

NATASHA SCHMITT CACCIA SALINAS

LEGISLAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS

A Lei enquanto Instrumento de Ação Governamental

Tese de Doutorado apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de São
Paulo, visando à obtenção do título de Doutora
em Direito, na área de concentração de Filosofia
e Teoria Geral do Direito

Orientador: Professor Titular Dr. José
Eduardo Campos de Oliveira Faria

SÃO PAULO

2012

AGRADECIMENTOS

Escrever esta tese de doutorado foi, antes de tudo, um processo de grande aprendizado. Processo este, é bem verdade, marcado por diversos momentos de angústia e inquietação – normais, assim espero, do processo de produção de uma tese.

No entanto, apesar de todos os desafios, tive acima de tudo um imenso prazer em redigi-la. A satisfação que vivenciei deve-se não só ao fato de que permaneci do começo ao fim marcadamente interessada na temática aqui desenvolvida, mas também porque sinto que muito aprendi e evoluí durante o processo de produção deste trabalho.

A idéia de enfrentar o problema de pesquisa trabalhado nesta tese surgiu quando ainda redigia minha dissertação de mestrado sobre avaliação legislativa – assunto que até pouco tempo me era desconhecido – mas que me fascinou e mudou o modo como eu percebo o direito e o mundo que o circunda. O estudo da avaliação legislativa despertou-me para algo que eu já percebia intuitivamente mas que somente ao longo do programa do mestrado – e também do doutorado – adquiri as ferramentas analíticas necessárias para analisar: o fato de que o direito constitui um meio para a realização de fins (no presente caso, fins das políticas públicas).

A idéia da instrumentalidade do direito, especialmente para aqueles que possuem formação em outras ciências sociais mais avançadas do que a ciência jurídica, parece óbvia, até mesmo banal. No entanto, o caráter instrumental do direito revela-se marginalizado no ensino e na pesquisa jurídica brasileira, onde as instituições jurídicas ainda são estudadas como fins em si mesmas. A esse respeito, considero sintomático o fato de que a disciplina por mim cursada durante o programa de doutorado que teve maior valia para a construção desta tese não tenha sido oferecida pela Faculdade de Direito, mas sim pelo Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Ciências Humanas e Letras.¹

Seguramente, devo o meu interesse por estas questões tão caras à Sociologia do Direito ao meu orientador, José Eduardo Campos de Oliveira Faria, de quem tenho tido o privilégio de ser orientanda deste os tempos da graduação, quando fui bolsista do Programa de Ensino

¹ Refiro-me, neste particular, ao curso Estado e Políticas Públicas, ministrado por Eduardo Marques.

Tutorial, o PET, nesta Faculdade. A generosidade, dignidade, profissionalismo e competência acadêmica de José Eduardo Faria me inspiram, portanto, há muito tempo, razão pela qual considero-me uma pessoa extremamente afortunada. Na pós-graduação, tanto no mestrado quanto no programa de doutorado, pude contar com a indispensável orientação do professor Faria, que não só me incentivou e guiou no processo de construção desta tese, mas também aconselhou-me e apoiou-me em todas as minhas decisões, inclusive a de desenvolver parte da pesquisa para este trabalho no exterior.

A este respeito, agradeço também aos professores Fernando Dias Menezes de Almeida e Diogo Rosenthal Coutinho, de quem recebi críticas construtivas, bem como preciosas manifestações de apoio, em minha banca de qualificação, marcada precocemente para que eu pudesse cumprir todas as formalidades para destinar-me ao exterior.

Durante o programa de doutorado, por um período de quinze meses, permaneci afiliada à Escola de Direito da Yale University. Nos primeiros nove meses, persegui o programa *Master of Laws* (LL.M.), e nos seis seguintes figurei como pesquisadora de doutorado visitante nesta instituição. Inegavelmente, parte das escolhas que fiz para a construção desta tese devem-se a esta temporada que passei em Yale, instituição localizada em um país no qual a instrumentalidade do direito é um dado, tão natural quanto o ar que os seus cidadãos respiram. Para mim, o grande desafio desta experiência foi a de selecionar – diante de uma literatura infinita – a abordagem que mais se adequasse aos propósitos da minha pesquisa. Se porventura tenha falhado nesta escolha, assumo por isso inteira responsabilidade.

Na Escola de Direito de Yale, tive a oportunidade de discutir o projeto desta tese, em várias oportunidades, com Suzan Rose-Ackerman, Jerry Mashaw e Nicholas Parrillo, professores desta instituição que demonstraram-se incrivelmente pacientes e atenciosos para com o meu trabalho. A eles sou inestimavelmente grata. Também em Yale, tive a oportunidade de apresentar um artigo sintetizando os argumentos principais desta tese em uma Conferência para Doutorandos de Direito. Nesta oportunidade, pude debater intensamente o projeto da minha tese com a platéia ali presente, bem como com o debatedor Akis Psygkas, a quem também agradeço pela leitura atenciosa e críticas construtivas. Por fim, sou especialmente grata à bibliotecária da Escola de Direito de Yale Alison Burke. Sem o seu

auxílio para o manuseio, localização e empréstimo das fontes utilizadas neste trabalho, esta tese certamente teria tomado um outro rumo, a meu ver menos interessante.

Durante o processo de elaboração desta tese, pude também contar com o apoio, críticas e sugestões de diversos colegas e amigos. Agradeço especialmente a Adrian Kuenzler, Conor Hainly, Eduardo Jordão, Jocelyn Norah Stacey, Leandro Varison Costa, Lucas Maclure, María Guadalupe Martínez, Maria Paula C. Bertran Muñoz, Mariana Pargendler, Rodrigo Pagani de Souza, Stefanie Bettina Egidy, Thomaz Henrique J. A. Pereira e Yoon Jin Shin pela indispensável colaboração em momentos cruciais da minha jornada. Aos meus pais, irmãs, sogros e cunhado, agradeço pela paciência e compreensão diante das minhas ausências. A Rodrigo Kopke Salinas, meu marido e companheiro, palavras não seriam suficientes para expressar o meu afeto e gratidão.

Para Rodrigo, com amor

SUMÁRIO

Resumo	8
Abstract	9
Resumé.....	10
Lista de Abreviaturas	11
INTRODUÇÃO.....	12
1. LEGISLAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE AÇÃO GOVERNAMENTAL	22
1.1 Legislação no Ciclo das Políticas Públicas	22
1.2 Fundamentos da Legislação Moderna.....	29
1.3 Limitações e Potencialidades da Lei	34
1.3.1 Regime Político e Elaboração Legislativa.....	36
1.3.2 Cultura Jurídica e Elaboração Legislativa.....	50
1.3.3 Limitações e potencialidades da lei: elementos para uma agenda futura.....	60
2. ESTRATÉGIAS DE DESENHO LEGISLATIVO	64
2.1 Técnicas de Intervenção Legislativa	65
2.2 Estrutura da Legislação	68
2.2.1 Legislação interna e externa	69
2.2.2 Legislação Externa Transitiva e Intransitiva	70
2.2.3 Escopo da Legislação moderna em face de seus elementos estruturais	74
2.3 Componentes da Legislação.....	76
2.3.1 Objetivos e Diretrizes Legislativos	76
2.3.2 Instrumentos da Legislação Externa Transitiva: regras e standards.....	82
2.3.2.1 Regras	84
2.3.2.1.1 Estrutura e Características Formais das Regras Jurídicas	85
2.3.2.1.2 Vantagens das Regras	92
2.3.2.1.3 Desvantagens das Regras	96
2.3.2.2 Standards.....	98
2.3.2.3 Regras de Conduta <i>vis a vis</i> Standards	100
2.3.3 Instrumentos da Legislação Externa Intransitiva: procedimentos administrativos	107

2.3.4 Instrumentos de Legislação Interna.....	112
2.3.4.1 <i>Enforcement</i> da Legislação Transitiva.....	116
2.3.4.2 <i>Enforcement</i> da Legislação Intransitiva.....	125
3. POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE E SEU DESENHO LEGISLATIVO	133
3.1 Contexto de Promulgação da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente	135
3.2 Objetivos da Lei n. 6.938/81	141
3.3 Federalismo Ambiental: o Sistema Nacional do Meio Ambiente.....	144
3.4 Estrutura e funcionamento dos órgãos do SISNAMA	155
3.5 Procedimentos de Tomada de Decisão da PNMA: a centralidade do regime de licenciamento ambiental.....	167
4. IMPLICAÇÕES DO DESENHO LEGISLATIVO DA PNMA	176
4.1 Discricionariedade para a Formulação de Normas da PNMA	178
4.1.1 Discricionariedade Procedimental.....	178
4.1.2 Discricionariedade Substantiva	191
4.2 Discricionariedade na Implementação das Normas da PNMA	209
4.2.1 Sistema Disfuncional de Atribuição de Competências	210
4.2.2 Procedimentos de Licenciamento Indeterminados	214
CONSIDERAÇÕES FINAIS	220
Bibliografia	222

RESUMO

Este tese tem por objetivo analisar o papel da legislação enquanto prática institucional de estruturação das políticas públicas. Pretende-se oferecer uma estrutura conceitual que auxilie na compreensão do modo como leis são desenhadas, da forma como administradores comportam-se diante destes arranjos legislativos, da capacidade de tais atos normativos de influenciar a atividade de implementação de programas governamentais, bem como a relação existente entre determinadas estratégias legislativas e os resultados das políticas públicas.

Para tanto, esta tese se baseará nos pressupostos e fundamentos de uma teoria da legislação capaz de fornecer as ferramentas analíticas necessárias para a identificação das potencialidades e limitações de diversos instrumentos de engenharia legislativa para promover o controle político da administração e a efetividade das políticas públicas. Ver-se-á que a formulação de uma lei envolve escolhas não só sobre o conteúdo das políticas públicas, mas também sobre aspectos formais das normas jurídicas e dos procedimentos de tomada de decisão administrativa que constarão do texto legislativo. Cabe, portanto, à teoria da legislação fornecer subsídios para a escolha das normas substantivas e procedimentais mais adequadas à realização dos objetivos de uma política pública.

Após serem discutidas, à luz das ferramentas analíticas fornecidas pela teoria da legislação, as vantagens e desvantagens, abstratamente consideradas, dos instrumentos de engenharia legislativa mais usuais, esta tese empreenderá um estudo de caso sobre a lei que disciplina a Política Nacional do Meio Ambiente. Este trabalho discutirá as principais falhas do desenho institucional desta lei, que argumenta-se não dispor de instrumentos adequados para condicionar a Administração Pública a agir de modo a formular e implementar a Política Nacional do Meio Ambiente de modo efetivo e eficiente. Contrariando um discurso dominante, que atribui exclusivamente a fatores não-legislativos a inefetividade da Política Nacional do Meio Ambiente, este trabalho procura demonstrar que falhas no desenho institucional da legislação vigente também possuem responsabilidade pelo fracasso das políticas ambientais.

ABSTRACT

The objective of this dissertation is to analyze the role of legislation in structuring public policy. This work aims to provide a conceptual framework which will help to increase the understanding of how laws are designed, how administrators respond to legislative arrangements, how effective legislation is in influencing the implementation process of governmental programs, as well as how specific legislative strategies affect the results of public policy.

In order to do that, this dissertation will rely on the elements and norms of a theory of legislation which provides the analytical tools necessary to identify the strengths and weaknesses of the various instruments of legislative engineering used to promote political control of the administration, as well as public policy effectiveness. It will be seen that the drafting of a statute requires choices not only about substantial issues of public policy, but also about formal aspects of the legal rules and decision-making procedures which are to be set in legislation. In this regard, the theory of legislation on which this dissertation relies provides the analytical tools for the choice of the rules and procedures most suitable for the realization of public policy objectives.

After discussing, in abstract, the advantages and disadvantages of specific instruments of legislative engineering, this dissertation will carry out a case study involving the National Environmental Policy Act. It will also discuss the main failures of the institutional design of this statute, which, it is claimed in this work, are not adequate to force the Public Administration to behave effectively and efficiently in the formulation and implementation of the National Environmental Policy. This work runs in the opposite direction to a leading academic discourse which considers only non-legislative factors as the causes for the ineffectiveness of the National Environmental Policy. Instead, this work will demonstrate that failures in the institutional design of legislation may also help to explain why environmental policies do not work.

RESUMÉ

L'objectif de la présente thèse est d'analyser le rôle de la législation en tant que pratique institutionnelle d'organisation des politiques publiques. Nous souhaitons présenter une structure conceptuelle qui puisse aider non seulement à comprendre comment les lois sont modelées, mais aussi à examiner le comportement des administrateurs face à ces arrangements législatifs, la capacité d'influence de ces actes normatifs sur la mise en place des politiques publiques, et les rapports qui existent entre les résultats de ces dernières et certaines stratégies législatives.

Pour atteindre ce but, ce travail reposera sur les présupposés et les fondements d'une théorie de la législation capable de fournir les outils analytiques nécessaires à l'identification des potentialités et limitations des divers instruments de l'ingénierie législative, utilisés pour promouvoir le contrôle politique de l'administration et l'effectivité des politiques publiques. Nous prétendons démontrer que la formulation d'une loi comprend non seulement des décisions sur le contenu des politiques publiques, mais aussi le choix des aspects formels, figurant dans le texte législatif, des normes juridiques et des procédures de prise de décision administrative. Il appartient ainsi à la théorie de la législation d'appuyer le choix des normes substantives et procédurales les plus adéquates à la réalisation des objectifs d'une politique publique.

Ainsi, nous discuterons d'abord, à la lumière de la théorie de la législation, les avantages et les inconvénients, abstraitement considérés, des instruments d'ingénierie législative les plus usuels. Ensuite, nous présenterons une étude de cas réalisée à partir de la loi qui discipline la Politique Nationale de l'Environnement. Nous discuterons les principales insuffisances du dessin institutionnel de cette loi, afin d'argumenter qu'elle ne dispose pas des instruments appropriés pour conditionner l'administration publique à formuler et mettre en place la Politique Nationale de l'Environnement de façon effective et efficace. À l'encontre du discours dominant, qui explique l'ineffectivité de cette politique exclusivement par des facteurs non-législatifs, ce travail prétend démontrer que les insuffisances du modèle institutionnel de la législation en vigueur influence eux-aussi l'échec des politiques environnementales.

LISTA DE ABREVIATURAS

ABEMA – Associação Brasileira das Agências Ambientais
ANA – Agência Nacional de Águas
ANAMMA – Associação Nacional de Municípios do Meio Ambiente
ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica
ANVISA – Agência de Vigilância Sanitária
CAA – Clean Air Act
CETESB – Companhia de Tecnologia de Saneamento do Estado de São Paulo
CWA – Clean Water Act
CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente
CONSEMA – Conselho Estadual do Meio Ambiente
CSMA – Conselho Superior do Meio Ambiente
EIA – Estudo de Impacto Ambiental
EPA – Environmental Protection Agency
FEEMA – Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente
FUNAI – Fundação Nacional do Índio
IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
IBDF – Instituto Brasileiro de Engenharia Florestal
LI – Licença de Instalação
LNIC – Lei Nacional de Incentivo à Cultura
LO – Licença de Operação
LP – Licença Prévia
MMA – Ministério do Meio Ambiente
NEPA – National Environmental Policy Act
PND – Plano Nacional de Desenvolvimento
PNMA – Política Nacional do Meio Ambiente
PROCONVE – Programa de Controle de Poluição Veicular do Ar por veículos Automotores
PRONAR – Programa Nacional de Controle da Qualidade do Ar
RIMA – Relatório de Impacto do Meio Ambiente
SEMA – Secretaria Especial do Meio Ambiente
SEMAM – Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República
SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente
SLAP – Sistema de Licenciamento Ambiental
SUDHEVEA – Superintendência da Borracha
SUDEPE – Superintendência de Desenvolvimento da Pesca
TdR – Termo de Referência

A natureza da legislação moderna emerge diretamente do seu papel central em articular políticas públicas governamentais e do papel exercido pelas agências administrativas na sua implementação (Edward Rubin).²

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo analisar o papel da legislação enquanto prática institucional que estabelece diretrizes para administradores implementarem as políticas públicas. Pretende-se oferecer uma estrutura conceitual que auxilie na compreensão do modo como administradores comportam-se diante de normas jurídicas, da capacidade de tais atos normativos de influenciar a atividade de implementação de programas governamentais, bem como a relação existente entre determinadas estratégias legislativas e os resultados das políticas públicas.

No Brasil, diversas leis *stricto sensu* que versam sobre políticas públicas não prevêm critérios substantivos que possam orientar adequadamente a atuação da Administração Pública. De uma maneira geral, arranjos normativos gravitam em torno de procedimentos administrativos³ dissociados de parâmetros substantivos ou atrelados a normas jurídicas de conteúdo altamente indeterminado. Estes arranjos normativos procedimentais, por sua vez, frequentemente são formulados de modo vago e genérico, dissociados de mecanismos e

² RUBIN, Edward L. Law and Legislation in the Administrative State. **Columbia Law Review**, n. 89, p. 372-426, 1989. Todas as citações deste trabalho que foram extraídas de fontes em língua inglesa foram por mim traduzidas. Para fins de uma melhor apresentação visual deste trabalho, as versões originais destas citações foram omitidas.

³ O termo “procedimento administrativo” adotado neste trabalho possui significado amplo. Procedimento administrativo pode ser equiparado ao itinerário, previamente disciplinado em lei ou em normas infralegais, a ser percorrido para a tomada de decisões administrativas. Deste modo, por procedimento administrativo entende-se não somente o itinerário a ser adotado na produção de normas regulatórias ou decisões em processos adjudicatórios, mas também o caminho a ser percorrido para a emissão de licenças, celebração de contratos etc. Atualmente o termo “processo” vem sendo utilizado como sinônimo de procedimento, sendo inclusive a expressão dominante. No entanto, dada a vinculação original do termo processo ao rito vinculado ao exercício da função judicante, dar-se-á preferência nesta tese ao termo procedimento. Sobre esta discussão terminológica, cf. SUNFELD, Carlos Ari. A Importância do Procedimento Administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, vol. 84, p. 70, 1987; SUNDFELD, Carlos Ari. Processo Administrativo: um debate sobre o problema de sua conceituação e classificação. In: ONETO, Víctor Baca; VALDIVIA, Diego Zegarra. **La Ley de Procedimiento Administrativo General: Diez Años Después**. Lima: Palestra Editores, 2011, p. 196-197 e p. 204-205.

estratégias capazes de induzir comportamentos eficientes no processo de implementação das políticas. A hipótese a ser testada, diante desse cenário, é a de que leis formuladas nestes termos tendem a afetar negativamente a implementação das políticas públicas, contribuindo assim para a sua inefetividade.

Uma análise de tal sorte inevitavelmente requer o diálogo entre ao menos três campos do conhecimento que no Brasil interagem timidamente entre si: o Direito - particularmente o direito administrativo - a Ciência Política - especialmente àquela aplicada à análise de políticas públicas, bem como a Ciência da Administração – sobretudo nos ramos da Sociologia das Organizações e da Administração Pública.

Cientistas políticos analisam o fenômeno da formação das políticas públicas com foco no modo como atores diversos – notadamente representantes políticos, grupos de interesse e burocratas⁴ – interagem entre si. Além disso, para os cientistas políticos a lei constitui apenas um – e não necessariamente o mais importante – instrumento estruturador do processo de implementação de políticas públicas. Estudiosos da Administração Pública, por sua vez, preocupam-se sobretudo com os processo de tomada de decisão administrativas no âmbito interno das organizações administrativas. Juristas, por fim, concentram sua análise na interpretação e aplicação judicial das leis que versam sobre políticas públicas, com ênfase para a proteção dos cidadãos contra ações arbitrárias do Estado.⁵ Percebe-se, deste breve relato, que essas perspectivas possuam objetos de análise diferenciados cujas metodologias adotadas não se prestam a apressadas comparações e sincronizações. No entanto, assume-se que essas e outras áreas do conhecimento podem auxiliar-se mutuamente na construção de narrativas úteis para explicar e aprimorar o processo de formulação e implementação de políticas públicas. A literatura jurídica tende a sofisticar-se se levar em consideração as potencialidades e limitações da lei para afetar o comportamento de administradores e estruturar a burocracia.⁶ A ciência política e a ciência da administração, por sua vez, também tem a ganhar ao reconhecer o modo

⁴ Neste trabalho, as expressões “burocratas” e “administradores” serão utilizadas indistintamente. Em nenhum momento neste trabalho a expressão “burocratas” será utilizada com a conotação pejorativa que esta expressão carrega em seu uso coloquial. Além disso, as expressões “burocratas” e “administradores” serão utilizadas, a depender do contexto, para se referir tanto aos executores/implementadores de políticas públicas quanto aos administradores que formulam políticas públicas por meio de atos normativos de natureza regulamentar.

⁵ Esta concepção eminentemente liberal do direito público, na qual este é orientado para a proteção de direitos individuais em face de um Estado autoritário e policial, ainda predomina no imaginário jurídico e orienta grande parte da sua produção acadêmica.

⁶ Assim como as expressões “burocratas” e “administradores,” os termos “burocracia” e “Administração Pública” são utilizados indistintamente neste trabalho.

particular sobre o qual o direito opera, levando-se em consideração que a cultura jurídica dominante define o repertório de técnicas institucionais a serem empregadas na formulação de políticas.⁷

Para que se deixe claro, apesar de minoritária, a abordagem interdisciplinar que se pretende dar ao presente trabalho não é propriamente inovadora. Diversos juristas brasileiros, em diferentes contextos, tem analisado estruturas, processos e institutos jurídicos sob uma perspectiva instrumental ou funcionalista, na qual o direito deixa de ser percebido como um fim em si mesmo e passa a ser analisado como um instrumento de realização de objetivos sociais. Nessa relativamente nova,⁸ porém em franca ascensão, tradição de pesquisa, institutos e doutrinas jurídicas dificilmente restam incólumes às críticas que recebem. É nesse contexto que se destacam estudos que procuram testar hipóteses tais como a de que o direito administrativo, da forma como é estruturado, “tem sua parcela de responsabilidade pela tibieza do Estado brasileiro.”⁹

Seguindo nesta mesma toada, este trabalho pretende explorar as limitações do modelo jurídico-institucional brasileiro como instrumento de orientação e conformação da ação administrativa estatal.¹⁰ Sem qualquer pretensão de conferir respostas definitivas ou universalmente generalizáveis ao problema aqui colocado, pretende-se revisitar a discussão jurídica sobre o papel das normas jurídicas enquanto instrumentos de ação governamental –

⁷ Para um relato sobre como a cultura jurídica influencia e limita o processo de formulação de políticas públicas, cf. HARFST, David L.; MASHAW, Jerry. **The Struggle for Auto Safety**. Cambridge; London: Harvard University Press, 1990.

⁸ Cumpre observar, no entanto, que o estudo do direito e de suas técnicas sob uma perspectiva instrumental não é um fenômeno novo. Há mais de um século, autores clássicos de tradição jurídica continental, como Jhering e Kelsen, já se preocupavam com o caráter instrumental e técnico do direito. Cf. KELSEN, Hans. *The Law as a Specific Social Technique*. The **University of Chicago Law Review**, vol. 9, n. 1, 1941, p. 75-97; IHERING, Rudolf Von. **Law as Means to an End**. Tradução de Isaac Husik. Boston: The Boston Book Company, 1914. No entanto, a visão instrumental do direito restou adormecida, sobretudo nos países de tradição jurídica continental, até pelo menos a primeira metade do século XX. No contexto brasileiro, estudos que procuram ressaltar a importância do direito e das instituições jurídicas enquanto técnica de gestão governamental passaram a ganhar importância em tempos mais recentes.

⁹ DALLARI, Maria Paula. **Direito Administrativo e Polícias Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, XXXVII. A mesma hipótese foi levantada, com uma pitada de humor, por Sunfeld em SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os clips e os negócios. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 5, n. 18, abr., 2007.

¹⁰ As expressões “ação” e “atividade administrativa,” referidas neste trabalho de forma indistinta entre si, assumem conotação abrangente já que se referem a toda e qualquer função administrativa, independentemente dos rótulos que o direito administrativo lhes atribue. Deste modo, estas expressões abrangem todas as ações desempenhadas pela Administração para a edição de atos, regulamentos, bem como outros instrumentos como a celebração de contratos administrativos.

assunto que, apesar de guardar fundamental importância para a efetividade das políticas públicas, tem sido tratado de forma insatisfatória pela literatura jurídica brasileira.

Cumpra observar que uma análise da aptidão dos instrumentos legislativos para estruturar o processo de implementação das políticas públicas pressupõe o estudo da forma como a legislação primária¹¹ se relaciona com diversos outros tipos de atos normativos capazes de afetar o comportamento dos administradores, os quais incluem regulamentos editados pelo presidente da república e pelos demais órgãos do poder executivo. Obviamente, leis, decretos e regulamentos não-presidenciais possuem *status* diferenciados dentro do sistema jurídico. Enquanto leis e decretos presidenciais são editados por atores que respondem politicamente pelas decisões que tomam, os demais regulamentos administrativos são editados por administradores que não possuem, ao menos de forma imediata, esta responsabilidade. Leis, decretos e regulamentos não-presidenciais assumem funções interdependentes e complementares na estruturação de políticas públicas no Brasil.

No contexto brasileiro, os dispositivos das leis e decretos presidenciais tendem a ser formulados de forma vaga e genérica, quando não omissa, no que diz respeito a regras e standards substantivos a serem observados pelos implementadores das políticas públicas. Estes mesmos atos tendem, no entanto, a disciplinar de forma relativamente mais extensa os procedimentos que deverão ser observados pelos administradores a quem foi delegado o poder para formular regras e standards não disciplinados, ou disciplinados de forma vaga, nas leis e decretos presidenciais. É possível, no entanto, que os procedimentos de tomada de decisões previstos em leis e decretos também sejam formulados de forma vaga e genérica, revelando-se inadequados para afetar o comportamento dos administradores encarregados da elaboração de regras substantivas não previstas na lei. Observa-se, deste breve relato de como leis, decretos e regulamentos podem impactar o processo de implementação de uma política pública, que esses atos normativos exercem papéis de forma interrelacionada na estruturação da ação administrativa. Dessa forma, para uma análise que pretende ser abrangente do papel da lei no

¹¹ Adota-se, neste trabalho, a classificação que diferencia a legislação primária - emanada pelo Poder Legislativo - da legislação secundária, editada pela Administração Pública. Cf. BALDWIN, Robert. *Rules and Government*. Oxford University Press, 1995, p. 60-80. Baldwin e Houghton também chamam a atenção para a existência de normas terciárias ou de caráter informal, as quais são formuladas sem que haja uma lei *stricto sensu* outorgando competência para a Administração Pública formulá-las. Cf. BALDWIN, Robert; HOUGHTON, John. *Circular Arguments: the Status and Legitimacy of Administrative Rules*. **Public Law**, 1986, p. 239- 284.

controle do comportamento burocrático, o exame conjunto desses atos normativos torna-se não só recomendável, mas também necessário.

Observa-se, ainda, que este trabalho terá por foco o estudo da legislação endereçada à Administração direta federal e estadual. Exclui-se do presente trabalho a análise da legislação direcionada às agências reguladoras independentes instituídas a partir da década de 90. A decisão de restringir este estudo aos órgãos administrativos que guardam subordinação ao chefe do poder executivo deve-se não somente à necessidade de se impor limites a este trabalho, mas também ao meu especial interesse em analisar o papel da legislação na implementação de políticas sociais. Os programas governamentais de políticas sociais são implementados, em sua grande maioria, por órgãos da Administração subordinados ao chefe do poder executivo. Estes órgãos produzem um número avassalador de atos normativos, muito superior àquele produzido por agências independentes, que recebem as mais diversas denominações – resoluções, regimentos, portarias, circulares, instruções etc. Os atos normativos produzidos por esses órgãos assumem enorme relevância na estruturação do governo, não obstante o fato de possuírem *status* jurídico muito diferenciado das leis promulgadas pelo poder executivo e dos decretos editados pelos chefes do poder executivo. O processo que disciplina a formulação de regulamentos frequentemente revela-se simplista, genérico, pouco transparente e, na prática, pouco participativo. No entanto, muitos dos atos que emergem desses processos assumem quase que sozinhos o papel de dirigir e influenciar comportamentos, inclusive entre aquelas normas que supostamente usurpam da sua competência regulamentar, restringindo direitos e impondo obrigações a particulares sem nenhum abrigo em dispositivos legislativos.¹² Curiosamente, muito pouco se discute, no campo do direito, sobre o modo de produção desses atos normativos e da função que estes exercem na estruturação das políticas públicas. Atrelados a uma perspectiva legalista, juristas são omissos no exame do papel que estes regulamentos de fato exercem no funcionamento do governo. Quando muito, a análise destes se encerra no exame da legalidade e/ou

¹² A regulação de convênios entre união e estados da federação, bem como entre união e entidades do terceiro setor, evidencia este fato. Durante um período de dez anos – de 1997 a 2007 – o comportamento dos atores envolvidos na celebração de convênios administrativos federais foi regido por uma resolução normativa editada pela Secretaria do Tesouro Nacional. Cf. SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. **Avaliação Legislativa no Brasil: um estudo de caso de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, 256p. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-31032009-153959/pt-br.php>. Acesso em 22 Out. 2011.

constitucionalidade das normas regulamentares. Uma perspectiva mais funcionalista dos comandos legais e regulamentares segue, portanto, sendo tema renegado por juristas.

Este fenômeno pode ser explicado pelo fato de que o processo de formação de leis e regulamentos, objeto de estudo por excelência da ciência política e de ciência da administração, é percebido como algo alheio ou externo ao fenômeno jurídico.¹³ Embora sob toda e qualquer norma disciplinadora de uma política subjazam fins e objetivos a serem perseguidos, operadores do direito estão mais preocupados com a conformidade dos comportamentos às normas que editam do que propriamente com a realização de resultados. Na contramão dessa visão reducionista do papel do direito, parte-se aqui da premissa de que o direito tem algo a oferecer para explicar e afetar o comportamento dos atores envolvidos na formulação e implementação de políticas.

Dito isso, verifica-se que o tema da legalização¹⁴ das políticas públicas é renegado por juristas e sobretudo por administrativistas brasileiros, que se preocupam, primordialmente, com a formulação de teorias que visam orientar a ação do judiciário na revisão de atos estatais.¹⁵ No entanto, como tais teorias servem sobretudo para conferir limites negativos à ação administrativa, informando como o agir discricionário *não* pode ser exercido, elas terminam por serem acionadas apenas quando administradores abusam do seu poder discricionário. Na prática, tais construções doutrinárias não levam em consideração fatores determinantes do modo de agir dos administradores e, por esse motivo, oferecem uma gramática inadequada e deficiente para explicar e influenciar o processo de implementação de políticas públicas.

¹³ Já tive a oportunidade de observar que juristas costumam atribuir ao processo de formulação de políticas públicas por meio de lei, instrumento por excelência de controle da burocracia estatal, um *status* puramente político, diferente do tratamento conferido às ações de interpretação e aplicação legislativa, tidas como exclusivamente jurídicas. Cf. SALINAS, Natasha Schmitt Caccia., **Avaliação Legislativa no Brasil**. *op cit*, p. 23-28. A efetividade ainda hoje é vista no campo do direito como um elemento externo e não essencial para o reconhecimento da legitimidade da lei. Embora este argumento pareça anacrônico e ultrapassado, ele não pode ser ignorado, já que muitas leis que versam sobre políticas essenciais são elaboradas e implementadas seguindo esta racionalidade.

¹⁴ Adota-se aqui o conceito de legalização proposto por Jowell, que se traduz na transformação de objetivos de uma política pública em diretivas de caráter geral que contém orientações concretas e específicas para a tomada de decisão. Cf. JOWELL, Jeffrey L. **Law and Bureaucracy: Administrative Discretion and the Limits of Legal Action**, University Press of Cambridge, 1975, p. 11.

¹⁵ Como será visto, esta postura científica que estimula a construção de teorias e doutrinas voltadas sobretudo para informar a atuação do judiciário não é privilégio do caso brasileiro, sendo, por exemplo, amplamente adotada nos Estados Unidos. Cf. WEST, Robin. *Toward the Study of the Legislated Constitution*. **Ohio State Law Journal**, n. 72, 2011, p. 1343-1366.

Como decorrência natural do enfoque por meio do qual a estruturação normativa da ação administrativa, nos termos acima delimitados, é percebida como instrumento de desempenho de funções governamentais, no presente estudo as relações entre os poderes legislativo e executivo assume proeminência em relação ao estudo das relações entre os poderes executivo e judiciário. Isso decorre naturalmente do fato de que políticas públicas são implementadas por administradores cujas ações são primária e primordialmente conformadas por decisões tomadas por legisladores, pelo Presidente da República e por burocratas de alto escalão. Neste processo, apenas em caráter secundário e subsidiário o Poder Judiciário intervém e influencia o processo de implementação de políticas públicas. Isso não significa, no entanto, que será afastada por completo da presente análise o papel do judiciário no processo de implementação de políticas públicas. Decisões judiciais assumem importância na medida em que afetam a percepção dos administradores sobre como uma lei deva de fato ser implementada. Para os propósitos deste trabalho, assume especial relevância o impacto *ex ante* das decisões judiciais no comportamento dos implementadores de leis que versam sobre políticas públicas. Nesse sentido, administradores podem levar em consideração as preferências do Poder Judiciário sobre o modo como uma lei deva ser implementada e, desse modo, agir de acordo com as expectativas judiciais.¹⁶ Juristas brasileiros, no entanto, tendem a ignorar a análise deste impacto, provavelmente porque este requer o uso de ferramentas de observação empírica.

Por conta do viés limitador da literatura jurídica brasileira para enfrentar os problemas de pesquisa deste trabalho, as ferramentas teóricas e analíticas utilizadas nesta tese serão extraídas sobretudo de trabalhos de juristas e cientistas políticos que analisam o papel da lei na estruturação do funcionamento da Administração Pública e de seu impacto na implementação de políticas. Este debate, que reúne argumentos favoráveis e contrários ao controle da discricionariedade administrativa por meio de instrumentos legislativos, revela-se intenso e sofisticado em alguns países europeus, bem como nos Estados Unidos. Nestes países, o fenômeno da legalização das políticas públicas é analisado sob uma perspectiva funcionalista

¹⁶ Para uma discussão abrangente de como atores influenciam-se mutuamente na formulação e implementação de políticas públicas, cf. BARDACH, Eugene. **The Implementation Game: What Happens After a Bill Becomes a Law**. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press. 2. ed. 1979. Para uma análise específica de como o Poder Judiciário influencia a implementação das políticas públicas, incluindo a discussão sobre o impacto *ex ante* nos termos acima colocados, cf. HUME, Robert J. **How Courts Impact Federal Administrative Behavior**. New York: Routledge, 2009.

na qual procura-se relacionar o desenho e conteúdo das normas jurídicas que disciplinam programas sociais com os efeitos e impactos decorrente das estratégias legislativas adotadas. Nos Estados Unidos, especialmente, a visão de que o direito constitui um instrumento para a realização de fins é imanente à cultura jurídica predominante deste país.¹⁷ Reconhece-se, no entanto, a limitação da importação dos postulados desenvolvidos no âmbito desta literatura, os quais são construídos a partir da observação de contextos político, jurídico e econômico marcadamente distintos do brasileiro. De todo modo, embora parte das conclusões adotadas por esta literatura só possua validade quando aplicada ao contexto no qual ela está inserida, acredita-se que a abordagem metodológica adotada por seus autores revela-se perfeitamente adequada para os propósitos do presente trabalho, já que esta se propõe a investigar as potencialidades e os limites da legislação para afetar o processo de implementação das políticas públicas.

Ainda sobre o enfoque e metodologia que se pretende dar a este trabalho, cumpre observar que esta tese dá continuidade ao estudo que desenvolvi durante o programa de mestrado, no qual analisei de forma abrangente o tema da avaliação legislativa.¹⁸ Este trabalho, no entanto, pretende dar um passo adiante em relação ao estudo previamente realizado, na medida em que se propõe a aprofundar o conhecimento sobre os instrumentos legislativos de intervenção estatal a serem selecionados para a realização dos objetivos de uma política. Como observei na referida dissertação de mestrado, tanto a avaliação prospectiva ou *ex ante* quanto a retrospectiva ou *ex post* pressupõem uma análise acurada da adequação dos instrumentos legislativos para a realização dos objetivos das políticas. Deste modo, uma análise concentrada dos instrumentos legislativos retroalimenta, em última instância, o estudo da avaliação legislativa realizado por mim em sede de dissertação de mestrado.

Visando enfrentar o problema de pesquisa acima exposto, este trabalho será estruturado em quatro capítulos.

O primeiro capítulo discutirá os pressupostos e fundamentos de uma teoria da legislação que tem por objeto de estudo a lei enquanto instrumento estruturador das políticas públicas. Esta teoria possui uma forte carga prescritiva, na medida que tem por objetivo

¹⁷ Tamahana descreve este fenômeno de modo emblemático: “Uma visão instrumental do direito – a idéia de que o direito é um meio para um fim – é tida como um dado nos Estados Unidos, quase como parte do ar que nós respiramos.” TAMAHANA, Brian Z. **Law as Means to an End**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 1.

¹⁸ Cf. SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. **Avaliação Legislativa no Brasil**, *op. cit.*

oferecer ferramentas para aprimorar o conteúdo das leis, e por sua vez, o resultado das políticas públicas. Tendo em vista, no entanto, que o aprimoramento da qualidade da produção legislativa encontra vários obstáculos, com destaque para aqueles de natureza política e jurídica, neste capítulo também serão discutidas as limitações e as potencialidades da aplicabilidade da teoria da legislação adotada neste trabalho ao contexto brasileiro.

O segundo capítulo tem por foco analisar, em caráter abstrato, as limitações e potencialidades de diversos instrumentos de engenharia legislativa para promover o controle político da administração e garantir a efetividade das políticas públicas. Ver-se-á que o desenho da legislação sobre políticas públicas pressupõe escolhas estratégicas acerca dos tipos de normas jurídicas e dos procedimentos de tomada de decisão administrativa que constarão do texto legislativo. Na formulação de atos normativos, por exemplo, atores políticos valem-se de estratégias diversas para conformar a ação administrativa: estes atores podem tanto editar normas que prevejam os critérios substantivos que deverão condicionar o processo de implementação de políticas públicas quanto podem delegar aos administradores poderes para definirem estas normas, com a condição de que procedimentos administrativos previamente determinados sejam observados. No tocante à primeira estratégia, o legislador deverá decidir ainda se estabelecerá regras de conduta com maior ou menor nível de assertividade, o que, como será visto, pressupõe a escolha entre regras e standards. Será visto que, embora não exista uma fórmula que permita identificar *a priori* quais são os melhores arranjos jurídicos para o tratamento de um determinado problema de política pública, observações gerais e abstratas sobre determinadas estratégias legislativas revelam-se ainda assim importantes porque fornecem ferramentas analíticas para a avaliação desses instrumentos legislativos em situações concretas.

Após oferecer a estrutura conceitual necessária à compreensão das estratégias possíveis para o desenho de leis que versem sobre políticas públicas, o terceiro e o quarto capítulos apresentam estudo de caso envolvendo a Lei sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

O terceiro capítulo analisará o contexto de promulgação desta lei, com o objetivo de compreender os problemas e as necessidades sociais que motivaram a sua edição. Em seguida, será analisado o desenho institucional desta lei, com ênfase para o modo como esta rege a estrutura, o funcionamento interno, os processos de tomada de decisão e os meios de articulação dos diversos órgãos responsáveis por formular e implementar as políticas

ambientais no país. Será visto, neste capítulo, que a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, na condição de lei-quadro, possui caráter vago, genérico e essencialmente procedimental, insuficiente, como será visto, para estruturar as políticas públicas.

No quarto e último capítulo, serão examinados alguns dos efeitos do desenho institucional da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente no ciclo das políticas ambientais. Neste capítulo serão analisadas algumas das implicações decorrentes do fato da Política Nacional do Meio Ambiente ser estruturada por uma legislação que confere excessiva discricionariedade, não só substantiva, mas também procedimental, para os órgãos ambientais formularem e implementarem as políticas ambientais no país. Em face destas observações empíricas, propostas de aprimoramento dos atos normativos que estruturam a Política Nacional do Meio Ambiente serão apresentadas.

Seria um equívoco fatal, na análise da relação essencial entre direito e política pública (ou gestão), ignorar o fato de que o direito constitui a base da própria política ou gestão (Anton-Hermann Chroust).¹⁹

1. LEGISLAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE AÇÃO GOVERNAMENTAL

1.1 Legislação no Ciclo das Políticas Públicas

O estudo da legislação como elemento estruturador da ação administrativa requer, antes de tudo, uma compreensão do processo a que se submete uma política pública.

Os estágios que caracterizam este processo são sintetizados da seguinte forma:²⁰

1. *Reconhecimento do Problema e Identificação do Problema*: Este estágio direciona a atenção dos formuladores de política para uma questão que possa exigir ação governamental; questões, quando legítimas, tornam-se problemas.
2. *Definição da Agenda*: Ao problema é conferido um *status* de assunto sério.
3. *Formulação da Política Pública*: Propostas são desenvolvidas para lidar com os problemas.
4. *Adoção de uma Política Pública*: Esforços são realizados para obter apoio suficiente para que uma proposta se torne a política pública oficial do governo.

¹⁹ The Managerial Function of Law. **Boston University Law Review**, vol. 34, n. 3, 1954, p. 267.

²⁰ Os estágios do processo de elaboração de uma política pública assemelham-se, em grande medida, aos estágios de metódica legislativa por mim analisados em sede de dissertação de mestrado. No entanto, o processo de elaboração de uma política pública é mais abrangente do que o processo de elaboração de uma lei. Isso ocorre não apenas porque não são todas as propostas de política pública que culminam na edição de uma lei, mas também porque diversos fatores não legislativos, oportunamente referidos neste trabalho, afetam o processo de políticas públicas. Para uma revisão da literatura sobre metódica legislativa, cf. SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. **Avaliação Legislativa no Brasil**, *op. cit.*, p. 21-68.

5. *Implementação de uma Política Pública*: O mandato da política pública é dirigido aos programas públicos e à burocracia federal, frequentemente envolvendo cooperação com cidadãos, estados e governos locais.
6. *Análise da Política e Avaliação*: Esta etapa requer o exame das conseqüências das ações da política pública, incluindo análise sobre seu sucesso.²¹

No esquema acima apresentado, a legislação situa-se no final da quarta etapa e início da quinta. A legislação constitui o marco final da quarta etapa do ciclo acima exposto porque consubstancia as escolhas oficiais sobre as políticas públicas e programas governamentais. Programas governamentais são criados, alterados e extintos por ações legislativas específicas, de modo que hoje se pode afirmar que leis constituem “atos deliberados de política social.”²²

A legislação também pode ser caracterizada como uma declaração verbal que institui diretrizes e comportamentos a serem observados por atores envolvidos na quinta etapa, que trata da implementação de políticas públicas. Para os propósitos deste trabalho, implementação pode ser definida como uma prática institucional “pela qual a legislação e outras declarações de política social são formuladas para afetar pessoas, organizações e recursos.”²³ O estágio de implementação “inicia após a tomada de decisão sobre um curso de ação específico e termina quando os objetivos perseguidos pela política são realizados.”²⁴ No que diz respeito às pessoas, leis e regulamentos prescrevem o curso de ação a ser dado. São nestas normas que estão reunidas as instruções dirigidas aos administradores, os quais na condição de agentes dos formuladores de políticas públicas devem agir em prol da realização dos objetivos por estes estabelecidos.²⁵

²¹ THEODOULOU, Stella Z. *How Public Policy is Made*. In: CAHN, Matthew A.; THEODOULOU, Stella Z. (Ed.). **Public Policy: The Essential Readings**. Prentice Hall, 1995, p. 86-87. Segundo a autora, a definição dos estágios acima descritos é tema razoavelmente pacífico na literatura sobre políticas públicas. Discordâncias surgem, no entanto, a respeito do “impacto que cada estágio exerce sobre o próximo, e sobre o que deve e o que não deve ocorrer em cada estágio.” THEODOULOU, *Idem*, p. 86.

²² RUBIN, Edward L. *Law and Legislation in the Administrative State*, *op. cit.*, p. 373.

²³ *Idem*, p. 373.

²⁴ THEODOULOU, Stella Z. **How Public Policy is Made**, *op. cit.*, p. 86.

²⁵ Observa-se que esta teoria da legislação utiliza algumas das ferramentas da teoria econômica do príncipe-agente para explicar como atores políticos (príncipes) formulam instruções legislativas dirigidas aos administradores (agentes). Esta teoria assumirá particular importância para a análise institucionalista dos procedimentos administrativos presente no próximo capítulo. Para um panorama geral da teoria do príncipe-

Verifica-se, desta forma, que a Administração Pública constitui o mecanismo primário de implementação das políticas públicas legisladas. Nesse esquema, o Poder Judiciário implementa políticas públicas somente em caráter subsidiário, na medida em que a este compete supervisionar a atividade de implementação realizada em caráter primário pela Administração Pública.²⁶ Como será demonstrado adiante, a compreensão deste papel secundário do Poder Judiciário revela-se importante para a construção de uma teoria moderna da legislação que tenha por objetivo primordial oferecer parâmetros de ação para a Administração Pública.

Obviamente, normas jurídicas não constituem o único, e por vezes tampouco o mais importante, instrumento a afetar o processo de implementação de uma política pública. Ainda que uma lei ou um regulamento sobreviva a testes de racionalidade,²⁷ dispondo sobre objetivos claros para a solução de problemas e prevendo instrumentos adequados para a sua realização,

agente, cf. SAPPINGTON, David E. Incentives in Principal-Agent Relationships. **Journal of Economic Perspectives**, vol. 5, n. 2, p. 45-66, 1991.

²⁶ RUBIN, Edward L., Law and Legislation in the Administrative State, *op. cit.*, p. 373-374.

²⁷ Para fins deste trabalho, considera-se satisfatória a definição de racionalidade apresentada por Simon, na qual a tomada racional de decisões é aquela que se vale de uma análise compreensiva das alternativas e de suas conseqüências, em que deve ser selecionada a alternativa com maior potencial para maximizar os valores do tomador de decisões. SIMON, Herbert A. **Administrative Behavior**: a study of decision-making processes in administrative organization. 3.ed. New York: Free Press, 1976, p. 75-78. No entanto, o próprio Simon e autores subsequentes reconheceram as limitações do modelo-racional compreensivo da tomada de decisões. Os críticos deste modelo enfatizam o fato de que este reproduz uma versão idealizada do processo de tomada de decisões que não leva em consideração os conflitos existentes no processo de definição de valores e objetivos, as limitações da capacidade humana, a indisponibilidade de informação, bem como de recursos e tecnologias a serem empregados na implementação de políticas. Charles E. Lindblom desenvolveu, nessa esteira, um modelo alternativo, supostamente mais realista e descritivo do processo de tomada de decisões. Para o autor, o processo de tomada de decisões se dá de modo incremental, em que resultados apropriados podem ser alcançados por meio de “comparações sucessivas limitadas”, que seriam comparações entre políticas existentes e políticas que divergem em pequeno grau do *status quo*. Não cabe aqui descrever este método, em sua versão original e reformulada, bastando apenas observar que este privilegia mudanças graduadas, partindo de situações concretas existentes e modificando-as incrementalmente. Cf. LINDBLOM, Charles E. The ‘Science’ of Muddling Through. **Public Administration Review**, vol. 19, n. 2, 1959, p. 79-88. Ham e Hill observam que os modelos racionalista e incrementalista não são mutuamente excludentes, pois enquanto o último oferece “uma boa descrição de como decisões são realmente tomadas em organizações”, o primeiro é “ainda importante por continuar a influenciar tentativas de se melhorar a máquina do governo (...).” HAM, Christopher; HILL, Michael. **The Policy Process in the Modern Capitalist State**. 2.ed. Harvester Wheatsheaf, 1993, p. 87. Neste particular, autores como Dror, afirmam que o incrementalismo constitui um método conservador e portanto inadequado para sociedades que buscam mudanças sociais significativas. Cf. DROR, Yehezkel, Muddling Through - "Science" or Inertia? **Public Administration Review**, vol. 24, n.3, 1964, p. 153-157. Deste dilema surgiram novos modelos teóricos que procuram integrar racionalismo com incrementalismo, bem como um incrementalismo revisitado pelo próprio Lindblom. Cf., nesse sentido, LINDBLOM, C.E., Still Muddling, Not Yet Through. **Public Administration Review**, vol. 39, n. 6, 1979, p. 517-526.

fatores “não-legislativos”²⁸ de caráter político, econômico, social e organizacional podem desviar o curso de implementação de uma política legislada para cenários imprevisos pelas normas jurídicas. Considere-se, por exemplo, os fatores não legislativos que afetam a implementação de uma política ambiental, que será analisada neste trabalho: a inefetividade de programas de política ambiental é ao menos parcialmente explicada em função de restrições orçamentárias, deficiências de capacidade institucional dos órgãos ambientais, captura regulatória por meio da indústria etc. Verifica-se, deste modo, que a efetividade da implementação de programas ambientais não é apenas condicionada pela forma como normas jurídicas ambientais são formuladas.

Além disso, a edição de atos normativos não encerra o processo de formulação da política pública. Reconhece-se que a separação acima indicada entre as etapas de formulação e implementação, embora relevante para fins heurísticos,²⁹ não condiz com a realidade das políticas públicas. O ciclo de uma política é marcado por um processo contínuo onde torna-se difícil determinar onde o ato de formulação se encerra e o de implementação se inicia.³⁰ Em verdade, a formulação de uma política é um processo que nunca termina, perdurando durante toda a denominada fase de implementação. Baldwin observa que a visão segmentada entre os estágios de formulação e implementação decorre de uma concepção mecanicista do processo de elaboração das políticas que “minimiza a complexidade das decisões e tende a ver a ‘decisão’ como se esta existisse em um ponto específico do processo administrativo, como um evento logicamente isolado dos demais que o circundam.”³¹ No entanto, por mais específicas que sejam as diretivas de uma lei ou de um regulamento, ao administrador encarregado de

²⁸ O modelo conceitual proposto por Sabatier e Mazmanian relaciona e hierarquiza em termos macroestruturais os fatores condicionantes do processo de implementação de uma política. Dentre os fatores não-legislativos propostos neste modelo que afetam o processo de implementação, destacam-se condições socioeconômicas e tecnologia, atenção da mídia para o problema, apoio da opinião pública, atitudes e recursos dos grupos constituintes, comprometimento e habilidades de liderança dos implementadores. Cf. MAZMANIAM, Daniel A.; SABATIER, Paul A. *The Implementation of Public Policy: a Framework of Analysis*. In: MAZMANIAM, Daniel A.; SABATIER, Paul A. **Effective Policy Implementation**. Lexington: Lexington Books, 1981, p. 3-35. Cumpre ressaltar, no entanto, que na estrutura conceitual adotada por estes autores as normas jurídicas constituem o principal instrumento a afetar a ação administrativa. Este modelo é criticado sobretudo por minimizar a importância das preferências individuais dos implementadores no processo de implementação das políticas públicas.

²⁹ Ham e Hill ressaltam que autores procuram dissociar o sistema de decisão do sistema de implementação com o objetivo de conferir maior transparência ao primeiro. HAM, Christopher; HILL, Michael. **The Policy Process in the Modern Capitalist State**, *op. cit.*, p. 108-110.

³⁰ *Idem*, p. 108-110.

³¹ BALDWIN, Robert. **Rules and Government**. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 25.

aplicar estes atos normativos sempre restará uma margem de discricionariedade para influenciar o desenho das políticas. Deste modo, todo administrador, ainda que posicionado no mais baixo nível da hierarquia administrativa³² e, portanto, destituído de qualquer poder decisório formal, não apenas implementa, mas também formula o conteúdo da política. As decisões tomadas por implementadores de políticas públicas constituem interpretações evolutivas da realidade, as quais são condicionadas pelo ambiente simbólico, sociopolítico, econômico e organizacional no qual este opera.

Para Baldwin, a visão mecanicista da formulação da política leva a um entendimento exagerado das vantagens das regras substantivas como mecanismo de controle da ação administrativa. A presunção de que administradores encarregados de implementar uma política agem mecanicamente em função das normas jurídicas que disciplinam o processo de implementação supermensiona, portanto, o papel destas normas no processo de controle da ação administrativa.³³ Miers e Page observam, a esse respeito, que mesmo diante de regras de conduta dotadas de especificidade, a discricionariedade administrativa constitui um fenômeno inescapável. Neste sentido, administradores exercitam discricionariedade na aplicação de normas substantivas em função da forma como percebem as funções que exercem no processo de implementação de um determinado esquema legislativo, bem como da forma como percebem os custos e os benefícios da implementação em situações concretas.³⁴ O comportamento burocrático, portanto, “pode ser tanto impulsionado pelas condições sociais que propiciaram a legislação quanto pela legislação propriamente dita.”³⁵

Além disso, o mecanicismo do processo de decisão administrativa negligencia modos não jurídicos de análise e avaliação dos processos governamentais.³⁶ Há, nesse sentido, situações nas quais normas jurídicas são consideradas como inadequadas para estruturar a ação administrativa. Baldwin observa, nesse sentido, que determinados problemas possuem

³² Os administradores encarregados de implementar as políticas, e portanto, de aplicar os atos normativos que versam sobre elas, costuma ser referidos pela literatura da ciência política e da ciência da administração como *street-level bureaucrats* (burocratas do nível da rua). Sobre a forma como *street-level bureaucrats* percebem e aplicam as normas que disciplinam a implementação de políticas públicas, cf. LIPSZY, M. **Street-level Bureaucracy: Dilemmas of the individual in public services**. New York: Russel Sage Foundation, 1980.

³³ Como decorrência dessa visão mecanicista, decisões administrativas “são vistas como simples, discretas e não-problemáticas ao invés de complexas, sutis e envolvidas em um processo mais amplo.” BALDWIN, Robert. **Rules and Government**, *op. cit.*, p. 24.

³⁴ MIERS, David R.; PAGE, Alan C. **Legislation**. London: Sweet & Maxwell, 1982, p. 238-239 e 241.

³⁵ *Idem*, p. 214.

³⁶ BALDWIN, Robert. **Rules and Government**, *op. cit.*, p. 19.

natureza policêntrica, na qual diversos fatores interagem de forma não necessariamente convergente. Nestes casos, a adoção de regras substantivas que restringem excessivamente a discricionariedade administrativa seria uma estratégia equivocada, já que neste caso a tomada de decisão administrativa requer o sopesamento de alternativas e valores conflitantes.³⁷

Sob um paradigma de direito público, observa-se ainda que alguns autores problematizam a formulação e aplicação de regras de conduta pela Administração Pública em determinados contextos nos quais estas se revelam inadequadas para a solução de problemas governamentais. Uma alternativa à formulação de regras disciplinadoras de condutas reside no recurso a procedimentos adjudicatórios para a implementação de políticas públicas. Estes procedimentos seriam mais adequados sempre que houver a necessidade de se conferir maior flexibilidade aos administradores para a solução de problemas de grupos diretamente afetados pela política pública.

No entanto, ainda que aos administradores seja deliberadamente atribuída ampla discricionariedade para a formulação de políticas, como ocorre quando a estes são conferidos poderes normativos e/ou adjudicatórios, as decisões administrativas produzidas nestes contextos são estruturadas por arranjos legislativos que lhes conferem competência e legitimidade. Nesse sentido, Morand observa que a lei não só constitui a fonte de legitimidade de todas as ações públicas, mas também garante a unidade e coerência das políticas públicas.³⁸ Deste modo, o aprimoramento da técnica legislativa revela-se instrumento indispensável, ainda que insuficiente, para a realização de uma série de finalidades, incluindo a de garantir que administradores agirão em prol dos objetivos declarados de uma política pública.³⁹

A esse respeito, observa-se que autores das mais diversas tradições científicas parecem concordar com o fato de que normas jurídicas fazem a diferença na estruturação e

³⁷ BALDWIN, Robert., **Rules and Government**, *op. cit.*, p. 29 e 45. Jowell é ainda mais enfático quanto à incapacidade do direito para controlar certos tipos de decisões administrativas. Cf. JOWELL, Jeffrey. *The Legal Control of Administrative Discretion*. **Public Law**, vol. 18, 1973, p. 179 e 213-220 e JOWELL, Jeffrey. **Law and Bureaucracy**, *op. cit.*, p. 133-162.

³⁸ MORAND analisa a instrumentalidade da lei de um ponto de vista interno, no qual a legislação não figura apenas como um, dentre tantos outros, instrumento de realização de políticas. De um ponto de vista interno, a lei assume proeminência no ciclo das políticas públicas, o que justifica o desenvolvimento de metodologias próprias para analisá-la. É nesse sentido que Morand justifica a distinção entre a avaliação legislativa e a avaliação de políticas públicas. Cf. MORAND, Charles-Albert. *L'évaluation législative ou l'irrésistible ascension du quatrième pouvoir*. In: DELCAMP, A.; BERGEL, Jean-Louis; DUPAS, A. (Coord). **Contrôle parlementaire et evaluation**. Paris: La documentation française, 1995, p. 140-141.

³⁹ Cf., nesse sentido, item 1.2 abaixo, sobre os fundamentos da lei moderna.

funcionamento do governo. O ponto de discordância reside, no entanto, na estrutura que atos normativos devem possuir na tentativa de controlar o comportamento burocrático.

Para aqueles que tomam como problemático o protagonismo dos administradores no processo de formulação de políticas públicas, normas jurídicas deverão ditar comportamentos de forma clara e precisa de modo a restringir a autonomia administrativa. No entanto, para quem considera salutar que administradores gozem de maior flexibilidade neste processo, a legislação será mais fluida, permitindo que estes participem abertamente da escolha do curso de suas próprias ações. Além disso, autores divergem quanto ao órgão emanador das normas jurídicas essenciais de uma política. Para alguns, as questões fundamentais de uma política devem estar previstas na legislação primária ou *stricto sensu*,⁴⁰ ao passo que para outros a opção mais adequada seria a delegação ampla de poderes normativos para órgãos da Administração Pública.⁴¹ No entanto, independentemente do órgão que exerce de fato a função legiferante, escolhas devem ser feitas no tocante ao conteúdo propriamente dito do desenho das leis. Discute-se, neste sentido, se as leis utilizadas para controlar a ação administrativa devem ser predominantemente substantivas ou processuais. Em ambos os casos, discute-se ainda o nível de generalidade, precisão, assertividade, clareza e simplicidade que comandos jurídicos de natureza substantiva e os procedimentos administrativos devem guardar.

Cumprir observar, no entanto, que embora existam teorias capazes de formular em, termos abstratos, as vantagens e desvantagens de variadas estratégias legislativas que limitam em diferentes graus os poderes decisórios da Administração, estas são incapazes de prescrever os resultados que emergirão desses arranjos. A impossibilidade da generalização dos argumentos analisados em caráter abstrato decorre do fato de que o nível adequado de poder discricionário varia de acordo com a natureza do problema a ser solucionado pela política pública.⁴² Nesse sentido, Jaffer alerta para o risco de se incorrer em generalizações sobre os níveis aceitáveis de discricionariedade administrativa:

Uma vez que cada autor expressa o seu interesse na solução de certos problemas substantivos, o foco nos seus interesses geralmente o induz a generalizações sobre todo a área.

⁴⁰ ROSENBAUM, Nelson. Statutory Structure and Policy Implementation: the Case of Wetlands Regulation. In: MAZMANIAM, Daniel A.; SABATIER, Paul A. **Effective Policy Implementation**. Lexington: Lexington Books, 1981, p. 63.

⁴¹ MASHAW, Jerry. **Greed, Chaos & Governance**: using public choice to improve public law. New Haven; London: Yale University Press, 1997.

⁴² Cf. WRIGHT, J. Skelly. Beyond Discretionary Justice. **The Yale Law Journal**, vol. 81, 1972, p. 587.

É possível que cada autor esteja assumindo que quanto maior for a generalização, maior será a força de sua aplicação às questões que mais lhe preocupam.⁴³

Diante disso, embora seja possível afirmar que determinados tipos de decisões administrativas, em função da sua própria natureza, são mais suscetíveis de controle por meio de regras e standards do que outros, reconhece-se a limitação de estruturas conceituais genéricas para explicar o comportamento burocrático em contextos institucionais específicos. Por conta dessas limitações, embora a teoria da legislação analisada neste trabalho ofereça um tratamento sistematizado sobre as estratégias legislativas utilizadas para estruturar o processo de políticas públicas, nenhuma conclusão definitiva poderá ser extraída a respeito da efetividade dessas estratégias. Lida-se, portanto, com um universo no qual inexistem critérios definitivos para determinar quando é desejável e como deverá ser realizada a inserção de certos arranjos institucionais nas diversas espécies de atos normativos.⁴⁴

Deste modo, os corolários apresentados neste e no capítulo seguinte sobre o escopo da legislação na estruturação da ação administrativa devem ser analisados com reservas, uma vez que sua validação dependerá sempre da análise de situações concretas.⁴⁵

1.2 Fundamentos da Legislação Moderna

Uma teoria moderna da legislação pressupõe a adoção de normas⁴⁶ que possam orientar os processos de formulação e avaliação das instrumentalidades legislativas. Para os propósitos deste trabalho, assumem especial relevância duas normas recorrentemente mencionadas pelos proponentes de teorias modernas da legislação,⁴⁷ as quais constituem os fundamentos das estratégias legislativas sobre as quais se discorrerá neste trabalho: controle da Administração Pública e efetividade.

⁴³ JAFFE, Louis, L. The Illusion of the Ideal Administration. **Harvard Law Review**, n. 86, 1975, p. 1184.

⁴⁴ Cf. WRIGHT, J. Skelly. Beyond Discretionary Justice, *op. cit.*, p. 587.

⁴⁵ Essas ressalvas não descaracterizam, obviamente, a utilidade desses corolários, já que estes constituem ferramentas analíticas necessárias para a compreensão do processo de formulação de políticas públicas legisladas.

⁴⁶ As expressões “normas” ou “critérios normativos” são aqui empregados em seu sentido filosófico, e não jurídico.

⁴⁷ Para uma análise normativa da legislação, cf. RUBIN, Edward. Law and Legislation in the Administrative State, *op. cit.*, p. 401-411; MORAND, Charles-Albert. L'évaluation législative ou l'irrésistible ascension du quatrième pouvoir, *op. cit.*, p. 133.

O controle da Administração Pública decorre do reconhecimento de que vastos poderes decisórios situam-se no aparato administrativo, sendo que o uso da expressão “Estado Administrativo,”⁴⁸ por exemplo, evidencia este reconhecimento. Por um lado, a delegação⁴⁹ de poderes decisórios se faz inevitável e indispensável em razão da expertise dos administradores. Por outro, a autonomia burocrática pode se revelar antidemocrática, na medida em que políticos perdem a capacidade de influenciar o resultado das políticas para administradores que não respondem politicamente por suas ações.⁵⁰ Neste processo, administradores assumem uma posição privilegiada que lhes permite formular políticas, articular interesses, eventualmente contribuindo para a produção de resultados contrários aos esperados pelos atores políticos.

Embora a autonomia burocrática na formulação de políticas públicas não seja unanimemente percebida como algo ruim, fato é que o Estado se vale de uma série de arranjos institucionais para controlar o comportamento administrativo e garantir *accountability*, aqui entendida como “responsibilização política ininterrupta do Poder Público em relação à sociedade.”⁵¹ A esse respeito, verifica-se que os arranjos institucionais mais analisados são aqueles a que Abrúcio e Loureiro denominam de *controle institucional durante os mandatos*. Estes instrumentos visam a garantir uma fiscalização contínua durante o exercício do mandato da alta burocracia com capacidade decisória.⁵² Observa-se, no entanto, que essas formas de

⁴⁸ A expressão “Estado Administrativo” remete à idéia de um Estado predominantemente governado por burocratas. Esta expressão é amplamente utilizada em diversos países, mas não tem sido adotada pela literatura jurídica brasileira, talvez porque remeta à idéia – incompatível com uma visão legalista do princípio da legalidade administrativa - de que o conteúdo das políticas públicas seja frequentemente determinado em caráter inicial pela Administração Pública.

⁴⁹ O uso que aqui se confere à expressão “delegação” não deve ser confundido com o seu sentido técnico-jurídico, o qual pressupõe ato expresso e intencional do Congresso Nacional de delegação de competência legislativa para o poder executivo. Deste modo, “delegação” remete à idéia de intransitividade, em que o Poder Legislativo autoriza o poder executivo a especificar estruturas e procedimentos e estabelecer normas de conduta para aplicação aos administrados.

⁵⁰ As tensões existentes entre a necessidade estatal de uma burocracia dotada de expertise e de um aparato para controlá-la foram abrangentemente analisadas por Weber em WEBER, Max. *Bureaucracy*. In: GERTH, Hans Heinrich Gerth (ed.). Tradução de Waldemir Dutra. **Ensaio de Sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 229-277. A obra de Weber até hoje influencia uma vasta literatura em ciência política que estuda as formas de controle político da burocracia.

⁵¹ Cf. ABRÚCIO, Fernando; LOUREIRO, Maria Rita. *Finanças Públicas, Democracia e Accountability*. In: ARVATE, Paulo; BIDERMAN, Ciro. (Orgs.). **Economia do Setor Público no Brasil**. São Paulo: Elsevier, 2005, p. 81.

⁵² Abrúcio e Loureiro relacionam os seguintes instrumentos de controle institucional durante o mandato: (i) controle parlamentar: controles mútuos entre os poderes, CPIs, arguição e aprovação de altos dirigentes públicos, fiscalização orçamentária e do desempenho dos órgãos de governo, audiências públicas etc.; (ii) controle judicial: controle da constitucionalidade das leis e atos normativos do Judiciário, ações civis públicas e medidas

controle não se exercem no vácuo. Buscando uma maior precisão terminológica para essas funções, verifica-se que a maioria dessas atividades visam sobretudo avaliar e monitorar⁵³ a ação administrativa, o que pressupõe uma análise da conformidade do comportamento dos burocratas às normas que limitam e estruturam o seu poder. Loureiro e Abrúcio, inclusive, reconhecem a importância dessas normas, as quais denominam de *regras estatais atemporais*.⁵⁴ Para estes autores, regras estatais servem sobretudo para proteger os “direitos básicos dos indivíduos e da coletividade” contra ações arbitrárias dos governos de ocasião.⁵⁵ No entanto, o controle político da Administração por meio da legislação possui um objetivo mais imediato, que consiste em garantir que administradores comportem-se da maneira esperada por atores que, ao menos teoricamente, se responsabilizam perante a sociedade por suas escolhas políticas.⁵⁶ Como será visto, uma série de estratégias legislativas podem ser empregadas visando promover este controle político da Administração.

Já a segunda e principal norma invocada pelos teóricos da legislação moderna é aquela que prescreve que a legislação deve ser, acima de tudo, efetiva.⁵⁷ Por efetividade entende-se a aptidão de uma determinada lei para atingir as finalidades que prescreve. Esta é a base

extrajudiciais do Ministério Público etc.; (iii) controle administrativo-procedimental e controle de desempenho de programas governamentais: desempenhado pelos tribunais de contas; (iv) controle social: realizado por meio dos conselhos de usuários de serviços públicos, plebiscito, orçamento participativo, mídia ativa e independente etc.. Cf. ABRÚCIO, Fernando; LOUREIRO, Maria Rita., *Finanças Públicas, Democracia e Accountability*, *op. cit.*, p. 81-82 e 84-85.

⁵³ Hood analisa de forma abrangente os instrumentos de ação governamental, dentre os quais incluem-se as ferramentas de controle do comportamento burocrático. Hood divide os instrumentos de ação governamental em duas grandes categorias – Detectores e “Efetores.” Detectores são os instrumentos utilizados pelo governo para obter informações, ao passo que Efetores são aquelas ferramentas utilizadas com o objetivo de causar impacto no mundo exterior. Parte significativa das atividades anteriormente mencionadas de controle institucional durante o mandato possuem uma função mais detectora do que efetora. Cf. HOOD, Christopher. **The Tools of Government**. London: The Macmillan Press Ltd., 1983.

⁵⁴ Exemplos de regras estatais mencionadas por LOUREIRO e ABRÚCIO: cláusulas pétreas constitucionais, princípio da impessoalidade no acesso aos serviços públicos, regras orçamentárias que garantam a sustentabilidade financeira do aparato estatal, objetivos das políticas públicas estabelecidos em lei etc. ABRÚCIO, Fernando; LOUREIRO, Maria Rita., *Finanças Públicas, Democracia e Accountability*, *op. cit.*, p. 81-82 e 84-85.

⁵⁵ ABRÚCIO, Fernando; LOUREIRO, Maria Rita., *Finanças Públicas, Democracia e Accountability*, *op. cit.*, p. 85.

⁵⁶ Obviamente, a legitimidade deste sentido mais imediato de controle político deve ser analisada com cuidado, sobretudo porque, num sistema de tripartição de poderes, o Poder Legislativo, o Presidente da República e inclusive grupos de interesse competem pelo exercício deste controle de forma muitas vezes espúria, o que compromete diretamente a legitimidade do processo democrático representativo. Como observa Strauss, “[o] Congresso pode controlar melhor uma agência administrativa do que nós podemos controlar o Congresso, e isso sugere algumas dificuldades adicionais a que uma nova teoria da legislação deve responder.”⁵⁶

⁵⁷ Cf. RUBIN, Edward. *Law and Legislation in the Administrative State*, *op. cit.*, p. 409; MORAND, Charles-Albert. *L'évaluation législative ou l'irrésistible ascension d'un quatrième pouvoir*, *op. cit.*, p. 133.

essencial da teoria da legislação moderna, a trave mestra do processo de racionalização das leis. Deste modo, não basta que a legislação seja eficaz no controle político da atuação da Administração Pública; este controle se justifica tão somente se servir à realização dos objetivos das políticas. A esse respeito, verifica-se que a inefetividade das leis está frequentemente relacionada a questões como simbolismo ou deficiência de informação na produção dos conteúdos legais.

A legislação simbólica assume um papel fundamental na neutralização de conflitos e demandas por novas formulações de políticas, já que esta se traduz em regras criadas especialmente para desviar contestações indesejáveis. Leis editadas apenas com objetivo simbólico possuem a finalidade implícita de induzir os destinatários da norma a não cumprirem a conduta prescrita no texto legal. Como observa Rosenn, “[n]o Brasil, bem como em muitos outros países em desenvolvimento, é frequentemente mais fácil e socialmente menos polêmico para os opositores de uma lei destinada a efetuar mudanças fundamentais na sociedade, evitar sua implementação do que sua promulgação.”⁵⁸ No desenho da legislação simbólica, legisladores frequentemente recorrem a normas discricionárias, na qual os objetivos da política e/ou os mecanismos de implementação são formulados de modo vago e genérico. No entanto, a legislação simbólica pode também ser caracterizada por normas altamente densas, conquanto que os seus mecanismos de implementação sejam intencionalmente formulados para não aplicar,⁵⁹ ou aplicar apenas seletivamente,⁶⁰ as regras de conduta previamente estabelecidas.

⁵⁸ ROSENN, Keith S. **O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 64.

⁵⁹ ROSENN fornece o exemplo do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964), que estabeleceu um complexo e detalhado sistema de classificação e tributação dos imóveis rurais desacompanhado de um sistema de implementação adequado para garantir a realização dos objetivos daquele diploma legal. ROSENN, Keith S. **O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira**, *op. cit.*, 65-66.

⁶⁰ Um ramo do direito em que o simbolismo é largamente utilizado é o direito penal. Blankenburg observa que o direito penal, embora composto de normas altamente densas, adota um mecanismo de implementação no qual regras e princípios de execução penal são aplicados seletivamente. “A ameaça do direito criminal parece ser tolerada na medida que ele não é efetivamente implementado.” BLANKENBOURG, Erhard. The Waning of Legality in the Concept of Policy Implementation. **Law and Policy Review**, vol. 7, n. 4, 1985. Nestes casos, a estruturação do mecanismo de implementação não exigirá mudanças. Em sentido contrário, quanto maior for a mudança comportamental pretendida, “a autoimplementação tipicamente diminui e a resistência aumenta, o que exige a introdução de um processo de implementação estruturado.”⁶⁰ Rosenbaum observa, no entanto, que em algumas circunstâncias normas que exigem mudanças comportamentais podem ser amplamente auto-implementáveis por seus destinatários. Para o autor, o nível de propensão dos administradores e cidadãos privados à aceitação das mudanças comportamentais exigidas pela norma é que determinará as escolhas sobre a estrutura do seu processo de implementação. Para as situações nas quais a implementação de normas que exigem

Observa-se, no entanto, que a legislação pode também revelar-se inefetiva por fatores não-simbólicos. Problemas nos instrumentos adotados em leis transitivas e intransitivas podem simplesmente decorrer de um conhecimento imperfeito da realidade social sobre a qual estas ferramentas são aplicadas.⁶¹

Para corrigir problemas de simbolismo e de deficiência de informação e, portanto, garantir a efetividade das leis, estudiosos de legística material ressaltam a importância da construção de um aparato institucional capaz de avaliar, prospectiva e retrospectivamente, a adequação dos instrumentos legislativos aos objetivos declarados das políticas públicas. Como observa Morand, a avaliação legislativa⁶² tem por missão principal “reforçar a densidade normativa das leis,”⁶³ razão pela qual esta se torna instrumento fundamental para garantir a sua efetividade. O uso da avaliação legislativa permite, por exemplo, a transformação evolutiva de uma lei com menor densidade substantiva para uma lei com maior densidade. Deste modo, uma lei que porventura seja promulgada em termos absolutamente discricionários⁶⁴ devido à ausência de informação disponível pode vir a se tornar mais densa à medida que avaliadores passem a dispor de maior conhecimento sobre a política pública disciplinada pela legislação.⁶⁵

Cumprir observar, ainda, que além do controle político e da efetividade a teoria da legislação também visa a fornecer subsídios para que as leis sejam mais justas, e que portanto

significativas mudanças comportamentais é bem recebida por um grupo de administradores *op. cit.*, p. 483. Problemas relativos à implementação de regras de conduta serão devidamente analisados no segundo capítulo.

⁶¹ MORAND, Charles-Albert. L'évaluation législative ou l'irrésistible ascension d'un quatrième pouvoir, *op. cit.*, p. 141.

⁶² Observa-se que a avaliação legislativa se distingue das outras formas de controle institucional durante os mandatos acima especificada. Esta se diferencia, por exemplo, do controle exercido pelos tribunais de contas, controladorias gerais e pelo Poder Judiciário, na medida em que averigua a efetividade, e não somente a conformidade, das leis. Por outro lado, a avaliação legislativa não se confunde com avaliação de programas governamentais, já que aquela isola a lei como seu objeto de análise. Para um apanhado geral sobre avaliação legislativa, cf. SALINAS, Natasha Schmitt Caccia, **Avaliação Legislativa no Brasil**, *op. cit.*

⁶³ MORAND, Charles-Albert. L'évaluation législative ou l'irrésistible ascension d'un quatrième pouvoir, *op. cit.*, p. 141.

⁶⁴ Para Morand, estas leis possuem “déficits provisórios de legalidade,” os quais o autor sugere que sejam suplantados por um “controle diferido da legalidade.” Por esse motivo, Morand defende que a exigência de avaliação retrospectiva ou *ex post* seja erigida como princípio constitucional que norteará o processo de controle diferido da legalidade. Cf. MORAND, Charles-Albert. Le Principe de légalité et l'interventionnisme étatique. In: CAGIANUT, Francis *et alli*. **Aktuelle Probleme des Staats-und Verwaltungsrechts**. Bern; Stuttgart: Haupt, 1989, p. 155.

⁶⁵ MORAND, Charles-Albert. L'évaluation législative ou l'irrésistible ascension d'un quatrième pouvoir, *op. cit.*, p. 140.

não oprimam os indivíduos.⁶⁶ Observa-se, no entanto, que esta norma, diferentemente das anteriores, é assegurada somente por meio da supervisão judicial das ações do legislativo e do executivo.⁶⁷ Como observa Atienza,⁶⁸ a exigência de justiça da lei cumpre uma função mais negativa do que construtiva, já que esta não se vale de nenhuma técnica legislativa para garanti-la. Em contrapartida, um rol diversificado de estratégias legislativas podem ser empregadas visando a garantir controle político e efetividade das políticas públicas, razão pela qual estas duas normas assumem maior destaque neste trabalho.

1.3 Limitações e Potencialidades da Lei

Parte do desprezo hoje dominante pelo papel da lei como mecanismo estruturador da ação administrativa decorre do reconhecimento de uma situação de “crise” da democracia representativa e de crise do direito e de suas fontes. A crise da democracia representativa é atribuída às limitações dos arranjos institucionais que estruturam a forma como o Poder Legislativo, o Presidente da República, bem como grupos de interesse diversos relacionam-se entre si para a formulação de políticas públicas legisladas. Tendo em vista que “as condições [políticas] de que depende a eficácia do paradigma legislativo não se verificam hoje,”⁶⁹ não se pode esperar que as leis que emergem do processo legislativo reflitam escolhas que visam a satisfazer de forma plural e equilibrada as necessidades sociais. A este problema acresce-se o fato de que a lei, fonte por excelência de produção jurídica, há muito é também percebida como instrumento insuficiente para tratar de uma realidade altamente cambiante. Quanto mais instável esta realidade se torna, mais complexa se revela a tarefa de regulá-la por meio de instrumentos legislativos.⁷⁰ Conseqüentemente, hoje se assiste a um crescente desinteresse na

⁶⁶ RUBIN, Edward. Law and Legislation in the Administrative State, *op. cit.*, p. 409.

⁶⁷ *Idem*, p. 409.

⁶⁸ ATIENZA, Manuel, **Contribución a una teoría de la legislación**. Madri: Civitas, 1997, p. 39-40

⁶⁹ HESPANHA, Antonio Manuel. A Perspectiva Histórica e Sociológica. *In*: MIRANDA, Jorge; SOUSA, Marcelo Rebelo de. **A Feitura das Leis**. Vol. II. Instituto Nacional de Administração, 1986, p. 63.

