Lujan v. Natural Wildlife Federation*, julgado pela Suprema Corte em 1990, que não se pode judicializar a questão por não se ter ainda uma ação estatal com densidade suficiente para ser contrastada.⁵⁸ Em decisões mais recentes, a Suprema Corte estadunidense assim decidiu novamente. Em *Ohio Forestry Ass’n v. Sierra Club* (1998), por unanimidade, concluiu que contestar o plano de manejo da Floresta Nacional Wayne, especialmente sobre a previsão para o corte de árvores, antes de alguma implantação concreta, seria uma espécie de “divergências abstratas sobre políticas administrativas” (“*abstract disagreements over administrative policies*”) (523 U. S. 736 – tradução livre).⁵⁹

55 MILARÉ, Edis. *Direito Ambiental*. 8. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 661.

56 *Ibidem*, p. 661-662.

57 Avaliação Ambiental Estratégica. Brasília: MMA/SQA, 2002, p. 17.

58 PORTERFIELD, Matthew. Agency action, finality and geographical nexus: judicial review of agency compliance with NEPA’s programmatic environmental impact statement requirement after *Lujan v. National Wildlife Federation*. *University of Richmond Law Review*, v. 28, p. 619-667, 1994. p. 643.

59 Em *Norton v. Southern Utah Wilderness Alliance* (2004), a Suprema Corte analisou a contestação de que era necessário realizar estudo de impacto ambiental para avaliar a passagem de veículos off-road em certas áreas do parque (Wilderness Study Areas) do plano de manejo. Por unanimidade, a Corte entendeu que discordâncias sobre políticas não deviam ser resolvidas no judiciário e que, nas palavras de Michael C. Blumm e Sherry L. Bosse, os termos do plano não podiam ser impostos judicialmente (BLUMM, Michael C.; BOSSE, Sherry L. *Norton v. SUWA and the unraveling of federal public land planning*. *Duke Environmental Law & Policy Forum*, v. 18, no 1, p. 105-161, 2007. p. 108). “Se as cortes fossem habilitadas a emitir decisões gerais para obrigar o cumprimento de leis amplas [broad statutory mandates]... isso se tornaria tarefa de supervisão da corte, em vez de da agência, no sentido de impor o cumprimento de leis amplas, inserindo o juiz no gerenciamento do dia a dia da agência” (542 U.S. 66-67 – tradução livre).

A AAE seria um requisito meramente formal do qual não se conseguiria nenhum contraste de legalidade porque a decisão que ela influenciaria seria política. Uma coisa é influenciar um ato administrativo, que, mesmo não vinculado ao conteúdo do EIA/RIMA, tem elementos sindicáveis; outra é controlar a política pública, em princípio insindicável jurisdicionalmente (*political question doctrine*).⁶⁰ Frederico R. Silva doutrina que a AAE “objetiva promover o desenvolvimento sustentável através da incorporação da variável ambiental no processo de planejamento estratégico das políticas públicas” e alerta que a AAE “deve ser usada na formulação e desenvolvimento de planos e programas e não para submissão desses planos ao processo AAE”.⁶¹ Adicione-se, ainda, a limitação técnica de que a discussão ambiental na AAE “não pode ter o mesmo grau de detalhe se comparada com o processo de AIA.”⁶²

Embora a política pública deva ser informada sobre os aspectos ambientais, não necessariamente deve se servir apenas da AAE – cuja definição já é difícil de precisar, quanto mais a metodologia – para tal fim. Ademais, adentrar na esfera da formulação das políticas públicas poderia ainda afrontar a separação de poderes (CF, art. 2º).⁶³

Em quarto lugar, em nosso atual direito positivo não existe a possibilidade de se inserir a AAE como requisito do processo de licenciamento ambiental, uma vez que ele é limitado pelo nosso ordenamento jurídico a obras e atividades, não alcançando o planejamento. A Lei 6.938/81, com a redação que lhe foi dada pela LC 140/2011, estabelece:

60 Elival da Silva Ramos observa que “a função de governo, na maioria das vezes, se desenvolve mediante a elaboração de programas de governo, de planos de ação, globais ou setoriais” e que “enquanto se mantenha no plano exclusivamente político, a função de governo revela-se judicialmente incontrolável” (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 3ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2013. p. 154-155)

61 SILVA, Frederico Rodrigues. Avaliação ambiental estratégica como instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. v. 8, no 8, p. 301-329, jul./dez. 2010. p. 307 e 326.

