

FUNÇÃO DE REGULAÇÃO E SUSTENTABILIDADE

Sérgio Guerra¹

RESUMO: Uma das principais funções do Estado de Direito contemporâneo é a regulação, instrumento do Direito Público, do qual cada vez mais se exige maior eficácia e melhor aplicação dos recursos orçamentários, diferente da visão antiga e tradicional da mera escolha discricionária. A regulação representa uma espécie de corretivo indispensável a dois processos que se entrelaçam, as mazelas e as deformações do regime capitalista e ainda um corretivo ao modo de funcionamento do aparelho do Estado. Vista nesta ótica, a regulação deve perseguir o equilíbrio sistêmico e, para tanto, valer-se de uma visão prospectiva, de modo a se afastar das decisões de momento e sem sustentabilidade. A questão central a ser enfrentada é saber se no estágio democrático e de estabilidade política do Brasil, a opção por entidades reguladores independentes, atreladas a funções de Estado e não de Governo, deve ser o caminho perseguido e ampliado para a regulação ambiental ou da sustentabilidade. O presente artigo busca analisar esta nova concepção de regulação e suas responsabilidades e compromissos com a sustentabilidade, a partir da revisão bibliográfica especializada e fundada no método dedutivo, para defender ao final a hipótese de que o atual sistema constitucional brasileiro dificulta a criação de uma única Agência Reguladora diante da competência comum dos entes federados em matéria ambiental. Ademais, o Brasil não se encontra em ambiente político similar àquele que propiciou a criação das Agências Reguladoras na década de 90, razão pela qual se pode sustentar, no máximo, a substituição do IBAMA por uma agência federal.

Palavras-chave: Direito regulatório; desenvolvimento sustentável; SISNAMA.

ABSTRACT: One of the main functions of State Contemporary Law is the regulation, instrument of Public Law, which increasingly requires greater efficiency and better enforcement of budgetary resources, different from the old traditional view of mere discretionary choice. The regulation represents a kind of an essential concealer for two processes that intertwine, the ills and deformations of capitalist system and even a concealer to the operation of the State apparatus. In this perspective, the regulation must pursue the systemic balance and, therefore, make use of a prospective view, to move away from the momentary decisions and without sustainability. The central question to be faced is to understand if in the democratic and political stability stage of Brazil, the option of independent reg-

1 Visiting Researcher - Yale Law School (2014). Pós-Doutor em Administração Pública (FGV/EBAPE). Doutor e Mestre em Direito. Professor Titular da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas - RJ (Graduação e Mestrado), na qual ocupa o cargo de Vice-Diretor de Ensino, Pesquisa e Pós-Graduação. Editor da Revista de Direito Administrativo – RDA. Coordenador do Mestrado em Direito da Regulação da FGV DIREITO RIO. Coordenador Geral do Curso *International Business Law* (FGV/University of California Irvine). Consultor Jurídico da Comissão de Direito Administrativo da OAB/RJ. Este artigo foi elaborado e atualizado de acordo com palestra ocorrida no III Congresso Brasileiro de Direito e Sustentabilidade, realizado em Foz de Iguaçu em Maio de 2014, utilizando-se parte do artigo originalmente publicado na obra coletiva coordenada pelo Professor Rômulo Sampaio et al. (Tópicos de Direito Ambiental: 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011).

ulatory entities, tied to State functions and not from Government, must be the pursued and expanded way for regulating environmental or sustainability. This article seeks to analyze this new conception of regulation, and its responsibilities and commitments to sustainability, starting from the review of specialized bibliography, founded in deductive method, to finally defend the hypothesis that the current Brazilian constitutional system hinders the establishment of a single Regulatory Agency in front of the join responsibility of federal agencies on environmental matters. Furthermore, Brazil isn't similar to that which led to the creation of Regulatory Agencies in the 90's in political environment, reason because it can be sustained a replacement of IBAMA per Federal Agency.

Keywords: Regulatory Law; Sustainability development; National System of Environment.

INTRODUÇÃO

Diante dos desafios trazidos pela forte complexidade cotidiana e impostos pela Constituição Federal de 1988, ainda que se leve em conta a teoria da “reserva do possível”, não há dúvida de que as ações governamentais necessitam de maior eficácia, de melhor aplicação dos recursos orçamentários, ao contrário do que, em muitos casos, ainda ocorre sob o rótulo da vetusta escolha discricionária².

O Estado deve funcionar de maneira eficiente e eficaz; isto é, deve ser um instrumento para o desenvolvimento nacional e prestar contas de suas atividades. Ainda hoje, no Brasil, depara-se com certa opacidade no planejamento e na capacidade para implementar, adequadamente, as políticas públicas em áreas essenciais para o desenvolvimento da sociedade, notadamente, naquelas que trazem grandes impactos ambientais.

Uma questão é certa: o Estado brasileiro, pelo texto constitucional, passa a ser regulador. Essa nova função regulatória decorre do fenômeno de mutação constitucional³, desencadeado pelas alterações estruturais por que passou a sociedade e que teve como consequência, no plano das instituições políticas, o surgimento do imperativo de mudança nas formas de exercício das funções estatais clássicas. O fenômeno da regulação, tal como concebido nos dias atuais, nada mais representa do que uma espécie de corretivo indispensável a dois processos que se entrelaçam. De um lado, trata-se de um corretivo às mazelas e às deformações do regime capitalista⁴ e, de outro, um corretivo ao modo de funcionamento do aparelho do Estado⁵ engendrado por esse mesmo capitalismo.

2 GUERRA, Sérgio. Discricionarieidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.63.

3 Na expressão de Joaquim Barbosa, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal em: GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Agências reguladoras: a “metamorfose” do estado e da democracia (uma reflexão de direito constitucional e comparado). In: Direito da regulação. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. v. 9. Alexandre Santos de Aragão (org.), p. 90.