⁷⁰ Este modelo explicativo associa à crise da lei enquanto instrumento regulador da sociedade com a crise do Estado-Providência ou do Welfare State. Cf., nesse sentido, FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, especialmente os capítulos terceiro e quarto.

literatura jurídica, ou até desprezo, pelo papel da lei enquanto elemento estruturador das ações da Administração Pública.⁷¹

Ocorre, no entanto, que uma análise institucionalista da legislação faz parte de um projeto inacabado que necessita ser no mínimo melhor compreendido para que possa haver uma discussão mais qualificada de modelos alternativos de formulação de políticas públicas não estruturados na lei. A esse respeito, verifica-se que os esforços perpetrados por juristas como Rubin e Morand para conceber uma teoria da legislação que possua utilidade no cenário de crise acima especificado não são, no entanto, isolados. O fortalecimento de estudos de legística que se deu a partir da década de 1970⁷² sobretudo na Europa⁷³ visa, em essência, a otimizar a produção das normas jurídicas para que esta possa orientar a ação administrativa e atender às necessidades sociais. Estes estudos visam, em última análise, a desenvolver metodologias que aprimorem o desenvolvimento da legislação, não obstante as contingências acima apresentadas.⁷⁴

No Brasil, o processo de elaboração de leis não é fortemente influenciado por esses pressupostos metodológicos. Uma ligeira análise das leis promulgadas no recente período

⁷¹ Como já tive a oportunidade de observar, o ressurgimento de estudos de legística material corresponde a um contramovimento que procura fortalecer e reavivar o papel da lei enquanto instrumento de regulação social. Cf. SALINAS, Natasha Schmitt Caccia, **Avaliação Legislativa no Brasil**, *op. cit.*

⁷² Para uma revisão da literatura sobre legística material em países europeus, cf. SALINAS, Natasha Schmitt Caccia, **Avaliação Legislativa no Brasil**, *op. cit.*, p. 21-68.

⁷³ Atualmente, avanços nos estudos sobre legística aplicados à produção das leis *stricto sensu* tem ocorrido principalmente em centros de pesquisa europeus. Nos Estados Unidos, estudos voltados para o aprimoramento da técnica de produção das normas jurídicas voltam-se primordialmente para atos normativos elaborados pela Administração Pública. Este desinteresse norte-americano pelo aprimoramento da técnica legislativa às leis promulgadas pelo Legislativo deve-se menos a uma descrença no papel da lei enquanto instrumento capaz de disciplinar comportamentos e mais a uma descrença no Poder Legislativo, como será melhor explicitado a seguir. Acadêmicos americanos, especialmente aqueles influenciados pela Teoria da Escolha Pública (“Public Choice Theory”), são extremamente céticos em relação à capacidade do Poder Legislativo de produzir leis instrumentalmente racionais e que beneficiem o interesse público. A Teoria da Escolha Pública pressupõe que legisladores, por estarem exclusivamente preocupados em reeleger-se, escolhem o desenho das políticas que lhes dêem mais crédito e visibilidade. Para tanto, legisladores normalmente recorrem à legislação intransitiva, evitando comprometer-se com assuntos polêmicos. No entanto, estudiosos de legística também reconhecem as contingências políticas que afetam os resultados dos processos eleitorais. Ao contrário dos autores filiados à Teoria da Escolha Pública, no entanto, estes autores não acreditam que os esforços para aprimorar o processo legislativo sejam inúteis. ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madri: Civitas, 1997, p. 39-40; MORAND, Charles-Albert. L'évaluation législative ou l'irrésistible ascension du quatrième pouvoir, *op. cit.*, p. 133-152. RUBIN, Edward. Law and Legislation in the Administrative State, *op. cit.*, p. 408-411.

⁷⁴ Rubin ressalta a importância de que o direito não perca o seu caráter prescritivo. Deste modo, o autor considera um equívoco que sejam abandonados “os esforços para aprimorar o processo legislativo apenas porque este processo é influenciado pela política.” RUBIN, Edward. Law and Legislation in the Administrative State, *op. cit.*, p. 411.

democrático brasileiro permite identificar certos padrões na produção legislativa que reforçam esta hipótese. A estrutura de uma típica lei brasileira que disciplina políticas públicas pode ser dividida em seis partes principais:⁷⁵ (i) princípios e diretrizes da política; (ii) objetivos da política; (iii) composição dos órgãos e autoridades envolvidos na implementação de uma determinada política e descrição genérica sobre suas competências e responsabilidades; (iv) rol de definições, incluindo a caracterização dos atores afetados pela política; (v) instrumentos, vaga e genericamente considerados, de controle da ação administrativa; (vi) penalidades e responsabilidades pela inobservância dos dispositivos legais.

Verifica-se, além disso, que este padrão legislativo é caracterizado por conferir um nível acentuado de discricionariedade ao administrador, tanto do ponto de vista procedimental quanto substantivo. Do ponto de vista procedimental, as leis brasileiras costumam ser significativamente genéricas quanto à especificação dos procedimentos de tomada de decisão administrativa que nortearão o processo de implementação das políticas. Como será visto nos capítulos seguintes, estes procedimentos de tomada de decisão administrativa são formulados de modo descolado das matérias substantivas a que supostamente deveriam servir e são previstos de modo desacompanhado de instrumentos que visem a forçar a Administração a cumprir normas procedimentais de modo eficiente. Sob a perspectiva substantiva, as leis brasileiras costumam não prever um número expressivo de regras e standards substantivos que prescrevam, por exemplo, as condutas que serão exigidas dos destinatários finais da política.

Diante desta breve descrição das características estruturais da legislação, cumpre tecer algumas reflexões, sem a pretensão de oferecer respostas definitivas, sobre os fatores que contribuem para a homogeneidade do padrão legislativo brasileiro.

1.3.1 Regime Político e Elaboração Legislativa

O estudo dos fatores que influenciam o modo como as leis são construídas e desenhadas tem recebido crescente atenção de cientistas políticos. A esse respeito, cientistas

⁷⁵ Esta é a estrutura da Lei n. 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, e que será analisada mais detidamente em capítulos seguintes deste trabalho. Diversas outras leis que versam sobre políticas sociais no Brasil seguem esta estrutura.

políticos tem levantado e testado hipóteses acerca dos fatores políticos que afetam não só o conteúdo, mas também o desenho e a estrutura da legislação.

A esse respeito, Huber e Shipan desenvolveram um estudo interessante,⁷⁶ que analisa o modo como conflituosidade entre poderes legislativo e executivo, capacidade técnica e expertise dos legisladores e ambiente de barganha política afetam a capacidade e incentivo dos políticos de legislarem de modo a conferir mais ou menos discricionariedade à Administração Pública.⁷⁷ O modelo se estrutura, portanto, da seguinte forma: membros do Poder Legislativo empreendem esforços e recursos para superar a incerteza sobre o conteúdo das políticas e, portanto, legislar de modo a limitar a discricionariedade da Administração Pública sempre que estiverem em lado oposto ao dos representantes do Poder Executivo. No contexto do sistema presidencialista com tripartição de poderes norte-americano, caso analisado por Huber e Shipan, o nível de conflituosidade é elevado quando o Presidente da República e o Poder Legislativo são liderados por partidos de oposição. No entanto, a conflituosidade entre poderes não afetará o desenho da legislação se congressistas não dispuserem de um nível mínimo de expertise e capacidade técnica. Expertise e capacidade técnica devem, portanto, ser suficientes para que legisladores tenham condições de legislar substantivamente sobre políticas públicas. No entanto, mesmo se legisladores dispuserem de capacidade técnica para formularem leis mais densas e específicas, estes poderão, ainda, não adotar esta estratégia se o ambiente de barganha política for caracterizado por resistências internas e ameaças mútuas entre membros do Poder Legislativo de não aprovação da legislação.

Huber e Shipan testaram suas hipóteses a partir de um estudo comparativo que analisa a produção legislativa de diversos países que adotam os sistemas presidencialista e parlamentarista. Os autores concluíram que a capacidade legislativa contribui para o aumento

⁷⁶ Cf. HUBER, John D.; SHIPAN, Charles R. **Deliberate Discretion?:** The Institutional Foundations of Bureaucratic Autonomy. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. Este estudo não será aqui apresentado em todos os seus detalhes, uma vez que não se pretende testá-lo empiricamente. No entanto, considera-se que as ferramentas analíticas deste modelo são interessantes para evidenciar algumas das limitações, bem como potencialidades, do processo de elaboração de leis no contexto brasileiro.

⁷⁷ Os autores usaram como padrão de mensuração da discricionariedade conferida pelo texto legal o número de palavras contidas nas leis. Isso só pôde ser feito porque, em pesquisa exploratória da produção legislativa dos países examinados pelos autores, estes identificaram que procedimentos administrativos são previstos nas leis de modo imbricados a standards e regras substantivas, de modo que quanto mais extenso o texto legal, maior sua densidade substantiva, e, portanto, maior o número de repertórios e estratégias utilizadas para controlar a discricionariedade administrativa. Cf. HUBER, John D.; SHIPAN, Charles R. **Deliberate Discretion?**, *op. cit.*, p. 44-77.

do nível de detalhamento das leis nos sistemas presidencialistas examinados,⁷⁸ ao passo que em sistemas parlamentaristas este fator não afeta o desenho da legislação. Diferentemente do sistema presidencialista norte-americano, onde as decisões legislativas são tomadas precipuamente por membros do Poder Legislativo, nos sistemas parlamentaristas europeus as leis são precipuamente formuladas no interior dos gabinetes ministeriais. Consequentemente, a capacidade legislativa torna-se mais relevante em sistemas presidenciais do que nos regimes parlamentaristas onde os ministros já possuem alta qualificação para formular as políticas. Além disso, tendo em vista que em sistemas parlamentaristas inexistente clara separação entre os poderes legislativo e executivo, ministros possuem menores incentivos para produzir leis detalhadas do que os congressistas do sistema presidencialista norte-americano. Uma vez que os ministros assumem simultaneamente a função legislativa e executiva, torna-se compreensível que estes não se preocupem em legislar de modo muito específico, já que assim procedendo estes atores políticos estariam, em verdade, limitando a sua própria discricionariedade.⁷⁹

O fenômeno da incerteza política é também central na explicação oferecida por Moe sobre o modo como políticos desenham a legislação que versa sobre políticas públicas. Para Moe, como políticos convivem com a permanente ameaça da perda de poder, estes se sentem compelidos a legislar detalhadamente de modo a garantir o controle do comportamento burocrático mesmo em circunstâncias futuras, quando seus cargos forem assumidos por grupos de oposição.⁸⁰

⁷⁸ Observa-se, no entanto, que os únicos entes políticos analisados por Huber e Shipan neste trabalho são a União e os estados americanos, cujos sistemas presidencialistas apresentam característica bastante diversas, como será visto, em relação ao sistema presidencialista brasileiro.

⁷⁹ No entanto, Huber e Shipan identificaram que mesmo em sistemas parlamentaristas as leis tendem a ser formuladas de modo mais detalhado quando governos tornam-se instáveis politicamente. Neste caso, a rotatividade de pessoas na titularidade das pastas ministeriais torna-se prática comum, sendo que ministros legislam de modo mais detalhado visando a controlar a discricionariedade dos atores que os substituirão em um curto ou médio prazo. Na mesma linha, Boyle argumenta que sistemas parlamentaristas marcados por coalisões multipartidárias instáveis tendem a engessar reformas burocráticas em lei visando garantir a sua estabilidade. Cf. BOYLE, Delia M. **Bureaucratic Reform in Developing Countries: A Comparison of Presidential and Parliamentary Rule**. Disponível em: < http://harrisschool.uchicago.edu/about/publications/working-papers/pdf/wp_99_14.pdf>. Acesso em: 12 Out. 2011.

⁸⁰ Moe assim descreve esse processo: “A força-motora da incerteza política, assim, pressiona o grupo vencedor a favorecer desenhos estruturais que este jamais favoreceria em termos técnicos: desenhos que impõe detalhadas restrições formais na discricionariedade burocrática, impõem complexos procedimentos para a tomada de decisão da agência, minimizam as oportunidades para o controle, e insulam a agência da política. O grupo tem de proteger a si mesmo e a agência dos perigos da democracia, e o faz por meio da imposição de estruturas que são de fato estranhas e incongruentes quando avaliadas por quaisquer critérios razoáveis sobre como uma

No Brasil, especialização e expertise são deficiências particularmente sérias do Poder Legislativo. Diversas características do regime político brasileiro contribuem para este cenário. Uma delas constitui o alto índice de rotatividade dos membros da Câmara dos Deputados.⁸¹ A cada legislatura, 50% da composição desse órgão é, em média, alterada. Esse número é expressivo se comparado ao índice de alteração da composição do Congresso americano, equivalente a uma média de 10%.⁸² Para Summers, este fato deve-se primordialmente a dois fatores. Em primeiro lugar, deputados tendem a abandonar suas carreiras de curto e médio prazo no Poder Legislativo para perseguirem cargos no poder executivo municipal e estadual, uma prática pouco usual entre os membros do Congresso americano.⁸³ Em segundo lugar, congressistas brasileiros possuem menores chances de se reeleger que os seus pares americanos, tendo em vista que tem de enfrentar uma intensa competição que, na prática, só permite que dois terços dos candidatos que decidam disputar um novo mandato vençam as eleições.⁸⁴

Além da alta rotatividade de cargos, a expertise dos membros das comissões do Congresso Brasileiro é considerada insatisfatória. A esse respeito, verifica-se que o sistema de comissões do Congresso brasileiro não é governado por regras de senioridade, já que presidentes e vice-presidentes das comissões permanentes, as quais são estruturadas em torno de políticas públicas específicas, servem por um mandato de apenas dois anos e não podem ser reeleitos de forma consecutiva.⁸⁵ Esse arranjo institucional difere acentuadamente daquele que

organização efetiva deva parecer.” Cf. MOE, Terry. *The Politics of Bureaucratic Structure*. In: CHUBB, John E.; PETERSON, Paul E. (Ed.). **Can the government govern?** Washington, D.C.: The Brookings Institution, 1989, p. 274.

⁸¹ A curta carreira dos deputados não impossibilita apenas que estes adquiram expertise em determinados assuntos, mas também bloqueia as oportunidades para que os parlamentares aproveitem projetos de sua autoria. Cf. AMORIM NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. *A Produção Legislativa do Congresso: entre a paróquia e a nação*. In: VIANNA, Werneck (Org.). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 111, 114 e 118.

⁸² SAMUELS, David. *Ambition and Competition: Explaining Legislative Turnover in Brazil*. **Legislative Studies Quarterly**, vol. 25, n. 3, 2000, p. 482.

⁸³ Para uma análise sobre como políticos brasileiros utilizam seus cargos no Congresso Nacional como um trampolim para carreiras no poder executivo, cf. SAMUELS, David. **Ambition, Federalism and Legislative Politics in Brazil**. Cambridge University Press, 2003.

⁸⁴ Esta intensa competição é provocada pelo sistema proporcional de lista aberta, no qual eleitores, ao invés dos partidos, determinam os candidatos que assumirão os postos na Câmara dos Deputados. Somado a isso, deputados tem de enfrentar intensa competição com os membros do seu próprio partido, já que todos disputam vagas para o mesmo distrito eleitoral, que equivale ao território do estado. Cf. SAMUELS, David. *Ambition and Competition*, *op. cit.*, p. 483.

⁸⁵ REICH, Gary. *Executive Decree Authority in Brazil: How Reactive Legislators Influence Policy*. **Legislative Studies Quarterly**, vol. 27, n. 1, 2002, p. 15.

governa o Congresso norte-americano, onde congressistas atuam nas mesmas comissões durante toda a sua carreira, tornando-se, portanto, especialistas em políticas públicas específicas.⁸⁶ A regra da alternância de cargos nas comissões do Congresso brasileiro tem origem no regime militar, momento no qual não era de interesse dos militares que congressistas se especializassem e, conseqüentemente, interferissem substantivamente na formulação de políticas públicas realizada pelo poder executivo.⁸⁷ Como consequência dessa prática institucional, membros do congresso brasileiro não se especializam em nenhuma política específica, adquirindo portanto apenas um conhecimento generalista.⁸⁸ A isso acresce-se o fato de que congressistas não dispõem de um aparato administrativo adequado que lhes permita compensar, por meio de assessoria técnica adequada, sua falta de expertise. A esse respeito, verifica-se que os quadros permanentes de assessoria técnica do Congresso Nacional são insuficientes para atender em tempo adequado a todos os congressistas. Além disso, os assessores legislativos também possuem uma formação generalista – normalmente jurídica – que se revela insuficiente para a formulação de políticas públicas legisladas.⁸⁹

A falta de expertise dos congressistas e de seus assistentes técnicos explica, em parte, a tendência dos membros do Poder Legislativo de não disciplinar questões de natureza técnico-científica, tais como meio-ambiente, em termos substantivos.⁹⁰

Em contrapartida, no sistema político brasileiro o Presidente da República possui melhores condições de legislar sobre questões técnicas, já que “dispõe de maior informação legislativa e de uma equipe técnica mais numerosa.”⁹¹ Além disso, os membros da burocracia brasileira, supostamente melhor equipados para legislar sobre políticas públicas, participam

⁸⁶ Para uma análise abrangente e atual do funcionamento do sistema de comissões do Congresso dos Estados Unidos da América, cf. SINCLAIR, Bárbara. **Unorthodox Lawmaking: New Legislative Processes in the U.S. Congress**. 3.ed. CQ Press, 2007.

⁸⁷ Figueireido e Limongi ressaltam, a esse respeito, que o Congresso Brasileiro teve a oportunidade de eliminar essa regra durante o processo de redemocratização, mas ao final optaram por mantê-la. Cf., e.g. FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Constitutional Change, Legislative Performance and Institutional Consolidation, **Brazilian Review of Social Sciences**, edição especial, n. 1, 2000.

⁸⁸ REICH, Gary, Executive Decree Authority in Brazil, *op. cit.*, p. 15.

⁸⁹ *Idem*, p. 15.

⁹⁰ Em seu estudo, Reich identificou que os membros do Congresso brasileiro raramente propõem emendas às medidas provisórias do Presidente da República que tratam de assuntos mais técnicos. Reich, no entanto, interpreta esses achados de pesquisa numa linha diferente daquela defendida por Argelina Figueireido e Limongi, que enfatizam a submissão do Poder Legislativo aos interesses do poder executivo. Dada a falta de expertise do Congresso Nacional brasileiro, Reich conclui que a omissão deste órgão político em propor emendas às medidas provisórias do Presidente constitui uma atitude racional, e não submissa, de delegação de poderes normativos ao poder executivo. Cf. REICH, Executive Decree Authority in Brazil, *op. cit.*

⁹¹ *Idem*, p. 15.

ativamente da minutagem das leis propostas por iniciativa do Presidente da República e dos decretos presidenciais de natureza regulamentar.⁹²

No Brasil, o Presidente da República exerce grande influência sobre o processo legislativo, primeiramente porque a Constituição lhe confere extensivos poderes legislativos,⁹³ e, em segundo lugar, porque o colégio dos líderes, que controla a agenda legislativa, revela-se extremamente efetivo em acelerar o processo de deliberação dos projetos de lei iniciados pelo chefe do poder executivo.⁹⁴ Esta “dominação presidencial” é evidenciada pelo fato de que, no período pós-1988, uma média de 85% das proposições que se tornam lei a cada ano são iniciadas pelo Presidente da República.⁹⁵ No entanto, verifica-se que o Presidente não exerce um papel dominante sobre todo e qualquer aspecto do processo legislativo. Este dá prioridade aos projetos de natureza econômica e administrativa,⁹⁶ enquanto o Congresso tem se

⁹² Para uma explicação esquematizada sobre como burocratas influenciam o desenham da legislação, cf. BLANKENBOURG, Erhard. *The Waning of Legality in the Concept of Policy Implementation*, *op. cit.*

⁹³ Parcela dos poderes legislativos do Presidente da República possuem raízes no regime militar. Os membros da Constituinte, no entanto, optaram por não anular esses poderes criados durante aquele período. Para uma descrição dos poderes legislativos conferidos pela Constituição ao Presidente da República e como essas prerrogativas chocam-se com os poderes dos legisladores, cf. FIGUEIREDO; Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Constitutional Change, Legislative Performance and Institutional Consolidation*, *op. cit.*, p. 74-77. Para uma análise história dos poderes legislativos do Poder Executivo nas Constituições Brasileiras, cf. PESSANHA, Charles. *O Poder Executivo e o Processo Legislativo nas Constituições Brasileiras: Teoria e Prática*. In: VIANNA, Werneck (Org.). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 141-194.

⁹⁴ O colégio dos líderes acelera o processo de deliberação das proposições de iniciativa do Presidente da República por prerrogativas que lhe são conferidas pelo Regimento Interno da Câmara dos Deputados de requerer a tramitação urgente de projetos de lei. Como resultado desse processo, leva-se três vezes mais tempo para aprovar uma lei introduzida por um membro do Congresso do que uma lei proposta pelo chefe do Poder Executivo. Cf. FIGUEIREDO; Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Constitutional Change, Legislative Performance and Institutional Consolidation*, *op. cit.*, p. 80.

⁹⁵ Estes dados referem-se à produção legislativa do período entre 1988 e 1994. Deve-se observar, no entanto, que parte significativa dessas leis (60%) correspondem a leis orçamentárias e medidas provisórias. Cf. FIGUEIREDO; Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Constitutional Change, Legislative Performance and Institutional Consolidation*, *op. cit.*, p. 77. Uma versão mais atualizada deste estudo, referente ao período de 1989 a 1998, revela uma manutenção deste padrão legislativo, em que apenas 14% das leis aprovadas no período são de autoria de congressistas, senadores ou de comissões parlamentares. Cf. FIGUEIREDO, Argelina C.; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas Editora.

⁹⁶ A agenda econômica presidencial normalmente trata de salários, impostos e a regulação geral de atividades econômicas em áreas diversas como a industrial, comercial, financeira etc. Já a agenda administrativa diz respeito à criação e extinção de cargos e órgãos públicos, definição da competência, composição e funcionamento dos órgãos públicos, estabelecimento do número de contingentes da polícia militar, pagamentos de salários e benefícios para funcionários públicos. Também incluem-se na categoria de leis administrativas as doações a alienações de imóveis e bens públicos, anistia de dívidas, estabelecimento de limites territoriais entre estados da federação, etc. Cf. FIGUEIREDO; Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Constitutional Change, Legislative Performance and Institutional Consolidation*, *op. cit.*, p. 85-86.

envolvido, com algum nível de sucesso, na promoção de projetos de lei sobre políticas sociais, as quais incluem meio ambiente, sistema de justiça, direitos civis, etc.⁹⁷

No entanto, possivelmente em razão da mencionada falta de expertise do Congresso para legislar sobre questões complexas das políticas, verifica-se que a produção legislativa de autoria dos parlamentares em matéria social e econômica revela-se muito mais casuística, e portanto com menor potencial para alterar o *status quo*, do que as leis de iniciativa do Presidente da República.⁹⁸ A esse respeito, no entanto, cumpre observar que ainda existe uma carência de estudos que se destinem a comparar, em termos qualitativos, a produção legislativa do Presidente da República e do Congresso.⁹⁹ Além disso, este campo de estudo deveria ser complementado por outro que identifique quem de fato redige a legislação, tanto para as leis de iniciativa do Poder Legislativo, quanto do Poder Executivo.¹⁰⁰

De todo modo, uma ligeira análise da produção legislativa do Poder Executivo do período pós-1988 permite identificar que o Presidente da República e seu aparato administrativo, embora melhor dotado de capacidade técnica para legislar, legisla no entanto de forma genérica e frequentemente vaga, delegando extensos poderes decisórios para os

⁹⁷ *Idem*, p. 85-86. A esse respeito, Amorim Neto e Fabiano Santos identificaram que o assunto predominante na produção legislativa de autoria dos integrantes do Poder Legislativo é o social. Os autores analisaram a produção legislativa do Congresso no período entre 1985 e 1999. Das 336 leis de autoria de parlamentares promulgadas no período, 155 (equivalente a 46,1 %) tratavam da área social. A este número podem ser acrescidas 9 (2,7%) leis sobre assunto ecológico, bem como 7 (2,1%) leis versando sobre cultura, ciência e tecnologia. Leis sobre assuntos econômicos, embora representem o segundo maior conjunto de leis de autoria dos parlamentares, compõem apenas 22,9% da produção legislativa, contra 50,9% das áreas social, ecológica e de cultura, ciência e tecnologia. Além disso, os autores também identificaram que as leis produzidas pelo Congresso possuem, em sua grande maioria (68,2% das leis aprovadas), abrangência nacional, o que contraria, em parte, expectativas de que a produção legislativa do Congresso versaria apenas sobre assuntos paroquiais. Conforme demonstram os autores, o tratamento de assuntos subnacionais na produção legislativa dos congressistas predomina na formulação de Decretos Legislativos e Resoluções do Senado. É na produção destes atos normativos, ao invés das leis, que o Congresso visa sobretudo a atender às demandas dos seus constituintes. Cf. AMORIM NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. A Produção Legislativa do Congresso: entre a paróquia e a nação., *op. cit.*, p. 94-109.

⁹⁸ A esse respeito, Amorim Neto e Fabiano Santos observam que as leis de autoria dos congressistas versam sobre temas pontuais e cotidianos dos cidadãos, do qual constitui um exemplo a lei que proíbe a exigência de atestado que comprove esterilidade ou gravidez de candidatas a emprego. Esta lei, no entanto, possui um impacto redistributivo muito inferior, por exemplo, à lei de iniciativa do Presidente que trata do sistema de aposentadoria rural. Cf. AMORIM NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. A Produção Legislativa do Congresso, *op. cit.*, p. 107-108.

⁹⁹ Os estudos existentes que procuram comparar substantivamente a produção legislativa do Poder Executivo e do Poder Legislativo baseiam-se na leitura de emendas, e não no inteiro teor das leis. Este é o caso, por exemplo, dos estudos realizados por Figueiredo e Limongi e por Amorim Neto e Santos, nas obras anteriormente citadas.

¹⁰⁰ Pesquisas dessa sorte são raras inclusive nos Estados Unidos. Um dos raros exemplos, no entanto, de estudos desenvolvidos com o propósito de identificar quem de fato redige as leis federais neste país é apresentado em NOURCE, Victoria F.; SCHACTER, Jane S. **The Politics of Legislative Drafting: a Congressional Case Study.** *New York University Law Review* n. 22, 2002, p. 575-613.

órgãos da Administração Pública.¹⁰¹ Verifica-se, inclusive, que mesmo quando o Presidente exerce o seu poder regulamentar, por meio da edição de decretos, este não costuma legislar de modo específico. O texto dos decretos presidenciais constitui seguidamente mera repetição da linguagem adotada em leis formais, de modo que os regulamentos editados pelo Presidente reproduzem o padrão de discricionariedade conferida pelas leis que lhes precedem. Diferentemente dos membros do Poder Legislativo, no entanto, o Presidente da República não legisla de forma vaga e genérica porque não dispõe de informação ou de expertise para tanto. Sendo o Presidente o chefe do Poder Executivo, torna-se compreensível que este, do mesmo modo que os ministros em sistemas parlamentaristas, opte por não limitar o próprio poder.¹⁰²

A breve descrição, acima realizada, do modo como congressistas e o Presidente da República comportam-se na formulação de políticas públicas legisladas em face do regime político vigente evidencia a tensão existente entre as narrativas prescritiva e descritiva do processo de produção das leis que versem sobre políticas públicas.

De um lado, estudiosos de legística material propõem que a legislação seja formulada de modo a garantir a efetividade dos objetivos das políticas públicas. Neste paradigma, o legislador deverá valer-se de estratégias legislativas consideradas aptas a solucionar os problemas de ordem social e econômica que impulsionaram a criação das políticas. Neste processo, legisladores podem concluir, por meio de estudos avaliativos, que a estratégia que adotaram não soluciona o problema econômico ou social subjacente à política pública. Consequentemente, legisladores avaliarão alternativas às estratégias anteriormente adotadas e, por fim, modificarão a legislação com o objetivo de torná-la mais efetiva.¹⁰³

¹⁰¹ No entanto, em uma análise exploratória das leis de iniciativa da Presidência da República promulgadas a partir de 1988, pude constatar que estas reproduzem em geral um padrão de discricionariedade e de generalidade inclusive superior ao das leis originárias das casas do Congresso Nacional. Exemplos de leis originárias do Poder Legislativo dotadas de expressiva especificidade quando comparadas às leis propostas pelo Presidência da República incluem a Lei n. 8069/90, que cria Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei n. 8078/90, que institui o Código de Defesa do Consumidor, a Lei n. 9394/96, que define as Diretrizes e Bases da Educação, dentre outras.

¹⁰² Devo esta observação sobretudo a Susan Rose-Ackerman. Verifica-se, inclusive, este fenômeno não ocorre somente em sistemas políticos presidencialistas caracterizados por um controle presidencial no processo legislativo, mas também em sistemas parlamentaristas multipartidários instáveis. Cf. HUBER, John D.; SHIPAN, Charles R. **Deliberate Discretion?**, *op. cit.*, p. 183-187; BOYLE, Delia M. **Bureaucratic Reform in Developing Countries: A Comparison of Presidential and Parliamentary Rule**, *op. cit.*

¹⁰³ Para uma descrição das etapas metodológicas que devem ser percorridas para a formulação da lei seguindo os padrões de racionalidade acima indicados, cf. MORAND, Charles-Albert. *Éléments de Légistique Formelle et Matérielle*. In: MORAND, Charles-Albert. **Légistique Formelle et Matérielle**. Aix-En-Provence: Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p. 17-45; DELLEY, Jean-Daniel. *Penser la Loi: Introduction à une démarche méthodique*. In: MORAND, Charles-Albert. **Légistique Formelle et Matérielle**. Aix-En-Provence:

Por outro lado, fatores político-institucionais constituem evidentes obstáculos para que a legislação seja formulada nos termos acima propostos. O processo de formulação racional do conteúdo da legislação requer expertise e capacidade técnica condizentes com a complexidade do problema a ser solucionado. Além disso, o sistema político deve ser capaz de oferecer incentivos para que políticos legislem de forma não-simbólica e comprometida com o resultado das políticas.

Procurando analisar o sistema político brasileiro à luz das ferramenas analíticas propostas por Huber e Shipan, verifica-se que no Brasil o nível de barganha política interna e conflituosidade entre poderes legislativo e executivo revela-se baixo¹⁰⁴ se comparado ao modelo norte-americano. Se, por um lado, o sistema presidencialista com tripartição de poderes adotado no Brasil revela-se deficiente quanto ao seu mecanismo de freios e contrapesos, permitindo de modo desequilibrado a delegação de poderes decisórios para o Presidente da República e para a Administração Pública, por outro este pode abrir oportunidades para uma formulação mais racional das políticas públicas. Em um sistema político em que o ambiente de barganha e o nível de conflituosidade revela-se extremamente acentuado, parlamentares, o Presidente, burocratas e grupos de interesse disputarão acirradamente pelo controle das estruturas burocráticas. No âmbito do processo legislativo, esta disputa se reflete no modo como esses atores envidam esforços para inserir no texto legislativo dispositivos que visem a controlar a ação da Administração Pública de modo a satisfazer seus interesses fragmentados e particularísticos. Num cenário em que a definição do conteúdo das políticas é disputada agressivamente, a legislação que emergirá deste processo não assumirá outra forma que não a de uma colcha de retalhos, reflexo da disputa por poder político travada entre os diversos atores envolvidos neste processo. As soluções resultantes deste processo jamais são inteiramente racionais: em busca de sustentabilidade política, atores políticos, sobretudo aqueles que agem em nome de grupos de interesse, procuram controlar o

Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p. 81-115; MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. **Statute Law Review**, n. 22, jul. 2001, p. 119-131.

¹⁰⁴ Obviamente, os acordos formalizados no âmbito do sistema presidencialista de coalisão são instáveis, de modo que o Presidente da República convive permanentemente com a ameaça da perda de poder decisório e governabilidade. Cf., nesse sentido, AMES, Barry. **The Deadlock of Democracy in Brazil**. Ann Arbor: University of Michigan University Press, 2001. No entanto, alguns autores sustentam que é justamente por causa desta instabilidade política que o Presidente da República evita empreender reformas que impliquem uma diminuição da sua flexibilidade na formulação de políticas públicas. Cf., nesse sentido, BOYLE, Delia M. **Bureaucratic Reform in Developing Countries: A Comparison of Presidential and Parliamentary Rule**, *op. cit.*

processo de implementação por meio da especificação de regras e procedimentos que controlam a ação administrativa de modo não comprometido com a efetividade das políticas.

À título ilustrativo, verifica-se o exemplo da “Lei de Proteção ao Paciente e de Serviço de Saúde a Preço Acessível,”¹⁰⁵ denominada popularmente nos Estados Unidos de “Obama Care.” Esta lei, cujo texto possui mais de 415.000 palavras e ocupa o espaço de 984 páginas,¹⁰⁶ previu o envolvimento de nada menos do que 159 agências administrativas¹⁰⁷ na implementação do programa de saúde do governo americano. Esta lei, obviamente, não constitui um produto de um processo no qual legisladores envolvem-se pessoalmente no estudo do problema da saúde e, com base nele, deliberam entre si de modo transparente sobre as soluções legislativas mais adequadas para a realização dos objetivos da política pública. Neste processo, legisladores, fortemente pressionados por grupos de interesse diversos, procuraram se esquivar da discussão das questões mais polêmicas da política, optando por determinar a um enorme contingente de assessores parlamentares¹⁰⁸ a elaboração de leis excessivamente minuciosas procedimental e substantivamente.

A esse respeito, Strauss observa que as leis norte-americanas produzidas neste contexto não prevêm apenas regras de estrutura organizacional e procedimentos de tomada de decisão administrativa, sendo também dotadas de inúmeras regras substantivas.¹⁰⁹ No entanto, o processo de produção dessas regras é condicionado por disputas políticas travadas precipuamente no âmbito das comissões parlamentares, de modo que as leis que tramitam no Congresso não são plenamente deliberadas por todos os seus representantes. Apoiadas por numerosas equipes técnicas, as leis aprovadas neste processo terminam por disciplinar em

¹⁰⁵ Lei Pública nº 111-148, de 23 de Março de 2010, **Statutes at Large** n. 124, p. 119.

¹⁰⁶ A lei possui esta extensão na sua versão publicada no *United States Statutes at Large*, publicação oficial das leis e resoluções aprovadas pelo Congresso norte-americano. Cf. **Statutes at Large** n. 124, p. 119.

¹⁰⁷ Este número foi levantado pelo The Center for Health Transformation (CHT). Disponível em: <<http://frontpagemag.com/2010/08/30/obamacares-bureaucracy-nightmare/>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

¹⁰⁸ Strauss observa que o “alargamento da equipe administrativa do Congresso pode ter contribuído para a especificidade da legislação, no entanto uma especificidade que pode gerar perigos faccionários, na medida em que o Congresso disputa com o Presidente o controle do governo.” STRAUSS, Peter L. *Legislative Theory and the Rule of Law: Some Comments on Rubin.*, *op. cit.*, p. 434.

¹⁰⁹ A lei de combate à poluição do ar, denominada popularmente de Lei do Ar Puro (Clean Air Act, “CAA”) constitui um exemplo de ato normativo repleto de normas transitivas e intransitivas. Por exemplo, o CAA estabelece de forma específica as substâncias químicas que a Agência de Proteção Ambiental deverá regular, porém delega para este órgão poderes para a definição dos standards substantivos que deverão ser utilizados no controle da emissão dos referidos poluentes. Para uma análise descritiva do desenho do mecanismo de implementação da Lei do Ar Puro, cf. PERCIVAL, Robert V. *et alli*. **Environmental Regulation: Law, Science and Policy**. 6. ed. Aspen Publishers, 2009.

quixotesco nível de detalhe a estrutura organizacional da agência implementadora, os procedimentos de tomada de decisão administrativa, bem como as regras de conduta que deverão ser aplicadas no processo de implementação da política.¹¹⁰

Dada a disputa acirrada pelo controle da estrutura organizacional e procedimental da agência encarregada de administrar a política, políticos formalizam acordos que tendem a comprometer seriamente a racionalidade dos instrumentos legislativos.¹¹¹ Nestes acordos, cada grupo político exerce influência sobre um determinado aspecto do mecanismo de implementação, tornando a legislação um mosaico de arranjos institucionais que afetam, normalmente de forma negativa, o resultado das políticas. Como Moe observa de forma resolutiva, “[n]o processo político do desenho de estruturas, a inevitabilidade de acordos significa que penosas estruturas serão formuladas com o propósito de causar o fracasso da organização administrativa.”¹¹²

Este padrão da produção legislativa norte-americana no qual leis disciplinam de forma excessivamente detalhada regras organizacionais, procedimentais e substantivas intensificou-se ainda mais a partir da década de 1960, em um período referido por historiadores como a *Era do Interesse Público*.¹¹³ Este período foi marcado pelo surgimento de movimentos que reivindicaram a criação de programas de saúde, segurança e conservação ambiental,¹¹⁴ os quais, por sua vez, impulsionaram a promulgação de leis emblemáticas que impactaram de modo definitivo a economia americana.¹¹⁵ Uma característica essencial da legislação produzida neste período é a de que esta recorreu largamente a regras de tomada de

¹¹⁰ STRAUSS, *Legislative Theory and the Rule of Law: Some Comments on Rubin*, *op. cit.*, 430-439.

¹¹¹ Como observa Moe, a visão de que atores políticos utilizam critérios técnicos e neutros no desenho organizacional da burocracia “ignora a realidade da política.” MOE, Terry M. *The Politics of Bureaucratic Structure*. *op. cit.*, p. 268.

¹¹² MOE, Terry M. *The Politics of Bureaucratic Structure*. *op. cit.*, p. 276-277.

¹¹³ Denominada originalmente como “The Public Interest Era”. Cf. RABIN, Robert L. *Federal Regulation in Historical Perspective*. **Stanford Law Review**, n. 38, 1986, p. 1278-1294. Alguns autores também se referem ao conjunto de leis promulgadas neste período como “A Nova Regulação Social,” denominada originalmente como “The New Social Regulation”. Cf. MOE, Terry. *The Politics of Bureaucratic Structure*., *op. cit.*, p. 286.

¹¹⁴ “No curto período de seis anos, o Congresso aprovou legislação de referência para lidar com problemas de poluição do ar e da água, saúde e segurança no ambiente de trabalho, resíduos perigosos e substâncias tóxicas e preservação de áreas e espécies ameaçadas.” RABIN, Robert L. *Federal Regulation in Historical Perspective*., *op. cit.*, p. 1284.

¹¹⁵ A ideologia dominante no período era a de corrigir as externalidades econômicas por meio da criação de leis ambientais e consumeristas. As inovações regulatórias do período não reivindicaram redistribuição de renda, tampouco questionaram as bases essenciais da economia de mercado. RABIN, Robert L. *Federal Regulation in Historical Perspective*, *op.cit.*, p. 1294.

decisão administrativa que determinam em pitoresco nível de detalhe¹¹⁶ como os administradores devem se comportar no processo de implementação das políticas. Estas leis, no entanto, ao invés de personificarem um conjunto de decisões racionais sobre o desenho de uma política, consubstanciaram acordos instáveis entre grupos defensores de interesses conflitantes: sem condições de impedir a criação de sistemas regulatórios que proporem a internalização dos custos de degradação ambiental e de exposição de consumidores e trabalhadores a situações de risco, os principais segmentos da indústria afetados com o novo regime passaram a disputar influência sobre o processo implementação das políticas legisladas. Deste modo, políticos representando os interesses dos segmentos industriais, ao invés de se oporem à aprovação das novas leis, procuraram influenciar a estrutura organizacional do órgão implementador, o desenho das competências burocráticas, os procedimentos administrativos de tomada de decisão administrativa, os prazos para o início da atividade regulatória, os instrumentos de controle e fiscalização da atuação das agências etc.¹¹⁷

Isso não significa, no entanto, que as políticas públicas formuladas pelo Congresso americano nesse contexto de conflituosidade política não tenham tido nenhum impacto positivo. Do processo de disputa acirrada pelo controle do comportamento burocrático surgem soluções de política pública reconhecidamente inovadoras. As leis de proteção ao meio ambiente instituídas nas décadas de 1960 e 1970 evidenciam este caráter paradoxal do processo de formulação de políticas públicas norte-americano. Por um lado, as leis de política ambiental produzidas neste período instituíram mecanismos de implementação complexos e muito difíceis de serem operacionalizados. Por outro, tais leis introduziram instrumentos de política pública originais¹¹⁸ que provocaram, ainda que com algumas limitações, mudanças

¹¹⁶ Tome-se novamente o exemplo de uma das leis mais emblemáticas deste período - a já mencionada Lei do Ar Puro. Esta lei ocupa mais de 400 páginas do *United States Statutes at Large* e prevê um complexo sistema de cooperação entre governo federal e estados para a implementação da política de combate à poluição do ar. Cf. Lei Pública nº 159, de 14 de julho de 1955, **Statutes at Large** n. 322, p. 69, bem como subsequentes emendas.

¹¹⁷ Uma das conquistas do segmento industrial no desenho das leis de combate à poluição foi a atribuição de um papel protagonista dos estados no processo de implementação das políticas. Embora o governo federal tenha assumido a responsabilidade de formular os standards substantivos da política ambiental, aos estados foi dada ampla autonomia para definir os meios de cumprimento desses standards. Sobre as disputas políticas para a definição da estrutura organizacional de três importantes órgãos criados na Era do Interesse Público - a Agência de Segurança dos Produtos do Consumidor, a Agência de Segurança e Saúde no Ambiente de Trabalho e a Agência de Proteção Ambiental - cf. MOE, Terry. *The Politics of Bureaucratic Structure.*, *op. cit.*, p. 289-323.

¹¹⁸ O regime de comércio de licenças de emissão de gases poluidores constitui um exemplo de instrumento de política ambiental criado pelo Congresso dos Estados Unidos com caráter absolutamente inovador. Este instrumento foi introduzido no sistema jurídico americano na década de 1990 num contexto de reforma da Lei do Ar Puro. O instituto do comércio de licenças de emissão de gases adotado pelo congresso americano serviu de

comportamentais na indústria, no governo e nos cidadãos, alterando de forma irreversível antigas práticas de degradação ambiental e de exposição da vida e da saúde a situações de risco. Além disso, a legislação produzida na Era do Interesse Público, sobretudo aquela sob a jurisdição da Agência de Proteção Ambiental (“EPA”), introduziu instrumentos que foram efetivos em forçar a Administração a atuar, ainda que de maneira limitada, em direção à implementação das políticas.¹¹⁹

No entanto, da breve descrição acima realizada acerca do processo legislativo norte-americano, verifica-se que a produção legislativa que dele emerge não reflete escolhas racionais acerca do desenho das políticas públicas. A alta conflituosidade desse sistema político produz leis que estruturam o comportamento burocrático por meio de intermináveis regras e procedimentos administrativos desenhados sobretudo para garantir a satisfação de grupos de interesse diversos. Isso explica, inclusive, a inexistência nos Estados Unidos de uma tradição acadêmica em legística.¹²⁰ Em contrapartida, esforços de racionalização do processo de elaboração legislativa tendem a ser mais férteis em sistemas políticos onde o nível de conflituosidade política entre os titulares de funções executivas e legislativas revela-se menor. Além disso, em sistemas políticos em que haja menor conflituosidade entre poderes surgem oportunidades para que valores como governança e performance efetiva da Administração sejam forças motoras do processo de elaboração das políticas públicas. Isso ocorre porque a credibilidade e reputação do Presidente da República e de Ministros de Estado não está atrelada ao simbolismo das políticas que apóiam, mas sim aos seus resultados.

No entanto, como já observado, um problema evidenciado em sistemas políticos de baixa conflituosidade nos quais o Presidente e/ou titulares de pastas ministeriais exercem dominante influência sobre o processo legislativo diz respeito ao fato de que as leis que emergem desse processo tendem a ser predominantemente discricionárias. Para que possam

modelo para a criação de regimes equivalentes em diversas jurisdições nacionais, bem como no plano internacional. A criação do instituto do Estudo de Impacto Ambiental, prevista na Lei de Política Ambiental Nacional americana, também constitui outra importante inovação exportada para o mundo inteiro, inclusive para o Brasil, conforme será visto nos terceiro e quarto capítulos.

¹¹⁹ A legislação ambiental produzida no período estabeleceu uma série de prazos, em geral irrealistas, para que a Agência de Proteção Ambiental exercesse suas competências legais. Muitos destes prazos, dada a sua exiguidade, foram descumpridos. No entanto, a legislação conferiu poderes postulatórios para cidadãos exigirem judicialmente o cumprimento de tais prazos, o que constituiu importante incentivo para a agência administrativa manter-se ativa.

¹²⁰ Isso não significa, no entanto, que técnicas de legística material não sejam empregadas no desenho da legislação neste país, mas tão somente que o emprego destas técnicas não recebe a devida atenção da acadêmica.

preservar a flexibilidade¹²¹ do exercício do seu poder decisório, titulares do poder executivo recebem incentivos para legislar de modo vago e genérico, conferindo portanto amplo poder discricionário para a Administração Pública. Observa-se que a discricionariedade característica da legislação que emerge desse processo é diferente daquela adotada em sistemas políticos de alta disputa entre poderes. Como já observado, em sistemas políticos como o dos Estados Unidos, as regras de estrutura organizacional e os procedimentos administrativos de tomada de decisão costumam ser dotados de alta especificidade.¹²² Esta especificidade, no entanto, não reflete escolhas racionais para situações concretas, mas sim acirradas disputas sobre o controle dos mecanismos de implementação das políticas. Por esse motivo, o desenho dessas regras tende a variar enormemente de uma lei para outra.¹²³ Em contrapartida, em sistemas políticos nos quais chefes do Poder Executivo influenciam de modo predominante o processo legislativo, o desenho das regras de estrutura organizacional e dos procedimentos de tomada de decisão administrativos tendem a ser formulados de modo vago e genérico e tendem a reproduzir-se indistintamente para um número variado de situações.

Assim como no modelo anterior, o caráter vago e genérico do processo legislativo dominado pelo Poder Executivo, como no caso brasileiro, também não reflete o resultado de escolhas inteiramente racionais. Uma solução inteiramente racional para um problema de política pública pode exigir um controle maior da discricionariedade administrativa, estratégia que os chefes do Poder Executivo não adotarão se não impelidos a agir nesse sentido.

Antes, no entanto, de se propor arranjos institucionais que visem a minimizar este problema, cumpre analisar um outro fator que também afeta o modo como leis são redigidas. Observa-se, a esse respeito, que o caráter específico ou genérico das regras que disciplinam os

¹²¹ A preservação da flexibilidade administrativa não é o único fator determinante deste modo de produção legislativa que confere ampla discricionariedade para os órgãos da Administração Pública. Não se ignora aqui a possibilidade de que amplos poderes discricionários podem também ser conferidos à Administração Pública para facilitar práticas clientelistas e fisiológicas entre o Presidente da República e o Poder Legislativo. Para uma análise dessas práticas, cf. GEDDES, Barbara. **Politician's Dilemma: Building State Capacity in Latin America**. Berkeley: University of California Press, 1994.

¹²² A especificidade não é, portanto, uma característica apenas das normas não discricionárias. Regras de estrutura e procedimentos administrativos revelam-se específicos quando seu desenho não pode ser replicado de modo generalizado para toda e qualquer política pública.

¹²³ Observa-se, por exemplo, as leis americanas que disciplinam a estrutura e o *modus operandi* da Agência de Proteção Ambiental e da Agência de Segurança e Saúde no Ambiente de Trabalho. Apesar de ambas as agências exercerem funções análogas no que diz respeito à regulação de substâncias químicas que expõem indivíduos a risco, estas são disciplinadas por regras estruturais e procedimentos administrativos de natureza muito distinta.

mecanismos de implementação das políticas públicas não podem ser apenas explicados a partir de uma interpretação do funcionamento das instituições políticas vigentes. A cultura jurídica predominante em uma determinada jurisdição também afeta o modo como leis são desenhadas, de modo que qualquer análise do papel das instituições e regras políticas na produção legislativa restará incompleta se não for examinada conjuntamente com o papel do direito nesse processo.¹²⁴

1.3.2 Cultura Jurídica e Elaboração Legislativa

A análise acima realizada acerca das regras e instituições políticas que afetam o comportamento dos formuladores de políticas públicas revela-se fundamental, porém incompleta, para explicar a produção legislativa em uma determinada jurisdição.

A esse respeito, verifica-se que a cultura jurídica¹²⁵ também exerce influência na forma como as leis são desenhadas, embora este fator normalmente seja negligenciado nos estudos sobre a produção legislativa do Congresso e do Presidente da República.

No caso específico da produção legislativa brasileira, a influência da cultura jurídica sobre o processo de formulação das políticas públicas revela-se ainda mais evidente nas situações – muito frequentes - em que juristas participam do processo de elaboração das leis. Nestes casos, a percepção dos juristas sobre o papel das leis e das instituições jurídicas impactará o desenho da legislação. Observa-se, por exemplo, esta situação descrita por Rosenn:

A falta de criação de leis próprias para as necessidades brasileiras se deve em grande parte à natureza do processo legislativo. Boa parte da legislação brasileira foi esboçada por destacados juristas

¹²⁴ Huber e Shipan não ignoram o papel do sistema jurídico no processo de formulação das leis que disciplinam políticas públicas. Os autores sugerem que o sistema jurídico adotado por um determinado país influencia o modo de produção legislativa. Deste modo, os autores observam que em países que adotam o sistema do *common law*, legisladores tendem a elaborar leis mais detalhadas com o objetivo de inibir o ativismo judicial, já que decisões tomadas com base em princípios e costumes não legislados tornam-se precedentes cujas soluções jurídicas devem ser respeitadas em decisões futuras. Em países que adotam o *civil law*, decisões judiciais tomadas em face da inexistência de comandos legais não possuem caráter vinculante, razão pela qual os legisladores possuem menores incentivos em limitar a discricionariedade judicial por meio da edição de leis específicas. Cf. HUBER, John D.; SHIPAN, Charles R. **Deliberate Discretion?:** The Institutional Foundations of Bureaucratic Autonomy, *op. cit.*, p. 193-194. Embora pertinente, a observação de Huber e Shipan refere-se apenas às características macroestruturais dos sistemas jurídicos, de modo que a análise do papel do direito do processo legislativo restará incompleta se não se referir à cultura jurídica vigente em cada jurisdição.

¹²⁵ Por cultura jurídica entende-se o conjunto de normas, práticas e crenças vigentes no âmbito da comunidade jurídica.

em uma atmosfera bastante deslocada da clamorosa justaposição de grupos de interesse. Os juristas têm, tipicamente, consultado as várias soluções para determinado problema no exterior, e tentado escolher uma que, através de uma proposição abstrata, pareça ser a melhor. Raramente se procura uma norma que cristalize os costumes e a prática cotidiana ou se realiza uma pesquisa empírica sobre a natureza peculiarmente brasileira do problema econômico, social, político ou administrativo em pauta. Disputas entre juristas e professores sobre a norma a ser adotada são frequentes, mas são, tipicamente, disputas técnicas e doutrinárias. O produto final desse processo tem sido uma legislação de padrões idealizados de comportamento, continuando, assim, uma tradição secular que começou com a adoção do Direito Romano pelos portugueses.¹²⁶

Assumindo que profissionais da área jurídica tenham particular responsabilidade pelos aspectos materiais da legislação e que o comportamento-padrão¹²⁷ dos juristas envolvidos na elaboração de textos normativos corresponda à descrição acima proposta por Rosenn, verifica-se que as leis não são deliberadamente formuladas para exercer as funções instrumentais analisadas no início deste capítulo. Isso se deve sobretudo ao fato de que os juristas encarregados de formular as leis não estão acostumados a perceber as regras de direito como técnicas operacionais de gestão, criadas a partir de rigorosos métodos de elaboração e revisão normativa. O direito é frequentemente interpretado por juristas e operadores jurídicos como um fim em si mesmo. Sob essa perspectiva, o direito administrativo se presta à conformidade da ação administrativa com regras previamente estabelecidas, mas não à realização de resultados.¹²⁸

O descolamento do desenho das instituições jurídicas em relação às finalidades a que estas supostamente deveriam servir é reflexo de uma ciência do direito que se estabelece como ciência da sistematização e de interpretação do direito positivo.¹²⁹ Sobre a inaptidão da ciência jurídica deste modo formulada para servir à realização de fins sociais, Ferraz Junior observa:

[O]bserva-se nas argumentações jurídicas, quando estas empregam conceitos como o de fins e meios, uma certa

¹²⁶ ROSENN, Keith S. **O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira**, *op. cit.*, p. 61.

¹²⁷ Obviamente, juristas envolvidos no processo de elaboração de textos legislativos podem não se comportar desta forma. No entanto, comportamentos desviantes ao modelo-padrão sugerido por Rosenn parecem ser a exceção, e não a regra.

¹²⁸ BLANKENBOURG, Erhard. The Waning of Legality in the Concept of Policy Implementation, *op. cit.*, p. 482.

¹²⁹ Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A Relação Meio/Fim na Teoria Geral do Direito Administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 61, jan-mar 1982, p. 28.

ingenuidade, se comparada com os refinamentos das teorias da decisão de outras ciências. O que se encontra, em geral, são afirmações do tipo: os meios devem estar adequadamente relacionados aos fins, submetidos, neste sentido, a regras de decisão que mais parecem servir à manifestação de boas intenções do que instruções para a tomada de decisão.¹³⁰

Uma consequência dessa visão idealizada do direito é a de que este é construído e aplicado de forma muitas vezes dissociada do conteúdo das políticas públicas para as quais supostamente deveria servir, restando duvidosa, portanto, a capacidade das instituições jurídicas para aprimorar a qualidade da ação administrativa.

Deste modo, juristas brasileiros não consideram como problemática a importação de institutos jurídicos e estratégias legislativas originárias de outras jurisdições para a elaboração de textos legais.¹³¹ Neste processo, juristas ignoram o fato de que arranjos institucionais importados são originalmente formulados para solucionar problemas de natureza frequentemente muito distinta daqueles manifestados nacionalmente. Além disso, ainda que os problemas sejam semelhantes, os meios empregados para solucioná-los deverão ser distintos sempre que houver variação na disponibilidade de recursos humanos e financeiros, capacidade técnica etc. Não obstante essas ressalvas, juristas legislam com o apoio em direito comparado do mesmo modo que um médico prescreve um remédio a um paciente sem antes examiná-lo.¹³² No entanto, em face da impossibilidade de cura do paciente, o médico dificilmente admite ter empregado um tratamento inadequado. Analogamente, quando as leis revelam-se incapazes de afetar comportamentos, dificilmente considera-se o mal emprego da técnica legislativa como causa da ineficácia das leis.

¹³⁰ Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A Relação Meio/Fim na Teoria Geral do Direito Administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 61, jan-mar 1982, p. 28.

¹³¹ O pensamento do jurista Victor Nunes Leal constitui uma exceção a essa visão predominante. O autor, já na década de 1940, chamava a atenção para o fato de que as leis devem instituir instrumentos adequados para a realização dos seus objetivos, de modo que a sua formulação requer um profundo conhecimento da realidade sobre a qual se almeja a intervenção legislativa. Cf. nesse sentido, LEAL, Victor Nunes. Técnica Legislativa. *In*: LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 19-20. Em tempos mais recentes, outros juristas tem propugnado o aprimoramento da técnica legislativa com base em pressupostos de legística material, dentre os quais inclui-se Gilmar Ferreira Mendes. Uma sucinta análise do trabalho de Mendes é apresentada adiante. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Questões Fundamentais de Técnica Legislativa. **Revista Trimestral de Direito Público**, n.1, 1993, p. 255-271.

¹³² Esta analogia entre a atividade legiferante baseada em fórmulas extraídas do direito comparado e a prescrição médica sem exame do paciente é apresentada por Maclean. Cf. MACLEAN, Roberto G. The Social Efficiency of Laws as an Element of Political and Economic Development. **Nafta Law & Bussiness Review of the Americas**, n. 6, 1998, p. 8.

O recurso ao direito comparado, no entanto, não é apenas utilizado para a formulação propriamente dita das leis. Este é utilizado de forma ainda mais intensa por juristas para a formulação de doutrinas jurídicas, as quais, ainda que indiretamente, fornecem parâmetros e limites para a formulação e aplicação das leis. Para os propósitos deste trabalho, cumpre especialmente analisar o modo como juristas brasileiros assimilam, reinterpretam e utilizam as doutrinas jurídicas que gravitam em torno do controle da atuação da Administração Pública. De plano, observa-se que do mesmo modo que as leis redigidas por juristas, as doutrinas jurídicas brasileiras são fortemente influenciadas pelo direito comparado e tendem a ser formuladas de modo descolado da realidade social.

Considera-se, por exemplo, o modo como juristas constróem e aplicam a doutrina da reserva de lei. A reserva legal é derivada de uma outra doutrina ou princípio - a da legalidade administrativa - e que, em essência, implica uma limitação do exercício normativo por parte do Poder Executivo. Deste modo, a doutrina da reserva de lei postula que a lei antecipe as decisões normativas fundamentais de uma política e proíbe que o Poder Executivo, ao regulamentar¹³³ as leis, restrinja os direitos fundamentais dos indivíduos quando inexistir base legal para tanto. Esta doutrina, que remonta aos primórdios da idade moderna, foi aceita por doutrinadores e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em suas diversas experiências constitucionais. No entanto, verifica-se que esta doutrina tem implicações práticas muito limitadas, já que não é - e nunca foi - capaz de impedir ampla delegação de poderes decisórios para a Administração Pública, demonstra-se, de uma maneira geral, incapaz de proteger administrados contra ações abusivas do Estado e, acima de tudo, fracassa de maneira implacável na pretensão de oferecer parâmetros minimamente inteligíveis e concretizáveis para orientar a Administração Pública no exercício do seu poder normativo/regulamentar.

Uma das razões pelas quais a doutrina da reserva legal tem tão pouca utilidade para orientar a atuação de legisladores e de administradores reside no fato de que esta foi incorporada ao sistema jurídico brasileiro de modo descolado da norma política que deveria

¹³³ As constituições brasileiras costumam definir o poder regulamentar como atividade necessária à “fidel execução das leis.” Dado o conteúdo indeterminado desta expressão, juristas dividem-se quanto ao seu escopo e alcance. Alguns juristas interpretam o poder regulamentar de modo legalista, procurando restringir ao máximo o seu alcance. Outros, ao contrário, procuram ampliá-lo a ponto de sustentar que a ação normativa da Administração não necessita fundamentar-se em leis, podendo inclusive contrariá-las, bastando que esteja assentada em princípios constitucionais. Ver-se-á, neste particular, que a discussão jurídica em torno do alcance da legalidade administrativa e do poder regulamentar reside, tanto para restringir quanto para ampliar o seu escopo, num campo imaginário, muito distante da realidade enfrentada pela Administração.

lhe dar fundamento. Esta norma política, por sua vez, postula que a Administração não deve agir de modo autointeressado e que os legisladores devem sempre responsabilizar-se por suas ações. Embora o fundamento político que subjaz a doutrina da reserva de lei pareça trivial, verifica-se que este é invocado apenas retoricamente por doutrinadores brasileiros,¹³⁴ não sendo capaz de, na prática, estruturar as relações entre os poderes de modo a garantir maior *accountability*.

Para tornar esta observação mais clara, observa-se, como contraponto, o modo como a doutrina da reserva legal produz efeitos na articulação de comportamentos dos três poderes nos Estados Unidos.¹³⁵ É certo que neste país a delegação de poderes normativos para a Administração Pública constitui uma prática institucional que foi gradualmente incorporada ao ordenamento jurídico americano ao longo do século XX e que hoje encontra-se plenamente consolidada. Neste processo, a doutrina da reserva legal perdeu parte do seu terreno na medida em que deixou de ser utilizada para invalidar leis que não prevejam com grau suficiente de detalhes regras e standards substantivos para a estruturação das políticas públicas. No entanto, embora esta doutrina tenha perdido importância enquanto mecanismo de invalidação das leis, verifica-se que esta ainda possui inegável importância enquanto norma política, a qual impacta o comportamento de legisladores, administradores e juízes.

A doutrina da reserva legal afeta o comportamento dos legisladores no sistema jurídico americano na medida em que a legislação produzida por estes, ainda que repleta de normas discricionárias que delegam extensos poderes normativos aos administradores, torna-se suficientemente densa no disciplinamento da estrutura organizacional e dos procedimentos administrativos que estruturam o mecanismo de implementação das políticas. Além disso, regras de estrutura e procedimentos são normalmente acompanhados por um número significativo de regras de conduta e standards substantivos. Este é, inclusive, o padrão legislativo americano, no qual as leis dificilmente são redigidas de modo a conferir ilimitada discricionariedade para o administrador estabelecer as regras e standards substantivos que conduzirão a sua ação. Neste país, procedimentos de tomada de decisão administrativa são raramente previstos de modo isolado. Ao contrário, estes geralmente são disciplinados de

¹³⁴ Cf., à título de exemplo, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regulamento e Princípio da Legalidade. **Revista de Direito Público** n. 96, out-dez. 1990, ano 24, p. 72.

¹³⁵ Nos Estados Unidos, o princípio da reserva legal recebe a denominação de *non delegation doctrine*. Sobre o uso desta doutrina pela Suprema Corte americana ao longo da história, cf. SCHOENBROD, David. **Power Without Responsibility**: *op. cit.*, p. 37-46.

forma imbricada a regras e standards substantivos.¹³⁶ Em parte, isso se deve ao fato de que a doutrina da reserva legal, no sistema jurídico americano, está atrelada a uma concepção do direito no qual este deve governar a conduta humana por meio de normas jurídicas substantivas. Embora, como já observado, a doutrina da reserva legal tenha em certa medida se flexibilizado com o reconhecimento explícito de que o poder legislativo nem sempre estabelecerá diretamente as regras de conduta humana que governarão o processo de implementação de uma política, verifica-se que este não se esvaziou completamente. Não só juízes, mas também juristas oferecem argumentos filosóficos e pragmáticos em defesa da promulgação de leis que antecipem, na maior extensão possível, a formulação das regras e standards para o disciplinamento das políticas públicas.¹³⁷ Como já observado, é certo que a densidade normativa das leis americanas atuais é produto de intensas disputas políticas, frequentemente impulsionadas por pressões de grupos de interesse, as quais tem o potencial de impactar negativamente a *accountability* das decisões do poder legislativo. De todo modo, cumpre ressaltar que esta disputa é travada em um terreno no qual atores políticos assumem para si o dever de antecipar, ainda que de modo limitado, os comportamentos dos administradores encarregados de implementar as políticas. Deste modo, a imagem do padrão legislativo americano representada por juristas brasileiros é equivocada quando estes afirmam que as leis neste país são genéricas e possuem baixa densidade normativa.¹³⁸ Ao contrário, as leis americanas são caracterizadas por extensos arranjos institucionais desenhados estrategicamente para controlar o mecanismo de implementação da lei. É exatamente neste contexto que reside a força da doutrina da reserva legal e da norma política que lhe dá substrato.

¹³⁶ Cf., nesse sentido, HUBER; John D.; SHIPAN, Charles R. **Deliberate Discretion?:** The Institutional Foundations of Bureaucratic Autonomy, *op. cit.*, p. 61. Ao examinar qualitativamente a produção legislativa dos estados americanos no tocante à regulação dos serviços de saúde para idosos e necessitados, os autores não identificaram uma lei sequer que prevesse procedimentos administrativos de modo inteiramente descolado de regras e standards substantivos.

¹³⁷ Schoenbrod é um dos juristas da atualidade que defende arduamente que o Poder Legislativo antecipe na maior extensão possível a previsão de regras de conduta e standards substantivos. Cf. SCHOENBROD, Goals Statutes or Rules Statutes: the Case of the Clean Air Act. **University of California Law Review**, n. 30, 1982-1983, p. 740-828; SCHOENBROD, David. The Delegation Doctrine: Could the Court Give it Substance? **Michigan Law Review**, n. 83, 1983-84, p. 1223-1290. SCHOENBROD, David. **Power Without Responsibility: How Congress Abuses the People Through Delegation.** *op. cit.*

¹³⁸ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 225, 2001.

Observa-se, ainda, que a doutrina da reserva legal não condiciona apenas o comportamento dos legisladores, mas também afeta a atuação dos administradores, já que a estes é transferido o ônus de demonstrar a compatibilidade dos seus atos, inclusive normativos, com os ditames da lei. Deste modo, não sendo mais possível, ou desejável, que o legislador estabeleça todas as regras de conduta a serem observadas durante o processo de implementação de uma política, autoriza-se o administrador a completar as lacunas legais conquanto que este demonstre de forma substancial que suas decisões conformam-se aos objetivos, princípios, diretrizes e espírito das leis. A exigência de demonstração da conformidade do exercício do poder discricionário aos ditames legais não é apenas *pro forma*, sendo que mobiliza parte significativa do tempo e dos recursos dos administradores.¹³⁹ Além disso, na medida em que as leis que atribuem competência normativa ao administrador perdem parte dos atributos essenciais de uma norma jurídica tradicional, tais como prescritividade, generalidade, completude, assertividade,¹⁴⁰ dentre outras, verifica-se que estas características normativas passam, por sua vez, a serem exigidas das normas produzidas pelos administradores. Deste modo, os administradores não só devem ser capazes de demonstrar que as normas que produzem conformam-se aos ditames legais, mas também que estes atos possuem precisão, clareza, densidade, coerência com o sistema jurídico no qual estão inseridos, e adequação para a realização de suas finalidades. Observa-se, ainda, que a demonstração da conformidade das decisões administrativas com parâmetros legais deve-se dar por meio da observância de procedimentos administrativos previamente determinados. A legitimação do processo de delegação legislativa está, portanto, atrelada à observância de regras procedimentais que estruturam, conformam e limitam o exercício do poder discricionário na processo de formulação das políticas públicas. Deste modo, as normas estabelecidas pela Lei de Processo Administrativo federal americana, bem como inúmeras outras regras procedimentais previstas em leis sobre políticas públicas específicas, foram instituídas como condições para que o Poder Legislativo pudesse delegar poderes de formulação das políticas à Administração no contexto de fortalecimento do *welfare state*. Mashaw assim descreve o surgimento da racionalidade procedimental de tomada de decisão como resposta ao processo de flexibilização do princípio da reserva legal:

¹³⁹ Cf. STRAUSS, Peter. Legislative Theory and the Rule of Law: Some Comments on Rubin, *op. cit.*, 442-443.

¹⁴⁰ Os atributos essenciais das normas jurídicas serão devidamente analisados no segundo capítulo.

Constitucionalistas, analistas políticos, advogados, e ministros da Suprema Corte continuam a lamentar a delegação de extensos poderes normativos do Congresso para as agências administrativas. A resposta da cultura jurídica a este sentimento de mal-estar tem sido reinterpretar a idéia do Estado de direito. O Estado sob a égide do direito não significa que toda a produção jurídica será realizada pela Poder Legislativo, mas que a formulação de política regulatória por meio das agências será controlada, substantivamente, por revisão judicial e procedimentalmente por meio de requerimentos da Lei de Processo Administrativo.

O surgimento da disciplina de processo administrativo é, portanto, indicativo da força, e não da fraqueza, da doutrina da reserva legal e de sua correspondente norma política.¹⁴¹

Por fim, a doutrina da reserva legal tem também sua utilidade para orientar a atividade jurisdicional. Como observado, embora a Suprema Corte norte-americana há muito tenha deixado de invocar esta doutrina para invalidar leis que delegam amplos poderes administrativos para a Administração Pública, este órgão ainda se vale desta doutrina para restringir o escopo da interpretação de textos legais. Além disso, com o surgimento das leis de processo administrativo como resposta à delegação de poderes normativos para a Administração Pública, o Poder Judiciário passou, no exercício de sua competência de revisão dos atos administrativos, a exercer forte escrutínio sobre o modo como a Administração Pública observa estas normas procedimentais.

Pretende-se, com esta narrativa sobre as implicações da doutrina da reserva legal no sistema jurídico americano, ilustrar como uma doutrina jurídica, fortemente embasada em valores e normas políticas, é capaz de condicionar e estruturar as relações entre os poderes, ainda que de maneira reformulada. Por outro lado, a doutrina da reserva legal, esvaziada de seu fundamento político-filosófico e conceituado apenas no plano técnico, perde sua credibilidade e torna-se, inclusive, contraproducente para articular os modos de relacionamento entre legisladores e administradores na formulação de políticas públicas. Quando doutrinadores brasileiros insistem em invocar retoricamente a doutrina da reserva legal¹⁴² esvaziada do seu fundamento político-filosófico, perde-se, em verdade, a oportunidade

¹⁴¹ Cf. HARFST, David L.; MASHAW, Jerry; *The Struggle for Auto Safety*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁴² Doutrinadores costumam invocar a doutrina da reserva legal para rejeitar, por exemplo, a possibilidade de que regulamentos criem obrigações ou restrinjam direitos sem a existência prévia de lei que autorize esta intervenção estatal. Observa-se, no entanto, que parte significativa das leis aprovadas pelo Congresso Nacional restringe

para se oferecer novos parâmetros para o controle da atividade administrativa.¹⁴³ “[A] realidade sobre o funcionamento do processo de tomada de decisão administrativa é mais obscurecida do que iluminada quando esta se concentra apenas na doutrina jurídica [da reserva legal] e negligencia as consequências práticas que emergem das amplas delegações [de poderes normativos].”¹⁴⁴

Observa-se, por outro lado, que o modo como leis são redigidas e interpretadas no Brasil é também retroalimentada por doutrinas jurídicas que na prática esvaziam a importância da lei enquanto elemento estruturador das políticas públicas. A esse respeito, verifica-se que predomina na cultura jurídica dominante uma visão “racionalizante” do direito, lastreada em princípios e normas jurídicas de caráter genérico, os quais supostamente compõem um “sistema harmônico”. Como decorrência deste processo, juristas tendem a generalizar a aplicação de regras e institutos jurídicos para situações absolutamente díspares. Esta visão racionalizante do direito, utilizada sobretudo para orientar a atividade de interpretação de normas jurídicas,¹⁴⁵ acaba também sendo reproduzida nas atividades legislativa e regulamentar. A esse respeito, Gellhorn e Robinson observam que a generalização das instituições jurídicas, que culmina na dissociação das regras e procedimentos de direito administrativo dos contextos social, político e econômico no qual estes se aplicam, constitui “o cerne da concepção tradicional do direito administrativo.”¹⁴⁶ Isso explica, por exemplo o fato de que estudiosos de direito administrativo muitas vezes devotam suas carreiras

direitos e impõe obrigações em caráter tão amplo e genérico que na prática cabe à Administração Pública determinar o escopo e a extensão da restrição a ser empreendida na liberdade e na propriedade dos indivíduos. Estas implicações, no entanto, que derivam de um uso apenas formal da doutrina da reserva legal são ignoradas pela maioria dos juristas que discutem o tema.

¹⁴³O pensamento de Victor Nunes Leal é seminal para a compreensão deste argumento. O autor chamou a atenção, quando da discussão acerca do arranjo institucional da Constituição de 1946, para a contradição interna de um regime que veda a delegação legislativa (caso da Constituição de 1946 e de todas as demais que lhe sobrevieram) e, portanto, proíbe o poder executivo de supostamente inovar em relação à lei na ordem jurídica, mas que, ao mesmo tempo, autoriza o exercício do poder regulamentar. Consequentemente, o conceito de poder regulamentar esvazia-se, contribuindo assim para oportunistas ampliações do seu escopo. LEAL, Victor Nunes. *Delegações Legislativas*. In: **Problemas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 92-104. Para uma revisão do pensamento de Victor Nunes Leal neste particular, cf. VEIGA DA ROCHA, Jean Paul. *Regulação Econômica e Separação dos Poderes: A Delegação Legislativa na Tradição do Direito Público Brasileiro*. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002., v. XI, Direito da Regulação, p. 73-78.

¹⁴⁴ GELLHORN, Ernest; ROBINSON, Glen. *Perspectives on Administrative Law*, *op. cit.*, p. 779.

¹⁴⁵ Para uma análise sobre como a visão racionalizante do direito, e do direito administrativo em particular, influencia a atividade de interpretação das leis por parte da Administração, cf. SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; JURKSAITIS, Guiherme Jardim. *Interpretações Administrativas Aderem à Lei?* (no prelo).

¹⁴⁶ GELLHORN, Ernest; ROBINSON, Glen. *Perspectives on Administrative Law*. **Columbia Law Review**, Maio, 1975, p. 784.

acadêmicas para o estudo exclusivo das regras e procedimentos subjacentes à celebração de contratos, edição de licenças, atos administrativos, sem, no entanto, contextualizar estes instrumentos às políticas públicas às quais estes se aplicam.

Em face da já mencionada crise da capacidade legiferante do Estado, alguns juristas tem se valido de doutrinas tidas como “mais modernas” ou “arrojadas,” as quais desqualificam a lei como instrumento de controle da discricionariedade administrativa. De acordo com estas doutrinas, os administradores podem fundamentar-se exclusivamente em princípios constitucionais, à revelia da lei, tanto para exercer funções executivas, quanto normativas.¹⁴⁷ Em outras palavras, os administradores, diante da ausência de leis – as quais são percebidas como instrumentos insatisfatórios para solucionar os problemas da sociedade – podem livremente executar e até mesmo formular políticas, conquanto que para tanto se inspirem em normas e princípios constitucionais.

Cabe observar, no entanto, que os juristas¹⁴⁸ que defendem a adoção de princípios jurídicos o fazem sem necessariamente ater-se à funcionalidade propriamente dita destes institutos jurídicos para estruturar e conformar a ação governamental. Isso ocorre porque, na maioria dos casos, quando juristas discutem princípios jurídicos estes estão preocupados em fornecer subsídios para orientar a ação interpretativa dos juízes, e não a ação executiva dos administradores. No entanto, em razão das dificuldades inerentes à aplicação de princípios constitucionais, a qual envolve um amplo grau de subjetivismo¹⁴⁹ e requer o domínio de técnicas de interpretação constitucional inimagináveis de serem utilizadas no dia a dia da Administração Pública, verifica-se que o recurso a estes institutos tem alcance muito limitado

¹⁴⁷ Em defesa dos princípios jurídicos como fundamento para controle das atividades executivas da Administração, cf. BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: Direitos fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2.ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007. Já no que diz respeito ao uso dos princípios jurídicos para fundamentar a atividade normativa da Administração, cf. SANTOS, Fábio Ribeiro dos. **O Poder Normativo do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

¹⁴⁸ Nem todos os juristas, no entanto, se deixam seduzir por este discurso “ufanatório” dos princípios jurídicos. Para uma crítica precisa e bem humorada acerca do uso indiscriminado de princípios, cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **Princípio é Preguiça?** (no prelo).

¹⁴⁹ Para alguns autores, o subjetivismo envolvido na interpretação de normas jurídicas à luz de princípios põe em dúvida inclusive a sua utilidade para orientar a interpretação judicial. Cf., nesse sentido, GRAU, Eros. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, capítulo XX (Observações a Propósito do STF), 2011, p. 340-349; SUNDFELD, Carlos Ari. **Princípio é Preguiça?** (no prelo).

para estruturar o comportamento administrativo na formulação e implementação das políticas públicas.¹⁵⁰

1.3.3 Limitações e potencialidades da lei: elementos para uma agenda futura

As observações acima realizadas sobre o modo como os sistemas político e jurídico afetam o processo de elaboração das leis evidencia as limitações das iniciativas que procuram racionalizar o processo de produção legislativa. Nesse sentido, qualquer tentativa de racionalização do processo de produção legislativa que almeje uma atuação mais efetiva da Administração Pública na implementação de políticas públicas só logrará êxito em termos limitados.

No entanto, o reconhecimento das limitações do processo de formulação legislativa torna-se necessário para que se possa explorar de forma mais útil as suas potencialidades.

Considerando que o poder executivo participa ativamente do processo de elaboração legislativa, torna-se imperiosa a criação de mecanismos de incentivo para que este formule atos legislativos mais racionais do ponto de vista instrumental. Para tanto, o poder executivo deve aprimorar seus procedimentos de elaboração legislativa em ao menos três frentes. Em primeiro lugar, sistemas de coleta e geração de informação devem ser instituídos ou reformulados de modo a instruírem o processo de formulação de leis e regulamentos sobre políticas públicas. A institucionalização destes mecanismos de produção de informação legislativa torna-se necessária para que as proposições legislativas sejam sobretudo embasadas em conhecimentos sobre a realidade, prevenindo ou inibindo a adoção irrefletida de arranjos institucionais formulados em outros países. Em segundo lugar, mecanismos de avaliação de impacto dos instrumentos legislativos devem ser instituídos e devem operar de modo articulado aos mencionados sistemas de geração de informação legislativa. Estes mecanismos devem tanto ser acionados para a formulação, quanto para a revisão e aperfeiçoamento das leis. Por fim, as proposições legislativas formuladas pelo poder executivo devem ser motivadas a partir dos resultados produzidos nos processos de geração de informação e de avaliação legislativa.

¹⁵⁰ Este assunto será tratado novamente no quarto capítulo, quando se discutirá a capacidade normativa do CONAMA, a qual é exercida praticamente sem suporte material algum em lei.

Observa-se que estes mecanismos devem ser acionados de modo generalizado para toda a produção normativa da qual participe o poder executivo, incluindo não só proposições de leis *stricto sensu*, medidas provisórias e decretos presidenciais, mas também regulamentos editados por quaisquer órgãos administrativos que visem dar concretude aos mandamentos vagos e genéricos dos atos normativos superiores.

Atualmente, exigências de motivação acerca do conteúdo dos atos normativos elaborados pelo poder executivo constam do Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002. Deste modo, toda proposição de ato normativo originária do poder executivo deve ser acompanhada de informações e justificativas que atestem a racionalidade das decisões legislativas.¹⁵¹

Observa-se, no entanto que estas exigências de motivação das decisões normativas incidem apenas sobre o processo de formulação de leis, medidas provisórias e decretos. No entanto, dada a tendência do Presidente da República de legislar e editar regulamentos em caráter vago, exigências de técnica legislativa e de motivação das decisões normativas devem incidir também sobre a miríade de atos normativos produzidos no interior dos órgãos auxiliares à Presidência da República que possuem enorme relevância na estruturação dos mecanismos de implementação e no estabelecimento das regras e standards substantivos das políticas públicas. A esse respeito, verifica-se o desserviço prestado, no passado, por parcela da doutrina administrativista ao atribuir apenas ao decreto do presidente da república o *status* de regulamento de execução das políticas públicas.¹⁵² Embora hoje se reconheça o poder regulamentar dos Ministros de Estado,¹⁵³ bem como de determinados órgãos colegiados

¹⁵¹ Toda a proposição normativa originária do poder executivo deve ser acompanhada do preenchimento de um formulário constante do anexo II do Decreto nº 4.176/02, o qual determina que o órgão redator apresente: 1. Síntese do problema ou da situação que reclama providências; 2. Soluções e providências contidas no ato normativo da medida proposta; 3. Alternativas existentes às medidas propostas; 4. Custos; 5. Razões que justificam a urgência (em caso de medida provisória ou de lei que deva tramitar em regime de urgência); 6. Impacto sobre o meio ambiente; 7. Identificação das eventuais alterações a atos normativos existentes; 8. Exame de legalidade da proposta.