62 AGRA FILHO, Severino Soares; EGLER, Paulo Cesar Gonçalves. *Avaliação Ambiental Estratégica – AAE – Texto básico*. nov. 2006. p. 26. Disponível em: <<http://www.uems.br/propp/conteudopos/AAE/aaepantanal.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2013.

63 “[...] 2. As restrições impostas ao exercício das competências constitucionais conferidas ao Poder Executivo, entre elas a fixação de políticas públicas, importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes” (STF, Pleno, v.u., ADI-MC-REF 4.102/RJ, rela. Mina. Cármen Lúcia, j. em 26/05/2010, DJe 24/09/2010).

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.

Para licenciar algo, o nosso ordenamento elegeu diversos tipos de avaliação de empreendimentos, sendo o EIA o mais significativo, mesmo porque é previsto na Constituição.

Impor, por ação judicial, a AAE como requisito do licenciamento, inclui elemento estranho à nossa legislação nesse processo decisório. Estabelecer a AAE como algo prévio ao licenciamento, nada mais é do que inseri-la como requisito do licenciamento ambiental.

Existem instrumentos específicos que foram eleitos pela nossa Constituição, por nossas leis e resoluções do Conama, não cabendo, portanto, ao Judiciário aditar a legislação para impor a AAE ou a AAI como requisito do processo decisório de licenciamento ambiental.

Dessa forma, tem-se o quinto argumento: a superprocedimentalização (*overproceduralization*) do processo decisório de licenciamento ambiental porque impõe requisito (AAE) não previsto para ele.

A autocontenção judicial em matéria procedimental não é novidade e decorre da obediência à lei e da discricionariedade administrativa. Em outras palavras, ela nada mais faz do que prestigiar a separação de poderes, respeitando o âmbito de escolha do Legislativo ou do Executivo.

Nos EUA, na década de 70, o *D.C. Circuit Court*, tribunal que julgava praticamente todas as causas relativas às agências, começou a acrescentar requisitos procedimentais não previstos no *Administrative Procedure Act* (APA) para o processo decisório informal (*notice-and-comment*).⁶⁴ Essas adições eram feitas com base em considerações de justiça ou para oportunizar uma participação significativa no procedimento.

⁶⁴ O que o D.C. Circuit Court já havia sinalizado em obter dictum na decisão *American Airlines v. Civil Aeronautics Board* (1966) ele depois confirmou em diversas decisões, ainda que apenas de passagem, por exemplo, *Automotive Parts & Accessories Ass'n v. Boyd* (1968), *Mobil Oil Corp. v. FPC* (1973), *International Harvester Co. v. Ruckelshaus* (1973), *Portland Cement Ass'n v. Ruckelshaus* (1973), *O'Donnell v. Shaffer* (1974), *HBO, Inc. v. FCC* (1977).

A Suprema Corte (*Baltimore Gas & Electric Co. v. NRDC* – 1983), repetindo o seu posicionamento adotado poucos anos antes (*Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council* – 1978), decidiu que o *National Environmental Policy Act* (NEPA) não exige que as agências adotem qualquer estrutura interna de decisão (462 U. S. 100), validando ato da *Nuclear Regulatory Commission* (NRC), ex-*Atomic Energy Commission* (AEC), deixando consignado, também, que “as cortes geralmente não têm autoridade para impor procedimentos híbridos superiores àqueles contemplados pelas leis de regência” (*Baltimore Gas & Electric Co. v. NRDC* – 462 U. S. 92).

Tal entendimento foi mantido em *Pension Benefit Guaranty Corp. v. The LTV Corp.* (1990), no qual se consignou que “*Vermont Yankee* estabeleceu a regra geral de que os tribunais não são livres para impor às agências exigências procedimentais específicas que não têm base no APA” (496 U. S. 654).

O *leading case*, entretanto, foi *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council* (1978), no qual estavam em jogo duas decisões do *D. C. Circuit Court*,⁶⁵ que reviram atos da Comissão de Regulação Nuclear (NRC) e que, levadas à Suprema Corte, foram reformadas. Essa decisão é frequentemente considerada como uma das mais importantes decisões de direito administrativo estadunidense⁶⁶ ou sobre a interpretação do APA.⁶⁷ Este caso é fundamental, pois mostra o *rechaço da tentativa de remodelar, por via judicial, o processo decisório previsto em lei, no caso o APA, a partir de hiperintegrações hermenêuticas com o NEPA e outros topoi argumentativos*, como é a natureza das questões debatidas, tais como a energia nuclear, a proteção ao meio ambiente etc.

