

Privatização e proteção ambiental

Mudanças institucionais no controle ambiental

PAULO DE BESSA ANTUNES

SUMÁRIO

1. Contexto econômico das privatizações. 1.1. A privatização: quadro legal. 2. Concessões de serviços públicos. 2.1. Serviço público. 2.1.1. Abrangência constitucional de serviço público. 2.2. Concessão de serviço público. 2.3. O modelo das Leis nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nº 9.074, de 7 de julho de 1995. 2.3.1. Marco regulatório. 2.3.2. Ente regulador. 2.3.2.1. Direito comparado. A – Estados Unidos. a.1. Nova Iorque. a.2. Califórnia. B – Austrália. C – México. D – Bolívia. E – Conclusão. 2.3.2.2. Direito brasileiro. 3. Atividade econômica e o meio ambiente. 3.1. A proteção do meio ambiente como princípio da atividade econômica. 3.2. Natureza econômica das normas de Direito Ambiental. 4. Os mecanismos de controle ambiental no Brasil. 4.1. Competência legislativa e poder de polícia em matéria ambiental. 4.2. O Sistema Nacional do Meio Ambiente. 5. Regulação ambiental de empresas privatizadas. 5.1. Passivos ambientais. 5.2. Ente de regulação ambiental de serviços públicos concedidos. 5.2.1. Sua necessidade. 5.2.2. Uma proposta.

1. Contexto econômico das privatizações

A privatização dos serviços públicos e de empresas públicas é um processo econômico e político que vem se desenvolvendo em todo o mundo. A privatização, como se sabe, tem, pelo menos, quatro origens principais: (a) a crise de financiamento do setor público que tem se mostrado incapaz de arcar com os investimentos necessários para a manutenção e o aprimoramento dos serviços que lhe competem; (b) globalização das relações econômicas com influência direta nos custos e qualidade de produtos; (c) necessidade de que o Estado, ao redefinir o seu papel na sociedade, promova investimentos elevados em setores tais

Paulo de Bessa Antunes é Advogado, Mestre em Direito, Doutorando em Direito na UERJ, Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Meio Ambiente/RJ.

como educação, saúde pública, segurança, meio ambiente, ciência e tecnologia; (d) significativa dívida interna que o Estado não consegue saldar devido a sua pouca capacidade de investimento e premente necessidade de honrar os seus compromissos sem emitir moeda, evitando-se a retomada de um nefasto processo inflacionário¹. O envolvimento direto do Estado em diversas atividades econômicas tem resultado, em geral, em desempenhos insuficientes e em desvios de recursos essenciais a setores que, a cada dia, necessitam de maiores e melhores investimentos, bem como de uma gestão mais profissionalizada e capaz de atingir resultados econômica e socialmente satisfatórios.

O Brasil não está isolado do processo econômico e político que acima foi, sucintamente, descrito. Os Programas de Reforma do Estado e de Reforma Administrativa são, sem dúvida, dois programas político-institucionais importantes que estão sendo desenvolvidos em nosso País. No interior de tais programas merecem destaque as questões concernentes às concessões de serviços públicos (privatização das empresas estatais). O objetivo do presente trabalho é o de especular teoricamente sobre as repercussões do processo de privatização, em especial da concessão de serviços públicos, sobre o controle ambiental, tal qual o mesmo é atualmente praticado no Brasil.

Há que se fazer, contudo, uma distinção importante. A privatização, tal qual está sendo praticada no Brasil, pode ser dividida em dois grandes segmentos (a) venda de empresas públicas ou de sociedades de economia mista que desempenham atividades puramente econômicas e que não se confundem com serviços públicos; (b) venda de empresas públicas que são concessionárias de serviços públicos. Como exemplo do primeiro modelo, podem ser arroladas as siderúrgicas que foram privatizadas²; quanto ao segundo modelo, pode ser dado o exemplo da Light Serviços de Eletricidade S/A.

A relação que o Estado manterá, doravante, com cada um dos dois grandes grupos, após o processo de privatização, é de natureza inteiramente diversa. As empresas que desempenham atividades econômicas *tout court*

¹ Ainda que se admita que a explicação é simplista, para o objetivo deste trabalho, a fixação deste patamar é suficiente.

² Companhia Siderúrgica Nacional – CSN; Usiminas, etc.

não estarão exercendo qualquer atividade delegada pelo Poder Público, serão empresas como milhares de outras, sem qualquer vínculo com a Administração Pública.

A situação das concessionárias de serviços públicos é diversa. De fato, tais empresas agem por delegação do Poder Público e, em caso de quebra de contrato, poderão ser incorporadas ao patrimônio público³. Por outro lado, o Poder Público, ao outorgar a concessão, comprometeu-se, contratualmente⁴, com a manutenção de um determinado equilíbrio econômico-financeiro do contrato, assegurando a rentabilidade do negócio. Em contrapartida, o empresário deverá estar comprometido com um determinado nível de investimentos, de tarifas, de qualidade de serviços e de proteção ambiental, aí incluindo-se a recuperação de passivos anteriormente existentes e que tenham sido causados pela ação deletéria da atividade empresarial desenvolvida preteritamente pelo próprio Estado.

1.1. A privatização: quadro legal

O processo de privatização, tal qual foi estabelecido no Brasil, está regulado, fundamentalmente, pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e Decretos nº 99.463/90 e nº 724/93. Tal conjunto normativo estabeleceu o Programa Nacional de Desestatização – PND, cujos objetivos principais são os seguintes: (a) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; (b) contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do Poder Público; (c) permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; (d) contribuir para a modernização do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; (e) permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; (f) contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo de oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integram o programa.

³ Lei nº 8.987/95, art. 36 e segs.

⁴ Lei nº 8.987/95, art. 23.

Conforme anota Leopoldo Mameluque⁵, privatização

“é a alienação pela União⁶ de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras empresas controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade”.

As empresas que podem ser submetidas ao processo de privatização, no âmbito federal, são aquelas controladas direta ou indiretamente pela União e instituídas por lei ou ato do Poder Executivo e as empresas que, embora criadas pelo setor privado, tenham passado para o controle direto ou indireto da União.

O processo de revisão constitucional que vem sendo desenvolvido⁷, como é óbvio, tem grande influência no processo de privatização, pois, na forma da legislação vigente⁸, não podem ser objeto de privatização as empresas que exerçam atividades de atribuição exclusiva da União. Maria Sylvia Zanella di Pietro⁹ anota com propriedade que:

“(…) mesmo as atividades antes privativas de empresas estatais, por força dos artigos 21, inciso XI, e 25, § 2º, da Constituição Federal, poderão passar a ser concedidas a empresas privadas, como decorrência da alteração daqueles dispositivos pelas Emendas Constitucionais nº 5 e 8, de 16.8.95”.

Os Estados-membros também estão desenvolvendo os seus programas de privatização. Tais programas, embora balizados por legislação própria, adotam normas que, no fundamental, seguem a padronização federal. No Estado do Rio de Janeiro, o Programa Estadual de Desestatização – PED foi criado pela Lei nº 2.470, de 28 de novembro de 1995, com nova

⁵ MAMELUQUE, Leopoldo. *Privatização : modernismo e ideologia*. São Paulo : Revistas dos Tribunais, 1995. p. 21.

⁶ A ênfase do trabalho está voltada para a legislação federal. Para os Estados, evidentemente, é necessária uma análise da legislação própria.

⁷ Reformas no conceito de empresa nacional, na regulamentação da atividade minerária, no redesenho do sistema de telecomunicações, no transporte marítimo de cabotagem, no sistema tributário e na administração federal.

⁸ Revogada no particular pelas Emendas Constitucionais nº 5 e nº 8.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. São Paulo : Atlas, 1996. p. 42.

redação dada pela Lei nº 2.552, de 10 de maio de 1996.