¹⁵² Dentre os autores que sustentaram ser o decreto presidencial a única forma de regulamento admitida no sistema jurídico, incluem-se GASPARINI, Diógenes. **Poder Regulamentar**. São Paulo: José Bushatsky, 1978, p. 198-203; LEITE, Luciano Ferreira. **O Regulamento no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 27-29; LAUBÉ, Vitor Rolf. O Regulamento no Sistema Jurídico Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, n. 119, jul-set., 1993, p. 161-165.

¹⁵³ O poder regulamentar dos ministros está previsto na atual Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) em seu artigo 87, inciso II. Embora o artigo 84, IV, atribua competência privativa ao Presidente da República para a expedição de decretos e regulamentos para a execução das leis, na prática instruções ministeriais e decretos presidenciais possuem funções regulamentares muito semelhantes, conforme reconhecimento do próprio Supremo Tribunal Federal. Cf. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade-Medida Cautelar. Relator: Ministro Celso de Mello, 17 jun. 1998, Plenário, **DJ**. 24 nov. 2006.

vinculados aos Ministérios, observa-se que o tratamento jurídico conferido aos atos normativos produzidos por essas instâncias administrativas permanece problemático, sobretudo no que diz respeito à transparência e publicidade do processo de formulação destes regulamentos.

De todo modo, as exigências de motivação racional¹⁵⁴ que hoje incidem sobre a formulação de leis, medidas provisórias e decretos regulamentares não tem sido capaz de alterar significativamente o comportamento dos redatores de atos normativos. Como já tive a oportunidade de observar, os formulários a serem respondidos pelos proponentes de atos normativos – os quais solicitam justificativa sobre os problemas a serem solucionados, os instrumentos legislativos a serem utilizados para sua solução destes problemas, bem como os efeitos esperados com a nova medida legislativa – são preenchidos apenas de modo *pro forma*.¹⁵⁵ Isso se deve sobretudo ao fato de que mecanismos de produção de informação¹⁵⁶ e de avaliação legislativa ainda não foram institucionalizados.¹⁵⁷ Deste modo, de nada adianta exigir que o poder executivo fundamente suas decisões com base em técnicas de legística material sem que este disponha de instituições e pessoas capacitadas para tanto.

O processo de institucionalização das atividades de produção de informação e avaliação legislativa requer, portanto, a criação de órgão(s) especializado(s) dotados de recursos materiais e pessoas com domínio da técnica legislativa e com conhecimento

¹⁵⁴ A redação do Decreto n. 4.176/02, o qual dispõem sobre exigências de motivação racional das decisões legislativas foi fortemente influenciada pelo estudo de legística material constante do Manual de Redação da Presidência da República, publicado em 1991. Este estudo, intitulado “Questões Fundamentais de Técnica Legislativa,” foi elaborado por Gilmar Ferreira Mendes, quando este figurou como presidente da comissão encarregada de formular o referido manual de redação. Este estudo, posteriormente publicado em diversos periódicos científicos, constitui um trabalho típico de Legística Material, fortemente inspirado nas obras de autores pioneiros na área, como o jurista Peter Noll. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Questões Fundamentais de Técnica Legislativa., *op. cit.*

¹⁵⁵ Pude observar que as exigências de motivação da produção de atos normativos tem sido respondida pelo poder executivo de forma eminentemente burocrática, em que não raramente o autor da proposta de ato normativo restringe-se a responder todas as perguntas negativamente – afirmando, por exemplo, que não há outras alternativas para resolver o problema que a norma se propõe a solucionar, ou que a norma não produz impactos sobre o meio ambiente – sem, no entanto, fundamentar tais respostas. Cf. SALINAS, Natasha Schmitt Caccia., **Avaliação Legislativa no Brasil**, *op. cit.*, p. 67.

¹⁵⁶ Iniciativas pontuais tem sido empreendidas pelo governo federal brasileiro visando aprimorar a atividade legislativa por meio da produção de conhecimento técnico. O projeto “Pensando o Direito,” desenvolvido pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (“PNUD”), constitui um exemplo. No entanto, iniciativas deste tipo só terão impacto significativo na produção legislativa do poder executivo quando forem adotadas de modo obrigatório e generalizado para formulação de atos normativos, ao menos para aqueles de relevância social, e quando exigirem das equipes técnicas envolvidas expertise em avaliação legislativa.

¹⁵⁷ Sobre experiências de institucionalização da avaliação legislativa em outros países, cf. SALINAS, Natasha Schmitt Caccia, **Avaliação Legislativa no Brasil**, *op. cit.*, p. 50-53.

interdisciplinar e especializado. Neste processo, torna-se indesejável, e até temerário, que as equipes encarregadas de formular e revisar atos normativos que versem sobre políticas públicas sejam compostas por profissionais com formação exclusivamente jurídica. Nestas equipes não devem figurar apenas juristas, ainda que profissionais da área jurídica não sofram das mazelas da formação jurídica tradicional acima referida, que simplifica ou ignora as finalidades e implicações dos instrumentos legais. Isso porque, sem a participação de profissionais com conhecimento especializado no conteúdo das políticas públicas, a probabilidade de que leis sejam redigidas em caráter exclusivamente intransitivo aumenta consideravelmente. Obviamente, equipes interdisciplinares também podem se valer predominantemente de regras procedimentais, sobretudo quando a prescrição de comportamentos for marcada por incertezas e inacessibilidade de informações, ou quando o regramento por meio de condutas for indesejável em face das rápidas transformações na sociedade, sobretudo de ordem tecnológica. Observa-se, no entanto, que mesmo nestes casos conhecimentos interdisciplinares permanecem sendo importantes, já que o disciplinamento de regras de estrutura organizacional e de procedimentos de tomada de decisão administrativa não requer somente conhecimentos jurídicos. Além da expertise em ciência da administração, o desenho legislativo de estruturas organizacionais e de procedimentos de tomada de decisão administrativa também requer conhecimento técnico-especializado, já que, como observado, a aplicação genérica de institutos jurídicos a políticas públicas de natureza distinta pode se revelar inútil e contraproducente.

O direito público deve adotar como seu principal foco o exame da forma pela qual estruturas normativas do direito podem contribuir para as funções de orientação, controle e avaliação no governo (M. Loughin).¹⁵⁸

2. ESTRATÉGIAS DE DESENHO LEGISLATIVO

Como mencionado no capítulo anterior, este trabalho percebe a legislação como um instrumento para a realização dos fins das políticas públicas. A legislação, deste modo, não se justifica por si mesma, mas sim pelas funções que exerce e pelos resultados que produz. Neste capítulo, serão analisadas estratégias de desenho legislativo que devem ser levadas em consideração na formulação da legislação para que esta se torne potencialmente mais apta à realização dos objetivos das políticas públicas. A esse respeito, verifica-se que as escolhas acerca do número de partes que compõem uma lei, do modo como estas se relacionarão entre si, bem como do conteúdo que será utilizado para o preenchimento de cada uma destas partes, impactam o modo como as políticas públicas serão implementadas e, por consequência, o seu resultado.

As estratégias de desenho legislativo serão analisadas abstratamente neste capítulo. Não obstante as limitações, já observadas no capítulo anterior, de se analisar os instrumentos legislativos em separado do contexto no qual estes operam, acredita-se que esta análise revele-se importante para introduzir as ferramentas analíticas necessárias para a análise de situação concretas. Deste modo, um novo vocabulário, de cunho marcadamente interdisciplinar, será analisado em seus aspectos conceituais e metodológicos para que se possa, no capítulo seguinte, ser empregado no estudo de caso sobre a lei que disciplina a Política Nacional do Meio Ambiente.

¹⁵⁸ LOUGHIN, M. *Public Law and Political Theory*. London: Oxford University Press, 1992, p. 264.

Antes, no entanto, de se discorrer acerca da estrutura e desenho propriamente dito da legislação, cumpre realizar algumas observações acerca das técnicas de intervenção legislativa que podem ser empregadas para o desenho das leis.

2.1 Técnicas de Intervenção Legislativa

As leis que versam sobre políticas públicas podem valer-se de técnicas diversas para a realização dos seus objetivos. Essas técnicas, que deverão ser utilizadas de modo estratégico pelo legislador ou “gestor social,”¹⁵⁹ variam de acordo com o objeto e finalidades da política. A esse respeito, Summers observa que as “técnicas básicas do direito,”¹⁶⁰ poderão ser utilizadas isoladamente ou de forma combinada para realizar os objetivos das políticas públicas.

As técnicas de intervenção legislativa podem ser divididas em cinco modalidades:¹⁶¹ i. reparação de danos;¹⁶² ii. atribuição de penas;¹⁶³ iii. desempenho da atividade administrativa-regulatória;¹⁶⁴ iv. prestação de serviços e atribuição de benefícios públicos;¹⁶⁵ v. facilitação de

¹⁵⁹ Para uma análise sistematizada da idéia do direito como técnica de planejamento ou engenharia social, cf. CHROUST, *The Managerial Function of Law*. **Boston University Law Review**, vol. XXXIV, n. 3, jun. 1954, p. 261-290.

¹⁶⁰ SUMMERS, Robert S. *The Technique Element in Law.*, *op. cit.* O artigo de Summer foi publicado numa edição especial da *California Law Review* em homenagem a Hans Kelsen. Este artigo faz alusão ao ensaio de Kelsen “*The Law as a Specific Social Technique*,” publicado em inglês na *Chicago Law Review*, vol. 9, n. 1, dez., 1941, p. 75-97. Diferentemente de Kelsen, no entanto, Summers identifica cinco tipos diferentes de funcionalidades para as normas, ao invés de três, como propõe o autor homenageado. Além de Kelsen, outros autores clássicos também influenciaram fortemente Summers no desenvolvimento da sua visão instrumentalista do direito, com destaque para Ihering, em sua obra **Law as Means to an End**.

¹⁶¹ Kelsen reconhece apenas três tipos de regras jurídicas – as de caráter penal, civil ou administrativa. Quanto às regras de caráter administrativo, Kelsen considera aquelas que conferem benefícios à população, e não as que disciplinam a atividade regulatória. As normas de caráter regulatório estariam, para Kelsen, abrangidas pela técnica penal. Cf. KELSEN, Hans. *The Law as a Specific Social Technique*, *op. cit.* Além disso, Kelsen tende a reduzir todas as regras a uma forma de caráter essencialmente penal, na medida em que estas prevêm sanções como forma de censurar o não cumprimento de atos normativos. Para Summers, Kelsen tende a simplificar e generalizar a classificação das possibilidades técnicas das regras jurídicas talvez pelo fato de que esteja mais preocupado em distinguir e diferenciar as normas jurídicas das normas de outra natureza. SUMMERS, Robert S. *The Technique Element in Law.*, *op. cit.*, p. 746.

¹⁶² Uma regra de tal sorte “estabelece os danos reparáveis, especifica as ações reparatórias, administra os processos para a resolução das disputas envolvendo os pedidos de ações reparatórias e dispõe sobre a execução destas ações reparatórias.” SUMMERS, Robert S. *The Technique Element in Law.*, *op. cit.*, p. 736.

¹⁶³ Regras penais proíbem condutas antisociais, bem como disciplinam as atividades de investigação, acusação e punição de infratores penais.

¹⁶⁴ “Esta regra distingue-se da reparatória de danos pelo fato (dentre outros) de que é designada principalmente para operar preventivamente, antes da ocorrência de qualquer dano.” SUMMERS, Robert S. *The Technique Element in Law.*, *op. cit.*, p. 737. Regras de caráter administrativo-regulatório estabelecem os parâmetros sobre os

arranjos privados.¹⁶⁶ As técnicas de gestão social diferenciam-se, portanto, pelo fato de serem primordialmente reparativas, proibitivas, regulatórias, distributivas ou, por fim, facilitadoras das escolhas privadas.¹⁶⁷ Estas técnicas, por sua vez, diferenciam-se quanto aos seus objetivos imediatos, os quais se traduzem, respectivamente, em “compensação, prevenção do crime, obediência regulatória, benefício público substantivo e auto-realização individual.”¹⁶⁸ Cada técnica, por sua vez, diferencia-se quanto à estrutura e papéis esperados dos mecanismos de implementação encarregados de aplicar as regras e dos cidadãos encarregados de observá-las.¹⁶⁹

Summers observa, no entanto, que estas cinco técnicas não esgotam as possibilidades à disposição do legislador. Deste modo, variações e combinações de elementos característicos das cinco técnicas são perfeitamente possíveis de serem formuladas.¹⁷⁰

quais as partes sujeitas à regulação administrativa deverão se comportar. Estas regras são transmitidas e executadas pelos administradores encarregados de exercer a atividade-regulatória. Diferentemente das técnicas anteriores, o órgão encarregado de aplicar esta regra – referido em passagens anteriores desta tese como mecanismo de implementação da política – está autorizado a tomar medidas pré-sancionatórias anteriormente à ocorrência do dano. SUMMERS, Robert S. *The Technique Element in Law.*, *op. cit.*, p. 738. Além disso, Summers observa que, diferentemente das regras penais, regras administrativa-regulatórias pressupõem um sistema eficiente de comunicação entre órgão regulador e parte regulada. Deste modo, o órgão regulador mobiliza esforços e recursos para que as partes reguladas compreendam as regras a que estão submetidas. Isso ocorre porque quanto mais eficiente a comunicação travada entre órgão regulador e parte regulada, maior a propabilidade de que a política pública seja implementada de modo efetivo. No sistema penal, no entanto, o mecanismo de implementação não necessita empreender tal esforço, já que os indivíduos normalmente sabem de antemão quais são as condutas proibidas. SUMMERS, Robert S. *The Technique Element in Law.*, *op. cit.*, p. 738-739. Sobre os problemas de comunicação travados no âmbito de órgãos administrativo-regulatórios, cf. GIFFORD, Daniel J. *Communication of Legal Standards, Policy Development, and Effective Conduct Regulation.* **Cornell Law Review**, vol. 56, 1970, p. 409-468.

¹⁶⁵ Estas regras conferem benefícios (ou direitos, a depender do regime jurídico vigente em um determinado país) sociais a indivíduos determinados, tais como educação, saúde, previdência social etc. As regras que disciplinam estes direitos dispõem sobre a sua natureza, especificam os seus destinatários, estabelecem as condições para o exercício desses direitos, estruturam os mecanismos de implementação das políticas embasadas nesses direitos etc. SUMMERS, Robert S. *The Technique Element in Law.*, *op. cit.*, p. 740.

¹⁶⁶ Estas regras tem por objetivo incentivar e proteger arranjos privados voluntários, tais como matrimônio, relações de parentesco, constituição de formas associativas de natureza civil ou comercial, doação de bens para entidades sem fins lucrativos etc. Summers observa que esta técnica subdivide-se em três modalidades de regras principais, as quais: i. atribuem poder jurídico para os indivíduos instituírem os seus arranjos privados; ii. especificam os passos a serem percorridos para a validação jurídica do arranjo privado (e.g., celebração de um contrato, elaboração de um testamento); iii. asseguram e protegem os direitos derivados do arranjo privado quando os passos para a sua validação jurídica tenham sido adequadamente percorridos. SUMMERS, Robert S. *The Technique Element in Law.*, *op. cit.*, p. 741-745.

¹⁶⁷ *Idem*, p. 745.

¹⁶⁸ *Idem*, *Ibidem*, p. 745.

¹⁶⁹ Summers aponta outras diferenças, tais como o nível de coercibilidade de cada técnica. SUMMERS, Robert S. *The Technique Element in Law.*, *op. cit.*, p. 745.

¹⁷⁰ *Idem*, p. 746.

No tocante à escolha das técnicas a serem empregadas diante de situações concretas, Summers observa que a realização das finalidades de uma política pode exigir o emprego concomitante das cinco referidas modalidades. Considera-se, à título ilustrativo, o exemplo fornecido pelo autor de um conjunto de uma legislação que visa enfrentar o problema de acidentes de veículos em estradas. Para incentivar a diminuição de acidentes, normas jurídicas que estabelecem formas de reparação de danos podem ser promulgadas visando a estimular motoristas a dirigirem de modo mais prudente e responsável. Este objetivo pode ser ainda alcançado com a edição de normas penais, as quais estabelecerão punições para motoristas negligentes. Autoridades regulatórias, por sua vez, podem expedir licenças prévias para motoristas, assim como para automóveis, visando prevenir condutas indesejadas. Benefícios públicos podem, por sua vez, ser atribuídos aos cidadãos por meio de melhorias na infraestrutura das estradas e programas educacionais de motoristas. Por fim, arranjos privados, tais como associações de apoio à alcoólicos, também tem um papel a oferecer para a melhoria da segurança nas estradas.¹⁷¹

Observa-se que, no exemplo dado, diversas técnicas jurídicas devem ser empregadas concomitantemente para que os objetivos da política sejam plenamente realizados. Neste caso, a adoção de uma técnica não prescinde da utilização de outra. Ao contrário, pressupõem-se que ambas sejam utilizadas simultaneamente. Em certas situações, inclusive, uma política pública pode demandar não só a adoção de técnicas variadas, mas também exigir que normas de um mesmo tipo sejam exigidas de modo duplicado. Isso ocorre, por exemplo, quando sob um mesmo fato incidem simultaneamente normas de responsabilidade subjetiva e objetiva. No entanto, para a solução de certos problemas sociais, técnicas jurídicas nem sempre são intercambiáveis ou substituíveis entre si. É possível, nesse sentido, que certos problemas demandem a adoção de uma técnica específica em detrimento de outras. Deste modo, para uma política que vise a garantir condições mínimas de sobrevivência à população, é provável que esta tenha de se basear na estratégia de atribuição de benefícios e serviços aos cidadãos, ao invés de recorrer, por exemplo, a técnicas reparatórias.¹⁷²

É possível, ainda, que algumas técnicas sejam racionalmente adequadas para a realização dos objetivos de uma política, porém sua utilização não seja necessária, ou

¹⁷¹ SUMMERS, Robert S. *The Technique Element in Law.*, *op. cit.*, p. 745-746.

¹⁷² *Idem*, p. 748.

tampouco razoável. A penalização excessiva de condutas socialmente reprováveis constitui o exemplo mais evidente.

Observa-se que a escolha da técnica ou do conjunto de técnicas a serem empregadas para a realização dos objetivos de uma política¹⁷³ determinará a estrutura interna da legislação e o seu modo de interação com outros atos normativos. Deste modo, caso o legislador tenha escolhido valer-se de normas penais e reparatórias para disciplinar uma determinada política, estas normas possivelmente farão parte da legislação primária a qual, como visto, é produzida pelo Poder Legislativo. Por outro lado, caso o formulador da política pública legislada preveja sobretudo o recurso ao uso de normas regulatórias, admite-se a possibilidade de que estas venham a ser estabelecidas diretamente pela Administração Pública, em sede de legislação secundária. A obrigatoriedade ou não de que normas jurídicas estejam previstas na legislação primária corresponde ao nível de transitividade da lei, assunto tratado no item a seguir.

2.2 Estrutura da Legislação

Como visto, a legislação pode ser caracterizada como um conjunto de instruções de políticas públicas endereçadas aos mecanismos de implementação governamental. Na medida em que a Administração Pública constitui o mecanismo primário de implementação de substancial parcela das leis modernas, as instruções legislativas podem assumir formas diversas conquanto que sejam capazes de afetar o comportamento dos administradores. Deste modo, a estrutura interna de uma norma jurídica e o seu modo de interação com outros atos normativos sofrerá variação de acordo com o desenho adotado para o processo de implementação das políticas públicas.

Para que se possa avaliar se uma legislação oferece os instrumentos adequados para a realização dos objetivos de uma determinada política pública, torna-se fundamental compreender suas características estruturais e de que modo estas variam em função do sistema de implementação adotado.

¹⁷³ Neste trabalho, será dada ênfase apenas às técnicas regulatórias e de distribuição de benefícios, já que estas são as técnicas mais usualmente utilizadas em leis que versam sobre políticas públicas.

2.2.1 Legislação interna e externa

Normas jurídicas que disciplinam políticas públicas podem assumir formas totalmente distintas em razão dos seus destinatários. Nesse sentido, certas normas jurídicas dirigem-se somente aos órgãos administrativos. Isso ocorre, por exemplo, quando atos normativos dispõem sobre a missão de um órgão administrativo; alocam recursos e estabelecem competências para uma agência administrativa; criam, modificam e extinguem órgãos administrativos; ou quando estabelecem o modo como administradores deverão proceder para exercitar o seu poder regulamentar. Outras normas jurídicas, no entanto, visam sobretudo a afetar comportamentos de entes privados. Neste caso, as normas jurídicas dirigem-se mediatamente aos administradores – a quem compete aplicar regras de conduta – e imediatamente às partes privadas – a quem compete comportar-se da forma estatuída legalmente. Diver refere-se a esses dois tipos de normas, respectivamente, como internas e externas.¹⁷⁴

Ambos os tipos de normas são indispensáveis para o processo de realização das políticas públicas. A efetividade de uma política pública depende tanto da estrutura dos órgãos encarregados de implementá-las – a qual é disciplinada por normas internas – quanto dos mecanismos de implementação empregados para a realização de uma política pública – regidos por normas externas. Embora normas externas e internas possam ser promulgadas separadamente, parte significativa da legislação que disciplina as políticas públicas é formulada de modo a contemplar ambos os tipos de atos normativos. À título ilustrativo, considera-se a Lei Nacional de Incentivo à Cultura (LNIC),¹⁷⁵ conhecida popularmente como “Lei Rouanet”. Visando realizar os objetivos estabelecidos para a política cultural nacional, esta lei elegera como um dos seus principais mecanismos de implementação um sistema de incentivos fiscais no qual pessoas físicas e jurídicas estão autorizadas a deduzir parcela do imposto de renda devido caso patrocinem ou doem recursos para projetos culturais.

¹⁷⁴ DIVER, Colin. The Optimal Precision of Administrative Rules. *Yale Law Journal*, n. 93, 1983, p. 76-77. Essa nomenclatura também é recorrentemente adotada por juristas brasileiros, influenciados pelo trabalho de doutrinadores alemães, para a classificação de regulamentos em jurídicos – que estabelecem regras externas – e administrativos – que prevêm regras internas. A respeito desta classificação aplicada ao estudo dos regulamentos, cf. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 304-306; LAUBÉ, Vitor Rolf. O Regulamento no Sistema Jurídico Brasileiro, *op. cit.*, p. 147-149; CYRINO, André Rodrigues. **O Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República**: a Espécie Regulamentar Criada pela EC nº 32/2001. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 106-114.

¹⁷⁵ BRASIL. Lei n. 8.313, de 24 de dezembro de 1991, **D.O.U.** 24 dez.1991.

Analisando os aspectos estruturais da LNIC, verifica-se que esta lei é composta tanto por normas internas quanto externas. Dessa forma, esta lei é composta por normas internas, e portanto dirige-se exclusivamente à Administração Pública quando, por exemplo, estabelece os objetivos do Programa Nacional de Apoio à Cultura.¹⁷⁶

Do mesmo modo, a LNIC direciona-se à Administração Pública quando cria a Comissão Nacional de Cultura, dispõe sobre a composição deste órgão e estabelece as suas competências, dentre as quais destacam-se a função de apreciar e aprovar os projetos culturais que serão financiados com recursos incentivados. Por outro lado, a LNIC estabelece um rol extenso de regras que afetam diretamente patrocinadores e proponentes de projetos culturais. Esta lei estabelece, por exemplo, que pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, e não no lucro presumido, poderão deduzir o valor da doação ou do patrocínio como despesa operacional. A LNIC prevê também que os produtos e serviços resultantes dos projetos culturais patrocinados não poderão ser destinados ou restritos a circuitos privados ou a coleções particulares.¹⁷⁷

Além disso, esta lei veda expressamente ao Ministério da Cultura, e a qualquer outro órgão que este designar, a rejeição de projetos culturais com base em apreciação subjetiva quanto ao seu valor artístico ou cultural.¹⁷⁸ Diferentemente dos anteriores, estes dispositivos que impõem regras de conduta externas às partes afetadas pela política nacional de incentivo à cultura oferecem parâmetros substantivos para o processo de tomada de decisão administrativa.

2.2.2 Legislação Externa Transitiva e Intransitiva

A estrutura da legislação varia também em função do modo como afeta as partes privadas envolvidas no processo de implementação de uma política pública. Essa variação constitui o que Rubin denomina de “nível de transitividade de uma lei.”¹⁷⁹ Por transitividade legislativa entende-se “a extensão pela qual uma diretiva legislativa, tal qual almejada pelo

¹⁷⁶ Artigo 1º da LNIC.

¹⁷⁷ Artigo 2º, § 2º da LNIC.

¹⁷⁸ Art. 22 da LNIC.

¹⁷⁹ RUBIN, Edward. *Law and Legislation in the Administrative State, op. cit.*, p. 381.

poder legislativo,¹⁸⁰ transita pelo mecanismo primário de implementação e é aplicada no seu último alvo.”¹⁸¹ Deste modo, será considerada transitiva uma norma jurídica que estabeleça com precisão a regra de conduta que o mecanismo de implementação deverá exigir dos destinatários da lei para realizar os objetivos da política. Em contrapartida, “se uma lei simplesmente instrui o mecanismo [de implementação] para o desenvolvimento de regras, esta é inteiramente intransitiva: até que o mecanismo aja, o público afetado pela lei não terá como saber qual será o comportamento que a lei exigirá.”¹⁸²

No que diz respeito à intransitividade dos atos normativos,¹⁸³ verifica-se que esta pode tanto se dar quanto à aplicação, como quanto à elaboração de normas jurídicas. Deste modo, normas jurídicas serão intransitivas quanto à aplicação quando estas nada dispuserem sobre as regras de conduta que deverão ser aplicadas pelos implementadores da política aos destinatários das políticas. Ao invés de prescreverem regras de condutas, normas intransitivas disciplinam as regras de funcionamento do mecanismo de implementação. Em outras palavras, normas intransitivas não prevêm os parâmetros substantivos que deverão governar a implementação de uma política, mas estabelecem os caminhos que deverão ser percorridos para que estas regras venham a ser formuladas pela Administração. A lei que institui a Política Nacional do Meio Ambiente (“PNMA”) é, nesse sentido, intransitiva. Esta lei estabelece, entre os seus objetivos a “compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.” Para que este objetivo seja realizado, esta lei confere expressamente competência ao CONAMA para “estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios de licenciamento para atividades afetiva ou potencialmente poluidoras.”¹⁸⁴ Verifica-se que esta norma é totalmente intransitiva, uma vez que não estabelece nenhuma regra de conduta para as partes que desenvolvem atividades potencialmente poluidoras do meio ambiente.¹⁸⁵

¹⁸⁰ Embora o conceito de transitividade seja aplicado por Rubin apenas às leis *stricto sensu*, este fenômeno também pode se manifestar em atos regulamentares. Isso ocorre porque órgãos da Administração Pública, no exercício do seu poder normativo, também elaboram normas intransitivas, as quais conferem ampla discricionariedade para os administradores implementarem as políticas em situações concretas.

¹⁸¹ RUBIN, Edward. *Law and Legislation in the Administrative State*, *op. cit.*, p. 381.

¹⁸² *Idem*, p. 381.

¹⁸³ Toda a explanação sobre transitividade das normas jurídicas foi extraída de RUBIN, Edward. *Law and Legislation in the Administrative State*, *op. cit.*, p. 380-385.

¹⁸⁴ Art. 8º, I da Lei nº 6.938/81.

¹⁸⁵ A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente estabelece sanções de natureza administrativa e penal que deverão incidir caso pessoas físicas ou jurídicas causem danos ao meio ambiente. No entanto, como será visto

Além disso, as normas jurídicas podem também ser intransitivas quanto à elaboração quando nada estabeleçam sobre o processo de tomada de decisão a ser adotado pelo mecanismo de implementação. Neste caso, a legislação, além de não prever as regras de conduta que governarão o processo de implementação, também não determina o modo a ser adotado pela Administração para a formulação destas regras – se por meio de procedimentos administrativos específicos, ou por meio de processo adjudicatório etc.¹⁸⁶

Quanto à transitividade de aplicação das normas jurídicas, verifica-se que esta normalmente se manifesta em variados níveis. Nesse sentido, uma norma será considerada altamente transitiva quando instituir regras jurídicas consideradas autoaplicáveis pelos implementadores da política pública. Desse modo, a lei que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência¹⁸⁷ é transitiva quando estabelece como compulsória a matrícula “em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas portadoras de deficiência capazes de se integrarem no sistema regular de ensino.”¹⁸⁸ Obviamente, discussões podem emergir acerca da interpretação desta lei no tocante à capacidade das pessoas portadoras de deficiência de se enquadrarem no sistema regular de ensino. No entanto, este ato de interpretação é realizado diretamente pelo órgão encarregado de implementar a lei, não havendo a necessidade da transferência de responsabilidades para um outro mecanismo de implementação. Uma norma será relativamente transitiva, por sua vez, quando apesar de estabelecer regras suficientemente específicas também atribui poder para um órgão administrativo formular regras de conduta adicionais em caráter complementar. Há, por fim, normas que, apesar de sua aparente transitividade, são consideradas intransitivas na medida em que estabelecem regras jurídicas vagas e imprecisas. De todo modo, como já observado no item anterior, uma norma jurídica dificilmente será inteiramente transitiva quanto à sua

nos capítulos seguintes, o estabelecimento das regras e dos standards substantivos que devem indicar quais são as ações que constituem dano ao meio ambiente foi delegada para a Administração Pública.

¹⁸⁶ Shoenbrod diferencia os tipos de discricionariedade decorrentes da legislação intransitiva. Segundo o autor, a discricionariedade decorrente das normas intransitivas pode ser tanto ampla quanto restrita. A discricionariedade ampla decorre das leis intransitivas quanto à formulação ao passo que a restrita deriva das leis intransitivas quanto à aplicação. Para o autor, que é contrário à existência em si da legislação intransitiva, a intransitividade quanto à formulação torna-se, nos dias atuais, inadmissível. Isso porque o Poder Legislativo deve, no mínimo, determinar as regras procedimentais a que deverão se sujeitar a Administração para a formulação do conteúdo material das políticas. Cf. SCHOENBROD, David. **Power Without Responsibility: How Congress Abuses the People Through Delegation**. New Haven; London: Yale University Press, 1993, p. 49-81.

¹⁸⁷ BRASIL. Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989. **D.O.U**, 25 out. 1989.

¹⁸⁸ Art. 2º, I, f da Lei n. 7.853/89.

aplicação tendo em vista que implementadores e as partes diretamente afetadas pela política pública tendem a perceber as normas transitivas de modo diferente de quem as formulou.

Dito isso, verifica-se que o grau de transitividade da legislação reflete, em última instância, o nível de discricionariedade concedido aos implementadores das políticas públicas. Quando a lei dispuser sobre standards vagos e genéricos tais como “interesse público,” o administrador usufruirá de maior discricionariedade para tomar a sua decisão. Por outro lado, quando a lei determinar que administradores devem aplicar regras de conduta previamente estabelecidas, a discricionariedade administrativa será consideravelmente diminuída em relação à situação anterior. Deste modo, um ato normativo dotado de alta transitividade atribui limitada discricionariedade aos administradores, ao passo que normas intransitivas conferem extensivo poder discricionário aos implementadores das políticas.

Observa-se, no entanto, que a discricionariedade atribuída pela legislação intransitiva é aquela de natureza substantiva. Ver-se-á, ainda neste capítulo, que a discricionariedade conferida pelas leis pode se dar em dois planos distintos – o substantivo e o procedimental. A discricionariedade substantiva é aquela que trata do *que* e *como* agir da Administração, ao passo que a discricionariedade procedimental diz respeito ao *se* e *quando* atuar. Deste modo, uma lei intransitiva será sempre discricionária do ponto de vista substantivo – já que não prevê regras de conduta e standards que indiquem o que a Administração deve fazer e de que modo. Observa-se, no entanto, que leis intransitivas podem não ser discricionárias do ponto de vista procedimental caso estas prevejam com um grau suficiente de especificidade os procedimentos de tomada de decisão que deverão ser observados pela Administração Pública e indique o momento exato em que tais decisões deverão ser tomadas. Deste modo, uma lei que atribua competência para um determinado órgão da Administração Pública estabelecer normas sobre uma determinada política e indique as circunstâncias e os prazos nos quais estas normas deverão ser elaboradas não é intransitiva do ponto de vista procedimental.

Rubin observa, no entanto, que o estudo promovido por juristas sobre a discricionariedade administrativa segue dissociado da análise da transitividade das normas.¹⁸⁹

¹⁸⁹ No Brasil, os trabalhos de Sunfeld constituem exceção, já que associam o problema da discricionariedade com o da transitividade das normas (embora não utilizem a terminologia da transitividade aqui apresentada). A esse respeito, Sunfeld observa que as normas de procedimento administrativo (as quais, uma vez adotadas isoladamente, caracterizam a legislação intransitiva) estruturam ou “amarram” juridicamente a atuação da Administração (ou seja, controlam a discricionariedade administrativa) do ponto de vista adjetivo (que aqui

Isso se deve ao fato de que juristas voltam-se essencialmente para a atuação do judiciário. Para uma teoria da legislação direcionada também para a Administração Pública, cumpre não apenas analisar o desenho das regras de conduta privadas – instrumentalidades implementadas primordialmente pelo Poder Judiciário e que caracterizam a legislação transitiva – mas também regras de estrutura e organização da Administração, objetivos e princípios das políticas, bem como procedimentos de tomada de decisão administrativa – instrumentos que são primariamente implementados pela Administração Pública e que caracterizam a intransitividade das normas.

2.2.3 Escopo da Legislação moderna em face de seus elementos estruturais

Observa-se que tanto a legislação interna quanto a externa intransitiva escapam à concepção tradicional de norma jurídica, na qual esta tem por objetivo principal disciplinar a conduta humana. Rubin enfatiza que a concepção tradicional de norma jurídica “tende a ignorar essas formas menos familiares de legislação” e, portanto, obscurece o caráter real da lei moderna.¹⁹⁰ Dentro desta nova concepção, a legislação é também composta por normas internas e externas intransitivas, direcionadas primordialmente a estabelecer diretrizes sobre o modo como burocratas devem administrar os programas de políticas públicas.

Para Rubin, a inexistência de uma teoria da legislação que incorpore essas novas funções assumidas pela lei no Estado Administrativo Moderno deve-se sobretudo ao fato de que juristas permanecem atrelados a uma concepção pré-moderna da legislação na qual o judiciário figura como seu principal mecanismo de implementação. Vale, nesse sentido, reproduzir as palavras do autor:

A principal razão pela qual nós não dispomos de uma teoria moderna da legislação deve-se ao fato de que juristas focam pesadamente no judiciário. Eles analisam o trabalho dos juízes, endereçam-se a si próprios aos juízes, usam a mesma terminologia que juízes e, muito frequentemente, até pensam como juízes. Quando juízes voltam-se para as leis, eles devotam todos os seus esforços para o problema da interpretação judicial.

denomino de procedimental). Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo Administrativo: um debate sobre o problema de sua conceituação e classificação*, *op. cit.*, p. 191-192.

¹⁹⁰ RUBIN, Edward, *Law and Legislation in the Administrative State*, *op. cit.*, p. 371.

(...) No entanto, a interpretação legislativa é essencialmente uma problema judicial, de modo que acadêmicos que a estudam continuam enxergando o universo jurídico por meio dos olhos dos juízes.¹⁹¹

Em parte, essa postura científica centrada no judiciário é produto de práticas de ensino jurídico reproduzidas tanto em países de *common law*, quanto em países de tradição romanística. Nos Estados Unidos, por exemplo, o ensino jurídico está obsessivamente centrado no estudo da jurisprudência dos tribunais federais em razão de uma cultura jurídica que percebe o direito¹⁹² como aquilo que os juízes dizem que o direito é. Embora, à primeira vista, esta não seria a visão prevalecente no Brasil, já que a Constituição e a lei são percebidas como fontes do direito tão ou mais importantes do que a jurisprudência, verifica-se que na prática o ensino jurídico brasileiro também é construído, ainda que por vias indiretas, para servir à atuação do poder judiciário. Isso ocorre sobretudo porque no Brasil predomina uma cultura jurídica que percebe o direito como aquilo que os juristas dizem que o direito é, ao passo que estes juristas, por sua vez, desenvolvem seus trabalhos doutrinários com o objetivo de auxiliar o trabalho dos juízes.

No entanto, embora importantes,¹⁹³ os controles de regularidade realizados pelo Poder Judiciário não são mais suficientes num universo em que outras estratégias legislativas são também empregadas visando à realização dos resultados das políticas.¹⁹⁴

Obviamente, o uso de estratégias legislativas alternativas, que conferem ampla margem de discricionariedade para a Administração formular as regras de conduta em caráter delegado, deve ser analisado com o devido cuidado. O reconhecimento de que leis podem ser

¹⁹¹ RUBIN, Edward, *Law and Legislation in the Administrative State*, *op. cit.*, p. 369-370.

¹⁹² O ensino jurídico centrado na atuação do judiciário baseia-se numa “percepção” da supremacia da jurisprudência em relação a outras fontes jurídicas. Usa-se aqui a expressão “percepção” porque, do ponto de vista formal, não há hoje, no sistema jurídico americano, uma hierarquia entre lei e jurisprudência enquanto fontes emanadoras do direito.

¹⁹³ Neste processo, é certo que o judiciário permanece com o poder de supervisionar o comportamento discricionário dos administradores. No entanto, essa supervisão judicial visa essencialmente a impor limites negativos à atuação da Administração. Cf. BAUM, Lawrence. *Comparing the Implementation of Legislative and Judicial Policies*. In: MAZMANIAM, Daniel A.; SABATIER, Paul A. **Effective Policy Implementation**. Lexington: Lexington Books, 1981, p. 39. Como será oportunamente discutido, essa supervisão centra-se em aspectos procedimentais, em detrimento de aspectos substantivos, da implementação de políticas públicas. Numa análise empírica do impacto desta supervisão procedimental exercida por juízes nos Estados Unidos, Hume chegou à interessante conclusão de que esta tende a não modificar o resultado das políticas. Cf. HUME, Robert J. **How Courts Impact Federal Administrative Behavior**, *op. cit.*

¹⁹⁴ MORAND, Charles-Albert. *L'évaluation législative ou l'irrésistible ascension du quatrième pouvoir*, *op. cit.*, p. 133.

intransitivas e que, portanto, a interação entre políticos e administradores se dará de forma fluida e continuada, pode se revelar intensamente problemática. No entanto, a exclusão da legislação intransitiva do escopo de análise revela-se ainda mais contraproducente, dada sua ampla e inevitável utilização no Estado moderno.

2.3 Componentes da Legislação

Uma legislação que versa sobre uma política pública geralmente é composta das seguintes partes: objetivos e diretrizes legislativos; normas de estrutura e funcionamento do órgão implementador; regras e standards prescrevendo as condutas que devem ser observadas pelos destinatários da lei; procedimentos de tomada de decisão administrativa; bem como normas internas da Administração, que objetivam orientar os administradores na implementação das leis.

A esse respeito, observa-se que as leis nem sempre serão compostas de todas as partes acima assinaladas. Isso dependerá da estrutura da legislação, como visto no item anterior. Sendo assim, há leis que, pelas suas características estruturais, não dispõem sobre regras e standards substantivos, mas tão somente sobre procedimentos administrativos de tomada de decisão. Além disso, mesmo entre as leis que possuem as mesmas características estruturais, verifica-se que estas poderão variar quanto ao nível de detalhamento de cada parte. Enquanto algumas leis podem prescrever objetivos de forma extremamente detalhada, outras podem ser sucintas neste aspecto, porém extensas no que diz respeito à prescrição de normas de conduta.

Nos itens seguintes, estas questões serão discutidas em detalhe.

2.3.1 Objetivos e Diretrizes Legislativos

Toda a legislação, seja esta transitiva ou intransitiva, além de estabelecer regras de estrutura e funcionamento interno do órgão implementador, deve prever os objetivos e diretrizes da política pública a que está destinada a servir. Dentro de uma perspectiva instrumentalista do direito, os objetivos e diretrizes de uma lei assumem ao menos três funções

essenciais. Em primeiro lugar, objetivos legislativos oferecem parâmetros para o desenho dos instrumentos legislativos.¹⁹⁵ Nessa perspectiva, instrumentos legislativos representam os meios e os objetivos legislativos os fins da política pública. Num plano mais imediato, os objetivos legislativos constituem diretivas de ação para administradores implementarem e interpretarem as leis.¹⁹⁶ Por fim, objetivos são essenciais para a realização da atividade de avaliação legislativa, a qual compreende a análise da adequação dos instrumentos legislativos para solucionar os problemas sociais subjacentes à edição da lei.¹⁹⁷

Não obstante a inegável importância dos objetivos legislativos para a concepção instrumental da legislação aqui adotada, Summers observa que a natureza e a estrutura dos objetivos legislativos segue sendo insatisfatoriamente analisada. “Ao longo dos últimos cento e cinquenta anos, teóricos do direito discutiram praticamente todas as facetas de formas jurídicas particulares, com a exceção dos seus fins e da relação entre seus meios e fins.”¹⁹⁸

Isso se explica, em parte, pela desnecessidade de articulação explícita dos objetivos das leis que governam relações jurídicas privadas, as quais, como já observado, são implementadas em caráter primário pelo Poder Judiciário. A implementação judicial dessa modalidade de legislação não requer a presença de objetivos legislativos precisos, já que juízes podem se apoiar em outros elementos legislativos como texto, comando e sanções legais para interpretar e aplicar as leis. Desse modo, a legislação revela-se essencialmente completa mesmo que não inclua qualquer referência aos seus objetivos últimos ou intermediários. O mesmo não ocorre, no entanto, com as leis que versam sobre políticas públicas, as quais são direcionadas primariamente para a Administração Pública, e não ao Poder Judiciário.¹⁹⁹ Para

¹⁹⁵ SUMMERS, Robert Samuel. **Instrumentalism and American Legal Theory**. Ithaca; London: Cornell University Press, 1982, p. 61-62.

¹⁹⁶ *Idem*, p. 61-62.

¹⁹⁷ DELLEY, Jean-Daniel; MADER, Luzius. Que Faire des Objectifs dans une Étude de Mise em Oeuvre de La Législation? **Revue de Sociologie**, n. 7, 1981, p. 388.

¹⁹⁸ SUMMERS, Robert Samuel. **Instrumentalism and American Legal Theory**, *op. cit.*, p. 61.

¹⁹⁹ Atribui-se à Niklas Luhman a diferenciação dessas duas modalidades legislativas em razão da vocação destas para a formulação de objetivos. Na nomenclatura luhmaniana, as relações jurídicas bilaterais são referidas como “regulamentações condicionais,” ao passo que as leis que disciplinam políticas públicas recebem a denominação de “programas finalistas.” Os autores suíços Morand e Delley utilizam-se dessa terminologia luhmaniana para analisar o papel dos objetivos legislativos. Cf. MORAND, Charles-Albert. Buts et Objectifs dans L’application et la Mise em Oeuvre du Droit Public. *In*: ASSOCIATION INTERNATIONALE DE METHODOLOGIE. **Le Recours aux Objectifs de la Loi dan son Application**. Bruxelles: E. Story-Scientia, 1992, p. 76-81; DELLEY, Jean-Daniel. Penser la loi. Introduction à une démarche méthodique. *In*: MORAND, Charles-Aubert (Org.). **Légistique Formelle et Matérielle**. Aix-En-Provence: Presse Universitaires d’Aix-Marseille, 1999, p. 94-96.

esta última modalidade de lei, “a ação da Administração é inteiramente orientada pelos objetivos da legislação.”²⁰⁰

Não obstante essa crucial diferença entre ambas as modalidades de legislação, verifica-se que a redação dos objetivos das leis que versam sobre políticas públicas por vezes se dá de modo não funcionalista. É comum, nesse sentido, identificar leis disciplinadoras de políticas públicas que não estabelecem seus objetivos expressamente. Dependendo das circunstâncias, a legislação pode prever objetivos vagos e imprecisos ou até mesmo omitir-se de declará-los. O não aprimoramento da técnica legislativa aplicada à formulação de objetivos se explica, primordialmente, pelo fato já observado de que a lei e as instituições jurídicas são reflexo de uma teoria do direito formulada exclusivamente para orientar a atuação judicial. Deste modo, ainda que os objetivos das leis que disciplinam políticas públicas tenham vocação para serem operacionais,²⁰¹ metodologias e teorias que visam a instruir a formulação de objetivos legislativos ainda estão para serem desenvolvidas. Isso dificulta, portanto, a tarefa do administrador na implementação da lei e do cientista social na atividade de avaliação legislativa.²⁰²

Obviamente, objetivos com conteúdos claros e precisos podem não figurar expressamente das leis por motivos alheios aos problemas de técnica legislativa. Deste modo, exigências de aprimoramento da técnica legislativa tendem fortemente a fracassar diante de um processo legislativo dominado por forte simbolismo, no qual objetivos são formulados sem a pretensão de que sejam realizados. Além disso, ainda que adequadamente formulados, objetivos legislativos tendem a modificar-se ao longo do processo de implementação de uma

²⁰⁰ MORAND, Charles-Albert. Buts et Objectifs dans L'application et la Mise em Oeuvre du Droit Public, *op. cit.*, p. 93.

²⁰¹ Por operacionalidade entende-se a capacidade dos objetivos legislativos de serem avaliados. MORAND, Charles-Albert. Buts et Objectifs dans L'application et la Mise em Oeuvre du Droit Public, *op. cit.*, p. 80.

²⁰² Para fins de avaliação da legislação, o pesquisador terá de recorrer frequentemente a outras fontes, inclusive não-legislativas, precedentes ou coexistentes à vigência da lei, que lhe permitam identificar os objetivos subjacentes à edição de uma determinada lei. Dentre as fontes legislativas, além das deliberações legislativas e das exposições de motivo, atos normativos de hierarquia inferior, editados posteriormente à edição da lei, podem contribuir para a identificação dos objetivos legislativos não-declarados. No que diz respeito às fontes não-legislativas, os autores suíços Delley, Mader e Morand sugerem que o avaliador recorra à análise de declarações e documentos não-legislativos emanados pelo poder executivo para auxiliar na identificação dos objetivos legislativos. Essa estratégia torna-se especialmente relevante quando o poder executivo está envolvido no processo de formulação da lei. Cf. MORAND, Charles-Aubert, Buts et Objectifs dans L'application et la Mise em Oeuvre du Droit Public, *op. cit.*; DELLEY, Jean-Daniel. Penser la loi. Introduction à une démarche méthodique, *op. cit.*; DELLEY, Jean-Daniel; MADER, Luzius. Que Faire des Objectifs dans une Étude de Mise em Oeuvre de La Législation? *Revue de Sociologie*, n. 7, 1981, p. 385-397.

política. “Apesar dos objetivos da política pública serem determinados no nível de formulação da política, é no estágio de implementação que os tomadores de decisão tem à disposição um amplo rol de possibilidades para preencher ou substituir esses objetivos.”²⁰³ Diante desses fatos, Delley e Mader definem os objetivos legislativos em três categorias principais – substanciais, simbólicos e de aprendizagem.²⁰⁴

Para os propósitos deste trabalho, interessa especialmente analisar as limitações e potencialidades dos objetivos legislativos, especialmente os substanciais e os de aprendizagem, enquanto instrumentos de orientação da ação administrativa. Uma análise dessa sorte pressupõe a compreensão do modo como objetivos e instrumentos legislativos articulam-se entre si. A esse respeito, verifica-se que as leis que disciplinam políticas públicas apresentam objetivos múltiplos, os quais articulam-se de modo contínuo com instrumentos legislativos em nível decrescente de generalização.²⁰⁵ Objetivos e instrumentos legislativos são noções relativas. Quando uma legislação estabelece uma finalidade e determina ao administrador a adoção de um determinado meio para atingi-la, esta método torna-se um fim para o implementador da lei. O administrador encarregado de implementar a lei, por sua vez, poderá formular novas instrumentalidades, as quais, por sua vez, serão percebidas como fins pelos burocratas situados em nível inferior da hierarquia administrativa encarregados de aplicá-las. Este fenômeno, referido pioneiramente por Herbert Simon como a “cadeia de meios e fins,” possui aspectos disfuncionais, já que o subordinado, ao tratar a instrumentalidade formulada por seu superior como um fim em si mesmo, pode perder de vista o objetivo último da política pública.²⁰⁶ À título exemplificativo, este fenômeno ocorre quando a União, por meio do seus ministérios, celebra convênios com entidades do terceiro setor com o objetivo de fomentar programas sociais como os educacionais, de redistribuição de renda, ou ambientais, porém não exerce nenhum tipo de controle finalístico para avaliar se os objetivos desses projetos foram realizados. Neste processo, é comum administradores controlarem as atividades

²⁰³ BLANKENBOURG, Erhard. The Waning of Legality in the Concept of Policy Implementation, *op. cit.*, p. 481.

²⁰⁴ DELLEY, Jean-Daniel; MADER, Luzius. Que Faire des Objectifs dans une Étude de Mise em Oeuvre de La Législation?, *op. cit.*, p. 390-396.

²⁰⁵ SUMMERS, Robert Samuel. **Instrumentalism and American Legal Theory.**, *op. cit.*, p. 65.

²⁰⁶ A presente descrição da cadeia de meios e fins foi extraída de RUBIN, Edward. Law and Legislation in the Administrative State, *op. cit.*, p. 412-413.

de gestão financeira empreendidas pelas entidades do terceiro setor na execução de projetos, sem no entanto, exercerem um controle sobre os resultados do objeto dos convênios.²⁰⁷

Rubin observa que problemas de articulação entre meios e fins legislativos podem ser mitigados com a adoção de uma técnica de administração que transforma os objetivos de uma política em padrões de performance administrativa. Esta técnica estimula o administrador a internalizar como objetivo último de suas ações a realização de um determinado padrão de performance, evitando, portanto, que este considere as instrumentalidades legislativas necessárias à implementação de uma política como fins em si mesmos.²⁰⁸ O recurso a padrões de performance, estratégia por excelência da administração por objetivo, pode ser utilizada não só nas relações de subordinação entre administradores, mas também nas relações hierárquicas entre Poder Legislativo e/ou Presidente da República e órgãos da Administração pública. Deste modo, objetivos legislativos podem servir de instrumento efetivo de controle da Administração Pública. Conforme preceitua a teoria da administração e da organização, “a efetividade do controle depende frequentemente da qualidade definitiva do objetivo declarado e da articulação de padrões de performance claros.”²⁰⁹ É deste modo que, por exemplo, uma legislação pode estabelecer como objetivo de uma política a arrecadação de um volume pré-determinado de arrecadação de receita tributária.²¹⁰ Obviamente, esta estratégia tende a ser efetiva apenas quando o cumprimento de determinado padrão de performance independe fortemente de fatores externos ao controle da Administração.²¹¹ De todo modo, ainda que padrões de performance de administradores e de órgãos administrativos não possam ser plenamente alcançados, sua internalização aos objetivos legislativos pode de fato impulsionar uma mudança comportamental em prol de uma maior efetividade da política pública.

Cumprir, no entanto, que a adoção de padrões de performance é apenas uma estratégia, entre diversas outras possíveis, a articular a relação entre objetivos e instrumentalidades legislativas. Como observa Rubin, não é possível estabelecer uma “fórmula definitiva ou universal que defina o equilíbrio ideal entre a declaração de objetivos e a especificação de instrumentalidades.”²¹² A ausência de consenso político e/ou informação para

²⁰⁷ Cf., nesse sentido, SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. **Avaliação Legislativa no Brasil**, *op. cit.*

²⁰⁸ RUBIN, Edward. *Law and Legislation in the Administrative State*, *op. cit.*, p. 413-414.

²⁰⁹ *Idem*, p. 413.

²¹⁰ *Idem, Ibidem*, p. 414.

²¹¹ *Idem, Ibidem*, p. 413.

²¹² *Idem, Ibidem*, p. 411.

a formulação de objetivos e meios para solucioná-los frequentemente inibe o alcance de um equilíbrio ideal entre instrumentos e finalidades legislativas. Como observa Rubin²¹³ e Morand,²¹⁴ não é sempre que os legisladores atingem um consenso ou adquirem o conhecimento necessário para a formulação simultânea dos objetivos e dos instrumentos legislativos. Em algumas situações, legisladores podem manifestar consenso e dispor de informações para a determinação dos objetivos, mas não para a formulação das instrumentalidades. Nestes casos, a lei termina por explicitar o objetivo da política, porém delega ao administrador a definição dos instrumentos que conduzirão a sua realização. Em outras situações, legisladores podem chegar a um consenso em relação aos instrumentos legislativos, mas não em relação aos objetivos da política pública. Nestes casos, diferentes facções desejam que os mesmos instrumentos legislativos atinjam objetivos completamente diferentes. É comum, nestas situações, que os objetivos sejam formulados de forma imprecisa, vaga e genérica, cabendo ao implementador e avaliador da lei a árdua tarefa de “maximizar a realização de objetivos conflitantes de acordo com algum esquema implícito ou explícito de prioridades.”²¹⁵ Por fim, é possível que uma lei apresente uma multiplicidade de objetivos com nível de abstração e generalidade equivalentes. Desse modo, uma determinada política pública pode ser formulada de modo a atender diversos objetivos últimos simultaneamente.²¹⁶

Estes cenários evidenciam a complexidade da tarefa de articulação entre objetivos e instrumentos legislativos. Observa-se, no entanto, que embora instrumentalidades e objetivos legislativos possam ser formulados em momentos distintos, raramente revela-se possível “*definir* um objetivo social significativamente de modo isolado dos meios necessários para realizá-lo.”²¹⁷ Summers observa, desse modo, que objetivos e instrumentalidades são conceitos interdependentes e que, portanto, não possuem vocação para serem formulados e interpretados de modo isolado. O autor observa, a este respeito, que os instrumentos também auxiliam na escolha dos objetivos. Deste modo, os objetivos não só determinam a escolha dos

²¹³ RUBIN, Edward. *Law and Legislation in the Administrative State*, *op. cit.*, p. 412.

²¹⁴ MORAND, Charles-Aubert, *Buts et Objectifs dans L’application et la Mise em Oeuvre du Droit Public*, *op. cit.* p. 95.

²¹⁵ SUMMERS, Robert Samuel. **Instrumentalism and American Legal Theory**, *op. cit.*, p. 66.

²¹⁶ Este é o caso, por exemplo de toda e qualquer política criminal, a qual inescapavelmente serve a objetivos vários, como prevenção, punição e reabilitação. Sobre os objetivos múltiplos das instituições jurídicas, cf. FULLER, Lon L. **Anatomy of the Law**. New York: Frederick A. Praeger, 1968, p. 36-39; FULLER, Lon L. *Means and Ends*. In: FULLER, Lon L. **The Principles of Social Order**. Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 68.

²¹⁷ SUMMERS, Robert Samuel. **Instrumentalism and American Legal Theory**, *op. cit.*, p. 79.

instrumentos legislativos, mas os instrumentos também auxiliam na reformulação dos objetivos.²¹⁸ Nesse processo, objetivos podem ser abandonados em face da indisponibilidade de instrumentos para realizá-los, bem como em razão dos altos custos decorrentes da adoção dessas instrumentalidades.²¹⁹ Fuller está ciente dessas contingências quando observa que “nós devemos saber o que é possível antes de discutirmos o que é desejável.”²²⁰

2.3.2 Instrumentos da Legislação Externa Transitiva: regras e standards

Objetivos e diretrizes das políticas públicas, como observado, devem servir como base para a formulação de diretivas que orientem de forma concreta e específica a ação administrativa. Essas diretivas podem assumir formas diversas²²¹, traduzindo-se, por exemplo, em regras, standards ou princípios jurídicos,²²² os quais visam a orientar a ação administrativa por meio de parâmetros substantivos.

À título ilustrativo,²²³ observa-se uma lei ou regulamento que tenha por objetivo último garantir a segurança dos vôos aéreos e que, para tanto, regule o processo de credenciamento dos pilotos. Este ato normativo pode, por exemplo, estabelecer uma regra que proíba pessoas com mais de sessenta anos de pilotar aviões comerciais. Uma legislação de tal sorte pode, ainda, combinar o critério de idade com outros que supostamente reforcem os objetivos da lei em comento, tais como tempo de experiência em vôos comerciais, ausência de certas doenças visuais, como o daltonismo, padrões normais de pressão arterial etc. Alternativamente, no

²¹⁸ Como observa Fuller, nenhum fim abstratamente formulado jamais permanece o mesmo após ser submetido em carne e osso a alguma forma social de implementação. FULLER, Lon L. *Means and Ends*, *op. cit.*, p. 69.

²¹⁹ SUMMERS, Robert Samuel. **Instrumentalism and American Legal Theory**, *op. cit.*, p. 79.

²²⁰ FULLER, Lon L. *Means and Ends*, *op. cit.*, p. 64.

²²¹ Como será observado adiante, alguns autores não admitem esse tipo de distinção entre regras e standards, tendo em vista que os elementos que supostamente distinguiriam esses tipos de normas – tais como nível de generalidade, precisão e aptidão para prescrever resultados – podem, em diversas situações, se manifestar de modo semelhante nos dois tipos de instrumentos legislativos. No entanto, para fins exclusivamente heurísticos, adotar-se-á neste trabalho a distinção entre regras e standards admitida por parte da literatura, ressaltando-se que os elementos que caracterizam e distinguem estes tipos de normas jurídicas podem não se manifestar na realidade. MIERS, David; TWINING, William. **How to Do Things with Rules**. 5.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 82-84.

²²² Princípios jurídicos são aqui entendidos como máximas aplicáveis para a interpretação – sobretudo judicial – de regras ou standards existentes. Princípios auxiliam, portanto, na determinação do conteúdo de comandos legais pré-existentes. Este trabalho não analisará a estrutura dos princípios jurídicos e as implicações de sua aplicação tendo em vista que, como já observado, estes visam sobretudo orientar a interpretação judicial das leis. Para uma recente distinção entre regras, standards e princípios jurídicos, cf. ALEXANDER, Larry. *Legal Objectivity and the Illusion of Legal Principles*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1236222>>. Acesso em: 15 set. 2011.

²²³ Este exemplo é extraído de DIVER, Colin. *The Optimal Precision of Administrative Rules*, *op. cit.*, 69.

entanto, esta mesma norma pode proibir a pilotagem de aviões comerciais por pessoas que, em razão de suas qualificações e características, ameacem, de modo *não razoável*, a segurança dos vôos aéreos. Esta última alternativa, diferentemente das duas anteriores, estabelece um standard ao invés de uma regra. Enquanto a aplicação de uma regra requer a averiguação da ocorrência de um determinado fato – e.g., piloto com idade superior a sessenta anos – a implementação de um standard exige ainda uma avaliação qualitativa deste fato. Deste modo, para a aplicação de um standard, torna-se necessário avaliar, em situações concretas, as características e atributos dos pilotos que coloquem em risco, de modo não razoável, a segurança dos vôos aéreos.

Embora standards possam ser prescritos de forma isolada, sem o acompanhamento de regras, é comum regras serem disciplinadas conjuntamente com standards.²²⁴ Uma lei que estabeleça que veículos não poderão ultrapassar a velocidade limite de 120 quilômetros por hora em estradas, porém que exija que os veículos dirijam em velocidades razoáveis abaixo do referido limite estabelecido, é composta tanto por regras quanto por standards.²²⁵ Deste modo, regras e standards podem tanto se revelar estratégias alternativas, quanto complementares para orientar a ação administrativa em uma determinada política.²²⁶ No entanto, em situações em que a formulação de regras se revela impossível, absurda ou excessivamente custosa,²²⁷ standards terminam por ser prescritos de modo isolado.

O fenômeno de transformação de objetivos em regras jurídicas propriamente ditas é denominado por Jowell de “legalização.”²²⁸ Deste modo, uma política legislada que tenha por objetivo último garantir a paz social torna-se legalizada quando, por exemplo, estabelece uma regra que regule e restrinja a comercialização e o porte de armas.

Como já observado, o fenômeno da legalização se manifesta de modo mais intenso no processo de formulação da legislação secundária, já que a legislação primária ou *stricto sensu* tende a estabelecer regras de conduta de forma consideravelmente mais modesta. Esta

²²⁴ Erlich e Posner observam que as regras de conduta não são informadas por standards coesos e coerentes quando estas visam a instrumentalizar políticas com objetivos altamente conflitantes. As regras tributárias, segundo os autores, são exemplos nesse sentido. ERLICH, Isaac; POSNER, Richard A. *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*. **Journal of Legal Studies**, vol. 3, n. 1, 1974, p. 260.

²²⁵ Exemplo extraído de SUMMERS, Robert S. **Form and Function in a Legal System: a General Study**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 191.

²²⁶ ERLICH, Isaac; POSNER, Richard A. *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, *op. cit.*, p. 260.

²²⁷ Estas circunstâncias serão analisadas mais adiante.

²²⁸ JOWELL, Jeffrey. **Law and Bureaucracy**: *op. cit.*, p. 11.

diferenciação de densidade normativa entre atos normativos primários e secundários se deve a uma série de fatores, manifestados isolada ou conjuntamente, os quais incluem assimetria de informação entre legisladores e administradores, falta de capacidade técnica dos redatores das leis, ausência de mecanismos de freios e contrapesos que incentivem a produção de leis transitivas no âmbito do Poder Legislativo, bem como acentuado nível de formalismo e legalismo da cultura jurídica dominante. Tendo em vista que estes fatores podem se manifestar de formas variadas em países distintos, deve-se analisar com cautela a afirmação genérica de que leis primárias caracterizam-se pela intransitividade, ou, em outras palavras, por furtarem-se ao estabelecimento de regras de conduta e standards substantivos. Observa-se, nesse sentido, o exemplo dos Estados Unidos, onde as leis instituidoras de políticas públicas dificilmente revelam-se inteiramente intransitivas.

No entanto, diante da dificuldade de se prescrever, em termos genéricos e abstratos, as vantagens e desvantagens da alocação de regras e standards em leis primárias e secundárias, estas estratégias serão, num primeiro momento, analisadas independentemente do tipo de ato normativo que lhes dê suporte. Objetiva-se, desta forma, analisar as técnicas legislativas em razão das funções que estas exercem, e não em razão das pessoas e instituições que as formulam.²²⁹ Deste modo, a análise das regras de conduta e standards enquanto instrumento de controle da ação administrativa será inicialmente realizada independentemente do fato de regras e standards serem introduzidos por legislação primária ou secundária.²³⁰ Objetiva-se, com esta análise, apontar, de modo genérico e abstrato, as potencialidades e limitações da adoção desta estratégia legislativa para condicionar o comportamento administrativo no processo de implementação de políticas públicas.

2.3.2.1 Regras

²²⁹ Summers observa, a esse respeito, que uma análise das técnicas jurídicas com base na teoria da separação dos poderes distorce a forma real pela qual o direito opera, tendo em vista que as “técnicas jurídicas são realmente combinações de recursos jurídicos nos quais os tribunais, parlamentos, administradores e cidadãos privados funcionam colaborativamente ao invés de isoladamente.” SUMMERS, Robert S. *The Technique Element in Law. California Law Review*, vol. 59, p. 747.

²³⁰ A diferenciação das implicações da adoção de regras e standards em leis e regulamentos será realizada nos capítulos seguintes, quando estratégias legislativas serão analisadas em face de situações concretas.

2.3.2.1.1 Estrutura e Características Formais das Regras Jurídicas

Um sistema jurídico comporta diferentes tipos de normas jurídicas,²³¹ as quais possuem estruturas internas variadas. É possível, no entanto, identificar alguns elementos comuns à estrutura da maioria das normas existentes. A esse respeito, Summers identifica os seguintes elementos estruturais componentes da maioria das normas:

- (1) os objetivos, ou pelo menos traços destes, que podem aparecer na superfície de uma regra, ou que estejam nela claramente subentendidos,²³²
- (2) escopo, ou seja, as condições de aplicabilidade,
- (3) destinatários (expressamente ou implicitamente especificados),
- (4) ação prescrita e as circunstâncias da ação, ou função institucional ordenada
- (5) as consequências prescritas da ação ou função em caso de conformidade, ou de não conformidade com (4)
- (6) quaisquer exceções explícitas, ou extensões, a (2), (3), ou (4), exaustivas ou exemplificativas.

Por certo, estes elementos podem variar ligeiramente de uma norma para outra. Uma norma penal, por exemplo, além de apresentar os elementos acima especificados, deve ainda indicar o estado mental do autor do crime – se doloso ou culposo.²³³ Já uma norma que vise a disciplinar como pedestres devem comportar-se para cruzar uma rua possivelmente comportará um número menor de elementos.²³⁴

Além de possuírem estes elementos em sua estrutura, normas jurídicas também possuem características formais específicas, tais como prescritividade, generalidade, completude, assertividade dentre outras. Conforme será visto, o correto manuseio destas características formais torna-se indispensável para a formulação de normas mais racionais e efetivas para a realização dos objetivos das políticas. Desse modo, cabe ao formulador de normas, identificar o nível ótimo de generalidade, completude, assertividade, simplicidade e

²³¹ Neste trabalho, o termo “norma” será utilizado tanto para se referir a regras quanto a standards. Regras, assim como standards, são portanto aqui tratadas como espécies do gênero norma.

²³² Os propósitos de uma norma podem ser previstos separadamente dela, estando presentes, por exemplo, no preâmbulo de uma lei.

²³³ SUMMERS, Robert S. **Form and Function in a Legal System: a General Study**. Cambridge: Cambridge University Press, *op. cit.*, p. 143 e 147.

²³⁴ *Idem*, p. 143 e 147.

transparência²³⁵ que estas devem possuir para atingir os seus objetivos de modo eficaz, efetivo e eficiente. O processo e formulação de normas demanda, portanto, uma interação entre escolhas sobre o conteúdo propriamente dito das políticas e a forma pela qual este conteúdo será transmitido.²³⁶ Além disso, tais características formais cumprem outros objetivos tais como o de preservar valores e princípios jurídicos e políticos fundamentais.²³⁷ Deste modo, a generalidade das normas, por exemplo, satisfaz as necessidades de preservação da isonomia e equidade nas relações disciplinadas pelo direito.²³⁸

Tanto os elementos estruturais quanto as características essenciais das regras a seguir analisadas possuem caráter formal, já que não se confundem com o conteúdo das regras propriamente dito. No que diz respeito aos elementos da regra, por exemplo, Summers refere-se a estes metaforicamente como “espaços,” os quais devem ser preenchidos pelo conteúdo da regra, mas não se confundem com esta. Por exemplo, o elemento ou espaço correspondente à circunstância na qual uma norma deverá exigir a aposentadoria de trabalhadores pode tanto ser preenchida por um critério claro – e.g., aposentadoria aos 60 anos – quanto por um standard – e.g., encerramento de aptidão para o trabalho. Deste modo, o elemento circunstância da ação – de caráter formal e imutável – não se confunde com o conteúdo dessa circunstância – de caráter material.²³⁹

O argumento de Summers de que o aspecto formal das regras não se confunde com o seu conteúdo atribui, em essência, uma dignidade e uma autonomia ao direito em relação às políticas públicas por este disciplinadas. Summer contrapõem-se, portanto, àqueles que reduzem ou fundem os aspectos formais das regras ao conteúdo propriamente dito da política pública.²⁴⁰

Como já observado, regras e standards jurídicos distinguem-se sobretudo em relação ao grau de satisfação das características formais a seguir apresentadas. Desta forma, uma regra

²³⁵ Diver denomina de “nível ótimo de precisão das regras” a melhor combinação de escolhas das características. Cf. DIVER, Colin. *The Optimal Precision of Administrative Rules.*, *op. cit.*

²³⁶ SUMMERS, Robert S. **Form and Function in a Legal System: a General Study.**, *op. cit.*, 2006, p. 188.

²³⁷ Isso explica, inclusive, o fato de que algumas dessas características formais são expressamente reconhecidas por leis orgânicas ou estruturais de determinados sistemas jurídicos. Por outro lado, princípios e dogmas jurídicos reforçam a importância dessas características e favorecem o desenho de regras que incorporem estes atributos. No entanto, a necessidade de observância desses princípios e dogmas jurídicos pode exigir concessões e sacrifícios na formulação e implementação das regras. SUMMERS, Robert S. **Form and Function in a Legal System: a General Study.**, *op. cit.*, p. 181-188.

²³⁸ SUMMERS, Robert S. **Form and Function in a Legal System: a General Study.**, *op. cit.*, p. 138 e 162.

²³⁹ *Idem*, p. 143 e 147.

²⁴⁰ *Idem, Ibidem*, p. 179-181.

jurídica, ao contrário de um standard, destaca-se por seu alto nível de prescritividade, generalidade, completude, assertividade, transparência e simplicidade. Já um standard, como será visto adiante, apesar de comportar todas essas características, o faz em menor grau do que uma regra.²⁴¹

No que diz respeito à prescritividade, verifica-se que esta constitui a característica essencial das regras jurídicas. Nesse sentido, uma regra pode ser compreendida como “uma norma geral determinando ou guiando uma conduta ou uma ação em um determinado tipo de situação.”²⁴² Deste modo, regras jurídicas prescrevem uma conduta – a qual deverá ser exigida, proibida ou permitida – a um determinado grupo de indivíduos, em uma determinada circunstância. Para garantir que a ação prescrita seja observada, regras jurídicas normalmente prescrevem também as consequências da observância ou inobservância da conduta prescrita pelo ato normativo. Essas consequências, por sua vez, são implementadas por pessoas, órgãos ou instituições determinadas, os quais constituem o mecanismo de implementação das normas jurídicas. Summers observa que a prescritividade constitui uma característica essencial das regras jurídicas. Dado o seu caráter prescritivo, regras jurídicas limitam as possibilidades de ação dos destinatários da lei quando expostos às situações fáticas descritas pela norma. Deste modo, tendo em vista que uma regra jurídica possui natureza prescritiva, e não recomendatória, seus destinatários terminam por se tornar impedidos de utilizar critérios outros que não os nesta previstos para o enfrentamento da situação fática prevista na norma.²⁴³

As regras caracterizam-se também por possuírem uma dose, ainda que mínima, de generalidade.²⁴⁴ Deste modo, as regras endereçam-se a certas categorias de pessoas, para

²⁴¹ Esta é a razão pela qual certos autores preferem tratar regras e standards como sinônimos. Para estes autores, regras e standards são referidos apenas como “regras,” as quais variam entre si sobretudo quanto ao nível de assertividade. Exemplos de trabalhos que se referem indistintamente a regras e standards incluem DIVER, Colin. *The Optimal Precision of Administrative Rules*, *op. cit.*; MIERS, David; TWINING, William. **How to Do Things with Rules.**, *op. cit.*, p. 83; SUMMERS, Robert S. **Form and Function in a Legal System: a General Study.**, *op. cit.* Em outros trabalhos, no entanto, regras e standards são tratados distintamente, tais como: ERLICH, Isaac; POSNER, Richard A. *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, *op. cit.*, p. 258; JOWELL, Jeffrey. **Law and Bureaucracy: Administrative Discretion and the Limits of Legal Action**, *op. cit.* Por questões heurísticas, regras e standards são analisados neste trabalho separadamente.

²⁴² MIERS, David; TWINING, **How to Do Things with Rules.**, *op. cit.*, 2010, p. 80.

²⁴³ Esta conclusão vale sobretudo para regras de natureza administrativa e penal, tendo menor valor para as regras de direito civil, que normalmente possuem natureza dispositiva.

²⁴⁴ FULLER, Lon L. **The Morality of Law.** *op. cit.*, p. 46-49; HOOD, Christopher. **Administrative Analysis**, *op. cit.*, 1986, p. 20.

disciplinar certas categorias de comportamento, em certas categorias de circunstância.²⁴⁵ Este constitui, na verdade, o protótipo de uma regra jurídica geral, já que em muitos casos nem todos os componentes da regra jurídica acima indicados são igualmente dotados de generalidade. É comum, portanto, que uma regra não possua generalidade em um ou mais de um dos seus elementos. Tendo em vista que uma implicação da generalidade corresponde ao fato de que situações similares ou idênticas recebam o mesmo tratamento, a adoção de normas gerais, como já observado, contribui para a realização de valores e princípios gerais do sistema jurídico, como isonomia e equidade.

As regras jurídicas também se distinguem por sua completude ou compreensibilidade. O conceito de completude assemelha-se, em certa medida, com o significado de transitividade apresentado no capítulo anterior. Uma regra completa é aquela que apresenta todos os seus elementos estruturais, os quais variarão de acordo com o tipo de regra. Como já observado, as regras jurídicas mais comuns possuem em sua estrutura os elementos acima indicados, com destaque para três essenciais: ação prescrita, circunstância de incidência da ação e consequências da observância ou inobservância da ação. Deste modo, será considerada completa uma norma jurídica que estabeleça a regra de conduta que o mecanismo de implementação e os destinatários privados deverão observar para realizar os objetivos da política, bem como as condições e implicações de sua aplicação. Uma importante característica das regras consideradas completas diz respeito ao fato de que estas oferecem parâmetros, ainda que não tão precisos,²⁴⁶ para que seus destinatários possam direcionar sua ação. Obviamente, para que possam agir diante de regras completas, os destinatários frequentemente sentirão necessidade de interpretar estes parâmetros²⁴⁷ e/ou apurar fatos. No entanto, a atividade interpretativa não se confunde com a atividade de formulação de parâmetros, a qual supostamente deve preceder a primeira. Em regras incompletas, os critérios

²⁴⁵ Obviamente, leis que disciplinam situações individualizadas são perfeitamente aceitas pela maioria dos sistemas jurídicos, embora os comandos nelas previstos distingam-se das regras jurídicas na acepção aqui utilizada.

²⁴⁶ Nos casos em que os parâmetros para a ação são menos precisos, as regras jurídicas não são imediatamente aplicáveis, já que requerem uma atividade interpretativa mais expandida dos seus aplicadores, como ocorre por, exemplo, com os standards. As normas jurídicas baseadas em standards, no entanto, são consideradas completas sempre que a escolha por standards em detrimento de regras se revelar, dada a impossibilidade de construção de parâmetros mais precisos, inevitável. Este ponto será retomado mais adiante. Cf., nesse sentido, SUMMERS, Robert S. **Form and Function in a Legal System: a General Study**, *op. cit.*, p. 151-155 e 159.

²⁴⁷ Ainda que completa, uma regra normalmente exigirá do seu aplicador uma atividade interpretativa e, eventualmente, alguma apuração de fatos. Esta atividade interpretativa não se confunde, no entanto, com a atividade de criação de critérios primários de orientação da ação.

orientadores da ação restam por ser construídos por seus destinatários, afastando, portanto, a possibilidade de que estes possam direcionar seu comportamento exclusivamente com base em conteúdos normativos pré-determinados. Deste modo, diante de regras incompletas, os destinatários da lei não são providos de parâmetros sobre como deverão agir. Por fim, a completude das normas jurídicas também serve, assim como a prescritividade e a generalidade, à realização de valores e princípios fundamentais do sistema jurídico, tais como publicidade e eficiência.

As regras jurídicas caracterizam-se também pela assertividade – a qual abrange rigidez e especificidade - do seu conteúdo. A assertividade, inclusive, constitui uma das principais características a distinguir uma regra de um standard,²⁴⁸ já que a primeira possui caráter mais rívido e específico do que o último. Para que uma norma jurídica possa prescrever uma conduta, um mínimo de assertividade revela-se necessário.²⁴⁹ Além disso, um certo grau de assertividade torna-se necessário para que o formulador da regra possa priorizar os meios a serem empregados na realização dos fins da legislação. Do mesmo modo que a completude, a assertividade facilita o processo de interpretação e apuração de fatos por parte dos destinatários da norma, auxiliando-os a se comportarem em prol da realização dos objetivos da lei, já que os parâmetros para a ação ou decisão estão especificados na sua inteireza.²⁵⁰ Por fim, a assertividade também satisfaz princípios e valores do sistema jurídico, tais como publicidade e isonomia.

Clareza ou transparência também constituem características essenciais das regras jurídicas. Por regra transparente entende-se aquela que se vale de “palavras com significados bem-definidos e universalmente aceitos dentro da comunidade relevante.”²⁵¹ Como observa Summers, a avaliação da transparência das regras jurídicas é um fenômeno complexo que inclui a análise de diversos fatores tais como o uso apropriado de termos técnicos e leigos, a

²⁴⁸ SUMMERS, Robert S. **Form and Function in a Legal System: a General Study.**, *op. cit.*, p. 157. Observa-se, a esse respeito, que para certos autores apenas os comandos que possuem as características das regras jurídicas possuem validade jurídica. Para esta corrente de pensamento, uma norma para ser considerada jurídica deve atender a requisitos tais como o da generalidade, clareza, previsibilidade consistência, irretroatividade, coerência, dentro outros, os quais compõem o que Fuller denomina de “a moralidade do direito.” FULLER, Lon L. **The Morality of Law.** New Haven; London: Yale University Press, 1969.

²⁴⁹ Observa-se, no entanto, que do mesmo modo que a generalidade, a precisão pode se manifestar em alguns, porém não em todos, os elementos da regra.

²⁵⁰ Cf. DIVER, Colin. *The Optimal Precision of Administrative Rules.*, *op. cit.*, p. 66-67; FULLER, Lon L. **The Morality of Law.**, *op. cit.*, p. 63-65; HOOD, Christopher. **Administrative Analysis: an Introduction to Rules, Enforcement and Organizations.** New York: St. Martin’s Press, 1986, p. 21.

²⁵¹ DIVER, Colin. *The Optimal Precision of Administrative Rules.*, *op. cit.*, p. 67.

consistência na adoção de uma determinada terminologia, a concisão, simplicidade e precisão dos termos utilizados, a comunicação explícita – e não implícita – dos termos essenciais da regra etc. Assim como a assertividade, a transparência também constitui um critério diferenciador das regras e standards.