O *Justice Rehnquist* deixou absolutamente claro que as agências são livres para moldar as suas próprias regras procedimentais (“*free to fashion their own rules of procedure*”), salvo previsão constitucional ou circunstância extremamente imperiosa em contrário (435 U. S. 543), e que essa liberdade é “um princípio fundamental do direito administrativo” (435 U. S. 544). Como as regras procedimentais estão no APA, a Corte entendeu que este estabeleceu o máximo de exigências procedimentais que o Congresso

65 *Natural Resources Defense Council Inc. v. United States Nuclear Regulatory Commission e Consumers Power Co. v. Aeschliman et al.* (1976).

66 LAWSON, Gary; BEERMANN, Jack M. Reprocessing Vermont Yankee. In: *WORKING PAPER SERIES, PUBLIC LAW & LEGAL THEORY*. Boston: Boston University School of Law, n. 06-25, p. 1-56, ago. 2006. p. 4. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=926349>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

67 METZGER, Gillian. *The store of Vermont Yankee: a cautionary tale of judicial review and nuclear waste*. Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers. 2005. Paper 0592, p. 1. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/columbia_pllt/0592>. Acesso em: 25 mar. 2012.

desejava que as cortes impusessem às agências federais; e que, *embora as agências sejam livres para conceder garantias processuais adicionais de acordo com a sua discricionariedade, as cortes geralmente não são livres para impô-las, se, porventura, as agências não optaram por garanti-las* (435 U. S. 520).

Vermont Yankee rechaçou a alegação do NRDC de que o APA (553, § 4º) previu patamares mínimos de participação e que, conseqüentemente, o Judiciário poderia rotineiramente exigir mais, quando a norma a ser alterada pela agência tratasse de complexas questões técnicas ou fáticas ou questões de grande importância pública (435 U. S. 545).

Reconhecendo que houve o mínimo participativo exigido pelo APA, a Suprema Corte advertiu que o tribunal não deve “afastar-se para além da província judicial para explorar o formato processual ou para impor à agência a sua própria noção de quais procedimentos são ‘melhores’ ou mais prováveis de favorecer algum bem público vago e indefinido” (435 U. S. 549).

A primeira característica de *Vermont Yankee*, como visto, é o respeito à vontade do Congresso e, *ipso facto*, à lei, ainda que em face de previsões sobre a democracia participativa, como ocorre no processo decisório das agências estadunidenses. Segundo Gary Lawson e Jack M. Beermann, “a ira da Suprema Corte foi especificamente dirigida às adições pelas cortes inferiores de procedimentos não exigidos por uma fonte positiva do direito.”⁶⁸

Aplicando *Vermont Yankee* à possibilidade de imposição judicial da AAE, vê-se que não se poderia exigi-la sem fonte de direito positivo porque o Congresso não emitiu nenhuma vontade nesse sentido, havendo, ao contrário, vedação de que a AAE faça parte do processo de licenciamento ambiental no atual estágio da matéria na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 10), sem contar, ainda, a rejeição pelo Conama de criá-la para o setor de aproveitamentos hidrelétricos.⁶⁹

A segunda característica de *Vermont Yankee* é a de reconhecer a margem de discricionariedade da Administração Pública em estabelecer sua própria normatização sobre seu procedimento (no caso, a participação

68 LAWSON, Gary; BEERMANN, Jack M. Reprocessing Vermont Yankee. In: *WORKING PAPER SERIES, PUBLIC LAW & LEGAL THEORY*, Boston: Boston University School of Law, n. 06-25, p. 1-56, ago. 2006. p. 17. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=926349>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

69 Proc. 02000.002863/2010-27- DCONAMA/SECEX/MMA, discutido na 3a Reunião da CT de Controle Ambiental, em 26/10/12: <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/F053739B/PropostaResolucao.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2013.

popular), desde que obedecido o mínimo previsto na lei. Adicionar garantias processuais integra a discricionariedade da Administração, não devendo o Judiciário intervir na matéria sem clara base legal. Doutrina-se, então, que o primeiro “princípio básico de *Vermont Yankee* é o de que o Congresso e as agências, e não os tribunais federais, devem decidir o apropriado nível de procedimento para as agências. Segundo, a Corte anunciou políticas fortes contra a imprevisibilidade e superprocedimentalização” (*overproceduralization*).⁷⁰

No caso, se não existe discricionariedade para a Administração Pública impor a AAE como requisito do processo de licenciamento ambiental no atual quadro normativo da matéria, com tanto mais razão para o Judiciário.