O Programa Estadual de Desestatização – PED tem os seguintes objetivos: (a) reestruturar a exploração pelo Estado da atividade econômica, transferindo à iniciativa privada aquelas que não provem interesse coletivo; (b) contribuir para a redução da dívida pública do Estado e conseqüente saneamento das finanças do Poder Executivo; (c) permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; (d) promover investimentos e reestruturação da Administração Pública, com vistas à sua atuação nas funções públicas essenciais, em especial na área de educação e saúde pública, incluindo-se o saneamento básico; (e) estimular a livre concorrência e a democratização da propriedade do capital das empresas a serem privatizadas.

Especificamente quanto à privatização de empresas concessionárias de serviço público, a Lei estadual nº 2.470, em seu artigo 7º, determina que:

“A privatização de empresas que prestam serviços públicos efetivada mediante uma das modalidades previstas no art. 4º pressupõe a delegação, através de concessão ou permissão do serviço objeto da exploração, caso seja de sua competência ou, sendo também autorizada a subconcessão ou subpermissão, quando o Estado for delegatário dos serviços.”

2. Concessões de serviços públicos

2.1. Serviço público

Serviço público é uma expressão essencialmente polissêmica e, portanto, somente pode ser compreendida dentro de um determinado contexto. É possível, em princípio, identificar, no mínimo, três sentidos diversos para a expressão: (a) orgânico; (b) material; e (c) formal. Em sentido orgânico, o serviço público é o conjunto de órgãos, agentes e recursos da Administração Pública; na sua acepção material, o serviço público é uma atividade, uma tarefa ou uma função cometida à Administração Pública por lei. Já em seu sentido formal, o serviço público pode ser caracterizado como a atividade desenvolvida por alguém que se encontra submetido ao regime de Direito Público.

Conforme ensina Gasparini¹⁰:

“O conceito é amplo. Abarca as atividades de oferecimento de comodidades ou utilidades materiais (energia elétrica, telecomunicações, distribuição de água domiciliar), bem como as jurídicas (serviços cartorários), as fruíveis diretamente (transporte coletivo, coleta de lixo) ou indiretamente (segurança pública) pelos administrados de forma preponderante, ou pela Administração. A prestação é da Administração Pública (órgãos, agentes e material) ou de seus delegados (concessionários, permissionários). Por fim, há de ser prestado observando-se normas de Direito Público, isto é, há de ser executado sob um regime de desigualdade ou derogante de Direito Comum.”

Sobre a matéria, o Professor Hely Lopes Meirelles¹¹ ensinou que o

“serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.

Trata-se, portanto, de uma definição bastante genérica que serve para indicar quais atividades o Estado julga conveniente que estejam sob a sua orientação e controle. O já mencionado publicista, com precisão, divide os serviços públicos em duas modalidades fundamentais: (a) serviços públicos; e (b) serviços de utilidade pública.

No caso presente, o nosso interesse está voltado para as prestações desenvolvidas pela Administração Pública, no sentido de Poder Executivo; a prestação jurisdicional está fora de nossa cogitação, assim como não se cuida de qualquer atividade relacionada à segurança pública ou com o funcionamento do aparelho de Estado.

O interesse do presente trabalho está voltado para os serviços públicos compreendidos como o oferecimento de uma comodidade ou utilidade material para os cidadãos, bem como para os serviços fruíveis diretamente. As demais acepções do termo “serviço público” exorbitam do nosso escopo.

¹⁰ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo : Saraiva, 1989. p. 141.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo : Malheiros, p. 294.

Os serviços públicos, em sentido estrito, são aqueles compreendidos por atividades executadas pelo próprio Estado. Em razão de técnicas administrativas, o Estado poderá atribuir, por lei, a prestação de tais atividades a uma entidade estatal, autarquia.

Os serviços de utilidade pública são aqueles reconhecidos como importantes e necessários para a população mas que, no entanto, o Estado não presta diretamente. O Estado opta por manter o seu poder regulamentar sobre a atividade e, concomitantemente, delegá-lo para a prestação por terceiros. Neste caso, podem ser incluídos os serviços de transporte, telecomunicações, etc.

As definições e distinções acima, tradicionais, tendem a perder sentido no momento atual, que tem admitido que, mesmo em serviços essenciais, os particulares possam praticar a atividade, mantido o poder de direção do Estado e o controle da atividade¹². É importante que se ressalte que as definições acima referidas correspondem a um determinado padrão de desenvolvimento econômico e de Estado existentes antes dos fenômenos da globalização da economia, da revolução da informática e da imensa crise de financiamento do setor público atualmente existentes. Tais modificações não poderiam deixar de repercutir no Direito Administrativo, que é, como se sabe, o Direito do Estado e de suas relações com o mundo privado. Há, no entanto, uma enorme dificuldade para que legisladores e doutrinadores sejam capazes de se aperceber de uma diferença extremamente importante: serviço público ou de utilidade pública é aquele que atende à necessidade dos cidadãos. Serviço público não é serviço estatal que atende, apenas, às necessidades do próprio aparelho burocrático do Estado. Há serviços que são prestados por entidades privadas que estão submetidos a um elevado grau de controle pelos cidadãos, e há serviços estatais sobre os quais os cidadãos são incapazes de emitir uma simples opinião.

De fato, o Direito Administrativo ainda não logrou estabelecer, claramente, a diferença entre apropriação burocrática e privada, pelo Estado, de determinadas realidades e a apropriação pública (no sentido de *res publica*) pelos cidadãos. Este é um elemento que cria enormes dificuldades para que se compreenda

¹² Há uma tendência administrativa muito forte que é a de outorgar determinados serviços a Cooperativas profissionais para que estas o executem.

o novo papel a ser desempenhado pelo Estado no século XXI.

2.1.1. Abrangência constitucional de serviço público

No regime constitucional brasileiro, o legislador constituinte fez uma opção por atividades que, em seu juízo político, deveriam integrar o serviço público em seu sentido material. A definição foi feita considerando-se a natureza federal do Estado brasileiro, derivando, daí, uma classificação política dos serviços públicos, que podem ser federais, estaduais ou municipais.

A matéria é extremamente relevante para o nosso trabalho, pois, no contexto das concessões de serviços públicos, o dimensionamento das atividades que poderão ser objeto de concessão tem uma imensa repercussão econômica, dependendo daí a possibilidade de atração de maiores ou menores investimentos.

No âmbito do Direito brasileiro, tendo em vista que a livre iniciativa é um instituto de índole constitucional, não poderá o Estado, ainda que mediante lei, estabelecer serviços públicos que, por sua só existência, impliquem o cerceamento da atividade econômica privada¹³. O Estado, por certo, poderá desempenhar atividades econômicas que, no entanto, não podem ser, pelo simples fato de serem desempenhadas pelo Estado, catalogadas como serviço público. Refiro-me, por exemplo, a uma usina siderúrgica. Trata-se, como é óbvio, de uma atividade econômica que, em nosso regime constitucional, não se enquadra no conceito de serviço público. É uma atividade empresarial desempenhada pelo Estado. Em tal condição, por força do regime constitucional, a atuação do Estado é puramente supletiva à da iniciativa privada.

Ora, na hipótese de privatização de uma empresa que exerça uma atividade empresarial, não remanesce com o Estado qualquer responsabilidade para com o serviço, ou para com a empresa. A empresa, livre da tutela estatal, seguirá sua vida totalmente desvinculada do seu antigo proprietário, salvo quanto ao exercício ordinário do poder de polícia. Diferente é a hipótese da privatização de uma concessionária de serviço público: o Estado se desvincula da empresa mas, ao contrário, permanece presente naquilo que diz respeito às responsabilidades

¹³ Isto é, o Estado, aleatoriamente, não pode se arvorar o direito de “conceder” toda e qualquer atividade.

quanto à boa prestação do serviço por parte da concessionária. Isto é, o Estado, em última instância, é o responsável pela regularidade, qualidade, tarifas e demais aspectos referentes ao serviço prestado. Trata-se de uma responsabilidade pelo controle e pela fiscalização, não por resultados ou gestão.