Por fim, a simplicidade ou acessibilidade²⁵² constitui outra importante característica de uma regra. Uma regra se torna acessível quando esta é facilmente compreendida por seus destinatários, facilitando, portanto, o processo decisório que precede sua aplicação. “Quanto mais simples a regra, mais fácil será para seus destinatários interpretarem-na e construir as fundamentações para a ação ou decisão prescrita e mais fácil será para outros, tais como administradores e não-administradores, para decidirem se os destinatários agiram do modo exigido pela regra.”²⁵³ Do mesmo modo que as características anteriores, a simplicidade pode estar presente apenas em parte dos elementos estruturais da regra. Além disso, ela pode estar ou não presente no modo como as diferentes partes da estrutura de uma regra articulam-se entre si.²⁵⁴ Summers observa ainda que fatores externos podem agregar complexidade a uma regra que no momento da sua edição parecia simples. As interpretações judiciais de uma regra aparentemente simples podem, nesse sentido, torná-la mais complexa.

Em resumo, o formulador de regras deve certificar-se de que suas escolhas permitem a construção de uma regra devidamente prescritiva, suficientemente completa, adequadamente assertiva, minimamente geral e transparente, e que possua a estrutura mais simples possível.

Obviamente, esta tarefa possivelmente não se revelará inteiramente viável, e em alguns casos falhará completamente. Regras são, por exemplo, frequentemente redigidas sem a devida assertividade, ou de modo não acessível para o seu público-alvo.²⁵⁵ Estas, bem como diversas outras possíveis falhas nos atributos constituintes das regras jurídicas, podem se dar por uma série de motivos. As regras podem, por exemplo, possuir conteúdo ambíguo porque

²⁵² Diver denomina de “acessíveis” as regras ou standards jurídicos que são facilmente compreendidas por seu público-alvo e que são implementadas pelos administradores sem excessiva dificuldade. Diver prefere utilizar o termo acessibilidade ao invés de simplicidade, já que normas de maior complexidade também podem revelar-se acessíveis a depender do perfil do público-alvo. DIVER, Colin. *The Optimal Precision of Administrative Rules.*, *op. cit.*, p. 67.

²⁵³ SUMMERS, Robert S. **Form and Function in a Legal System: a General Study.**, *op. cit.*, p. 168.

²⁵⁴ *Idem*, p. 168.

²⁵⁵ Esta é, inclusive, a razão pela qual certos autores consideram artificial a distinção entre regras e standards, tratando estes dois instrumentos indistintamente.

representam uma solução de compromisso entre interesses conflitantes.²⁵⁶ Estas podem, ainda, ser redigidas de modo vago ou demasiadamente complexo visando atender interesses particularísticos de pessoas que se beneficiam de modo oportunista destes desenhos.²⁵⁷ No entanto, é possível que uma regra possua baixos níveis de uma ou mais de suas características formais em razão da natureza do objeto ou finalidade da política pública. Neste último caso, a satisfação das características formais das regras revelar-se-á impossível, absurda ou impraticável.²⁵⁸

Observa-se, desta breve narrativa das limitações incidentes ao processo de construção de normas, que as razões que afastam a formulação de regras que possuam todas as características acima mencionadas possuem naturezas distintas. Torna-se imperioso identificar, portanto, os reais motivos pelos quais as regras deixam de serem formuladas em graus desejáveis²⁵⁹ de prescritividade, completude, assertividade, generalidade, transparência e simplicidade. A esse respeito, verifica-se que a satisfação plena das características formais das regras pode tanto revelar-se racionalmente impossível, absurda ou excessivamente custosa. Este contexto revela-se marcadamente distinto daquele em que a satisfação das características formais é perfeitamente possível, porém não desejável por parte ou pela totalidade de seus formuladores.

Nas situações em que não se torna possível, viável ou desejável a formulação de regras jurídicas que satisfaçam em acentuado nível as características formais acima especificadas, standards são normalmente adotados como alternativa. Deste modo, caberá ao legislador identificar as situações em que a política pública será melhor disciplinada por meio de uma regra ou de um standard. Para avaliar as potencialidades e as limitações das regras e standards para disciplinar o comportamento burocrático, cumpre inicialmente analisar em abstrato as vantagens e desvantagens destes instrumentos jurídicos para controlar a atividade

²⁵⁶ MIERS, David; TWINING, *How to Do Things with Rules.*, *op. cit.*, 2010, p. 87.

²⁵⁷ A esse respeito, Hood observa que regras de conteúdo impreciso demandam o auxílio de especialistas para que possam ser compreendidas e devidamente obedecidas, de modo que a redação de regras complexas e inacessíveis termina por satisfazer, muitas vezes de maneira intencional, o interesse daqueles que sabem operar nos intrincados meandros das leis. Além disso, as decisões administrativas embasadas em regras de conteúdo obscuro tornam-se demasiadamente difíceis de serem desafiadas, já que se torna praticamente impossível demonstrar a invalidade dessas decisões. HOOD, Christopher. *Administrative Analysis*, *op. cit.*, p. 24-25.

²⁵⁸ Considerações acerca da impossibilidade de produção de regras com alto nível de prescritividade, completude, generalidade, assertividade, transparência e simplicidade serão apresentadas mais adiante.

²⁵⁹ O grau desejável de satisfação das características formais de uma regra é variável e não necessariamente implica que todas as características formais se manifestem com a mesma intensidade.

administrativa na implementação de políticas públicas. Uma análise de tal sorte se baseará em postulados da Sociologia das Organizações e da Administração Pública. Estas ciências propõem modelos explicativos sobre o processo de tomada de decisão administrativas no âmbito das organizações administrativas, razão pela qual seus estudos serão considerados neste trabalho.

Observa-se, no entanto, que a análise das vantagens e desvantagens das regras jurídicas para afetar o comportamento administrativo deve ser realizada sob cautela. Como observa Jowell, quando abstratamente consideradas, regras jurídicas possuem méritos e deméritos, normalmente irreconciliáveis entre si.²⁶⁰ Além disso, as potencialidades e limitações abstratamente consideradas das regras poderão ou não se manifestar em situações concretas, razão pela qual estas, quando analisadas de modo abstrato, devem ser consideradas sob reservas.

2.3.2.1.2 Vantagens das Regras

Uma das vantagens atribuída à adoção de regras de conduta é a de que estas tendem a assegurar uma coerência entre objetivos legislativos e ação administrativa.²⁶¹ Como observado no item anterior, objetivos legislativos podem ser vagos ou imprecisos, ou podem alterar-se significativamente ao longo do tempo. Quando estes objetivos seguem desacompanhados de regras jurídicas, o seu conteúdo termina por ser completado, definido ou reformulado pelos administradores encarregados de implementar as políticas públicas. No entanto, os riscos de desvirtuamento dos objetivos legislativos torna-se maior quando estes não são aplicados conjuntamente com regras de conduta. Em face da ausência de regras de conduta, aumenta-se a probabilidade de arbitrariedade²⁶² das ações administrativas. “Regras são portanto instrumentos utilizados para eliminar alguns dos elementos refratários que causam distorção nos objetivos oficiais durante o curso do processo administrativo.”²⁶³ Em outras palavras,

²⁶⁰ JOWELL, Jeffrey. **Law and Bureaucracy: Administrative Discretion and the Limits of Legal Action**, *op cit.*, p. 21.

²⁶¹ Parafrazeia-se, aqui, as idéias apresentadas por Jowell para descrever esta vantagem das regras de conduta. *Idem*, p. 13-17.

²⁶² Jowell define como arbitrárias as decisões que não se relacionam de nenhum modo racional com os fins da política pública. *Idem, ibidem*, p. 14.

²⁶³ *Idem, ibidem*, p. 14.

regras jurídicas podem revelar-se estratégias eficazes para impedir, por meio do estabelecimento de critérios explícitos, que administradores atendam a interesses particularísticos no decorrer da implementação de uma política.²⁶⁴

Para evitar o desvio da atuação administrativa das finalidades legais, regras jurídicas podem assumir diversos formatos. Regras podem, por exemplo, proibir expressamente a adoção de critérios considerados impróprios ou particularísticos. Este é o caso, das regras previstas na Lei de Incentivo à Cultura anteriormente mencionada. A LNIC prevê expressamente que os produtos e serviços resultantes dos projetos culturais patrocinados não poderão ser destinados ou restritos a circuitos privados ou a coleções particulares.²⁶⁵ Do mesmo modo, esta lei veda expressamente ao Ministério da Cultura, e a qualquer outro órgão que este designar, a rejeição de projetos culturais com base em apreciação subjetiva quanto ao seu valor artístico ou cultural.²⁶⁶ Além de vedar expressamente determinadas condutas, regras podem estabelecer critérios objetivos para o processo de tomada de decisão, tal como ocorre com a Lei de Seguridade Social, que define com razoável nível de precisão a relação de segurados obrigatórios da Previdência Social. Deste modo, os administradores do serviço de previdência sabem previamente que deverão considerar como segurado-obrigatório, por exemplo, o trabalhador temporário “que presta serviço para atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços de outras empresas.”²⁶⁷ “Por fim, regras podem ser utilizadas para inibir a possibilidade de que decisões sejam tomadas com base em interpretações incorretas de objetivos oficiais.”²⁶⁸ Cumpre este papel, por exemplo, a regra anteriormente citada que estabelece como compulsória a matrícula “em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas portadoras de deficiência capazes de se integrarem no sistema regular de ensino.”²⁶⁹ Caso esta regra não tivesse sido prevista expressamente, possivelmente estabelecimentos de

²⁶⁴ Diver observa, no entanto, que em certas circunstâncias o recurso a regras jurídicas de conteúdo muito preciso pode acarretar um aumento, ao invés da diminuição, da discrepância entre os objetivos almejados e o resultado das políticas. Isso ocorre em razão da dificuldade dos legisladores de preverem os comportamentos que resultarão da aplicação de regras de conduto muito preciso, bem como de estabelecerem todos os fatos e circunstâncias que deverão ser disciplinados por essas regras. Cf. DIVER, Colin. *The Optimal Precision of Administrative Rules.*, *op. cit.*, p. 73.

²⁶⁵ Art. 2º, § 2º da LNIC.

²⁶⁶ Artigo 22 da LNIC.

²⁶⁷ Artigo 12, I, b da Lei nº 8.212, de 25 de julho de 1991.

²⁶⁸ JOWELL, Jeffrey. **Law and Bureaucracy: Administrative Discretion and the Limits of Legal Action**, *op cit.*, p. 16.

²⁶⁹ Art. 2º, I, f da Lei nº 7.853/89.

ensino recusar-se-iam a realizar matrículas com base na incorreta interpretação de que uma decisão de tal sorte seria condizente com o espírito da lei de conferir tratamento educacional especial a pessoas portadoras de deficiência.

As regras também constituem instrumentos adequados para priorizar objetivos conflitantes. Frequentemente, políticas públicas visam a atender diversos objetivos simultaneamente, os quais muitas vezes entram em conflito entre si. Deste modo, uma regra de conteúdo rígido e específico prioriza alguns destes objetivos em detrimento de outros, ao contrário de um standard, o qual permite que os seus destinatários priorizem²⁷⁰ os objetivos por si mesmos. Uma lei que discipline a segurança do trânsito nas estradas é um exemplo de norma que abrange interesses conflitantes.²⁷¹ Esta lei visa não só a garantir a segurança nas estradas, mas também garantir o fluxo do trânsito, bem como preservar o livre arbítrio dos motoristas. Deste modo, uma regra que proíba motoristas de dirigirem a uma velocidade superior a cento e vinte quilômetros por hora prioriza a eficiência do fluxo de trânsito e o livre arbítrio dos motoristas. Já um standard que porventura apenas determinasse que os motoristas devem dirigir “razoavelmente” não prioriza nenhum dos objetivos concorrentes acima mencionados.

Uma outra vantagem atribuída às regras de conduta é que estas facilitam o planejamento e uma execução mais eficiente da atividade administrativa. Regras permitem uma uniformidade das decisões administrativas o que, por sua vez, propicia uma economia de tempo e recursos despendidos no processo de implementação da política.²⁷² Como observa Summers, uma regra formulada de modo preciso permite que os seus destinatários identifiquem facilmente as situações que demandam o uso da regra. “Uma lei que é devidamente prescritiva, completa, precisa e geral (...) não é apenas mais eficiente; ela percebe os cidadãos e outros destinatários como pessoas autônomas e auto-direcionáveis, ao invés de

²⁷⁰ Observa-se, no entanto, que a priorização de objetivos comportada por uma regra não necessariamente garante o desenho de uma boa política. Isso ocorre sempre que a realização do objetivo contemplado pela regra comporta no total aniquilamento de outros objetivos concorrentes. Deste modo, uma regra que estabelecer um limite de velocidade muito baixo para a circulação em estradas, embora satisfaça o objetivo de segurança, poderá sacrificar de modo não razoável o fluxo do tráfego e o livre arbítrio dos motoristas. SUMMERS, Robert S. **Form and Function in a Legal System: a General Study.**, *op. cit.*, p. 204-205.

²⁷¹ Exemplo extraído de SUMMERS, Robert S. **Form and Function in a Legal System: a General Study.**, *op. cit.*, p. 192.

²⁷² JOWELL, Jeffrey. **Law and Bureaucracy: Administrative Discretion and the Limits of Legal Action**, *op. cit.*, p. 19; SUMMERS, Robert S. **Form and Function in a Legal System: a General Study.**, *op. cit.*, p. 161.

objetos a serem ordenados *ad hoc* por administradores.”²⁷³ Além disso, administrados tendem a obedecer regras com mais facilidade do que outros tipos de comandos jurídicos, tendo em vista que o conteúdo dos primeiros é acessível e de pleno conhecimento das partes afetadas pela política legislada.²⁷⁴ Deste modo, regras jurídicas são especialmente adequadas para as situações nas quais a implementação de uma política revela-se complexa e custosa.²⁷⁵

Regras jurídicas também podem servir de instrumento para “conservar a energia e proteger os administradores de tensões e pressões indevidas.”²⁷⁶ Como já observado, a solução subjacente a uma regra jurídica pode conflitar diretamente com soluções concorrentes de ordem moral, econômica ou social que também poderiam incidir sobre as circunstâncias fáticas disciplinadas pela regra. Em situações como esta, uma regra jurídica, dotada de categórica prescritividade, generalidade, completude e precisão afasta a incidência de soluções concorrentes. “Sem a prescritividade, os destinatários de uma ‘regra’ não poderiam invocá-la com o objetivo de afastar soluções conflitantes em suas ações ou decisões.”²⁷⁷ Deste modo, as regras jurídicas podem revelar-se instrumentos eficazes de insulamento dos burocratas de pressões externas.²⁷⁸ Além disso, Jowell observa que os administradores tendem a recorrer a padrões de tomada de decisão fixos. Isso ocorre porque estes possuem energia, capacidade intelectual e recursos limitados para redefinir os parâmetros sobre os quais basearão suas decisões em face de cada nova situação concreta.²⁷⁹ Deste modo, as regras jurídicas podem aliviar a tensão dos administradores de terem de decidir, em face da inexistência de uma orientação normativa, cada situação concreta de um modo diferente.

Por fim, regras jurídicas limitam a discricionariedade dos administradores por meio da sujeição da atividade administrativa ao escrutínio público. A esse respeito, Jowell observa de modo pertinente que a *accountability* proporcionada pela edição de regras jurídicas não necessariamente torna a atuação administrativa mais efetiva. No entanto, o autor ressalta o fato

²⁷³ SUMMERS, Robert S. **Form and Function in a Legal System: a General Study.**, *op. cit.*, p. 161.

²⁷⁴ JOWELL, Jeffrey. **Law and Bureaucracy: Administrative Discretion and the Limits of Legal Action**, *op. cit.*, p. 20; DIVER, Colin S. The Optimal Precision of Administrative Rules, *op. cit.*, 73; SUMMERS, Robert S. **Form and Function in a Legal System: a General Study.**, *op. cit.*, p. 156.

²⁷⁵ DIVER, Colin S. The Optimal Precision of Administrative Rules, *op. cit.*, 82.

²⁷⁶ JOWELL, Jeffrey. **Law and Bureaucracy: Administrative Discretion and the Limits of Legal Action**, *op. cit.*, p. 20.

²⁷⁷ SUMMERS, Robert S. **Form and Function in a Legal System: a General Study.**, *op. cit.*, p. 144.

²⁷⁸ JOWELL, Jeffrey. **Law and Bureaucracy: Administrative Discretion and the Limits of Legal Action**, *op. cit.*, p. 20-21.

²⁷⁹ *Idem*, p. 20.

de que a mera existência de regras “gera um espírito crítico, o qual proporciona um escrutínio tanto da integridade das regras da Administração quanto da qualidade propriamente dita das regras.”²⁸⁰

2.3.2.1.3 Desvantagens das Regras

Dada a necessidade de clareza do seu conteúdo, regras jurídicas frequentemente baseiam-se em classificações e categorizações que se revelam insatisfatoriamente ou excessivamente inclusivas. Quando as regras são formuladas de modo rígido e excessivamente inclusivo, estas terminam por disciplinar situações que mereceriam um tratamento excepcional.²⁸¹ Verifica-se, nestes casos, que a aplicação de regras em nada contribui para a realização dos objetivos da política. Este é o caso, por exemplo, de uma regra que proíba a presença de cachorros em espaços públicos de estabelecimentos comerciais com o objetivo de preservar os clientes de incomodações. Esta regra, no entanto, seria excessivamente inclusiva ao proibir, por exemplo, a presença nestes estabelecimentos de cachorros treinados para acompanhar pessoas cegas.²⁸² Um outro exemplo, recorrentemente citado, diz respeito a uma regra que proíba a entrada de veículos em parques públicos visando garantir a segurança destes espaços. Esta regra pode revela-ser excessivamente inclusiva quando incidir sobre veículos que em nada afetam a segurança dos parques, como, por exemplo, uma cadeira de rodas motorizada. Em outros casos, regras jurídicas deixam de prever circunstâncias sobre as quais estas deveriam ser aplicadas para uma adequada realização dos objetivos da política. Esta mesma regra pode, portanto, se mostrar insatisfatoriamente inclusiva, na medida em que outros objetos que não sejam veículos também podem interferir na segurança dos parques públicos. Esta dificuldade de precisão das normas, como já observado, pode tanto decorrer de situações oportunistas quanto de limitações inerentes ao próprio processo de formulação de regras. Como consequência dessas limitações, regras jurídicas podem induzir administradores,

²⁸⁰ JOWELL, Jeffrey. **Law and Bureaucracy**: Administrative Discretion and the Limits of Legal Action, *op cit.*, p. 18.

²⁸¹ É certo, no entanto, que algumas regras podem conferir poderes aos implementadores da lei para criarem exceções ou extensões para casos de inclusão excessiva ou insatisfatória.

²⁸² SUMMERS, Robert S. **Form and Function in a Legal System**: a General Study., *op. cit.*, p. 166.

ainda que bem intencionados, a aplicar comandos legais de modo legalista e mecanicista, afastando portanto suas decisões da realização dos objetivos da política.²⁸³

Regras jurídicas também podem provocar a rotineirização da atividade administrativa a qual, por sua vez, contribui para uma apatia dos administradores em relação aos problemas reais dos administrados.²⁸⁴ Além disso, a rotineirização da atividade administrativa permite que o administrador “esconda-se” por detrás da regra. Thomson atribui a este comportamento administrativo a denominação de “comportamento buropático,”²⁸⁵ quando a aplicação mecânica de regras serve apenas para satisfazer os interesses individuais dos administradores em detrimento da realização dos objetivos das políticas públicas.²⁸⁶

Em diversos casos, os efeitos perversos provocados pela adoção de regras podem ser eliminados com a reformulação ou a edição de novas regras mais adequadas para afetar o comportamento administrativo em prol da realização de uma política. Em outros, é possível que regras não sejam os instrumentos mais adequados para induzir um comportamento administrativo efetivo. Como observa Jowell, as regras jurídicas possuem uma natureza impessoal na medida em que são endereçadas a uma classe ou categoria de destinatários, e não a pessoas, casos e situações individuais.²⁸⁷ Para as políticas públicas que se baseiam no tratamento individualizado dos seus beneficiários, uma maior flexibilidade ao processo de tomada de decisão administrativa torna-se preferível ou necessária. Nestes casos, a Administração Pública pode tanto implementar regras jurídicas de modo seletivo e

²⁸³ Jowell observa, no entanto, que o próprio sistema jurídico pode valer-se de determinadas técnicas para mitigar a aplicação restritiva das regras jurídicas. O poder discricionário conferido a administradores para aplicar seletivamente as regras constitui uma dessas estratégias. JOWELL, Jeffrey. **Law and Bureaucracy: Administrative Discretion and the Limits of Legal Action**, *op cit.*, p. 23.

²⁸⁴ JOWELL, Jeffrey. **Law and Bureaucracy: Administrative Discretion and the Limits of Legal Action**, *op cit.*, p. 22.

²⁸⁵ THOMSON, Victor A. **Modern Organization**. 2. ed. Tuscaloosa; London: The University of Alabama Press, 1977, p. 168-177.

²⁸⁶ Como será visto no estudo de caso apresentado no terceiro e quarto capítulos, o comportamento buropático analisado por Thomson revela-se ainda mais problemático em face de procedimentos administrativos desvinculados de standards substantivos ou de outras estratégias que estimulem os administradores a agirem em prol da realização dos objetivos de uma política pública. Procedimentos administrativos tendem a induzir, portanto, mais comportamentos buropáticos na implementação de políticas públicas legisladas do que as regras jurídicas.

²⁸⁷ JOWELL, Jeffrey. **Law and Bureaucracy: Administrative Discretion and the Limits of Legal Action**, *op cit.*, p. 135.

individualizado – o que ocorre quando esta exerce poderes adjudicatórios²⁸⁸ – quanto pode abandonar por completo o recurso a comandos jurídicos de caráter abstrato e geral.

2.3.2.2 Standards

Assim como as regras, standards visam a orientar a ação administrativa em termos substantivos. Standards possuem a mesma estrutura formal das regras, bem como possuem características semelhantes, tais como prescritividade, generalidade e completude. No entanto, standards diferenciam-se das regras especialmente por possuírem um grau menor de assertividade.

Standards são instrumentos legislativos flexíveis, que resistem a mudanças ao longo do tempo²⁸⁹ e que tendem a mobilizar menores recursos financeiros e institucionais para serem formulados.²⁹⁰ Quando utilizados de modo isolado, standards conferem maior flexibilidade ao tomador da decisão administrativa. Além disso, embora os standards “não podem fornecer uma orientação firme em casos concretos eles ao menos sugerem a topografia do terreno para a ação requerida.”²⁹¹ No entanto, para que standards possam orientar de fato a ação administrativa, estes devem ser representados por termos e expressões que reflitam um consenso geral da comunidade política no qual estão inseridos.²⁹² Nos casos em que este consenso revela-se inexistente, standards deixam de ser articulados e as decisões administrativas terminam por refletir apenas as preferências e interesses dos

²⁸⁸ Uma estratégia alternativa à adoção sistemática de regras diz respeito à adoção de procedimentos administrativos adjudicatórios que permitam à Administração Pública decidir não só com base em regras, mas também, em standards e princípios, bem como confere aos administrados o direito de apresentar provas e argumentos que possam instruir o referido processo decisório. Para uma análise sobre as vantagens e desvantagens da atividade regulamentar e adjudicatória como instrumentos de realização de política pública aplicados ao contexto norte-americano, cf. SHAPIRO, D. L. The Choice of Rule Making or Adjudication in the Development of Agency Policy, **Harvard Law Review**, n. 78, 1965, p. 921-972; ROBINSON, Glen O. The Making of Administrative Policy: Another Look at Rulemaking and Adjudication and Administrative Procedure Reform, **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 118, n. 4, 1970, p. 485-539; MASHAW, Jerry L. Conflict and Compromise among Models of Administrative Justice, **Duke Law Journal**, vol. 1981, 1981, p. 181-212.

²⁸⁹ JOWELL, Jeffrey. **Law and Bureaucracy: Administrative Discretion and the Limits of Legal Action**, *op. cit.*, p.

²⁹⁰ DIVER, Colin. The Optimal Precision of Administrative Rules, *op. cit.*, 73.

²⁹¹ GOTTLIEB, Gidon. **The Logic of Choice: an investigation of the concepts of rule and rationality**. New York: the Macmillan Company, 1968, p. 42.

²⁹² Standards devem, portanto, possuir um mínimo de “transparência,” no sentido atribuído por Diver. DIVER, Colin. The Optimal Precision of Administrative Rules, *op. cit.*, 67.

administradores.²⁹³ Além disso, por não serem automaticamente aplicáveis, uma variedade de interpretações derivam da aplicação de standards em situações concretas. Algumas dessas interpretações, inclusive, podem revelar-se incongruentes com os objetivos das políticas públicas.²⁹⁴ Diver observa, ainda a esse respeito, que disputas decorrentes de eventuais divergências de interpretação podem acarretar um aumento dos custos da implementação de leis estritamente baseadas em standards.²⁹⁵ Em face de um standard que prevê, por exemplo, testes de razoabilidade para o processo de tomada de decisão administrativa, destinatários privados possuem maiores incentivos para desafiar as decisões tomadas pela Administração Pública. Ainda que estes destinatários não consigam reverter o resultado da decisão administrativa, suas ações implicarão no desvio de recursos e tempo da Administração para a apreciação da sua causa.

Para evitar ou minimizar este problema, uma estratégia possível é a de listar, ainda que de modo exemplificativo, critérios que visem a dar concretude aos standards legislativos. No exemplo acima citado, a legislação poderia elencar, em caráter não exaustivo, situações nas quais pessoas devem ser proibidas de pilotar aviões comerciais. Estes exemplos não esgotariam as possibilidades do administrador, mas ofereceriam parâmetros para que este possa aplicar em situações concretas o standard que proíbe a exposição da tripulação a riscos de acidente “não razoáveis.”²⁹⁶

No entanto, standards podem se mostrar insatisfatórios para direcionar e controlar o comportamento dos burocratas quando o processo de implementação da política pública exigir extensa descentralização ou desconcentração administrativa. Mecanismos de implementação altamente fragmentados, que envolvem um número extenso de pessoas interagindo de modo muitas vezes distante entre si, exigem coordenação centralizada e sistemas de comunicação eficientes, os quais pressupõe a adoção de comandos jurídicos claros e precisos.²⁹⁷ No que diz respeito ao controle da Administração Pública, observa-se que a ausência de comandos claros impacta negativamente o controle da performance da atividade administrativa. Sem a presença

²⁹³ JOWELL, Jeffrey. **Law and Bureaucracy**: Administrative Discretion and the Limits of Legal Action, *op cit.*, p. 136-137.

²⁹⁴ DIVER, Colin. The Optimal Precision of Administrative Rules, *op. cit.*, 73.

²⁹⁵ *Idem*, 74.

²⁹⁶ *Idem, ibidem*, 71.

²⁹⁷ *Idem, ibidem*, 90-91.

de regras ou standards claros, a análise de prestações de contas e a avaliação de desempenho de programas governamentais perde sua utilidade, tornando-se estritamente *pro forma*.²⁹⁸

Além disso standards tendem a tornar-se ineficazes quando uma legislação se vale de um número excessivo destes instrumentos legislativos. “Quanto mais standards e aspirações a estrutura de uma regra comportar, maior será a probabilidade de que estes standards ou aspirações conflitem um com o outro.”²⁹⁹ Deste modo, standards legislativos, quando muito numerosos, tendem a anular-se entre si, o que compromete todo o processo de implementação de uma lei.

2.3.2.3 Regras de Conduta *vis a vis* Standards

Como observado, regras e standards distinguem-se entre si em razão do grau de satisfação de suas características formais, com destaque para a assertividade. Nesse sentido, standards normalmente possuem todas as características atribuíveis às regras, porém em nível menor intensidade.

Como já observado, standards podem ser prescritos de forma isolada ou complementar às regras. No entanto, em situações em que a formulação de regras se revela impossível, absurda ou indesejável, standards terminam por serem prescritos de modo isolado. Como já observado, qualquer análise em abstrato que procure identificar quando a adoção de regras jurídicas ou de standards revela-se a melhor estratégia é limitada quanto ao seu alcance e utilidade. A escolha da melhor estratégia dependerá da avaliação de uma série de variáveis que dizem respeito não só ao objeto a ser regulado e ao público destinatário da política, mas também aos atores envolvidos na formulação de regras e aos administradores encarregados de formulá-las.

No entanto, observações gerais e abstratas sobre as potencialidades e limitações das regras e standards revelam-se ainda assim importantes porque fornecem ferramentas analíticas

²⁹⁸ Como já tive a oportunidade de observar, a ausência de regras e standards claros que orientem as atividades de monitoramento e controle dos resultados das atividades desempenhadas por entidades do terceiro setor que atuam em parceria com o Estado impulsiona os órgãos de controle, sobretudo o TCU e a CGU, a centralizarem suas atividades exclusivamente no controle procedimental-administrativo de dispêndio de recursos públicos. Deste modo, um controle voltado para resultados tem se revelado ineficaz em razão da ausência de critérios substantivos que lhe dêem fundamento e orientação. Cf. SALINAS, Natasha Schmitt Caccia., **Avaliação Legislativa no Brasil**. *op cit.*

²⁹⁹ HOOD, Christopher. **Administrative Analysis**, *op. cit.*, p. 32.

para a avaliação desses instrumentos legislativos em situações concretas. Deste modo, embora não se possa, por exemplo, determinar *a priori* e de modo resolutivo quais as matérias que devem ser disciplinadas por regras e quais as que devem ser endereçadas por standards, é possível, no entanto, identificar tendências de maior adaptabilidade de determinados assuntos a uma das duas mencionadas estratégias legislativas. Além disso, torna-se relevante também discutir a plausibilidade de eventuais técnicas que poderão ser utilizadas para o sopesamento e escolha de uma destas estratégias quando ambas revelarem-se positivas sobre alguns aspectos e negativas sobre outros.

A esse respeito, verifica-se que certos tipos de normas jurídicas – sobretudo as proibitivas – exigem um nível mais acentuado de prescritividade e assertividade. Neste exemplo enquadram-se, por exemplo, as normas penais, bem como as normas regulatórias em geral (tais como normas de trânsito, normas de combate à poluição etc.), as quais tenderão a realizar melhor suas finalidades se assumirem a forma de regras, e não de standards.³⁰⁰ Do mesmo modo, as normas jurídicas cuja implementação depende fortemente do autodirecionamento dos seus destinatários – tais como normas de segurança no trânsito, em lugares públicos, em ambiente de trabalho, – possivelmente realizarão melhor suas finalidades se forem redigidas sob a forma de regras, ao invés de standards. Tomando o exemplo mencionado da proibição de circulação de veículos em parques públicos, verifica-se que embora esta norma seja, ao mesmo tempo, excessiva e insatisfatoriamente inclusiva, uma regra alternativa que simplesmente estabelecesse que “é proibida a entrada no parque de objetos perigosos” seria muito pouco assertiva e portanto não serviria como base satisfatória para guiar a ação dos seus destinatários.³⁰¹ Observa-se que, nestes casos, os destinatários das regras constituem os principais agentes de implementação da política pública, o que não só justifica, mas também determina a formulação de regras ao invés de standards. Este fenômeno não ocorre, no entanto, com parcela significativa das normas de direito privado, cujo mecanismo primário de implementação é essencialmente composto pelo Poder Judiciário. Nestes casos, a norma jurídica somente é aplicada quando ocorre uma disputa e o Poder Judiciário é acionado. Para tornar este argumento mais claro, tome-se o exemplo de uma regra que preveja que a guarda de uma criança de pais em processo de divórcio deve ser atribuída de

³⁰⁰ SUMMERS, Robert S. **Form and Function in a Legal System**: a General Study., *op. cit.*, p. 145.

³⁰¹ *Idem*, p. 149.

modo que se assegurem “os melhores interesses da criança.” Caberá, deste modo, ao Poder Judiciário – e não à Administração Pública, tampouco aos pais da criança – conferir sentido ao standard “melhores interesses da criança.” Observa-se que neste caso torna-se muito difícil – se não impossível – prever previamente as circunstâncias nas quais os “melhores interesses da criança” serão satisfeitos. No entanto, ainda que recursos e esforços pudessem ser empreendidos para uma maior especificação deste standard, isto possivelmente não seria necessário tendo em vista que sua aplicação se dá apenas em situações pontuais, em decorrência do surgimento de um conflito.³⁰²

Como já observado, em situações nas quais uma norma reflete interesses marcadamente conflitantes, uma regra será mais adequada do que um standard para a realização de uma eficiente e democrática (sobretudo se a regra for formulada pelo Poder Legislativo) priorização desses objetivos.

No entanto, ainda que desejável, a formulação de regras jurídicas nem sempre revela-se viável. A satisfação plena das características formais das regras revela-se impraticável em circunstâncias nas quais a natureza do objeto ou da finalidade da política pública permite apenas baixos níveis de uma ou mais de suas características formais, com destaque para a assertividade. Nestes casos, as políticas públicas não podem ser determinadas com altos níveis de assertividade previamente ao momento de sua implementação, sob pena de produzirem regras com intoleráveis níveis de insatisfatória ou excessiva inclusividade.³⁰³ Este é o caso, por exemplo, do exemplo anteriormente citado de uma norma que determine a atribuição da guarda familiar de acordo com os melhores interesses da criança, bem como das normas que disciplinam a responsabilidade civil em diferentes contextos.³⁰⁴ Torna-se impossível prescrever de antemão todas as situações em que os melhores interesses da criança estariam satisfeitos, bem como as circunstâncias em que um médico age com negligência, imperícia ou imprudência. Nestes casos, os destinatários da lei (médicos e pais) não poderão autoadministrar a aplicação da norma do mesmo modo que motoristas o fazem diante de

³⁰² Este argumento reforça, inclusive, a defesa da adoção ampla de cláusulas gerais – ao invés de regras assertivas – no domínio do direito privado.

³⁰³ SUMMERS, Robert S. **Form and Function in a Legal System**: a General Study., *op. cit.*, p. 198.

³⁰⁴ *Idem*, p. 152.

regras de trânsito dotadas de maior rigidez e especificidade. Para a primeira situação, um menor nível de assertividade é tolerável “por necessidade.”³⁰⁵

Assumindo, no entanto, a possibilidade de que regras de conteúdo assertivo, ainda que a um custo significativo, possam ser elaboradas, a escolha do melhor arranjo legislativo – baseado em regras ou standards – dependerá da aplicação de metodologias que permitam comparar essas estratégias legislativas em face dos objetivos que estas deverão servir. A esse respeito, Diver observa que a decisão de se conferir maior ou menor flexibilidade às características formais das normas jurídicas não deve ser arbitrária, tampouco exclusivamente experimental.³⁰⁶ Critérios normativos e racionais devem guiar o processo de escolha das estratégias legislativas, ainda que na prática não se possa atingir uma racionalidade perfeita.³⁰⁷ Deste modo, o avaliador de atos normativos deve escolher o instrumento mais racional possível em função dos recursos e informações de que dispõe. A este caberá, diante de situações concretas, averiguar se instrumentos legislativos devem ser mais ou menos precisos ou mais ou menos flexíveis para que os objetivos da política pública possam ser efetivamente realizados.

Esta tarefa, no entanto, frequentemente demandará níveis sofisticados de análise por parte dos formuladores das normas. Observa-se, à título ilustrativo, o exemplo anteriormente citado envolvendo a regulação de transporte aéreo. Uma regra que estabeleça a aposentadoria compulsória dos pilotos de companhias aéreas aos sessenta anos, por ser transparente e de fácil implementação,³⁰⁸ acarreta custos menores do que os potencialmente gerados por standards³⁰⁹ para combater, e portanto prevenir, a desobediência à lei. Por outro lado, a regra dos 60 anos é excessivamente inclusiva, na medida em que determina que pessoas em perfeitas condições de pilotar aposentem-se prematuramente. No entanto, pesquisas podem indicar que a aplicação de um standard que, por exemplo, determine o não recrutamento de pilotos que ameacem a segurança dos vôos em níveis “não razoáveis” demandaria o uso de

³⁰⁵ SUMMERS, Robert S. **Form and Function in a Legal System: a General Study.**, *op. cit.*, p. 151-152, 159-160.

³⁰⁶ DIVER, Colin. *The Optimal Precision of Administrative Rules*, *op. cit.*, 97-98.

³⁰⁷ *Idem*, *op. cit.*, 98. Para a construção deste argumento, Diver inspira-se fortemente na idéia proposta por Simon de “racionalidade limitada”, a qual pressupõe que a racionalidade que governa o processo de tomada de decisões é condicionada pelas limitações de informações e de capacidade cognitiva do indivíduo decisor. Cf. SIMON, Herbert, **Administrative Behavior**, *op. cit.*

³⁰⁸ DIVER, Colin. *The Optimal Precision of Administrative Rules*, *op. cit.*, 67.

³⁰⁹ Diver pressupõe que um standard de aposentadoria discricionário acarretaria custos processuais significativamente maiores. DIVER, Colin. *The Optimal Precision of Administrative Rules*, *op. cit.*, 67.

testes físicos e psicotécnicos, os quais, dado o seu alto nível de sofisticação, podem se revelar ainda mais discriminatórios do que a regra dos 60 anos, dadas as altas expectativas de performance dos pilotos proporcionadas pelo avanço tecnológico. Deste modo, técnicas de avaliação física e psicológica sofisticadas podem acarretar, do mesmo modo que a regra dos 60 anos, a aposentadoria desnecessária de pilotos que não ameaçam a segurança dos vôos aéreos.

A esse respeito, Diver propõe que o formulador de normas jurídicas³¹⁰ compare os potenciais custos e benefícios acarretados pela adoção de standards isolados e de regras de conduta. Além disso, o autor propõe que a análise de eficiência dessas estratégias legislativas alternativas incida sobre quatro principais subcategorias: i. Probabilidade de Obediência; ii. Nível de Inclusividade do Público-Alvo à Norma; iii. Custos de formulação de regras e standards; Custos de Implementação.³¹¹ O modelo proposto por Diver, bem como por outros autores que aplicam postulados econômicos para a análise das instituições jurídicas, não se revela, obviamente, impassível de objeções. As críticas subjacentes a este modelo correspondem às críticas incidentes sobre a utilização da análise de custo-benefício para a formulação de políticas públicas em geral. Na análise de custo-benefício de instrumentos de políticas públicas, valores como igualdade, justiça e dignidade tendem a ser negligenciados. No entanto, os modelos que procuram aplicar critérios de eficiência para a escolha do formato de comandos legais possuem o mérito de estabelecer parâmetros para uma escolha racional de instrumentos legislativos substantivos.

Na mesma esteira, Summers também propõe critérios normativos para auxiliar na escolha entre regras e standards. Para Summers, uma análise de impacto da adoção de regras jurídicas deve ser contraposta à análise de impacto da utilização de standards. Deste modo, mesmo nos casos em que a adoção de regras jurídicas implicar inclusão excessiva e/ou insatisfatória, esta estratégia pode ainda assim se revelar a mais adequada quando, como no exemplo da aposentadoria dos pilotos acima mencionado, os resultados da avaliação do impacto de um standard indicarem que a sua adoção pode ser ainda menos insatisfatória para a realização dos objetivos de uma política.³¹² No entanto, Summers observa que a escolha da

³¹⁰ O modelo proposto por Diver visa a auxiliar tanto na formulação da legislação primária quanto da secundária. DIVER, Colin. *The Optimal Precision of Administrative Rules*, *op. cit.*

³¹¹ DIVER, Colin. *The Optimal Precision of Administrative Rules*, *op. cit.*, 73-74.

³¹² SUMMERS, Robert S. **Form and Function in a Legal System: a General Study.**, *op. cit.*, p. 193.

melhor estratégia legislativa não deve se dar apenas em razão dos objetivos da política pública que esta visa a disciplinar. Valores e princípios do sistema jurídico também devem ser levados em consideração neste processo. Para o autor, regras jurídicas tendem a satisfazer os valores e princípios gerais do direito de modo mais pleno. Princípios como isonomia, equidade e publicidade tendem a ser melhor satisfeitos por meio de regras ao invés de standards. “Em face de um standard pouco assertivo, é provável que casos similares sejam tratados mais discrepantemente do que em face de uma regra clara.”³¹³ A esse respeito, Summers é enfático no sentido de que as escolhas racionais de forma e conteúdo das normas jurídicas não devem ser apenas orientadas por critérios de eficácia, efetividade e eficiência das políticas públicas, mas também em razão da satisfação de valores e princípios caros ao ordenamento jurídico. Deste modo, o respeito a estes valores e princípios poderá, em certos casos, afastar a escolha da estratégia legislativa que supostamente realizaria os fins da política pública de modo mais eficiente.³¹⁴ No entanto, o próprio autor reconhece que o caráter prioritário da satisfação de princípios e valores jurídicos não é absoluta. Nas circunstâncias em que a satisfação destes interesses demandar um sacrifício extremo da eficiência das políticas, o formulador da norma deverá escolher a estratégia alternativa.³¹⁵

Cumprir observar, no entanto, que a escolha entre regras e standards, independentemente da técnica ou critério normativo empregado, é condição necessária, porém não suficiente, para o desenho de leis potencialmente efetivas. Após estabelecer racionalmente o grau de prescritividade, generalidade, completude, assertividade, transparência e simplicidade que a norma jurídica deverá comportar, o formulador da norma corre ainda assim o risco de basear-se em relações de causa e efeito inadequadas, de modo que a realização dos objetivos da política restarão comprometidos. Na formulação de uma norma de trânsito, por exemplo, o legislador tem de inicialmente definir o grau de assertividade do comando jurídico. Este tanto poderá construir uma norma baseada num standard – que estabeleça, por exemplo, que é proibido dirigir de modo não diligente, quanto poderá formular uma regra – que determine, por exemplo, uma determinada velocidade máxima permitida. Supondo que o legislador tenha optado pela última alternativa, caberá a este ainda definir a velocidade

³¹³ *Idem*, p. 194.

³¹⁴ Este argumento demonstra, inclusive, o fato de que as leis que disciplinam as políticas públicas possuem um *ethos* diferenciado das supostas políticas públicas não governadas ou governadas apenas parcialmente pelo direito.

³¹⁵ SUMMERS, Robert S. **Form and Function in a Legal System: a General Study.**, *op. cit.*, p. 198.

propriamente dita que será estabelecida como limite para trafegar em estradas. Assumindo que o objetivo da norma seja garantir a segurança do trânsito, caberá então ao legislador definir a velocidade-limite com base em informações e dados da realidade. Caso, porventura, o legislador estabeleça a velocidade-limite de 140 quilômetros por hora e, uma vez aplicada a regra, esta demonstre-se inefetiva para garantir a segurança nas estradas, ao invés de protetiva, verifica-se que o conteúdo da norma terminou por ser construído com base em relações de causa e efeito inadequadas. Cumpre observar que, neste caso, a inefetividade da regra não se deve ao seu desenho formal, mas sim ao conteúdo de política pública utilizado para atrelar-se a sua forma.

Deste modo, no desenho de qualquer norma jurídica, escolhas devem incidir tanto sobre a sua forma quanto sobre o seu conteúdo. Estas escolhas obviamente interagem entre si, sendo que a forma influencia o conteúdo e vice-versa. Esta distinção entre forma e conteúdo evidencia, inclusive, um *ethos* próprio do direito no desenho das políticas públicas. Ao contrário do que reza o senso comum entre aqueles que estudam as políticas públicas sob uma perspectiva não-jurídica, há um elemento propriamente jurídico nas leis que as disciplinam, o qual não pode ser ignorado quando estas forem desenhadas.

Sobre as interações entre forma e conteúdo no desenho das leis que versam sobre políticas públicas, Summers identifica quatro cenários:

- (1) Forma bem desenhada em todos os aspectos combinada com um bom conteúdo de uma política pública. (...)
- (2) Forma pobremente desenhada combinada com um conteúdo de uma política pública potencialmente bom, na medida do possível. (...)
- (3) Forma bem desenhada combinada com um conteúdo de uma política pública ruim.
- (4) Forma pobremente desenhada combinada com um conteúdo de uma política pública ruim.³¹⁶

Segundo Summers, os cenários 1 e 4 contribuem para que as normas jurídicas tornem-se, respectivamente, efetivas e inefetivas. Já no cenário 2, o fato de a norma jurídica ser pobremente desenhada pode contribuir para esta tornar-se inefetiva, ainda que o conteúdo da política pública seja potencialmente bom. Uma norma excessivamente deficiente em seus aspectos formais termina por guiar de forma equivocada, ou até mesmo não orientar, o comportamento dos seus destinatários. Por fim, no cenário 3, a norma jurídica servirá apenas

³¹⁶ SUMMERS, Robert S. **Form and Function in a Legal System: a General Study.**, *op. cit.*, p. 205.

como um instrumento de efetivação de uma política ruim. No entanto, este cenário revela-se ligeiramente melhor do que o 4 na medida que a norma jurídica, assumindo que esta possua o formato de uma regra, serve ao menos ao propósito, acima observado, de limitar a arbitrariedade do comportamento administrativo.³¹⁷

Observa-se, no entanto, que estes cenários apontam tendências, as quais podem não se confirmar na realidade, inclusive em razão da incidência de outros fatores. As escolhas sobre forma das normas jurídicas devem ser realizadas de modo coordenado não só com o seu conteúdo, mas também com as técnicas que serão utilizadas para a aplicação das leis durante o processo de implementação.

No entanto, ainda que a escolha sobre o desenho formal das regras jurídicas não seja condição suficiente para garantir a efetividade das políticas, esta revela-se no mínimo necessária. Curiosamente, no entanto, acadêmicos e formuladores de políticas públicas tendem a negligenciar este crucial aspecto durante o processo de desenho das normas. A discussão trava-se, portanto, apenas em torno do conteúdo das normas e não em relação às características formais das normas que abrigarão este conteúdo.³¹⁸

2.3.3 Instrumentos da Legislação Externa Intransitiva: procedimentos administrativos

Os legisladores, na tentativa de estruturar o comportamento administrativo para a satisfação dos objetivos legislativos, podem recorrer a duas estratégias alternativas: estes podem tanto antecipar no texto legal as questões fundamentais de uma política, quanto podem delegar aos administradores o poder para definir estas questões. A esse respeito, verifica-se que uma das características da legislação moderna é a de que nem sempre esta é caracterizada pela presença de normas transitivas. Frequentemente leis são editadas sem contemplarem regras e standards necessários tanto para guiar a conduta dos administrados quanto para orientar a atividade de implementação dos administradores.

As decisões administrativas tomadas em face de leis intransitivas, por sua vez, podem assumir formatos diversos: estas podem traduzir-se na edição de regras regulamentares, bem

³¹⁷ SUMMERS, Robert S. **Form and Function in a Legal System**: a General Study., *op. cit.*, p. 206.

³¹⁸ BALDWIN, Robert. Why Rules Don't Work. **The Modern Law Review**, vol. 53, n. 3, 1990, p. 334.

como em decisões diversas de natureza não-regulamentar, tais como licenças, contratos e atos administrativos em geral. Independentemente da forma que a decisão administrativa assumir, fato é que esta deverá ser precedida da observância de regras procedimentais³¹⁹ previamente definidas. Nenhuma decisão administrativa, portanto, seja esta discricionária ou vinculada, pode ser tomada à revelia da observância de um procedimento administrativo.³²⁰

A adoção generalizada de procedimentos administrativos visa a atender uma série de finalidades, tais como oferecer tratamento justo aos administrados, conferir legitimidade às decisões administrativas, limitar a discricionariedade administrativa, proteger os cidadãos contra ações administrativas arbitrárias em momento anterior à consumação das decisões que os fundamentam, dentre outras.³²¹

Para os propósitos deste trabalho, cumpre especialmente analisar uma finalidade que também é atribuída aos procedimentos administrativos, que se distingue das mencionadas acima, a qual corresponde ao controle e aperfeiçoamento da performance administrativa na implementação de políticas públicas. Embora esta função do processo administrativo seja

³¹⁹ Como observado na introdução a este trabalho, adota-se aqui o termo “procedimento” administrativo ao invés da expressão “processo.” Prefere-se esta expressão porque “procedimento” sugere a idéia de rito, o qual seria “juridicamente neutro, mais ligado à ciência da administração, que não evoca as idéias generosas de proteção do indivíduo contidas no processo, apenas acentua que todo administrador segue um itinerário para a tomada de decisões.” Cf. SUNFELD, Carlos Ari. *A Importância do Procedimento Administrativo*, *op. cit.*, p. 70. Cf também FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo: Prazos e Preclusões*. In: MUNÓZ, Guillermo Andrés; SUNDFELD, Carlos Ari (Orgs.). **As Leis de Processo Administrativo**: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 290-292.

³²⁰ A exigência de que procedimentos administrativos formais devem preceder de modo generalizado a tomada de decisão administrativa foi incorporada apenas recentemente ao ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação de leis de processo administrativo estaduais e federais no final da década de 90. A elevação do procedimento administrativo a uma disciplina de estudo e a um dever da Administração se deu tardiamente no Brasil. Antes da edição das leis de processo administrativo mencionadas, o regime jurídico do controle das decisões administrativas se dava precipuamente a *posteriori*. Como observa Sundfeld, a atividade administrativa era percebida “como uma atividade livre em seu itinerário e regulada em seu resultado.” SUNFELD, Carlos Ari. *A Importância do Procedimento Administrativo*, *op. cit.*, p. 70. Para uma breve narrativa histórica do processo de elaboração das leis de processo administrativo federal e estadual (paulista), cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo e Procedimento Administrativo no Brasil*. In: MUNÓZ, Guillermo Andrés; SUNDFELD, Carlos Ari (Orgs.). **As Leis de Processo Administrativo**: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 17-36. Para uma explicação histórico-cultural acerca do surgimento tardio das leis de processo administrativo no Brasil, Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo Administrativo: um debate sobre o problema de sua conceituação e classificação*, *op. cit.*, p. 189-210.

³²¹ Para uma análise sucinta, porém abrangente das principais funções exercidas pelo processo administrativo, cf. MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 65-74. Para a autora, procedimentos administrativos servem para atender às seguintes finalidades: garantia de direitos individuais, melhoria do conteúdo das decisões administrativas, legitimação do poder, correto desempenho da função administrativa, justiça na Administração, aproximação entre a Administração e os cidadãos, sistematização de atuações administrativas, controle da Administração, bem como aplicação dos princípios e regras comuns da atividade administrativa.

aventada pelos doutrinadores brasileiros,³²² este assunto segue sendo pouco discutido no Brasil. De uma certa forma, juristas preferem atrelar-se a um discurso normativo do direito administrativo, em geral associado à proteção dos direitos dos administrados, em detrimento de uma narrativa mais instrumental que perceba as instituições jurídicas, tais como o processo administrativo, como ferramentas que possam ser utilizadas para controlar a ação administrativa no que diz respeito aos resultados das políticas públicas. Ocorre, no entanto, que “não é preciso investigar o comportamento institucional em nenhum nível de detalhe para suspeitar que o discurso normativo do processo administrativo é inadequado para as tarefas de controle político e jurídico as quais supostamente seriam o seu propósito.”³²³

Nos Estados Unidos, discute-se intensamente o papel dos procedimentos administrativos como instrumentos estratégicos de controle político da Administração.³²⁴ Analisa-se, desta maneira, se procedimentos administrativos afetam o comportamento dos administradores, e, por conseguinte, o resultado das políticas de acordo com os objetivos traçados pelos legisladores e pelo Presidente da República. Observa-se, a esse respeito, que a assimetria de informação entre atores políticos e administradores é uma razão que por si só justifica, e supostamente impulsiona, a adoção dessa estratégia. Nessa perspectiva, diante da falta de expertise, capacidade, ou ambiente político favorável para o estabelecimento de regras ou standards em uma lei, legisladores podem se valer da estratégia pela qual delegarão poder decisório para os administradores sem perder, no entanto, o controle sobre sua atividade.

Importante observar, no entanto, que a tese de que procedimentos administrativos afetam o resultado das políticas em favor dos atores políticos que os desenharam carece de confirmação empírica e portanto, é duramente criticada por alguns acadêmicos americanos. No entanto, ainda que os legisladores americanos não logrem êxito em controlar o

³²² Medauar, por exemplo, ressalta a importância dos procedimentos administrativos para a melhoria do conteúdo das decisões administrativas, bem como o correto desempenho da função administrativa. MEDAUAR, Odette. **A Processualidade no Direito Administrativo.**, *op. cit.*, p. 68-70. Sundfeld, em seus diversos artigos sobre processo administrativo já citados, também ressalta o papel deste instituto para controlar o processo de tomada de decisões da Administração Pública.

³²³ MASHAW, Jerry. **Greed, Chaos & Governance**, *op. cit.*, p. 109.

³²⁴ Os cientistas políticos americanos Matthew D. McCubbins, Roger G. Noll e Barry R. Weingast, também conhecidos como “McNollGast”, assumem destaque na literatura americana que enfatiza o papel dos procedimentos administrativos como instrumentos de controle político. Para McNollGast, a adoção de procedimentos administrativos visa a solucionar o problema de assimetria de informação entre políticos e administradores. Cf. MCCUBBINS, Matthew D.; NOLL, Roger G.; WEINGAST, Barry R. Administrative Procedures as Instruments of Political Control. **Journal of Law, Economics & Organization**, vol. 3, 1987, p. 243-277.

comportamento burocrático, no sentido acima especificado, por meio de procedimentos administrativos, fato é que estes fazem extensivo uso de normas procedimentais com este propósito. Como observado no capítulo anterior, um significativo número de leis americanas são elaboradas atualmente de modo predominantemente intransitivo, conferindo discricionariedade à Administração para a tomada de decisões, as quais poderão ou não pressupor o estabelecimento de regras e standards necessários à implementação de uma política. Isso não conduz, no entanto, a uma diminuição do número de proposições legislativas ou a uma simplificação dos textos legais. Ao contrário, atores políticos disputam cada palavra que será utilizada para descrever o desenho das normas internas e procedimentais a serem impostas aos órgãos implementadores das políticas. Estas normas procedimentais, por sua vez, são formuladas em um nível de detalhe que muito ultrapassa as exigências normativas de que procedimentos administrativos sejam conduzidos de modo justo e em conformidade com valores e princípios caros aos sistema jurídico, tais como isonomia, publicidade, moralidade, dentre outros. Como resultado deste processo, as leis nos Estados Unidos variam enormemente entre si no tocante às regras estruturais e procedimentais que deverão ser observadas no processo de implementação das políticas.

No Brasil, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, a adoção de procedimentos administrativos como estratégia de controle político da Administração não se dá de forma tão deliberada.³²⁵ No caso brasileiro, o controle presidencial da agenda legislativa, a falta de expertise e especialização legislativa, a ausência de capacidade burocrática e adoção de continuadas práticas clientelistas entre partidos políticos e burocratas conduzem a uma formulação de procedimentos administrativos vagos e genéricos. Além disso, o desenho legislativo dos procedimentos administrativos nas leis brasileiras sobre políticas públicas reflete o idealismo da cultura jurídica dominante,³²⁶ que privilegia o papel das normas procedimentais para conferir legitimidade às ações dos administradores e para oferecer

³²⁵ Diversos fatores afetam os incentivos e a habilidade dos atores políticos de desenhar estratégias legislativas que permitam controlar o comportamento burocrático. Para importante estudo que analisa estes fatores em uma perspectiva comparada, cf. HUBER, John D.; SHIPAN, Charles R. **Deliberate Discretion?: The Institutional Foundations of Bureaucratic Autonomy**. *op. cit.* Como já visto, nesta obra os autores observam que o contexto político-institucional de um Estado pode inviabilizar o uso estratégico da discricionariedade administrativa como instrumento deliberado de realização dos objetivos de uma política pública.

³²⁶ Com esta afirmação não se quer dizer que posições idealistas não sejam importantes e que não possam provocar transformações positivas na atuação da Administração Pública. No entanto, enfatiza-se que a ênfase no controle da Administração para a proteção de garantias e direitos civis é condição necessária, porém insuficiente para o aprimoramento da performance administrativa na implementação de políticas públicas.

tratamento justo aos administrados em detrimento de uma análise mais funcionalista que procure averiguar a capacidade destes instrumentos para controlar e aprimorar a performance da Administração Pública.³²⁷

Tendo em vista que os procedimentos administrativos são formulados de modo idealizado e não estratégico, estes tendem a ser utilizados no ordenamento jurídico brasileiro transversalmente. Deste modo, procedimentos administrativos assumem uma fórmula genérica, frequentemente vaga, a qual é reproduzida indistintamente em leis que tratam de políticas públicas que guardam pouca ou nenhuma relação entre si. Como será melhor demonstrado nos capítulos seguintes, a generalidade dos procedimentos administrativos constitui a regra, e não a exceção, das políticas públicas legisladas no Brasil.³²⁸ Observa-se, a esse respeito, que as leis gerais de processo administrativo editadas recentemente, embora fundamentais para oferecer parâmetros mínimos comuns aos procedimentos administrativos subjacentes a toda e qualquer decisão administrativa,³²⁹ possuem alcance limitado já que os seus dispositivos possuem o caráter genérico-transversal acima assinalado. Isso, obviamente, não poderia se dar de modo diverso, tendo em vista que, descoladas das políticas públicas a que devem servir, as normas procedimentais não podem ser formuladas senão apenas em caráter genérico. No entanto, mesmo as leis especiais que dispõem sobre procedimentos administrativos determinados, cujas disciplinas não foram modificadas pelas leis gerais de processo administrativo, geralmente também possuem um caráter genérico-transversal. Observa-se, por exemplo, que os procedimentos necessários à emissão de licenças ambientais, determinados em nível regulamentar pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente, são aplicados indistintamente para uma série de objetos regulatórios marcadamente diversos. Do mesmo modo, procedimentos de licitação são aplicados de forma incrivelmente uniforme não

³²⁷ Richard Stewart analisa em grande extensão e profundidade esta visão, a que Jerry Mashaw chama de “idealizada” do direito administrativo, diante da qual procedimentos administrativos constituiriam instrumentos de proteção dos administrados contra abusos e arbitrariedades cometidos por administradores. Cf. STEWART, Richard B. *The Reformation of Administrative Law*, **Harvard Law Review**, vol. 88, 1975, p. 1669-1813; MASHAW, Jerry. **Greed, Chaos & Governance: using public choice to improve public law**. New Haven; London: Yale University Press, 1997, p. 111-118.

³²⁸ A Política Nacional do Meio Ambiente segue este exemplo. Ver-se-á nos capítulos terceiro e quarto que os procedimentos envolvidos na edição de licenças ambientais são normalmente descolados de critérios substantivos e são surpreendentemente uniformes, independentemente da natureza do objeto que regulam.

³²⁹ Ari Sundfeld observa que a Lei Paulista de Processo Administrativo, do qual foi autor, foi importante para instituir um regime jurídico universal para questões jurídicas que merecem um tratamento uniforme independentemente das atividades que a Administração venha a desempenhar. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo e Procedimento Administrativo no Brasil*, *op. cit.*, p. 25.

obstante serem infundáveis os tipos de contratação de bens e serviços públicos à disposição da Administração.

A esse respeito, Gellhorn e Robinson observam:

[e]m certo nível de generalidade o estudo dos procedimentos administrativos³³⁰ pode ter alguma utilidade independentemente do contexto de um direito substantivo específico, assim como o processo civil pode ser examinado independentemente de contratos, responsabilidade civil, ou outros contextos de direito substantivo para os quais pode servir. Questiona-se, no entanto, até que ponto vale a pena proceder deste modo, tendo em vista que a maior parte do processo administrativo – ao contrário do processo judicial – está intimamente conectado com o direito substantivo de funções administrativas específicas.³³¹

Desta forma, as leis especiais de procedimento administrativo também possuem alcance limitado quando não se adaptam às políticas públicas na medida em que prevêm normas procedimentais de modo totalmente desacompanhado de regras e standards de caráter substantivo.³³²

2.3.4 Instrumentos de Legislação Interna

Como observado no capítulo anterior, normas internas diferenciam-se das externas por voltarem-se exclusivamente ao mecanismo de implementação das políticas públicas. Enquanto as normas externas prescrevem os comportamentos que deverão ser exigidos dos administrados, as normas internas ou de decisão³³³ estabelecem, por exemplo, o modo como

³³⁰ Observa-se que o termo procedimento administrativo é utilizado pelos autores de forma bastante ampla, abrangendo qualquer regra ou procedimento incidente sobre a criação, exercício e revisão da atividade administrativa.

³³¹ GELLHORN, Ernest; ROBINSON, Glen. *Perspectives on Administrative Law*, *op. cit.*, p. 786.

³³² A esse respeito, vale observar que embora as leis americanas estejam repletas de normas procedimentais, estas normalmente são formuladas em conjunto com critérios substantivos. Como observado no capítulo anterior, Huber e Shipan identificaram, por meio do seu estudo empírico, que procedimentos administrativos são raramente previstos de modo isolados nas leis que versam sobre políticas públicas, ao contrário do que ocorre no Brasil. HUBER, John D.; SHIPAN, Charles R. **Deliberate Discretion?: The Institutional Foundations of Bureaucratic Autonomy**. *op. cit.*, p. 61.

³³³ Dan-Cohen denomina as normas externas e as internas, respectivamente, de normas de conduta e normas de decisão. As normas de decisão, as quais poderão estar previstas separada ou conjuntamente das normas de conduta, são aquelas endereçadas somente aos administradores encarregados de implementar as políticas públicas legisladas. Para Dan-Cohen, a distinção entre normas de conduta e normas de decisão revela-se importante para evidenciar a complexidade da interação entre esses dois tipos de normas. Cf. DAN-COHEN, Meir. *Decision*

estas condutas normativas serão exigidas pelos administradores que compõem o mecanismo de implementação da lei.

Observa-se, no entanto, que as normas internas não prescrevem apenas comportamentos a serem seguidos por administradores, mas também disciplinam a organização e funcionamento interno do órgão implementador necessários para que este desempenhe corretamente suas funções. Deste modo, normas internas disciplinam, por exemplo, os seguintes aspectos de um órgão implementador: (i) sistema de comunicação interna; (ii) mecanismo de coleta de informação e produção de conhecimento; (iii) hierarquia formal e informal da organização; (iv) sistema de alocação de recursos orçamentários; (v) missão institucional; (vi) métodos de inovação; (vii) separação interna de competências; (viii) tamanho, métodos tecnológicos e funções sociais da organização; (ix) métodos para interagir com o ambiente exterior; (x) administração de pessoal.³³⁴

Rubin observa que uma das normas mais básicas da legislação interna é aquela que consiste em identificar a identidade e o caráter do mecanismo de implementação.³³⁵ O legislador deve, nesse sentido, determinar se criará um órgão implementador novo ou se reformulará um já existente. Em caso de aproveitamento de um órgão já existente, o legislador deverá decidir se especificará as alterações estruturais pelas quais a antiga organização deverá se submeter ou se conferirá a seus dirigentes discricionariedade para empreender tais transformações em face das novas responsabilidades assumidas.³³⁶ Decisões de tal sorte, como observa o autor, revelam-se de suma importância, já que a efetividade da implementação de regras e standards, ainda que bem formulados, depende inegavelmente da capacidade de ação do órgão implementador.

Como visto, nos Estados Unidos, onde o Poder Legislativo disputa acirradamente com o Presidente da República o controle da Administração, as leis tendem a ser excessivamente detalhadas no tocante às regras de funcionamento e organização dos órgãos implementadores. No entanto, os desenhos legislativos dos mecanismos de implementação

Rules and Conduct Rules: on acoustic separation in criminal law. **Harvard Law Review**, vol. 97, n. 3, 1984, p. 626-630.

³³⁴ Estas dez dimensões internas dos mecanismos de implementação, sugeridas por Downs, são exemplificativas, e não exaustivas. Cf. DOWNS, Anthony. **Inside Bureaucracy**. Boston: Little, Brown and Company, 1966, p. 43-44.

³³⁵ RUBIN, Edward L., *Law and Legislation in the Administrative State*, *op. cit.*, p. 418.

³³⁶ *Idem*, p. 419.

derivados do processo legislativo americano tendem a não ser elaborados de modo racional. Dada a generalizada crença de que decisões sobre a estrutura interna da Administração afetam positiva ou negativamente o resultado das políticas públicas,³³⁷ atores políticos terminam por se digladiar para definir os mínimos detalhes da estruturação do mecanismo de implementação.

No Brasil, em contrapartida, a estruturação da organização e funcionamento dos mecanismos de implementação tendem a ser mais vagas e fluidas em decorrência de vários fatores, incluindo o controle presidencial da agenda legislativa, a falta de expertise e especialização legislativa, ausência de capacidade burocrática, adoção de continuadas práticas clientelistas entre partidos políticos e burocratas, bem como cultura jurídica vigente. Além disso, o caráter vago e genérico da legislação interna decorre também da crença generalizada de que questões estruturais e organizacionais da Administração Pública devem ser definidas pelo poder executivo, e não pelo Poder Legislativo.³³⁸ Deste modo, decisões fundamentais de estrutura e organização administrativa são frequentemente delegadas aos órgãos implementadores, os quais se encarregam de disciplinar estas questões por meio da edição de normas internas de caráter infralegal.³³⁹

Cumprir observar, no entanto, que atores políticos brasileiros buscam intervir, ainda que de forma modesta, na organização e estrutura dos órgãos implementadores de políticas públicas por meio de iniciativas legislativas de caráter genérico-transversais. Isso tem ocorrido sobretudo por meio dos instrumentos legais que disciplinam as denominadas “reformas administrativas.” À título exemplificativo, o Decreto-lei n. 200/67, principal ato legislativo da denominada “reforma administrativa de 1967,”³⁴⁰ forneceu, por exemplo, instrumentos para a descentralização das atividades administrativas – tanto no âmbito interno dos órgãos

³³⁷ Cf., nesse sentido, MOE, Terry. *The Politics of Bureaucratic Structure.*, *op. cit.*; McCUBBINS, Mathew D; NOLL, Roger G; WEINGAST, Barry R. *Structure and Process, Politics and Policy: Administrative Arrangements and the Political Control of Agencies*, **Virginia Law Review**, vol. 75, n. 2, 1989, p. 431-482.

³³⁸ Hélio Beltrão, um dos autores da reforma administrativa de 1967, já defendia que questões estruturais da Administração fossem assunto da alçada do poder executivo, e não do Poder Legislativo. Cf. BELTRÃO, Hélio. *Reforma administrativa federal*. Palestra proferida em 14 de julho de 1965. In: **Reforma administrativa**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1968, p. 51.

³³⁹ Observa-se, a esse respeito, que a discussão atual em torno da constitucionalidade da atribuição de poder regulamentar autônomo ao presidente da república para dispor sobre a estrutura e organização da Administração Pública revela-se totalmente descolada da realidade, já que na prática os órgãos administrativos, em face de instrumentos legislativos altamente vagos, exercem extensivos poderes de autoorganização e autogestão.

³⁴⁰ A expressão reforma administrativa de 1967 foi adotada pelos próprios autores do Decreto-lei n. 200/67. Cf. DIAS, José de Nazaré Teixeira. **A reforma administrativa de 1967**. 2. ed. Cadernos de Administração Pública, n. 73. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1969.

administrativos, quanto da União para os estados federativos, bem como da União para entes privados. Além disso, o Decreto-lei n. 200/67 estabeleceu estratégias de coordenação das atividades-meio da Administração, tais como a atividade de elaboração do orçamento público federal, instituiu processos de programação orçamentária, bem como aprimorou sistemas de controle interno e externo da Administração Pública.³⁴¹

Não se nega, aqui, a importância de normas de caráter genérico-transversal, tais como as instituídas pelo Decreto-lei n. 200/67, para o aprimoramento da ação administrativa. Observa-se, nesse sentido, que boa parte dos arranjos institucionais introduzidos pelo Decreto-lei nº 200/67 são hoje considerados indispensáveis para a organização e funcionamento da Administração Pública. No entanto, cumpre observar que normas internas de caráter genérico-transversal possuem um alcance limitado, na medida que estas, do mesmo modo que as normas de processo administrativo analisadas no item anterior, são aplicadas indistintamente a contextos muito diversos. Para que normas internas sejam efetivas, estas devem ser elaboradas de modo conectado ao conteúdo material da política pública a que devem servir. Além disso, como será melhor explicitado no item seguinte, o desenho das normas internas deve levar em consideração as características e contingências do mecanismo de implementação a ser disciplinado. Deste modo, as normas internas devem ser elaboradas em conformidade com os recursos materiais e humanos disponíveis do órgão encarregado de implementar a política, sob pena de esta tornar-se inteiramente inefetiva.

Dentre os tipos de normas internas acima explicitadas, aquelas que disciplinam os métodos pelos quais os administradores interagirão com o mundo exterior para a aplicação de leis que versam sobre políticas públicas revelam-se de suma importância. A análise dessas estratégias será apresentada a seguir.

³⁴¹ Para uma análise das mudanças institucionais introduzidas pelo Decreto-lei n. 200/67, com destaque para os posicionamentos dos autores envolvidos no processo de construção deste ato legislativo, cf. SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Reforma Administrativa de 1967: A Reconciliação do Legal com o Real. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia (Orgs). **Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro: de 1930 aos Dias Atuais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 453-482.

2.3.4.1 *Enforcement*³⁴² da Legislação Transitiva

Como já observado, uma norma jurídica, ainda que seja idealmente formulada no que diz respeito a sua forma e conteúdo, pode não se revelar efetiva por motivos outros que não dizem respeito ao seu desenho institucional. Por mais bem formulados que sejam o comportamento prescrito na norma e a sanção decorrente da sua observância ou descumprimento, estes comandos, para tornarem-se eficazes, devem ser compreendidos e aceitos por seus destinatários. Deste modo, para ser efetiva, não basta que a norma jurídica seja racionalmente formulada. Esta deverá ainda ser disseminada, compreendida e aplicada por seus destinatários.

Embora a formulação e aplicação das normas correspondam a processos distintos, estas atividades estão intimamente relacionadas e influenciam-se reciprocamente. À primeira vista, o estudo das técnicas de *enforcement* parece ser um assunto apenas de interesse dos estudiosos da ciência da administração. No entanto, este guarda uma grande interface com o Direito. Por um lado, o desenho das normas termina por afetar o seu processo de implementação. Normas transparentes e acessíveis, por exemplo, são facilmente compreendidas e processadas por seus destinatários, o que tende a afetar positivamente o seu processo de aplicação. Por outro lado, como será melhor explorado adiante, as normas jurídicas tendem a fracassar se os seus formuladores não levarem em consideração as limitações e potencialidades do processo de implementação.³⁴³ Como observa Baldwin, “para compreender as limitações das normas (...) é necessário analisar as estratégias regulatórias utilizadas por implementadores e considerar o efeito da escolha da norma ou do tipo de norma no ambiente da implementação.”³⁴⁴

³⁴² A expressão inglesa *enforcement* refere-se à mobilização de pessoas e recursos para garantir que as consequências relacionadas ao cumprimento ou descumprimento de uma ação prescrita na norma jurídica sejam realizadas. Em português, inexistente um consenso acerca do melhor termo para designar aquilo que se entende por *enforcement* em inglês, sendo que as expressões mais usuais constituem “aplicação da lei” e “implementação da lei.” Neste trabalho, *enforcement*, aplicação da lei e implementação da lei serão usados como sinônimos.

³⁴³ Blankenbourg observa, a esse respeito, que a antecipação de estratégias de implementação é um fato de permeia o processo de formulação das normas, fato este ainda mais acentuado quando o Poder Executivo participa ativamente do processo de formulação das leis. Neste caso, atores responsáveis pelo processo de implementação influenciam a escolha dos objetivos e instrumentos legislativos. Cf. BLANKENBOURG, Erhard. *The Waning of Legality in the Concept of Policy Implementation*, *op. cit.*, p. 489-490.

³⁴⁴ Para Baldwin, a antecipação de estratégias de implementação no processo de formulação das regras é absolutamente essencial para a construção de leis mais efetivas. BALDWIN, Robert. *Why Rules Don't Work*. *The Modern Law Review*, *op. cit.*, p. 323.

A ciência da administração elenca uma série de estratégias que poderão ser utilizadas no processo de implementação das normas com o objetivo de garantir a sua efetividade. Estas estratégias, por sua vez, podem tanto possuir natureza coercitiva quanto conciliatória.³⁴⁵ Enquanto o principal objetivo das técnicas de natureza coercitiva é detectar ações infracionárias, bem como identificar e penalizar infratores, as técnicas de natureza conciliatória visam a garantir conformidade às normas por outros meios que não impliquem, ao menos de forma imediata,³⁴⁶ processar e punir infratores.³⁴⁷

As técnicas de implementação de natureza coercitiva e conciliatória, as quais podem ser utilizadas conjunta ou separadamente para impulsionar os destinatários das normas a comportarem-se em conformidade com as ações prescritas, podem ser classificadas em cinco categorias principais: (i) processo contra infratores; (ii) persuasão e negociação; (iii) aconselhamento; (iv) instrução e treinamento; (v) promoção e informação.³⁴⁸

A primeira técnica, de natureza coercitiva, consiste em processar os infratores das normas. Deste modo, empregadores que, por exemplo, descuprirem normas de segurança em ambiente de trabalho poderão, com ou sem aviso prévio, serem processados e condenados ao pagamento de multas, indenizações e eventualmente até encerramento temporário de suas atividades. Baldwin observa que, no emprego desta técnica, ações remediais podem ser empregadas antes que a instauração de um processo seja iniciada. Deste modo, nestes casos o implementador da norma confere ao destinatário prazos e condições para que este se abstenha

³⁴⁵ Hawkins prefere denominar esta técnica de “técnica de conformidade,” já que o seu objetivo consiste primordialmente em garantir a conformidade das normas, ao contrário da técnica coercitiva ou sancionatória, cujo principal objetivo consiste na aplicação de uma punição pela não observância da norma. Para o autor, conciliatório seria o estilo da técnica de conformidade, assim como o estilo da técnica sancionatória seria acusatório e adversarial. Cf. HAWKINS, Keith. **Environment and Enforcement: Regulation and the Social Definition of Pollution**. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 3-4.

³⁴⁶ Os implementadores que se valem de técnicas conciliatórias utilizam-se de métodos coercitivos apenas como um último recurso, caso o processo de negociação venha a falhar. A ameaça de aplicação de uma sanção, no entanto, permeia todo o processo de negociação entre implementadores e destinatários da lei, cabendo portanto ao infrator decidir se prefere suportar os custos do cumprimento à norma ou os custos de sua inobservância. REISS, Albert J. *Selecting Strategies of Social Control over Organizational Life*. In: HAWKINS, Keith; THOMAS, John M. (Eds.) **Enforcing Regulation**. Kluwer-Nijhoff Publishing, 1984, p. 25. Hawkins observa que, na perspectiva dos implementadores que empregam técnicas de natureza conciliatória, o recurso a medidas sancionatórias em situações excepcionais representa uma derrota, e não uma vitória, em relação ao desempenho de suas atividades. HAWKINS, Keith. **Environment and Enforcement**, *op. cit.*, p. 8.

³⁴⁷ A esse respeito, Reiss observa que as técnicas de implementação conciliatórias focam na infração, não no infrator. Sua preocupação central consiste em controlar o número de ocorrências de infrações e as suas consequências por meio de estímulos aos infratores potenciais para que estes obedeçam a regra. REISS, Albert J. *Selecting Strategies of Social Control over Organizational Life*. *op. cit.*, p. 26.

³⁴⁸ BALDWIN, Robert. *Why Rules Don't Work*, *op. cit.*, p. 323-327.

de mover um processo. Hood, a esse respeito, observa que uma variação desta mesma técnica consiste em premiar aqueles que obedecem a norma – o que para o autor é equivalente a punir aqueles que a desobedecem.³⁴⁹

A segunda técnica visa a remediar uma situação de desobediência às normas por meio de técnicas de persuasão. O uso desta técnica exige que o implementador esforce-se por convencer os destinatários das normas de que estas deverão ser obedecidas. Para convencer o destinatário a corrigir o seu comportamento, o implementador vale-se de diversos argumentos de ordem moral e jurídica, os quais serão construídos em função do perfil do infrator e da natureza da infração.

Já a técnica de aconselhamento costuma ser utilizada em áreas nas quais o implementador oferece ao destinatário instruções pontuais para a correção de infrações de caráter “não-problemático, nas quais os riscos são baixos, ou onde se entende que a implementação jurídico-formal não se revela possível.”³⁵⁰ Além disso, este aconselhamento de caráter pontual pode ser empreendido inclusive com o objetivo de falhas de desenhos das normas jurídicas.³⁵¹ Deste modo, implementadores podem fornecer conselhos que permitam aos destinatários respeitar o espírito e o objetivo das normas.³⁵²

Já as técnicas de instrução e treinamento visam, respectivamente, a orientar e capacitar os destinatários para a observância dos comportamentos prescritos nas normas. Instrução consiste em melhorar a compreensão dos destinatários sobre o modo como estes devem comportar-se. Já o treinamento envolve uma relação de aprendizado mais intensa entre implementadores e destinatários, na qual os primeiros visam corrigir o comportamento dos últimos por meio de aulas e treinos interativos.³⁵³ Estas técnicas podem ser tanto empregadas de modo preventivo quanto remedial.

Por fim, promoção e informação constituem técnicas de caráter essencialmente preventivo, as quais são utilizadas para impedir que os destinatários venham a infringir as

³⁴⁹ HOOD, Christopher. **Administrative Analysis**, *op. cit.*, 1986, p. 51. As premiações por obediência podem assumir formas variadas, tais como subsídios, licenças, incentivos fiscais, limitação de responsabilidade etc. REISS, Albert J. *Selecting Strategies of Social Control over Organizational Life*. *op. cit.*, p. 23-24; ROSENBAUM, Nelson. *Statutory Structure and Policy Implementation: the Case of Wetlands Regulation*, *op. cit.*, p. 66.

³⁵⁰ BALDWIN, Robert. *Why Rules Don't Work.*, *op. cit.*, p. 326.

³⁵¹ *Idem*, p. 326.

³⁵² HOOD, Christopher. **Administrative Analysis**, *op. cit.*, 1986, p. 51.

³⁵³ BALDWIN, Robert. *Why Rules Don't Work.*, *op. cit.*, p. 326-327.

normas por desconhecimento ou má-informação dos conteúdos prescritos na norma.³⁵⁴ Observa-se, inclusive, que as técnicas de instrução e treinamento confundem-se com as estratégias de promoção e informação sempre que as primeiras forem utilizadas com o objetivo de prevenir, ao invés de corrigir, ações infratoras.