4 O inconformismo com a ordem liberal econômica já se apresentava na penúltima década do século XIX. Em 1887 foi criada a primeira “Agência Reguladora” estadunidense, a Interstate Commerce Commission, e, uma década depois, editado o Clayton Act para combater as práticas anticoncorrenciais. Cf. MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública, p. 17

5 Bresser Pereira comenta a questão do ponto de vista das burocracias tecnicamente especializadas: “Um dos papéis que desempenham, além do meramente técnico, é o de desenvolver estratégias de articulação entre os aparatos de Estado e a sociedade como forma de neutralização de pressões clientelistas ou mesmo de ampliação de seus recursos. Nesse sentido, a burocracia pode ser um ator político no contexto da democracia, valendo-se

A regulação é uma espécie de intervenção estatal, porém indireta, que alcança atividades econômicas, sociais e ambientais, podendo-se falar em regulação sustentável. Ela visa, basicamente, a implementação de políticas públicas e realização dos direitos e garantias constitucionais. Para alcançar seus objetivos, a função de regulação deve perseguir o equilíbrio sistêmico, e, para tanto, deve se valer de uma visão prospectiva, de modo a se afastar das decisões de momento e sem sustentabilidade. A base de suas escolhas deve ser a preponderância técnica (não política), de modo a reduzir-se a pura discricionariedade.

Essa função deve se caracterizar como sendo uma função de Estado e não de governo⁶, este preocupado, logicamente, com as urnas. Para sua legitimidade, deve-se buscar a participação de forma consensual da sociedade que auxiliará na antecipação dos riscos regulatórios muitas das vezes só conhecidos pelos próprios agentes do mercado.

Com esses elementos, a função de regulação setorial tem melhores condições de enfrentar os desafios da reflexividade da vida social que, nas palavras de Giddens⁷, consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando, dessa forma, seu caráter constitutivamente.

Dentre algumas ações governamentais visando alcançar um modelo de *organização administrativa gerencial*, foram criadas (ou reestruturadas), no bojo do processo de desestatização, *entidades reguladoras independentes* (autarquias especiais vinculadas, e não subordinadas ao Poder Público central), compondo, em parte, a chamada administração descentralizada ou indireta. A criação de entes estatais reguladores seguiu tendência internacional⁸ de reformar a Administração Pública mediante a elaboração de novas ferramentas gerenciais, jurídicas, financeiras e técnicas⁹.

As entidades reguladoras independentes, com suas características próprias, estão implantadas em diversos países. À título exemplificativo identificam-se as seguintes “agências”: as independent regulatory commissions estadunidenses, as

dos instrumentos que esta faculta. Ela respeita as decisões dos políticos eleitos, mas desenvolve estratégias de legitimação por meio das quais obtém autonomia dos próprios políticos, a partir da demanda ou do apoio da sociedade”. BRESSER PERREIRA, Luis Carlos. *A reforma do estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*, p. 160.

6 Funções de Estado podem ser indicadas como sendo aquelas dispostas na Constituição e nas leis, as quais devem necessariamente ser observadas e executadas pela Administração Pública, independentemente de quem seja o partido ou governante na chefia do Poder Executivo. De outro lado, as funções de governo, por sua vez, consistem nas prioridades concretas do governante democraticamente eleito para a implementação durante o seu governo e dizem respeito à orientação política e governamental que se pretende imprimir a um setor, sempre e em qualquer caso submetidas às políticas de Estado. Floriano de Azevedo Marques Neto observa que as políticas de governo são os objetivos concretos que um determinado governante eleito pretende ver impostos a um dado setor da vida econômica ou social. Dizem respeito à orientação política e governamental que se pretende imprimir a um setor. Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*, p. 84 et seq.

7 GIDDENS, Anthony. *As consequências...*, p. 45.

8 Para uma análise comparativa entre as entidades reguladoras independentes nos Estados Unidos da América, Reino Unido, Alemanha, França, Itália e Espanha, ver a obra doutrinária de SALVADOR MARTÍNEZ, Maria. *Autoridades independientes*. Barcelona: Ariel, 2002.

9 Sobre o tema, ver: PIMENTA, Carlos Cesar. A reforma gerencial do estado brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais. In: *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 5, p. 173-199, 1998 e REZENDE, Flavio da Cunha. *Por que falham as reformas administrativas?* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

autorités administratives indépendantes francesas, as autorità indipendenti italianas, as administraciones independientes espanholas, as régies canadenses, as ambetswerk suecas e finlandesas, os ministerialfreien Raums germânicos¹⁰.

Cumprê destacar, ainda, que com o processo de unificação européia tornou quase que imperativa a necessidade de coordenar a atividade das diversas agências reguladoras de cada país. Assim, foram criadas inúmeras instituições com esse objetivo. Cite-se a Agência Europeia para a Segurança da Aviação – EASA. Essa entidade foi criada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da Europa no ano de 2002. Vale destacar a Autoridade Europeia de Segurança Alimentar - EFSA, também criada no ano de 2002¹¹ pelo Conselho da Europa. É um órgão comunitário com personalidade jurídica própria, independente das instituições da comunidade¹².

Cabe ressaltar a existência da Agência Europeia de Segurança Marítima – EMSA, criada em 2002 com o objetivo de reduzir o risco de acidentes marítimos, a poluição produzida por navios e a perda de vidas humanas no mar¹³.

Outro ente criado em 2003 é o Grupo Europeu de Reguladores de Eletricidade e Gás – ERGEG (European Regulators Group for Electricity and Gas), que surgiu no âmbito da Comissão Europeia como grupo assessor das autoridades reguladoras independentes de cada país, de forma a apoiar a Comissão na consolidação do mercado europeu de eletricidade e gás¹⁴; e, também, o Grupo Europeu de Reguladores de Redes e Serviços de Comunicação Eletrônica - ERG Telecom¹⁵, criado pela Comissão Europeia em 2002, com o objetivo de fomentar a cooperação e coordenação das autoridades nacionais de regulação com a Comissão, promover o desenvolvimento do mercado interno de redes e serviços de comunicação eletrônica, e lograr a aplicação efetiva, em todos os Estados membros, das determinações do novo marco regulatório.