A autocontenção judicial é necessária para que o Judiciário não crie ou altere o procedimento com base em seus próprios parâmetros e torne desnecessária a separação de poderes, ao substituir as funções do Legislativo e do Executivo, criando, desse modo, insegurança jurídica. Como alertou a Suprema Corte estadunidense em *Vermont Yankee*,

[...] se os tribunais continuamente revissem os procedimentos das agências para determinar quando a agência empregou procedimentos que eram, na opinião da corte, perfeitamente adaptados para alcançar o que a corte entende como o ‘melhor’ ou ‘correto’ resultado, o controle judicial seria totalmente imprevisível” (435 U. S. 546).

Se a essa imprevisibilidade são agregadas a ausência de definição segura sobre o significado da AAE, sua metodologia, seu impacto em termos de formulação das políticas públicas, ver-se-á que o resultado é caótico.

É oportuno lembrar o ensinamento de Hamilton, em *O Federalista*, nº 78, no sentido de que, se os juízes, no processo de interpretação da lei ou da constituição, “tentarem substituir o julgamento por vontade, as consequências serão as mesmas da predominância de seus desejos sobre os dos legisladores. Se tal procedimento fosse válido, não seria necessário que os juízes deixassem de pertencer ao Poder Legislativo.”⁷¹

70 LAWSON; BEERMANN, op. cit., p. 17.

71 HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista, por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 579.

Um parêntese deve ser aberto para evitar que eventual contato entre procedimento e mérito possa evitar a autocontenção judicial: não apenas em matéria procedimental a Suprema Corte estadunidense prega a autocontenção, mas *também em matéria de discricionariedade técnica (mérito)*.

Em *Chevron v. NRDC (Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc – 1984)*, caso de regulação ambiental no qual se entendeu que a Administração Pública detém primazia na interpretação dos conceitos indeterminados das leis a ela dirigida, podendo o Judiciário intervir somente em casos teratológicos. Como o Judiciário deve respeitar, em regra, a exegese do Executivo, a doutrina estabelecida no caso *Chevron* é conhecida como *judicial deference*, *Chevron deference* ou *Chevron doctrine*.

A deferência judicial remete “ao livre juízo da Administração a interpretação que esta se digne a fazer dos conceitos ambíguos, imprecisos ou indeterminados das Leis.”⁷² As cortes devem deferência às interpretações promovidas pelas agências (Poder Executivo), a menos que a lei seja clara ou a interpretação dada por elas seja desarrazoada.

Segundo o *Justice Stevens*, o primeiro passo (*first step*) para a aplicação da doutrina *Chevron* seria a ambiguidade da lei.⁷³ Se a lei contiver vaguidade ou indefinição, haverá espaço para que seu sentido dúbio seja eliminado. O segundo passo (*step two*) da doutrina *Chevron* seria a razoabilidade da regulamentação legal.⁷⁴ Destaque-se, nesse ponto, que não se busca a melhor interpretação da norma pela Administração Pública, apenas a razoável.

Por esta razão que o Judiciário estadunidense prudentemente se nega a dirimir (autocontenção/*self-restraint*), na análise do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), divergências entre cientistas.⁷⁵

Ressalte-se que em *City of Arlington v. FCC (2013)*, a Suprema Corte ampliou o alcance da *Chevron doctrine*, mostrando não apenas que

72 ENTERRÍA, Eduardo García de. Uma nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado, *Revista do Tribunal Regional Federal da 4a Região* 25/31, nota 10 – tradução livre.

73 SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. *Duke Law Journal*, v. 1989, no 3, Twentieth Annual Administrative Law Issue, p. 511 e 515.

74 *Ibidem*, p. 512.

75 Como decidiram a Corte do Estado de Nova York (Matter of John Fisher et. al. v. Rudolph Giuliani – 2001 e Chinese Staff and Workers Association et. al. v. Amanda M. Burden – 2010), a do 9o Circuito (City of Carmel-by-the-Sea v. United States Department of Transportation – 1997) e a do 7o Circuito (Sierra Club v. Marita – 1995)

ela permanece na jurisprudência da corte, mas também que sua aplicação não se esgota nos casos até então julgados.