A privatização tem como uma primeira consequência jurídica o fim do duplo papel desempenhado pelo Estado quando se trata da prestação de serviços públicos por empresas estatais. O Estado deixa de ser, a um só tempo, fiscal da execução do serviço e executor do próprio serviço. Esta dupla função, até aqui desempenhada, sempre privilegiava um dos aspectos da atuação estatal, quase sempre o empresarial, em negligência da atuação fiscalizadora, com claros prejuízos para o bom desempenho do serviço oferecido.

2.2. Concessão de serviço público

A Concessão de serviços públicos não é um conceito jurídico que encontre uma definição tranqüila entre os diversos doutrinadores que se dedicaram a estudar a matéria. Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁴ aponta a existência de, pelo menos, três concepções particulares, que assim classificou:

“(1) os que, seguindo a doutrina italiana, atribuem acepção muito ampla ao vocábulo *concessão* de modo a abranger qualquer tipo de ato, unilateral ou bilateral, pelo qual a Administração outorga direitos ou poderes ao particular; não tem muita aceitação no Direito brasileiro que, em matéria de contrato, influenciou-se mais pelo Direito francês; (2) os que lhe dão acepção menos ampla, distinguindo a concessão translativa da constitutiva, e admitindo três tipos de concessão: a de serviço público, a de obra pública e a de uso de bem público; (3) os que lhe dão acepção restrita, só considerando como concessão a delegação de poderes para a prestação de serviços públicos, ou seja, a concessão de serviços públicos.”

A concessão de serviços públicos é o instrumento pelo qual o Poder Público estabelece condições para que um particular possa exercer uma atividade que seja considerada socialmente relevante¹⁵, remune-

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo : Atlas, 1990. p. 213.

¹⁵ Por mandamento legal e só nesta hipótese.

rando-se com as tarifas cobradas. As concessões são modalidades de contratos administrativos pelo quais o Poder Público delega ao particular a execução de um determinado serviço que se reveste de interesse público.

O artigo 2º da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, define os conceitos normativos de concessão e de permissão. Na forma da norma legal, (a) concessão de serviço público é a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente¹⁶, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; (b) concessão de serviço público precedida de obra pública é a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; (c) permissão de serviço público é a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente, à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

A Lei estadual nº 1.481/89 (Rio de Janeiro), em seu artigo 2º, define concessão como

“a delegação contratual, pela Administração, da prestação de serviços públicos ou de utilidade pública a empresa privada, por tempo determinado, para atendimento de interesses públicos, com ou sem a realização de obras públicas correlatas”.

Já a Lei estadual nº 7.835¹⁷, de 8 de maio de 1992 (São Paulo), é mais minuciosa em suas definições, estabelecendo que (a) concessão de obra pública é a delegação contratual, a empresa individual ou coletiva ou a consórcio de empresas, da construção, reforma, ampliação ou conservação e da exploração pelo

¹⁶ “art. 2º, I – Poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão.”

¹⁷ art. 2º, incisos II, III e IV.

concessionário, por sua conta e risco e por prazo certo, de obra destinada ao uso do povo, remunerada basicamente pela cobrança de tarifas dos usuários; (b) concessão de serviço público é a delegação contratual, a empresa individual ou coletiva, ou a consórcio de empresas, da prestação de serviço público, por prazo certo, remunerada basicamente pela cobrança de tarifas dos usuários; (c) permissão de serviço público é a delegação unilateral, discricionária e precária, a empresa individual ou coletiva ou a consórcio de empresas, da prestação de serviço de utilidade pública, por sua conta e risco, remunerada pela tarifa cobrada dos usuários, feitas em situações excepcionais, caracterizadas pela urgência.

2.3. O modelo das Leis nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nº 9.074, de 7 de julho de 1995

Uma vez que já foi estabelecido o quadro geral do regime de concessões de serviços públicos e das privatizações, necessário se faz sejam apontadas as características inovadoras do novo modelo legal adotado no Brasil.

2.3.1. Marco regulatório

A concessão de serviços públicos para empresa privada, em si, não é nenhuma novidade na vida nacional. De fato, muitos dos serviços públicos, que atualmente estão sendo concedidos, já foram prestados por empresas privadas sob o regime de concessão, *v.g.*, energia elétrica, telefonia, etc. O modelo atual, entretanto, possui diferenças bem marcantes em relação àquele adotado no passado. Com efeito, o artigo 175 da Constituição da República Federativa do Brasil determina que:

“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

A prestação dos serviços acima mencionados deverá ser feita na forma da lei, que deverá dispor sobre (a) o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, *o caráter especial de seu contrato* e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; (b) os direitos dos usuários; (c) a política tarifária; e (d) a obrigação de manter serviço adequado.

O processo de privatização de empresas concessionárias de serviços públicos, tal qual está sendo concebido no momento, é profundamente diferente das formas de concessões anteriormente

vigentes no Brasil. Em primeiro lugar, há que observar que o nosso modelo de concessões não contemplava grandes investimentos por parte dos concessionários. Podemos citar o exemplo dos transportes rodoviários. Embora o transporte seja um serviço público concedido, o Estado é que fazia os investimentos em infra-estrutura; o concessionário limitava-se a adquirir os ônibus e o material necessário para a sua conservação. Desnecessário dizer, portanto, que inexistia qualquer risco empresarial na atividade.

Naquilo que diz respeito aos serviços públicos de infra-estrutura, luz, gás, água, rodovias, etc., o concessionário, em geral, é uma empresa pública que não está contratualmente obrigada a realizar investimentos e que, por se confundir com o poder concedente, não sofre qualquer sanção por não desempenhar suas funções nos termos da concessão. E mais: devido a distorções evidentes, tais empresas se tornaram, de fato, mais poderosas do que o próprio Estado que as mantém. Uma dessas distorções é que o custo das atividades sempre cresceu de forma exponencial, enquanto a qualidade, expansão e regularidade quase sempre ficaram abaixo das necessidades nacionais. Isto para não se falar nos altos valores dos subsídios, sempre repassados para os setores socialmente mais privilegiados, que, de fato, são os únicos a contar efetivamente com todos os serviços públicos.

De fato, no sistema tradicional de concessões, o Poder Público colocava-se em posição de superioridade jurídica em relação aos concessionários e usuários. Tal superioridade, objetivamente, fazia com que mecanismos pouco claros tivessem de ser utilizados para que os concessionários pudessem obter reajustes de tarifas e preços. Na impossibilidade de reajuste, a qualidade do serviço sempre saía prejudicada. Muitas vezes, as normas éticas eram violadas para que situações fossem atendidas. Não é desconhecida a realidade pela qual, não raras vezes, os concessionários eram os verdadeiros “donos” de setores da Administração Pública.

O modelo que se pretende utilizar, doravante, é um modelo em que poder concedente, concessionária e usuários são vistos como partes em um mesmo processo complexo e que têm os seus direitos e obrigações estabelecidos em um *marco regulatório*. O marco regulatório é o conjunto formado pela lei de concessão do serviço público e pelo contrato de concessão. É no marco regulatório

que estão definidos os termos pelos quais o serviço será regido ao longo de todo o tempo de duração da concessão. A grande vantagem teórica do atual modelo de concessão sobre o sistema arcaico é que, atualmente, há uma definição bastante clara do papel a ser desempenhado por cada uma das partes, bem como dos direitos e obrigações de cada um.