A escolha das estratégias acima mencionadas é influenciada tanto por características do órgão implementador, do tipo de conduta que se procura controlar, do público destinatário e do tipo de infração cometida por este. Como já observado, estas técnicas podem ser empregadas conjuntamente, de modo que dificilmente um órgão implementador se baseará apenas em uma única estratégia. Importante observar, portanto, que a implementação de uma lei nem sempre implicará a adoção de técnicas coercitivas. Como observa Hood, o uso de técnicas coercitivas se faz “necessário apenas na falta de consenso”, de modo que “frequentemente é melhor tentar obter consenso do que impor sanções aos infratores.”³⁵⁵ A literatura, no entanto, costuma diferenciar os fatores que condicionam a escolha de técnicas coercitivas em detrimento de estratégias conciliatórias e vice-versa. Por exemplo, Reiss observa que técnicas conciliatórias são preferidas quando o processo de investigação e sancionamento de infratores demonstrar-se excessivamente complexo ou custoso.³⁵⁶ Além disso, técnicas de natureza conciliatórias de caráter preventivo são preferidas sempre que as possibilidades de reparação de danos forem insignificantes em relação ao dano produzido, o que ocorre, por exemplo, quando radiações perigosas são emitidas em decorrência do descumprimento de normas básicas de segurança.³⁵⁷ Por outro lado, técnicas de natureza coercitiva são preferíveis quando a ocorrência de certos danos for imprevisível e incidental,³⁵⁸ bem como “quando suas causas forem imperfeitamente compreendidas, impedindo portanto o emprego de ações preventivas.”³⁵⁹ Em sentido contrário, técnicas de natureza conciliatória

³⁵⁴ BALDWIN, Robert. Why Rules Don't Work., *op. cit.*, p. 327.

³⁵⁵ HOOD, Christopher. **Administrative Analysis**, *op. cit.*, 1986, p. 56. O autor observa ainda que a não observância a normas, a qual supostamente exigiria a aplicação de métodos coercitivos de implementação, com frequência sugere que a norma em questão é mal formulada e que, portanto, deve ser modificada. HOOD, Christopher. **Administrative Analysis**, *op. cit.*, 1986, p. 56.

³⁵⁶ REISS, Albert J. Selecting Strategies of Social Control over Organizational Life. *op. cit.*, p. 26.

³⁵⁷ *Idem*, p. 26-27.

³⁵⁸ HAWKINS, Keith. **Environment and Enforcement**, *op. cit.*, p. 6.

³⁵⁹ REISS, Albert J. Selecting Strategies of Social Control over Organizational Life. *op. cit.*, p. 27.

tendem a ser mais apropriadas para lidar com infrações que costumam ter um caráter contínuo ou repetitivo.³⁶⁰

A efetividade da estratégia de implementação escolhida, no entanto, não depende apenas do objeto a ser regulado. Uma explicação completa para a efetividade ou inefetividade de uma determinada estratégia de implementação depende também do perfil dos destinatários das normas e do tipo de conduta infracionária que estes tendem a cometer.³⁶¹

A esse respeito, Baldwin identifica quatro tipos de destinatários: (i) aqueles bem intencionados e bem informados, porém ineficientes no cumprimento das normas;³⁶² (ii) os bem-intencionados, porém mal informados; (iii) os mal-intencionados³⁶³ e mal-informados; (iv) os mal-intencionados e bem informados.³⁶⁴ Já as infrações variam de acordo com o conteúdo das normas, cabendo ao avaliador a tarefa de distinguir as infrações insignificantes das infrações sérias.³⁶⁵

Estudiosos das estratégias de implementação observam que as técnicas conciliatórias acima assinaladas são úteis apenas para as situações (i) e (ii).³⁶⁶ Para destinatários bem-intencionados, sejam estes ineficientes ou mal informados, técnicas de instrução, treinamento

³⁶⁰ Hawkings observa que infrações de caráter contínuo representam situações ao invés de atos, tais como um maquinário desprotegido, habitações de baixa qualidade, alimentos adulterados etc. Uma infração desta sorte “tende a não ser limitada no tempo, fornecendo um relacionamento contínuo entre implementador e potencial infrator, sendo que a questão da culpa é frequentemente questionável.” HAWKINS, Keith. **Environment and Enforcement**, *op. cit.*, p. 6.

³⁶¹ BALDWIN, Robert. *Why Rules Don't Work.*, *op. cit.*, p. 324; HOOD, Christopher. **Administrative Analysis**, *op. cit.*, 1986, p. 55-60. Do mesmo modo, Rosenbaum observa que o nível de propensão dos administradores e cidadãos privados à aceitação das mudanças comportamentais exigidas pela norma é que determinará as escolhas sobre a estrutura do seu processo de implementação. No entanto, para Rosenbaum este fator deve ser analisado em conjunto com o nível de mudança comportamental prescrito no ato normativo. “Quanto menor a distância entre o comportamento exigido e os padrões comportamentais existentes, maior será a probabilidade de que o mandato legislativo seja auto-aplicável.” Nestes casos, a estruturação do mecanismo de implementação não exigirá níveis elevados de sofisticação das técnicas de implementação conciliatórias. Em sentido contrário, quanto maior for a mudança comportamental pretendida, “a autoimplementação tipicamente diminui e a resistência aumenta, o que exige a introdução de um processo de implementação estruturado.” ROSENBAUM, Nelson. *Statutory Structure and Policy Implementation: the Case of Wetlands Regulation.*, *op. cit.*, p. 64-65.

³⁶² Hood denomina estes destinatários de incompetentes. HOOD, Christopher. **Administrative Analysis**, *op. cit.*, 1986, p. 55-60.

³⁶³ Hood refere-se a estes destinatários como oportunistas. *Idem*, p. 55-60.

³⁶⁴ Hood identifica outros tipos de destinatários, os quais denomina de “dissidentes por princípio.” Estes destinatários deixam de obedecer as normas não em virtude de oportunismo ou ignorância, mas porque consideram inapropriado o comportamento prescrito pela norma. Para os dissidentes por princípio, técnicas de implementação conciliatória provavelmente não produzirão resultados, ao passo que estratégias coercitivas possivelmente conduzirão a uma situação de martirização. *Idem, Ibidem, op. cit.*, 1986, p. 55-57.

³⁶⁵ BALDWIN, Robert. *Why Rules Don't Work.*, *op. cit.*, p. 324.

³⁶⁶ BALDWIN, Robert. *Why Rules Don't Work.*, *op. cit.*, p. 324; HOOD, Christopher. **Administrative Analysis**, *op. cit.*, 1986, p. 55-56.

e informação podem revelar-se suficientes³⁶⁷ para remediar e prevenir ações não conformes à norma.³⁶⁸ Nestes casos, torna-se mais produtivo envidar esforços para auxiliar os destinatários a obedecer as normas ao invés de puni-los por seu comportamento infracionário. Para os casos em que os destinatários das normas revelam-se mal intencionados ou oportunistas, as técnicas coercitivas são as únicas que parecem produzir resultados efetivos.³⁶⁹ Além disso, enquanto técnicas de implementação conciliatórias revelam-se suficientes para remediar violações de menor significância,³⁷⁰ aquelas podem mostrar-se insatisfatórias para tratar das infrações de maior gravidade.³⁷¹

Deste modo, a construção de um sistema de implementação efetivo pressupõe a formulação de estratégias condizentes com os diferentes tipos de comportamentos infracionários. Além disso, a efetividade das estratégias de implementação dependem igualmente da existência de normas adequadamente desenhadas. A esse respeito, Baldwin identificou, por exemplo, que diante da necessidade de se impor técnicas coercitivas de implementação ao sistema regulatório britânico que disciplina questões de saúde e segurança em ambiente de trabalho, os implementadores da referida política legislada – no caso inspetores do trabalho – manifestaram sentir dificuldades de utilização dessa estratégia quando a lei a ser aplicada baseia-se em um standard ao invés de uma regra. Os inspetores entrevistados perceberam diferenças nas implicações de se processar alguém que violou uma regra em relação a alguém que infringiu um standard.³⁷² Para estes implementadores, a

³⁶⁷ Baldwin observa, no entanto, que normas excessivamente complexas são difíceis de serem digeridas por seus destinatários. Nestes casos, técnicas de informação e instrução podem revelar-se insuficientes para garantir o cumprimento à norma. BALDWIN, Robert. *Why Rules Don't Work.*, *op. cit.*, p. 328.

³⁶⁸ Observa-se, no entanto, que a ameaça de aplicação de sanção pode complementar o emprego de técnicas conciliatórias. Cf. REISS, Albert J. *Selecting Strategies of Social Control over Organizational Life.* *op. cit.*, p. 224. No estudo de caso desenvolvido por Baldwin, os implementadores manifestaram haver uma correlação entre sucesso da negociação e a existência de uma norma que estabeleça uma sanção precisa. Deste modo, as regras altamente coercitivas tendem a ser, ressalvados os problemas de inacessibilidade mencionados na nota anterior, as mais facilmente negociáveis. BALDWIN, Robert. *Why Rules Don't Work.*, *op. cit.*, p. 325.

³⁶⁹ BALDWIN, Robert. *Why Rules Don't Work.*, *op. cit.*, p. 324. Hood observa, a esse respeito, que comportamentos oportunistas permeiam toda a Administração Pública, razão pela qual o emprego de técnicas conciliatórias jamais pode se dar de modo inteiramente descolado da ameaça de aplicação de sanções. HOOD, Christopher. *Administrative Analysis.*, *op. cit.*, 1986, p. 55-56.

³⁷⁰ Baldwin observa, inclusive, que nas infrações de menor intensidade as regras propriamente ditas tendem a assumir um papel menor nos processos de negociação entre implementadores e destinatários das normas. Nestes casos, implementadores “preferem focar em problemas do que em questões jurídicas.” BALDWIN, Robert. *Why Rules Don't Work.*, *op. cit.*, p. 326.

³⁷¹ BALDWIN, Robert. *Why Rules Don't Work.*, *op. cit.*, p. 324.

³⁷² A lei que disciplina a política de segurança em ambiente de trabalho se baseava inteiramente em regras até que foi modificada para contemplar standards, os quais instituíram testes de razoabilidade para aferir a adesão dos

dificuldade de se processar infratores de standards é maior do que a de violadores de regras, tendo em vista que os primeiros possuem maiores incentivos para defenderem-se em juízo e apoiarem-se em medidas protelatórias, aumentando inclusive os custos envolvidos no processo de implementação. Por essa razão, inspetores possuem menores incentivos para utilizarem técnicas de caráter coercitivo quando a norma a ser aplicada constitui um standard ao invés de uma regra.

Para Baldwin, as contingências do processo de implementação devem ser incorporadas ao processo de formulação das normas para que estas se tornem mais efetivas. Normas jurídicas, por exemplo, tenderão a ser inefetivas se aqueles que se dispõem a obedecê-la não possuem o conhecimento necessário para tanto, ou se aqueles menos dispostos a observá-la não forem estimulados por meio de técnicas coercitivas e conciliatórias adequadas. Deste modo, Baldwin propõe que no processo de construção das normas seus formuladores levem em consideração a significância das infrações e o perfil dos potenciais infratores para então definir as estratégias de implementação que melhor influenciam os violadores e, por fim, os tipos de regras que melhor atendem a essas estratégias.³⁷³ Deste modo, não só os processos de formulação e implementação de normas revelam-se conectados, como também o último influencia as escolhas do primeiro, ao contrário do que reza o senso comum.³⁷⁴ Segundo o autor, se esta metodologia tivesse sido adotada no caso que examinou, recursos teriam sido poupados em ao menos três estratégias equivocadas, a saber: (i) ênfase na aplicação de estratégias conciliatórias para informar os mal-intencionados; (ii) formulação de regras coercitivas para serem aplicadas aos bem-intencionados; (iii) aplicação de regras excessivamente complicadas e inacessíveis para os bem-intencionados, porém mal-informados.³⁷⁵

Na prática, no entanto, os atores envolvidos no processo de formulação de normas jurídicas frequentemente ignoram as contingências da etapa de implementação. Em parte, isso se explica pelo fato de que formuladores de políticas públicas legisladas adotam uma

destinatários aos pretendidos padrões de segurança. Deste modo, a população entrevistada por Baldwin foi capaz de perceber o impacto de dois regimes distintos – um baseado em regras e o outro em standards - no processo de implementação das normas. BALDWIN, Robert. *Why Rules Don't Work*, *op. cit.*, p. 323-324.

³⁷³ BALDWIN, Robert. *Why Rules Don't Work*, *op. cit.*, p. 329.

³⁷⁴ O senso comum deriva, de algum modo, da concepção de burocracia racional weberiana, na qual as organizações burocráticas estruturam-se em camadas hierárquicas nas quais subordinados apenas cumprem ordens de superiores, os quais, por sua vez, cumprem os ditames da lei.

³⁷⁵ BALDWIN, Robert. *Why Rules Don't Work*, *op. cit.*, p. 329.

perspectiva *top-down*, na qual a política é elaborada no centro ou no topo e implementada na periferia ou no piso da Administração. Como já observado no capítulo anterior, esta visão *top-down* separa artificialmente³⁷⁶ as etapas de formulação da implementação de políticas públicas, ignorando portanto o papel – certamente ativo – exercido por implementadores na construção do desenho das políticas. Esta separação entre formulação e implementação corresponde, nas palavras de Dan-Cohen, a um “mundo imaginário,” muito distante da realidade.³⁷⁷ Baldwin observa que “na medida que a implementação é considerada como não problemática, os formuladores de políticas públicas terminam por minimizar o papel formulador exercido pelos implementadores.”³⁷⁸ O próprio autor reconhece, no entanto, que formuladores de políticas públicas podem ter boas razões para não antecipar, ao construírem as normas, as contingências do processo de implementação das leis. Uma delas consiste na propriedade em se conferir uma certa discricionariedade aos implementadores para estes manusearem, de modo incremental, as técnicas de implementação acima mencionadas. No entanto, Baldwin observa que certos problemas de implementação que poderiam ser facilmente antecipados no processo de construção das normas não o são por que os seus formuladores os consideram “inevitáveis.”³⁷⁹

Baldwin observa que um dos indicadores de que uma lei sobre políticas públicas tenha sido formulada de modo *top-down*, desconsiderando, portanto, a realidade do processo de implementação, diz respeito ao seu caráter genérico-transversal. Como observa o autor, normas *top-down* tendem a ser empregadas de modo genérico e indistinto para um público-alvo que tende a variar enormemente. A decisão sobre o tipo de norma a ser empregada – se uma regra ou um standard, por exemplo – não se dá, portanto, de modo coordenado com as estratégias de implementação de uma determinada política. No entanto, Baldwin enfatiza que

³⁷⁶ Blankenbourg observa que a distinção artificial entre as etapas de formulação e implementação de políticas públicas propugnada por cientistas políticos encontra paralelo, no campo da teoria do estado e do direito, na separação entre funções legislativas e executivas de governo. Deste modo, noções caras ao direito como a da legalidade administrativa, na qual administradores só devem atuar dentro dos parâmetros fornecidos pela lei, revelam-se extremamente artificiais, porém úteis para libertar os administradores das pressões de legitimação das suas ações. BLANKENBOURG, Erhard. *The Waning of Legality in the Concept of Policy Implementation*, *op. cit.*, p. 482-483.

³⁷⁷ Como observa Dan-Cohen, “a realidade diverge do mundo imaginário na medida que as normas de decisão do mundo real provavelmente produzirão efeitos no lado das condutas, assim como o mundo real das condutas provavelmente produzirá efeitos no lado da decisão.” DAN-COHEN, Meir. *Decision Rules and Conduct Rules: on acoustic separation in criminal law.*, *op. cit.*, p. 632.

³⁷⁸ BALDWIN, Robert. *Why Rules Don't Work.*, *op. cit.*, p. 333.

³⁷⁹ *Idem*, p. 333.

o aprimoramento do processo de formulação de regras só será possível se os meios para assegurar a sua aplicação forem levados em consideração. Do contrário, as regras não serão suficientes para afetar comportamentos do modo esperado pelos formuladores da política situados no centro ou no topo.

Além disso, Rubin observa que, além de normas jurídicas bem desenhadas que levem em consideração as contingências do mecanismo de implementação, estratégias complementares devem ser utilizadas para direcionar o comportamento dos implementadores da política pública.³⁸⁰ O legislador pode, deste modo, indicar ao órgão implementador as situações fáticas a que este deverá dar prioridade, ou pode sugerir uma hierarquização de prioridades por meio de exemplos.³⁸¹

A esse respeito, Rosenbaum aponta três estratégias que poderão ser utilizadas para estimular comportamentos cooperativos por parte dos implementadores das leis.³⁸² Uma delas consiste em delimitar o escopo da discricionariedade decisória por meio da exigência de estudos, relatórios e prestações de contas.³⁸³ Deste modo, quando o legislador prevê, por exemplo, que os implementadores resistirão à utilização – considerada por aquele indispensável – de técnicas coercitivas para determinadas situações fáticas, relatórios e prestações de contas podem ser exigidos dos administradores com o objetivo de desestimular este tipo de comportamento refratário.³⁸⁴ Uma segunda estratégia consiste em impor controles externos às ações administrativas, as quais podem incluir controle parlamentar, avaliações de programas governamentais, autorizações para os cidadãos moverem ações contra o Estado etc.³⁸⁵ Por fim, um sistema de incentivos e punições pode ser criado para estimular os implementadores a se comportarem do modo esperado.³⁸⁶

³⁸⁰ RUBIN, Edward, *Law and Legislation in the Administrative State*, *op. cit.*, p. 420.

³⁸¹ *Idem*, p. 420.

³⁸² ROSENBAUM, Nelson. *Statutory Structure and Policy Implementation: the Case of Wetlands Regulation.*, *op. cit.*, p. 65-66.

³⁸³ *Idem*, p. 65.

³⁸⁴ Rubin fornece um exemplo no qual o legislador estaria convencido de que o órgão implementador evita processar casos grandes e complexos com o objetivo de manter altos índices de condenação. Deste modo, a obrigação do órgão implementador de prestar contas neste caso teria o objetivo de desestimulá-lo a perseguir esta estratégia. RUBIN, Edward, *Law and Legislation in the Administrative State*, *op. cit.*, p. 420.

³⁸⁵ ROSENBAUM, Nelson. *Statutory Structure and Policy Implementation: the Case of Wetlands Regulation.*, *op. cit.*, p. 65.

³⁸⁶ *Idem*, p. 66.

2.3.4.2 *Enforcement* da Legislação Intransitiva

A legislação intransitiva, como observado em diversas passagens anteriores desta tese, ao invés de prever as regras e os standards de conduta que serão exigidos dos administrados, estabelece os caminhos que deverão ser percorridos para que estas normas substantivas venham a ser formuladas pela Administração. Deste modo, a legislação intransitiva caracteriza-se pela presença de normas de caráter procedimental, em contraposição à legislação transitiva, dominada por normas de caráter substantivo.

Do mesmo modo que a legislação transitiva, no entanto, a legislação intransitiva requer a adoção de estratégias para ser implementada. Deste modo, não basta que a lei estabeleça os procedimentos que o administrador deverá perseguir para tomar uma decisão. Para impedir a inércia administrativa, a lei deve também prover mecanismos para garantir que o administrador irá de fato adotar as regras procedimentais previstas legalmente.

As estratégias de implementação de regras procedimentais de tomada de decisão são referidas pela literatura anglo-americana como *action-forcing provisions*. Estas constituem, em essência, estratégias para forçar a Administração Pública a tomar uma decisão administrativa, evitando, portanto, que esta se omita deste dever. Um atributo chave das *action-forcing provisions* é que estas restringem a discricionariedade no tocante ao momento de agir. *Action-forcing provisions* são, portanto, mecanismos utilizados para restringir a discricionariedade administrativa no tocante ao *se e quando* agir.³⁸⁷

Prazos procedimentais constituem uma das principais *action-forcing provisions*. Estes correspondem ao meio mais direto que o legislador possui para impulsionar a ação administrativa. Prazos procedimentais fundamentam-se no fato de que estes visam a combater atrasos crônicos da atuação administrativa por meio da imposição de datas-limite para que o poder executivo tome determinadas decisões. Prazos estabelecem prioridades ao poder executivo, fornecem subsídios para que este resista a pressões externas para atrasar o processo de tomada de decisão, sinalizam a necessidade por recursos financeiros adicionais, bem como

³⁸⁷ Observa-se que o controle de discricionariedade proporcionado pelas *action-forcing provisions* diferencia-se do controle exercido por regras e standards substantivos, que estabelecem o *que fazer* e o *como fazer*. Por essa razão, alguns autores definem as *action-forcing provisions* como instrumentos de controle da discricionariedade procedimental, em contraposição às estratégias de controle da discricionariedade substantiva. Esta distinção entre discricionariedade material e procedimental será adotada neste trabalho.

forçam o poder executivo a não se esquivar de decidir assuntos delicados.³⁸⁸ Por fim, os prazos também constituem um importante mecanismo de *accountability* já que reduzem os custos de monitoramento de grupos da sociedade civil, evidenciam claramente quando uma lei é violada, e criam um espaço direito para a revisão judicial dos atos administrativos.³⁸⁹

No entanto, uma análise panorâmica das leis que versam sobre políticas públicas no Brasil permite facilmente identificar uma ausência do uso estratégico dos prazos procedimentais para forçar a Administração Pública a agir. Apenas recentemente, com a edição das leis gerais de procedimento administrativo, o estudo dos prazos para a consumação das decisões administrativas assumiu algum vigor.³⁹⁰ As leis gerais de processo administrativo prevêm, nesse sentido, prazos para a implementação de leis ou decisões administrativas.³⁹¹ No entanto, como já observado anteriormente, prazos de caráter geral possuem alcance limitado para controlar a ação administrativa na implementação de políticas públicas particulares, já que estes podem se revelar muito longos ou muito curtos para que a Administração tome suas decisões em contextos específicos. Além disso, quando prazos seguem desacompanhados de mecanismos adequados de *enforcement*, sejam estes conciliatórios ou coercitivos, estes frequentemente deixam de ser cumpridos, tornando-se absolutamente ineficazes. As leis especiais de políticas públicas, por sua vez, não suprem esta lacuna, já que não raro nada dispõem, ou dispõem de forma muito modesta, sobre os prazos de implementação de uma lei ou decisão administrativa. Observa-se, no entanto, que a imposição de prazos desta natureza, sejam estes estabelecidos por leis gerais ou especiais, ainda não foram assimilados de modo adequado em nosso sistema jurídico. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, posiciona-se pela inconstitucionalidade de leis que estabeleçam prazos para o poder executivo dar início ao exercício do seu poder regulamentar sob o fundamento de que

³⁸⁸ GLICKSMAN, Robert L.; SHAPIRO, Sidney A. Congress, the Supreme Court, and the Quiet Revolution in Administrative Law. **Duke Law Journal**, n. 5, p. 830-831.

³⁸⁹ *Idem*, p. 831-832.

³⁹⁰ Cf., nesse sentido, FERRAZ, Sérgio. Processo Administrativo: Prazos e Preclusões., *op. cit.*; MEDAUAR, Odete. O Princípio da Razoável Duração do Processo Administrativo. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs). **Atuais Rumos do Processo Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

³⁹¹ A lei paulista de processo administrativo estabelece, em seu art. 18, prazo de 60 dias para que a Administração tome providências necessárias à aplicação de lei ou decisão administrativa, as quais incluem, como observa Sundfeld, a produção de regulamentos e a implantação de serviços ou benefícios instituídos por lei. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e Procedimento Administrativo no Brasil., p. 35.

este arranjo estaria infringindo o princípio da tripartição de poderes.³⁹² Esta visão que aqui chamo de formalista do Supremo Tribunal Federal, obviamente, não percebe os prazos procedimentais enquanto instrumentos fundamentais de ação governamental. Nos Estados Unidos, ao contrário, as leis disciplinadoras de políticas públicas – em especial as leis de política ambiental – estão repletas de prazos que visam forçar a Administração Pública a implementar os ditames legais. À título de exemplo, a Agência de Proteção do Meio Ambiente (Environmental Protection Agency, “EPA”), entre os anos de 1988 a 2003, teve de se submeter a 611 prazos para exercício da atividade regulamentar, todos estes prescritos em leis específicas.³⁹³

Observa-se, no entanto, que o uso excessivo de prazos procedimentais para forçar a Administração a agir não resta, no entanto, impassível a críticas. Como observa Stacey, “prazos são simultaneamente aclamados – por seu sucesso em facilitar a regulação – e odiados – por sua rigidez, excessividade e frequente falta de razoabilidade.”³⁹⁴ A esse respeito, diversos observadores do sistema jurídico americano elencam uma série de fatores que mitigam o potencial de efetividade dos prazos. Em primeiro lugar, o massivo número de prazos legislativos impostos à EPA enfraquece a efetividade dos prazos individualmente considerados.³⁹⁵ Nesse sentido, a EPA está sujeita a tantos prazos que acaba por perder parte do seu poder de agenda.³⁹⁶ Em contrapartida, os prazos atrelados a atividades regulatórias significativas que se alinham com as prioridades do poder executivo tendem a ser mais efetivos.³⁹⁷ Além disso, os prazos atrelados a métodos coercitivos de implementação tendem a ser mais efetivos.³⁹⁸ Observa-se, ainda, que muitos prazos impostos à EPA são estabelecidos de modo isolado – sem levar em consideração o efeito cumulativo de prazos anteriores, os

³⁹² Cf., nesse sentido BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.394. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. **DJ** 15 Ago. 2008. Esta decisão seguiu o entendimento exposto em ADINs anteriores. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.393. Relator: Ministro Sydney Sanches. **DJ** 28 mar. 2003; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Ministro Moreira Alves. **DJ** 14 abr. 2000.

³⁹³ Cf. GERSEN, Jacob E.; O’CONNELL, Ann Joseph. *Deadlines in Administrative Law*, **University of Pennsylvania Law Review**, n. 156, p. 923-990.

³⁹⁴ STACEY, Jocelyn. *Curing the Epidemic of Environmental Inaction: Using Action-Forcing Provisions in Canadian Toxics Regulation*. (mimeo).

³⁹⁵ ABBOTT, Alden F. *The Case Against Federal Statutory and Judicial Deadlines: A cost-benefit appraisal*, **Administrative Law Review**, n. 39, 1987, p. 171-204.

³⁹⁶ *Idem*, p. 181-2.

³⁹⁷ *Idem*, *Ibidem*, p. 181-182.

³⁹⁸ ENVIRONMENTAL AND ENERGY STUDY INSTITUTE. **Statutory Dealines in Environmental Legislation: necessary but need improvement**, 1985, p. 60-62.

recursos financeiros envolvidos, ou a complexidade das decisões, significando, portanto, que os prazos tendem a ser frequentemente curtos.³⁹⁹ Isso resulta num ciclo vicioso onde a EPA compreensivelmente não cumpre prazos irrealistas, causando maior frustração para o Poder Legislativo, o qual por sua vez edita novos prazos ainda mais irrazoáveis.⁴⁰⁰ Por essas razões, argumenta-se que os prazos seriam mais efetivos se fossem mais realistas, o que pressuporia levar em consideração as contingências do processo de implementação das políticas.⁴⁰¹

Alguns autores argumentam, ainda que prazos estabelecidos de modo irrealista comprometem a qualidade do processo de tomada de decisão. No entanto, no contexto da regulação ambiental, um número significativo de administradores da EPA acreditam que os prazos não afetam negativamente a qualidade das decisões.⁴⁰² Mesmo nos casos em que a qualidade das decisões resta comprometida, administradores questionam-se se na ausência de prazos as decisões seriam de fato tomadas.⁴⁰³ Uma explicação para esta visão é a de que quando funcionários da EPA realmente acreditam que um prazo irá afetar negativamente a qualidade de uma decisão, estes tendem a não respeitar o prazo com o objetivo de proferir uma melhor decisão.⁴⁰⁴ Isso reforça a necessidade de elaboração de prazos realistas – os quais reflitam a complexidade da atividade regulatória em questão.

Por fim, prazos, quando muito exíguos, podem reduzir a capacidade da Administração de promover participação dos administrados no processo de tomada de decisões.⁴⁰⁵ Prazos podem, nesse sentido, restringir o espaço tanto para o recebimento, quanto para o processamento, de comentários da sociedade civil.⁴⁰⁶

A experiência americana alerta, portanto, para as limitações dos prazos enquanto instrumentos de mobilização da ação administrativa. Prazos são, nesse sentido, instrumentos necessários, porém imperfeitos. Quando os prazos são elaborados de modo realista, não só se espera maior obediência, mas também um menor comprometimento da qualidade das decisões e da participação pública nos processos decisórios. Uma importante lição da experiência

³⁹⁹ *Idem*, p. 40.

⁴⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 44.

⁴⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 57-9.

⁴⁰² *Idem, ibidem*, p. 34-35.

⁴⁰³ Alguns administradores inclusive acreditam que os prazos contribuem para um aumento de qualidade porque mobilizam recursos e prioridade de gestão administrativa. *Idem, ibidem*, p. 35.

⁴⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 34.

⁴⁰⁵ GERSEN, Jacob E.; O'CONNELL, Ann Joseph. Deadlines in Administrative Law, *op. cit.*, p. 945-946.

⁴⁰⁶ Cf. ABBOTT, Alden F. The Case Against Federal Statutory and Judicial Deadlines: A cost-benefit appraisal, *op. cit.*, p 185, 196.

americana é a de que prazos são potencialmente mais efetivos quando elaborados em doses menores, quando alinhados com atividades de gestão e avaliação e quando atrelados a suficientes recursos financeiros para que possam de fato serem respeitados. Em resumo, prazos constituem uma ferramenta importante para estimular a ação administrativa, mas a experiência americana demonstra que há várias maneiras pelas quais os prazos podem ser mal utilizados. Para que os prazos sejam efetivos, estes tem de ser formulados com moderação e de modo realista, em total afinidade com as contingências do mecanismo de implementação.

Observa-se, no entanto, que a elaboração de prazos realistas não garante que estes sejam observados pela Administração Pública. Do mesmo modo que a legislação transitiva, estratégias de implementação, sobretudo de natureza coercitiva, devem acompanhar as normas intransitivas de modo a persuadir a Administração a cumprir prazos procedimentais. A esse respeito, verifica-se que a estratégia coercitiva por excelência consiste em processar administrativa e/ou judicialmente a Administração quando esta descumprir prazos procedimentais.⁴⁰⁷

No entanto, outras estratégias de natureza coercitiva também podem ser utilizadas com o mesmo propósito. Para os prazos relativos ao exercício da atividade regulatória por parte da Administração, uma lei pode prever, por exemplo, que um regulamento-padrão seja aplicado quando o poder executivo descumprir os prazos para a produção de regulamentos. A incidência de regulamentos-padrão elimina, deste modo, o risco de que nenhuma regulamentação seja produzida e portanto desincentiva tanto a Administração quando atores externos a boicotar o processo regulatório. “A imposição de um regulamento-padrão torna o atraso uma atitude autodestrutiva para as entidades regulatórias, de modo que estas acabam por ser cooptadas ao processo regulatório.”⁴⁰⁸ Novamente baseando-se na experiência americana, estudos avaliativos das leis ambientais nos Estados Unidos identificam que os prazos procedimentais são mais efetivos quando sérias consequências estão atreladas a sua não-obediência.⁴⁰⁹ Além disso, estudos de caso individualizados tem demonstrado que regulamentos-padrão tem se revelado ferramentas efetivas para forçar a Administração a

⁴⁰⁷ Foge do escopo deste trabalho examinar em nível de detalhe as vias judiciais adotadas para combater a inércia administrativa.

⁴⁰⁸ STACEY, Jocelyn. Curing the Epidemic of Environmental Inaction: Using Action-Forcing Provisions in Canadian Toxics Regulation, *op. cit.*

⁴⁰⁹ ENVIRONMENTAL AND ENERGY STUDY INSTITUTE. **Statutory Deadlines in Environmental Legislation**, *op. cit.*, p. x-xi.

exercer suas competências regulamentares. O regulamento-padrão previsto na Lei americana de Educação e Rotulagem Nutricional demonstrou-se amplamente bem sucedido para forçar o Departamento de Alimentos e Remédios a exercer sua atividade regulatória.⁴¹⁰ Ao examinar a implementação das emendas à Lei de Resíduos Sólidos e Tóxicos de 1984, Corwin identificou que apesar de a EPA ter deixado de cumprir mais da metade dos prazos estabelecidos nesta lei, todos os prazos que estavam atrelados à ameaça de utilização de regulamentos-padrão foram observados.⁴¹¹ Segundo o autor, dois fatores contribuem para este cenário. Em primeiro lugar, regulamentos-padrão conectam-se de algum modo com um aumento de alocação de recursos para o órgão regulatório, para que este possa cumprir os prazos legislativos.⁴¹² Em segundo lugar, a ameaça de incidência de regulamentos-padrão cria um ambiente de participação entre todas as partes envolvidas.⁴¹³ Além da adoção de regulamentos, planos-padrão de execução de políticas públicas também são utilizados como estratégia para forçar a ação administrativa na experiência americana. Mais especificamente, esta estratégia é utilizada sobretudo para garantir a cooperação entre entes federativos. À título de exemplo, a Lei do Ar Puro americana atribui à EPA a competência para estabelecer standards de qualidade do ar nacionais, os quais deverão ser observados pelos estados na implementação de políticas ambientais. Deste modo, a Lei do Ar Puro estabelece que os estados deverão elaborar planos de implementação estatais que estejam em acordo com os standards nacionais de qualidade do ar. No entanto, se um estado não elaborar um plano de implementação no tempo estabelecido pela Lei do Ar Puro, ou se este plano for considerado inaceitável pela EPA, esta aplicará um plano de implementação federal. Na prática, a EPA por vezes reluta em aplicar planos de implementação federais em razão de sua limitação de recursos e expertise para intervir em assuntos de interesse regional e local.⁴¹⁴ No entanto, a maioria dos estados aprovou planos de implementação para atender às exigências da Lei do Ar Puro,⁴¹⁵ e mesmo quando estes planos foram elaborados de modo aquém do desejado, a qualidade do ar nestas regiões melhorou

⁴¹⁰ MAGILL, M. Elizabeth. Congressional Control Over Agency Rulemaking: The Nutrition Labeling and Educations Act's Hammer Provisions. **Food & Drug Law Journal**, vol. 50, 1995, p. 181.

⁴¹¹ CORWIN, Erik H. Congressional Limits on Agency Discretion: A Case Study of the Hazardous and Solid Waste Amendments of 1984. **Harvard Journal on Legislation**, vol. 29, 1992, p. 517-560.

⁴¹² *Idem*, p. 539-40.

⁴¹³ *Idem, ibidem*, p. 540.

⁴¹⁴ KARKKAINEN, Bradley C. Information-Forcing Environmental Regulation, **Florida State University Law Review**, n. 33, 2006, p. 887; REITZE Jr., Arnold W. Air Quality Protection Using State Implementation Plans: Thirty-Seven Years of Increasing Complexity. **Villanova Environmental Law Journal**, n. 15, 2004, p. 233.

⁴¹⁵ *Idem*, p. 887

significativamente.⁴¹⁶ Deste modo, a ameaça de imposição de planos de implementação federais tem se revelado efetiva, na medida em que muitos estados tem empregado significativos recursos para observar os padrões de qualidade do ar nacionais.⁴¹⁷ Parte do sucesso dessa estratégia se explica em razão da importância dos interesses em jogo – a perda da competência do governo estadual para implementar a política ambiental não constitui uma perda trivial.⁴¹⁸ Além disso, a Lei do Ar Puro estabelece diretrizes claras e objetivos acerca do modo como os planos de implementação devem ser elaborados para que a intervenção federal não ocorra.⁴¹⁹ Observa-se, no entanto, que a imposição de planos de implementação que afetem a competência material dos entes federativos inferiores encontra obstáculos no sistema jurídico brasileiro,⁴²⁰ que estabelece um sistema de repartição de competências complexo e de difícil operacionalização.

A experiência americana com os regulamentos-padrão revela-se, portanto, mista. Não há dúvidas de que regulamentos-padrão tem o potencial de inibir atrasos na atividade regulatória. No entanto, o uso dessa estratégia também pode gerar efeitos perversos, tendo em vista o seu potencial para desviar recursos públicos para uma única atividade regulatória, acelerar decisões que porventura necessitem de mais tempo para serem proferidas e inibir a participação pública no processo de tomada de decisão. Estes efeitos inesperados podem, no entanto, ser minimizados ao se garantir que o prazo para a ação executiva seja realista a ponto

⁴¹⁶ PERCIVAL, Robert V. *et alli.*, **Environmental Regulation**, *op. cit.*, p. 506.

⁴¹⁷ KARKKAINEN, Bradley C. Information-Forcing Environmental Regulation, *op. cit.*, p. 887.

⁴¹⁸ *Idem*, p. 887.

⁴¹⁹ *Idem, ibidem, op. cit.*, p. 887. Isso não significa que esta estratégia seja inteiramente bem sucedida. A ameaça de imposição de um plano de implementação padrão tem sido criticada em muitos sentidos: sua estrutura complexa e de difícil operacionalização, a capacidade dos estados de burlar o sistema por meio de técnicas e monitoramento e prestação de contas, bem como a fraca fiscalização da EPA contribuem para este cenário. No entanto, a tese de que esta estratégia constitui um instrumento efetivo para forçar a Administração a tomar providências encontra um respaldo, ainda que moderado, na literatura que estuda o assunto. ADLER, Robert W. Integrated Approaches to Water Pollution: Lessons from the Clean Air Act, **Harvard Environmental Law Review**, n. 23, 1999, p. 240-250.

⁴²⁰ A esse respeito, Krell observa que uma decorrência da autonomia que a Constituição atribui aos entes federativos diz respeito à impossibilidade de leis de níveis federativos superiores exigirem determinadas ações de implementação de órgãos de entes estatais inferiores. Dentre as ações que supostamente estariam vedadas pelo sistema constitucional, incluem-se a criação de órgãos administrativos, a elaboração de planos de implementação, a criação de cargos, a contratação de servidores, a prestação de determinados serviços ou atividades – tais como a atividade de licenciamento – bem como a observância de certos padrões de qualidade. KRELL, Andreas J., **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental**, *op. cit.*, p. 105. Deste modo, como será visto, se leis nacionais não podem obrigar as administrações de entes estatais inferiores a produzir planos de implementação de políticas ambientais, estas poderão menos ainda impor planos federais às administrações estaduais e/ou municipais que omitirem-se em fazê-lo. As implicações destes obstáculos jurídicos à implementação de políticas públicas envolvendo a coordenação de entes federativos será abordada no capítulo seguinte.

de permitir uma decisão fundamentada do poder executivo antes da incidência de um regulamento-padrão. Além disso, a imposição de regulamentos-padrão em face da não observância de um prazo legislativo gera novas complexidades. Para que seja efetiva, a ameaça de aplicação de um regulamento-padrão deve ser real. Do contrário, a previsão de regulamentos-padrão pode enfraquecer o caráter coercitivo dos prazos procedimentais, além de criar oportunidades adicionais para um atraso ainda maior.

Quando brasileiros são questionados sobre determinadas leis ambientais e seu impacto, uma possível resposta é “essa lei não pegou.” A frase captura a comum lacuna entre realidade legal e realidade substantiva (Kathryn Hochstetler e Margaret Keck).⁴²¹

3. POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE E SEU DESENHO LEGISLATIVO

As ferramentas de desenho legislativo analisadas em caráter abstrato nos capítulos anteriores serão examinadas, neste capítulo, à luz de um caso concreto. O objeto de análise sobre o qual se debruçará o estudo de caso apresentado a seguir corresponde à Política Nacional do Meio Ambiente, disciplinada pela Lei n. 6.938/81. Esta lei, que recentemente completou trinta anos, vem ao longo de sua história sendo analisada por juristas sob um ponto de vista essencialmente dogmático, mais preocupados com a consistência teórica e lógica interna dos seus instrumentos do que com a sua aptidão para a realização dos objetivos aos quais supostamente deveria servir.

Além disso, comentaristas da Lei n. 6.938/81 tendem a adotar uma postura louvatória, ao invés de crítica, em relação aos seus instrumentos. Isso ocorre sobretudo porque autores tendem a atribuir a fatores não legislativos a causa da inefetividade das políticas ambientais. Em outras palavras, as leis ambientais são em geral consideradas adequadas e muito bem redigidas. Sob essa perspectiva, a ineficácia e inefetividade das leis ambientais decorreria, acima de tudo, de problemas não legislativos, tais como deficiências nos mecanismos de implementação das leis.⁴²² No entanto, parte-se aqui do pressuposto que uma lei para ser

⁴²¹ HOCHSTETLER, Kathryn; KECK, Margaret E. **Greening Brazil: Environmental Activism in State and Society**. Durham; London: Duke University Press, 2007.

⁴²² McAllister observa, nesse sentido, que no Brasil “as leis ambientais são fortes, porém as agências ambientais são fracas.” Para realizar esta afirmação, a autora se baseia na autoridade de juristas que defendem serem as leis ambientais brasileiras avançadas e sofisticadas, de modo que não se pode atribuir a estas a causa de sua inefetividade. Cf. McALLISTER, Lesley K. **Making Law Matter: Environmental Protection and Legal**

considerada bem desenhada deve estruturar adequadamente o mecanismo de implementação de uma política. Como já observado no capítulo anterior, uma lei elaborada de modo *top-down*, sem levar em consideração as contingências do processo de implementação, possivelmente será fadada ao insucesso. Deste modo, problemas de incapacidade administrativa e regulatória ou de insuficiência de recursos públicos devem ser, ainda que sob alcance limitado, endereçados pela lei. Além disso, a afirmação, também generalizada, de que as leis ambientais brasileiras são “fortes” não corresponde à realidade. A esse respeito, verifica-se que de nada adianta leis estabelecerem punições de diversos níveis para infratores de normas ambientais quando estas normas não possuírem clareza e assertividade, por exemplo. Deste modo, problemas de *enforcement* ou de implementação são agravados quando normas jurídicas não transmitem mensagens claras para administradores desprovidos de recursos e de capacidade técnica para suprir as deficiências do desenho normativo. Sob essa perspectiva, portanto, pode-se afirmar que as leis ambientais não são tão bem desenhadas como sustentam certos juristas.

Cumprido observar, no entanto, que este trabalho não abordará todos os instrumentos da Lei n. 6.938/81. Algumas inovações introduzidas pela Lei da PNMA, de fundamental importância para uma compreensão global do direito ambiental brasileiro – tais como a responsabilização administrativa e criminal dos autores de danos ambientais – não serão abordadas neste trabalho.⁴²³ Isso porque esta tese se destina especialmente a explorar as relações existentes entre desenho legislativo e comportamento burocrático. Interessa, para os propósitos deste trabalho, especialmente aqueles instrumentos da PNMA implementados primariamente pela Administração Pública, e não pelo Poder Judiciário. Além disso, optou-se, neste trabalho, por explorar especialmente aqueles instrumentos legislativos que dão margem a reflexões interessantes sobre processo e conteúdo, ou melhor dizendo, sobre procedimentos administrativos e regras e standards substantivos na regulação das políticas públicas. Deste

Institutions in Brazil. Stanford: Stanford University Press, 2008, p. 20-56. Hochstetler e Keck também se apóiam neste senso comum para afirmar que a ineficácia e inefetividade das leis ambientais brasileiras não decorrem de problemas de formulação legislativa. Cf. HOCHSTETLER, Kathryn; KECK, Margaret E. **Greening Brazil**, *op. cit.*, p. 51-57. No mesmo sentido, cf. KRELL, Andreas. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental**, *op. cit.*, p. 89.

⁴²³ Estes institutos associam-se também às inovações introduzidas posteriormente à Lei nº 6.938/81, tais como os instrumentos da Lei da Ação Civil Pública, de 1985, bem como os dispositivos constitucionais que fortaleceram e ampliaram a competência do Ministério Público para investigar e processar autores de danos ambientais. Embora de suma importância para uma avaliação global da efetividade do direito ambiental, estes instrumentos, pelos motivos já expostos, estão excluídos da presente análise.

modo, três instrumentos específicos da PNMA, quando conjuntamente analisados, atendem especificamente a estes propósitos: o licenciamento ambiental, o estudo de impacto ambiental (“EIA”) e padrões de qualidade ambiental. Deste modo, importantes instrumentos da PNMA – tais como o zoneamento ambiental e a criação de espaços territoriais de proteção e preservação ambiental⁴²⁴ – estão excluídos, por uma questão de delimitação de escopo, de uma análise mais detida neste trabalho.

Mantendo-se essas observações em mente, pretende-se analisar, neste e no próximo capítulo, o desenho legislativo da Política Nacional do Meio Ambiente.

3.1 Contexto de Promulgação da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente

Tendo em vista ter sido a lei da PNMA, ao menos parcialmente, influenciada por lei ambiental estrangeira preexistente, cumpre analisar o contexto no qual aquela veio a ser editada.

Até meados da década de 1970, havia poucas leis ambientais de significância no Brasil.⁴²⁵ Isso se explica, em parte, pelo viés desenvolvimentista-industrial da política econômica brasileira, a qual apenas tardiamente, e ainda assim de forma limitada, incorporou a premissa da sustentabilidade.⁴²⁶ No entanto, apesar da reputação de descaso com as questões

⁴²⁴ O zoneamento ambiental e a criação de espaços de proteção e preservação ambiental estão previstos, respectivamente, nos incisos II e VI do art. 9º da Lei n. 6.938/81.

⁴²⁵ O período pródigo de elaboração de leis ambientais dá-se a partir da criação da Secretaria Especial do Meio Ambiente, a SEMA, em 1973. Antes disso, no entanto, foram promulgadas esparsas, porém importantes, leis que reestruturaram o Código Florestal, o Código de Caça, o Código de Pesca, o Código de Mineração, bem como leis essenciais para a construção da Política Nacional de Saneamento. Após a criação da SEMA em 1973, merecem destaque o Decreto-lei n. 1.413/75, dispondo sobre controle de poluição do meio ambiente provocada por atividades industriais; Lei n. 6.513/77, criando áreas especiais e locais de interesse turístico; Lei n. 6.902/81, que dispõem sobre áreas de proteção ambiental; até o advento da lei n. 6.938/81. Para uma análise cronológica das leis ambientais promulgadas no Brasil, cf. DRUMMOND, José; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. *Brazilian Environmental Laws and Policies, 1934-2002: a critical overview*. **Law & Policy**, vol. 28, n. 1, jan. 2006, p. 83-108; WAINER, Ann Helen. **Legislação Ambiental Brasileira: subsídios para a história do direito ambiental**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

⁴²⁶ A lei da PNMA surgiu menos de uma década após a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente Humano realizada em Estocolmo em 1972, na qual o Brasil tornou-se o porta-voz dos países de terceiro mundo em defesa de seus interesses desenvolvimentistas. A delegação brasileira em Estocolmo defendeu duas teses, que terminaram sendo aceitas e que até hoje repercutem nas negociações internacionais envolvendo assuntos ambientais: a primeira, de que os então países de terceiro mundo não deveriam sacrificar o seu desenvolvimento em prol de um meio ambiente mais limpo; a segunda, de que os países desenvolvidos deveriam arcar com os custos de recuperação do meio ambiente. Para alguns, a atuação brasileira em Estocolmo foi interpretada como um descaso do governo para com as causas ambientais. Para outros, esta reflete mais uma preocupação em relacionar meio ambiente com desenvolvimento. Sobre esta última interpretação, cf. SANDERS,

ambientais, fato é que o governo federal deu início, ainda durante a vigência da ditadura militar, à construção de arranjos institucionais próprios para a proteção do meio ambiente.⁴²⁷ A primeira agência ambiental federal - a Secretaria Especial do Meio Ambiente (“SEMA”), foi criada no período, em 1973. A SEMA tornou-se responsável, desde a sua criação, pela coordenação de atividades de controle da poluição, desenvolvimento de standards de poluição, promoção de educação ambiental e de assistência a agências estaduais, bem como criação e manejo de áreas de conservação ambiental, as denominadas “estações ecológicas.” A SEMA foi comandada de 1973 a 1986 por Paulo Nogueira Neto, um cientista dotado de uma vasta rede de relacionamentos que lhe permitiu implementar incrementalmente uma política ambiental para o país apenas com base em seu prestígio e conhecimento técnico e sem o apoio do movimento ambientalista, visto como subversivo pelo regime militar.⁴²⁸ No entanto, apesar das reconhecidas habilidades políticas do Secretário do Meio Ambiente e de importantes avanços alcançados durante a sua gestão, verifica-se que a política ambiental edificou-se dentro dos marcados limites do modelo desenvolvimentista-industrial vigente no país. Tanto é assim que, como será visto, o regime de licenciamento ambiental – eleito como um dos principais instrumentos da Lei da PNMA – foi desenvolvido com base na experiência das agências ambientais do Estado do Rio de Janeiro, as quais especializaram-se quase que exclusivamente no controle da poluição provocada por atividades industriais.⁴²⁹

Por outro lado, um tratamento jurídico mais denso de proteção do meio ambiente foi influenciado por movimentos ambientalistas internacionais, os quais culminaram, em diversos países, na edição de leis ambientais muito mais fortes e pujantes.⁴³⁰

Thomas G. Development and Environment: Brazil and the Stockolm Conference. *In: Field Staff Reports, East Coast South America Series, 1973 apud* GUIMARÃES, Roberto P. **Ecopolitics of Development in the Third World: Politics and Environment in Brazil.** Boulder; London: Lynne Rienner Publishers, 1991, p. 149-150. Para uma abrangente análise da posição do governo brasileiro na conferência de Estocolmo, cf. GUIMARÃES, Roberto P. **Ecopolitics of Development in the Third World**, *op. cit.*, p. 147-157.

⁴²⁷ Hochstetler e Keck destacam que dezenove atos normativos com força de lei e vinte decretos presidenciais envolvendo matéria ambiental foram editados durante o regime militar. HOCHSTETLER, Kathryn; KECK, Margaret E. **Greening Brazil**, *op. cit.*, p. 24.

⁴²⁸ HOCHSTETLER, Kathryn; KECK, Margaret E. **Greening Brazil**, *op. cit.*, p. 28.

⁴²⁹ WANDEFORDE-SMITH, Geoffrey; MOREIRA, Iara Verocai. Subnational Government and EIA in the Developing World: Bureaucratic Strategy and Political Change in Rio de Janeiro. **Environmental Impact Assessment Review**, vol. 5, 1985, p. 228.

⁴³⁰ Observa-se, no entanto, que marcos institucionais importantes que antecederam a promulgação da lei da PNMA, como a criação da SEMA, decorreram de casuísmos manifestados no plano interno, tais como um sério problema de poluição no ar atmosférico provocado pelo funcionamento de uma fábrica de celulose, o qual deixou doente parte da população de Porto Alegre, cidade-natal do então chefe do gabinete civil João Leitão de Abreu. Alguns meses após o ocorrido, atendendo a pedido de Leitão de Abreu, o presidente Médici assinou um decreto

Nos Estados Unidos, uma série de leis ambientais que serviram de modelo para outros países foram promulgadas na década anterior à edição da lei sobre a PNMA. Merecem destaque, neste contexto, a promulgação da lei sobre a política nacional ambiental americana, a National Environmental Policy Act (“NEPA”), em 1969, a Lei do Ar Puro, em 1970, e as emendas à Lei da Água Pura, em 1972 e 1977.

Observa-se, nesse sentido, que um importante instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente – o Estudo de Impacto Ambiental (“EIA”) – é na verdade uma invenção americana, introduzida pela NEPA. A esse respeito, embora diversas leis ambientais americanas promulgadas anterior e posteriormente à NEPA tenham tido maior impacto do que esta última na prevenção e combate à poluição e degradação ambiental no território dos Estados Unidos, esta é indiscutivelmente a lei mais admirada e reproduzida internacionalmente. Isso se explica, ao menos em parte, pelo fato de que esta lei incorpora uma visão holística do direito ambiental,⁴³¹ e principalmente porque adota uma estrutura extraordinariamente simples. A NEPA determina que todos os órgãos do poder executivo considerem o impacto ambiental de suas atividades. Para tanto, estes órgãos devem preparar estudos de impacto ambiental para todas as suas ações e projetos que tenham o potencial de afetar significativamente o meio-ambiente.⁴³² Além disso, um órgão federal criado pela lei – o Conselho de Qualidade Ambiental - encarrega-se de formular as diretrizes para a implementação da NEPA, bem como de avaliar e prestar contas do desempenho dos entes governamentais em relação à observância desta lei.⁴³³

O arranjo institucional introduzido pioneiramente pela NEPA, que obriga os órgãos governamentais a adotarem procedimentos de avaliação de impacto ambiental para a tomada de suas decisões é atualmente adotado por 25 dos 51 estados americanos e por mais de 100

criando a SEMA. Sobre este episódio, cf. GUIMARÃES, Roberto P. **Ecopolitics of Development in the Third World**, *op. cit.*, p. 160-161.

⁴³¹ Uma decisão holística é aquela que considera conjuntamente questões de ordem ambiental, econômica, social, dentre outras, procurando atingir um denominador comum a partir de um sopesamento destas.

⁴³² Sob essa perspectiva, a exigência de estudo de impacto ambiental é considerada pela literatura americana como uma *action-forcing provision* que visa sobretudo forçar a Administração Pública federal a levar em consideração questões ambientais no seu processo de tomada de decisões. Conforme regulamento editado pelo Conselho de Qualidade Ambiental, o estudo de impacto ambiental constitui um instrumento *action-forcing* que tem por objetivo último “garantir que as políticas e os objetivos definidos na Lei sejam inseridos nos programas e ações em andamento do governo federal.” Cf. **Code of Federal Regulation**, vol. 40, § 1502.1, 1999.

⁴³³ Esta descrição resumida da NEPA foi extraída de PERCIVAL, Robert V. *et alli*. **Environmental Regulation**., *op. cit.*, p. 858-859.

(cem) países.⁴³⁴ Em parte, essa disseminação da exigência da avaliação de impacto ambiental, se deu, sobretudo em países em desenvolvimento, como resposta às pressões realizadas por organismos multilaterais como o Banco Mundial⁴³⁵ e o Fundo Monetário Internacional, bem como outras instituições financiadoras de desenvolvimento,⁴³⁶ as quais passaram a exigir a adoção do instrumento em troca de apoio financeiro.⁴³⁷ No Brasil, a exigência de realização de estudo de impacto ambiental foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro como resposta às demandas das agências financiadoras internacionais, mas não antes do governo brasileiro opor-se, por uma década e enquanto pode, a estas mudanças.⁴³⁸ Como observam Hochstetler e Keck, “as instituições ambientalistas introduzidas durante o regime militar tiveram de encontrar caminhos criativos para contornar a oposição de poderosas correntes desenvolvimentistas presentes tanto no Estado quanto na sociedade.”⁴³⁹

Observa-se, no entanto, que embora as regras procedimentais que norteiam a avaliação de impacto ambiental das ações governamentais possam se revelar semelhantes nos diversos países que as incorporam,⁴⁴⁰ a função e o papel exercido por estes estudos avaliativos pode, no entanto, variar drasticamente. Diferenças marcantes são observadas, deste modo, no papel assumido pelos procedimentos de estudo de impacto ambiental no Brasil e nos Estados Unidos. Nos Estados Unidos, a NEPA foi instituída para orientar o processo de tomada de decisões das agências governamentais no desempenho de suas “principais ações,”⁴⁴¹ as quais

⁴³⁴ PERCIVAL, Robert V. *et alli. Environmental Regulation*, *op. cit.*, p. 857.

⁴³⁵ No Brasil, EIA começaram a ser produzidos por exigência do Banco Mundial, antes mesmo deste instrumento ter sido incorporado à legislação ambiental federal e estadual.

⁴³⁶ PERCIVAL, Robert V. *et alli. Environmental Regulation*, *op. cit.*, p. 857. Para uma análise sobre a exigência do estudo de impacto ambiental pelas agências de fomento ao desenvolvimento, cf. CARPENTER, Richard A. Balancing Economic and Environmental Objectives: The Question is Still, How? **Environmental Impact Assessment Review**, v. 2, n. 2, 1981, p. 177-179.

⁴³⁷ WANDEFORDE-SMITH, Geoffrey; MOREIRA, Iara Verocai. Subnational Government and EIA in the Developing World, *op. cit.*, p. 224.

⁴³⁸ AGUIAR, Ana Maria Dias de; FOWLER, Harold G. Environmental Impact Assessment in Brazil. **Environmental Impact Assessment Review**, vol. 13, 1993, p. 170.

⁴³⁹ HOCHSTETLER, Kathryn; KECK, Margaret E. **Greening Brazil**, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁴⁰ Carpenter observa, a esse respeito, que países em desenvolvimento, ao menos nos estágios iniciais de incorporação da exigência de estudo de impacto ambiental às políticas ambientais nacionais, procuraram adaptar as técnicas de aquisição e organização de informação e avaliação de impacto ambiental praticadas pelas nações mais desenvolvidas. Autores chamam a atenção para o alcance limitado da incorporação destas práticas, as quais foram formuladas em contexto muito diverso daquele encontrado nos países em desenvolvimento. Cf. CARPENTER, Richard A. Balancing Economic and Environmental Objectives, *op. cit.*, p. 181-183; WANDEFORDE-SMITH, Geoffrey; MOREIRA, Iara Verocai. Subnational Government and EIA in the Developing World, *op. cit.*, p. 225.

⁴⁴¹ A NEPA refere-se, no parágrafo 4332, (C), às “principais ações federais” (*major federal actions*) que afetem significativamente a qualidade do meio ambiente. Percival observa estar assentado na jurisprudência americana o

englobam não só programas, políticas e projetos financiados e executados diretamente pelo governo federal, mas também projetos de grande vulto – tais como os de infraestrutura – que dependam de autorização governamental para sua operacionalização. Deste modo, a exigência de estudo de impacto ambiental surge como um mecanismo para forçar o governo federal a desempenhar suas atividades de modo ecologicamente sustentável, por meio do sopesamento de valores ecológicos com outros interesses nacionais e da mitigação dos efeitos deletérios de uma determinada ação ao meio ambiente.⁴⁴²

Este regime, que adota uma perspectiva holística na formulação de estudos de impacto ambiental das ações do governo, não constitui, ao contrário do caso brasileiro, um sistema regulatório propriamente dito. A exigência de impacto ambiental não está atrelada, no contexto americano, à atividade de licenciamento ambiental, em nada se confundindo com esta. Para tornar esta observação mais clara, considera-se o exemplo de uma empresa que tenha a intenção de instituir uma planta industrial nos Estados Unidos. Esta empresa, para instalar-se e iniciar suas atividades, será submetida a uma série de regimes regulatórios especializados, todos estes baseados em regras e standards definidos previamente em lei ou em regulamentos formulados pelas agências ambientais. Sendo assim, uma empresa americana que, por exemplo, tenha por objeto social a produção e comercialização de papel e celulose e que deseje instituir uma planta industrial deverá obter perante as autoridades ambientais licenças distintas para iniciar as suas atividades – uma licença que será emitida sob o regime da Lei do Ar Puro, uma licença emitida sob o regime da Lei da Água Pura e outra licença emitida sob o regime da Lei de Conservação e Recuperação de Resíduos. Estas leis e seus

fato de que o termo “ação principal federal” não se refere apenas aos projetos financiados ou diretamente executados pelo governo federal. O termo também inclui projetos privados que requeiram aprovação, assistência, coordenação e regulação federal, assim como engloba programas, políticas e regulamentos federais. Como observa Percival, o Conselho de Qualificação Ambiental identificou quatro categorias de “ação federal principal,” a saber: 1. “Adoção de uma política oficial, por meio de regras, regulações, e interpretações adotadas em conformidade com a Lei de Processo Administrativo (...); tratados e convenções ou acordos internacionais (...); 2. Adoção de planos formais, tais como documentos oficiais preparados ou aprovados por agências federais que guiam ou prescrevem usos alternativos de recursos federais, nas quais as ações futuras da agência serão baseadas; 3. Adoção de programas, tais como um grupo de ações concertadas para implementar um plano ou uma política específica; decisões sistemáticas e conectadas do órgão alocando recursos para implementar um programa legislativo específico ou uma diretiva executiva; 4. Aprovação de projetos específicos, tais como a construção e a administração de atividades localizadas em uma área geográfica definida. Os projetos incluem ações aprovadas por permissão ou outra decisão regulatória assim como atividades federais ou atividades assistidas pelo governo federal. Cf. PERCIVAL, Robert V. *et alli*. **Environmental Regulation**., *op. cit.*, p. 870.

⁴⁴² LINDSTROM, Matthew J. Procedures Without Purpose: The Withering Away of the National Environmental Policy Act’s Substantive Law. *Journal of Land, Resources and Environmental Law*, vol. 20, 2000, p. 255.

respectivos regulamentos estabelecem, respectivamente, regras e standards que oferecem parâmetros e limites quanto aos níveis de emissão de poluentes no ar atmosférico e nos recursos hídricos, bem como quanto ao modo de armazenamento e tratamento de resíduos industriais. Do mesmo modo, um projeto de infraestrutura considerado, de acordo com o regime da NEPA, como uma “ação principal federal” – tal qual uma planta produtiva de energia nuclear – também deverá submeter-se possivelmente a mais de um regime regulatório, com destaque para aqueles da Lei do Ar Puro e da Lei da Água Pura. Antes disso, no entanto, um projeto desta natureza deverá ser submetido a um estudo de impacto ambiental para que a agência federal competente – não necessariamente uma agência ambiental - possa averiguar a viabilidade e necessidade de sua implementação. Esta análise de impacto ambiental se dá, portanto, previamente e de modo totalmente independente à concessão de licenças ambientais. Deste modo, se um órgão da Administração, ao realizar o EIA, identificar existirem soluções alternativas à realização de um determinado projeto, este sequer será implementado, e, portanto, não será submetido ao processo de licenciamento ambiental. Como observa Lindstrom, “a NEPA não é regulatória como muitas outras leis ambientais específicas;⁴⁴³ ao contrário, esta visa orientar comportamentos e decisões, não necessariamente microgerir as agências.”⁴⁴⁴ Os procedimentos de estudo de impacto ambiental e de licenciamento ambiental são, portanto, distintos no contexto americano. Tanto é assim que a principal agência ambiental americana, a EPA,⁴⁴⁵ tem sido dispensada pelos tribunais de observar a NEPA, e portanto de realizar estudos de impacto ambiental, sob o fundamento de que esta entidade, em razão de sua missão institucional, já considera o impacto ambiental no processo de formulação de suas decisões.⁴⁴⁶ Uma das vantagens deste modelo é a de que estudos de impacto ambiental são concebidos como instrumentos para o planejamento e a tomada de decisões racionais de todos os órgãos do governo.

⁴⁴³ A esse respeito, Caldwell, um dos consultores responsáveis por redigir a NEPA, observa que esta lei, embora estabeleça o curso para a ação pública, não se confunde com uma lei regulatória. CALDWELL, Lynton K. Beyond NEPA: Future Significance of the National Environmental Policy Act. **Harvard Environmental Law Review**, vol. 22, 1998, p. 204.

⁴⁴⁴ LINDSTROM, Matthew J. Procedures Without Purpose, *op. cit.*, p. 264.

⁴⁴⁵ Abreviação para *Environmental Protection Agency*.

⁴⁴⁶ PAYNE, Melaney. Critically Acclaimed but not Critically Followed: The Inapplicability of the National Environmental Policy Act to Federal Agency Actions: *Douglas County v. Babbitt*. **Villanova Environmental Law Journal**, vol. 7, p. 339.

Razões conjunturais explicam a incorporação do EIA aos procedimentos de licenciamento ambiental no Brasil. Este arranjo foi uma iniciativa da Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente, a FEEMA, agência ambiental do Rio de Janeiro, a qual instituiu um Sistema de Licenciamento Ambiental (“SLAP”) que anos mais tarde seria adotado, em seus aspectos mais essenciais, pelo governo federal. A FEEMA herdou estruturas administrativas das agências ambientais dos Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro, que se uniram no início dos anos 1970, as quais haviam desenvolvido programas particularmente bem desenvolvidos de controle de poluição industrial. Estas agências haviam estabelecido requisitos para o licenciamento de fontes de poluição industrial, os quais foram aperfeiçoados e simplificados para a criação do SLAP. Simultaneamente, os gestores da FEEMA manifestaram a intenção de incorporar outros instrumentos de política ambiental, tais como o EIA, para o desempenho das atividades da instituição. No entanto, como a FEEMA era uma instituição especialmente vocacionada para o controle da poluição industrial, esta terminou por vincular o EIA ao SLAP.

Em 1981, é aprovada a Lei nº 6.938/81, cujo desenho institucional sofreu influência do modelo regulatório do Estado do Rio de Janeiro anteriormente exposto. A Lei n.º 6.938/81 foi originalmente minutada no âmbito interno da SEMA e alterada em diversos aspectos por congressistas comprometidos com a causa ambiental. Embora, como será visto, a Lei da PNMA não tenha vinculado expressamente as avaliações de estudo de impacto ambiental aos procedimentos de licenciamento, esta tampouco negou esta possibilidade, já que não explicitou como estes instrumentos deveriam ser empregados. Consequentemente, como será visto, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (“CONAMA”), órgão responsável por regulamentar a lei da PNMA, acabará preenchendo os espaços vazios da lei, incorporando a práticas institucional da FEEMA de estruturar a política ambiental em torno de procedimentos de licenciamento ambiental.

3.2 Objetivos da Lei n. 6.938/81

A Política Nacional do Meio Ambiente, tal qual disciplinada pela Lei nº 6.938/81, possui objetivos múltiplos, não necessariamente convergentes. Este é o caso, por exemplo, do

primeiro objetivo disciplinado em seu artigo 4º, I, que estabelece que a PNMA visa compatibilizar desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.⁴⁴⁷ Embora os propagadores da teoria do desenvolvimento sustentado defendam uma perfeita compatibilidade entre estes objetivos, fato é que a Lei da PNMA, tanto originalmente quanto em versões modificadas, não oferece parâmetros adequados que permitam solucionar, com um mínimo de segurança e previsibilidade, situações concretas nas quais haja tensão ou conflito entre estas duas finalidades. Além disso, os objetivos da Lei da PNMA possuem redação genérica, e portanto não são capazes de orientar, por si só, o comportamento dos administradores encarregados de sua implementação.⁴⁴⁸

A ausência de instrumentos na lei da PNMA que permitam concretizar e hierarquizar objetivos genéricos e potencialmente conflitantes pode derivar, por um lado, de uma postura cínica de atores políticos fortemente comprometidos com os setores industriais supostamente mais atingidos com o fortalecimento do direito ambiental. Nesse sentido, uma legislação principiológica, de baixa densidade normativa e não auto-aplicável,⁴⁴⁹ confere reputação e

⁴⁴⁷ A Lei nº 6.938/81 estabelece como os demais objetivos da PNMA: a. definição de áreas prioritárias de ação governamental relativa à qualidade e ao equilíbrio ecológico, atendendo aos interesses da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios (ar. 4º, II); b. estabelecimento de critérios e padrões de qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo de recursos ambientais (art. 4º, III); c. desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais (art. 4º, IV); d. difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, divulgação de dados e informações ambientais e formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico (art. 4º, V); e. preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida (art. 4º, VI); f. imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos (art. 4º, VII).

⁴⁴⁸ Como observado no capítulo anterior, objetivos constituem guias seguros para a ação administrativa quando são interpretados pelos destinatários da lei como meios de ação. Isso ocorre, por exemplo, quando objetivos são formulados sob a forma de padrões de performance. Cf. RUBIN, Edward. *Law and Legislation in the Administrative State*, *op. cit.*, p. 412-413.

⁴⁴⁹ Observa-se, a esse respeito, que os raros instrumentos de caráter substantivo presentes na lei da PNMA foram objeto de intensos debates entre os parlamentares. Embora a proposta de emenda n. 35, de autoria do deputado Horácio Ortiz, que pretendia incluir artigo prevendo a responsabilidade penal da pessoa jurídica por danos ambientais, tivesse sido unanimemente aprovada pelos membros da Comissão encarregada de relatar o anteprojeto, esta terminou não sendo incorporada ao texto definitivo da Lei da PNMA, por razões não declaradas, porém facilmente especuláveis. Disputas desta sorte revelaram-se praticamente inexistentes em relação aos dispositivos vagos ou não substantivos desta lei. Sobre as discussões em torno da emenda nº 35, cf. BRASIL, **Diário do Congresso Nacional**, 8 ago. 1981, p. 1529-1530; BRASIL, **Diário do Congresso Nacional**, 13 ago. 1981, p. 1591-1595; BRASIL, **Diário do Congresso Nacional**, 18 ago. 1981, p. 3659.

visibilidade a certos atores políticos sem que estes, no entanto, deixem de servir aos grupos de interesse que os apóiam.

No entanto, não se pode desconsiderar o fato de que fatores externos à dinâmica das disputas políticas também contribuam para as feições intransitivas do desenho da lei da PNMA. Nesse sentido, o caráter intransitivo da lei da PNMA reflete, em certa medida, uma certa visão sobre como devem ser redigidas as leis que disciplinam as políticas públicas. De acordo com este imaginário, a lei da PNMA não seria propriamente uma “lei,” mas sim uma “política.”⁴⁵⁰ Como observa Caldwell, um dos autores da NEPA, uma lei com tais feições não orienta a ação administrativa de modo tradicional, por meio da imposição de regras e standards substantivos.⁴⁵¹ Os objetivos de uma lei de tal sorte “não podem [portanto] ser realizados por meios técnicos e são raramente realizados por meio de respostas imediatas.”⁴⁵² Isso ocorre porque uma lei nacional de política ambiental destina-se a situações futuras desconhecidas e permeia uma série de problemas de ordem econômica, demográfica, ecológica, estética e ética etc.⁴⁵³

No entanto, uma lei tal qual descrita por Caldwell não pode subsistir isoladamente. Esta lei deve ser complementada, como de fato ocorre nos Estados Unidos, por outros atos normativos que ou prevêm regras e standards de caráter substantivo, ou estabelecem os parâmetros de formulação destes critérios substantivos com o objetivo de orientar o comportamento tanto da Administração quanto dos administrados na implementação de políticas ambientais. Como já observado, a Lei da PNMA não visa a somente estabelecer princípios e diretrizes de proteção ambiental para concretização futura. Esta lei visa também a disciplinar o modo como a política ambiental será regulada em situações concretas. Neste particular, a Lei nº 6.938/81 cumpre este papel de modo muito modesto, delegando aos órgãos de formulação e implementação da política ambiental o preenchimento das suas diversas lacunas legais, não só em relação a aspectos substantivos, mas também em relação a questões procedimentais, como será melhor explicitado adiante.

⁴⁵⁰ A esse respeito, o senador Milton Cabral, relator do Projeto da lei da PNMA, observou publicamente, em sessão plenária, que não se poderia esperar que esta fosse uma lei perfeita, afinal trata-se antes de tudo de uma política. Cf. Discurso de Milton Cabral, **Diário do Congresso Nacional**, 13 ago. 1981, p. 1592.

⁴⁵¹ CALDWELL, Lynton K. *Beyond NEPA: Future Significance of the National Environmental Policy Act*, op. cit., p. 204.

⁴⁵² *Idem*, p. 204.

⁴⁵³ *Idem, Ibidem*, p. 204.

Entre juristas brasileiros, inclusive, predomina uma racionalidade na qual valorizam-se princípios, objetivos e diretrizes de uma lei em detrimento de uma maior especificação das demais instrumentalidades normativas. Alguns juristas repugnam, inclusive, a idéia de que leis devam antecipar os detalhes pertinentes ao processo de implementação das políticas públicas, os quais, segundo esta racionalidade, são materialmente próprios de atos do poder executivo. Em matéria ambiental, como visto, juristas tendem a elogiar o desenho institucional das “leis-âncora,”⁴⁵⁴ ou leis-quadro,⁴⁵⁵ as quais conferem ampla discricionariedade para a Administração Pública para implementar a política ambiental. Isso se deve, como já brevemente observado, a uma descrença generalizada da lei enquanto instrumento de coordenação e estruturação da vida pública, acompanhada de uma excessiva valorização dos princípios jurídicos – sobretudo os constitucionais - para a realização dos mesmos propósitos.

Rubin argumenta que o desenho de leis bem formuladas no tocante aos seus objetivos, porém deficientes no que diz respeito a seus instrumentos, pode ser uma estratégia adequada sobretudo quando os legisladores possuírem pleno conhecimento dos primeiros e significativa ignorância dos últimos.⁴⁵⁶ Neste caso, a formulação de uma lei que estabeleça com clareza os objetivos de uma política, porém que delegue a escolha das instrumentalidades ao mecanismo de implementação, se revelará, na visão de Rubin, a estratégia mais efetiva.⁴⁵⁷ Observa-se, no entanto, que Rubin receita tal estratégia para entes políticos nos quais a Administração Pública tem plenas condições de preencher eventuais lacunas legais e é fortemente monitorada e controlada pelos demais poderes. No entanto, isto não elimina o risco, mesmo para o contexto ao qual Rubin se refere, de que objetivos vaga e genericamente estabelecidos sejam continuamente reformulados para atender a interesses particularísticos e não condizentes com o espírito propriamente dito da lei.

3.3 Federalismo Ambiental: o Sistema Nacional do Meio Ambiente

⁴⁵⁴ MEDAUAR, Odete. O Ordenamento Ambiental Brasileiro. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; TELES DA SILVA, Solange; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI**: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros; IEDC, 2005, p. 698.

⁴⁵⁵ SANTOS, Fábio Ribeiro dos. **O Poder Normativo do Conselho Nacional do Meio Ambiente** – CONAMA. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 66.

⁴⁵⁶ RUBIN, Edward. *Law and Legislation in the Administrative State*, *op. cit.*, p. 412.

⁴⁵⁷ *Idem*, p. 412.

A Lei n. 6.938/81 previu um regime não usual, para a época em que foi promulgada, de repartição de atribuições para a implementação de uma política pública. Esta lei previu que as atividades normativas e de execução da política ambiental seriam desempenhadas por órgãos que fariam parte do Sistema Nacional do Meio Ambiente, o “SISNAMA.” Embora a criação de um modelo de repartição de competências “sistêmico” fosse incomum para a época,⁴⁵⁸ a racionalidade a este subjacente era a mesma de outras leis de organização administrativa elaboradas durante o regime militar. Durante este período, prevaleceu a lógica de que era preciso concentrar no governo federal a atividade de formulação das políticas e descentralizar para os estados a sua execução.⁴⁵⁹

No entanto, a descentralização perpetrada pelos governos militares era marcada por instabilidade e precariedade. O convênio, eleito o instrumento por excelência de descentralização administrativa do governo federal para os governos estaduais,⁴⁶⁰ possuía e ainda possui uma estrutura rígida, unilateral e temporária,⁴⁶¹ e, portanto, inadequada para o exercício colaborativo de funções estatais em caráter permanente. O SISNAMA, dado o seu caráter permanente, foi instituído para eliminar tal contingência e para, de certo modo, coroar uma prática institucional introduzida pela Constituição de 1934, porém não adotada pela

⁴⁵⁸ A esse respeito, assim se manifestou o senador Milton Cabral, relator da comissão mista incumbida de examinar e emitir o projeto de lei da PNMA: “Em verdade, trata-se de uma iniciativa pioneira: é a primeira vez que este País terá definida, em Lei, uma Política do Meio Ambiente com os organismos normativos, e de execução, dentro de uma organização sistêmica.” **Diário do Congresso Nacional**, 8 ago. 1981, p. 1525.

⁴⁵⁹ Como já observado, a descentralização administrativa foi um dos lemas mais defendidos pelos autores do Decreto-Lei nº 200/67, a qual deveria se dar em três níveis: 1. Descentralização dentro dos quadros da Administração, também conhecida no jargão jurídico como “desconcentração administrativa;” 2. Descentralização para a órbita privada, por meio da contratação de bens e serviços de terceiros; 3. Descentralização para os governos locais, por meio da celebração de convênios. SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. *Reforma Administrativa de 1967*, *op. cit.*, p. 464-469. A respeito da última modalidade de descentralização, que impacta diretamente as relações federativas, assim se manifestou Hélio Beltrão, um dos principais autores do Decreto-lei nº 200/67: “(...) é necessário proclamar o princípio de que toda a vez que exista órgão estadual ou municipal aparelhado para executar determinada atividade ou serviço, o governo federal, em vez de intrometer-se na execução, deve celebrar convênios com os Governos locais (ou contrato com a órbita privada, se for o caso). BELTRÃO, Hélio. *Considerações Preliminares*. Documento I apresentado à Comestra em 20 de outubro de 1964. In: **Reforma Administrativa**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1968, p. 39.

⁴⁶⁰ Além do convênio, a Constituição de 1967 previa a possibilidade de a União, mediante acordo, transferir a funcionários dos estados a execução de leis e serviços.

⁴⁶¹ A respeito das inúmeras deficiências dos convênios para disciplinar parcerias entre entes federativos e entre a União e entidades do terceiro setor, cf. SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. *Avaliação Legislativa no Brasil*, *op. cit.*

Constituição de 1967, tampouco por sua Emenda n. 1/69,⁴⁶² de distribuição de competências executivas comuns ou concorrentes. A extensão desta prática para outras políticas sociais seria, inclusive, amplamente defendida pelos atores envolvidos no processo de redemocratização, o que culminou na previsão de um extenso rol de competências materiais comuns na Constituição de 1988.⁴⁶³

A Lei nº 6.938/81 não detalhou as regras de funcionamento do SISNAMA, estabelecendo apenas suas diretrizes gerais. A Exposição de Motivos desta lei, subscrita pelo então Ministro do Interior Mário David Andreazza, assim descreveu o modo de operação deste sistema:⁴⁶⁴

Por seus objetivos, fica determinado, em linhas gerais, que a ação do Governo Federal será, sobretudo, normativa e coordenadora, cabendo preferencialmente aos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, tarefas executivas. À União se reserva o direito de exercer, supletivamente, ações de caráter executivo, se por alguma razão essas não puderem ser realizadas satisfatoriamente pelas demais esferas governamentais.

A lei da PNMA prevê, portanto, a existência de um órgão regulador principal – o Conselho Nacional do Meio Ambiente, o CONAMA, e estabelece um papel subsidiário aos conselhos ambientais estaduais existentes ou constituídos após a sua promulgação. Além do CONAMA e dos conselhos estaduais, fazem também parte do SISNAMA as agências ambientais estaduais e municipais, às quais são atribuídas as atividades de licenciamento, monitoramento e fiscalização de atividades potencialmente poluidoras ou degradantes ao meio ambiente. À SEMA e ao Instituto Brasileiro de Engenharia Florestal, o IBDF, os quais foram posteriormente extintos e substituídos pelo IBAMA,⁴⁶⁵ foram atribuídas atividades executivas subsidiárias. A função executiva ou material destes órgãos foi, portanto, planejada para ser

⁴⁶² Para uma narrativa cronológica da disciplina da repartição de competências nas constituições brasileiras, cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo, Atlas, 2000, p. 55-59.