Em *Smiley v. Citibank (South Dakota)* (1996), depois de reconhecer o primeiro passo (*first step*), a Suprema Corte estadunidense afirmou que “a pergunta diante de nós não é se isso representa a melhor interpretação da lei, mas se isso representa uma interpretação razoável.”⁷⁶ Pelo mesmo motivo, o ambientalista português Vasco Pereira da Silva, apoiando-se na doutrina alemã, defende que “a fiscalização judicial do poder discricionário tem por finalidade a verificação da conformidade da decisão com a lei e o direito, e não a procura de ‘uma ‘melhor’ apreciação ou de uma ‘melhor’ decisão discricionária’ (Starck).”⁷⁷

O STF já reconheceu tal fato no RE 519.778/RN, no qual ficou consignado: “As complexidades técnicas relativas à análise ambiental da área, aliadas à presunção de constitucionalidade das leis, recomendam postura de autocontenção judicial.”⁷⁸ Quando se trata de matéria técnica, o STJ chama tal prudência de *princípio da deferência técnico-administrativa*, que se configura, assim, em um mero desdobramento da doutrina Chevron.⁷⁹

Em outras palavras, encare-se a questão como procedimental ou substancial, a autocontenção é de rigor.⁸⁰

Em alguns casos, o Judiciário tem adotado posturas de autocontenção, como na ação civil pública 0000521-24.2012.403.6007, que tramitou inicialmente na 1ª Vara Federal de Coxim/MS,⁸¹ na qual

76 “... the question before us is not whether it represents the best interpretation of the statute, but whether it represents a reasonable one.”

77 SILVA, Vasco Pereira da. “Mais vale prevenir do que remediar” – Prevenção e precaução no direito do ambiente. In: PES, João Hélio Ferreira; OLIVEIRA, Rafael Santos de (coord.). *Direito Ambiental Contemporâneo: prevenção e precaução*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 24 – destaques no original.

78 STF, RE 519.778/RN, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 27/02/2014, DJe 06/03/2014.

79 “Em matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível – cautela que não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo” (STJ, 2a T., v.u., REsp 1.171.688/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 01/06/2010, DJe 23/06/2010).

80 Para uma melhor compreensão da autocontenção em matéria que envolva divergências científicas ou metodológicas, cf. BIM, Eduardo Fortunato. *Divergências científicas e metodológicas no direito ambiental e autocontenção judicial*. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 9, n. 46, p. 9-38, jul./ago. 2012.

81 Depois houve deslocamento da causa para Campo Grande/MS em decorrência da decisão do TRF da 3a Região no Agravo de Instrumento 0030051-52.2012.4.03.0000, rela. Des. Fed. Marli Ferreira, j. em 26/10/2012, DJe 09/11/12.

foi deferida a liminar para que não fosse expedida mais nenhuma licença ambiental na Bacia do Alto Paraguai, até que fosse efetuada a AAE. O TRF da 3ª Região, cassando a liminar anteriormente deferida,⁸² aduziu:

A Constituição Federal estabelece no art. 225, o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Na hipótese dos autos, observa-se que os estudos previstos em lei foram realizados e à exaustão, eis que se trata de um procedimento ambiental em que vários órgãos devem se manifestar, sendo certo que nesse aspecto é importante ressaltar a realização da AIA- Avaliação de Impacto Ambiental.

Não deve ser exigido dos empreendedores e das esferas de poder local, regional e federal, outros instrumentos fora daqueles previstos na lei e nas Resoluções ambientais expedidas pelo CONAMA.

Decretar-se a invalidade de licenciamento ambiental exercido dentro das determinações legais com foco na preservação do meio ambiente pantaneiro é afastar a competência administrativa do Poder Público e dos órgãos licenciadores da manutenção responsável do meio ambiente, em todas as suas vertentes, no qual se situa o empreendimento, e outorgar ao autor da ação bem assim

82 “A razão pela qual o órgão ministerial pugna pela realização da AAE – Avaliação Ambiental Estratégica não prevista no nosso ordenamento jurídico, deve-se ao fato de que na Alemanha em alguns empreendimentos e na Dinamarca em geral utiliza-se esse mecanismo. No entanto não se pode desvirtuar a realização da AIA no Brasil e não é dado ao Ministério Público e muito menos ao Judiciário impor obrigações às partes que não decorrem da análise de lei vigente no ordenamento jurídico. Todos temos responsabilidade com o meio ambiente e sadia qualidade de vida, não sendo aceitável que se imponha ao Poder Público restrições ao desenvolvimento de atividade essencial para a vida das pessoas, como é o caso da energia, relegando todos os estudos procedidos para que se instale e opere o empreendimento. [...] Evidente, pois, que o país tem elementos de identificação de impactos muito bem deduzidos na legislação atendendo a comando constitucional. Não se justifica possa ser exigido dos empreendedores e das esferas de poder local, regional e federal, outros instrumentos fora daqueles previstos na lei e nas Resoluções ambientais expedidas pelo CONAMA. Lacuna normativa, se por acaso existisse não se resolve com a criação de direitos e obrigações em clara afronta ao art. 5º, inciso II da CF, sendo certo que na hipótese dos autos, eventual mandado de injunção somente poderia ser impetrado perante o C. STF, ex vi do art. 102, inciso I, alínea “q”, da CF” (TRF da 3ª Região, AI 0005872-20.2013.4.03.0000, rel. Des. Fed. Marli, j. em 03/05/13, DJe 09/05/2013).