O *marco regulatório*, inexistente no modelo anterior de concessão de serviços públicos, é um *contrato-programa* entre o Estado (poder concedente) e o concessionário, pelo qual são fixadas metas a serem atingidas pelo concessionário. Isto é, o Estado estabelece um programa de trabalho que deve ser cumprido pelo concessionário, sob pena de perda da própria concessão. Ao adquirir a empresa ou ao vencer a licitação pela concessão, o empresário terá, previamente, examinado se possui ou não interesse no empreendimento. A sua possibilidade de lucro, os investimentos necessários e a qualidade de serviço que se pretende são todos fixados previamente. Podemos imaginar a hipótese da concessão do serviço público de água. O marco regulatório definirá, ao longo do período de concessão, qual a expansão do serviço que deve ser feita, quais as novas áreas que devem ser incorporadas ao sistema, quais as intervenções ambientais que devem ser praticadas pela empresa, etc.

É também no *marco regulatório* que estarão contidas as cláusulas de garantia do equilíbrio da equação econômico-financeira para o investidor, bem como os direitos dos usuários e os poderes do Estado. Desnecessário dizer que o marco regulatório é, também, o definidor das metas ambientais a serem atingidas.

A fixação rígida de parâmetros tem por objetivo evitar que *após* um *ciclo de privatizações*, caso os investimentos sejam mal realizados, retorne-se a um ciclo de estatizações, mediante o qual o Estado adquira dos particulares as empresas que já foram estatais, seja por mau desempenho econômico, seja porque o período de concessão já se encontra próximo do fim. Não se conseguirá atrair investimentos se não forem estabelecidos, de forma inequívoca, mecanismos jurídicos bastante sólidos e estáveis.

O presente modelo de concessão de serviços públicos a empresas privadas determina, como se sabe, a necessidade de construção de organismos independentes capazes de dirimir os conflitos entre o poder concedente, os concessionários e os usuários dos serviços públicos concedidos, naquilo que diz à

interpretação do *marco regulatório*. Tais organismos são genericamente conhecidos como *entes reguladores*.

2.3.2. Ente regulador

2.3.2.1. Direito comparado

A necessidade de entes reguladores para os serviços públicos concedidos é uma necessidade que tem sido percebida por todos os países que adotam um modelo mais empresarial para a concessão de serviços públicos.

A. Estados Unidos

O altamente descentralizado regime federativo norte-americano permitiu o desenvolvimento de diversas experiências peculiares para a regulamentação da atividade dos serviços públicos concedidos.

a.1. Nova Iorque

No Estado de Nova Iorque existe a *Public Service Commission*¹⁸, que é um órgão vinculado ao Departamento de Serviços Públicos¹⁹. A Comissão é constituída por cinco membros nomeados pelo Governador do Estado, após aprovação do Senado estadual. Não poderá haver mais de três membros que pertençam ao mesmo partido político. Os membros da Comissão são nomeados para um mandato de seis anos e devem exercer, de forma exclusiva, a atividade de membros da Comissão. O membro da Comissão somente poderá ser afastado de seu cargo por negligência, ineficiência ou comportamento inadequado na função. É necessário um processo para o afastamento do membro da Comissão.

A Comissão é dotada de todos os poderes necessários para o bom desempenho de suas funções.

a.2. Califórnia

O artigo XII, seção 1, da Constituição do Estado da Califórnia instituiu a *Public Utilities Commission*, constituída por cinco membros, designados pelo Governador do Estado, com a aprovação do Senado Estadual, com mandato de seis anos. A Comissão goza de amplos poderes para regulamentar as atividades referentes aos serviços públicos, podendo, inclusive, aplicar penas, ouvir testemunhas, estabelecer tarifas, etc.

B. Austrália

Na Austrália, no Estado de Vitória, existe

o *Office of the Regulator-General* que foi criado por lei em 1994. A mencionada lei tem por objetivo criar um arcabouço regulador para serviços públicos concedidos com o propósito de promover e salvaguardar a livre concorrência e a eficiência de serviços, na inexistência de uma prática de mercado, evitando a constituição de monopólios.²⁰

O Regulador-Geral é indicado pelo Governador, dentre pessoas com experiência e conhecimento em um ou mais de um dos campos da indústria, comércio, economia, direito ou administração pública. O Regulador-Geral deve exercer com exclusividade as suas funções. O mandato do Regulador-Geral é de cinco anos e ele não poderá ser afastado do cargo, salvo nas hipóteses previstas em lei. Existe, junto ao Gabinete do Regulador-Geral, uma equipe de reguladores-associados.

C. México

O México adotou modelo diverso dos acima mencionados, pois instituiu diversas agências de regulação. Tais agências foram criadas setorialmente, isto é, para cada setor de serviços públicos que foi privatizado, estabeleceu-se um ente regulador próprio. As garantias e funções dos entes reguladores são, em linhas gerais, as mesmas existentes nos demais países acima examinados.

D. Bolívia

Na Bolívia, mediante a aprovação da Lei nº 1600 de 24 de outubro de 1994, foi estabelecido o Sistema de Regulação Setorial (SIRESE) cujo objetivo é o de regular, controlar e supervisionar as atividades dos setores de telecomunicações, eletricidade, petróleo, transportes, águas e de outros setores que, mediante lei, sejam incorporados ao sistema.

Existe um Superintendente-Geral do SIRESE que é designado pelo Presidente da República e cuja nomeação deverá ser aprovada por 2/3 dos membros presentes do Senado. O mandato do superintendente é de sete anos. Salvo o exercício do magistério universitário, o superintendente não poderá exercer qualquer outra função ou atividade. A destituição do superintendente somente ocorrerá em virtude de sentença proferida em razão de delitos praticados no exercício do cargo.

E. Conclusão

Pelo que se viu acima, não há uma fórmula pela qual se defina qual deve ser o modelo de

¹⁸ New York Public Service Law, article 1.

¹⁹ Secretaria de Serviços Públicos

²⁰ N° 42 of 1994 – Office of the Regulator-General Act 1994 (Assented to 7 June 1994).

ente regulador a ser adotado. Existem critérios. O *ente regulador* deve ser independente das partes envolvidas no processo de concessão, deve ser dotado de recursos próprios, deve ser formado por pessoas conhecidas pela sociedade e que sejam capazes de decidir, com transparência e segurança, os casos que lhes forem submetidos. Os membros do *ente regulador* não devem poder ser afastados de suas funções, salvo quando praticarem faltas graves, previamente definidas em lei, e após decisão de uma instância competente, de preferência do Poder Legislativo.

2.3.2.2. Direito brasileiro

O Direito brasileiro, tal qual vários Direitos estrangeiros, reconhece a necessidade de que se estruture uma instância própria e capaz de solucionar as questões decorrentes de conflitos entre partes envolvidas nos contratos de privatização, em especial naquilo que diz respeito aos serviços públicos concedidos. A legislação federal referente aos serviços públicos concedidos, Lei nº 8.987/95 e Lei nº 9.074/95, embora não tenha previsto a figura do ente regulador, igualmente não criou obstáculos para a sua construção²¹.

No âmbito da legislação do Estado do Rio de Janeiro, a questão tem sido tratada de forma mais resolvida. A Lei estadual nº 1.481, de 21 de junho de 1989, em seu artigo 5º, § 3º, determina, *in verbis*:

“Os contratos de concessão conterão regras para estabelecer mecanismos e critérios adequados de revisão de tarifas, que poderá ser feita por juízo arbitral, nos termos contratualmente previstos.”

A Lei nº 2.470, de 28 de novembro de 1995, em seu artigo 19, expressamente autorizou a constituição de um ente regulador:

“Fica autorizado o Estado a instituir um ente regulador na estrutura da

²¹ De fato, a resistência à constituição de um ente regulador é muito mais de origem corporativa e burocrática do que conceitual. A dificuldade maior encontra-se em, quebrar preconceitos de velhos órgãos burocráticos, veja-se o recente caso do anteprojeto de lei que extinguiu o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica- DNAEE e que criava em sua substituição a Agência Nacional de Energia Elétrica-ANEL, como Ente Regulador. O mencionado projeto chegou a propor uma regulação pior do que o modelo atualmente existente.