Entre nós, surgiram as Agências Reguladoras e foram disciplinados novos modelos para o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE e para a Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

Como se vê, buscou-se no início da segunda metade da década de 90, do século passado, implantar-se um novo marco teórico para a Administração Pública, que substituísse, em parte, a perspectiva burocrática *weberiana*. O modelo até então seguido - sob a ótica de um corpo burocrático clássico - encontrava-se em posição subordinada hierarquicamente aos interesses governamentais. Entidades reguladoras, ao contrário, foram estruturadas apenas vinculadas ao Poder Público central, com foco na implementação continuada das políticas de Estado (busca da separação entre formulação e execução de políticas públicas).

Naquele contexto histórico, partiu-se da ideia de que havia questões em que a visão política, inerente ao ciclo eleitoral, poderia afetar a adoção de práticas que precisam de continuidade e segurança jurídica¹⁶.

10 Para análise detalhada sobre esses entes, CARDOSO, José Lucas. *Autoridades administrativas independentes e constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

11 Disponível em: <<http://www.easa.eu.int/language/pt/home.php>> Acesso em: 10 dez 2010.

12 Disponível em: <<http://www.efsa.europa.eu/>> Acesso em: 10 dez. 2010.

13 Disponível em: <<http://www.emsa.eu.int/>> Acesso em: 10 dez. de 2010.

14 Disponível em: <http://www.energy-regulators.eu/portal/page/portal/EER_HOME> Acesso em: 10 dez. 2010).

15 Disponível em: <<http://ec.europa.eu>> Acesso em: 10 dez. 2010.

16 “A partir da perspectiva de governança pública, as agências reguladoras independentes são entidades dotadas de um poder significativo e com certo nível de autonomia em seu processo de tomada de decisões. Isso

São consideradas práticas de Estado – e não de Governo¹⁷.

Compreendido o desenho constitucional que vivemos no Brasil; identificadas bases teóricas da organização da administração pública; e, com o ingresso de novos atores com missão regulatória sistêmica, dotados de certa autonomia funcional e independência decisória diversa do modelo hierarquizado *weberiano* - e, por isso, causando certos conflitos¹⁸ - resta indagar: no estágio democrático e de estabilidade política do Brasil, esse caminho deve ser perseguido e ampliado para a regulação ambiental ou da sustentabilidade?

Deve ou não ser criada uma Agência Reguladora federal, a exemplo da United States Environmental Protection Agency¹⁹, e que congregue funções executivas, normativas e judicantes? Diante da forma adotada para a gestão das atuais entidades reguladoras (ANEEL, ANATEL etc.), estruturadas no Brasil no bojo de uma tentativa de reformar a organização administrativa, pretende-se analisar se esse caminho deve ser trilhado na área ambiental.

1. INFLUXOS ESTRANGEIROS ABSORVIDOS NA CRIAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

É comum indagar quais foram os influxos que inspiraram os autores do modelo brasileiro de Agências Reguladoras independentes.

Certamente, essa ideia de descentralização adveio do movimento estruturado no Reino Unido, denominado de *New Public Management* – *NPM*, adotado a partir da década de 80 visando modernizar a organização administrativa; isto é, esse termo foi utilizado para descrever a onda de reformas do setor público nesse período.

Enrique Saravia²⁰ leciona que nas décadas de 80 e 90, vários países – entre

corresponde a uma etapa posterior na descentralização da administração pública, promovida pela *Nova Gestão Pública*. No entanto, os reguladores independentes diferem significativamente das agências descentralizadas por causa desse poder de tomada de decisões, que é superior ao da administração descentralizada e por causa de outros poderes delegados que detêm, os quais tradicionalmente é uma prerrogativa do Poder Executivo. A vantagem das agências reguladoras independentes é que elas podem isolar as atividades regulatórias das considerações políticas de curto prazo e a influência de interesses especiais públicos ou privados, particularmente das empresas reguladas.” ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Relatório sobre a Reforma Regulatória no Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento. Paris e Brasília, 2008. Grifamos.

17 Bresser Pereira sustentou essa dicotomia entre Estado e Governo ao afirmar que as agências executivas e reguladoras são organizações estatais descentralizadas que implementam políticas. Quando a lei define claramente a política, tem-se uma política de Estado; quando deixa a definição precisa para a administração vigente, tem-se uma política de governo. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Construindo o estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 305.

18 Segundo Paulo Mattos, o modelo de Agências Reguladoras autônomas, adotado no Brasil no contexto da reforma do Estado na década de 1990, insere-se no cenário em que se abrem novos canais de circulação de poder político. A formulação de políticas setoriais, que antes estava restrita aos gabinetes ministeriais, dentre outros, subordinadas às decisões políticas do Presidente da República e ao jogo das barganhas políticas com o Congresso, passou a ser feita de forma insulada por técnicos especializados, porém aberta ao público afetado pelas normas editadas pelas Agências Reguladoras. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006. p. 25.

19 Informações disponíveis sobre esse ente regulador em: <<http://www.epa.gov/lawsregs/regulations>> Acesso em: mai. 2011.

20 SARAVIA, Enrique. *Governança social...*, op. cit., p. 22.

eles o Brasil - tentaram reformas que permitissem maior agilidade e flexibilidade à atividade estatal. Os diversos planos de melhora receberam a denominação comum de Nova Gerência Pública (*New Public Management*) e seus principais enunciados foram sintetizados num memorável relatório da OCDE (1996).

Tratava-se de medidas destinadas a dotar a administração pública de um comportamento gerencial que aliviasse a máquina ou o aparelho do Estado. Muitos países avançaram por esse caminho e se registraram melhoras efetivas em muitos deles. No entanto, o modelo funcionou melhor nos países de democracias e economias evoluídas e estáveis. Não aconteceu idêntico fenômeno nos países com fortes desigualdades sociais e regionais, com pesados endividamentos e déficits fiscais, ou com sistemas políticos em transição.