ao Poder Judiciário um poder normativo legiferante que não lhes pertence.⁸³

A tentativa de transformar a lei nacional de proteção ao meio ambiente (v.g., NEPA, Lei 6.938/81) em uma espécie de salvo-conduto para autorizar decisões judiciais criativas em matéria de avaliação de impacto ambiental, sem lastro legal e atropelando a discricionariedade administrativa, não é exclusividade nacional e foi rechaçada em *Citizens Against Burlington v. Busey*, proferida pelo *D. C. Circuit Court* em 1991. O relator do caso, Clarence Thomas, hoje juiz da Suprema Corte estadunidense, teceu excelentes comentários a respeito das alternativas no EIA e defendeu a autoconterção na matéria, dizendo que do mesmo modo que o NEPA (equivalente a nossa Lei 6.938/81) não é uma Constituição verde, os juízes federais não são Barões de Runnymede,⁸⁴ ou seja, não são legisladores: “*Just as NEPA is not a green Magna Carta, federal judges are not the barons at Runnymede*” (938 F.2d 194).

5 CONCLUSÃO

Fruto da legislação e das experiências estadunidense e europeia, a AAE tem sido discutida no Brasil, principalmente, com o objetivo de torná-la parte obrigatória, ainda que externa, do processo de licenciamento ambiental, instituindo-a como um requisito deste.

Como para os debatedores o principal objetivo da AAE é aferir os impactos cumulativos e sinérgicos de um conjunto ou espécie de atividade sobre o meio ambiente, tem-se propagado a tese de que a AAE seria o único meio de se proteger o meio ambiente, viabilizando o constitucional direito ao meio ambiente

83 TRF da 3a Região, 4a T., v.u., AI 0005833-23.2013.4.03.0000 (ac. 499.356), rela. Des. Fed. Marli Ferreira, j. em 23/08/13, e-DJF3 Judicial 1 09/09/13; TRF da 3a Região, 4a T., v.u., AI 0005953-66.2013.4.03.0000 (ac. 499.510), rela. Des. Fed. Marli Ferreira, j. em 23/08/13, e-DJF3 Judicial 1 09/09/13; TRF da 3a Região, 4a T., v.u., AI 0006638-73.2013.4.03.0000 (ac. 500.081), rela. Des. Fed. Marli Ferreira, j. em 23/08/13, e-DJF3 Judicial 1 09/09/13; TRF da 3a Região, 4a T., v.u., AI 0005872-20.2013.4.03.0000 (499.367), rela. Des. Fed. Marli Ferreira, j. em 23/08/13, e-DJF3 Judicial 1 30/09/13; TRF da 3a Região, AI 0009855-27.2013.4.03.0000 (ac. 502.703), rel. Des. Fed. Marli Ferreira, j. em 03/10/2013, e-DJF3 Judicial 1 16/10/2013; TRF da 3a Região, AI 0009370-27.2013.4.03.0000 (ac. 502.519), rel. Des. Fed. Marli Ferreira, j. em 10/10/2013, e-DJF3 Judicial 1 17/10/2013; TRF da 3a Região, AI 0005920-76.2013.4.03.0000 (ac. 499.394), rel. Des. Fed. Marli Ferreira, j. em 10/10/2013, e-DJF3 Judicial 1 17/10/2013.

84 Runnymede é o local onde foi proclamada a Magna Carta de 1215.

ecologicamente equilibrado. Além da capacidade de constatar os efeitos cumulativos e sinérgicos no meio ambiente, aduz-se que a AAE já existe em nosso ordenamento porque seria uma espécie de avaliação de impacto ambiental (Lei 6.938/81, art. 9º, III), o que tornaria desnecessária a previsão legal para ela fazer parte do licenciamento – podendo ser imposta via judicial – e/ou autorizaria uma previsão regulamentar nesse sentido.