Administração Pública indireta que gestione o processo inter-regional e exerça o poder regulatório com a finalidade de planejar, coordenar, padronizar e normatizar o acompanhamento e controle dos serviços públicos de competência estadual.”

3. A atividade econômica e o meio ambiente

3.1. A proteção do meio ambiente como princípio da atividade econômica

O regime jurídico constitucional das atividades econômicas no Brasil está regido pelo artigo 170 da Constituição Federal e, dentre os seus princípios, destaca-se a preocupação com a proteção ambiental. Senão vejamos:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VI – defesa do meio ambiente”.

O fato de que a organização constitucional da economia inclua o *respeito ao meio ambiente* como um dos princípios da atividade econômica e financeira demonstra que a livre iniciativa deve ser praticada observados os mandamentos constitucionais e, portanto, não estamos em uma economia baseada no princípio do *laissez-faire*, como alguém, desavisadamente, poderia pensar. O artigo 174 e seu parágrafo 3º referem-se diretamente ao meio ambiente quando tratam da organização de cooperativas de garimpeiros que deverão levar em conta a proteção ao meio ambiente. Também no artigo 176 podem ser contempladas normas de natureza ambiental. Os capítulos da política urbana (arts. 182/183) e da política agrícola e fundiária (arts. 184/191) guardam enorme proximidade com a matéria ambiental, sendo certo que a própria função social da propriedade ficou submetida à necessidade de preservação ambiental. Decorre daí que o meio ambiente e o Direito Ambiental não podem ser enfocados sem que se coloque em relevo o papel que representam para a vida econômica.

O padrão de desenvolvimento econômico até então adotado no Brasil sempre se fez de forma degradadora e poluidora, pois, calado na exportação de produtos primários, que eram

extraídos sem qualquer preocupação com a sustentabilidade dos recursos, e mesmo após o início da industrialização, não se teve qualquer cuidado com a preservação dos recursos ambientais. O momento é, portanto, de redimensionar o simples crescimento econômico em direção ao desenvolvimento sustentável.

Não se deve estabelecer um antagonismo entre desenvolvimento econômico e proteção ambiental. Ao contrário, até por razões econômicas, a proteção ambiental deve ser mais e mais incentivada. De fato, atualmente, a boa qualidade ambiental dos bens e produtos é um fator fundamental na competitividade entre países e empresas. Por outro lado, as normas de proteção ambiental, freqüentemente, servem como barreiras não-alfandegárias para produtos que não tenham sido produzidos dentro de determinadas normas e padrões ambientais.

A idéia de desenvolvimento sustentável tem em vista a conciliação da utilização racional dos recursos ambientais com a expansão da oferta dos benefícios econômicos. Pretende-se que, sem o esgotamento desnecessário dos recursos ambientais, haja a possibilidade de garantir uma condição de vida mais digna e humana para milhões e milhões de pessoas, cujas atuais condições de vida são absolutamente inaceitáveis. Há, ainda, a importante questão suscitada pela equidade intergeracional pela qual não se pode considerar lícito que as atuais gerações esgotem recursos e leguem às gerações futuras um planeta sem capacidade real de sustentabilidade.

3.2. Natureza econômica das normas de Direito Ambiental

A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que “dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências”, está evidentemente fundada em uma finalidade econômica. Assim é que o seu artigo 2º determina:

“A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições de desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana (...).”

Os incisos do artigo recém-referido estabelecem

uma principiologia, dentro da qual destacam-se, pelo caráter econômico, os princípios estabelecidos nos incisos II, III, V, VI e VII.

O Direito Ambiental²² também é Direito Econômico. O Direito Ambiental é dotado de instrumentos específicos que capacitam-no a atuar na ordem econômica, de modo a configurar um determinado padrão de desenvolvimento. Tais instrumentos estão previstos tanto na Constituição Federal, quanto na legislação ordinária, merecendo destaque aqueles que estão previstos na Lei nº 6.938/81. Nesse particular ressalta o papel dirigente das normas de Direito Ambiental; será através da aplicação e do implemento das normas ambientais que o conceito de desenvolvimento sustentável adquirirá o seu conteúdo concreto para o Brasil. Se o Direito Ambiental for eficaz, o desenvolvimento será sustentável; se for ineficaz, não lograremos ultrapassar o estágio do crescimento econômico.

De fato, a Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA, estabelecida pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, determina em seu artigo 2º que:

“A Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar ao País condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade humana (...).”

4. Os mecanismos de controle ambiental no Brasil

Para que se possa compreender os mecanismos de controle ambiental existentes no Brasil é necessário que se faça um breve exame das competências legislativas em matéria de proteção ambiental.

4.1. Competência legislativa e poder de polícia em matéria ambiental

O poder de polícia sobre determinada atividade é atribuição da pessoa de Direito público interno dotada de competência legislativa sobre a matéria. Tal competência é definida constitucionalmente. A competência legislativa corresponde uma competência

²² O Direito Ambiental, como se sabe, é multifacetado. É Direito Humano fundamental e é Direito Econômico.

administrativa específica. O sistema federativo brasileiro reconhece situações que são juridicamente complexas.

A Constituição Federal estabeleceu uma ampla repartição das competências legislativas em matéria ambiental. É certo que tanto a União, os Estados-membros e os Municípios são dotados de competência sobre a questão.

A repartição de competências legislativas, com o claro objetivo de descentralizar a proteção ambiental, acarreta um sistema legislativo complexo e que, nem sempre, funciona de modo integrado.

A Constituição Federal, em seu artigo 22²³, determina que compete privativamente à União legislar sobre: águas, energia, jazidas, minas e outros recursos minerais, populações indígenas, atividades nucleares de qualquer natureza. A União, na forma do artigo 23²⁴ da Constituição Federal, tem competência comum com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para: proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; preservar as florestas, a flora e a fauna; registrar, acompanhar e fiscalizar a concessão de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios. O artigo 24²⁵ da Constituição Federal determina competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: florestas, caça, pesca, fauna, conservação, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção ao meio ambiente e controle da poluição; proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico.

A competência estabelecida no artigo 22 da Constituição da República Federativa do Brasil, ou seja, a competência privativa, somente pode ser exercida pela própria União, a menos que ela, mediante lei complementar, autorize os Estados-membros a legislar sobre questões específicas incluídas nas matérias contempladas no parágrafo único²⁶. A competência privativa é competência legislativa que só pode ser exercida pelos Estados mediante lei complementar federal para casos específicos.

²³ Constituição Federal – art. – 22, IV, XII, XIV e XXVI.

²⁴ Constituição Federal – art. 23 – III, IV, VI, VII e XI.

²⁵ Constituição Federal – art. 24 – VI, VII e VIII.

²⁶ art. 22 – Parágrafo único – Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Por sua vez, a competência tratada no artigo 23, isto é, a competência comum, não é competência legislativa. Trata-se, de fato, de uma cooperação administrativa. Para José Cretella Jr.²⁷, a

“competência comum é cooperação administrativa, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento do bem-estar, em âmbito nacional, entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, o exercício de funções concomitantes e contínuas, que incidem sobre as matérias constantes dos incisos I a XII do art. 23 da Carta Política de 1988, o auxílio recíproco disciplinado por normas veiculadas por lei complementar federal. Nesta expressão *comum* é sinônimo de *concorrente*, como o era na Constituição de 1934, art. 10, III (concorrentemente). Trata-se porém, da *concorrência administrativa*.”

A *competência comum*, portanto, é uma imposição constitucional para que os diversos integrantes da Federação atuem em cooperação administrativa recíproca visando a resguardar e proteger os bens ambientais.