O programa do NPM²¹ pode ser resumido, de forma objetiva, nas seguintes medidas: (i) diminuir o tamanho do Estado, inclusive do efetivo do pessoal; (ii) privatização de empresas e atividades; (iii) descentralização de atividades para os governos subnacionais; (iv) terceirização de serviços públicos (outsourcing); (v) regulação de atividades conduzidas pelo setor privado; (vi) transferência de atividades sociais para o terceiro setor; (vii) desconcentração de atividades do governo central; (viii) separação de atividades de formulação e implementação de políticas públicas; (ix) estabelecimento de mecanismos de aferição de custos e avaliação de resultados; (x) autonomização de serviços e responsabilização de dirigentes; (xi) flexibilização da gestão orçamentária e financeira das agências públicas; (xii) adoção de formas de contratualização de resultados; (xiii) abolição da estabilidade dos funcionários e flexibilização das relação de trabalho no serviço público²².

No bojo das reformas administrativas, trazidas nos governos Margareth Thatcher e John Major, foram criadas diversas entidades regulatórias.

Destaque-se a OFFICE OF TELECOMUNICATION - OFTEL, na área de telecomunicações, criada no ano de 1984; a OFFICE OF GAS - OFGAS, para regular o setor de gás, e a OFFICE OF ELETRICITY REGULATION - OFFER, regulando o setor de eletricidade.

Estas entidades, após fusão no ano de 1999, transformaram-se na OFFICE OF GAS AND ELETRICITY MARKETS - OFGEM, abrangendo os setores de gás e eletricidade²³. Foram criadas a WATER SERVICES REGULATION AUTHORITY - OFWAT²⁴ para o setor voltado aos recursos hídricos; a OFFICE OF RAIL REGULATION - ORR²⁵, do sistema ferroviário, a CIVIL AVIATION AUTHORITY - CAA²⁶, para o setor

21 “Nas décadas de 1980 e 1990, vários movimentos, abrigados sob o guarda-chuva da New Public Management (NPM), especialmente nos países anglo-saxões, propunham soluções para a administração pública. Pontos centrais se referiam à adaptação e à transferência dos conhecimentos gerenciais desenvolvidos no setor privado para o público, pressupondo a redução do tamanho da máquina administrativa, uma ênfase crescente na competição e no aumento de sua eficiência.” PECCI, Alketa; PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Silvia. Governança e New Public Management: convergências e contradições no contexto brasileiro. *O&S* - v.15, n. 46, julho/setembro, 2008.

22 COSTA, Frederico Lustosa da. *Reforma do estado e contexto brasileiro: crítica do paradigma gerencialista*. Rio de Janeiro: FGV, 2010. p. 154. ATÉ AQUI

23 Disponível em: <www.ofgem.gov.uk> Acesso: em 13 dez. de 2010).

24 Disponível em: <www.ofwat.gov.uk> Acesso: em 13 dez. de 2010).

25 Disponível em: <www.rail-reg.gov.uk> Acesso: em 13 dez. de 2010).

26 Disponível em: <www.caa.co.uk> Acesso em: 13 dez. de 2010).

aéreo, a OFFICE OF FAIR TRADING - OFT²⁷ atuando na defesa da concorrência, e uma agência responsável por loterias, a OFFICE OF THE NATIONAL LOTTERY – OFLOT, sucedida pela NATIONAL LOTTERY COMMISSION²⁸.

Registre-se, ainda, a influência estadunidense quanto à estruturação dos entes regulatórios, propriamente ditos. Com efeito, os Estados Unidos da América experimentaram um amplo e contínuo desenvolvimento da regulação setorial desde 1887, quando surgiu a Interstate Commerce Commission, com competência regulatória do transporte ferroviário interestadual.

A Independent Regulatory Commission é um ente estatal autônomo, dirigido por um colegiado composto por Commissioners eleitos pelo Chefe do Poder Executivo, e investidos para exercer o múnus público por meio de mandato fixo. Desse modo, esses dirigentes só podem ser exonerados em caso de falta grave.

Os mandatos dos Commissioners variam, sendo certo que sempre são determinados por prazos escalonados, de forma que os mandatos não sejam coincidentes. A nomeação do Chairperson, que preside o órgão colegiado, compete ao Chefe do Poder Executivo, com prévia aprovação do Senado Federal.

Como dito, na esfera ambiental, foi criada a United States Environmental Protection Agency (EPA). A EPA é a agência estatal estadunidense que detém competência para proteger os recursos naturais (terra, ar e recursos hídricos). De acordo com a legislação norte-americana em matéria ambiental, cabe a esta instituição conceber e implementar ações que conduzam a um balanço entre as atividades humanas e a capacidade dos sistemas naturais para suportar e garantir níveis ambientais aceitáveis.

Para cumprir este objetivo, o programa de pesquisa da EPA fornece informação de base e suporte técnico para a resolução de problemas ambientais reais, que permitam construir uma base de conhecimento científico necessária a uma adequada gestão dos recursos ecológicos, e que também permitam ajudar a compreender o modo como os poluentes podem afetar a saúde pública, e prevenir ou minimizar futuros riscos ambientais²⁹.

Por essas e outras características, verifica-se que, do ponto de vista estrutural (e não quanto à ideia de adotar, na administração pública, mecanismos gerenciais), o paradigma das Agências Reguladoras brasileiras é a Independent Regulatory Commission norte-americana.

2. NATUREZA JURÍDICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

As Agências Reguladoras brasileiras são autarquias de regime especial, possuindo autonomia em relação ao Poder Público. Já foram criadas no Brasil, sob essa forma e nomenclatura, dez agências reguladoras federais: ANEEL, ANP, ANATEL, ANVISA, ANA, ANS, ANCINE, ANTT, ANTAQ e ANAC, cada uma com as suas especificidades adiante examinadas. Encontra-se tramitando no Congresso projeto de lei para a criação da Agência Nacional de Mineração.