No atual estado do nosso direito positivo, conclui-se que o meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225) não está em perigo porque não se implantou a AAE no Brasil, uma vez que ela não é o único meio de se avaliar os impactos cumulativos e sinérgicos, já que isso também faz parte do EIA, mas porque, em termos de proteção mínima, a própria Constituição previu o EIA para “instalação de obra ou atividade” (art. 225, § 1º, IV), não para planos, programas e políticas.

A AAE pode ser vantajosa ao reduzir o escopo de abrangência dos estudos ambientais subsequentes e ser útil naqueles cenários de ausência de sensibilidade dos órgãos licenciadores em face de empreendimentos com impacto ambiental que não exija uma AIA, mas que esteja relacionado com outros que elevem os impactos para níveis que exigem a AIA. Mas tais benefícios somente serão de cunho jurídico quando vier previsão legal nesse sentido, aliviando a tarefa do órgão licenciador, ao trazer segurança jurídica no aproveitamento das projeções ambientais da AAE.

Não há previsão da AAE na Lei 6.938/81 quando essa estabelece, como instrumento da política nacional do meio ambiente, a avaliação de impacto ambiental (art. 9º, III), bem como não prevê autorização para a sua instituição sem a alteração do atual quadro normativo. A própria Lei 6.938/81 limita a avaliação de impacto ambiental para a “construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais” (art. 10), excluindo planos, programas e políticas de seu âmbito normativo.

A experiência estadunidense da instituição da AAE (PEIS – *Programmatic Environmental Impact Statement*), mediante regulamentação do Conselho de Qualidade Ambiental (CEQ), não parece adequada ao Brasil, visto que a legislação norte-americana (NEPA) é mais ampla do que a nossa, pois prevê a necessidade de AIA em face de qualquer ação governamental importante (*major action*), enquanto a nossa não contém

cláusula semelhante, bem como restringe as atividades que são objeto de licenciamento e EIA.

Não é possível a imposição judicial da AAE no processo decisório de licenciamento ambiental porque haveria interferência em função privativa dos demais poderes do Estado.

Ao se considerar que não há dano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez que o EIA também avalia impactos cumulativos e sinérgicos; que existem várias formas de se proteger o meio ambiente, tendo a CF estabelecido o mínimo do EIA e a Lei 6.938/81 limitado o EIA aos empreendimentos; que é difícil ou impossível o contraste jurisdicional de questões políticas, como são a maioria dos planos, programas e políticas; e, que, não podendo haver adição de requisitos procedimentais ao processo decisório estatal, como decidido em *Vermont Yankee*, a autocontenção judicial na matéria se impõe, sendo insuficiente para colmatar a lacuna da ausência de previsão legal da AAE a propositura de ações judiciais.

A AAE deve ser integrada ao ordenamento jurídico nacional pelo Poder Legislativo, que delimitaria precisamente a sua constituição, definiria e/ou delegaria diretrizes sobre a metodologia e seu aproveitamento – compulsório ou não – pelos órgãos licenciadores.

REFERÊNCIAS

- AGRA FILHO, Severino Soares; EGLER, Paulo Cesar Gonçalves. *Avaliação Ambiental Estratégica – AAE – Texto básico*. nov. 2006. Disponível em: <<http://www.uems.br/propp/conteudopos/AAE/aaepantanal.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2013.
- ALICIARDI, Maria Belen. *Evaluación Ambiental Estratégica*. In: CAPPARELLI, Mario Augusto. *El Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental*. San Isidro: Centro Norte, 2010.
- BELTRÃO, Antonio F. G. *Aspectos Jurídicos do Estudo de Impacto Ambiental (EIA)*. São Paulo: MP, 2007.
- BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos e. Os princípios do Estudo de Impacto Ambiental como limites da discricionariedade administrativa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 317, p. 25-45, jan./mar. 1992. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8746/Os_Principios_do_Estudo_de_Impacto.pdf?sequence=4>. Acesso em: 03 jun. 2013.

BIM, Eduardo Fortunato. *Divergências científicas e metodológicas no direito ambiental e autocontenção judicial*. Direito Público, Porto Alegre, v. 9, n. 46, jul./ago. 2012.

BLUMM, Michael C.; BOSSE, Sherry L. Norton v. SUWA and the unraveling of federal public land planning. *Duke Environmental Law & Policy Forum*, v. 18, n. 1, 2007.

BRASIL. *Avaliação Ambiental Estratégica*. Brasília: MMA/SQA, 2002.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos – SPI. *Estudo da Dimensão Territorial para o Planejamento*: v. VII – Avaliação de Sustentabilidade da Carteira de Investimentos. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos. Brasília: MPOG, 2008.