O artigo 24 define a *competência concorrente* da União, dos Estados e do Distrito Federal. No interior desta modalidade de competência legislativa encontra-se toda uma gama de matérias ambientais. Aqui a competência não é puramente administrativa, mas indica a capacidade de legislar sobre determinadas matérias. Esta competência estabelecida pelo artigo 24 determina um eixo, ao redor do qual deve se construir a legislação dos diversos Estados-membros. A legislação estadual deverá, no entanto, adotar os princípios e os fundamentos genéricos estabelecidos pela legislação federal. A competência concorrente implica que a União deve estabelecer os parâmetros gerais a serem observados pelos demais integrantes da Federação.

A competência dos Estados-membros para atuar em matéria ambiental está prevista nos artigos 23 e 24 da Lei Fundamental brasileira. O artigo 24 afirma uma competência legislativa própria para os Estados. Desta forma, os Estados podem legislar concorrentemente sobre: florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos

²⁷ CRETELLA Jr., José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro : Forense, 1991. v.4. p. 1740 – 1741.

naturais, proteção do meio ambiente, controle da poluição; proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; responsabilidade por dano ao meio ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A União, nos casos acima referidos, somente pode estabelecer normas gerais, cabendo aos Estados minudenciar os aspectos da proteção ambiental em concreto. Os Estados podem suplementar a legislação federal. Observe-se que, se inexistente a norma federal, os Estados exercerão a competência legislativa plenamente, de modo a atender às suas peculiaridades. No momento em que passe a existir legislação federal sobre normas gerais, a legislação estadual, naquilo que contrariar à norma federal, perde eficácia.

Observadas as normas gerais federais, cada Estado pode estabelecer as suas próprias normas de tutela ambiental, criando sistemas estaduais de proteção ambiental. Este é um caminho interessante para a proteção do meio ambiente, pois a maior proximidade entre o bem a ser tutelado e a agência de controle ambiental é um elemento positivo e saudável para o meio ambiente. Evidentemente que o estabelecimento de sistemas estaduais de proteção ao meio ambiente encontra fortes obstáculos em questões de natureza econômico-financeira. Como se vê, é ampla a possibilidade que os Estados têm de legislar sobre o meio ambiente.

Os Municípios, pela Constituição de 1988, foram elevados à condição de integrantes da Federação²⁸. Na forma do artigo 23 da Lei Fundamental, os Municípios têm competência administrativa para defender o meio ambiente e combater a poluição. O artigo 30²⁹ da Constituição Federal atribui aos Municípios competência para: legislar sobre assuntos de interesse local; suplementar a legislação federal e estadual no que couber; promover, no que

²⁸ Constituição Federal – art 1º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (...).

²⁹ Constituição Federal – art. 30 – Compete aos Municípios: I – legislar sobre assunto de interesse local (...); II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

4.2. O Sistema Nacional do Meio Ambiente

A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que “dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação (...)”, instituiu em seu artigo 6º o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA³⁰. A composição do SISNAMA é bastante complexa.

O artigo 6º da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, estabelece que o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA é integrado por um órgão superior; 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, competindo-lhes o exercício do poder de polícia em matéria ambiental³¹.

O Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA foi criado pelo artigo 6º, inciso II, da Lei nº 6.938/81 com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo diretrizes e 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. O CONAMA, portanto, é uma entidade dotada de poder regulamentar em razão de expressa determinação legal. O poder regulamentar do CONAMA, entretanto, não pode superar o poder dos diferentes entes federativos, na esfera das competências próprias de cada um. O CONAMA, por ser órgão federal, exerce, por delegação da União, as atribuições próprias do Poder Público federal apenas e tão-somente nas hipóteses legalmente previstas.

³⁰ A Lei nº 6.938/81 sofreu várias alterações desde a sua promulgação. O texto ao qual irei me referir é o resultante das alterações introduzidas pelas Leis nº 7.804, de 18 de julho de 1989 e 8.028, de 12 de abril de 1990.

³¹ Eventualmente, outros órgãos, ainda que indiretamente, poderão exercer o poder de polícia ambiental em matéria de saúde pública, etc.

A competência legal do CONAMA está estabelecida no artigo 8º da Lei nº 6.938/81. Nos termos da lei, compete ao CONAMA: a) estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA; b) determinar, quando julgar necessário, a realização de estudos das alternativas e das possíveis conseqüências ambientais de projetos públicos ou privados, requisitando aos órgãos federais, estaduais e municipais, bem assim a entidades privadas, as informações indispensáveis para apreciação dos estudos de impacto ambiental e respectivos relatórios, no caso de obras ou atividades de significativa degradação ambiental, especialmente em áreas consideradas patrimônio nacional; c) decidir como última instância administrativa em grau de recurso, mediante depósito prévio, sobre multas e outras penalidades impostas pelo IBAMA; d) homologar acordos visando à transformação de penalidades pecuniárias na obrigação de executar medidas de interesse para a proteção ambiental; e) 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 financiamentos em estabelecimentos oficiais de crédito; f) estabelecer, privativamente, normas e padrões nacionais de controle de poluição por veículos automotores, aeronaves e embarcações, mediante audiência dos Ministérios competentes; g) 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. A Presidência do CONAMA é exercida pelo Ministro do Meio Ambiente e da Amazônia Legal.

Os órgãos setoriais integrantes do SISNAMA são os órgãos ou entidades federais, da Administração direta ou indireta, cujas atividades sejam associadas às de proteção da qualidade ambiental ou ao disciplinamento da utilização dos recursos naturais³².

Conforme a determinação legal contida no artigo 6º, inciso VI, da PNMA, órgãos seccionais são *os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas,*

³² Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, art. 6º, V.

projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar degradação ambiental. Tais órgãos são de extraordinária importância para o SISNAMA, pois a eles compete a maior parte da atividade de controle ambiental. Tais órgãos, entretanto, não atuam por delegação do CONAMA, mas por direito próprio decorrente da organização constitucional da República. Não há, como se vê, subordinação hierárquica dos órgãos estaduais para com o CONAMA.

Os órgãos locais são agências municipais de controle e proteção ambiental. A imensa maioria dos Municípios, até agora, não possui tais órgãos em suas estruturas administrativas.

O Estado do Rio de Janeiro, pioneiramente, estabeleceu em 1975³³ a Comissão Estadual de Controle Ambiental – CECA, que é um órgão colegiado, integrante da estrutura básica de Secretaria de Estado de Meio Ambiente – SEMA e constituído por representantes de diversas Secretarias de Estado, presidida pelo Secretário de Estado de Meio Ambiente e que detém o poder de polícia ambiental no Estado do Rio de Janeiro. Compete, ainda, à CECA a concessão de licenças ambientais no Estado do Rio de Janeiro. A CECA é um órgão peculiar no sistema ambiental brasileiro, pois é extremamente descentralizado e, sobretudo, porque retirou da fiscalização o poder de polícia. Desse modo, todo o procedimento fiscalizatório dos órgãos ambientais é feito de forma mais “desinteressada”, haja vista que o fiscal apenas tem o poder de “constatar” fatos e encaminhá-los para julgamento pela CECA que, se entender necessário, aplicará as penalidades cabíveis.

O sistema ambiental brasileiro funciona dentro do chamado mecanismo de comando e controle, isto é, o Estado emana determinações a serem cumpridas pelos agentes de atividades sujeitas à sua fiscalização e aplica sanções caso essas determinações não sejam atendidas.

5. Regulação ambiental de empresas privatizadas

5.1. Passivos ambientais

Quanto à regulação ambiental das empresas privatizadas, a questão que se coloca é a de saber

³³ Decreto-Lei (estadual) nº 134, de 16 de junho de 1975.

se o modelo de controle ambiental que foi acima descrito é aplicável às empresas concessionárias de serviços públicos que foram privatizadas. Este é um problema relevante, pois a boa qualidade ambiental e a própria continuidade da prestação dos serviços públicos a ela estão vinculadas.