No direito positivo brasileiro as autarquias surgiram com a edição do Decreto-lei

27 Disponível em: <www.oft.gov.uk> Acesso em: 13 dez. de 2010).

28 Disponível em: <www.natlotcomm.gov.uk> Acesso em: 13 dezembro de 2010).

29 Conforme apresentado por E. Timothy Oppelt, Disponível em: http://www.lenhs.ct.ufpb.br/html/downloads/epanet/manual_do_epanet_brasil.pdf Acesso em: 22 de junho de 2011.

nº 6016, de 22 de novembro de 1943, como sendo um serviço estatal descentralizado com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei.

Em 1949 a Lei nº 830, de 23 de setembro, que reorganizou o Tribunal de Contas da União, ao fixar normas acerca do disposto no artigo 97 da Constituição Federal então vigente, definiu, em seu artigo 139, as entidades autárquicas como sendo: (i) o serviço estatal, descentralizado, com personalidade jurídica, custeado mediante orçamento próprio, independente do orçamento geral; e (ii) as demais pessoas jurídicas especialmente instituídas por lei para execução de serviço de interesse público ou social, custeadas por tributos de qualquer natureza ou por outros recursos oriundos do Tesouro.

Por sua vez, o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal e estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa, definiu autarquia como sendo o serviço autônomo criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada. Exatamente por serem pessoas de Direito Público, as autarquias podem ser titulares de interesses públicos, ao contrário de empresas públicas e sociedades de economia mista. Estas, em sendo pessoas de Direito Privado, podem apenas receber qualificação para o exercício de atividades públicas; não, porém, para titularizar as atividades públicas³⁰.

Assim, é justo concluir que as autarquias têm natureza jurídica de direito público, criadas com o objetivo de executar atividades típicas da Administração Pública (exercício de funções exclusivas de Estado). A criação dessas entidades deve partir do Chefe do Poder Executivo e ser aprovada mediante lei pelo Congresso Nacional. O regime especial – *i.e.* diferenciado – significa que à entidade autárquica são conferidos privilégios específicos visando aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública³¹.

Além das atribuições de competência regulatória, com a ampliação das funções normativas e judicantes da administração pública indireta, pode-se congregiar os seguintes elementos confirmadores da autonomia das Agências Reguladoras: organização colegiada; impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes; autonomia financeira e orçamentária, e, por último, a independência decisória³².

3. AUTONOMIA REGULATÓRIA

As Agências Reguladoras são entidades autônomas em relação ao poder

30 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 139

31 Nesse sentido, ver MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo, Malheiros, 1993. p. 315.

32 Luís Roberto Barroso bem resume a questão ao denotar que “é desnecessário, com efeito, enfatizar que as agências reguladoras somente terão condições de desempenhar adequadamente seu papel se ficarem preservadas de ingerências externas inadequadas, especialmente por parte do Poder Público, tanto no que diz respeito a suas decisões político-administrativas quanto a sua capacidade financeira. Constatada a evidência, o ordenamento jurídico cuidou de estruturá-las como autarquias especiais, dotadas de autonomia político-administrativa e autonomia econômica-financeira”. BARROSO, Luis Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. *In: Agências reguladoras*. Alexandre de Moraes (Org.) São Paulo: Atlas, 2002. p. 121.

central, sendo, em termos³³, detentora de independência decisória. Em prol da autonomia regulatória das Agências, Vital Moreira³⁴ aponta diversas razões.

A primeira seria a separação entre a política e a economia, de modos que a economia não permaneça nas mãos do Governo; a segunda seria a garantia de estabilidade e segurança no quadro regulatório (inamovibilidade do mandato dos reguladores), de modo a não depender do ciclo eleitoral, mantendo a confiança dos agentes regulados quanto à estabilidade do ambiente regulatório.

Segue sustentando, como razão para a autonomia, o favorecimento do profissionalismo e a neutralidade política, mediante o recrutamento de especialistas profissionais, em vez de correligionários políticos dos governantes. Tem-se, ainda, a separação do Estado-empresário do Estado regulador, com o indispensável tratamento isonômico entre os operadores públicos e privados. Destaca a “blindagem” contra a captura regulatória, mediante a criação de reguladores afastados das constrições próprias da luta partidária e do ciclo eleitoral, proporcionando melhores condições de resistência às pressões dos regulados e, por fim, a garantia do autofinanciamento, de modo que a entidade reguladora potencialize a sua autonomia em relação ao Governo e aos regulados.

Analisando, em apertada síntese, esses traços que garantem a autonomia e independência decisória das Agências Reguladoras, pode-se trazer as seguintes observações. A organização dessas entidades autárquicas estruturou-se de forma que as suas decisões definitivas observem, em regra, a forma colegiada. O Conselho Diretor é composto pelo Diretor-Presidente e demais Diretores, com *quorum* deliberativo por maioria absoluta. As nomeações desses dirigentes são feitas por mandatos por prazos certos e não coincidentes³⁵, havendo impossibilidade de exoneração *ad nutum*³⁶.

A autonomia financeira e orçamentária está assegurada nas leis instituidoras de cada Agência Reguladora, em que pese o contingenciamento de recursos (retardamento ou inexecução de parte da programação de despesa prevista na Lei Orçamentária) que essas autarquias vêm experimentando nos últimos anos.

Os recursos das Agências Reguladoras advêm das denominadas taxas de fiscalização ou regulação pagas por aqueles que exercem as respectivas atividades econômicas reguladas, de modo a que inexista dependência de recursos do orçamento do Tesouro³⁷.

33 Cf. Alexandre Santos de Aragão quando adverte que a qualificação de independente conferida a muitas das agências reguladoras deve ser entendida em termos. Em nenhum país em que foram instituídas possuem independência em sentido próprio, mas apenas uma maior ou menor autonomia, dentro dos parâmetros fixados pelo ordenamento jurídico. ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação dos poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, pp. 11-56, abr. 2001.

34 MOREIRA, Vital. Por uma regulação ao serviço da economia de mercado e do interesse público: a “declaração de condeixa”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 01, jan/fev/mar. 2003, p. 252-253.