⁴⁶³ Além das competências materiais comuns previstas no art. 23 e em alguns outros artigos esparsos, a Constituição também previu expressamente a instituição de outros sistemas cooperativos, com destaque, para os propósitos deste trabalho, ao Sistema Nacional do Gerenciamento dos Recursos Hídricos (artigo 21, XIX) e ao Sistema Único de Saúde (art. 198).

⁴⁶⁴ Mensagem nº 62, de 1981-CN. **Diário do Congresso Nacional**, 9 jun. 1981, p. 1120.

⁴⁶⁵ Cf. tabela 3.1 abaixo.

exercida apenas nos casos em que as agências ambientais estaduais não dispusessem de capacidade institucional adequada.⁴⁶⁶

À primeira vista, o sistema de distribuição de competências instituído pela lei da PNMA demonstrou-se avançado, na medida que encampou os ideais do federalismo dito cooperativo, marcado pelo compartilhamento – e não pela exclusão – de tarefas entre os entes federativos. Ocorre, no entanto, que as diretrizes gerais previstas pela PNMA, embora necessárias, revelam-se na prática insuficientes para disciplinar situações complexas envolvendo a atuação conjunta dos entes federativos. Como será melhor detalhado no capítulo seguinte, as lacunas da lei n. 6.938/81, no que diz respeito ao modo como o SISNAMA deverá operar diante dos problemas mais usuais, envolvendo a implementação da política ambiental, somadas a entraves de natureza jurídico-constitucional, propiciam não raras vezes efeitos perversos. Diante da omissão do Poder Legislativo neste particular, os implementadores da lei da PNMA – especialmente os gestores ambientais e os membros do Ministério Público – terminam por serem os atores que de fato detém poder decisório – nem sempre exercido adequadamente – para estabelecer os contornos da estruturação e funcionamento do SISNAMA.

Além disso, à ausência de um regime específico na lei da PNMA que discipline o modo de funcionamento do SISNAMA, acresce-se fatores de ordem jurídico-constitucional que tem o potencial de inviabilizar ainda mais o federalismo ambiental cooperativo. A Constituição de 1988 instituiu um regime demasiadamente complexo de repartição de competências entre os entes federativos. Em matéria ambiental, a Constituição atribuiu competências materiais (executivas) e legislativas aos entes federativos. De acordo com o texto constitucional, União, Estados e Municípios possuem competências materiais *comuns* para proteger e combater qualquer forma de poluição, bem como para preservar florestas, a fauna e a flora.⁴⁶⁷ Além disso, a União, os Estados e o Distrito Federal são competentes para

⁴⁶⁶ Essa função subsidiária do IBAMA se confirmou na prática. Como constatou McAllister, “[n]os estados onde a capacidade institucional é mais amplamente desenvolvida, o papel do IBAMA é limitado. Nos estados onde a capacidade institucional é deficiente, particularmente os estados da região da Amazônia, o papel do IBAMA é significativo ...” McAllister, Lesley K. **Making Law Matter**, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁶⁷ As competências comuns em material ambiental estão arroladas no art. 23 da Constituição Federal. Além do meio ambiente natural, União, Estados e Municípios também possuem competências executivas comuns em relação à proteção do meio ambiente cultural, e portanto estão autorizados a compartilhar esforços em prol da proteção de obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, as quais também incluem monumentos, paisagens naturais e sítios arqueológicos.

legislar, de modo *concorrente*,⁴⁶⁸ sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição. Ao município não é atribuída expressamente competência legislativa em matéria ambiental, embora juristas defendam, a partir de uma interpretação sistemática e integrativa da Constituição, que governos locais também podem legislar supletivamente sobre a matéria.⁴⁶⁹

A solução adotada pela Constituição de 1988, a qual atribuiu competências executivas e legislativas a todos os entes federativos, não só confirmou a proposta de federalismo cooperativo anteriormente introduzida pela lei do PNMA, como também a elevou às últimas [e irrefletidas] consequências. No entanto, ver-se-á que o arranjo institucional introduzido pela Constituição de 1988 não se presta a um federalismo cooperativo efetivo. Um olhar atento às propostas de federalismo introduzidas pela lei da PNMA e pela Constituição de 1988 permite identificar que ambas não só não são idênticas, como também a primeira, como explicarei a seguir, revela-se potencialmente mais adequada do que a segunda para estruturar as políticas públicas. Essa afirmação não deve causar estranhamento, sobretudo se se levar em consideração que a lei da PNMA foi redigida por integrantes da SEMA, familiarizados com os problemas de implementação da política ambiental, ao passo que a Constituição Federal, no tocante ao regime de repartição de competências, foi redigida mais para atender a aspirações normativas de descentralização do que para solucionar problemas de formulação e implementação de políticas públicas.⁴⁷⁰

A lei da PNMA, como já observado, instituiu um sistema de repartição de competências no qual se atribuiu, de modo preferencial, funções normativas e de planejamento à União e executivas aos Estados, Distrito Federal e municípios. Embora este arranjo

⁴⁶⁸ As competências legislativas concorrentes estão arroladas no art. 24 da Constituição.

⁴⁶⁹ Juristas entendem que esta competência deriva do art. 30, VIII, da Constituição, que confere aos municípios competência para promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano, bem como o art. 182, que outorga aos governos locais poderes para formular a política de desenvolvimento urbano e estabelecer o plano diretor. Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 81-82.

⁴⁷⁰ Celina Souza, a esse respeito, observa que nenhuma das Comissões da Assembléia Nacional Constituinte encarregadas de lidar com questões federativas promoveu um adequado debate acerca de como o federalismo cooperativo com tendências descentralizadoras deveria ser de fato implementado. Cf. SOUZA, Celina. **Federalismo e Decentralização na Constituição de 1988: Processo Decisório, Conflitos e Alianças**. **Dados**, Rio de Janeiro, vol. 44, n. 3, 2001, p. 522-523, 525, 547-548. A isso soma-se o fato de que dispositivos constitucionais envolvendo repartição de competências foram redigidos por juristas, os quais tendem a olhar para o problema federativo por um viés dogmático, geralmente descolado da realidade administrativa. Sobre o envolvimento de juristas na redação do sistema de repartição de competências na Constituição de 1988, cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**, *op. cit.*, p. 63-73.

institucional tenha privilegiado, ainda que de forma suavizada,⁴⁷¹ uma certa feição centralizadora do processo de formulação de políticas públicas, fato é que esta solução legislativa, caso fosse devidamente aplicada, tenderia ao menos a evitar o desperdício de esforços que uma superposição de competências em matéria ambiental pode acarretar. Já o regime de repartição de competências instituído pela Constituição de 1988 opera sob lógica inversa, a qual privilegia a superposição – ao invés da repartição propriamente dita – de funções executivas, bem como uma ausência de definição acerca das funções de planejamento e coordenação das políticas públicas. Como será analisado no capítulo seguinte, esta superposição de funções tem efeitos perversos, já que sob o pretexto de que todos os entes federativos podem agir, estes terminam ou não agindo, ou atuando desconcertadamente.

Por ora, cumpre identificar no que consiste o regime de repartição de competências executivas e legislativas previsto na Constituição de 1988. No que diz respeito às competências executivas ou materiais, prevê a Constituição, em seu art. 23, que estas serão *comuns* a todos os entes federativos. Embora a Constituição não explicita o que entende por competência *comum*, juristas logo tratam de conferir sentido ao termo. No contexto da política ambiental, competências comuns são aquelas exercidas de modo cooperativo e em “pé de igualdade” entre os três entes federativos, sendo vedada a interferência de um governo sobre o outro. Sendo assim, com base nesta interpretação do art. 23, cada esfera de governo possui ampla autonomia para executar a política ambiental dentro das limitações do seu território. Levado ao extremo, esta visão – diga-se competitiva-predatória, e não propriamente cooperativa – do federalismo ambiental conduz a raciocínios como o desenvolvido por Krell a seguir:

O município possui competência de licenciar qualquer empreendimento ou atividade no seu território (até – se tiver – uma usina nuclear!), independentemente de se o mesmo será desenvolvido em áreas pertencentes ou sob controle especial da União ou do estado (v.g.: terrenos de marinha). Qualquer atividade industrial, comercial ou de construção civil – entre outras – desenvolvida no território do município, afeta imediatamente o interesse local. E o fato de que os impactos de uma atividade (efluentes, emanações etc.) ultrapassem os limites

⁴⁷¹ Como será analisado no item seguinte, não se pode atribuir um caráter exclusivamente centralizador às decisões proferidas pelo principal órgão normativo do SISNAMA – o CONAMA – já que este órgão é também representado por membros dos Conselhos Estaduais de Política Ambiental.

do seu território, não afasta de forma alguma a competência municipal para licenciar o empreendimento ou a atividade.⁴⁷²

À primeira vista, este raciocínio pode parecer lógico, já que se espelha no princípio da autonomia administrativa dos entes federativos. Operacionalmente, no entanto, este nada contribui para uma atuação coordenada dos entes federativos. Se por competências materiais comuns compreendem-se as atividades administrativas a serem exercidas sem nenhum nível de hierarquização e coordenação entre os entes federativos, muito pouco se pode esperar em relação aos resultados da implementação da PNMA, tendo em vista que os problemas ambientais não se circunscrevem às fronteiras geográficas dos territórios de cada esfera de governo.

Além disso, o raciocínio de que a atribuição de uma atividade coordenadora à União ameaça a autonomia administrativa dos governos regionais e locais não está atrelado à teoria federalista em si, mas sim ao modelo de federalismo praticado no Brasil, o qual é associado, por razões histórico-conjunturais, ao fenômeno da descentralização. Este não é, por exemplo, o caso do federalismo praticado nos Estados Unidos. Neste país, o regime constitucional americano garante a supremacia da Constituição, das leis federais e dos tratados em relação à Constituição e às leis estaduais,⁴⁷³ o que na prática significa que o Congresso pode, mediante lei, extinguir ou limitar as competências legislativas e administrativas dos estados acerca de uma determinada matéria, ainda que esta seja simultaneamente de interesse local. Na prática, o uso da *supremacie clause* é utilizado pelo congresso americano casuisticamente e não transversalmente, de modo que os poderes dos estados só são restringidos ou limitados a partir da edição de leis sobre políticas públicas específicas. Isso conduz a um complexo, porém inventivo processo legislativo no qual as leis federais disciplinam as relações intergovernamentais de inúmeras e variadas formas.

⁴⁷² KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental**, *op. cit.*, p. 116-117.

Seguindo raciocínio semelhante, Bessa Antunes considera não ser mais possível, desta a promulgação da Constituição de 1988, que o IBAMA supervisione a atividade de licenciamento dos estados, tal como previsto no art. 8º, I, da Lei n. 6.938/81. Segundo o autor, “o regime constitucional de 1988 não admite tal supervisão, pois os estados e municípios são autônomos em face da União.” ANTUNES, Paulo Bessa. **Política Nacional do Meio Ambiente**: comentários à lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 103.

⁴⁷³ Este princípio é referido no jargão jurídico americano como *supremacie clause*, o qual é extraído do seguinte dispositivo constitucional: “Esta Constituição, e as Leis dos Estados Unidos que forem elaboradas para sua implementação, bem todos os tratados celebrados, ou que devam ser celebrados, sob a autoridade dos Estados Unidos, são a Lei suprema do território; e os juízes em cada Estado estão a elas submetidos, não obstante qualquer dispositivo contrário na Constituição e nas Leis de cada Estado.”

À título de exemplo, observa-se duas leis federais americanas que visam a enfrentar o problema da poluição – a Lei do Ar Puro e a Lei da Água Pura.⁴⁷⁴ Ambas as leis disciplinam o modo como o governo federal, por meio de suas agências, irá atuar conjuntamente com os governos estaduais para a realização dos seus objetivos.

A Lei do Ar Puro confere, por exemplo, competência à agência federal ambiental, a EPA, para definir os padrões aceitáveis de concentração no ar de determinados poluentes, os quais deverão ser observados em todo o território nacional. Esta lei delega, por sua vez, às agências estaduais a competência para estabelecer planos visando atingir os padrões de qualidade ambiental do ar estabelecidos previamente pela EPA. Para tanto, os planos estaduais deverão, por exemplo indicar os limites de emissão de poluentes que deverão ser observados pelos poluidores para cumprir as metas estabelecidas pela EPA. No entanto, a lei atribuiu à própria EPA a competência para definir os limites de emissão de poluentes para automóveis e fontes poluidoras imóveis (tais como fábricas) instaladas ou em funcionamento após a promulgação da Lei do Ar Puro. Caso necessário, as agências estaduais poderão estabelecer limites mais restritos do que os previstos pela EPA para novos veículos e fontes poluidoras, com o objetivo de respeitar os padrões de qualidade do ar para o seu território. Por fim, os planos de implementação da Lei do Ar Puro elaborados pelos governos estaduais deverão ser submetidos à aprovação prévia da EPA.

Já a Lei da Água Pura possui um mecanismo de implementação ainda mais complexo do que a Lei do Ar Puro. Esta lei também baseia-se em padrões de qualidade da água, os quais, no entanto, são estabelecidos pelos próprios Estados, e não pela EPA, como ocorre no regime estabelecido pela Lei do Ar Puro. Estes padrões de qualidade da água, no entanto, devem ser revisados trienalmente e estão sujeitos à aprovação da EPA. Para que estes padrões de qualidade da água possam ser respeitados, a Lei da Água Pura instituiu um sistema de concessão de licenças, as quais podem tanto ser emitidas pela EPA quanto pelos estados. Os estados, no entanto, só podem licenciar sob o regime da Lei da Água Pura mediante delegação, de modo que seus planos de licenciamento devem ser previamente aprovados pela EPA. O termo de licença concedido tanto pela EPA quanto pelas agências estaduais deve, por sua vez,

⁴⁷⁴ As breves narrativas apresentadas a seguir sobre traços gerais da CWA e da CAA foram elaboradas a partir da leitura de PERCIVAL, Robert V. *et alli*. **Environmental Regulation**, *op. cit.*; SCHOENBROD, David. **Power Without Responsibility**, *op. cit.*; FERREY, Steven. **Environmental Law: examples & explanations**. 5. ed. New York: Aspen Publishers, 2010; bem como da leitura dos textos da CAA e da CWA.

contemplar limites para a descarga de substâncias poluidoras, os quais são estabelecidos por regulamentos da EPA em observância às melhores práticas tecnológicas existentes. Caso necessário, os estados poderão exigir limites mais restritos do que os estabelecidos pela EPA visando observar os padrões de qualidade das águas do seu território.

Deste brevíssima narrativa do funcionamento de duas das principais leis ambientais americanas, identifica-se, em primeiro lugar, uma prática amplamente aceita, no federalismo americano, do protagonismo da União na coordenação das políticas públicas. Esta atividade de coordenação, por sua vez, não compromete a autonomia política e organizacional dos estados. Além disso, esta atividade de coordenação é desenhada em função do legado das políticas, de modo que as relações intergovernamentais variam enormemente de uma situação para outra. Nos dois exemplos acima fornecidos, as relações entre União e estados se manifestam de modos marcadamente distintos. Em ambos os casos, no entanto, a nenhum dos entes federativos foi atribuído papel coadjuvante. União e estados exercem funções complementares de planejamento, de regulação, bem como de implementação das políticas de combate à poluição.

No Brasil, os discursos normativos de descentralização, fundamentados na ameaça da perda da autonomia organizacional dos estados e Municípios, terminam por obscurecer – ou até negar – a importância do papel coordenador da União para a construção de políticas públicas mais efetivas. Este é, portanto, o principal traço distintivo entre o federalismo praticado nos Estados Unidos e aquele realizado no Brasil,⁴⁷⁵ no qual o último não reconhece explicitamente o papel de coordenação da União.⁴⁷⁶

A esse respeito, verifica-se que a Constituição de 1988 prevê a necessidade de que o seu artigo 23 seja regulamentado por lei de natureza complementar, a qual estabelecerá

⁴⁷⁵ Abrúcio e Franzese retratam esta diferença: “[E]nquanto nos EUA o pacto federativo significou a criação de um Poder Central até então inexistente, no vocabulário político brasileiro federalismo é sinônimo de descentralização.” ABRÚCIO, Fernando Luiz; FRANZESE, Cibele. Federalismo e Políticas Públicas: o Impacto das Relações Intergovernamentais no Brasil. Disponível em: <<http://migre.me/24jhW>>. Acesso em: 22 out. 2011.

⁴⁷⁶ Isso não significa, no entanto, que não haja experiências no Brasil de fortalecimento deste papel de coordenação da União. Estes experiências não só tem ocorrido, como também tem se revelado potencialmente mais efetivas do que as políticas públicas que não atribuem à União este papel coordenador. Para uma análise de algumas destas experiências, cf. ARRETCHE, Marta. Federalismo e Relações Intergovernamentais no Brasil. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 3, 2002, p. 431-458; ABRUCIO, Fernando Luiz. A Coordenação Federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, vol. 24, jun, 2005, p. 52-63. No que diz respeito à política ambiental, no entanto, verifica-se uma maior resistência ao fortalecimento do papel coordenador da União, o que certamente contribui para a inefetividade das políticas ambientais.

diretrizes e regras de relacionamento entre os entes federativos para o exercício das competências materiais comuns. No entanto, uma lei de tal sorte, uma vez que pretende regular transversalmente as relações governamentais de todas as políticas contempladas no art. 23, terá alcance seguramente limitado.⁴⁷⁷ Descolada do legado individual de cada política, uma lei complementar que se destine a regulamentar o art. 23 tende a ser formulada em termo genéricos, e portanto de limitado alcance para a solução de situações concretas.⁴⁷⁸ No entanto, uma possível virtude da edição de uma ou mais leis complementares em matéria ambiental seria aquela que atribuísse formalmente à União um maior poder de coordenação, de modo a estimular o Congresso a editar leis nacionais que demarquem explicitamente o que cabe a cada ente federativo realizar na implementação de políticas ambientais específicas.

Além da possibilidade da edição de leis complementares para fixar diretrizes sobre a cooperação entre os entes federativos, servirão também de embasamento para a execução das tarefas comuns leis formuladas concorrentemente entre União e estados. A competência legislativa *concorrente* está disposta no artigo 24 da Constituição, e estabelece, como já observado, que União, Distrito Federal, Estados e, implicitamente, os municípios, legislarão simultaneamente, de modo não-cumulativo e limitado, sobre as matérias arroladas neste dispositivo. No exercício da competência legislativa não-cumulativa e limitada, reserva-se à União a formulação de princípios e normas gerais sobre uma determinada matéria, ao passo que aos estados cabe complementar esta legislação por meio da edição de normas específicas. Fernanda Dias Menezes de Almeida observa que a União, ao possuir competência para formular normas gerais sobre os temas arrolados no art. 24, os quais incluem a proteção do meio ambiente, acaba por de fato assumindo uma supremacia em relação aos estados para o estabelecimento de normas de coordenação das relações intergovernamentais na implementação das políticas. Segundo a autora, a eventual superveniência de lei complementar fixando regras de cooperação entre entes federativos deverá respeitar o arranjo

⁴⁷⁷ Esta é a razão, inclusive, pela qual a Emenda Constitucional n. 53/2006 alterou o parágrafo único do artigo 23 para contemplar a possibilidade de várias leis complementares, ao invés de uma única lei complementar. Questiona-se, no entanto, da viabilidade de se editarem diversas leis complementares, as quais, para serem aprovadas, requerem quorum qualificado do Congresso Nacional.

⁴⁷⁸ Este é o caso, inclusive, da própria Lei n. 6.938/81, a qual alguns autores atribuem força de lei complementar, já que esta trata das relações intergovernamentais para a formulação e implementação da PNMA. Cf. SANTOS, Fábio Ribeiro dos. **O Poder Normativo do Conselho Nacional do Meio Ambiente**, *op. cit.*, p. 60-62. A Lei da PNMA, como será melhor visto no capítulo seguinte, possui alcance limitado para disciplinar as relações intergovernamentais especialmente porque está descolada das matérias ambientais as quais supostamente deveria servir.

da repartição legislativa concorrente previsto no art. 24, de modo que à União sempre restará um papel mais proeminente na estruturação das relações intergovernamentais para políticas específicas.⁴⁷⁹ Ocorre, no entanto, que dúvidas surgem quanto ao alcance do conceito de “normas gerais,” e, portanto, dos limites de atuação legislativa da União. Em face do silêncio da Constituição acerca desta matéria, juristas discutem-na longamente, sem chegar propriamente a um consenso.⁴⁸⁰ Prevalece, no entanto, a posição de que leis gerais seriam aquelas aplicadas a todo o território nacional, as quais disciplinariam princípios e diretrizes de uma determinada política, sem, no entanto, prescrever regras e procedimentos muito específicos. De acordo com esta visão, a definição dos detalhes deve ser reservada aos estados e aos Municípios, e não à União. Disso resulta um cenário no qual as leis ambientais são extremamente genéricas, quando não vagas, no disciplinamento das articulações entre os entes federativos. Independentemente da natureza do ato normativo a ser adotado – se lei complementar ou lei federal de caráter geral – fato é que um certo discurso jurídico alinha-se à defesa da inconstitucionalidade de atos normativos que delimitem o exercício das competência materiais da União, dos estados e municípios.⁴⁸¹ De acordo com este discurso jurídico – notavelmente formalista – tais delimitações das regras de competência só podem ser válidas se instituídas por meio de convênios celebrados livremente entre os entes federativos.⁴⁸² Esse raciocínio, no entanto, tem o potencial de fomentar uma inércia administrativa, e portanto conduzir a um cenário de inefetividade não só da política ambiental, como também de políticas de qualquer natureza.

⁴⁷⁹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**, *op. cit.*, p. 132-134.

⁴⁸⁰ Sobre as diversas posições acerca do conceito de normas gerais, cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**, *op. cit.*, p. 144-151.

⁴⁸¹ Cf. KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental**, *op. cit.*, p. 105-110; MUKAI, Toshio. **Direito Urbano-Ambiental Brasileiro**, 2. ed., São Paulo: Dialética, 2002; RAMOS, Elival da Silva. A autonomia municipal e os problemas ecológicos. *Revista de Direito Público*, n. 70, São Paulo, 1984, p. 126-129.

⁴⁸² No contexto específico da política nacional do meio ambiente, Krell defende que “a celebração de convênios ainda pode ser considerada pressuposto obrigatório de uma integração efetiva do SISNAMA.” KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental**, *op. cit.*, p. 105-110.

3.4 Estrutura e funcionamento dos órgãos do SISNAMA

Como já visto, a lei da PNMA foi pioneira no sentido de alocar competências normativas e executivas a órgãos ambientais federais, estaduais e municipais, que interagem entre si sob a forma de um sistema. Hochstetler e Keck observam quatro questões principais que devem ser levadas em consideração para a avaliação do funcionamento do SISNAMA:

[1] a divisão de autoridade entre governos federais e estaduais com relação à conservação ambiental e o controle de poluição; [2] como as organizações de fora do estado seriam incorporadas no processo decisório; [3] a autonomia das instituições ambientais em relação aos demais órgãos federais; e [4] o poder das instituições ambientais federais de afetar as políticas e o comportamento de outras instituições estaduais.⁴⁸³

Para que se torne possível, no entanto, avaliar as potencialidades e limitações do funcionamento do SISNAMA levando em consideração as questões acima assinaladas, dentre outras, torna-se inicialmente necessário analisar a estrutura e funcionamento interno de suas partes componentes.

O SISNAMA atualmente⁴⁸⁴ é constituído dos seguintes órgãos:

1. Órgão Superior: Conselho de Governo
2. Órgão Central: Ministério do Meio Ambiente (MMA)
3. Órgão Consultivo e Deliberativo: CONAMA
4. Órgãos Executivos Federais: IBAMA e Instituto Chico Mendes
5. Órgãos Seccionais: Entidades da Administração Pública Estadual
6. Órgãos Locais: Entidades da Administração Pública Municipal

Embora apenas o CONAMA receba a denominação, na Lei n. 6.938/81, de órgão consultivo e deliberativo, assim como apenas o IBAMA e o Instituto Chico Mendes são referidos nominalmente como órgãos executivos, observa-se que os demais órgãos também estão envolvidos em atividades de formulação e/ou implementação da PNMA.

⁴⁸³ HOCHSTETLER, Kathryn; KECK, Margaret E. **Greening Brazil**, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁸⁴ A composição atualmente vigente do SISNAMA não corresponde à original, aprovada em 1981. A composição original do SISNAMA foi alterada por força da Lei n. 8.028, de 12.04.1990.

O Conselho de Governo constitui, como indicado acima, o órgão superior do SISNAMA. Ao Conselho de Governo,⁴⁸⁵ atualmente composto por ministros de Estado e titulares de órgãos da Presidência da República, titulares de Secretarias Especiais e pelo Advogado Geral da União, cabe a função de assessorar diretamente o Presidente da República na formulação de diretrizes de ação governamental, incluindo ações voltadas para o meio ambiente e os recursos ambientais. O Conselho de Governo foi criado em 1990, pela Lei n. 8.028, que alterou diversos dispositivos da Lei da PNMA. A inclusão do Conselho de Governo como órgão superior do SISNAMA é interpretada como uma ação do governo Collor para enfraquecer o poder do CONAMA, já que a este competia, até 1989,⁴⁸⁶ o papel de órgão superior do sistema.⁴⁸⁷ No entanto, com a reorganização da estrutura administrativa do poder executivo ocorrida em 1992, o Conselho de Governo tornou-se órgão de assessoramento direto do Presidente da República, convocado por iniciativa deste para tratar de assuntos dos mais diversos. Na prática, esta reorganização administrativa retirou do Conselho de Governo o seu protagonismo na formulação de diretrizes de política ambiental.⁴⁸⁸

O órgão central do SISNAMA é o Ministério do Meio Ambiente.⁴⁸⁹ Ao MMA, além de supervisionar as ações dos órgãos deliberativos e executivos do SISNAMA mencionados a seguir, cabe fomentar ações que visem a aprimorar o funcionamento do SISNAMA. Dentre estas ações, incluem-se iniciativas que visam a capacitar órgãos ambientais estaduais e municipais para a implementação das políticas ambientais.⁴⁹⁰ No entanto, em razão das

⁴⁸⁵ O Conselho de Governo é atualmente regido pela Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003.

⁴⁸⁶ Inicialmente, o CONAMA perdeu o posto de órgão superior do SISNAMA para o Conselho Superior do Meio Ambiente (CSMA), instituído pela Lei n. 7.804, de 18 de junho de 1989, durante o governo Sarney. Este Conselho, no entanto, foi substituído no ano seguinte pelo Conselho de Governo do governo Collor.

⁴⁸⁷ HOCHSTETLER, Kathryn; KECK, Margaret E. **Greening Brazil**, *op. cit.*, p. 37.

⁴⁸⁸ Este protagonismo, na verdade, só existiu do ponto de vista formal, tendo em vista que o Conselho de Governo não exerceu, de fato, a função de órgão superior do SISNAMA.

⁴⁸⁹ A Lei n. 6.938/81 possui texto desatualizado neste particular, já que ainda se refere à Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República (SEMAM), a qual foi extinta, como órgão central do SISNAMA.

⁴⁹⁰ As ações de coordenação do SISNAMA são implementadas pelo Departamento de Coordenação do SISNAMA, vinculado à Secretaria Executiva do MMA. A este departamento cabe, por exemplo, coordenar o Programa Nacional do Meio Ambiente. Este programa, que conta com financiamento do Banco Mundial, vem sendo implementado por etapas e visa a capacitar sobretudo as administrações estaduais na gestão de políticas ambientais. Cf. <http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=184&idMenu=8798>. Acesso em: 30 out. 2011. Outras iniciativas promovidas pelo MMA incluem o Programa de Capacitação de Gestores Ambientais, o qual visa a capacitar, por meio de convênios, gestores de órgãos ambientais estaduais e municipais para a gestão das políticas ambientais, bem como a instituição de Comissões Técnicas Tripartites Estaduais e Comissão Técnica Bipartite do Distrito-Federal, as quais visam constituir um espaço de diálogo entre os entes federativos visando o aprimoramento do SISNAMA. Informações obtidas no site do MMA em: <http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=184>. Acesso em: 30 out. 2011.

características do federalismo ambiental acima descritas, o escopo destas iniciativas revela-se limitado, já que estas, para serem implementadas, dependem da adesão voluntária dos demais entes federativos.

A Lei n. 9.638/81 elegeu o CONAMA como principal órgão deliberativo e consultivo. Esta lei atribuiu ao CONAMA diversas funções, dentre as quais destacam-se as de estabelecer normas ambientais, revisar estudos de impacto ambiental controversos, estudar e propor alternativas a projetos que impactem o meio ambiente, revisar multas e penalidades, bem como fiscalizar os incentivos fiscais concedidos a companhias produtivas.⁴⁹¹ No que diz respeito às competências normativas do CONAMA, a Lei n. 6.938/81 as dividiu em três categorias: 1. Competência para estabelecer normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;⁴⁹² 2. Competência para estabelecer normas e padrões nacionais de controle de poluição por veículos automotores, aeronaves e embarcações;⁴⁹³ 3. Competência para 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.⁴⁹⁴ Dessas três modalidades de competências normativas, a Lei da PNMA estabelece que apenas a segunda será exercida pelo CONAMA em caráter exclusivo. No entanto,⁴⁹⁵ na prática as três categorias de normas podem ser suplementadas ou completadas por órgãos estaduais e municipais que porventura tenham competência normativa, conquanto que os atos normativos produzidos por estes entes não sejam menos restritivos do que os estabelecidos pelo CONAMA.

Como será melhor visto adiante, as competências normativas envolvendo licenciamento ambiental, poluição de veículos automotores e padrões de qualidade do meio ambiente costumam ser exercidas pelo CONAMA de modo segmentado, o que prejudica a

⁴⁹¹ Cf. arts. 6º e 8º da Lei n. 6.938/81.

⁴⁹² Art. 8º, inciso I, da Lei n. 6.938/81.

⁴⁹³ Art. 8º, inciso VI, da Lei n. 6.938/81.

⁴⁹⁴ Art. 8º, inciso VII, da Lei n. 6.938/81. Embora a Lei da PNMA dê ênfase aos padrões de qualidade dos recursos hídricos, na prática esta competência tem sido utilizada para a edição de qualquer norma relativa à manutenção da qualidade ambiental, incluindo controle de produtos e substâncias perigosas, utilização de bens ambientais, poluição do ar, gestão de resíduos etc. SANTOS, Fábio Ribeiro dos. **O Poder Normativo do Conselho Nacional do Meio Ambiente**, *op. cit.*, p. 91-92.

⁴⁹⁵ Segundo Ribeiro dos Santos, a exclusividade à qual se refere a Lei da PNMA não pode ser compreendida como competência legislativa privativa, a qual só poderia ser conferida pela Constituição. Para o autor, o termo “privativamente” do art 8º, inciso VI, indica somente que outros órgãos administrativos federais não podem exercer a mesma competência normativa. SANTOS, Fábio Ribeiro dos. **O Poder Normativo do Conselho Nacional do Meio Ambiente**, *op. cit.*, p. 90.

implementação da PNMA. Embora os padrões de qualidade ambiental sejam essenciais para orientar a atividade de licenciamento ambiental, normas sobre licenciamento e padrões de qualidade, bem como normas sobre licenciamento e poluição veicular, costumam ser estabelecidas separadamente.⁴⁹⁶ Tendo em vista que as normas sobre licenciamento são essencialmente procedimentais e as normas sobre poluição veicular e padrões de qualidade ambiental precipualemente materiais, ver-se-á que forma e conteúdo são pobremente integrados na implementação da PNMA.

Em parte, esse padrão de produção normativa pode ser explicado por razões estruturais do CONAMA. A esse respeito, verifica-se que o CONAMA é composto por funcionários públicos federais e estaduais,⁴⁹⁷ bem como por atores não-estatais,⁴⁹⁸ os quais incluem representantes de entidades ambientalistas, de entidades profissionais da área ambiental, de entidades de trabalhadores – urbanos e rurais – de entidades empresariais, representante da comunidade de cientistas, bem como representantes das populações tradicionais e de comunidade indígena. A criação de um órgão que contemplasse a participação de setores não-

⁴⁹⁶ De um total de 173 Resoluções de caráter normativo estabelecidas pelo CONAMA entre 1984 e 2005, apenas 15 versam simultaneamente sobre licenciamento e qualidade ambiental, e apenas uma versa sobre licenciamento e poluição veicular. Cf. SANTOS, Fábio Ribeiro dos. **O Poder Normativo do Conselho Nacional do Meio Ambiente**, *op. cit.*, p. 164.

⁴⁹⁷ Os representantes do setor público federal são: Ministro do Meio Ambiente, Secretário Executivo do Ministério do Meio Ambiente, representante do IBAMA, representante do Instituto Chico Mendes, Representante da Agência Nacional de Águas, um representante de cada um dos Ministérios, representantes das Secretarias da Presidência da República, representante dos Comandos Militares do Ministério da Defesa, um representante de cada um dos governos estaduais e do Distrito Federal, cinco representantes dos governos municipais, sendo um representante de cada região geográfica do país. Por fim, constam também como conselheiros convidados, sem direito a voto, um representante do Ministério Público Federal, um representante dos Ministérios Públicos Estaduais, indicado pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça, bem como um representante da Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados. Cf. Art. 5º do Decreto n. 99.274, de 6 de junho de 1990.

⁴⁹⁸ Representam o setor não-estatal no CONAMA: um representante da Associação Nacional dos Municípios do Meio Ambiente, dois representantes de entidades municipalistas de âmbito nacional, dois representantes de entidades ambientalistas de cada região geográfica do país, um representante de entidade ambientalista de âmbito nacional, três representantes de associações legalmente constituídas para a defesa dos recursos naturais e do combate à poluição, um representante de entidades profissionais, de âmbito nacional, com atuação na área ambiental e de saneamento, indicado pela Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental-ABES, um representante de trabalhadores indicado pelas centrais sindicais e confederações de trabalhadores da área urbana escolhido em processo coordenado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria e Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio, um representante de trabalhadores da área rural, indicado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura, um representante de populações tradicionais, escolhido em processo coordenado pelo Centro Nacional de Desenvolvimento Sustentável das Populações Tradicionais, um representante da comunidade indígena indicado pelo Conselho de Articulação dos Povos e Organizações Indígenas do Brasil, um representante da comunidade científica, indicado pela Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, um representante do Conselho Nacional de Comandantes Gerais das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, um representante da Fundação Brasileira para a Conservação da Natureza, oito representantes de entidades empresariais. Art. 5º do Decreto n. 99.274, de 6 de junho de 1990.

estatais para a formulação da política ambiental é interpretada como um grande avanço para a época em que a Lei da PNMA foi promulgada. Este serviu, inclusive, de modelo para diversos outros conselhos com poder normativo criados durante o período de redemocratização. Torna-se necessário observar, no entanto, que a representação do setor não-estatal no CONAMA era modesta no período de promulgação da Lei n. 9.638/81,⁴⁹⁹ tendo sido alargada especialmente após a promulgação da Constituição de 1988.⁵⁰⁰

Como observa Hochstetler e Keck, “a idéia por trás desses conselhos era a de que atores estatais e não estatais trabalhariam juntos para estabelecer os critérios e parâmetros básicos que iriam orientar a formulação e implementação futura da política.”⁵⁰¹ Discute-se, no entanto, a capacidade destes conselhos, tal qual estruturados, para fomentar uma efetiva participação da sociedade civil. O CONAMA é atualmente composto de mais de 100 membros.⁵⁰² Apesar das resoluções do CONAMA terem de ser aprovadas pela maioria dos seus membros e ratificadas pelo Ministro do Meio Ambiente, estudos empíricos sugerem que as decisões são feitas em grupos muito menores dentro do Conselho.⁵⁰³ Estes mesmos membros do CONAMA admitem, além disso, que frequentemente o poder executivo impede

⁴⁹⁹ O projeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional não contemplava a participação do setor não-estatal na composição do CONAMA. A proposta inicial previa apenas a participação de representantes governamentais, presidentes das confederações nacionais da indústria, da agricultura e do comércio e os presidentes da Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Fundação Brasileira para a Conservação da Natureza. Cf. Art. 7º do Projeto de Lei n. 13, de 1981. **Diário do Congresso Nacional**, 9 jun. 1981, p. 1121. O projeto, tal qual encaminhado para o Congresso Nacional, refletia portanto a posição do governo militar, inteiramente alinhada com uma política desenvolvimentista e avessa à participação da sociedade civil. O texto de lei aprovado terminou por incorporar emendas de senadores e deputados que lograram êxito em inserir na composição do CONAMA dois representantes de associações ambientais, bem como representantes das Confederações Nacionais dos Trabalhadores da Indústria, Agricultura e Comércio. Cf. Parecer n. 69, de 1981(CN). **Diário do Congresso Nacional**, 8 ago. 1981, p. 1527-1528. Somente em 1990, com a aprovação do Decreto n. 99.724/90, a composição do CONAMA foi alterada para alargar a participação dos setores não-governamentais.

⁵⁰⁰ Alguns governos estaduais anteciparam-se em relação ao governo federal no alargamento da participação do setor não-estatal nos conselhos ambientais estaduais. Alguns destes conselhos supostamente mais democráticos foram criados em 1982, com as eleições diretas para governadores. Seguindo o exemplo de alguns estados, o governo federal adicionou, em 1985, cinco novos representantes do movimento ambiental, sendo um representante de cada região geográfica do país. HOCHSTETLER, Kathryn; KECK, Margaret E. *Greening Brazil*, op. cit., p. 35.

⁵⁰¹ HOCHSTETLER, Kathryn; KECK, Margaret E. *Greening Brazil*, op. cit., p. 34.

⁵⁰² Na década de 1980, o CONAMA possuía aproximadamente sessenta membros.

⁵⁰³ O Conama é composto, atualmente, por Plenário, Comitê de Integração de Políticas Ambientais, Câmaras Técnicas, Grupos de Trabalho e Grupos Assesores. Cf. Decreto n. 99.274, de 6 de junho de 1990, com nova redação dada pelo Decreto n. 3.942, de 27 de setembro de 2001. Na prática, um significativo número de decisões são tomadas antes de serem submetidas ao plenário, o qual apenas as ratifica. Dentre as decisões que foram submetidas apenas à ratificação do conselho, destacam-se aquelas relativas aos requisitos técnicos, prazos e custos de obtenção do licenciamento ambiental. HOCHSTETLER, Kathryn; KECK, Margaret E. *Greening Brazil*, op. cit., p. 45.

uma deliberação efetiva das questões decisivas relativas ao meio ambiente. Na percepção desses atores, “muitas das decisões governamentais que deveriam ser tomadas pelo CONAMA, não o são.”⁵⁰⁴

Diversos fatores explicam este fenômeno. O governo federal brasileiro não providencia pessoal para assistir aos membros do CONAMA, os quais além de não receberem nenhuma remuneração para o desempenho de suas atividades, devem arcar pessoalmente com os custos de deslocamento e estadia para a participação das reuniões do conselho. Além disso, em decorrência da proliferação de conselhos ambientais nos estados e municípios, um mesmo representante de uma organização ambiental pode fazer parte, ao mesmo tempo, de inúmeros conselhos, o que não só tende a comprometer o seu desempenho como conselheiro nestes diversos fóruns, como também o impede de envolver-se em reivindicações externas ao espaço governamental.⁵⁰⁵ Como um significativo número de representantes de entidades ambientais trabalham na condição de voluntários, seu tempo e dedicação ao conselho revela-se frequentemente escasso.⁵⁰⁶ Ademais disso, alguns dos próprios membros do CONAMA reconhecem não possuir conhecimento científico adequado para avaliar os materiais normalmente submetidos à deliberação do órgão.⁵⁰⁷ “Como resultado, eles participam primariamente como indivíduos, representando na melhor das hipóteses um conjunto de crenças e interesses dos seus companheiros ambientalistas.”⁵⁰⁸

A legitimidade das decisões proferidas pelo CONAMA assume relevância diante do fato de que este é o órgão que de fato “legisla” em matéria ambiental. A esse respeito, verifica-se que as resoluções do CONAMA não só preenchem os variados vácuos normativos

⁵⁰⁴ Representantes de entidades ambientais lamentam-se que o CONAMA frequentemente delibera sobre questões pontuais, tal como os procedimentos de licenciamento ambiental, em detrimento das grandes questões que deverão nortear a política ambiental no país. HOCHSTETLER, Kathryn; KECK, Margaret E. *Greening Brazil*, op. cit., p. 44. Este problema será devidamente explorado no capítulo seguinte.

⁵⁰⁵ HOCHSTETLER, Kathryn; KECK, Margaret E. *Greening Brazil*, op. cit., p. 43-44.

⁵⁰⁶ *Idem*, p. 43.

⁵⁰⁷ Problemas envolvendo a qualificação de conselheiros são, inclusive, presença marcante no funcionamento dos demais conselhos de políticas sociais criados a partir da Constituição de 1988. A esse respeito, cf. TATABIGA, Luciana. Os Conselhos Gestores e a Democratização das Políticas Públicas no Brasil. In: DAGNINO, E. (Ed.). *Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 69-73.

⁵⁰⁸ A falta de expertise nas políticas públicas constitui na verdade um problema generalizado que afeta não apenas os conselhos ambientais, mas também aqueles encarregados de áreas como saúde, políticas para a criança e o adolescente, bem como assistência social. HOCHSTETLER, Kathryn; KECK, Margaret E. *Greening Brazil*, op. cit., p. 44.

das leis ambientais, como também inovam no ordenamento jurídico, disciplinando assuntos que não possuem nenhum amparo legal pré-existente.⁵⁰⁹

Para além desses problemas participativos e orçamentários, resta saber se a extensa e internamente fragmentada estrutura organizacional do CONAMA constitui o melhor arranjo institucional para o estabelecimento de atos normativos de alta complexidade como os que normalmente envolvem a conservação ambiental e o controle da poluição.⁵¹⁰ Embora o CONAMA tenha aprovado, ao largo de quase três décadas, centenas de resoluções que fornecem o marco regulatório da política ambiental, as quais certamente substituem em alguma medida a insuficiente atuação do Poder Legislativo na área ambiental, fato é que esta atividade normativa tem se dado de modo consideravelmente lento. Analisando a produção normativa do CONAMA, verifica-se que esta é realizada de modo bastante irregular. Enquanto em certos anos a atividade normativa do CONAMA é expressiva, em outros esta revela-se praticamente inexistente.⁵¹¹ Além disso, há uma marcada irregularidade quanto ao número de resoluções de caráter normativo produzidos pelo CONAMA.⁵¹² Nesse sentido, o percentual de resoluções de caráter normativo, em relação ao número total de resoluções aprovadas por ano pelo CONAMA não possui qualquer regularidade, podendo variar de 11,76% a 100%.⁵¹³ Como será visto no capítulo seguinte, verifica-se que a lei da PNMA não previu instrumentos *action-forcing*, tais como prazos legislativos e regulamentos-padrão mencionados no capítulo anterior, os quais poderiam forçar o CONAMA a desempenhar sua atividade normativa com maior regularidade e celeridade.

⁵⁰⁹ Este assunto será tratado no capítulo seguinte.

⁵¹⁰ O modelo do CONAMA não foi replicado para outras agências com poderes normativos instituídas na década de 1990. Estas agências baseiam-se em grupos colegiados compostos por especialistas nomeados pelo Presidente da República, sendo que a participação dos movimentos sociais se dá especialmente através do processo administrativo de produção de normas regulatórias. Para uma análise da participação de atores não-estatais nas agências regulatórias criadas na década de 1990, cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. São Paulo: Singular; Fapesp, 2006.

⁵¹¹ Apesar de instituído em 1981, o decreto presidencial regulamentando a estrutura e funcionamento do CONAMA só foi assinado em junho de 1983, sendo que somente em 1984 este órgão iniciou a sua atividade normativa. Mesmo depois de consolidada a atuação do CONAMA na produção de normas, houve anos em que este órgão aprovou pouquíssimas resoluções de caráter normativo. Cf. SANTOS, Fábio Ribeiro dos. **O Poder Normativo do Conselho Nacional do Meio Ambiente**, *op. cit.*, p. 141.

⁵¹² Diversas resoluções do CONAMA dizem respeito a destinatários específicos, tais como determinações para que certos órgãos ambientais ou particulares pratiquem ou deixem de praticar um determinado ato. Seguindo a classificação de Ribeiro dos Santos, estas resoluções não são consideradas aqui como normativas. Cf. SANTOS, Fábio Ribeiro dos. **O Poder Normativo do Conselho Nacional do Meio Ambiente**, *op. cit.*, p. 142-143.

⁵¹³ Fábio Ribeiro dos. **O Poder Normativo do Conselho Nacional do Meio Ambiente**, *op. cit.*, p. 141.

Para implementar a Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei n. 9.638/81 elenca o IBAMA como órgão executivo federal do SISNAMA. Recentemente, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade também foi incluído como órgão executivo do sistema.⁵¹⁴ Instituído em 1989, o IBAMA foi criado para assumir, dentre outras funções, aquelas anteriormente desempenhadas pela SEMA (articulação política dos programas ambientais), pelo IBDF (gestão das florestas), pela Superintendência do Desenvolvimento da Pesca, “SUDEPE,” e pela Superintendência da Borracha “SUDHEVEA.”⁵¹⁵ Estas entidades, por funcionarem isoladamente, não possuíam “força política ou econômica para desempenhar adequadamente as suas tarefas,”⁵¹⁶ de modo que a criação do IBAMA no final da década de 1980 representou um inegável avanço para o desenvolvimento da política ambiental no país. Desde a sua criação, o IBAMA constitui o principal órgão federal de implementação das políticas ambientais,⁵¹⁷ assumindo funções tão vastas e diversas que incluem desde emissão de licenças ambientais e avaliação de estudos de impacto ambiental, até a proteção da flora e da fauna em todo o território nacional. Enquanto algumas destas tarefas são desempenhadas pelo IBAMA em caráter principal – tal como a gestão de recursos florestais – outras são desempenhadas em caráter subsidiário, respeitando a tripartição de competências executivas do SISNAMA – como ocorre com o licenciamento de atividades industriais efetiva ou potencialmente poluidoras. Este papel subsidiário do IBAMA na implementação da PNMA transforma-se, no entanto, em principal nos estados carentes de capacidade institucional.⁵¹⁸

A diversidade de missões institucionais do IBAMA, que inicialmente alavancou a implementação das políticas ambientais no país, pode hoje, no entanto, conduzir a uma

⁵¹⁴ O Instituto Chico Mendes foi recentemente instituído como órgão executor do SISNAMA por força do Decreto n. 6.792, de 6 de junho de 2009.

⁵¹⁵ Por um curtíssimo período de tempo, o IBAMA foi elevado à categoria de principal órgão ambiental, reportando-se diretamente ao Presidente da República. Durante o governo Collor, no entanto, o IBAMA tornou-se o principal braço de implementação da SEMAM, órgão precursor do Ministério do Meio Ambiente. Cf. Tabela 3.1.

⁵¹⁶ ANTUNES, Paulo Bessa. **Política Nacional do Meio Ambiente**, *op. cit.*, p. 103.

⁵¹⁷ Quando do seu surgimento, o IBAMA possuía 6.230 funcionários, sendo que 57% deste contingente proveio do IBDF, 34% da SUDEPE, 6% da SEMA e 3% SUDHEVEA. O número de funcionários alcançou o seu auge em 1991 (6.544 funcionários), sofrendo um declínio no ano 2000 em razão da crise fiscal que assolou o Estado brasileiro no período (5.266 funcionários). Em 2002, o governo Lula empreendeu uma política de renovação institucional e de crescimento do IBAMA. Na ocasião, 600 novos cargos foram preenchidos. McAllister, Lesley K. **Making Law Matter**, *op. cit.*, p. 35-36.

⁵¹⁸ Este é o caso, por exemplo, da apresentação do IBAMA no Estado do Pará. Em 2001, o órgão possuía 320 funcionários no Estado do Pará, contra apenas 255 da Secretaria de Estado da Ciência, Tecnologia e Meio Ambiente. Cf. McAllister, Lesley K. **Making Law Matter**, *op. cit.*, p. 31.

atuação disfuncional do órgão. Bessa Antunes, nesse sentido, enfatiza que certas atribuições do IBAMA servem a missões conflitantes. Este é o caso por exemplo, da atividade de licenciamento ambiental de empreendimentos potencial ou efetivamente poluidores, a qual pode entrar em diretamente em conflito com ações como, por exemplo, a de proteção de unidades de conservação federais.⁵¹⁹ Deste modo, enquanto a atividade de licenciamento tem por objetivo viabilizar empreendimentos econômicos, ainda que ao menor custo ambiental possível, as atividades de proteção e conservação de recursos naturais não se destinam aos mesmos propósitos. Deste modo, a superposição de funções do IBAMA acarreta um risco de que potenciais conflitos entre as missões do órgão tendam a ser neutralizados em detrimento da objetividade das decisões administrativas.

Os órgãos seccionais e locais do SISNAMA correspondem às entidades ambientais estaduais e municipais encarregadas de formular e implementar a política ambiental dentro de suas respectivas jurisdições. Para formular diretrizes gerais da política ambiental e para suplementar a atividade normativa do CONAMA, a lei da PNMA conferiu espaço para que conselhos estaduais e municipais fossem criados. Estes conselhos, os quais tem sido instituídos sobretudo no âmbito dos estados, possuem estrutura e funções análogas ao CONAMA. Quanto à estrutura, os conselhos contam com a participação de segmentos da sociedade civil em nível de representatividade muito semelhante ao do CONAMA. No tocante às funções normativas, os conselhos ambientais estaduais e municipais estão autorizados a suplementar as normas do CONAMA para atender às especificidades das suas respectivas esferas de governo. No exercício desta competência regulatória suplementar, no entanto, os conselhos estaduais e municipais não podem expedir normas com critérios e standards menos restritivos do que aqueles formulados pelo CONAMA. Na prática, problemas de participação dos setores ambientalistas nos conselhos estaduais e municipais revelam-se ainda mais sérios do que no CONAMA. Hochstetler e Keck observam que apenas uma minoria das entidades ambientalistas possuem registro nos conselhos estaduais, abstendo-se, portanto, de participar destes.

Quanto às funções executivas, todos os estados e alguns municípios possuem ao menos uma agência especializada com poderes executivos para implementar a Política Nacional do Meio Ambiente, sendo que empresas públicas, fundações, autarquias e outras agências que

⁵¹⁹ ANTUNES, Paulo Bessa. **Política Nacional do Meio Ambiente**, *op. cit.*, p. 104.

fazem parte da Administração Indireta também podem auxiliar as agências ambientais na implementação da PNMA. As agências estaduais ambientais e setoriais foram instituídas a partir da década de 1960, sendo que dois eventos importantes impulsionaram a sua criação: o II Plano Nacional de Desenvolvimento (“PND”) e as eleições diretas para os governos estaduais em 1982.⁵²⁰ O II PND, que estimulou a pulverização geográfica das atividades econômicas do país,⁵²¹ determinou que os estados criassem suas próprias estruturas para prevenir e remediar a poluição causada pelas indústrias instaladas em suas respectivas jurisdições. Segundo Andreoli, isso explica a ainda remanescente vocação destes órgãos para lidar quase que exclusivamente com problemas de poluição industrial.⁵²² Além disso, o processo de criação de agências ambientais foi estimulado pelas eleições diretas em 1982, quando os estados adquiriram plena autonomia política e, portanto, meios institucionais para controlar a máquina pública.⁵²³ Para além destes dois eventos pontuais, no entanto, cumpre observar que o fortalecimento das agências ambientais estaduais ganha espaço simultaneamente ao enfraquecimento do modelo econômico de viés desenvolvimentista-nacionalista.⁵²⁴

As agências de implementação ambiental variam consideravelmente em termos de capacidade institucional.⁵²⁵ Estudos realizados pela Associação Brasileira das Agências Ambientais, (“ABEMA”), evidenciam uma imensa disparidade nos recursos humanos e tecnológicos entre as agências ambientais das cinco regiões do país.⁵²⁶ Enquanto as agências ambientais mais desenvolvidas estão localizadas na região sul e sudeste do país, com destaque

⁵²⁰ ANDREOLI, Cleverson Vitório. Principais Resultados da Política Ambiental Brasileira: o Setor Público. **Revista de Administração Pública**, vol. 26, n. 4, 1992, p. 15-16.

⁵²¹ Esta desconcentração é interpretada sobretudo como uma tentativa do governo federal de obter apoio político de estados menos favorecidos economicamente e de segmentos da sociedade não comprometidos com o eixo industrial Rio-São Paulo. Cf. ABRÚCIO, Luiz Fernando. **Os Barões da Federação: os governadores e a redemocratização brasileira**. São Paulo: Hucitec, 1998, p. 85-86.

⁵²² ANDREOLI, Cleverson Vitório. Principais Resultados da Política Ambiental Brasileira, *op. cit.*, p. 15.

⁵²³ Andreoli ressalta a participação dos movimentos sociais ambientalistas no processo eleitoral de 1982, sobretudo sob a forma de envolvimento na elaboração das diretrizes de governo. *Idem*, p. 21.

⁵²⁴ Como observa um dos entrevistados por Hochstetler e Keck, “[u]m observador mais cínico diria que o governo federal também necessitava liberar-se de suas obrigações no contexto da crise econômica da época (...).” HOCHSTETLER, Kathryn; KECK, Margaret E. *Greening Brazil*, *op. cit.*, p. 44.

⁵²⁵ McALLISTER, Lesley K. **Making Law Matter**, *op. cit.*, p. 25.

⁵²⁶ No ano de 1987, por exemplo, a agência ambiental do Pará possuía 17 funcionários, ao passo que os órgãos ambientais do Rio de Janeiro e de São Paulo contavam com, respectivamente, 1.033 e 2.032 servidores. ANDREOLI, Cleverson Vitório. Principais Resultados da Política Ambiental Brasileira, *op. cit.*, p. 17. Em 1991, a região Amazônica contava com apenas 130 fiscais de florestas, ao passo que apenas nos estados de Minas Gerais e de São Paulo havia 1.405 funcionários desempenhando a mesma função. HOCHSTETLER, Kathryn; KECK, Margaret E. **Greening Brazil**, *op. cit.*, p. 15.

para a agência paulista – a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo, “CETESB” – as agências menos capacitadas situam-se na região norte do Brasil.⁵²⁷ Tendo em vista que as agências ambientais estaduais possuem responsabilidade primária pelas atividades de licenciamento e de monitoramento do cumprimento das leis ambientais, a implementação administrativa das regras ambientais procedimentais revela-se, de uma maneira geral, extremamente falha.

Tabela 3.1 Instituições Administrativas Federais no Brasil

ANO	LEGISLAÇÃO	INSTITUIÇÕES
1967	Decreto-le n. 289	Cria o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF).
1973	Decreto n. 73.030	Cria a Secretaria Especial do Meio Ambiente (SEMA), com o objetivo de combater a poluição e administrar os recursos naturais, inserida na estrutura do Ministério do Interior.
1981	Lei n. 6.938	Cria o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), integrando e reorganizando as agências ambientais estaduais. O Conselho Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) é o órgão deliberativo superior, cujas resoluções possuem poder normativo. SEMA constitui o seu braço de implementação.
1985	Decreto n. 91.145	Cria o Ministério do Desenvolvimento Urbano e do Meio Ambiente, inserindo o CONAMA e a SEMA na sua estrutura.
1989	Lei n. 7.735	Elimina a SEMA e outras agências ambientais menores como o IBDF, substituído-os por uma nova agência ambiental, o Instituto Brasileiro de Recursos Renováveis do Meio Ambiente (IBAMA).
1989	Lei n. 7.804	Reorganiza instituições ambientais existentes (altera a Lei nº 6.938/81), e acrescenta um novo Conselho Superior do Meio Ambiente (CSMA)

⁵²⁷ McAllister situa a agência ambiental do Pará no final do espectro da capacidade institucional dos órgãos ambientais brasileiros. McALLISTER, Lesley K. **Making Law Matter**, *op. cit.*, p. 26.

como o principal tomador de decisões, acima do CONAMA, com o IBAMA imediatamente abaixo.

1990	Lei n. 8.028	Cria o Conselho de Governo, atribuindo-lhe status de órgão superior do SISNAMA. Reorganiza instituições ambientais existentes, criando a Secretaria do Meio Ambiente (SEMAM), agência autônoma de escalão imediatamente inferior ao ministerial, cujo secretário reporta-se diretamente ao Presidente da República. IBAMA permanece, figurando como braço de implementação da SEMAM. Altera a Lei nº 6.938/81, denominando o Conselho de Governo, a SEMAM e o IBAMA como, respectivamente, órgãos superior, central e executor do SISNAMA.
1992	Medida Provisória n. 309/ Lei n. 8.490	Transforma a SEMAM em Ministério do Meio Ambiente, reorganizando suas competências. IBAMA permanece.
1993	Lei n. 8.746	Reorganiza o Ministério do Meio Ambiente para Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal. IBAMA permanece.
1995	Medida Provisória n. 813	Reorganiza o Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal para Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Lega. IBAMA permanece.
1999	Vários	Remove a responsabilidade primária dos recursos hídricos do Ministério do Meio Ambiente para a Agência Nacional de Águas (ANA) e altera a denominação do Minisério para Ministério do Meio Ambiente. IBAMA permanece porém é reorganizado.

Fonte: HOCHSTETLER, Kathryn; KECK, Margaret E. **Greening Brazil**, *op. cit.*⁵²⁸

⁵²⁸ Reproduziu-se, em parte, a tabela elaborada pelas autoras. Algumas adaptações à tabela original foram feitas a partir da leitura de fontes diversas.

3.5 Procedimentos de Tomada de Decisão da PNMA: a centralidade do regime de licenciamento ambiental

A Lei da PNMA discrimina, em seu art. 9º, os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. A versão mais atual da Lei n. 6.938/81 prevê a existência de treze desses instrumentos considerados pela comunidade ambientalista como indispensáveis para a realização dos seus objetivos legais.⁵²⁹ Embora os treze instrumentos legais estejam elencados separadamente, verifica-se que o seu emprego nem sempre pode se dar de modo segmentado. Este é o caso, por exemplo, dos instrumentos “padrões de qualidade ambiental” os quais devem ser utilizados no processo da tomada de decisões necessárias ao emprego do instrumento “licenciamento das atividades efetiva ou potencialmente poluidoras.” Do mesmo modo, o instrumento “penalidades disciplinares ou compensatórias” só será empregado quando outras instrumentalidades – tais como “padrões de qualidade ambiental” – forem estabelecidos.

No entanto, apesar da interdependência de alguns dos instrumentos da Lei da PNMA, verifica-se que não raras vezes estes são tratados, pelos mecanismos de implementação da lei, de modo segmentado. Como já observado, o CONAMA, na grande maioria dos casos, elabora normas sobre licenciamento e sobre padrões de qualidade ambiental separadamente. Além do CONAMA, aqueles que se destinam a estudar os instrumentos da Lei da PNMA, também costumam separá-los artificialmente. Entre juristas, há uma tendência de se estudar, por exemplo, o licenciamento ambiental como um fim em si mesmo, descolado dos contextos materiais nos quais este instrumento é empregado. Juristas tendem a ver com bons olhos a disseminação de procedimentos de licenciamento neutros, os quais são aplicados

⁵²⁹ São eles: 1. Estabelecimento de padrões de qualidade ambiental; 2. Zoneamento ambiental; 3. Avaliação de Impactos Ambientais; 4. Licenciamento e revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras; 5. Incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental; 6. Criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipal, tais como áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas; 7. Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente; 8. Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumento de Defesa Ambiental; 9. Penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental; 10. Relatório de Qualidade do Meio Ambiente, a ser divulgado anualmente pelo IBAMA; 11. Garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes; 12. Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras e/ou utilizadoras dos recursos ambientais; 13. Instrumentos econômicos, como concessão florestal, servidão ambiental, seguro ambiental e outros. Cf. Art. 8º da Lei n. 6.938/81.

indistintamente para toda e qualquer atividade empresarial que possa causar dano ao meio ambiente. Essa postura dos juristas brasileiros contrasta, por exemplo, com a posição de estudiosos do direito ambiental americano, para os quais os procedimentos de licenciamento ambiental merecem pouca atenção enquanto objeto de estudo se comparados com os procedimentos de formulação das normas sobre padrões de qualidade ambiental.⁵³⁰

Como já observado, o licenciamento ambiental é um dos principais instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, em torno do qual um vasto sistema de controle da poluição e da degradação ambiental está estruturado. A esse respeito, verifica-se que os termos “poluição” e “degradação ambiental” são previstos na lei da PNMA sem maiores detalhamentos. Em virtude deste silêncio legal, o CONAMA tem se encarregado de definir o escopo da atuação dos órgãos do SISNAMA em relação à atividade de licenciamento. O mais importante ato normativo do CONAMA que trata sobre o tema, a Resolução n. 237/97, arrola as atividades que devem ser submetidas a licenciamento ambiental prévio.⁵³¹ Esta relação engloba praticamente todas as modalidades de atividades industriais,⁵³² extração mineral, construção de obras públicas,⁵³³ exploração de serviços públicos, ações químicas, atividade agrícola, pecuária etc. Observa-se, ainda que os alvos mais importantes deste esquema regulatório são os estabelecimentos industriais e os projetos de infraestrutura. Para regulação destas atividades, os órgãos implementadores da lei da PNMA adotaram uma abordagem integrada para a concessão das licenças ambientais. Deste modo, as atividades industriais e os projetos de infraestrutura acima mencionados não são regulados com base nos poluentes que estes descarregam em recursos ambientais específicos, como água⁵³⁴ ou ar. Estes são, ao contrário, regulados com base nas atividades, globalmente consideradas, que desempenham, o

⁵³⁰ Nos Estados Unidos, estudos tratando exclusivamente dos procedimentos de concessão de licenças são praticamente inexistentes. Uma exceção constitui o trabalho de Oppenheim, mas que ainda assim não tinha por foco o licenciamento ambiental. Cf. OPPENHEIM, Leonard. Licensing as a Device for Federal Regulation. **Tulane Law Review**, vol. 16, 1941-1942, p. 111-121.

⁵³¹ As atividades listadas na Resolução n. 237/97 do CONAMA são exemplificativas, e não exaustivas.

⁵³² Exemplos incluem as indústrias metalúrgica, mineral, mecânica, elétrica, química, eletrônica e de telecomunicações, madeireira, bem como as indústrias de fabricação de papel e celulose, borracha, pelo e couro, materiais plásticos, tecidos e calçados, alimentos, bebidas e tabaco. Cf. Anexo I da Resolução do CONAMA n. 237/97.

⁵³³ Obras públicas englobam rodovias, ferrovias, hidrovias, bacias hidrográficas, canais de drenagem e hidrelétricas. Cf. Anexo I da Resolução n. 237/97 do CONAMA.

⁵³⁴ Deve-se ter em mente, no entanto, que atividades que possuem um impacto nos recursos hídricos estão sujeitos à concessão de outorgas de uso, cujos standards são estabelecidos pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos e pela Agência Nacional de Águas.

que, por sua vez, impede uma aplicação automática de regras específicas de padrões de qualidade ambiental.

Este regime regulatório, que gravita em torno de licenças concedidas com base na atividade empresarial do potencial poluidor diferencia-se do adotado nos Estados Unidos, o qual baseia-se nos tipos de atividades poluidoras realizadas pelo proponente da licença. Em certa medida, torna-se compreensível a posição dos Estados Unidos de adotar medidas de combate à poluição segmentadas em razão da modalidade de poluição ou degradação ambiental. Como será visto, um regime de combate à poluição que gravita em torno de procedimentos de licenciamento “holísticos” como o brasileiro torna-se, na prática, um sistema menos vinculado a regras e standards. Além disso, uma política de combate à poluição que privilegia procedimentos em detrimento de conteúdo inviabiliza o estabelecimento de regras e standards em nível legislativo. Se uma legislação tivesse de ser redigida em termos mais substantivos em um sistema regulatório no qual um regime integrado de licenciamento prevalecesse, esta lei ou teria de estabelecer regras e standards para cada atividade industrial propriamente dita, ou cada iniciativa empresarial teria de ser regulada por um instrumento legislativo próprio, o que, embora possível, não se revela viável em face da inércia dos poderes legislativo (e executivo) no exercício de suas funções legiferantes. Consequentemente, a competência para a definição dos critérios substantivos que nortearão os procedimentos de licenciamento é quase que exclusivamente delegada às agências ambientais federais e estaduais. Observa-se, no entanto, que a adoção de procedimentos administrativos de licenciamento segmentados de regras e standards pode se revelar excessivamente custosa e de difícil operacionalização, sobretudo quando o órgão administrativo implementador for desprovido de recursos e capacidade técnico-administrativa necessária para aplicar tais critérios substantivos durante o processo decisório.⁵³⁵ Além disso, mesmo quando os órgãos governamentais possuem capacidade plena para integrar conteúdo e forma, estes podem abster-se caso não recebam incentivos ou sofram constrangimentos que os impulsionem de fato a agir. Nos Estados Unidos, onde o problema de capacidade administrativa é indiscutivelmente menor do que no Brasil, decisões ambientais que requerem uma análise abrangente e integrada dos problemas ambientais – tais como as requeridas pela NEPA - só

⁵³⁵ Para uma análise sobre o modo como conhecimentos científicos devem ser empregados nos estudos de impacto ambiental, cf. CALDWELL, Lynton K. **Science and the National Environmental Policy Act: redirecting policy through procedural reform.** Alabama: The University of Alabama Press, 1982.

são minimamente observadas porque o judiciário desempenha – embora de modo limitado⁵³⁶ – um papel crucial na garantia de sua observância.⁵³⁷

Feitas essas considerações, verifica-se que, apesar de todas as diferenças que as atividades ao licenciamento ambiental possam guardar entre si, um único sistema de regras procedimentais é aplicado a todas estas. Embora o CONAMA tenha editado, ao longo de sua existência, diversas resoluções versando especificamente sobre o licenciamento de determinadas atividades, observa-se que estas normas não alteram o sistema de regras procedimentais mencionado.⁵³⁸ Estas resoluções tratam sobretudo da discriminação de atividades que deverão ser submetidas a licenciamento ambiental, exigências documentais adicionais a serem apresentadas pelos proponentes de licenças específicas, que nada ou muito pouco alteram as normas gerais sobre licenciamento. Como será discutido posteriormente, esta excessiva padronização dos procedimentos de licenciamento ambiental revela-se frequentemente “em conflito com a legislação setorial e não possui foco estratégico.”⁵³⁹

O procedimento de licenciamento ambiental é trifásico no Brasil. O Decreto n. 99.274/90, complementado pela Resolução do CONAMA n. 237/97, estabelece as seguintes fases para a concessão de licenças ambientais: (i) Licença Prévia (“LP”); (ii) Licença de Instalação (“LI”); e (iii) Licença de Operação (“LO”).⁵⁴⁰ A LP é aquela conferida durante a fase de planejamento do projeto ou atividade, a qual terá a duração máxima de 5 anos. Na prática, esta licença tem por objetivo autorizar a localização e o projeto do empreendimento, certificar sua viabilidade ambiental e estabelecer os requisitos e as condições básicas a serem observadas durante as fases seguintes da implementação. Além disso, sempre que as

⁵³⁶ O Judiciário americano não analisa o mérito das decisões administrativas tomadas em face de um estudo de impacto ambiental. A revisão judicial destas decisões revela-se, portanto, exclusivamente procedimental, cabendo ao Poder Judiciário tão somente avaliar se os órgãos governamentais cumpriram de modo adequado os procedimentos administrativos concernentes ao estudo de impacto ambiental. A intervenção do Judiciário se encerra, portanto, na averiguação de adequação da observância desses procedimentos, não podendo incidir sobre a decisão final da Administração, ainda que esta desconsidere os resultados do estudo de impacto ambiental em face razões fundamentadas. Cf. Para uma análise cronológica do posicionamento da jurisprudência americana sobre a extensão da revisão do Poder Judiciário sobre as decisões tomadas em face da NEPA, cf. LINDSTROM, Matthew J. Procedures without Purpose, *op. cit.*, p. 255-259.

⁵³⁷ *Idem*, p. 255.

⁵³⁸ Em algumas oportunidades, o CONAMA disciplinou procedimentos de licenciamento mais específicos. Estas resoluções, citadas no capítulo seguinte, em geral não alteram a estrutura trifásica do licenciamento ambiental descrita a seguir, porém prevêem procedimentos simplificados para algumas atividades específicas.

⁵³⁹ BANCO MUNDIAL. Relatório nº 40995-BR. **Licenciamento Ambiental de Projetos Hidrelétricos no Brasil**: uma contribuição ao debate. Volume I (de 3 volumes): Relatório Síntese, p. 20.

⁵⁴⁰ Em alguns estados, a licença de operação recebe a denominação de licença de funcionamento.

construções ou atividades tiverem o potencial de causar um impacto significativo no meio ambiente, esta etapa prévia de licenciamento deve ser precedida de um EIA e do seu correspondente Relatório de Impacto do Meio Ambiente (“RIMA”).⁵⁴¹ Observa-se, no entanto, que diversos órgãos estaduais ambientais não cumprem esta etapa adequadamente, já que conduzem o EIA durante a fase de LP, “diminuindo o papel do EIA como um instrumento de prevenção e de planejamento.”⁵⁴²

Como visto, o Brasil, atrelou o EIA ao sistema de licenciamento ambiental propriamente dito,⁵⁴³ de modo que, na prática, aquele termina por servir mais como um instrumento de coerção para prevenir efeitos nocivos ao meio ambiente do que para conferir racionalidade aos processos de planejamento e de tomada de decisões.⁵⁴⁴ No que diz respeito à estruturação do EIA, o CONAMA previu expressamente exemplos, não exaustivos,⁵⁴⁵ de atividades que estariam sujeitas ao EIA, as quais incluem projetos de infraestrutura,⁵⁴⁶ atividades de extração de combustíveis fósseis e minérios, manejo de resíduos tóxicos e perigosos,⁵⁴⁷ complexo e unidades industriais e agroindustriais, distritos e zonas estritamente industriais (“ZEI”), extração de madeira ou lenha,⁵⁴⁸ projetos urbanísticos específicos,⁵⁴⁹

⁵⁴¹ Cf. Art. 8º, § 2º, Resolução CONAMA n. 6/87; Art. 4º da Resoluções CONAMA n. 9/90 e 10/90.

⁵⁴² GLASSON, J.; SALVADOR, Nemesio Neves B. EIA in Brazil: a procedures-practice gap. A comparative study with reference to the European Union, and especially the UK. **Environmental Impact Assessment Review**, vol. 20, 2000, p. 198.

⁵⁴³ Como já observado, a Lei da PNMA não vinculou o EIA à atividade de licenciamento, mas os órgãos encarregados de implementá-la trataram de fazê-lo, fortemente influenciados pela experiência da FEEMA no Rio de Janeiro. Já em 1983, o Presidente da República, ao regulamentar a lei da PNMA por meio do Decreto n. 88.351, estabeleceu que caberia ao CONAMA fixar as situações em que seria exigido o EIA **para fins** de licenciamento. Três anos depois, o CONAMA editou a Resolução n. 1/86, estabelecendo normas gerais sobre elaboração do EIA.

⁵⁴⁴ GLASSON, J.; SALVADOR, Nemesio Neves B. EIA in Brazil, *op. cit.*, p. 198.

⁵⁴⁵ Em tese, qualquer atividade ou empreendimento pode estar sujeito ao EIA/RIMA, conquanto que tenha o potencial de impactar significativamente o meio ambiente.

⁵⁴⁶ Os projetos de infraestrutura sujeitos a EIA incluem: estradas de rodagem com duas ou mais faixas de rolamento, ferrovias, portos e terminais de minério, petróleo e produtos químicos, aeroportos, oleodutos, gasodutos, minerodutos, troncos coletores e emissários de esgotos sanitários, linhas de transmissão de energia elétrica acima de 230 KV, obras hidráulicas como barragem para fins hidrelétricos acima de 10MW, obras de saneamento e de irrigação, abertura de canais para navegação, drenagem e irrigação, retificação de cursos d’água, abertura de barras e embocaduras, transposição de bacias e diques, usinas de geração de eletricidade acima de 10MW. Cf. Art. 2º, I, II, III, IV, V, VI, VII e XI da Resolução CONAMA n. 1/86.

⁵⁴⁷ Por manejo entende-se aterro sanitário, processamento e destino final de resíduos tóxicos ou perigosos. Cf. Art. 2º, X da Resolução CONAMA n. 1/86.

⁵⁴⁸ A resolução refere-se à “exploração econômica de madeira ou de lenha, em áreas acima de 100 hectares ou menores, quando atingir áreas significativas em termos percentuais ou de importância do ponto de vista ambiental.” Cf. Art. 2º, XIV da Resolução CONAMA n. 1/86.

projetos agropecuários determinados,⁵⁵⁰ atividades envolvendo carvão,⁵⁵¹ e empreendimentos lesivos ao patrimônio espeleológico nacional. Segundo Glasson e Salvador, esta relação de atividades prevista na Resolução CONAMA n. 1/86 é limitada e rígida. Se interpretada literalmente, “uma atividade importante (e.g., uma grande planta industrial), a qual provavelmente deveria se sujeitar ao EIA, pode ficar fora deste processo, e alguns impactos indiretos e cumulativos provocados por atividades não incluídas na lista podem não ser identificados.”⁵⁵² O CONAMA também estabeleceu regras gerais sobre o conteúdo mínimo do EIA e do RIMA,⁵⁵³ bem como estabeleceu que os custos para a elaboração destes estudos correrá por conta do proponente do projeto.⁵⁵⁴ Para a avaliação do EIA, audiências públicas, nas quais representantes das populações locais estão autorizados a participar, podem ser realizadas em circunstâncias especificadas em norma do CONAMA.⁵⁵⁵ Seguindo o exemplo das regras sobre licenciamento ambiental, os procedimentos do EIA foram genericamente formulados, sem atender, portanto, às especificidades dos empreendimentos e atividades a serem avaliados. Paulatinamente, o CONAMA tem editado resoluções mais específicas, mais

⁵⁴⁹ Estão sujeitos ao EIA os projetos urbanísticos acima de 100 hectares ou situados em áreas de relevante interesse ambiental, a critério dos órgãos ambientais do SISNAMA. Cf. art. 2º, XV da Resolução CONAMA n. 1/86.

⁵⁵⁰ Do mesmo modo, estão sujeitos ao EIA projetos agropecuários que contemplem áreas acima de 1.000 hectares ou menores, quando consideradas de importância do ponto de vista ambiental. Cf. Art. 2º, XVII da Resolução CONAMA n. 1/86.

⁵⁵¹ A resolução trata de “qualquer atividade que utilize carvão vegetal, derivados ou produtos similares, em quantidade superior a dez toneladas por dia.” Cf. Art. 2º, XVI da Resolução CONAMA n. 1/86.

⁵⁵² GLASSON, J.; SALVADOR, Nemesio Neves B. EIA in Brazil, *op. cit.*, p. 198.

⁵⁵³ Um EIA deve conter, no mínimo: 1. Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto, incluindo a caracterização dos meios físico, biológico e socioeconômico; 2. Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas; 3. Definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos; 4. Programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos positivos e negativos, com indicação dos fatores e parâmetros a serem considerados. Já o RIMA deve conter: 1. Objetivos e justificativa do projeto; 2. Descrição do projeto e suas alternativas tecnológicas e locacionais; 3. Síntese dos resultados dos estudos de diagnósticos ambientais da área de influência do projeto. 4. Descrição dos prováveis impactos ambientais da implantação e operação da atividade 5. Caracterização da qualidade ambiental futura da área de influência; 6. Descrição do efeito esperado das medidas mitigadoras previstas em relação aos impactos negativos; 7. Programa de acompanhamento e monitoramento de impactos; 8. Recomendação quanto à alternativa mais favorável. Cf. Resolução CONAMA n. 1/86, arts. 6º e 9º.

⁵⁵⁴ Os empreendedores devem contratar equipes externas para elaborar o EIA e o RIMA. No entanto, como os empreendedores financiam o trabalho destes técnicos, não há como garantir a completa imparcialidade destes estudos.

⁵⁵⁵ As audiências públicas são convocadas (i) por ato discricionário do titular do Ministério do Meio Ambiente; (ii) por requisição formal de uma organização sem fins lucrativos; (iii) por requisição do Ministério Público; (iv) por requisição conjunta de no mínimo 50 cidadãos. Cf. Resolução CONAMA n. 09/87. Esta resolução, no entanto, só entrou em vigor em 05 de junho de 1990, a partir de sua publicação no Diário Oficial da União.

ainda assim de caráter essencialmente procedimental, procurando atender às peculiaridades dos empreendimentos e atividades que requerem a produção de EIA/RIMA.

Já a licença de instalação autoriza a instalação do empreendimento de acordo com as especificações contidas nos planos, programas e projetos aprovados, incluindo dispositivos que tratem de medidas de minimização dos impactos ambientais avaliados na fase da LP. Esta licença poderá ter duração máxima de 6 anos. Por fim, a licença de operação autoriza o início das atividades do empreendimento de acordo com as exigências de compensação ambiental e outros requisitos após a confirmação de que as condições prévias do licenciamento de instalação tenham sido observadas. A licença de operação pode variar de 4 a 10 anos e é renovável dentro do prazo legal estabelecido pela agência ambiental competente.

A implementação destes procedimentos de licenciamento ambiental é notoriamente complexa. O governo brasileiro não só adota um complexo procedimento trifásico para o licenciamento, como também se vale de um sistema no qual as agências ambientais das três esferas de governo estão concomitantemente autorizadas a implementá-lo. Quanto à complexidade dos procedimentos de licenciamento, verifica-se que o Brasil é o único país no mundo que adotou um procedimento trifásico para a concessão de licenças ambientais. Este sistema foi inicialmente concebido pela FEEMA, na década de 1970,⁵⁵⁶ com o propósito de garantir “a perfeita efetivação dos objetivos de controle ambiental como também a maximização de recursos dos projetos dos usuários do sistema que, assim, evitam gastos adicionais com eventuais correções dos projetos para adequá-los às exigências do SLAP.”⁵⁵⁷ Como já observado, a FEEMA era uma instituição especialmente vocacionada para o controle da poluição provocada por atividades industriais tradicionais, de modo que o seu SLAP foi formulado especialmente para atender à missão daquela instituição. No entanto, o SLAP foi posteriormente estendido – sem maiores adaptações – a todo o país e para as mais variadas atividades utilizadoras de recursos ambientais, não necessariamente provenientes da indústria. Para se ter uma idéia das dificuldades de implementação deste sistema trifásico, verifica-se que este permite que um único estabelecimento industrial esteja sujeito, simultaneamente, a

⁵⁵⁶ A Companhia de Tecnologia Ambiental do estado de São Paulo, “CETESB,” também institui sistema próprio de licenciamento na década de 1970. O sistema de licenciamento da CETESB era, no entanto, bifásico, reconhecendo as licenças de instalação e de operação. Cf. Lei estadual n. 997, de 31 de maio de 1976.