A solução dos problemas ambientais gerados pelas empresas estatais, apesar de fortes resistências, tem sido considerada como um dos fatores que devem compor o preço das empresas a serem privatizadas, e nos contratos de concessão e de venda têm sido incluídas cláusulas cujo objetivo é estabelecer metas ambientais a serem atingidas, com vistas à recuperação dos passivos ambientais³⁴.

A integração dos passivos ambientais como parte dos preços das empresas a serem privatizadas é um importantíssimo elemento para a recuperação ambiental, ainda que o componente passivo ambiental possa ser meramente simbólico. De fato, a questão mais importante não é a de estabelecer um custo para o que foi degradado no passado. Ao contrário, trata-se de fixar metas de recuperação e repriminção do status quo ante ambiental, quando possível. Esse é que é o elemento fundamental. A obsessão pelo estabelecimento de indenizações pelo passado pode implicar a própria inviabilização da privatização e a perpetuação de um padrão ambiental negativo e socialmente injusto. Não é novidade que, em geral, os governos subsidiam o desperdício e a degradação ambiental em favor dos grupos socialmente mais favorecidos.

“Um aspecto mais concreto é que, embora o governo muitas vezes necessite intervir para garantir que os poluidores assumam todos os custos de suas ações, idênticos danos ambientais são produzidos tanto pela intervenção governamental como por sua omissão. Em todos os países, os governos subsidiam deliberadamente o desperdício de recursos naturais³⁵”.

Os passivos ambientais, em outras palavras, são os resultados não-desejados de determinado

³⁴ O caso da Companhia Siderúrgica Nacional-CSN é bastante significativo pois, a empresa, desde a sua privatização, tem obtido melhoras significativas em seu desempenho ambiental.

³⁵ CIRNCROSS, Frances. *Meio ambiente*: custos e benefícios. São Paulo : Nobel, 1992. p. 78.

empreendimento. Esses resultados são conhecidos como externalidades. No sistema jurídico brasileiro, a externalidade ambiental é de responsabilidade do empreendedor. Assim é por expressa determinação constitucional contida no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, cujo teor é o seguinte:

“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados³⁶”.

Por uma série de fatores que fogem inteiramente ao objetivo do presente trabalho, o Estado não quis, ou não pôde, cumprir os mandamentos contidos na norma constitucional, sendo, portanto, ambientalmente inadimplente. É preciso recordar que a alienação das empresas públicas não implica sua extinção. Ao contrário, há uma perfeita sucessão de direitos e obrigações que somente podem ser afastados por lei. Em assim sendo, salvo expressa disposição legal, os adquirentes das empresas privatizadas devem honrar todas as pendências que se constituíram na época em que o controle acionário do empreendimento era do Estado.

O Estado não está, portanto, livrando-se de uma obrigação – a recuperação dos danos ambientais – para passá-la a um terceiro. Não, a sucessão é perfeita e inquestionável. Ao estabelecer as metas ambientais a serem cumpridas por contrato, o Estado abandona a sua posição de parceiro do processo de degradação e passa a desempenhar o seu papel fundamental, que é o de agente fiscalizador da proteção ambiental. A duplicidade de seu papel se desfaz e o Estado pode assumir plenamente os seus encargos constitucionais, legais e sociais, sem a esquizofrenia que caracterizava a sua atuação anterior.

Observe-se, ademais, que nos termos do artigo 29, X, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, cabe ao poder concedente estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação e conservação do meio ambiente. Em igual sentido é a determinação contida no inciso V do artigo 3º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

³⁶ A Lei nº 6.938/81 já contemplava a responsabilidade objetiva em matéria ambiental.

5.2. Ente de regulação ambiental de serviços públicos concedidos

5.2.1. Sua necessidade

A legislação que instituiu o Programa Nacional de Desestatização determinou que a venda das empresas estatais deve ser feita com vistas a atingir determinados objetivos econômicos e políticos. Naquilo que diz respeito à vida das empresas, o PND fixou as seguintes metas: (a) permitir a retomada de investimentos nas empresas e nas atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; (b) contribuir para a modernização do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia³⁷.

O Poder Público, em razão das metas legais acima enumeradas, não pode, portanto, estabelecer normas que, de fato, inviabilizem a consecução do comando legal. É evidente que o Direito não tem capacidade para antecipar fenômenos econômicos, tais como crises de investimentos, fechamentos de mercados, etc. Entretanto, o Direito pode, deve, criar cenários que não embarquem a atividade econômica. Esse é o objetivo que se encontra no dispositivo legal que ora se está examinando.

As normas ambientais, como já foi exaustivamente examinado neste trabalho, podem ser um fator de inibição da atividade econômica ou de seu fomento. Isso dependerá de como as normas forem concebidas e implementadas. No caso dos serviços públicos concedidos, as normas ambientais devem ser aplicadas com a finalidade de: (a) permitir a retomada de investimentos; e (b) modernizar o parque industrial brasileiro ampliando-lhe a competitividade.

O estabelecimento de cláusulas contratuais fixando metas ambientais a serem atingidas pelas empresas públicas privatizadas impõe à Administração uma profunda necessidade de modificação conceitual sobre o controle ambiental das mencionadas atividades. Fato é que as empresas concessionárias são sucessoras das empresas públicas e, na forma da lei³⁸, poderão reverter para o próprio Estado que concedeu o serviço.

³⁷ É desnecessário frisar os objetivos “típicamente” ambientais, pois estes decorrem de todo o ordenamento constitucional.

³⁸ Artigos 35 e seguintes da Lei nº 8.987, de 1995.

Na hipótese de reversão, é evidente que o Estado não quer, e não pode, assumir o controle de uma empresa sucateada. A hipótese, se configurada, seria altamente desvantajosa. Em primeiro lugar há que se observar que, na privatização, o valor oferecido ao público, em geral, foi o do *negócio* e não o equivalente a *todos os investimentos* realizados na empresa. Houve, portanto, um subsídio necessário para que a empresa pudesse ter um preço de mercado. O Estado optou por evitar perdas futuras, ao invés de tentar recuperar perdas passadas. A retomada de uma empresa sucateada, evidentemente, acarretaria a necessidade de investimentos elevados, em detrimento de programas públicos em andamento, e, novamente, o reinício de um ciclo de má gestão administrativa da empresa, cujos custos seriam insuportáveis para o Tesouro Nacional.

O estabelecimento das metas ambientais permite que o Estado tenha um controle adequado das atividades que estão sendo desenvolvidas pela empresa, que possa saber o nível de investimentos e as medidas que estão sendo tomadas para solucionar os problemas ambientais. O controle pontual³⁹, tal como se faz hoje, é insuficiente para aferir o verdadeiro grau de comprometimento de uma empresa com a proteção ambiental. Como se sabe, tais mecanismos de controle limitam-se a determinar e exigir o cumprimento de ordens. Quando os comandos são manifestamente difíceis ou impossíveis de serem executados, ou pior, quando a agência ambiental não detém poder político suficiente para exigir o cumprimento de suas ordens, o comando cai no esquecimento, resultando daí a desmoralização do sistema ambiental e o descrédito de suas estruturas. O desgaste atinge níveis inimagináveis, com resultados catastróficos para o meio ambiente.

Existe, de fato, um ciclo de ordens e comandos que são dirigidos às empresas e que nem sempre podem ser cumpridos em razão de falta de financiamentos, falta de comprometimento político dos empresários com a proteção ambiental, etc. O sistema de comando e controle já se mostrou incapaz de solucionar tais questões. Cuida-se aproveitar a oportunidade gerada pelo processo de privatização para implementar um novo modelo de controle

³⁹ Resolução CONAMA nº 003, de 28/06/90; Resolução CONAMA nº 008, de 06/12/90.

ambiental. Tal modelo deve ter como característica fundamental o comprometimento das partes (empresários, Governo e cidadãos) com a melhoria das condições ambientais, fixando-se metas realistas e conformes com as demandas ambientais concretas. Não se pode pretender que padrões ambientais fixados para empresas situadas em regiões densamente industrializadas sejam idênticos aos de regiões cuja industrialização é incipiente.