35 Celso Antonio Bandeira de Mello é radicalmente contra a garantia dos mandatos dos dirigentes das Agências Reguladoras por prazo posterior ao fim do mandato do Chefe do Poder Executivo que o nomeou. “Isso seria o mesmo que engessar a liberdade administrativa do futuro Governo. Ora, é da essência da República a temporariedade dos mandatos, para que o povo, se o desejar, possa eleger novos governantes com orientações políticas e administrativas diversas do Governo precedente”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, cit., p. 153.

36 Ver ADIn 1949-RS, em que essa matéria foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Vale registrar sobre o tema que a Lei nº 9.986/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras, padronizou a forma de escolha dos seus dirigentes.

37 Acerca das questões orçamentárias em cotejo com a Lei de Responsabilidade Fiscal, em que se discutiu os

Finalmente, a independência decisória representa o estabelecimento do Conselho Diretor da Agência Reguladora como última instância decisória, haja vista a sua vinculação administrativa (e não subordinação hierárquica) ao respectivo Ministério.

Vale ressaltar que ato normativo, expedido pelo Advocacia-Geral da União – AGU, provocou certa polêmica envolvendo a autonomia das Agências Reguladoras. A AGU é instituição prevista na Constituição Federal de 1988 (art. 131), cuja missão envolve a representação judicial e extrajudicial da União, seja por via direta ou por órgãos vinculados, além das atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. Por meio da edição da Lei Complementar 73/1993, foram disciplinadas as funções desse órgão, envolvendo: (i) o controle interno da legalidade dos atos administrativos; (ii) a fixação da interpretação da Constituição, das leis, tratados e demais atos normativos; (iii) a unificação da jurisprudência administrativa, com a solução de controvérsias entre órgãos jurídicos da Administração Federal, bem como que a edição de enunciados de súmula administrativa resultante da jurisprudência iterativa dos tribunais.

Em 2002, por meio da Lei nº 10.480/2002, foi criada a Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado à AGU, a quem compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais. A partir de então, foram integrados à estrutura da AGU esses serviços de representação judicial e consultoria jurídica.

Nesse contexto, a AGU editou a Portaria 164, de 20 de fevereiro de 2009, por meio da qual se atribuiu à Adjuntoria de Contencioso da Procuradoria Federal³⁸ a representação judicial de autarquias e fundações públicas federais junto aos tribunais superiores (STF e STJ) e na Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Assim, a representação judicial dos interesses das Agências Reguladoras, pela AGU, passou a ser considerada medida que, em tese, pode macular a autonomia desses entes autárquicos, haja vista que, originalmente, as Agências Reguladoras eram representadas em juízo por procuradores dos seus próprios quadros.

4. A ATUAL ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA VOLTADA À REGULAÇÃO BRASILEIRA SOB A ÓTICA SUSTENTÁVEL

Atualmente, não temos no Brasil entidades reguladoras independentes para a regulação ambiental, nos âmbitos federal, estadual ou municipal. Ou são constituídas por órgãos ou são estruturadas como entidades da administração indireta, não dotadas das características antes mencionadas e que diferenciam as Agências Reguladoras de outras autarquias.

O modelo de regulação ambiental no Brasil segue a linha clássica de organização administrativa piramidal em que o Chefe do Poder Executivo ocupa o seu vértice, tendo, sob sua subordinação direta, o Ministro do Meio Ambiente.

limites de atuação do Poder Executivo em relação aos órgãos constitucionalmente independentes, ver o debate travado na ADIN 2238-MC.DF.

38 A Adjuntoria de Contencioso é o órgão de direção da Procuradoria-Geral Federal, dirigida pelo Adjunto de Contencioso, com as atribuições de coordenação e orientação das atividades de contencioso das Procuradorias Regionais Federais, Procuradorias Federais nos Estados, Procuradorias Seccionais Federais e Escritórios de Representação da PGF. Exerce a representação judicial das 157 autarquias e fundações públicas federais e da União (esta por delegação de competência, na defesa de contribuições previdenciárias nas ações trabalhistas) junto ao Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores e Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais e, extraordinariamente, junto a qualquer outro juízo ou Tribunal. Exerce também, competências delegadas para autorizar acordos e aprovar análises de precatórios entre outras. Disponível em <http://www.agu.gov.br> Acesso: em 15 dez. de 2010.

Compete ao Ministério do Meio Ambiente o planejamento, a coordenação, a supervisão e o controle da Política Nacional do Meio Ambiente, bem como ditar as diretrizes governamentais em relação à matéria.

O Ministério foi criado em novembro de 1992 com a missão de promover a adoção de princípios e estratégias para o conhecimento, a proteção e a recuperação do meio ambiente, o uso sustentável dos recursos naturais, a valorização dos serviços ambientais e a inserção do desenvolvimento sustentável na formulação e na implementação de políticas públicas, de forma transversal e compartilhada, participativa e democrática, em todos os níveis e instâncias de governo e sociedade.

Posteriormente, a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos ministérios, constituiu como área de competência do Ministério do Meio Ambiente os seguintes assuntos: I - política nacional do meio ambiente e dos recursos hídricos; II - política de preservação, conservação e utilização sustentável de ecossistemas, e biodiversidade e florestas; III - proposição de estratégias, mecanismos e instrumentos econômicos e sociais para a melhoria da qualidade ambiental e o uso sustentável dos recursos naturais; IV - políticas para a integração do meio ambiente e produção; V - políticas e programas ambientais para a Amazônia Legal; e VI - zoneamento ecológico-econômico.

A regulamentação do Ministério do meio Ambiente deu-se por força do Decreto nº 6.101, de 26 de abril de 2007, que estabeleceu como estrutura organizacional.