⁵⁵⁷ RIO DE JANEIRO. Feema. **Manual do Meio Ambiente: Sistema de Licenciamento de Atividades Poluidoras – SLAP – manual de procedimentos, normas, legislação.** Rio de Janeiro: FEEMA; Editora Esplanada; AGGS Indústrias Gráficas, 1979.

três licenças distintas. Isso pode ocorrer quando, por exemplo, um estabelecimento pretenda alterar ou expandir sua planta industrial.⁵⁵⁸ Já no que diz respeito ao envolvimento dos três entes federativos no desempenho da atividade de licenciamento, verifica-se que apesar das agências estaduais serem as primeiras autoridades envolvidas na emissão de licenças ambientais,⁵⁵⁹ o IBAMA assume esta responsabilidade sempre que as primeiras falharem ou não tiverem condições de executar esta tarefa ou quando uma atividade poluidora específica impactar os recursos ambientais em âmbito nacional ou regional.⁵⁶⁰ Embora o CONAMA tenha estabelecido regras sobre a repartição, entre os entes federativos, da competência para licenciar,⁵⁶¹ será visto que diversos problemas de coordenação entre órgãos ambientais federais, estaduais e municipais surgem diante de situações concretas, causando muitas vezes atrasos ou paralisias nos processos de licenciamento ambiental com enormes custos para os beneficiários das obras e empreendimentos a serem licenciados.

⁵⁵⁸ A lei paulista, por exemplo, sujeitava à LI as atividades de subdivisão, reconstrução, reforma, expansão e alteração de um estabelecimento poluidor. Cf. Artigo 58 da Lei estadual n. 997, de 31 de maio de 1976.

⁵⁵⁹ Como visto, a lei da PNMA estabeleceu que caberia precipuamente aos Estados a realização das atividades de licenciamento ambiental, com atuação subsidiária do CONAMA. Com o advento da Constituição de 1988 e do seu respectivo sistema de repartição de competências comuns, este protagonismo dos estados foi, ao menos em tese, eliminado. Tanto é assim que o CONAMA estabeleceu um sistema de repartição de competência equilibrado, ao menos do ponto de vista territorial. Na prática, no entanto, poucos municípios possuem estrutura administrativa para desempenhar a atividade de licenciamento.

⁵⁶⁰ O impacto regional ou nacional é presumido quando um projeto ou atividade é localizado ou desenvolvido no território de dois ou mais estados, no território do Brasil e de um país limítrofe, no mar territorial, na plataforma continental, na zona econômica exclusiva, em terras indígenas, em unidades de conservação de domínio da União, em bases militares, ou quando envolver material uso de material radioativo ou energia nuclear. Além disso, o IBAMA também possuirá competência para licenciar projetos e atividades cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do país ou de um ou mais Estados. Ver-se-á que os maiores conflitos de competência envolvendo licenciamento decorrem da interpretação desta última possibilidade. Cf. Art. 4º, I, II, III, IV e V da Resolução do CONAMA n. 237/97.

⁵⁶¹ Além das competências do IBAMA, a Resolução do CONAMA n. 237/97 estabelece as hipóteses em que caberá aos órgãos ambientais estaduais e municipais realizar a atividade de licenciamento. Presume-se a competência dos estados para licenciar sempre que os empreendimentos ou atividades estiverem localizados em mais de um Município, em unidades de conservação de domínio estadual ou do Distrito Federal, em florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente (com exceção dos empreendimentos de impacto ambiental nacional ou regional). Além disso, projetos ou atividades cujo impacto ambiental ultrapasse os limites territoriais de um município também serão de competência dos estados. Já aos municípios caberá licenciar os empreendimentos ou atividades locais. Cf. Arts. 5º e 6º da Resolução do CONAMA n. 237/97. Por fim, a Resolução do CONAMA n. 237/97, em seus arts. 5º, V e 6º, também prevê a possibilidade que os entes federativos deleguem suas competências para licenciar às esferas de governo inferiores por meio de instrumento legal ou convênio.

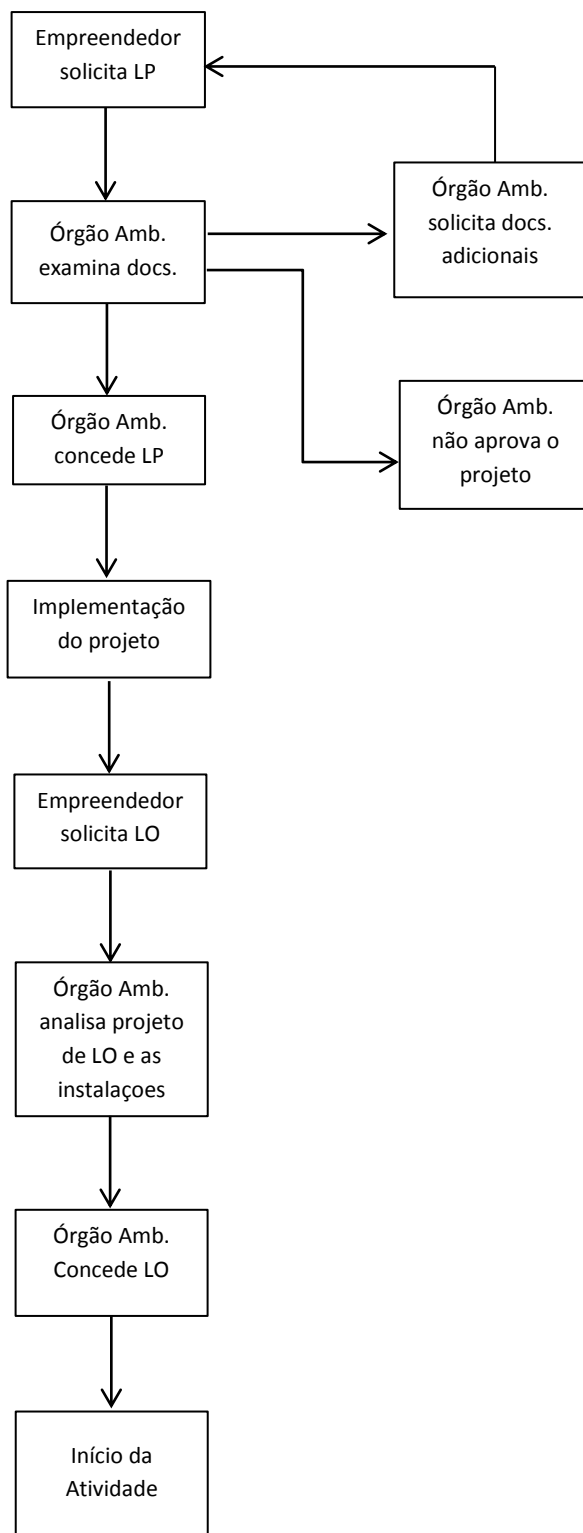


Fig. 1. Procedimento geral de licenciamento ambiental sem EIA/RIMA

4. IMPLICAÇÕES DO DESENHO LEGISLATIVO DA PNMA

No capítulo anterior, foram analisados traços gerais do desenho da Lei n. 9.638/81 considerados essenciais para a compreensão de como ocorre, na prática, a implementação da PNMA.

Neste capítulo, pretende-se dar uma maior ênfase às escolhas legislativas consideradas por mim como problemáticas para uma efetiva implementação da PNMA. Como já observado, as deficiências no desenho da lei da PNMA não são os únicos – e em muitos casos tampouco os mais importantes – fatores responsáveis pela inefetividade das políticas. No entanto, na contramão de um discurso dominante, pretende-se dar aqui relevo ao fato de que o modo como a legislação ambiental é redigida também tem sua parcela de culpa pela inefetividade das políticas ambientais.

Observa-se, no entanto, que não se pretende mensurar aqui a exata extensão pela qual os resultados da PNMA são afetados pelo seu desenho legislativo. Além de difícil mensuração, os resultados de uma avaliação de tal sorte variam de acordo com o perfil do destinatários das leis ambientais – se indústria, pessoas físicas etc – bem como de acordo com os objetivos da política ambiental – se combate à poluição, preservação da fauna e da flora etc – sem contar as variações apresentadas em razão da capacidade institucional dos órgãos implementadores da lei da PNMA. Nesse sentido, um estudo de caso aprofundado sobre apenas uma vertente da política ambiental produziria resultados mais rigorosos e precisos, porém menos generalizáveis. Deste modo, optou-se aqui deliberadamente por analisar as implicações dos arranjos institucionais da lei da PNMA de um modo menos aprofundado verticalmente, porém mais abrangente horizontalmente. Com essa escolha, perde-se em profundidade, porém ganha-se em amplitude, o que parece mais adequado não só para identificar as limitações e potencialidades do padrão legislativo da política ambiental, mas também para tecer algumas reflexões sobre o padrão legislativo das políticas públicas em geral.

Uma análise da lei da PNMA e das normas jurídicas de caráter regulamentar derivadas daquela permite identificar que a legislação ambiental confere ampla margem de discricionariedade aos administradores. Como já observado, a discricionariedade administrativa não é boa ou ruim em si, de modo que suas qualidades e defeitos dependem do

contexto no qual o poder discricionário será exercido. Além disso, a discricionariedade administrativa não pode, na prática, ser de todo erradicada. Como observa Schneider, “no mundo em que vivemos, não é possível escolher entre discricionariedade e regras, mas sim entre diferentes combinações de discricionariedade e regras.”⁵⁶² Ainda que fosse possível admitir a possibilidade de que regras jurídicas pudessem eliminar por completo às oportunidades de livre escolha da Administração Pública, uma discricionariedade em sentido mais fraco⁵⁶³ subsistiria, já que, como visto, normas jurídicas não podem ser mecanicamente aplicadas, e portanto sempre demandam alguma atividade interpretativa do seu aplicador. No entanto, ainda que não se possa reprovar aprioristicamente, bem como eliminar por completo, a discricionariedade administrativa das escolhas legislativas sobre políticas públicas, torna-se necessário identificar as suas falhas, e portanto limitá-las quando esta conduz a uma situação de inércia da Administração ou induz administradores a comportarem-se disfuncional ou abusivamente.

Antes, no entanto, de se identificar os principais “gargalos” da legislação da PNMA torna-se necessário precisar quais são as diferentes dimensões pelas quais o fenômeno da discricionariedade se manifesta nas políticas públicas legisladas. Nesse sentido, verifica-se que a discricionariedade administrativa pode manifestar-se em dois planos distintos, os quais, no entanto, estão interrelacionados. Em um desses planos, a discricionariedade pode tanto revelar-se material quanto substantiva. Como visto no segundo capítulo, a discricionariedade material é aquela que confere poderes decisórios ao administrador sobre *o que e como* decidir. Já a discricionariedade procedimental é aquela que atribui ao administrador a decisão sobre *o se e quando* agir. Como será visto, a legislação ambiental é altamente discricionária tanto material, quanto procedimentalmente. Sob uma outra perspectiva, a discricionariedade está atrelada ao tipo de decisão administrativa a ser proferida. Deste modo, a discricionariedade pode tanto incidir sobre o exercício da atividade normativa, quanto sobre a solução de casos concretos, envolvendo ou não a aplicação de normas jurídicas pré-existentes.

⁵⁶² SCHNEIDER, Carl E. Discretion and Rules: a lawyer’s view. In: HAWKINS, Keith. **The Uses of Discretion**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 51.

⁵⁶³ Para Dworkin, a discricionariedade em sentido fraco é aquela manifestada nas situações nas quais o aplicador da lei deve valer-se de juízos próprios para aplicar regras jurídicas, bem como aos casos em que o aplicador da lei possui autoridade final para tomar uma decisão, a qual não pode ser alterada por nenhuma outra instância. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 31-32.

Observa-se que a discricionariedade para a formulação de normas, bem como para a solução de casos concretos pode não ser apenas substantiva, ou seja, pode não conferir apenas liberdade ao administrador sobre o *que* e *como* decidir. A discricionariedade para a formulação de normas e para a solução de casos pode também ser procedimental, ou seja, a legislação pode nada dispor, ou dispor de modo limitado, sobre o momento e as circunstâncias em que o administrador deverá tomar suas decisões. A esse respeito, verifica-se que a legislação da PNMA também confere ampla discricionariedade ao seus órgãos implementadores para estabelecer as circunstâncias e o momento em que estes deverão atuar, contribuindo, como será visto, para a inércia e morosidade da atuação da Administração.

4.1 Discricionariedade para a Formulação de Normas da PNMA⁵⁶⁴

4.1.1 Discricionariedade Procedimental

Como já observado, a Lei da PNMA é um ato normativo essencialmente intransitivo, o qual não prevê regras e standards substantivos a serem observados por administradores e administrados. Não obstante, mesmo sem a presença de regras e standards estabelecendo os limites e parâmetros de ação dos usuários de recurso ambientais e dos administradores envolvidos na implementação da PNMA, a lei 6.938/81 tratou de prever as sanções administrativas,⁵⁶⁵ cíveis⁵⁶⁶ e criminais⁵⁶⁷ incidentes sobre estes dois atores. Deste modo,

⁵⁶⁴ Neste item, será dada ênfase à produção normativa do CONAMA em detrimento da produção normativa dos estados e municípios. Deste modo, as análises acerca do comportamento do órgão ambiental federal na elaboração de normas ambientais não podem ser automaticamente generalizadas para explicar a produção normativa dos conselhos ambientais estaduais e municipais. No entanto, tendo em vista que as regras estruturais e procedimentais que conformam a atuação do CONAMA são reproduzidas para os órgãos com funções normativas dos demais estados da federação, acredita-se que as conclusões apresentadas neste item podem ser também de valia para explicar a atuação destes últimos.

⁵⁶⁵ As sanções administrativas incidem sobre “o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental,” as quais subdividem-se em multa, perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais, perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito e suspensão de atividade. A lei prevê também incidência de multa sobre os administradores que omitirem-se de exigir o cumprimento das medidas necessárias à preservação ambiental ou correção de danos ambientais. Cf. Art. 14 da Lei n. 6.838/81.

⁵⁶⁶ A Lei da PNMA atribui, em seu art. 14, § 1º, legitimidade ao Ministério Público Federal e Estadual para propor ações de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente. Este dispositivo legal tem importância histórica já que reconheceu pela primeira vez a competência do Ministério Público para agir em prol de interesses difusos. Como observa McAllister, este dispositivo legal foi sugerido e redigido pelo promotor

mesmo sem definir os parâmetros que permitissem identificar as circunstâncias nas quais uma ação do usuário de recursos ambientais ou uma omissão do administrador pudessem ser caracterizadas como provocadoras de um dano ambiental, a lei da PNMA previu as diversas sanções incidentes como resposta a estes comportamentos.

Não obstante as boas intenções desta estratégia legislativa, que tem por intenção garantir uma maior efetividade à lei da PNMA, observa-se aqui o seu limitado alcance na ausência de normas de caráter substantivo. Além de não informar os usuários de recursos ambientais e os administradores sobre como estes devem de fato agir, esta estratégia só serve para detectar e reprimir uma parcela ínfima das ações que provocam danos ao meio ambiente. Como observa Skelly Wright:

Quando os abusos de um indivíduo vem à tona, (...) estes serão corrigidos. No entanto, o problema de um regime sem standards consiste no fato de que abusos podem nunca vir à tona. Em um sistema no qual funcionários públicos não estão obrigados a agir de acordo com regras publicamente estabelecidas, torna-se muito difícil saber se eles estão agindo de acordo com regras secretas e ilícitas.

A própria lei da PNMA, no entanto, reconhece a necessidade de que normas de caráter substantivo sejam editadas para que esta se torne efetiva. Tanto é assim que a lei atribuiu ao CONAMA competência expressa para formular normas sobre poluição veicular, padrões de qualidade ambiental e licenciamento ambiental.⁵⁶⁸ No entanto, a lei da PNMA não estabeleceu prazos, tampouco condições, para que o CONAMA e os demais órgãos com funções equivalentes do SISNAMA exercessem sua atividade normativa. Observa-se, neste particular, uma diferença marcante entre leis ambientais americanas e brasileiras. Como visto no segundo capítulo, as leis ambientais americanas que tratam do combate à poluição, embora deleguem

estadual Paulo Affonso Leme Machado, que participou da comissão que redigiu a primeira minuta da Lei da PNMA. McALLISTER, Lesley K. **Making Law Matter**, p. 67.

⁵⁶⁷ As sanções criminais só foram introduzidas no texto da lei da PNMA em 1989, quando a Lei n. 7.804/89 alterou a redação do seu artigo 15. Como já observado, as propostas de alguns membros do Congresso Nacional de criminalizar condutas nocivas ao meio ambiente não foram aceitas no processo legislativo que deu origem à versão original da lei. Segundo a redação atual do art. 15 da Lei n. 6.938/81, comete crime, sujeito à pena de reclusão de 1 a 3 anos mais multa, “quem expuser a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal, ou estiver tornando mais grave situação de perigo existente.” Esta pena poderá ser aumentada até o dobro se (i) resultar de dano irreversível à fauna, à flora e ao meio ambiente (ii) resultar de lesão corporal grave (iii) resultar de poluição decorrente de atividade industrial ou de transporte e (iv) crime praticado durante a noite, domingo ou feriado. Os administradores que deixarem de promover as medidas tendentes a impedir a prática das condutas acima descritas também incorrem no mesmo crime.

⁵⁶⁸ Competências atribuídas pelo art. 8º, incisos I, VI e VII da Lei n. 6.938/81.

amplios poderes normativos às agências ambientais, estabelecem uma série de prazos para que a Administração exerça o seu poder regulamentar. Caso estes prazos não sejam cumpridos, não só o governo, mas também qualquer cidadão possui legitimidade para ingressar em juízo e exigir o cumprimento dos prazos previstos em lei. Além disso, muitos desses prazos estão acompanhados de regulamentos-padrão (*hammer provisions*),⁵⁶⁹ os quais passam a vigorar caso o poder executivo deixe de editar seus regulamentos. Como visto, embora a experiência americana revele um uso abusivo desses prazos, o qual em algumas situações tem gerado efeitos perversos, fato é que esta estratégia tem se revelado fundamental para impulsionar a atividade regulatória dos órgãos ambientais neste país. Como visto, prazos legislativos podem estabelecer prioridades ao poder executivo, fornecer subsídios para que este resista a pressões externas para atrasar o processo de tomada de decisão, sinalizar a necessidade por recursos financeiros adicionais, bem como forçar o poder executivo a não se esquivar de decidir assuntos delicados. Além disso, os prazos podem se tornar um importante mecanismo de *accountability* já que reduzem os custos de monitoramento de grupos da sociedade civil, evidenciam claramente quando uma lei é violada, e criam um espaço direto para a revisão judicial dos atos administrativos.

No Brasil, nem as leis que versam sobre políticas públicas, tampouco os decretos presidenciais que as regulamentam, valem-se deste uso estratégico dos prazos. Não só as leis não estabelecem prazos para que a Administração elabore suas normas de natureza secundária mas também os decretos editados pelo Presidente da República, no exercício do seu poder regulamentar, também nada dispõem sobre este assunto. Conseqüentemente, os órgãos da Administração com poderes normativos acabam se autodeterminando no que diz respeito ao *se* e *quando* agir. Além disso, a adoção de regulamentos-padrão, os quais seriam aplicados quando houvesse inércia da Administração para exercer sua função regulamentar, revela-se absolutamente desconhecida da experiência brasileira. Nos Estados Unidos, regulamentos-padrão são adotados para coordenar as ações entre Poderes Legislativo e Executivo e entre governo federal e governos estaduais. No primeiro caso, as agências ambientais federais e estaduais obrigam-se a observar os regulamentos elaborados pelo Congresso americano até que estas venham a produzir os seus próprios regulamentos. No segundo, regulamentos-padrão

⁵⁶⁹ Exemplo de uso de prazos acoplados com *hammer provisions* na experiência americana encontra-se na lei que disciplina a gestão de resíduos perigosos, a Lei da Conservação e Recuperação de Recursos (*Resource Conservation and Recovery Act*).

podem ser elaborados pelas agências ambientais federais, os quais serão aplicados aos estados que não elaborarem os seus planos e as suas normas de acordo com o cronograma estabelecido nas leis ambientais federais.

A lei da PNMA, embora fortemente influenciada pelo desenho institucional das leis ambientais americanas,⁵⁷⁰ revela-se em geral desprovida dessas estratégias. Alguns autores argumentam que isto nem poderia ser diferente, dada a abrangência da lei da PNMA, que assume a função de “lei-quadro,” e que portanto deve apenas oferecer diretrizes gerais para a produção de leis e normas secundárias ambientais de caráter mais específico. Ocorre, no entanto, que em face da ausência de legislação específica, o CONAMA e os demais órgãos deliberativos do SISNAMA terminam por de fato legislar sobre os mais diversos assuntos ambientais, e o fato é que o fazem em total liberdade, na ausência de prazos e condições impostos por atores externos. Mesmo nos raros casos em que existe legislação setorial fornecendo diretrizes e orientações para a atuação do CONAMA, verifica-se que prazos e outros mecanismos *action-forcing* seguem sendo estratégias subutilizadas. Deste modo, na medida que a lei da PNMA assume uma função regulatória, porém não é acompanhada de legislação setorial que a complemente e introduza mecanismos *action-forcing*, esta passa a ser discricionariamente implementada pelos órgãos da Administração com poderes normativos, cuja atuação não está limitada por prazos e outros condicionamentos externos.

Como decorrência da ausência destes mecanismos na lei n. 6.938/81, atrasos crônicos tem ocorrido na implementação da PNMA desde a sua criação. Já de início, o decreto presidencial regulamentador desta lei levou dois anos para ser aprovado. A Lei da PNMA não estabeleceu prazo para que o Presidente da República estabelecesse o seu regulamento. Como já observado, no Brasil leis que estabelecem prazos para que o Presidente da República exerça a sua competência regulamentar são vistas como incompatíveis com o princípio da tripartição dos poderes.⁵⁷¹ Segundo depoimento de Paulo Nogueira-Neto, presidente da SEMA e um dos

⁵⁷⁰ Cumpre observar que a NEPA, que serviu de inspiração para a criação da Lei da PNMA, é uma lei essencialmente principiológica e que, portanto, não prevê prazos a serem observados pela Administração. No entanto, como observado, a NEPA não é uma lei regulatória, diferentemente da Lei da PNMA brasileira, que como visto assume esta função.

⁵⁷¹ Observa-se, a esse respeito, que problemas desta natureza inexistem nos Estados Unidos, onde também se adota a tripartição de poderes. Isso ocorre porque as leis que versam sobre políticas públicas não são regulamentadas primariamente pelo Presidente da República, mas sim pelas agências administrativas cuja lei outorgou competência regulamentadora. Nos Estados Unidos, as *Executive Orders* – atos normativos emanados pelo Presidente da República – tem um propósito distinto. Estas servem para estabelecer normas de organização e

maiores defensores da lei da PNMA, o atraso na aprovação do Decreto n. 88.351/99 se deu em razão de forte pressão da Confederação Nacional das Indústrias, a qual se sentiu derrotada no processo legislativo da Lei n. 6.938/81, cujo texto foi aprovado unanimemente pelo Congresso e sofreu apenas dois vetos do Presidente da República.⁵⁷² O texto da lei da PNMA aprovado pelo Congresso estabeleceu regras muito modestas sobre composição e competência do CONAMA, bem como não previu sequer regras mínimas acerca da organização e funcionamento deste órgão. Consequentemente, o CONAMA só passou a existir e de fato funcionar após a aprovação do Decreto n. 88.351/83, o qual finalmente estabeleceu regras, ainda modestas, sobre composição, competência, organização e funcionamento do principal órgão deliberativo do SISNAMA. Ainda assim, o CONAMA só viria a aprovar sua primeira resolução em julho de 1984, um ano após a entrada em vigor do decreto regulamentador acima referido. No entanto, foi apenas em 1986, cinco anos após a aprovação da Lei da PNMA, que o CONAMA passou a de fato intensificar sua atividade normativa, conforme se pode identificar da tabela 4.1.

Ao longo da sua história, o CONAMA editou 436 resoluções,⁵⁷³ porém apenas 231 possuem caráter normativo.⁵⁷⁴ Destas 231 resoluções, 19 podem ser classificadas como atos normativos internos, cujos efeitos incidem apenas sobre órgãos da Administração, sendo que

funcionamento da Administração de caráter transversal, as quais se aplicam para todos os órgãos da Administração indistintamente. Exemplo de norma do gênero, atualmente em vigor, é a *Executive Order* n. 12.291, que atribui ao Gabinete de Orçamento e Planejamento (o *Office of Management and Budget*), competência para revisar os estudos de análise de custo-benefício utilizados para a formulação de atos normativos das agências administrativas que impliquem um gasto anual equivalente ou superior a cem milhões de dólares. Para uma análise das implicações do uso das *Executive Orders* no contexto americano, cf. BREYER, Stephen G. *et alli. Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*. 6.ed. New York: Aspen Publishers, 2006, p. 102-122.

⁵⁷² COSTA, Vera Rita. Perfil: Paulo Nogueira-Neto: Advogado da Natureza. *Ciência Hoje*, vol. 33, p. 195 *apud* McALLISTER, Lesley K. *Making Law Matter*, *op. cit.*, p. 68.

⁵⁷³ Dados referentes ao período de 1984 a 2011. A produção normativa do CONAMA referente ao ano de 2012 está excluída da presente análise.

⁵⁷⁴ Por normativas entendem-se aquelas decisões de conteúdo geral e abstrato, que se destinam a um número indeterminado de destinatários para a solução de situações hipotéticas. Deste modo, estão excluídas da presente análise normas de efeitos concretos tais com aquelas que determinem a órgãos específicos a realização de estudos de impacto ambiental para empreendimentos instituídos anteriormente à superveniência da legislação que instituiu a obrigatoriedade do EIA/RIMA, bem como aquelas que, por exemplo, nomeiam determinada região como Área de Relevante Interesse Ecológico. Além disso, diversas Resoluções do CONAMA editadas até os dias atuais não possuem esse caráter normativo, já que se destinam, por exemplo, a estabelecer e alterar o calendário de reuniões, bem como definir a composição de câmaras técnicas, ou criar comissões especiais de estudos de projetos de leis e políticas específicas. Também não se classificam como normativas aquelas resoluções do CONAMA que visam a publicar decisões a recursos administrativos contra autos de infração, bem como determinar a realização de estudos ambientais para a formulação de políticas ou edição de normas.

212 constituem normas de caráter externo,⁵⁷⁵ as quais produzem efeitos diretos ou indiretos em particulares. Exemplo de uma resolução do CONAMA de caráter interno seria a que cria e regulamenta o sistema de dados e informações sobre a gestão florestal no âmbito do SISNAMA,⁵⁷⁶ ao passo que o ato que estabelece limites máximos de emissão de poluentes atmosféricos para fontes fixas⁵⁷⁷ seria uma norma externa.

Uma análise da produção normativa do CONAMA no decorrer de um período de 28 anos⁵⁷⁸ permite identificar uma falta de planejamento e regularidade na produção normativa do órgão. Não só o número das resoluções editadas pelo CONAMA varia significativamente de ano para ano, havendo períodos em que a produção do órgão tenha se revelado praticamente inexistente, mas também a estrutura e conteúdo dessas normas varia consideravelmente.

Acerca das regras que devem disciplinar o processo de formulação dessas normas, verifica-se que estas foram definidas pelo próprio órgão que as aplica. Isso ocorre porque nem a Lei n. 6938/81, tampouco os dois decretos editados ao longo da história para regulamentá-la,⁵⁷⁹ nada previram a esse respeito. A definição dos procedimentos de elaboração normativa foi então transferida para a alçada do regimento interno do CONAMA. Tendo em vista que tanto o Decreto n. 88.351/93, quanto o Decreto n. 99.274/90, previram que caberia ao próprio CONAMA elaborar o seu regimento interno,⁵⁸⁰ a este órgão coube então impor a si mesmo as regras procedimentais necessárias para guiar o seu processo decisório.

Torna-se interessante notar, a esse respeito, que no Brasil não se considera problemático que os órgãos da Administração Pública com poderes normativos estabeleçam as “regras do jogo” do seu processo decisório. Mesmo no novo modelo de produção normativa

⁵⁷⁵ Para a contabilidade das normas com efeitos externos, foram desconsideradas aquelas resoluções do CONAMA que se destinavam apenas a prorrogar prazos estabelecidos em resoluções exteriores ou que se destinavam a revogar, sem substituir, o texto parcial ou integral de alguma resolução. Excluíram-se da presente análise os atos normativos com estas características com o objetivo de analisar o caráter produtivo da atividade normativa do CONAMA.

⁵⁷⁶ Cf. Resolução CONAMA n. 379/06. Outros exemplos de resoluções com efeitos internos incluem normas disciplinando o regimento interno do CONAMA (as quais a partir de 1994 passaram a ser disciplinadas por portarias do MMA), normas disciplinando o Cadastro Nacional de Entidades Ambientais (“CNEA”) para fins de escolha dos membros do CONAMA, bem como normas disciplinando planos e programas governamentais, tais como o Programa de Qualidade do Ar (“PRONAR”) e o Programa Integrado de Avaliação e Controle Ambiental da Amazônia Legal, os quais foram disciplinados desacompanhadamente da previsão de regras procedimentais e substantivas com efeitos externos.

⁵⁷⁷ Cf. Resolução CONAMA n. 382/06.

⁵⁷⁸ Para a presente análise, foram lidas todas as 436 resoluções editadas pelo CONAMA entre o período de 1984 e 2011.

⁵⁷⁹ Decretos n. 88.351/93 e n. 99.274/90. O último revogou o primeiro e ainda permanece em vigor.

⁵⁸⁰ Cf. art. 8, parágrafo único, do Decreto n. 88.351/93 e art. 7º, XIX do Decreto n. 99.274/90.

aplicado às agências independentes criadas a partir da década de 1990, em que regras importantes – tais como a obrigatoriedade de realização de consulta pública – são garantidas por lei, verifica-se uma extensa delegação de poderes à Administração Pública, para definir os alicerces do seu processo decisório. Estas agências, por sua vez, disciplinam vagamente – quando o fazem – as regras procedimentais que deverão ser perseguidas para a formulação de atos normativos. Uma possível explicação para o “descaso” dos diversos atores envolvidos na formulação de políticas públicas com o disciplinamento das regras procedimentais do processo decisório talvez resida no fato de que estas normas não são percebidas como instrumentos potencialmente capazes de afetar os resultados das políticas.⁵⁸¹ A esse respeito, verifica-se que regras sobre estrutura, organização e funcionamento interno da Administração são frequentemente percebidos como questões de menor importância, as quais podem ser disciplinadas por normas de hierarquia inferior, ou até mesmo nem ser disciplinadas. Uma outra possível explicação, em sentido oposto, pode residir no fato de que regras estruturais e procedimentais são formuladas de modo displicentemente vago como uma atitude racional da Administração Pública de não limitar a si mesma, bem como de não publicizar e democratizar as suas práticas decisórias, a menos que seja estrangida a tanto.

Independentemente dos reais motivos que conduzem os formuladores de políticas públicas a desenharem atos normativos altamente discricionários do ponto de vista procedimental, fato é que consequências emergem dessas escolhas. A disciplina extremamente vaga do procedimento de elaboração normativa do CONAMA tem conduzido a um cenário de alta informalidade e casuísmo na produção das normas ambientais por este órgão.⁵⁸² Acerca da iniciativa para a proposição dos assuntos que serão objeto de resoluções, o regimento interno do CONAMA apenas menciona que qualquer conselheiro possui competência para exercê-la.⁵⁸³ Ao examinar 34 processos de tramitação de propostas de resolução do CONAMA,

⁵⁸¹ Como já observado, procedimentos administrativos são discutidos no meio jurídico sobretudo como instrumentos que visam a resguardar os direitos dos administrados. As leis gerais de processo administrativo, por exemplo, revelam esta preocupação de se garantir que todas as decisões tomadas pela Administração Pública respeitem garantias e direitos individuais. Apenas em segundo plano é que se discute a possibilidade de procedimentos administrativos conduzirem à uma atuação mais efetiva e eficiente da Administração Pública.

⁵⁸² A informalidade dos procedimentos de tomada de decisão, que minimiza as oportunidades de participação e contribui para o casuísmo da produção normativa é, aliás, um fenômeno muito presente nos conselhos de políticas públicas criados após a Constituição de 1988. Cf. TATAGIBA, Luciana. Os Conselhos Gestores e a Democratização das Políticas Públicas no Brasil, *op. cit.*, p. 73-77.

⁵⁸³ O regimento interno do CONAMA atualmente em vigor consta como anexo da Portaria n. 168, de 10 de junho de 2005 do Ministério do Meio Ambiente.

Ribeiro dos Santos identificou a reiterada prática de formulação de normas no âmbito interno das câmaras técnicas,⁵⁸⁴ sem que fosse possível atribuir a autoria da proposição a nenhum conselheiro em particular. Como observado no capítulo anterior, o processo deliberativo dessas propostas é iniciado e praticamente concluído no interior das câmaras técnicas, de modo que ao plenário cabe apenas referendar decisões previamente tomadas por pessoas não identificadas.⁵⁸⁵ Observa-se, nesse sentido, que a ausência de publicização⁵⁸⁶ de etapas cruciais do processo de elaboração normativa – problema que o desenho dos processos deliberativos das agências independentes, por meio da exigência de consultas públicas, procurou sanar – contribui para este cenário de informalidade com relação à proposição e deliberação de normas. Como decorrência desta informalidade, diversos membros do CONAMA que representam segmentos importantes da sociedade terminam alijados do processo decisório. Estes atores não só não participam das deliberações travadas no interior das câmaras técnicas, como também perdem espaço para representantes de outros grupos de interesse não investidos formalmente na condição de conselheiros, porém suficientemente aparelhados para transitar pelos espaços informais do processo de elaboração normativa do conselho. A esse respeito, Ribeiro dos Santos identificou terem sido diversas propostas de resolução iniciadas “por meio de ‘ofício,’ ‘memorando’ ou ‘comunicado’ dirigido por algum órgão ou entidade sem representação no plenário diretamente à Secretaria Executiva do CONAMA.” É nesse contexto que, por exemplo, propostas da CETESB, sem assento no CONAMA, ganharam prioridade em relação a proposições de outras organizações

⁵⁸⁴ O plenário do CONAMA possui amplos poderes para estabelecer a competência, a composição e os prazos das câmaras técnicas. No que diz respeito à composição das câmaras, no entanto, o art. 8º, § 2º, do Decreto n. 99274/90 estabelece que o plenário deve garantir uma participação plural dos representantes dos diversos grupos que possuem voz no CONAMA. Como será visto a seguir, a composição das câmaras técnicas nem sempre guarda coerência com as exigências de pluralidade mencionada.

⁵⁸⁵ HOCHSTETLER, Kathryn; KECK, Margaret E. Greening Brazil, *op. cit.*, p. 45. SANTOS, Fário Ribeiro dos. **O Poder Normativo do Conselho Nacional do Meio Ambiente**, *op. cit.*, p. 97 e 99.

⁵⁸⁶ Formalmente, não-conselheiros tem direito de participar, com direito a voto, das deliberações dos grupos de trabalho vinculados às câmaras técnicas, assim como também podem participar, sem direito a voto, mas com direito à voz, das sessões das câmaras técnicas e do plenário. Em casos excepcionais, o CONAMA também previu a possibilidade de que observadores externos, indicados pela Câmara dos Deputados e do Senado Federal, participassem das deliberações de câmaras técnicas temporárias, tal como ocorreu com as Câmara Técnicas para Assuntos do Pantanal, do Cerrado e da Caatinga, da Amazônia e da Mata Atlântica, criadas para discutir e propor anteprojetos de lei regulamentando a utilização de recursos naturais nas respectivas regiões. Cf. Resolução CONAMA n. 07/95, 08/95, 09/95 e 12/95. Ocorre, no entanto, que na prática não ocorrem deliberações formais nos grupos de trabalho, sendo que o regimento interno do CONAMA nada disciplina a esse respeito.

participantes do plenário do órgão, como a Associação Nacional de Municípios do Meio Ambiente (“ANAMMA”).

Mesmo supondo que as propostas geradas no interior das câmaras técnicas sem maior interação com o plenário, bem como as proposições originárias de grupos de interesse formalmente não representados no CONAMA, estejam em conformidade com a realização dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, estas, no entanto, contribuem para o casuísmo da atividade normativa do principal órgão deliberativo do SISNAMA. Nesse sentido, a atividade normativa do CONAMA é desempenhada sem que haja um planejamento adequado que hierarquize os assuntos a serem tratados pelo órgão em razão das necessidades e prioridades dos atores, conjuntamente considerados, de implementação da Política Nacional do Meio Ambiente.

Como decorrência desse processo, normas sobre padrões de qualidade ambientais, que supostamente deveriam instruir os processos de licenciamento ambiental, tardaram muito para serem editadas. De 1984 a 2011, o CONAMA só editou 13 resoluções versando sobre padrões de qualidade ambiental,⁵⁸⁷ sendo que 9 destas normas foram editadas a partir do ano 2000, após um hiato de 10 anos sem que o órgão produzisse ato normativo relevante nesta seara.⁵⁸⁸ Além disso, apenas 5 das 12 normas produzidas no período possuem maior impacto e abrangência, cabendo às remanescentes um papel secundário ou complementar às resoluções

⁵⁸⁷ São elas: Resolução do CONAMA n. 20/86, estabelecendo padrões de qualidade para as águas doces, salobras e salinas; Resolução do CONAMA n. 1/90, disciplinando padrões para a emissão de ruídos decorrente de atividades industriais, comerciais, sociais ou recreativas; Resolução do CONAMA n. 3/90, introduzindo padrões de qualidade do ar; Resolução do CONAMA n. 08/90, dispondo sobre padrões de qualidade do ar para fontes fixas de poluição; Resolução do CONAMA n. 20/94, instituindo o selo ruído, de uso obrigatório para aparelhos eletrodomésticos; Resolução do CONAMA 274/2000, estabelecendo os critérios de balneabilidade em águas brasileiras; Resolução do CONAMA n. 357/2005, revogando a Resolução do CONAMA n. 20/86 e estabelecendo novos padrões de qualidades para as águas; Resolução do CONAMA n. 382/06, estabelecendo limites máximos de emissão de poluentes atmosféricos para fontes fixas; Resolução do CONAMA n. 393/07, dispondo sobre descarte de água em plataformas marítimas de petróleo e de gás natural; Resolução do CONAMA n. 396/08, dispondo sobre padrões de qualidade para águas subterrâneas; Resolução do CONAMA n. 397/08, modificando a Resolução do CONAMA n. 357/05; Resolução do CONAMA n. 420/09, dispondo sobre padrões de qualidade do solo; Resolução do CONAMA n. 430/11, dispondo sobre padrões e condições de lançamentos de efluentes em águas; Resolução do CONAMA n. 436/11, estabelecendo limites máximos de emissão de poluentes atmosféricos para fontes fixas instaladas ou com pedido de licença de instalação anteriores a 02 de janeiro de 2007.

⁵⁸⁸ A Resolução n. 20/94, única norma sobre padrão de qualidade ambiental introduzida entre 1991 e 2000, apenas introduz a obrigatoriedade de que fabricantes de eletrodomésticos adotem o selo ruído, a ser concedido pelo IBAMA. Observa-se, no entanto, que o CONAMA não definiu os padrões de qualidade a serem utilizados como referência para a concessão do selo ruído, decisão esta que foi delegada para o IBAMA.

principais.⁵⁸⁹ A morosidade do CONAMA para editar normas sobre padrões de qualidade ambiental pode ser evidenciada, por exemplo, pela produção normativa deste órgão acerca da poluição do ar atmosférico. Em 1989, o CONAMA intituiu, por meio da Resolução n. 5/89, o Programa Nacional de Controle da Poluição do Ar (“PRONAR”), com o objetivo de estabelecer os padrões de qualidade do ar atmosférico, os quais, ultrapassados, tornar-se-iam prejudiciais à saúde. Para que estes padrões de qualidade do ar fossem atingidos, por sua vez, limites dos níveis de emissão de poluentes deveriam ser estabelecidos. Em face da ausência de uma lei disciplinando o controle da poluição do ar atmosférico – o que é a praxe, aliás, no que diz respeito ao controle da poluição em geral – a Resolução CONAMA n. 5/89 constitui, portanto, o único ato normativo a traçar diretrizes para a edição de normas sobre padrão de qualidade do ar e de limites de emissão de poluentes. Esta resolução estabelece, deste modo, que a formulação dos limites máximos de emissão de poluentes deve levar em consideração os usos pretendidos. Além disso, esta norma estabelece que limites mais rígidos de emissão de poluentes serão exigidos de fontes de poluição instituídas após a sua publicação e que o PRONAR se baseará em ações de curto, médio e longo prazo. Como medidas de curto prazo, destacam-se a definição de padrões de qualidade do ar e o estabelecimento de limites de emissão de poluentes para fontes poluidoras prioritárias. Já como medidas de médio prazo destaca-se a definição de limites de emissão para fontes poluidoras não prioritárias. Esta resolução não discriminou, no entanto, quais seriam as fontes poluidoras prioritárias para determinação do alcance das normas a serem editadas em curto e médio prazo, bem como nada estabeleceu acerca dos prazos aos quais deveriam corresponder estas diferentes etapas de implementação do PRONAR. Deste modo, o CONAMA demorou 16 anos para estabelecer, por meio da Resolução n. 382/06, os limites máximos de emissão de poluentes atmosféricos em função do tipo de atividade desenvolvida pelas fontes fixas de poluição. Antes disso, este órgão editou, em datas próximas à criação do PRONAR, apenas dois atos normativos, um estabelecendo padrões gerais de qualidade ambiental, e outro dispondo sobre limites máximos de emissão para processos de combustão externa.⁵⁹⁰ Estas normas iniciais previram que os limites máximos de emissão de poluentes gerados por processos de combustão externa em fontes fixas seriam revistos em um período de 2 anos e, em seguida, em um período de 5 anos.

⁵⁸⁹ As resoluções mais relevantes são as de números 20/86; 357/05; 382/06; 396/08 e 420/09. As demais resoluções, com exceção das resoluções n. 1/90 e n. 20/94, complementam as quatro primeiras.

⁵⁹⁰ Resoluções CONAMA n. 03/90 e n. 08.90.

No entanto, estas revisões periódicas nunca ocorreram. Em tese, a inércia do CONAMA para editar normas sobre padrões de qualidade do ar atmosférico poderia ter sido suprida pela atuação dos órgãos deliberativos dos Estados e dos Municípios. Ocorre, no entanto, que devido a problemas crônicos de capacidade institucional das agências ambientais regionais, esta ação normativa suplementar se dá apenas em um número ínfimo de estados. Deste modo, em 1999, apenas 6 dos 27 estados da federação haviam editado normas sobre padrões de qualidade do ar e limites de emissão de poluentes para fontes fixas, sendo que os demais declararam basear-se nas normas estabelecidas pelo CONAMA.⁵⁹¹

O atraso na formulação de normas de controle do ar atmosférico, por certo, não impacta da mesma forma todos os estados, tampouco todas as regiões dentro de um mesmo estado, de modo que a inércia da Administração neste particular torna-se irrelevante em espaços geográficos menos industrializados. O mesmo não se pode dizer, no entanto, acerca da poluição proveniente de atividades tidas como inevitáveis para a maioria das cidades brasileiras, tais como a gestão de resíduos sólidos. Embora a gestão de resíduos, ainda que não nocivos, tenha um imenso potencial para poluir o solo, bem como as águas subterrâneas, verifica-se que os padrões de qualidade para o uso destes recursos ambientais só foram definidos pelo CONAMA em datas tão recentes quanto 2008 e 2009.⁵⁹² Deste modo, este exemplo evidencia uma prática muito comum do CONAMA, de disciplinar normas procedimentais de licenciamento e normas substantivas de qualidade ambiental de forma descompassada. Embora o CONAMA tenha, desde muito cedo, reconhecido a necessidade de licenciar atividades como tratamento e destinação de resíduos sólidos urbanos, tratamento e destinação de resíduos industriais, atividades de agropecuária, parcelamento e irrigação do solo, projetos de assentamento, dentre outros,⁵⁹³ este órgão tardou a oferecer parâmetros substantivos para o licenciamento destas ações. Assim como no caso da poluição atmosférica, a disciplina de padrões de qualidade do solo e das águas, inclusive das subterrâneas, foi

⁵⁹¹ Dados obtidos a partir dos relatórios dos Estados, coletados pela ABEMA para a produção do Diagnóstico da Gestão Ambiental nas Unidades da Federação, no âmbito do Programa Nacional do Meio Ambiente II. Este Diagnóstico não foi publicado.

⁵⁹² A Resolução n. 396, que estabelece padrões de qualidade e limites de emissão de poluentes em águas subterrâneas só foi editada em 3 de abril de 2008, ao passo que a Resolução n. 420, que regula os padrões de qualidade do solo, entrou em vigor em 28 de dezembro de 2009.

⁵⁹³ Todas estas atividades constam do Anexo I da Resolução CONAMA n. 237/97, o qual enumera as atividades e empreendimentos sujeitos a licenciamento ambiental.

construída na ausência de leis específicas que estabelecessem parâmetros de ação e definissem as prioridades da atividade normativa da Administração neste particular.

Observa-se, no entanto, que uma análise comparativa dos diversos assuntos ambientais tratados nas normas do CONAMA permite identificar um padrão diferenciado na formulação das resoluções sobre controle de poluição veicular. Ao todo foram editadas 43 normas sobre o assunto, as quais versaram sobre temas intrincados que vão desde limites de emissão de poluentes e de ruídos para veículos de diversas categorias até normas de inspeção veicular.⁵⁹⁴ Estas normas foram produzidas com uma agilidade muito superior a dos demais atos normativos formulados pelo CONAMA, o que talvez se explique pelo fato de não terem sido produzidas no interior das câmaras técnicas. As normas de proteção de controle veicular foram elaboradas pelo IBAMA, em colaboração estreita com a CETESB, cabendo ao CONAMA apenas referendar o trabalho técnico dessas agências ambientais.⁵⁹⁵ Observa-se, por exemplo, que as resoluções que regulam o Programa de Controle de Poluição Veicular do Ar por veículos Automotores (“PROCONVE”) diferenciam-se das normas que disciplinam o PRONAR pelo fato de o primeiro ser governado por regras de planejamento. Enquanto a resolução que instituiu o PROCONVE vale-se de um cronograma que disciplina as suas diversas etapas de implementação, o PRONAR, como visto, não é regido da mesma forma. Além disso, verifica-se que os prazos constantes das normas criadas no âmbito do PROCONVE são formulados de modo *bottom-up* – a partir de negociações entre governo e segmentos da indústria automobilística – o que explica o seu caráter realista.⁵⁹⁶ Para o cumprimento destes prazos, por sua vez, demanda-se da Administração uma constante edição de novas normas que incorporem e atualizem, para as fases seguintes, os avanços tecnológicos

⁵⁹⁴ As normas sobre controle de poluição do ar compõe o Programa de Controle de Poluição Veicular do Ar por veículos Automotores (“PROCONVE”), instituído pela Resolução n. 18/86, as normas de emissão de ruídos fazem parte do programa PROMOT, ao passo que as normas de inspeção veicular são regidas pelas normas do Programa de Inspeção e Manutenção de Veículos em Uso (“I/M”), instituído pela Resolução n. 7/93.

⁵⁹⁵ A Resolução n. 18/86, que instituiu o PROCONVE, previu a possibilidade de que a SEMA, a qual foi substituída pelo IBAMA, realizasse convênios com órgãos e entidades que pudessem contribuir para o desenvolvimento do PROCONVE. Na prática, a CETESB é o único órgão que até hoje celebrou convênio com o IBAMA para operacionalizar o PROCONVE em nível nacional.

⁵⁹⁶ A Secretaria Executiva do MMA reconhece expressamente, nos autos do processo que deu ensejo à edição da Resolução CONAMA n. 315/02, que instituiu novas etapas de implementação para o PROCONVE, que a definição dos seus prazos é fruto de negociações entre governo e os setores produtivos do ramo automobilístico. Cf. SANTOS, Fábio Ribeiro dos. **O Pode Normativo do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA**, *op. cit.*, p. 157.

existentes.⁵⁹⁷ Obviamente, a superioridade da produção normativa do PROCONVE em relação ao PRONAR também se explica pelo fato de que a primeira é realizada por equipes técnicas altamente especializadas, as quais possuem maiores recursos e incentivos para desempenhar o seu trabalho. Já as equipes envolvidas na produção das demais normas sobre padrões de qualidade ambiental caracterizam-se pela instabilidade e transitoriedade da estrutura organizacional e institucional do CONAMA. Embora a tabela 4.1 indique ter havido, em termos numéricos, uma produção normativa considerável proveniente das câmaras técnicas – como licenciamento ambiental, preservação e conservação ambiental, bem como tratamento de produtos químicos e resíduos – verifica-se que estas normas variam significativamente entre si em termos de estrutura, densidade substantiva e importância para estruturar as diversas políticas ambientais. Como será visto no item seguinte, essa produção normativa qualitativamente irregular dos diversos assuntos ambientais regulados pelas câmaras técnicas decorre do casuísmo com que normas secundárias, desprovidas de leis que lhes confirmem orientação, são produzidas. Em face da ausência de leis e de planos que estabeleçam as prioridades do CONAMA, verifica-se que cabe a este órgão não só definir a sua própria agenda, como também estabelecer seus próprios prazos para implementá-la. No entanto, as inúmeras idas e vindas na criação, reestruturação e extinção das câmaras técnicas,⁵⁹⁸ as quais,

⁵⁹⁷ A Resolução n. 18/96 estabeleceu inicialmente três etapas para a implementação do CONAMA, com início em 1988, 1992 e 1997.

⁵⁹⁸ As Câmaras Técnicas de Caráter Permanente sofreram uma série de reformulações ao longo da história do CONAMA. As primeiras câmaras técnicas foram criadas em 1986 e 1987, as quais subdividem-se em Recursos Hídricos, Poluição Industrial, Mineração, Flora e Fauna, Agrotóxicos, Saneamento Básico e Zoneamento Ecológico-Econômico (Cf. Resoluções do CONAMA n. 26/86, 02/87 e 03/87). A estas foram acrescentadas, em 1990, a Câmara de Carvão Vegetal e a Câmara Técnica de Proteção ao Patrimônio dos Povos das Florestas (Cf. Resoluções do CONAMA n. 07/90 e 14/90). Em 1991, todas essas câmaras foram extintas para dar lugar às câmaras técnicas permanentes sobre Assuntos Jurídicos, Controle Ambiental, Ecossistemas, Energia, Transportes, Mineração e Garimpo, Recursos Hídricos e Saneamento e Uso do Solo. Em 1995, três novas câmaras técnicas permanentes foram somadas às instituídas em 1991 - Gerenciamento Costeiro, Transporte e Recursos Naturais Renováveis (Cf. Resolução do CONAMA n. 05/95). Por fim, em 2003, na gestão de Marina Silva, a divisão das câmaras técnicas sofreu outra grande reestruturação. Todas as câmaras permanentes anteriores foram extintas para dar lugar a 11 novas câmaras: Biodiversidade, Fauna e Recursos Pesqueiros, Florestas e Atividades Agrossilvopastoris, Atividades Minerárias, Energéticas e de Infraestrutura, Gestão Territorial de Biomas, Educação Ambiental, Economia e Meio Ambiente, Assuntos Jurídicos, Saúde, Saneamento Ambiental e Gestão de Resíduos, Unidades de Conservação e demais Áreas Protegidas, Assuntos Internacionais e Qualidade Ambiental (Cf. Resoluções do CONAMA de n. 323/25, 324/05, 325/05, 326/05, 327/05, 328/05, 329/05, 330/05, 331/05, 332/05 e 333/05). Além das câmaras permanentes, o CONAMA também instituiu ao longo da sua história diversas câmaras técnicas de caráter temporário, as quais dividiam ainda mais a alocação de recursos humanos já escassos das câmaras permanentes. Exemplos de câmaras técnicas temporárias incluem a câmara para assuntos da Mata Atlântica, Assuntos do Mercosul, Assuntos do Pantanal, Assuntos do Cerrado e Caatinga, Assuntos da Amazônia, Ecoturismo, Assuntos Econômicos, dentre outras. Cf., respectivamente, Resoluções do CONAMA de n. 03/93, 04/94, 07/95, 08/95, 09/95, 12/95, 25/96 e 290/01.

como já visto, reúnem-se e funcionam com recursos pessoais e materiais insignificantes diante das funções que desempenham, somadas à ausência de constrangimentos legais que impulsionem o CONAMA a agir, contribuem para os crônicos atrasos e o malfuncionamento da atividade normativa deste órgão.

Tabela 4.1 Produção Normativa do Conama

Ano	Licenciam	Padrões de Qualidade Ambiental	Poluição Veicular	Conserv. Ambiental	Licenciam e Conserv. Ambiental	Resíduos e Produtos Perigosos	Outros	Total
1984	0	0	0	0	0	0	0	0
1985	1	0	0	1	0	0	0	2
1986	3	1	1	0	0	1	0	6
1987	3	0	0	3	0	1	0	7
1988	3	0	1	6	0	0	1	11
1989	0	0	3	1	0	0	0	4
1990	3	3	0	0	0	1	0	7
1991	0	0	0	0	0	3	0	3
1992	0	0	0	0	0	0	0	0
1993	1	0	5	1	1	2	0	10
1994	1	1	1	15	0	3	0	21
1995	0	0	5	1	0	1	0	7
1996	2	0	1	3	0	5	0	11
1997	1	0	3	0	0	2	0	6
1998	0	0	2	0	0	2	0	4
1999	1	0	3	2	0	2	0	8
2000	1	1	2	2	0	2	0	8
2001	5	0	3	3	0	3	0	14
2002	6	0	2	6	1	3	1	19
2003	2	0	2	0	2	1	0	7
2004	3	0	1	1	1	1	0	7
2005	0	1	0	0	0	3	0	4
2006	7	1	1	1	1	3	0	14
2007	0	1	0	3	0	1	0	5
2008	2	2	1	0	0	2	0	7
2009	2	1	3	3	0	1	0	10
2010	1	0	0	2	0	0	0	3
2011	0	2	3	1	0	1	0	7

4.1.2 Discricionariedade Substantiva

Em levantamento empírico realizado por Ribeiro dos Santos, este autor identificou que a maior parte da produção normativa do CONAMA não possui suporte material em leis.⁵⁹⁹ De

⁵⁹⁹ Por suporte material não se entende a outorga de competência ao CONAMA para exercer poder normativo, a qual, segundo se argumenta, seria supostamente garantida pela redação do art. 8º da Lei n. 6938/81. Por suporte material entende-se diretrizes ou parâmetros substantivos previstos em lei que orientem a ação normativa da Administração.

um total de 175 resoluções de caráter normativo externo analisadas pelo autor, editadas pelo CONAMA entre 1984 e 2005, apenas 65 apresentavam um mínimo suporte legal.⁶⁰⁰ Ribeiro dos Santos argumenta, no entanto, que as normas produzidas pelo CONAMA sem suporte em leis seriam plenamente válidas. Para defender tal posição, o autor baseia-se em uma visão considerada por muitos como “arrojada” e não formalista do princípio da legalidade, a qual, inclusive, vem atraindo um número cada vez maior de partidários dentro do mundo jurídico. Segundo esta posição, os órgãos da Administração, bastando que possuam competência outorgada por lei para formular normas sobre determinados assuntos e que atuem em conformidade com direitos, garantias e princípios constitucionais, podem exercer livremente o seu poder normativo, decidindo sobre as questões mais fundamentais de uma política. Em outras palavras, os administradores, diante da ausência de leis – as quais são percebidas, aliás, como instrumentos insatisfatórios para lidar com uma realidade em constante transformação – podem dispor inteiramente sobre o conteúdo de uma política sem que nenhum outro poder ou ator político tenha-lo feito antes. Voltando-se para o presente estudo de caso, seria plenamente legítima e válida, portanto, uma resolução do CONAMA – independentemente do seu conteúdo e objeto – que se demonstre coerente com ditames constitucionais tais como o de que “todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.”⁶⁰¹ Do mesmo modo, seriam plenamente válidas aquelas resoluções do CONAMA que seguissem princípios de direito ambiental – tais como os princípios do poluidor-pagador, o princípio da precaução e o princípio do desenvolvimento sustentável, dentre outros – os quais estariam previstos explícita ou implicitamente na Constituição e em tratados internacionais.⁶⁰²

Para os propósitos neste trabalho, não é necessário solucionar este imbrólio jurídico, que demandaria um posicionamento acerca da validade jurídica da ampla delegação de poderes do legislativo para a Administração Pública. Cabe, no entanto, indagar acerca das implicações práticas e dos os efeitos provocados por arranjos institucionais tais como os defendido por juristas que se apóiam apenas em comandos genéricos e principiológicos como instrumentos para orientar a ação administrativa. Cabe observar, a esse respeito, que os juristas

⁶⁰⁰ SANTOS, Fábio Ribeiro dos. **O Poder Normativo do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA**, *op. cit.*, p. 153-164.

⁶⁰¹ Este texto faz parte da redação do art. 225, *caput*, da Constituição Federal brasileira.

⁶⁰² SANTOS, Fábio Ribeiro dos. **O Poder Normativo do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA**, *op. cit.*, p. 121.

que defendem a adoção irrefletida de princípios não estão preocupados com a funcionalidade dos instrumentos jurídicos para estruturar e conformar a ação governamental. Quando muito, juristas estão preocupados com a funcionalidade das normas e princípios de direito para conformar a ação interpretativa dos juízes na efetivação de direitos e garantias fundamentais. Parece-me, neste sentido, forçada ou pouco crível a afirmação de que princípios de direito, ao menos do modo como estes estão formulados no ordenamento jurídico brasileiro, possam orientar a ação administrativa em geral e sobretudo a ação normativa em particular. Com esta afirmação não se nega a possibilidade de que determinadas normas constitucionais possam vir a orientar a ação administrativa, tampouco defende-se que as leis devam antecipar todas as decisões fundamentais sobre uma política. Neste sentido, considero de má técnica legislativa, por exemplo, a estratégia utilizada na Lei n. 8.723, de 28 de outubro de 2003, que trata do controle da poluição veicular, a qual estabeleceu, em termos numéricos, os limites dos níveis de emissão de diversos poluentes nos veículos comercializáveis no país. É evidente, neste sentido, que uma lei assim redigida torna-se rapidamente obsoleta em face das rápidas transformações tecnológicas pelas quais se sujeita a sociedade. No entanto, o caráter mais problemático desta lei reside a meu ver no que ela omite e não no que ela contém. Esta lei não prevê, por exemplo, qual a “base” que deverá nortear a imposição de limites para a emissão de poluentes no ar atmosférico.

Na literatura americana, a “base” do controle ambiental constitui o alicerce sobre o qual as demais normas de direito ambiental serão construídas. Deste modo, a base da regulação ambiental pode corresponder, por exemplo, à proteção da saúde com uma margem mínima de segurança. Um sistema regulatório construído sob esta base determinará, portanto, que uma determinada atividade – *e.g.*, o uso de um determinado produto químico no processo industrial – não seja permitida caso extrapole determinados padrões de segurança à saúde. Alternativamente, a base da regulação ambiental pode residir na adoção de tecnologias possíveis ou existentes de controle ambiental. Deste modo, as normas de direito ambiental construídas sob esta base poderão determinar que a saúde e o meio ambiente sejam protegidos – por meio, por exemplo, da imposição de limites para a emissão de poluentes em plantas industriais – na medida do possível, com base nas tecnologias existentes. Ou, alternativamente, a base da regulação ambiental pode consistir na promoção de um certo sopesamento entre os benefícios do controle ambiental e os custos que este acarretará para a

população. Esta última base poderia ser utilizada, por exemplo, para a construção de normas que regulem o uso de determinados produtos químicos que, caso eliminados do processo industrial, acarretariam custos insuportáveis para a população.⁶⁰³

Voltando para o exemplo da lei acima referida que disciplina o controle de poluição veicular, verifica-se que esta não institui qualquer base para o exercício da atividade regulatória nesta área. Em prevendo a base para o controle da poluição veicular, esta lei poderia determinar, por exemplo, que limites para a emissão de poluentes devam ser formulados de modo que o empreendedor se veja obrigado a utilizar as melhores tecnologias disponíveis em um determinado momento histórico, independentemente do seu custo. Ou, alternativamente, a lei pode estabelecer uma equação na qual custos sejam levados em consideração no processo de formulação dos limites de poluentes. Ou, ainda, a lei pode estabelecer níveis de redução na emissão de poluentes que visem a proteger a saúde dentro de uma margem sólida de segurança, o que para tanto demandará do empreendedor-poluidor maiores investimentos para a criação de tecnologias de combate à poluição inexistentes no momento de sua promulgação. Independentemente da base da regulação escolhida, parece-me não só razoável, mas também desejável, que esta seja prevista em lei, de modo a orientar e promover uma maior racionalidade nas decisões do CONAMA.

Ocorre, no entanto, que as leis ambientais brasileiras relacionadas com o combate à poluição e à proteção à saúde não oferecem, em sua grande maioria, as bases para a regulação delas decorrentes. Alguns juristas, é bem verdade, tenderão a dizer que a base da regulação das políticas ambientais está consubstanciada em normas e princípios constitucionais. Deste modo, o sistema regulatório de controle de poluição veicular estaria amparado, por exemplo, no famigerado princípio do poluidor-pagador. Observa-se, no entanto, que este princípio, sem lei que determine a sua “real base”, pode dar margem à escolha de qualquer uma das três estratégias anteriormente mencionadas, ou até mesmo a nenhuma. Como observa Sundfeld, uma das consequências da aplicação de princípios e de normas jurídicas de conteúdo indeterminado é a de que “[a] resposta não está em qualquer ingrediente do próprio texto normativo considerado – cuja indeterminação não pode ser superada pelos elementos intrínsecos, justamente porque são insuficientes – de modo que exigirá necessariamente um

⁶⁰³ Percival denomina essas três bases da regulação ambiental como Saúde, Tecnologia e Sopesamento. Cf. PERCIVAL, Robert V. *et alli*. **Environmental Regulation**, *op. cit.*, p. 143-145.

esforço criador.”⁶⁰⁴ Deste modo, a inexistência de leis e o recurso exclusivo a princípios e máximas jurídicas implicará, na prática, que a própria Administração determine qual a melhor estratégia a ser utilizada. No entanto, a julgar pela produção normativa do CONAMA, a qual é realizada, como observado, diante de um total vácuo legislativo, verifica-se que este órgão frequentemente deixa de definir as bases que supostamente seriam indispensáveis para guiar sua ação regulatória, contribuindo assim, para uma produção normativa que não só conduz a uma normatização casuística, assistemática e contraditória, como será visto logo a seguir, como também confere espaço para que outros atores – sejam estes provenientes da iniciativa privada, do Ministério Público ou do Poder Judiciário – definam, de acordo com a sua conveniência e de modo muitas vezes anacrônico e irracional, quais serão as bases das políticas ambientais.

Além das mencionadas bases da regulação, a legislação também pode prever – como as leis ambientais americanas normalmente o fazem – os alvos da regulação e os tipos de normas regulatórias que deverão ser formuladas pelas agências ambientais. Por alvos da regulação compreendem-se as atividades, produtos, poluentes ou entidades que serão regulados. Já os tipos de normas regulatórias referem-se à forma e estrutura das diretivas que deverão ser aplicadas sobre os alvos regulatórios mencionados. Deste modo, por exemplo, normas regulatórias que estabeleçam limites de emissão de poluentes no ar atmosférico incidirão sobre estabelecimentos e empreendimentos que constituam fontes fixas de poluição do ar. Neste caso, normas sobre emissão de poluentes constituiriam o tipo de norma regulatória a ser empregada e as fontes fixas de poluição do ar atmosférico seriam os alvos regulatórios. Uma das vantagens de se prever em lei os tipos de normas que deverão incidir sobre os alvos regulatórios consiste no fato de que isso contribui para um uso mais racional e estratégico dessas estratégias legais. A previsão legal de determinados tipos de normas torna-as estratégias “oficiais” da política pública legislada, de modo que o administrador se vê compelido ou pelo menos estimulado a utilizá-las de um modo consistente e coerente na regulação de uma determinada política.

Dito isso, cabe examinar como que, na prática, a base da regulação, bem como os tipos de normas e alvos regulatórios, vem sendo empregados na formulação da legislação ambiental brasileira.

⁶⁰⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Princípio é Preguiça?**, *op. cit.*, p. 7.

Como observado no item anterior, os sistemas regulatórios do ar, da água e do solo foram editados sem qualquer suporte material em lei. Mesmo nos raros casos em que o legislativo se manifestou a este respeito – como na formulação da Lei n. 8.723/03 sobre controle da poluição veicular, mencionado acima – este nada estabeleceu acerca das bases, dos alvos regulatórios, e dos tipos de normas a serem empregadas para garantir a qualidade desses recursos ambientais e a segurança da saúde pública. As decisões sobre as questões fundamentais da regulação destes recursos ambientais foram, portanto, inteiramente delegadas ao CONAMA. No que diz respeito à regulação do controle de poluição do ar, o CONAMA estabeleceu, por meio da edição da Resolução n. 05/98, que instituiu o PRONAR, que as normas editadas no âmbito deste programa deveriam ter como base a proteção da saúde, de modo que regras sobre emissão e concentração de poluentes no ar fossem estabelecidas como medidas que garantissem um padrão seguro de saúde para a população.⁶⁰⁵ Além disso, a Resolução que institui o PRONAR também previu os tipos de normas deste sistema regulatório – notadamente normas sobre limites máximos de emissão de poluentes e normas sobre padrões de qualidade do ar. Já o sistema regulatório de controle da poluição da água, instituído pela Resolução n. 20/86 e substituído pela Resolução n. 357/05, também estabeleceu a saúde como base para a formulação de padrões de qualidade, porém estabelece que a emissão de poluentes deve ser controlada levando em consideração a melhor tecnologia disponível.⁶⁰⁶ Ocorre, no entanto, que o texto da resolução estabelece que “o órgão ambiental *poderá* exigir a melhor tecnologia disponível para o tratamento dos efluentes, o que leva a entender que a base regulatória sugerida não é obrigatória. Observa-se, ainda, que o CONAMA previu a possibilidade de que esta base regulatória seja afastada, e que, portanto, sejam tolerados padrões de qualidade ambiental e limites de emissão de poluentes menos exigentes em situações tais como a de quando for comprovado relevante “interesse público devidamente motivado,”⁶⁰⁷ ou quando o empreendedor apresentar EIA às suas expensas, dentre outras situações.⁶⁰⁸ Cumpre observar que esta norma sobre a base da regulação sequer havia sido prevista na Resolução n. 20/86, de modo que não se pode afirmar ao certo qual havia sido o ponto de partida utilizado para a formulação de padrões de qualidade e limites de

⁶⁰⁵ Cf. item 2.2.1 da Resolução CONAMA, n. 05/89.

⁶⁰⁶ Cf. Art. 24, II da Resolução n. 357/05.

⁶⁰⁷ Cf. Art. 25, II.

⁶⁰⁸ Art. 25, III da Resolução CONAMA n. 357/05.

emissão de poluentes naquela ocasião. No entanto, quando o CONAMA decidiu de fato se manifestar sobre o assunto, previndo expressamente a base para a formulação de padrões de qualidade e limites de emissão de poluentes na Resolução n. 357/05, este o fez de modo a preservar o caráter discricionário de sua aplicação. Já com relação ao controle da poluição do solo, verifica-se que a Resolução n. 420/09 do CONAMA que o disciplinou faz referência à proteção da saúde humana como parâmetro para a formulação das normas de padrões ambientais e de limites de emissão de poluentes.⁶⁰⁹

De uma maneira geral, estas normas são consideradas minimamente substantivas, na medida que estabelecem não só as bases, mas também as regras propriamente ditas de padrões de qualidade ambiental e de limitações da emissão de poluentes. O maior risco que se corre, no entanto, neste arranjo institucional, decorre da facilidade com que o CONAMA pode alterar ou flexibilizar as suas bases regulatórias – como o fez nos exemplos mencionados.

Estas bases regulatórias, no entanto, não foram sequer estabelecidas para as normas elaboradas pelo CONAMA que disciplinam a utilização, transporte, comercialização e estocagem de produtos químicos que possam colocar em risco o meio ambiente, a saúde humana e a vida de outros organismos vivos. Nos Estados Unidos, à título ilustrativo, as bases regulatórias para a regulação de produtos químicos que exponham pessoas, animais e o meio ambiente a situações de risco estão estabelecidas em diversas leis, tais como a Lei de Controle de Substâncias Tóxicas, a Lei de Produtos Inseticidas, Fungicidas e Raticidas, a Lei da Água Segura para Consumo, A Lei sobre Alimentos, Bebidas e Cosméticos, a Lei da Segurança e Saúde no Ambiente de Trabalho, as já mencionadas Lei da Água Pura e Lei do Ar Puro, dentre outras.⁶¹⁰ Embora algumas destas leis, que disciplinam substâncias químicas,⁶¹¹ não sejam propriamente administradas por agências ambientais, a mais abrangente destas – A Lei de Controle de Substâncias Tóxicas – é de responsabilidade da agência ambiental federal EPA. No Brasil, o CONAMA regula o uso de substâncias tóxicas que impactam mais diretamente o meio ambiente e os recursos naturais, sendo que aqueles produtos químicos que afetam

⁶⁰⁹ Art. 1º, Parágrafo único da Resolução n. 420/09.

⁶¹⁰ PERCIVAL, Robert V. *et alli*. **Environmental Regulation**, *op. cit.*, 2009, p. 182.

⁶¹¹ A Lei sobre Alimentos, Bebidas e Cosméticos, por exemplo, é administrada por uma agência própria – a Agência de Alimentos e Remédios (*Food and Drug Administration*). Já a implementação da Lei da Segurança e Saúde no Ambiente de Trabalho é de responsabilidade do Departamento de Segurança e Saúde no Ambiente de Trabalho (*The Labor Department's Occupational Safety and Health Administration*), assim como a Lei da Saúde e Segurança na Mineração, administrada pelo Instituto Nacional de Saúde e Segurança Ocupacional (*National Institute of Occupational Safety and Health*), vinculado ao Ministério do Trabalho.

exclusivamente a saúde humana costumam ser regulados por outras agências, como a ANVISA, por exemplo. Do mesmo modo que no caso anterior, o CONAMA regula substâncias tóxicas e nocivas ao meio ambiente sem nenhum suporte material em lei. Quando muito, algumas resoluções pontuais, como aquela que regula a produção, importação e comercialização de dispersantes químicos para combater derrames de óleo em águas marítima,⁶¹² bem como aquela que controla o uso de substâncias que destroem a camada de ozônio,⁶¹³ possuem suporte material em convenções e tratados internacionais.⁶¹⁴ Duas consequências decorrem desta ausência de amparo legal quanto ao tratamento de substâncias químicas potencialmente nocivas à saúde e ao meio ambiente. A primeira diz respeito ao caráter casuístico desta produção normativa. Não há, deste modo, um entendimento prévio das modalidades de substâncias que deverão ser reguladas pelo CONAMA, de modo que este órgão termina por exercer uma função normativa extremamente pontual, de caráter mais reativo do que preventivo. Como consequência, verifica-se que o CONAMA regulou o uso de apenas algumas poucas substâncias ou categorias de substâncias ao longo de sua história, mais precisamente sete: amianto,⁶¹⁵ dispersantes químicos,⁶¹⁶ substâncias controladas destruidoras da camada de ozônio,⁶¹⁷ produtos remediadores,⁶¹⁸ fósforo utilizado em detergentes em pó,⁶¹⁹ lodos de esgoto utilizados em atividades agrícolas⁶²⁰ e chumbo, cádmio e mercúrio utilizado em pilhas.⁶²¹ Esta produção normativa do CONAMA é extremamente insignificante se

⁶¹² Cf. Resolução n. 06/90.

⁶¹³ Cf. Resoluções CONAMA n. 13/95, n. 229/97, n. 267/00.

⁶¹⁴ A resolução que dispõe sobre derrames de óleo, por exemplo, possui suporte material na Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo, ao passo que a resolução que trata do controle de substâncias que destroem a camada de ozônio baseiam-se na Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio e o Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio, ambos internalizados no ordenamento jurídico interno.

⁶¹⁵ Cf. Resoluções CONAMA n. 07/87, 19/96, que obriga o fabricante a etiquetar produtos que contenham amianto e a informar consumidores intermediários.

⁶¹⁶ Cf. Resolução CONAMA n. 06/90, substituída pela Resolução n. 269/2000, regulando a produção, importação, comercialização e uso de dispersantes químicos nas ações de combate aos derrames de petróleo no mar.

⁶¹⁷ Cf. Resoluções CONAMA n. 13/95, n. 229/97, n. 267/00, obrigando empresas a informarem sua produção e comercialização de substâncias controladas e proibindo o uso de algumas substâncias que destroem a camada de ozônio.

⁶¹⁸ Cf. Produtos remediadores são aqueles destinados à recuperação de ambientes e ecossistemas contaminados, tratamento de efluentes e resíduos, desobstrução e limpeza de dutos e equipamentos atuando como agente de processo físico, químico, biológico ou combinados entre si. Foram disciplinados pelo CONAMA na Resolução n. 314/02.

⁶¹⁹ Cf. Resolução CONAMA n. 359/05.

⁶²⁰ Cf. Resolução CONAMA n. 380/06 e 375/06.

⁶²¹ Cf. Resolução CONAMA n. 401/08.

comparada com aquela dos órgãos ambientais de países mais desenvolvidos,⁶²² os quais regulam centenas de substâncias anualmente. A regulação empreendida nestes países, cumpre observar, não se destina somente a proibir ou limitar o uso de substâncias químicas no processo produtivo, mas principalmente monitorar o seu uso. Um sistema regulatório de caráter mais preventivo, como o empregado nestes países, procura monitorar, por exemplo, o uso das substâncias cujos efeitos nocivos no meio ambiente não podem ser plenamente comprovados. É nesse sentido que, por exemplo, a Lei de Controle de Substâncias Tóxicas determina que o fabricante que venha a utilizar substâncias químicas novas em seu processo produtivo, ou que use produtos químicos conhecidos, porém com um emprego novo, deve informar a agência americana EPA 90 dias antes de iniciar a fabricação do produto. A partir disto, a EPA poderá requerer a realização de testes para a avaliação dos riscos da substância química e, como última medida, poderá banir ou restringir sua produção. Para a eventual restrição deste produto, por sua vez, a lei autoriza a agência ambiental a sopesar os riscos provocados pela substância química com os custos que serão impostos à sociedade com a restrição deste produto.⁶²³ Observa-se que inexistem leis ambientais, tampouco resoluções editadas pelo CONAMA, que tenham por objetivo construir um regime jurídico sistemático para o tratamento de substâncias químicas, como ocorre no exemplo americano. Conseqüentemente, a decisão do CONAMA de regular o uso de uma determinada substância química revela-se extremamente casuística, para não dizer arbitrária.

O casuismo na produção normativa do CONAMA também está presente na regulação da gestão de resíduos. Embora o CONAMA tenha editado diversas resoluções sobre o tema, estas normas não enfrentam o problema da gestão de resíduos sólidos de modo completo. As normas editadas pelo CONAMA focam na gestão de resíduos hospitalares e provenientes de portos e aeroportos,⁶²⁴ bem como na limitação da importação e exportação de resíduos perigosos.⁶²⁵ Além disso, algumas resoluções possuem um caráter muito pontual, tratando da

⁶²² Para uma análise abrangente da regulação de produtos químicos nos Estados Unidos e na União Européia, cf. ELLIOT, Donald; RENN, Ortwin. *Precautionary Risk Appraisal and Management: an Orientation for Meeting the Precautionary Principle in the European Union* In: WIENER, Jonathan B. *et alli. The Reality of Precaution: Comparing Risk Regulation in the United States and Europe*. Germany: Europaeischer Hochschulverlag, 2010, chapter 10, p. 1-50.

⁶²³ PERCIVAL, Robert V. *et alli. Environmental Regulation*, *op. cit.*, 2009, p. 244.

⁶²⁴ Cf., nesse sentido, Resoluções do CONAMA n. 06/91, 05/93, 283/01, 358/05.

⁶²⁵ Cf. Resoluções do CONAMA n. 07/94, 37/94, 23/96, 253/98, 244/98. As autorizações para importação e exportação de resíduos perigosos específicos com base no regime estabelecido por estas resoluções também são

gestão de resíduos específicos, tais como óleo lubrificante usado ou contaminado,⁶²⁶ pneus inservíveis⁶²⁷ e resíduos da construção civil.⁶²⁸ Estas resoluções,⁶²⁹ com exceção daquelas que tratam da importação e exportação de resíduos perigosos, as quais se valem de parâmetros e standards estabelecidos pela Convenção de Basileia, também não possuem suporte material em leis. Deste modo, em matéria de gestão de resíduos sólidos, o CONAMA também produz suas resoluções na ausência de leis que indiquem, por exemplo, as matérias que devem ser reguladas pelo órgão. Além disso, a ausência de uma lei contribui para que a atividade regulatória do CONAMA se dê de modo incompleto e fragmentado. Sobretudo em relação à gestão dos resíduos perigosos, a atuação regulatória do CONAMA revela-se insatisfatória, já que este órgão só impõe restrições para a sua importação e exportação e exige o monitoramento do seu transporte,⁶³⁰ porém nada dispõe sobre o tratamento e disposição final desses materiais. Em parte, isso se explica pelo fato de que a gestão de resíduos sólidos constitui uma matéria que também é regulada pelas administrações regionais e locais.⁶³¹ No entanto, estas administrações responsabilizam-se sobretudo por regular a gestão de resíduos sólidos comuns, cujos efeitos nocivos são insignificantes perto dos danos provocados por resíduos perigosos. Além disso, o fato de que as atividades de tratamento, depósito e disposição de resíduos de qualquer natureza potencialmente poluidores estejam sujeitas ao licenciamento ambiental pode obscurecer a necessidade da edição de normas que estabeleçam parâmetros substantivos para estas ações. No entanto, justamente porque o tratamento jurídico

realizadas pelo CONAMA. Durante o período examinado, o CONAMA autorizou a importação de sucata de chumbo na forma de baterias automotivas usadas (Resoluções do CONAMA n. 8/96, 21/96, 22/96) e de desperdícios e resíduos de acumuladores elétricos de chumbo (Resolução do CONAMA n. 235/98), bem como a exportação de bifenilas policloradas – PCBs (Resolução do CONAMA n. 19/94).