BURIAN, Paulo Procópio. *Avaliação Ambiental Estratégica como instrumento de licenciamento para hidrelétricas – o caso das bacias do rio Chopim no Paraná*. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro2/GT/GT06/paulo_burian.pdf>. p. 01-20, 2004 (Trabalho apresentado no II Encontro da Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade (ANPPAS)). Acesso em 05 jun. 2013.

COOPER, Jon C. Broad programmatic, policy and planning assessments under the national environmental policy act and similar devices: a quiet revolution in an approach to environmental considerations. *Pace Environmental Law Review*, v. 11, n. 1, 1993.

COSTA, Karina Pinto. A (in)efetividade do direito ambiental brasileiro: análise prática das normas, dos instrumentos processuais e casos concretos. *Revista de Direito Privado*, v. 36, out. 2008. Disponível em: *Revista dos Tribunais Online*. Acesso em: 01 jun. 2013.

ENTERRÍA, Eduardo García de. Uma nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado, *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, ano 7, n. 25. Porto Alegre: O Tribunal, 1996.

FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FILIPPUCCI, Leonardo. *La Valutazione di Impatto Ambientale e la valutazione strategica, alla luce delle modifiche introdotte dal Dlgs 4/2008*. Milano: Edizioni Ambiente, 2009.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista, por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

KAWASAKI, Rie. *Análise dos estudos de impacto ambiental e dos relatórios de impacto ambiental elaborados antes e após a realização da avaliação ambiental estratégica – Caso do rodovial Trecho Sul*. Monografia (Aperfeiçoamento/Especialização em Perícia e Auditoria Ambiental) – Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo, 2007.

LAWSON, Gary; BEERMANN, Jack M. Reprocessing Vermont Yankee. In: *WORKING PAPER SERIES, PUBLIC LAW & LEGAL THEORY*. Boston: Boston University School of Law, n. 06-25, ago. 2006, p. 17. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=926349>>. Acesso em: 18 maio 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MACIEL, Marcela Albuquerque. *Compensação Ambiental: instrumento para a implementação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MAIA, Leonardo Castro. Usinas hidrelétricas e a atuação do Ministério Público em defesa do meio ambiente. *Revista dos Tribunais*, n. 921, jul. 2012.

METZGER, Gillian. The store of Vermont Yankee: a cautionary tale of judicial review and nuclear waste. *Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers*. 2005, Paper 0592, p. 1. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/columbia_pllt/0592>. Acesso em: 18 maio 2013.

MILARÉ, Edis. *Direito Ambiental*. 6. e 8. eds. São Paulo: RT, 2009 e 2013.

MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

OLIVEIRA, Aparecida Antônia de; BURSZTYN, Marcel. Avaliação de impacto ambiental de políticas públicas. *Interações – Revista Internacional de Desenvolvimento Local*. v. 2, n. 3, set. 2001.

PORTERFIELD, Matthew. Agency action, finality and geographical nexus: judicial review of agency compliance with NEPA's programmatic environmental impact statement requirement after *Lujan v. National Wildlife Federation*. *University of Richmond Law Review*, v. 28, 1994.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'Environnement*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 3. tiragem, São Paulo: Saraiva, 2013.

REALE, Miguel. Abuso do poder de legislar. *Revista de Direito Público*, n. 39-40, São Paulo: RT, jul./dez. 1976.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. *Avaliação Ambiental Estratégica e sua Aplicação no Brasil*. 2008. Disponível em: <<http://www.revistaestudosavancados.usp.br/iea/aaeartigo.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2013.

SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. *Duke Law Journal*, v. 1989, june, n. 3, Twentieth Annual Administrative Law Issue, 1989.

SILVA, Frederico Rodrigues. Avaliação ambiental estratégica como instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. v. 8, n. 8, jul./dez. 2010.

TEIXEIRA, Izabella Mônica Vieira. *O uso da avaliação ambiental estratégica no planejamento da oferta de blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil: uma proposta*. 2008. 288 p. (Tese em Engenharia). Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, 2008.

TESSLER, Marga Barth. Análise da Resolução no 1/86 Conama sob perspectiva da avaliação ambiental estratégica. *Revista do TRF da 4a Região*. Porto Alegre, a. 18, n. 63, 2007.

THERIVEL, Riki. *Strategic Environmental Assessment in Action*. 2. ed. Londres: Earthscan, 2010.