Há que se criar, portanto, um quadro jurídico-institucional que seja capaz de comportar e desenvolver uma nova perspectiva para o controle e a gestão ambiental.

O novo quadro jurídico-institucional apto a servir de base para o controle ambiental das empresas objeto do programa de privatizações deverá levar em consideração, no mínimo, os seguintes fatores: (a) a necessidade de grandes investimentos, com longo prazo de duração, para a recuperação dos passivos ambientais; (b) a existência de metas ambientais estabelecidas contratualmente entre o Estado, poder concedente do serviço público, e o adquirente da empresa; (c) necessidade de manutenção da boa qualidade dos serviços públicos; e (d) manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da atividade.

A conjugação dos quatro fatores implica que a regulamentação ambiental dos serviços públicos não poderá ser feita por um órgão que seja exclusivamente fixador de tarifas ou, ao contrário, exclusivamente preocupado com questões ambientais. Há, portanto, que se construir uma regulação ambiental específica para as atividades privatizadas.

5.2.2. Uma proposta

Estabelecida a idéia de que, efetivamente, existe a necessidade de uma regulação ambiental para os serviços públicos, faz-se necessário estabelecer um modelo. Existe uma tendência na Administração federal de estabelecer um ente regulador por cada grande grupo de serviço público concedido. Em assim sendo, haveria um ente regulador para os serviços de energia elétrica, outro para os combustíveis, para a telefonia, etc. Não é difícil perceber que, se cada um deles puder regular os aspectos ambientais, haverá um enorme retrocesso em termos de política ambiental. A política ambiental perderia o seu caráter sistêmico para se transformar em um somatório de políticas setoriais, cujos riscos de serem

contraditórias são bastante evidentes. Ademais, os entes reguladores de serviços públicos são órgãos inequivocamente voltados para a solução de litígios tarifários e de qualidade de serviços. A matéria ambiental, nesses colegiados, tenderia a se tornar um assunto de segunda classe.

Dos sistemas normativos em matéria ambiental existentes no Brasil, o sistema adotado no Estado do Rio Janeiro é aquele que, em minha opinião, pode ser adaptado com mais facilidade para os novos desafios que o processo de privatização de serviços públicos está lançando para todos aqueles que se interessam pelas questões ambientais em nosso País.

Um modelo que poderia ser aperfeiçoado e desenvolvido para realizar o papel de ente regulador de aspectos ambientais dos serviços públicos concedidos e de empresas privatizadas é o da Comissão Estadual de Controle Ambiental – CECA do Estado do Rio de Janeiro. Como já foi dito acima, a regulamentação ambiental dos serviços públicos concedidos tem por objetivo compatibilizar exigências ambientais e a qualidade de serviços com a manutenção da equação econômico-financeira dos concessionários, evitando-se uma onerosidade excessiva para os concessionários e usuários do serviço ou, ao contrário, a inexistência de normas ambientais claras a serem cumpridas pelos titulares das concessões.

Ora, a simples instituição de uma câmara voltada para a regulação ambiental dos serviços públicos concedidos seria suficiente para estabelecer os necessários mecanismos de controle ambiental para os serviços públicos concedidos. Tal câmara poderia contar, em sua composição, com um representante do ente regulador de serviços públicos e com um notório especialista em matéria ambiental.

Os membros governamentais da câmara deveriam ser aqueles que representassem as Secretarias de Estado envolvidas com as concessões de serviços públicos, com a indústria e o comércio e com ciência e tecnologia, mais o titular da Secretaria do Meio Ambiente, que deveria ter a função de Presidente da Comissão. Com vistas a assegurar a credibilidade e estabilidade do representante externo, a este deveriam ser conferidas as mesmas garantias dos membros do ente regulatório de serviços públicos.

O próprio CONAMA poderia, em nível

federal, passar por algumas modificações para desempenhar o papel de ente ambiental. Criar-se-ia uma câmara no CONAMA, dotada de poder de polícia, com a finalidade de estabelecer a regulação ambiental dos serviços públicos concedidos. Tal câmara deveria ser presidida pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente e teria como membros os representantes de Ministérios ligados às concessões e à Ciência e Tecnologia. De acordo com a matéria a ser votada, um representante do ente regulador do setor específico teria assento na câmara, com direito a voz e voto. Na composição permanente da câmara deveriam ser incluídos um ou dois especialistas em matéria ambiental, não-vinculados ao serviço público.

As vantagens do sistema proposto são evidentes: (a) evita-se a dispersão da regulação ambiental entre vários órgãos; (b) cria-se um acervo coerente de decisões sobre regulação ambiental sobre serviços públicos concedidos; e (c) mediante resoluções do CONAMA, é estabelecido um sistema de aplicação concreta da norma ambiental.

As competências básicas do ente ambiental, em meu entendimento, devem ser as seguintes: (a) exercitar o poder regulamentar sobre as repercussões ambientais das atividades econômicas que tenham sido objeto de concessão pelo Poder Público; (b) fixar os parâmetros de aplicação da legislação ambiental sobre os serviços públicos concedidos considerando a necessidade de proteção do meio ambiente, os marcos regulatórios das concessões de serviço público e o equilíbrio da equação econômico-financeira existentes nas leis e nos contratos de concessão de serviços públicos; (c) acompanhar o cumprimento das metas ambientais estabelecidas nos contratos de concessão de serviços públicos

Essa câmara deve ter por função precípua examinar as repercussões de custo e tarifárias das exigências ambientais que se façam necessárias. Em suas decisões, a câmara deverá ter por objeto de exame o desempenho que a empresa estiver apresentando quanto às exigências ambientais estabelecidas no seu contrato de privatização e nos demais marcos regulatórios que balizam a concessão. Serão, portanto, estabelecidas normas próprias para os contratos de privatização. Tais normas, embora não se constituam em sistema jurídico à parte, trazem embutidas, em sua concepção, o velho princípio de Direito de que as normas específicas revogam as normas gerais quando

dispuserem integralmente sobre a mesma matéria⁴⁰.

As empresas privatizadas e os serviços públicos concedidos, evidentemente, não estão fora do alcance do regime constitucional de proteção ao meio ambiente. Portanto, tais empresas, em suas atividades produtivas, devem estar atentas para a proteção ambiental. O problema que se coloca é o de saber como essa preocupação deverá ser materializada. Quanto às empresas exclusivamente voltadas para a atividade comercial, que não prestam serviços públicos, a própria concorrência por mercados internacionais é um elemento muito forte e capaz de obrigá-las a elevarem os seus padrões ambientais. A Companhia Siderúrgica Nacional – CSN é um bom exemplo do que se fala. A fixação dos padrões de normas ISO 14000 podem, efetivamente, estabelecer barreiras não-alfandegárias extremamente importantes para os produtos que se destinam ao mercado externo, obrigando os seus produtores a se adaptarem ao padrão internacional, sob pena de perda do mercado.

Bibliografia

- CIRNCROSS, Frances. *Meio ambiente: custos e benefícios*. São Paulo : Nobel, 1992.
- CRETELLA Jr., José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro : Forense, 1991. v.4.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo : Atlas, 1990. p. 213.
- _____. *Parcerias na administração pública*. São Paulo : Atlas, 1996.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo : Saraiva, 1989.
- MAMELUQUE, Leopoldo. *Privatização : modernismo e ideologia*. São Paulo : Revistas dos Tribunais, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo : Malheiros.

⁴⁰ Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 2º – A Lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.