I - órgãos de assistência direta e imediata ao Ministro de Estado: a) Gabinete; b) Secretaria-Executiva: 1. Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração; 2. Departamento de Gestão Estratégica; 3. Departamento de Articulação de Políticas para a Amazônia e Controle do Desmatamento; 4. Departamento de Economia e Meio Ambiente; 5. Departamento de Fomento ao Desenvolvimento Sustentável; e 6. Departamento de Apoio ao Conselho Nacional do Meio Ambiente. c) Assessoria de Assuntos Internacionais; e d) Consultoria Jurídica;

II - órgãos específicos singulares: a) Secretaria de Mudanças Climáticas e Qualidade Ambiental: 1. Departamento de Mudanças Climáticas; 2. Departamento de Licenciamento e Avaliação Ambiental; e 3. Departamento de Qualidade Ambiental na Indústria; b) Secretaria de Biodiversidade e Florestas: 1. Departamento de Conservação da Biodiversidade; 2. Departamento de Florestas; 3. Departamento de Áreas Protegidas; e 4. Departamento do Patrimônio Genético; c) Secretaria de Recursos Hídricos e Ambiente Urbano: 1. Departamento de Recursos Hídricos; 2. Departamento de Revitalização de Bacias Hidrográficas; e 3. Departamento de Ambiente Urbano; d) Secretaria de Extrativismo e Desenvolvimento Rural Sustentável: 1. Departamento de Extrativismo; 2. Departamento de Desenvolvimento Rural Sustentável; e 3. Departamento de Zoneamento Territorial; e) Secretaria de Articulação Institucional e Cidadania Ambiental: 1. Departamento de Coordenação do Sistema Nacional do Meio Ambiente; 2. Departamento de Cidadania e Responsabilidade Socioambiental; e 3. Departamento de Educação Ambiental;

III - órgãos colegiados: a) Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama); b) Conselho Nacional da Amazônia Legal (CONAMAZ); c) Conselho Nacional de Recursos Hídricos; d) Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente; e) Conselho de Gestão do Patrimônio Genético; f) Comissão de Gestão de Florestas Públicas; e g) Comissão Nacional de Florestas (CONAFLO);

IV - Serviço Florestal Brasileiro (SFB);

V - entidades vinculadas: a) autarquias: 1. Agência Nacional de Águas (ANA); 2. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama); 3. Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio); e 4. Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro (JBRJ); b) empresa pública: Companhia de Desenvolvimento de Barcarena (CODEBAR).

Como se vê, a organização administrativa, em termos de regulação ambiental no Brasil, é bastante complexa em termos federais. Ademais disso, deve-se considerar, nessa complexidade, que a competência para a proteção ambiental é comum; isto é, de todos os entes federados, sendo estruturada sob a forma de um sistema: o Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA.

4.1 O Sistema Nacional de Meio Ambiente

O SISNAMA foi instituído em 1981; portanto, muito antes da ideia de administração pública gerencial, composta por Agências Reguladoras. Esse sistema é, na verdade, um conjunto de órgãos e instituições que, no nível federal, estadual e municipal, são encarregados da regulação do meio ambiente.

O SISNAMA é integrado por um órgão consultivo e deliberativo; por um órgão central; um órgão executor; diversos órgãos setoriais; órgãos seccionais e órgãos locais. Cada um desses órgãos possui atribuições próprias sob a ótica do clássico exercício do poder de polícia. As atribuições dos órgãos de cada ente federado foram divididas da seguinte forma: (a) órgão superior: o Conselho de Governo, formado pelos Ministros de Estado, que assessoram o Presidente da República nas diretrizes gerais sobre a política de meio ambiente; (b) órgão consultivo e deliberativo: o CONAMA; (c) órgão central: o Ministério do Meio Ambiente; (d) órgão executor: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA; (e) órgãos seccionais: os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas e pelo controle dessas atividades nos Estados; (f) *órgãos locais: órgãos ou entidades municipais responsáveis pelo controle dessas atividades no âmbito de suas respectivas jurisdições.*

4.2 A adoção do modelo de órgãos colegiados em sede de regulação ambiental

A exemplo das Agências Reguladoras, os órgãos ambientais brasileiros também contam com o funcionamento pelo sistema de colegiado, ou seja, são formados por vários membros, cada um representando outro órgão ou entidade.

No âmbito federal, o CCMA - Conselho Consultivo do Meio Ambiente foi o primeiro órgão colegiado específico sobre a matéria de meio ambiente. Surgiu com a criação da SEMA - Secretaria Especial do Meio Ambiente, pelo Decreto federal 73.030, de 30/10/73.

Com o surgimento da Política Nacional de Meio Ambiente criou-se o CONAMA - Conselho Nacional de Meio Ambiente, que tem a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais, e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida (art. 6º da Lei 6938/81 com as alterações da Lei nº 8028/90).

Compete ao CONAMA estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para licenciamento de atividades afetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos entes competentes e supervisionado pelo IBAMA; determinar, quando julgar necessário, a realização de estudos das alternativas e das possíveis consequências ambientais de projetos públicos ou privados, requisitando aos órgãos federais, estaduais e municipais, bem como a entidades privadas, as informações indispensáveis para apreciação dos estudos de impacto ambiental e respectivos relatórios, no caso de obras ou atividades de significativa degradação ambiental, especialmente em áreas consideradas patrimônio nacional; decidir, como última instância administrativa em grau de recurso, mediante depósito prévio sobre as multas e outras penalidades impostas pelo IBAMA; homologar acordos visando à transformação de penalidades pecuniárias na obrigação de executar medidas de interesse para a proteção ambiental; determinar, mediante representação do IBAMA, a perda ou restrição de benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público, em caráter geral ou condicional, e a perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimento oficiais de crédito; estabelecer, privativamente, normas e padrões nacionais de controle da poluição por veículos automotores, aeronaves e embarcações, mediante audiência dos Ministérios competentes; estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos.

4.3 O IBAMA como órgão executor da regulação ambiental federal

No atual modelo de intervenção ambiental há uma bipartição entre normatização e execução da regulação: o CONAMA é o responsável pela normatização e o IBAMA é quem detém competência para a execução. Como se vê, esse modelo difere das Agências Reguladoras, que congregam em si as funções executivas, normativas e judicantes.

O IBAMA foi criado em 22 de fevereiro de 1989 por força da Lei nº 7.735. Trata-se de uma autarquia federal que funciona como secretaria executiva do CONAMA, sendo o principal responsável pelo cumprimento das suas deliberações.

Com a criação do IBAMA a gestão ambiental no Brasil passou a ser realizada de maneira integrada em razão de existir, anteriormente, vários setores que cuidavam do meio ambiente em diferentes Ministérios.

Até aquele momento havia vários órgãos que eram responsáveis por ações na área ambiental: o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF), criado com megaestrutura, que mantinha a gestão das florestas; a Superintendência de Pesca (SUDEPE), que mantinha a gestão do ordenamento pesqueiro; a Superintendência da Borracha (SUDHEVEA), que tinha como desafio viabilizar a produção da borracha. O IBDF e a SUDEPE eram vinculados ao Ministério da Agricultura e a SUDHEVEA ao Ministério da Indústria e Comércio.

A atuação de preservação ambiental destes órgãos era bastante limitada e levavam em consideração de maneira preponderante a questão econômica. Diferentemente da SEMA, a atuação de preservação ambiental destes órgãos era reduzida a ilhas dentro de suas estruturas, pois foram criados para dar incentivos fiscais e fomentar o desenvolvimento econômico. Mesmo assim, não havia um órgão com a atribuição de trabalhar o meio ambiente de forma integrada. Juntos com a Sema, foram estes os quatro órgãos que deram origem ao IBAMA.

Na realidade, indiretamente, a criação do IBAMA é o ápice de um longo caminho de articulação e conscientização, que teve como pontapé, se não inicial, mas, pelo menos, mais forte, a participação do Brasil na Conferência das Nações Unidas para o Ambiente Humano, realizada em Estocolmo (Suécia), em 1972. Após Estocolmo, houve muita pressão da sociedade e internacional para que o Brasil passasse a fazer a gestão ambiental de forma integrada. Como resposta ao compromisso brasileiro assumido junto à Conferência de Estocolmo, surgiu a Sema em 1973, que realizou, nos anos seguintes, todo um trabalho de criação e atualização do marco regulatório da área ambiental³⁹.

CONCLUSÃO

Retirando-se o debate sobre temas simples submetidos aos entes estatais, de fácil decisão, é difícil, em muitas situações, separar questões “políticas” das questões “técnicas”. Com isso, surgem inúmeros conflitos entre o modelo de organização administrativa clássica, piramidal, com o atual modelo de agências reguladoras implantado sob a forma policêntrica (em rede), e conflitos entre esses novos atores e os agentes regulados.

Mais complexa ainda, a intervenção estatal visando o equilíbrio sustentável. A Constituição Federal atribui ao Poder Público, em todos os três níveis da federação, o dever de preservar o meio ambiente, atraindo para essa tríade a competência comum no campo ambiental. Isso é o que detém, em tese, competência constitucional para fiscalizar qualquer empreendimento que afete os seus territórios.

Veja que o artigo 225 da Constituição Federal dispõe que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nesse cenário, a lei que trouxe o norte sobre a matéria é anterior à Constituição (Lei nº 6.938/81). De acordo com essa normativa, que dispõe sobre a política nacional de meio ambiente, a competência para o licenciamento de atividades consideradas potencialmente poluidoras é, regra geral, dos órgãos estaduais (art. 10); contudo, essa mesma lei dispõe que compete ao Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA o estabelecimento de normas e critérios para o licenciamento, e de padrões de controle do ambiente.

O CONAMA, por sua vez, tentou encontrar uma solução ao editar a Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997, que estabeleceu critérios para exercício da competência para o licenciamento ambiental. Nessa resolução (hierarquicamente inferior à Lei 6938/81, e que gerou mais conflito), ao relacionar os empreendimentos e atividades sujeitas ao licenciamento ambiental clássico (Licença Prévia, Licença de Instalação e Licença de Operação), só atribui a um órgão ambiental a competência para o licenciamento e a definição dos critérios de sua exigibilidade.

Procurou o CONAMA ser expresso ao estabelecer, nos termos da mencionada Resolução, que a competência para o licenciamento deve ser exercida apenas por um único ente federado: “*Os empreendimentos e atividades serão licenciados em um único nível de competência, conforme estabelecido nos artigos anteriores.*”

39 Nesse sentido, ver GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Curso de Direito Ambiental*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Essa mesma disposição constou na Lei Complementar 140 de 08/12/2011, ao dispor que os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo, e que os demais entes federativos interessados podem manifestar-se ao órgão responsável pela licença ou autorização, de maneira não vinculante, respeitados os prazos e procedimentos do licenciamento ambiental.

A dificuldade surge quando se interpreta o espaço para atuação de cada ente federativo: os Municípios, nos licenciamentos cujo impacto seja “*local*” e os Estados nos casos em que os impactos ambientais diretos “*ultrapassem os limites territoriais de um ou mais Municípios*”. Como se vê, trata-se de conceitos jurídicos indeterminados que só podem, em muitos casos, ser integrados no caso concreto.

Diante dessas considerações, é justo concluir que o nosso sistema constitucional dificulta a criação de uma única Agência Reguladora (a exemplo do que ocorre na área de telecomunicações, aviação civil etc.) diante da competência comum dos entes federados em matéria ambiental.

Ademais, o Brasil não se encontra em ambiente político similar àquele que propiciou a criação das Agências Reguladoras na década de 90. Naquela fase, a segregação de competências entre a administração pública direta e a indireta, em setores estratégicos (telefonia, energia elétrica etc.), por meio de entidades autônomas, se apresentou como sendo fundamental para: (i) criar um ambiente propício à segurança jurídica e atração de capital privado (notadamente estrangeiro) e, (ii) descentralizar a regulação de temas complexos e preponderantemente técnicos, naturalmente distantes dos debates e interesses políticos do Congresso Nacional na atual sociedade de rede.

Hoje, há estabilidade em termos políticos e econômicos no Brasil, de modo que a criação de entes estatais autônomos (órgãos de Estado) só se justifica se, além da ampliação da complexidade técnica, outra razão se apresente plausível. O que se pode cogitar, no máximo, é a criação de uma Agência federal em substituição ao IBAMA para regular as questões que envolvem e afetam bens públicos federais ou que se insiram na sua competência normativa para a edição de normas gerais.