⁶²⁶ Resoluções do CONAMA n. 09/93 e 362/05.

⁶²⁷ Resoluções do CONAMA n. 258/99, 301/02 e 416/09.

⁶²⁸ Resoluções do CONAMA n. 307/02, 348/04 e 431/01.

⁶²⁹ Além dos assuntos anteriormente mencionados, o CONAMA também editou outras normas relevantes, embora pontuais, tais como aquela que veda a importação de resíduos para disposição final ou incineração (Resolução do CONAMA n. 08/91), aquela que estabelece código de cores para facilitar a coleta e reciclagem de resíduos (Resolução do CONAMA n. 275/01, bem como aquelas que exigem que as indústrias prestem informações sobre os resíduos que geram (Resolução do CONAMA n. 06/88, substituída pela Resolução do CONAMA n. 313/02).

⁶³⁰ A esse respeito, o CONAMA editou apenas a Resolução n. 01/86, determinando aos transportadores de produtos perigosos que notifiquem as autoridades ambientais 72 horas antes da ocorrência do transporte.

⁶³¹ O CONAMA, em duas oportunidades, por meio da edição das Resoluções n. 06/88 e n. 313/02, determinou que os órgãos estaduais e o IBAMA estabelecessem normas sobre padrões de controle da poluição provocada por resíduos industriais perigosos. Observa-se que o CONAMA optou por preservar a autonomia organizacional dos órgãos ambientais estaduais de legislar sobre este tema que supostamente seria de interesse regional. Ocorre, no entanto, que a maioria dos estados ainda não elaborou normas sobre o assunto, de modo que o controle dos resíduos industriais perigosos é realizado sem o suporte em normas de caráter substantivo.

do licenciamento das atividades de gestão de resíduos possui caráter exclusivamente procedimental que se faz ainda mais necessária a edição de normas substantivas para guiar a atuação de licenciadores e licenciados.

Nos casos anteriores, verifica-se que o Poder Legislativo não se pronunciou acerca das bases regulatórias para o controle da poluição e da degradação ambiental provocados por uma ampla gama de atividades e empreendimentos industriais. Uma exceção a esta regra constitui, no entanto, a disciplina do controle da poluição provocado por atividades de saneamento. Em 2007, o Congresso aprovou a Lei n. 11.445, a qual dentre outros assuntos, previu a base regulatória que deverá ser observada pelos órgãos ambientais para que estes formulem os padrões de qualidade ambiental que deverão ser aplicados à atividade de saneamento básico. Esta lei estabeleceu que os limites de emissão de poluentes decorrentes das atividades de saneamento devem ser formulados em função da capacidade de pagamento dos beneficiários dos serviços de saneamento⁶³² e da melhor tecnologia disponível.⁶³³ A formulação desta base regulatória, desconhecida dos países mais desenvolvidos, pode ser explicada pelo fato de que a população brasileira está dispersa em um território de proporções continentais que varia dramaticamente em termos de riqueza. Deste modo, em diversas regiões periféricas do país, os custos operacionais e de investimento envolvidos em obras de saneamento não podem ser arcados pelas famílias de baixa renda que serão as únicas beneficiárias destes serviços,⁶³⁴ o que em tese justificaria a imposição de padrões de qualidade menos exigentes como forma de viabilizar a universalização do serviço de saneamento básico. Sob essa perspectiva, é preferível que haja tratamento de esgoto de baixa qualidade do que não haja nenhum. A Lei n. 11.445/07, no entanto, previu um mecanismo que procura impedir que os padrões de qualidade aplicados às atividades de saneamento fiquem estagnados nas regiões mais pobres. Esta lei impõe uma condição para que padrões de qualidade ambiental menos exigentes possam ser incorporados aos procedimentos de licenciamento ambiental. Neste sentido, as agências

⁶³² Cf. Art. 44, § 2º da Lei n. 11.445/97.

⁶³³ A inserção da tecnologia disponível como base regulatória do controle da poluição na atividade de saneamento foi instituída pelo Decreto n. 7.217/10, que regulamentou a Lei n. 11.445/97.

⁶³⁴ Cf. ARAÚJO, Ricardo Guilherme de. **A Transição Institucional do Setor de Saneamento e a Questão Metropolitana**. Dissertação. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2003, p. 31-32.

ambientais estão obrigadas a estabelecer um “plano de eficiência”⁶³⁵ a ser observado pelo empreendedor que permita a melhoria progressiva da qualidade do serviço prestado.

Deste modo, verifica-se que a disciplina do licenciamento ambiental de obras de saneamento básico difere dos casos anteriores na medida que estabelece a base sobre a qual deverá ser edificada a regulação do setor. O maior problema desta lei não está, portanto, nos seus aspectos substantivos, mas sim nas suas características procedimentais. Esta lei não estabeleceu prazo, por exemplo, para que o CONAMA editasse normas que estabelecessem os padrões de qualidade correspondentes a cada nível de eficiência da prestação do serviço de saneamento básico. Até o presente momento, o CONAMA não editou nenhuma norma neste sentido. Além disso, a lei não estabeleceu prazos e não ofereceu diretrizes para que os órgãos ambientais estaduais administrem os seus planos de eficiência de modo a progredir não só na universalização do serviço de saneamento, mas também na melhoria de sua qualidade. Deste modo, do ponto de vista procedimental, estas normas seguem o padrão normativo das normas ambientais federais de não estabelecer instrumentos que forcem os administradores a agir de modo eficiente.

Uma outra desvantagem da ausência de leis ambientais que estabeleçam os alicerces para a regulação de assuntos ambientais específicos diz respeito ao fato de que as leis explicitam claramente ao administrador as estratégias regulatórias a que este poderá ou deverá recorrer para realizar os objetivos da política ambiental. Deste modo, um uso mais estratégico pode ser dado, por exemplo, às normas que visem prover ao administrador informações necessárias para que este possa monitorar ou regular certas atividades. A esse respeito, verifica-se que o CONAMA se valeu em apenas duas oportunidades da edição de resoluções que exigissem das partes reguladas a prestação de informações que pudessem auxiliá-lo na formulação de normas futuras. O CONAMA utilizou-se desta estratégia quando instituiu o inventário nacional de resíduos sólidos industriais, obrigando as indústrias a apresentarem informações sobre a geração, características, armazenamento, transporte e destinação de seus

⁶³⁵ O tratamento de saneamento básico é normalmente classificado nos seguintes níveis de eficiência: preliminar, primário, secundário ou terciário. Deste modo, dentro do esquema de planejamento eficiente, uma unidade de tratamento de esgoto pode obter uma licença para iniciar sua operação no primeiro nível de eficiência para só então depois operar no segundo nível e assim por diante. Cf. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE.

Licenciamento Ambiental de Estações de Tratamento de Esgoto e Aterros Sanitários. Módulo Específico. Brasília, 2009.

resíduos,⁶³⁶ bem como quando exigiu, no âmbito do PROCONVE, que os fabricantes de veículos prestassem informações sobre os níveis de emissão de hidrocarbonetos de motores a álcool.⁶³⁷ Outra estratégia subutilizada pelo CONAMA consiste na exigência de que setores regulados informem aos consumidores o risco ambiental de seus produtos, como uma alternativa à proibição de comercialização dos mesmos. A esse respeito, o CONAMA editou norma sobre etiquetamento de substância química apenas em uma oportunidade, quando exigiu que as indústrias informassem aos consumidores o eventual uso de amianto no processo produtivo de seus produtos.⁶³⁸ Uma outra estratégia, também muito pouco utilizada pelo CONAMA, consiste em exigir que o próprio empreendedor defina, por meio de planos ou termos de compromisso, as regras que deverá observar para que recursos ambientais sejam preservados e padrões de qualidade ambiental sejam mantidos. Esta estratégia é utilizada sobretudo quando a parte regulada dispõe de mais informações e de melhores condições do que o administrador para especificar os meios e os instrumentos de implementação de uma política. O CONAMA recorre a este tipo de norma quando exige, por exemplo, que o empreendedor elabore plano ambiental de conservação e uso do entorno de reservatório artificial como requisito para obter o licenciamento para geração de energia e abastecimento que utilize reservatórios artificiais.⁶³⁹ Nesta mesma esteira, o CONAMA exige que empreendedores envolvidos no tratamento, depósito e alijamento de resíduos provenientes de serviços de saúde devem apresentar Plano de Gerenciamento de Resíduos e Serviços de Saúde como exigência prévia para a concessão da licença ambiental.⁶⁴⁰ Observa-se que estas normas tem em comum o fato de que não se valem de estratégias do tipo *command-in-control*, as quais se caracterizariam por exigir um comportamento passivo dos poluidores ou usuários de recursos no cumprimento de normas ambientais, o qual, por sua vez, normalmente implica a restrição ou limitação de suas atividades. Ao contrário, estas normas exigem comportamentos mais pró-ativos ou colaborativos dos setores regulados, exigências estas que podem ser utilizadas isoladamente ou de modo complementar ao uso de normas do tipo *command-in-control*. Em não havendo, no entanto, leis que estabeleçam quando estas estratégias devem ser

⁶³⁶ Cf. Resolução do CONAMA n. 06/88, substituída pela Resolução n. 313/02.

⁶³⁷ Cf. Resolução do CONAMA n. 04/89, e n. 09/94.

⁶³⁸ Cf. Resoluções do CONAMA n. 07/87 e 19/96.

⁶³⁹ Cf. Resolução do CONAMA n. 302/02.

⁶⁴⁰ Cf. Resolução do CONAMA n. 283/01, substituída pela Resolução n. 358/05.

utilizadas e sob que condições, estas tendem a ser subutilizadas ou mal empregadas em um determinado esquema regulatório.

Uma outra estratégia pouco utilizada pelo CONAMA consiste em estabelecer diretrizes e parâmetros para que Estados e Municípios elaborem os seus planos e normas. Em uma rara oportunidade na qual o CONAMA valeu-se desta estratégia, este órgão estabeleceu parâmetros para os Municípios e o Distrito Federal elaborarem seus planos de gerenciamento de resíduos da construção civil.⁶⁴¹ Em outras oportunidades, o CONAMA delegou inteiramente aos demais entes federativos a definição destes parâmetros, porém estabelece prazo para que estes exercessem seu poder normativo acerca de uma determinada matéria. Isso ocorreu, por exemplo, quando o CONAMA estabeleceu prazo para que o IBAMA e os órgãos estaduais estabelecessem diretrizes para o controle da poluição provocado por resíduos industriais.⁶⁴² No entanto, normas deste tipo são a exceção, e não a regra da prática normativa do CONAMA. Como já observado, arranjos institucionais deste tipo não são plenamente aceitos em razão de uma visão prevalecente, a meu ver, formalista do federalismo cooperativo, a qual rejeita que leis e atos normativos federais possam estabelecer, em matéria ambiental, diretrizes de ação para os estados e municípios.⁶⁴³ O fato é que, por um temor de ferir o princípio constitucional da autonomia administrativa, os autores das leis federais ambientais e dos atos normativos do CONAMA estabelecem de modo muito genérico e, portanto, pouco efetivo, os modos de articulação entre entes federativos na implementação das políticas ambientais.

Todos os casos mencionados acima tem em comum o fato de que o CONAMA desenvolve a sua atividade normativa sem suporte material em leis. Uma das possíveis explicações para a inexistência de leis para guiar a ação administrativa do CONAMA diz respeito ao fato de, como visto no capítulo anterior, as normas procedimentais de licenciamento ambiental no Brasil assumirem uma autonomia e uma preeminência em relação às normas substantivas, tais como aquelas que estabelece padrões de qualidade ou limites de

⁶⁴¹ Cf. Resolução do CONAMA n. 307/02.

⁶⁴² Cf. Resoluções do CONAMA n. 06/08 e 313/02.

⁶⁴³ A esse respeito, manifestou-se Krell: “(...) o princípio constitucional da autonomia administrativa dos municípios e estados federativos faz com que não possa ser imposto às Administrações municipais um ‘comportamento ativo’, como a criação de secretarias e conselhos, a elaboração de planos, a criação de cargos, a contratação de servidores, a prestação de determinados serviços ou atividades (v.g., licenciamento e fiscalização) ou o atendimento a certos padrões de qualidade etc. Segundo a ordem constitucional brasileira, leis de níveis federativos superiores não estão juridicamente autorizadas a ‘dar ordens administrativas’ aos órgãos dos entes estatais inferiores.” KRELL, Andreas. **Discrecionalidade Administrativa e Proteção Ambiental**, *op. cit.*, p. 111.

emissão de poluentes como medidas de controle da poluição. A esse respeito, observa-se a redação do seguinte dispositivo, presente em uma das resoluções do CONAMA que versam sobre licenciamento ambiental:

Art. 17. O licenciamento ambiental de empreendimentos de aquicultura em Zona Costeira deve observar os critérios e limites definidos no Zoneamento Ecológico-Econômico Costeiro, Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro e Planos Locais de Desenvolvimento da Maricultura (PLDM), sem prejuízo do atendimento aos demais instrumentos normativos de uso dos recursos pesqueiros.

Parágrafo único. **A inexistência de critérios e limites** definidos nos instrumentos constantes do *caput* deste artigo **não impossibilita o licenciamento ambiental** de empreendimentos de aquicultura.⁶⁴⁴

O teor do dispositivo transcrito acima tem muito a revelar sobre o padrão normativo do CONAMA em matéria de licenciamento ambiental. Em primeiro lugar, os critérios e parâmetros substantivos que deverão nortear o licenciamento de uma atividade específica não acompanham a norma que trata deste licenciamento, a qual possui caráter essencialmente, quando não exclusivamente, procedimental. Em segundo lugar, a formulação destes critérios e parâmetros substantivos é delegada para uma série de órgãos e entidades dos três entes federativos que elaboram suas normas de modo pulverizado e não coordenado. Por fim, critérios e parâmetros substantivos muitas vezes deixam de ser elaborados em razão da ausência dos mecanismos *action-forcing* discutidos no item anterior, o que confere aos administradores ampla discricionariedade material para o exercício da atividade de licenciamento.

Observa-se, portanto, que no Brasil ocorre um fenômeno inverso ao manifestado em países que possuem sistemas mais substantivos de direito ambiental, como os Estados Unidos. Nestes países, as normas de direito ambiental gravitam em torno de assuntos e matérias substantivas, tais como controle da poluição do ar e da água, o controle da poluição provocada por resíduos sólidos etc. Nestes sistemas, regimes de concessão de licenças ambientais constituem apenas meios para a realização dos objetivos materiais das políticas, razão pela qual estes não recebem uma maior atenção da comunidade jurídica enquanto objeto

⁶⁴⁴ Resolução do CONAMA n. 413, de 26 de junho de 2009.

de estudo. No Brasil, ao contrário, as normas de direito ambiental gravitam sobretudo em torno das regras procedimentais de licenciamento. Neste sistema, o licenciamento ambiental – a despeito do seu caráter abstrato – é percebido não só pela comunidade jurídica, mas também pelos formuladores das normas ambientais, como um fim em si mesmo.

A produção normativa do CONAMA revela-se sintomática nesse sentido: de 1984 a 2011, o CONAMA editou 62 resoluções⁶⁴⁵ sobre licenciamento ambiental. Deste universo, 9 resoluções estabelecem normas gerais sobre licenciamento, aplicáveis indistintamente a qualquer tipo de atividade ou empreendimento potencialmente poluidor,⁶⁴⁶ sendo que as 53 resoluções remanescentes versam sobre o licenciamento de atividades específicas. Como observado no capítulo anterior, as normas específicas sobre licenciamento ambiental alteram muito pouco a estrutura das regras procedimentais previstas nas normas gerais. Em geral, normas específicas tem por objetivo sujeitar expressamente determinadas atividades e procedimentos ao licenciamento ambiental,⁶⁴⁷ bem como enumerar os documentos específicos que devem ser apresentados como requisitos para a obtenção das LP, LI e LO.⁶⁴⁸ Para algumas

⁶⁴⁵ Observa-se, no entanto, que 7 das 62 resoluções sobre licenciamento destinam-se apenas a alterar pontualmente a redação de alguns dispositivos de resoluções do CONAMA preexistentes, não constituindo, portanto, normas propriamente novas.

⁶⁴⁶ Durante este período o CONAMA editou 9 resoluções de caráter geral, quais sejam: Resoluções do CONAMA n. 01/86, 11/86 estabelecendo critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental; Resoluções do CONAMA n. 06/86 e n. 281/01, estabelecendo modelos para publicação em jornais e diários oficiais dos requerimentos, atos concessivos e pedidos de renovação de licença; Resolução do CONAMA n. 09/87, disciplinando as audiências públicas nos processos de EIA, Resoluções do CONAMA n. 10/87, n. 02/96 e n. 371/06, estabelecendo medidas compensatórias para licenciamento de grandes empreendimentos; Resolução do CONAMA n. 237/97, dispondo sobre regras de competência para licenciar discriminando as atividades sujeitas à licenciamento, estabelecendo prazos de validade das licenças e outras providências).

⁶⁴⁷ Como regra, o CONAMA descreve o tipo de empreendimento ou atividade que se sujeitará ao licenciamento ambiental. No entanto, em algumas situações, o CONAMA delegou aos responsáveis pela administração de áreas preservadas, tais como Unidades de Conservação, a definição das atividades e empreendimentos que, uma vez desenvolvidos no seu território, estariam sujeitas ao licenciamento ambiental. Cf., nesse sentido, Resoluções do CONAMA n. 13/90, n. 04/93 e n. 428/10 (licenciamento de atividades desenvolvidas em Unidades de Conservação ou localizadas próximo a estas). Por fim, o CONAMA sujeitou ao licenciamento ambiental atividades e empreendimentos desenvolvidos em ecossistemas determinados, independentemente de suas áreas correspondentes serem protegidas. Cf., nesse sentido Resolução do CONAMA n. 04/93, sujeitando ao licenciamento atividades desenvolvidas em áreas de restinga; Resolução do CONAMA n. 10/96, para atividades desenvolvidas em praias onde ocorre a desova de tartarugas marinhas; Resolução do CONAMA n. 286/01, exigindo o licenciamento de atividades e empreendimentos localizados em regiões endêmicas de malária; Resolução do CONAMA n. 347/04, disciplinando o licenciamento de atividades que afetem o patrimônio espeleológico; Resolução do CONAMA n. 248/99, tratando do licenciamento de empreendimentos de base florestal desenvolvidos na Mata Atlântica do Sul da Bahia.

⁶⁴⁸ Cf. Resolução do CONAMA n. 05/85 (transporte, estocagem e uso do pó-da-china); Resolução do CONAMA n. 6/87 (obras do setor de geração de energia elétrica); Resolução do CONAMA n. 05/88 (obras de saneamento); Resolução do CONAMA n. 08/88 (atividade mineral); Resoluções do CONAMA n. 09/90 e n. 10/90 (extração mineral); Resolução do CONAMA n. 16/93 (especificação, fabricação, comercialização, e distribuição de novos

atividades de menor potencial de impacto ambiental, o CONAMA estabeleceu também procedimentos simplificados – os quais normalmente prevêm a supressão ou concessão unificada de uma ou mais licenças. Além disso, para aqueles empreendimentos que, pelas suas características, não se adequam à estrutura trifásica do procedimento de licenciamento, previu-se também a concessão de licenças mais condizentes com a natureza das atividades a serem licenciadas.⁶⁴⁹

Como visto, a maioria destas normas, sejam estas gerais ou específicas, caracteriza-se por ser composta de regras essencialmente procedimentais. Verifica-se, a esse respeito, que o CONAMA atrelou parâmetros substantivos às regras procedimentais de licenciamento em poucas oportunidades, e, quando o fez, isso ocorreu de maneira assistemática e não exaustiva. Em geral, o CONAMA costuma atrelar às regras procedimentais de licenciamento algumas

combustíveis); Resolução do CONAMA n. 23/94 (exploração, perfuração e produção de petróleo e gás natural); Resoluções do CONAMA n. 273/00 e n. 319/02 (postos de combustíveis); Resolução do CONAMA n. 279/01 (empreendimentos elétricos com pequeno potencial de impacto ambiental); Resolução do CONAMA n. 284/01 (empreendimentos de irrigação); Resoluções do CONAMA n. 289/01 e n. 387/06 (projetos de assentamento de reforma agrária); Resolução do CONAMA n. 305/02 (organismos geneticamente modificados); Resolução do CONAMA n. 349/04 (empreendimentos ferroviários de pequeno potencial de impacto ambiental); Resolução do CONAMA n. 350/04 (atividades de aquisição de dados sísmicos marítimos e em zonas de transição); Resolução do CONAMA n. 377/06 (esgotamento sanitário); Resolução do CONAMA n. 385/06 (agroindústrias de pequeno porte e de baixo potencial de impacto ambiental); Resolução do CONAMA n. 412/09 (habitações de interesse social); Resolução do CONAMA n. 312/02 (carcinicultura na zona costeira); Resolução do CONAMA n. 334/03 (estabelecimentos destiados ao recebimento de embalagens vazias de agrotóxicos); Resoluções do CONAMA n. 335/03, n. 368/06 e 402/08 (cemitérios); Resolução do CONAMA n. 344/04 (atividade de dragagem); Resolução do CONAMA n. 413/09 (aquicultura).

⁶⁴⁹ Cf. Resolução do CONAMA n. 23/94 (licenciamento das atividades de exploração, perfuração e produção de petróleo e gás natural); Resoluções do CONAMA n. 273/00 e n. 319/02 (postos de combustíveis); Resolução do CONAMA n. 284/01, permitindo um único procedimento de licenciamento para pequenos empreendimentos vizinhos de irrigação); Resolução do CONAMA n. 289/01 (prevendo a possibilidade de concessão de Licença de Instalação e Operação (“LIO”)); Resolução do CONAMA n. 289/01 (permitindo um único procedimento de licenciamento para um conjunto de atividades ferroviárias interrelacionadas e dispensa de LP quando não houver ampliação da malha ferroviária fora da faixa de domínio); Resolução do CONAMA n. 289/01 (instituído a Licença de Pesquisa Sísmica – LPS); Resolução do CONAMA n. 377/06 (possibilidade de concessão de LIO para sistemas de esgotamento sanitário de pequeno e médio porte); Resoluções do CONAMA n. 306/02 e 381/06 (determinando a realização periódica de auditorias ambientais como parte do processo de licenciamento de atividades desenvolvidas em portos, plataformas de extração de petróleo, instalações de apoio e refinarias); Resolução do CONAMA n. 385/06 (prevendo a concessão de Licença Prévia e de Instalação – LPI e LO para o licenciamento de abatedouros e estabelecimentos que processem pescados, e da concessão de Licença Única de Instalação e Operação para as demais atividades agroindustriais de pequeno porte e baixo impacto ambiental); Resolução do CONAMA n. 412/09 (prevendo a possibilidade de concessão de licença única para projetos de construção de habitações de interesses social); Resolução do CONAMA n. 305/02 (prevendo a Licença de Operação para Áreas de Pesquisa envolvendo organismos geneticamente modificados); Resolução do CONAMA n. 312/02 (prevê a possibilidade de processo de licenciamento simplificado para empreendimentos de carcinicultura de pequeno porte e admite a possibilidade de que empreendimentos situados no mesmo estuários submetam-se ao mesmo EIA/RIMA); Resolução do CONAMA n. 335/03 (prevê a possibilidade de que sejam concedidas LP e LI conjuntamente para cemitérios de menor área); Resolução do CONAMA n. 413/09 (permitindo licença única para empreendimentos de aquicultura de pequeno e médio porte).

poucas regras e standards substantivos de caráter muito pontual, insuficientes, portanto, para orientar substantivamente a ação do administrador. Das 62 resoluções sobre licenciamento, apenas 14 atrelam algum critério substantivo às regras procedimentais de concessão de licenças, sendo que 4 destas últimas apenas alteram, de modo pontual, a redação de normas preexistentes. Ao regular o licenciamento de empreendimentos de mineração em áreas de extração de ouro, o CONAMA proibiu, por exemplo, a adoção de algumas poucas técnicas para o exercício desta atividade.⁶⁵⁰ Já ao disciplinar o licenciamento de empreendimentos de aquicultura,⁶⁵¹ o CONAMA classificou esta atividade em função do seu potencial de impacto no meio ambiente e para tanto forneceu critérios objetivos para a alocação destes empreendimentos em diferentes categorias. Além disso, na mesma oportunidade o CONAMA estabeleceu algumas condições para a exploração de espécies de seres vivos pelo aquicultor.⁶⁵² Para as resoluções que versam sobre licenciamento de gestão de resíduos, o CONAMA restringiu-se a estabelecer algumas normas versando sobre as especificações técnicas para as instalações destinadas ao recebimento, armazenamento e alijamento destes resíduos.⁶⁵³ Torna-se importante observar, no entanto, que estas normas não estabeleceram os padrões de qualidade, tampouco os limites de emissão de poluentes, a serem observados nas diversas atividades envolvendo a gestão de resíduos. Exceção à regra, no entanto, pode ser observada especificamente quanto ao licenciamento de duas atividades específicas de processamento e

⁶⁵⁰ Cf. Resolução do CONAMA n. 8/88. Esta resolução proíbe, por exemplo, o uso de mercúrio na atividade de extração de ouro. Esta resolução também veda a extração mineral em mananciais de abastecimento público e seus tributários e deixa a critério do órgão competente proibir a mesma atividade em outras áreas ecologicamente sensíveis. Além disso, esta resolução proíbe o emprego do processo de cianetação na atividade de mineração.

⁶⁵¹ Cf. Resolução do CONAMA n. 413/99.

⁶⁵² Nesse sentido, a Resolução do CONAMA n. 413/09 proíbe a atividade de aquicultura com espécies que não sejam autóctones ou nativas, bem como com espécies alóctones ou exóticas. Além disso, esta norma estabelece as situações em que será admitido o uso de espécies novas na aquicultura. No entanto, esta resolução estabelece que os demais critérios e limites que deverão nortear o procedimento de licenciamento de empreendimentos de aquicultura deverão ser extraídos do Zoneamento Ecológico-Costeiro, dos Planos Nacional e Estadual de Gerenciamento Costeiro, e dos Planos Locais de Desenvolvimento da Maricultura, o que confirma a insuficiência dos parâmetros substantivos fornecidos por esta resolução.

⁶⁵³ Cf. Resolução do CONAMA n. 308/02, substituída pela Resolução do CONAMA n. 404/08, que estabelece condições de instalação de aterros sanitários de pequeno porte, o que inclui por exemplo, a exigência de vias de acesso aos aterros com boas condições de tráfego ao longo de todo o ano, mesmo no período de chuvas intensas; a Resolução do CONAMA n. 334/03, proibindo a instalação de empreendimentos destinados ao recebimento de embalagens vazias de agrotóxicos em galpões em áreas de mananciais, bem como proibindo os postos e centrais de receberem embalagens com restos de produtos, produtos em desuso ou impróprios para utilização e comercialização. Especificações técnicas para a instalação de empreendimentos e atividades também foram estabelecidas pelo CONAMA para o licenciamento de cemitérios. Cf. Resolução do CONAMA n. 335/03, alterada pela Resolução n. 368/06 e 402/08, estabelecendo, por exemplo, que a área de sepultamento deve manter recuo mínimo de cinco metros em relação ao perímetro do cemitério.

tratamento de resíduos, em que o CONAMA atribui parâmetros altamente substantivos para a regulação destas ações. Neste sentido, para a atividade de co-processamento de resíduos envolvendo fornos rotativos de produção de clínquer,⁶⁵⁴ bem como para o tratamento térmico de resíduos e cadáveres de qualquer natureza, o CONAMA estabeleceu limites de emissão atmosférica de poluentes.

Estas normas, no entanto, são a exceção, e não a regra da produção normativa do CONAMA em matéria de licenciamento ambiental. Na grande maioria das resoluções editadas pelo CONAMA, processo e substância pertencem a dois mundos distintos, entre os quais apenas o primeiro ganha preeminência.

4.2 Discricionariedade na Implementação das Normas da PNMA

No item anterior, procurou-se demonstrar que a discricionariedade procedimental e substantiva para a formulação de normas ambientais, tal como conferida pelo regime da lei da PNMA aos órgãos deliberativos do SISNAMA, tem contribuído não só para a inércia e a morosidade da Administração nesta seara, mas também para a produção de uma legislação infralegal assistemática, casuística e, por consequência, mal formulada. Como observado em diversas oportunidades neste capítulo, as resoluções do CONAMA são assistemáticas porque variam enormemente em termos de qualidade, estrutura e densidade material. Além disso, a produção normativa do CONAMA tende a ser casuística porque não visa a solucionar os problemas mais sérios e prementes da política ambiental, mas sim a atender as necessidades e interesses fragmentários deste órgão. Como visto, esta produção normativa deficiente decorre de vários fatores, com destaque para o fato de que inexistem leis que ofereçam suporte material para orientar a ação normativa do CONAMA, bem como para o fato de que este órgão desempenha suas atividades em um ambiente de enormes deficiências institucionais.

Uma outra característica das normas produzidas pelo CONAMA discutida neste capítulo consiste no fato de que estas são pouco substantivas e, por consequência, conferem uma ampla discricionariedade decisória para os administradores encarregados de implementar

⁶⁵⁴ O co-processamento de resíduos em forno clínquer é utilizado por indústrias com o objetivo de transformar os resíduos decorrentes do seu processo de produção em matéria prima – notadamente cimento. Cf. Resolução do CONAMA n. 264/99.

as políticas ambientais. A este respeito, no entanto, cabe observar que a discricionariedade normativa conferida aos implementadores da PNMA não é de ordem apenas substantiva, ou seja, as normas de direito ambiental não atribuem liberdade de escolha ao administrador apenas no que diz respeito ao *que e como* agir. A discricionariedade administrativa atribuída aos administradores pelas normas de direito ambiental também é procedimental, incidindo sobre o *se e quando* agir. Deste modo, a seguir serão feitas algumas observações acerca dos traços discricionários dos procedimentos de tomada de decisão no estágio de implementação propriamente dito da PNMA. Estas observações, por sua vez, serão construídas em torno de uma narrativa acerca do licenciamento de empreendimentos hidrelétricos, onde problemas de implementação das normas ambientais são facilmente perceptíveis.

4.2.1 Sistema Disfuncional de Atribuição de Competências

Como já visto no capítulo anterior, a repartição de competências executivas em matéria ambiental é marcada por incertezas e indefinições quanto a quem cabe de fato desempenhar a política ambiental. A Constituição Federal de 1988 prevê apenas que a política ambiental deve ser implementada concorrentemente pelos entes federativos, sendo que a Lei da PNMA prevê uma atuação supletiva da União para as atividades de caráter executivo. Ocorre, no entanto, que esses arranjos institucionais de caráter genérico são insuficientes para dar conta dos inúmeros conflitos de competência evidenciados na realidade. Em 1997, o CONAMA editou a resolução número 237, com o objetivo de diminuir as incertezas quanto à repartição de competências entre os entes federativos para o exercício da atividade de licenciamento ambiental. Antes disso, o CONAMA havia se restringido a mencionar, nas várias resoluções que editou sobre licenciamento ambiental, que os estados deveriam manter “entendimento prévio” para uniformizar exigências para licenciar empreendimentos que, em razão da “abrangência de sua área de influência,” tivessem de ser licenciados por mais de um estado.⁶⁵⁵ Estes entendimentos, por sua vez, deveriam ser supervisionados pela SEMA, inicialmente, e, a partir de 1989, pelo IBAMA. Uma leitura rasa deste enunciado padrão sobre repartição de

⁶⁵⁵ Cf., por exemplo, Resolução do CONAMA n. 06/87, que dispõe sobre o licenciamento ambiental de obras do setor de geração de energia elétrica. Esta resolução previu, em seu artigo 2º: “Caso o empreendimento necessite ser licenciado por mais de um Estado, pela abrangência de sua área de influência, os órgãos estaduais deverão manter entendimento prévio no sentido de, na medida do possível, uniformizar as exigências.”

competências permite identificar o seu caráter insatisfatório para solucionar problemas de competência entre órgãos licenciadores. Da leitura deste texto não se pode depreender ao certo o real significado dos enunciados “manter entendimento prévio,” e “abrangência de sua área de influência,” tampouco se pode inferir como que a SEMA/IBAMA iria supervisionar os entendimentos previamente realizados entre estados. Foi, portanto, para mitigar as incertezas deste regime de repartição de competências que o CONAMA editou a resolução n. 237/97. Como visto, este ato estabelece que empreendimentos localizados em dois ou mais estados, ou que gerem impactos ambientais diretos que ultrapassem os limites territoriais do estado em que estiverem localizados, deverão ser licenciados pelo IBAMA, ouvidos os órgãos ambientais dos Estados envolvidos.⁶⁵⁶ Observa-se, no entanto, que este critério de repartição de competência revela-se, na prática, insuficiente para determinar em uma série de casos quem deve de fato ser responsável por emitir a licença ambiental. Isso se explica, em parte, pelo caráter genérico da Resolução n. 237/97, a qual prevê procedimentos a serem aplicados indistintamente a todos os casos ensejadores de licenciamento ambiental. Como observado no capítulo anterior, regras procedimentais e de repartição de competências, descoladas das matérias a que devem servir, possuem um alcance muito limitado para solucionar os problemas que se manifestam na realidade.

Para tornar este problema mais claro, considera-se o exemplo do licenciamento de empreendimentos hidrelétricos,⁶⁵⁷ no qual conflitos de competência são corriqueiros. Diferentemente da maioria dos objetos regulatórios, o licenciamento de projetos de construção de hidrelétricas é predominantemente conduzido em nível federal, pelo IBAMA, dada a ampla abrangência territorial destes projetos, que normalmente ocupam ou exercem influência sobre o território de dois ou mais estados. No entanto, o procedimento de licenciamento da hidrelétrica *Itupimirim* foi iniciado pelo órgão ambiental do estado de Goiás – a Agência Goiana do Meio Ambiente e Recursos Naturais – tendo em vista que o empreendimento em questão fora projetado para afetar o Rio Correntes, que corre apenas dentro do território daquele estado. No entanto, o Ministério Público Federal, descontente com a medida, ajuizou uma ação civil pública com o objetivo de transferir a competência para licenciar do estado de

⁶⁵⁶ Cf. art. 4º, II e III da Resolução n. 237/97.

⁶⁵⁷ O exemplo do licenciamento de empreendimentos hidrelétricos será recorrentemente utilizado neste item, sobretudo para discorrer sobre problemas decorrentes da discricionariedade procedimental da legislação do CONAMA.

Goiás para o IBAMA. O argumento utilizado pelo Ministério Público na ocasião foi o de que a *Itupimirim* afetaria a fauna do Parque Nacional das Emas, e que portanto o IBAMA deveria ser o órgão responsável por empreender o licenciamento deste projeto. A justiça federal terminou por decidir em favor do Ministério Público Federal e determinou que o procedimento de licenciamento ambiental fosse transferido do nível estadual para o federal. Conseqüentemente, a Licença Prévia, que havia sido concedida pelo estado de Goiás para o projeto *Itupimirim* foi anulada e o procedimento de licenciamento teve de ser praticamente reiniciado na esfera federal.⁶⁵⁸

Casos como este acontecem frequentemente no Brasil. Durante o período de 1997 a 2004, um terço de todos os projetos hidrelétricos cujas licenças prévias tenham sido concedidas por agências ambientais estaduais foram anulados pelas cortes federais.⁶⁵⁹ Isso reflete, em parte, a falta de clareza acerca do modo como a União, os estados e os municípios devem cooperar para a implementação da política ambiental no Brasil. Como visto, a legislação não oferece nenhuma orientação para solucionar este problema. O CONAMA, por meio da edição da Resolução n. 237/97, instituiu o critério do “impacto territorial,” o qual tem se mostrado, em diversas circunstâncias, inadequado para lidar com problemas de coordenação entre os diversos níveis de governo. Este critério tende a variar de acordo com os alvos regulatórios, razão pela qual este torna-se pouco efetivo quando previsto de modo genérico e descolado da política pública a que deve servir.

Em não havendo parâmetros precisos para orientar a coordenação entre os entes federativos, tem havido uma tendência a concentrar o poder de implementação da política ambiental nas mãos do governo federal. Isso se deve ao fato de que as agências estaduais são percebidas como instituições que possuem capacidade institucional insatisfatória para implementar a política ambiental com autonomia e eficiência. Como resultado deste processo, o Ministério Público, organizações não governamentais e outros órgãos governamentais federais tem pressionado por uma centralização na implementação da política ambiental sempre que haja mínimas justificativas para tanto. Isso, no entanto, acarreta grandes custos para a sociedade, já que a centralização toma lugar somente após um enorme dispêndio de

⁶⁵⁸ Os detalhes desta disputa sobre a competência para exercer o licenciamento da *Itupimirim* podem ser encontrado em BANCO MUNDIAL. Relatório nº 40995-BR. **Licenciamento Ambiental de Projetos Hidrelétricos no Brasil**: uma contribuição ao debate. Volume II (de 3 volumes): Relatório Principal, p. 39.

⁶⁵⁹ *Idem*, p. 37.

tempo e recursos gastos com o procedimento de licenciamento que havia sido iniciado de forma descentralizada. A esse respeito, estudos indicam que quanto mais lento se torna o procedimento de licenciamento, maiores são os custos de oportunidade envolvidos na construção de empreendimentos hidrelétricos que terminam sendo pagos pelos consumidores finais de energia elétrica.⁶⁶⁰

Observa-se, ainda, que problemas de coordenação entre agências ambientais vinculadas a dois ou mais entes federativos pode se dar também em razão de disputas entre os órgãos ambientais pela arrecadação dos recursos provenientes das taxas administrativas cobradas nos procedimentos de licenciamento. A esse respeito, o Tribunal de Contas da União (“TCU”) identificou em um trabalho de auditoria que os estados por vezes recusam-se a emitir pareceres técnicos e pronunciamentos nos procedimentos de licenciamento ambiental conduzidos pelo IBAMA, tal como requer a Resolução do CONAMA n. 247/97, em razão de disputas por arrecadação.⁶⁶¹ Além disso, ainda que o procedimento de licenciamento não seja marcado por disputas de tal sorte, verifica-se que as normas do CONAMA não estabelecem prazos para que os órgãos estaduais ambientais manifestem-se nos processos conduzidos pelo IBAMA de maneira eficiente.

Cumpra ainda observar que um regime regulatório desprovido de regras de competência claras pode conduzir a um cenário em que a definição de como as competências devem ser repartidas acabe não sendo realizada pelo Poder Legislativo, tampouco pelo Presidente da República ou por órgãos da Administração, mas sim por atores envolvidos no *enforcement* da legislação ambiental, tais como membros do Ministério Público e do Poder Judiciário. Embora se reconheça a necessidade de que estes atores atuem no *enforcement* das políticas ambientais quando há omissão e inércia do Estado,⁶⁶² verifica-se que na inexistência

⁶⁶⁰ A esse respeito, um estudo realizado pelo Banco Mundial indicou que os custos decorrentes de problemas estruturais nos procedimentos de licenciamento ambiental de projetos de construção de hidrelétricas são muito altos no Brasil quando comparados com os custos de empreendimentos desenvolvidos em outros países. Além disso, parte significativa destes custos termina sendo transferida aos consumidores finais de energia elétrica. Para o banco mundial, parte dos problemas que contribuem para um aumento dos custos dos projetos hidrelétricos poderia ser mitigado caso a legislação ambiental adotasse regras claras e precisas. Cf. WORD BANK. **Environmental Licencing for Hydroelectric Projects in Brazil**: a Contribution to the Debate. Volume II, *op. cit.*

⁶⁶¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relator: Humberto Guimarães Souto. Decisão n. 462/2004. 28 abr. 2004.

⁶⁶² McAllister, em **Making Law Matter**, *op. cit.*, por exemplo, enfatiza o papel fundamental do Ministério Público na implementação das políticas ambientais no Brasil. Sem a atuação do Ministério Público, a autora conclui que o *enforcement* das políticas públicas seria praticamente inexistente, sobretudo nos estados cujos

de standards e regras substantivas para estruturar as políticas ambientais, a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário não se restringe à implementação, mas frequentemente se transforma em formulação propriamente dita. No caso do licenciamento da *Itupimirim* acima narrado, em face do caráter vago da legislação, o Ministério Público encontrou espaço para intervir no processo e terminou por criar um critério de repartição de competências inexistente na lei e nas normas do CONAMA. Esta atividade criadora do Ministério Público, não se deu, no entanto, sem antes acarretar custos e ônus para a sociedade.

4.2.2 Procedimentos de Licenciamento Indeterminados

Os problemas na implementação dos procedimentos de licenciamento ambiental não decorrem apenas da falta de critérios claros para orientar a coordenação entre órgãos ambientais dos três entes federativos. Problemas de coordenação interorganizacional surgem também entre órgãos administrativos do mesmo ente federativo. A esse respeito, verifica-se que as falhas no fluxo de informações entre diversas agências e órgãos governamentais constitui um problema recorrente dos procedimentos de licenciamento ambiental de projetos de infraestrutura. A esse respeito, verifica-se que as normas que disciplinam o licenciamento ambiental não possuem clareza e precisão no que diz respeito ao *quando* e *como* os diversos órgãos envolvidos no processo de licenciamento devem interagir. À título ilustrativo, no processo de licenciamento para a construção da hidrelétrica *Aimorés*, localizada entre os estados do Espírito Santo e de Minas Gerais, o IBAMA aceitou uma proposta do empreendedor para construir um parque – o Parque Estadual de Sete Salões – como medida compensatória para a obtenção da licença. Observa-se, no entanto, que após a medida de compensação ter sido aprovada pelo IBAMA, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), solicitou a revogação desta autorização com o argumento de que esta área pertencia a uma tribo indígena denominada Krenak. Neste exemplo, caso a FUNAI tivesse sido consultada anteriormente no procedimento de licenciamento, a construção de um parque no meio de uma

órgãos ambientais são menos capacitados. No entanto, ao não reconhecer as deficiências do desenho da legislação ambiental, a autora não investiga o efeito retroalimentador que o caráter vago e discricionário da legislação ambiental pode ocasionar na crescente dependência do Ministério Público para a implementação das políticas ambientais.

reserva indígena jamais teria sido aprovada como uma medida compensatória pela construção da hidrelétrica *Aimorés*.

Problemas de fluxo de informação são, aliás, muito comuns entre os órgãos ambientais e as agências reguladoras independentes. A esse respeito, verifica-se que o órgão ambiental do Estado de Goiás aprovou como medida de compensação para a construção da hidrelétrica *São Salvador* a recolocação da população local em um território especificamente destinado para tanto. Este território, no entanto, já havia sido utilizado anteriormente para a recolocação de um quilombo como medida de compensação pela construção de uma outra hidrelétrica, a *Cana Brava*.⁶⁶³ De modo semelhante, no processo de licenciamento da hidrelétrica *Ipueiras*, o IBAMA aprovou a recolocação de animais resgatados da inundação da hidrelétrica *Lajeados para uma área* que já havia sido afetada para a construção de um outro empreendimento hidrelétrico, São Salvador.⁶⁶⁴ Em ambos os casos, caso as agências ambientais tivessem sido informadas de todos os projetos desenvolvidos no interior da bacia hidrográfica onde situavam-se, estas jamais teriam aprovado as atividades de recolocação de populações para áreas que já haviam sido incluídas no planejamento do setor elétrico.

Os problemas de fluxo de informação descritos acima poderiam ter sido mitigados caso a condução do EIA não estivesse concentrada exclusivamente nas mãos das agências ambientais. Como visto no capítulo anterior, nos Estados Unidos e em diversos outros países, o EIA não está vinculado ao procedimento de licenciamento ambiental. A exigência de estudo de impacto ambiental surge como um mecanismo para forçar o governo federal a desempenhar suas atividades de modo ecologicamente sustentável, por meio do sopesamento de valores ecológicos com outros interesses nacionais e da mitigação dos efeitos deletérios de uma determinada ação ao meio ambiente. O EIA representa, antes de tudo, um instrumento para o planejamento e a tomada de decisões racional de todos os órgãos do governo,⁶⁶⁵ e não

⁶⁶³ WORD BANK. **Environmental Licencing for Hydroelectric Projects in Brazil**: a Contribution to the Debate. Volume II, op. cit. p. 23.

⁶⁶⁴ *Idem*, p. 23.

⁶⁶⁵ Nos Estados Unidos, as seguintes agências conduzem os procedimentos de EIA: Animal and Plant Health Inspection Service, Agricultural Research Service and Rural Utilities Service, Rural Housing Service, Rural Business-Cooperative Service Farm Service Agency, National Institute of Food and Agriculture and Forest Service Department of Agriculture, Nuclear Regulatory Commission, Department of Energy, National Aeronautics and Space Administration, Federal Trade Commission, Consumer Product Safety Commission, National Oceanic and Atmospheric Administration - Department of Commerce, Federal Energy Regulatory Commission, Agency for International Development, Federal Highway Administration - Department of Transportation, Food and Drug Administration - Department of Health and Human Services, Office of the

exclusivamente das agências ambientais. Diferentemente dos Estados Unidos, no Brasil o procedimento de EIA é conduzido exclusivamente pela agência ambiental. Deste modo, enquanto nos Estados Unidos a realização de um EIA para a implementação de um projeto de infraestrutura, como a construção de uma hidrelétrica, é conduzido pelo Ministério da Energia com a supervisão do Conselho de Qualidade Ambiental, no Brasil este processo é conduzido inteiramente pelo IBAMA ou por equivalentes agências ambientais executivas. A ANEEL, por exemplo, que regula o processo de geração e distribuição de energia elétrica, não possui competência para coordenar o procedimento de EIA de um projeto de construção de uma hidrelétrica. Uma das vantagens do fato de o EIA não estar vinculado ao procedimento de licenciamento ambiental, tal como ocorre nos Estados Unidos, diz respeito ao fato de que cada agência especializada possui competência para conduzir a elaboração de EIA para projetos do seu setor específico.⁶⁶⁶ Como consequência deste arranjo, a descentralização da condução do EIA diminui os problemas de fluxo de informação acima descritos.

Além dos problemas de fluxo de informação entre órgãos administrativos na concessão de licenças, especialmente aqueles que exigem a realização de EIA, outros fatores contribuem para o atraso na condução dos procedimentos de licenciamento. Um deles consiste na ausência de prazos normativos que forcem os atores envolvidos no procedimento de licenciamento a agirem de modo mais ágil e eficiente.

Para tornar este problema mais claro, recorre-se novamente ao exemplo do licenciamento de empreendimentos hidrelétricos. O CONAMA editou, já em 1987, uma norma disciplinando procedimentos de licenciamento ambiental específicos para o setor elétrico. Esta norma, a Resolução n. 06/87, foi por sua vez atualizada pela Instrução

Secretary - Department of Housing and Urban Development, Department of Justice, Department of the Army, Department of Defense, Department of the Air Force, Department of Defense, Corps of Engineers, Department of the Army, EPA, Council on Environmental Quality, Armed Forces Retirement Home, Postal Service, Office of the Secretary of the Interior, National Science Foundation, Federal Maritime Commission, Federal Emergency Management Agency, Department of Homeland Security, National Highway Traffic Safety Administration, Department of Transportation, Federal Communications Commission. Informação disponível em: <<http://ceq.hss.doe.gov/index.html>>. Acesso em: 05 Mai. 2011.

⁶⁶⁶ Nos Estados Unidos, o Conselho de Qualidade Ambiental, que compõe o gabinete executivo da Presidência da República, é responsável por coordenar a observância da NEPA, e portanto da elaboração de EIA, por parte de todos os órgãos da Administração. Para tanto, o Conselho de Qualidade Ambiental edita normas estabelecendo parâmetros para que as agências federais observem a NEPA. Este arranjo também autoriza as agências ambientais federais a editarem suas próprias normas, adaptamento as diretivas do Conselho de Qualidade Ambiental às suas necessidades setoriais.

Normativa do CONAMA n. 065/05.⁶⁶⁷ A Instrução Normativa n. 65/05 do IBAMA foi instituída com o objetivo principal de estabelecer prazos para os vários estágios do procedimento de licenciamento ambiental de projetos hidrelétricos. Antes da edição desta norma, observa-se que nenhuma lei ou norma do CONAMA havia previsto prazos para a condução deste processo, a ponto de um empreendimento hidrelétrico levar aproximadamente 2.335 dias para ser concluído, conforme consta da tabela 4.2 abaixo. Visando solucionar este problema, a Instrução Normativa do IBAMA n. 65/05 estabeleceu um prazo específico para cada estágio do procedimento de licenciamento ambiental.⁶⁶⁸ Como discriminado na tabela 4.2, o entendimento do IBAMA de prazos “aceitáveis” para cada etapa do licenciamento ambiental são muito menores do que os prazos de fato utilizados nos procedimentos praticados antes da edição da IN n. 65/05. Esta comparação entre a performance passada e a atual revela que os prazos normalmente utilizados para a concessão de licenças eram excessivamente longos.

Tabela 4.2 Prazos do Processo de Licenciamento de Empreendimentos Hidrelétricos

	Dias até o envio do TdR pelo IBAMA ao empreendedor (n=20)	Dias até a entrega do EIA/RIMA ao IBAMA (n=13)	Dias até a primeira audiência pública (n=13)	Dias até a última audiência pública (n=12)	Dias até a emissão da LP (n=11)	Dias até o empreendedor requerer a LI (n=13)	Dias até o IBAMA emitir a LI (n=12)	Dias até a emissão da LO (n=11)
Média Total	394	613	852	876	958	1103	1235	2335
Média Etapa	394	220	239	24	82	144	132	1100
IN IBAMA n. 065/05	0	Responsabilidade exclusiva do empreendedor	270			Responsabilidade exclusiva empreendedor	150	Depende essencialmente do prazo de construção

Fonte: Banco Mundial

A tabela cobre todo o percurso do procedimento de licenciamento (incluindo o período gasto com disputa judicial) conduzido pelo IBAMA entre 1997 e 2005. Esta tabela não inclui, no entanto, aqueles processos que foram iniciados em nível estadual e que foram posteriormente transferidos ao IBAMA, os quais presume-se que tenham provocado ainda

⁶⁶⁷ O fato, inclusive, do IBAMA, um órgão que exerce funções precipuamente executivas, ter atualizado uma norma editada pelo CONAMA, um órgão com poderes normativos, levanta, no mínimo, curiosidade. Na verdade, este episódio reflete a falta de clareza acerca dos papéis que cada agência ambiental deve assumir na ormulção e implementação da política ambiental no Brasil.

⁶⁶⁸ Observa-se que o IBAMA apenas estabeleceu prazos para ações conduzidas pelas agências ambientais. O IBAMA não estabeleceu, portanto, prazos para aquelas ações de inteira responsabilidade do empreendedor, tais como a preparação propriamente dita do EIA e do correspondente RIMA.

maiores atrasos. Admitindo-se que os funcionários do IBAMA irão observar a Instrução Normativa n. 065/05,⁶⁶⁹ esta nova norma terá um impacto sobretudo no primeiro estágio do licenciamento ambiental já que reduzirá substancialmente o tempo gasto com a emissão de termos de referência para a preparação do EIA e de seu correspondente RIMA.

Poder-se-ia questionar, no entanto, acerca da plausibilidade do período de 30 dias estabelecido na IN n. 065/05 para a submissão do termo de referência pelo IBAMA. Um termo de referência normalmente leva um considerável tempo para ser concluído, especialmente porque requer conhecimentos técnicos especializados acerca das condições físicas e biológicas da área que abrigará os empreendimentos hidrelétricos. A dificuldade para a elaboração do termo de referência é, inclusive, agravada pelo fato de os órgãos encarregados pelo licenciamento possuírem insuficientes recursos financeiros e humanos para preparar adequadamente o termo de referência e analisar posteriormente o EIA/RIMA submetido pelo empreendedor.⁶⁷⁰ A este respeito, apesar dos prazos assumirem um importante papel na indução de comportamentos, que do contrário não seriam realizados ou se manifestariam de modo muito lento, verifica-se que estes não constituem mecanismos *action-forcing* perfeitos. Como visto no segundo capítulo, a literatura americana sobre prazos enquanto mecanismos *action-forcing* é clara em suas conclusões de que quando os prazos são irrealisticamente curtos, estes tendem a ser inefetivos.⁶⁷¹

A IN do IBAMA n. 065/05, em contrapartida, pode afetar apenas modestamente outros estágios do procedimento de licenciamento que independam do governo federal para serem concluídos, tais como o tempo necessário para a concessão da Licença de Operação (LO). Para a concessão da LO, o empreendedor deve finalizar a construção das instalações da hidrelétrica, assim como a implementação dos programas ambientais oferecidos como medidas compensatórias. Para estes atos, a legislação ambiental vigente não estabelece prazos, o que, no entanto, pode se tornar problemático caso os custos relativos aos atrasos nestas etapas sejam transferidos totalmente para o consumidor final de energia elétrica. A efetividade desta norma editada pelo IBAMA, no entanto, pode estar ameaçada pelo fato de que esta não está

⁶⁶⁹ Inexistem, até a presente data, dados disponíveis que permitam avaliar o impacto da Instrução Normativa do IBAMA n. 065/05 nos procedimentos de licenciamento em andamento.

⁶⁷⁰ WORD BANK. **Environmental Licencing for Hydroelectric Projects in Brazil**: a Contribution to the Debate. Volume II, op. cit. p. 25.

⁶⁷¹ Cf. Environmental and Energy Study Institute and the Environmental Law Institute. **Statutory Deadlines in Environmental Legislation**, op. cit., p. 57-59.

acompanhada de sanções. Se os administradores do IBAMA não cumprirem os prazos estabelecidos pela Instrução Normativa n. 065/05, nenhuma sanção é aplicada. A este respeito, torna-se importante observar que a ausência de sanções para o não cumprimento de prazos é uma característica comum das leis que estabelecem procedimentos administrativos no Brasil. Isto revela-se problemático porque, como os estudiosos de mecanismos *action-forcing* sustentam, os prazos descolados de sanções tendem a ser muito menos efetivos.⁶⁷²

Cumprir observar, de todo modo, que a adoção de prazos pelo IBAMA para dinamizar o procedimento de licenciamento do setor hidrelétrico constitui a exceção, e não a regra, na produção normativa dos órgãos ambientais. Na maioria das normas que versam sobre procedimentos de licenciamento específicos, este uso estratégico de prazos revela-se praticamente inexistente.

⁶⁷² Cf. Environmental and Energy Study Institute and the Environmental Law Institute. **Statutory Deadlines in Environmental Legislation**, op. cit., p. 60-02.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho tratou de assunto negligenciado pela literatura jurídica brasileira, relativo ao papel da lei enquanto instrumento coordenador da ação burocrática no ciclo das políticas públicas.

Para tanto, foram analisados os instrumentos de engenharia legislativa que limitam material e procedimentalmente a discricionariedade dos administradores ao formularem e implementarem as políticas públicas. Viu-se, neste sentido, que o desenho estratégico de leis que visam a conformar o comportamento burocrático envolve uma série de escolhas a respeito: (i) do nível de transitividade de uma lei; (ii) dos tipos de normas jurídicas a serem empregadas; (iii) do nível de generalidade, completude, assertividade, simplicidade e transparência das normas jurídicas; (iv) da estrutura organizacional do mecanismo de implementação das políticas públicas; (v) das técnicas de *enforcement* de ditames legais; (vi) da definição dos procedimentos de tomada de decisão administrativa, acompanhados ou não de *action-forcing provisions*.

Para que estas escolhas se dêem de modo racional, o processo de formulação de leis faz uso de uma série de ferramentas analíticas que permitem identificar, abstratamente e também de modo aplicado, as limitações e as potencialidades dos instrumentos de engenharia legislativa para realizar os objetivos das políticas públicas.

No âmbito da Política Nacional do Meio Ambiente, a aplicação destas ferramentas analíticas permitiu identificar que o uso estratégico de instrumentos de engenharia legislativa revela-se, quando não inexistente, extremamente falho. Uma série de problemas no desenho do regime da Lei da PNMA foram identificados, com destaque para: (i) a falta de articulação entre objetivos e instrumentos legislativos; (ii) o descolamento entre procedimentos de tomada de decisão e regras e standards substantivos; (iii) a ausência de leis estabelecendo parâmetros e bases substantivas para que a Administração formule e aplique normas ambientais; (iv) a ausência de leis estabelecendo prazos e outros instrumentos que impulsionem a Administração a formular e aplicar normas em tempo adequado; (v) a inexistência de leis que disciplinem o modo como os órgãos ambientais dos três níveis da Federação devem interagir entre si; (vi) a ausência de leis que disciplinem as formas de articulação entre órgãos ambientais e agências não-ambientais.

Sustenta-se que estas falhas de desenho legislativo também contribuem para a inefetividade da PNMA, de modo que não se pode atribuir apenas a fatores-não legislativos a culpa pelo fracasso das políticas ambientais.

Deste modo, o aprimoramento das políticas ambientais pressupõe também uma reformulação dos métodos e das práticas empregadas na formulação da legislação ambiental. A implementação da PNMA não pode fundamentar-se apenas nas disposições genéricas de sua lei-quadro, de modo que leis ambientais com objetos e alvos regulatórios específicos devem ser formuladas de modo a estabelecer os parâmetros substantivos e procedimentais de atuação dos órgãos ambientais normativos. Não só as bases, os alvos e os objetos regulatórios devem ser devidamente estabelecidos em lei, mas também prazos devem ser previstos para que os órgãos ambientais desempenhem suas funções normativas e executivas a contento. Estas leis devem, ainda, vincular padrões de qualidade ambiental e outros parâmetros substantivos ao processo de licenciamento ambiental, restringindo-se, assim, a discricionariedade decisória neste último. Por fim, estas leis devem ainda prever, no contexto de cada política ambiental, as normas de articulação entre os órgãos ambientais dos três entes federativos, de modo a evitar tanto a inércia administrativa, quanto o desperdício de recursos e esforços que a superposição de funções dos órgãos ambientais pode acarretar.

Por certo, a implementação de qualquer uma destas propostas terá de enfrentar os obstáculos de ordem política, jurídica e cultural discutidos neste trabalho, os quais impedem que as leis sejam formuladas em termos estritamente racionais. No entanto, os esforços para aprimorar o processo legislativo não devem ser abandonados em razão do fato de que este é influenciado por estes fatores. Ao contrário, um aprimoramento institucional do processo de produção legislativa pressupõe uma plena compreensão destes fenômenos, para que estes possam, ainda que em doses homeopáticas e de modo incremental, serem superados.

Bibliografia

- ABBOTT, Alden F. The Case Against Federal Statutory and Judicial Deadlines: A cost-benefit appraisal, **Administrative Law Review**, n. 39, 1987, p. 171-204.
- ABRUCIO, Fernando Luiz. A Coordenação Federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, vol. 24, jun, 2005, p. 52-63.
- _____. Os Barões da Federação: os governadores e a redemocratização brasileira. São Paulo: Hucitec, 1998.
- _____; LOUREIRO, Maria Rita; PACHECO; SILVIA, Regina. **Burocracia e política no Brasil**: Desafios para a ordem democrática no século XXI. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2010.
- _____; LOUREIRO, Maria Rita. Finanças Públicas, Democracia e Accountability. *In*: ARVATE, Paulo; BIDERMAN, Ciro. (Orgs.). **Economia do Setor Público no Brasil**. São Paulo: Elsevier, 2005, p. 75-102.
- _____; FRANZESE, Cibele. Federalismo e Políticas Públicas: o Impacto das Relações Intergovernamentais no Brasil. Disponível em: <<http://migre.me/24jhW>>. Acesso em: 22 out. 2011.
- ADLER, Robert W. Integrated Approaches to Water Pollution: Lessons from the Clean Air Act, **Harvard Environmental Law Review**, n. 23, 1999, p. 203-296.
- AGUIAR, Ana Maria Dias de; FOWLER, Harold G. Environmental Impact Assessment in Brazil. **Environmental Impact Assessment Review**, vol. 13, 1993, p. 169-176.
- ALEXANDER, Larry. Legal Objectivity and the Illusion of Legal Principles. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1236222>>. Acesso em: 15 set. 2011.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo, Atlas, 2000.
- ANDREOLI, Cleverson Vitório. Principais Resultados da Política Ambiental Brasileira: o Setor Público. **Revista de Administração Pública**, vol. 26, n. 4, 1992, p. 15-16.
- ANTUNES, Paulo Bessa. **Política Nacional do Meio Ambiente**: comentários à lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARAÚJO, Ricardo Guilherme de. **A Transição Institucional do Setor de Saneamento e a Questão Metropolitana**. Dissertação. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2003.

ARRETCHE, Marta. Federalismo e Relações Intergovernamentais no Brasil. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 3, 2002, p. 431-458.

ATALIBA, Geraldo. Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 97, jul-set. 1969, p. 21-33.

ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madri: Civitas, 1997.

BALDWIN, Robert. **Rules and Government**. Oxford University Press, 1995.

_____. Why Rules Don't Work. **The Modern Law Review**, vol. 53, n. 3, 1990, p. 321-337.

BALDWIN, Robert; HOUGHTON, John. Circular Arguments: the Status and Legitimacy of Administrative Rules. **Public Law**, 1986, p. 239- 284.

BANCO MUNDIAL. Relatório nº 40995-BR. **Licenciamento Ambiental de Projetos Hidrelétricos no Brasil**: uma contribuição ao debate. Volume I (de 3 volumes): Relatório Síntese.

_____. Relatório nº 40995-BR. **Licenciamento Ambiental de Projetos Hidrelétricos no Brasil**: uma contribuição ao debate. Volume II (de 3 volumes): Relatório Principal.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regulamento e Princípio da Legalidade. **Revista de Direito Público** n. 96, out-dez. 1990, ano 24, p. 42-50.

BARDACH, Eugene. **The Implementation Game**: What Happens After a Bill Becomes a Law. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press. 2. ed. 1979.

BAUM, Lawrence. Comparing the Implementation of Legislative and Judicial Policies. In: MAZMANIAM, Daniel A.; SABATIER, Paul A. **Effective Policy Implementation**. Lexington Books, 1981, p. 39-62.

BELTRÃO, Hélio. Considerações Preliminares. Documento I apresentado à Comestra em 20 de outubro de 1964. In: **Reforma Administrativa**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1968.

_____. Reforma administrativa federal. Palestra proferida em 14 de julho de 1965. In: **Reforma administrativa**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1968.

BLANKENBOURG, Erhard. The Waning of Legality in the Concept of Policy Implementation. **Law and Policy Review**, vol. 7, n. 4, 1985, p. 481-491.

BOYLE, Delia M. **Bureaucratic Reform in Developing Countries: A Comparison of Presidential and Parliamentary Rule.** Disponível em: <http://harrisschool.uchicago.edu/about/publications/working-papers/pdf/wp_99_14.pdf>. Acesso em: 12 out. 2011.

BREYER, Stephen G. *et alli.* **Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases.** 6.ed. New York: Aspen Publishers, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, Democracia e Constitucionalização.** 2.ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008.

CALDWELL, Lynton K. Beyond NEPA: Future Significance of the National Environmental Policy Act. **Harvard Environmental Law Review**, vol. 22, 1998, p. 203-239.

CARPENTER, Richard A. Balancing Economic and Environmental Objectives: The Question is Still, How? **Environmental Impact Assessment Review**, v. 2, n. 2, 1981, p. 175-188.

_____. **Science and the National Environmental Policy Act: redirecting policy through procedural reform.** Alabama: The University of Alabama Press, 1982.

CHROUST, The Managerial Function of Law. **Boston University Law Review**, vol. XXXIV, n. 3, jun. 1954, p. 261-290.

CORWIN, Erik H. Congressional Limits on Agency Discretion: A Case Study of the Hazardous and Solid Waste Amendments of 1984. **Harvard Journal on Legislation**, vol. 29, 1992, p. 539.

CYRINO, André Rodrigues. **O Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República: a Espécie Regulamentar Criada pela EC nº 32/2001.** Belo Horizonte: Fórum, 2005.

DALLARI, Maria Paula. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

DAN-COHEN, Meir. Decision Rules and Conduct Rules: on acoustic separation in criminal law. **Harvard Law Review**, vol. 97, n. 3, 1984, p. 625-677.

DELLEY, Jean-Daniel. Penser la loi. Introduction à une démarche méthodique. *In:* MORAND, Charles-Aubert (Org.). **Légistique Formelle et Matérielle.** Aix-En-Provence: Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p. 81-115.

DELLEY, Jean-Daniel; MADER, Luzius. Que Faire des Objectifs dans une Étude de Mise em Oeuvre de La Législation? **Revue de Sociologie**, n. 7, 1981, p. 385-397.

- DIAS, José de Nazaré Teixeira. **A reforma administrativa de 1967**. 2. ed. Cadernos de Administração Pública, n. 73. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1969.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- DIVER, Colin. The Optimal Precision of Administrative Rules. **Yale Law Journal**, n. 93, 1983, p. 65-109.
- DOWNS, Anthony. **Inside Bureaucracy**. Boston: Little, Brown and Company, 1966.
- DROR, Yehezkel, Muddling Through - "Science" or Inertia? **Public Administration Review**, vol. 24, n.3, 1964, p. 153-157.
- DRUMMOND, José; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. Brazilian Environmental Laws and Policies, 1934-2002: a critical overview. **Law & Policy**, vol. 28, n. 1, jan. 2006, p. 83-108.
- DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- ELLIOT, Donald; RENN, Ortwin. Precautionary Risk Appraisal and Management: an Orientation for Meeting the Precautionary Principle in the European Union. *In*: WIENER, Jonathan B. *et alli*. The Reality of Precaution: Comparing Risk Regulation in the United States and Europe. Germany: Europaeischer Hochschulverlag, 2010, chapter 10, p. 1-50.
- ENVIRONMENTAL AND ENERGY STUDY INSTITUTE. **Statutory Dealines in Environmental Legislation**: necessary but need improvement, 1985.
- ERLICH, Isaac; POSNER, Richard A. An Economic Analysis of Legal Rulemaking. **Journal of Legal Studies**, vol. 3, n. 1, 1974, p. 257-286.
- FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- FERRAZ, Sérgio. Processo Administrativo: Prazos e Preclusões. *In*: MUNÕZ, Guillermo Andrés; SUNDFELD, Carlos Ari (Orgs.). **As Leis de Processo Administrativo**: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 280-301.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A Relação Meio/Fim na Teoria Geral do Direito Administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 61, jan.mar 1982, p. 27-33.
- FERREY, Steven. **Environmental Law**: examples & explanations. 5.ed. New York: Aspen Publishers, 2010.
- FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Constitutional Change, Legislative Performance and Institutional Consolidation, **Brazilian Review of Social Sciences**, edição especial, n. 1, 2000, p. 73-94.

FIGUEIREDO, Argelina C.; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas Editora.

FRIEDMAN, Lawrence. Legal Rules and the Process of Social Change. **Stanford Law Review**, n. 19, 1966-67, p. 786-840.

FULLER, Lon L. **Anatomy of the Law**. New York: Frederick A. Praeger, 1968.

_____. **The Morality of Law**. New Haven; London: Yale University Press, 1969.

_____. Means and Ends. *In*: FULLER, Lon L. **The Principles of Social Order**. Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 61-78.

GASPARINI, Diógenes. **Poder Regulamentar**. São Paulo: José Bushatsky, 1978.

GEDDES, Barbara. **Politician's Dilemma: Building State Capacity in Latin America**. Berkeley: University of California Press, 1994.

GELLHORN, Ernest; ROBINSON, Glen. Perspectives on Administrative Law. **Columbia Law Review**, Maio, 1975, p. 771-799.

GERSEN, Jacob E.; mO'CONNELL, Ann Joseph. Deadlines in Administrative Law, **University of Pennsylvania Law Review**, n. 156, p. 923-990.

GIFFORD, Daniel J. Communication of Legal Standards, Policy Development, and Effective Conduct Regulation. **Cornell Law Review**, vol. 56, 1970, p. 409-468.

GLASSON, J.; SALVADOR, Nemesio Neves B. EIA in Brazil: a procedures-practice gap. A comparative study with reference to the European Union, and especially the UK. **Environmental Impact Assessment Review**, vol. 20, 2000, p. 191-225.

GLICKSMAN, Robert L.; SHAPIRO, Sidney A. Congress, the Supreme Court, and the Quiet Revolution in Administrative Law. **Duke Law Journal**, n. 5, p. 815-878.

GOTTLIEB, Gidon. **The Logic of Choice: an investigation of the concepts of rule and rationality**. New York: the Macmillan Company, 1968.

GRAU, Eros. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GUIMARÃES, Roberto P. **Ecopolitics of Development in the Third World: Politics and Environment in Brazil**. Boulder; London: Lynne Rienner Publishers, 1991.

HAM, Christopher; HILL, Michael. **The Policy Process in the Modern Capitalist State**. 2.ed. Harvester Wheatsheaf, 1993.

HARFST; David L.; MASHAW, Jerry. **The Struggle for Auto Safety**. Cambridge; London: Harvard University Press, 1990.

HAWKINS, Keith. **Environment and Enforcement**: Regulation and the Social Definition of Pollution. Oxford: Oxford University Press, 1984.

HESPANHA, Antonio Manuel. A Feitura das Leis: A Perspectiva Histórica e Sociológica. *In*: MIRANDA, Jorge; SOUSA, Marcelo Rebelo de. **A Feitura das Leis**. Vol. II. Instituto Nacional de Administração, 1986, p. 61-81.

HOCHSTETLER, Kathryn; KECK, Margaret E. **Greening Brazil**: Environmental Activism in State and Society. Durham; London: Duke University Press, 2007.

HOOD, Christopher. **Administrative Analysis**: an Introduction to Rules, Enforcement and Organizations. New York: St. Martin's Press, 1986.

_____. **The Tools of Government**. London: The Macmillan Press Ltd., 1983.

HUBER, John D.; SHIPAN, Charles R. **Deliberate Discretion?**: The Institutional Foundations of Bureaucratic Autonomy. Cambridge University Press, 2002.

HUME, Robert J. **How Courts Impact Federal Administrative Behavior**. New York: Routledge, 2009.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental**: O Controle dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Competência dos Órgãos Ambientais: um Estudo Comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Leis de Normas Gerais, Regulamentação do Poder Executivo e Cooperação Intergovernamental em tempos de Reforma Federativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

IHERING, Rudolf Von. **Law as Means to an End**. Tradução de Isaac Husik. Boston: The Boston Book Company, 1914.

JAFFE, Louis, L. The Illusion of the Ideal Administration. **Harvard Law Review**, n. 86, 1975, p. 1183-1199.

JOWELL, Jeffrey. **Law and Bureaucracy**: Administrative Discretion and the Limits of Legal Action. University Press of Cambridge, 1975.

_____. The Legal Control of Administrative Discretion. *In*: **Public Law**, n. 18, 1973, p. 178-220.

KARKKAINEN, Bradley C. Information-Forcing Environmental Regulation, **Florida State University Law Review**, n. 33, 2006, p. 861-902.

KELSEN, Hans. The Law as a Specific Social Technique. The **University of Chicago Law Review**, vol. 9, n. 1, 1941, p. 75-97.

LAUBÉ, Vitor Rolf. O Regulamento no Sistema Jurídico Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, n. 119, jul-set., 1993, p. 139-166.

LEAL, Victor Nunes. Delegações Legislativas. *In: Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, 92-108.

_____. Técnica Legislativa. *In: LEAL, Victor Nunes. Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 7-32.

LEITE, Luciano Ferreira. **O Regulamento no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 27-29.

LINDBLOM, Charles E. The 'Science' of Muddling Through. **Public Administration Review**, vol. 19, n. 2, 1959, p. 79-88.

_____. Still Muddling, Not Yet Through. **Public Administration Review**, vol. 39, n. 6, 1979, p. 517-526.

LINDSTROM, Matthew J. Procedures Without Purpose: The Withering Away of the National Environmental Policy Act's Substantive Law. **Journal of Land, Resources and Environmental Law**, vol. 20, 2000, p. 249.

LIPSZY, M. **Street-level Bureaucracy: Dilemmas of the individual in public services**. New York: Russel Sage Foundation, 1980.

MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. **Statute Law Review**, n. 22, jul. 2001, p. 119-131.

MAGILL, M. Elizabeth. Congressional Control Over Agency Rulemaking: The Nutrition Labeling and Educations Act's Hammer Provisions. **Food & Drug Law Journal**, vol. 50, 1995, p. 149-190.

McCUBBINS, Mathew D; NOLL, Roger G; WEINGAST, Barry R. Administrative Procedures as Instruments of Political Control. **Journal of Law, Economics & Organization**, vol. 3, 1987

_____. Structure and Process, Politics and Policy: Administrative Arrangements and the Political Control of Agencies, **Virginia Law Review**, vol. 75, n. 2, 1989, p. 431-482.

McALLISTER, Lesley K. **Making Law Matter: Environmental Protection and Legal Institutions in Brazil**. Stanford: Stanford University Press, 2008.

MACLEAN, Roberto G. The Social Efficiency of Laws as an Element of Political and Economic Development. **Nafta Law & Business Review of the Americas**, n. 6, 1998, p. 6-18.

MASHAW, Jerry. Conflict and Compromise among Models of Administrative Justice, **Duke Law Journal**, vol. 1981, 1981, p. 181-212.

_____. **Greed, Chaos & Governance**: using public choice to improve public law. New Haven; London: Yale University Press, 1997.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil**: eficiência e legitimidade. São Paulo: Singular; Fapesp, 2006.

MAZMANIAM, Daniel A.; SABATIER, Paul A. Effective Policy Implementation. Lexington Books, 1981.

MEDAUAR, Odette. **A Processualidade no Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. O Ordenamento Ambiental Brasileiro. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; TELES DA SILVA, Solange; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI**: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros; IEDC, 2005, p. 698.

_____. O Princípio da Razoável Duração do Processo Administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs). **Atuais Rumos do Processo Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MENDES, Gilmar Ferreira. Questões Fundamentais de Técnica Legislativa. **Revista Trimestral de Direito Público**, n.1, 1993, p. 255-271.

MIERS, David R.; PAGE, Alan C. **Legislation**. London: Sweet & Maxwell, 1982.

MIERS, David; TWINING, William. **How to do Things with Rules**. 5.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Licenciamento Ambiental de Estações de Tratamento de Esgoto e Aterros Sanitários**. Módulo Específico. Brasília, 2009.

MOE, Terry M. The Politics of Bureaucratic Structure. In: CHUBB, John E.; PETERSON, Paul E. (Ed.). **Can the government govern?** Washington, D.C.: The Brookings Institution, 1989, p. 267-329.

MORAND, Charles-Aubert. Buts et Objectifs dans L'application et la Mise em Oeuvre du Droit Public. *In: ASSOCIATION INTERNATIONALE DE METHODOLOGIE. **Le Recours aux Objectifs de la Loi dan son Application.*** Bruxelles: E. Story-Scientia, 1992, p. 75-102.

_____. (Org.). Le Principe de légalité et l'interventionnisme étatique. *In: CAGIANUT, Francis et alli. **Aktuelle Probleme des Staats-und Verwaltungsrechts.*** Bern; Stuttgart: Haupt, 1989, p. 139-155.

MORAND, Charles-Albert. Éléments de Légistique Formelle e Matérielle. *In: MORAND, Charles-Albert (Org.). **Légistique Formelle et Matérielle.*** Aix-En-Provence: Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p. 17-45.

_____. L'évaluation législative ou l'irrésistible ascension du quatrième pouvoir. *In: DELCAMP, A.; BERGEL, Jean-Louis; DUPAS, A. (Coord). **Contrôle parlementaire et Evaluation.*** Paris: La documentation française, 1995, p. 133-152.

MUKAI, Toshio. **Direito Urbano-Ambiental Brasileiro**, 2. ed., São Paulo: Dialética, 2002.

NETO, Octavio Amorim; SANTOS, Fabiano. A Produção Legislativa do Congresso: entre a paróquia e a nação. *In: VIANNA, Werneck (Org.). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil.*** Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 91-139.

NOURCE, Victoria F.; SCHACTER, Jane S. **The Politics of Legislative Drafting: a Congressional Case Study.** *New York University Law Review* n. 22, 2002, p. 575-613.

OPPENHEIM, Leonard. Licensing as a Device for Federal Regulation. **Tulane Law Review**, vol. 16, 1941-1942, p. 111-121.

PAYNE, Melaney. Critically Acclaimed but not Critically Followed: The Inapplicability of the National Environmental Policy Act to Federal Agency Actions: Douglas County v. Babbitt. **Villanova Environmental Law Journal**, vol. 7, p. 339-374.

PERCIVAL, Robert V. *et alli.* **Environmental Regulation: Law, Science and Policy.** 6.ed. Aspen Publishers, 2009.

PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o Processo Legislativo nas Constituições Brasileiras: Teoria e Prática. *In: VIANNA, Werneck (Org.). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil.*** Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 141-194.

RABIN, Robert L. Federal Regulation in Historical Perspective. **Stanford Law Review**, n. 38, 1986, p. 1189-1326.

RAMOS, Elival da Silva. A autonomia municipal e os problemas ecológicos. **Revista de Direito Público**, n. 70, São Paulo, 1984, p. 111-129.

REICH, Gary. Executive Decree Authority in Brazil: How Reactive Legislators Influence Policy. **Legislative Studies Quarterly**, XXVII, 1, February 2002, p. 5-31.

REISS, Albert J. Selecting Strategies of Social Control over Organizational Life. *In*: HAWKINS, Keith; THOMAS, John M. (Eds.) **Enforcing Regulation**. Kluwer-Nijhoff Publishing, 1984, p. 23-35.

REITZE Jr., Arnold W. Air Quality Protection Using State Implementation Plans: Thirty-Seven Years of Increasing Complexity. **Villanova Environmental Law Journal**, n. 15, 2004, p. 209-366.

RIO DE JANEIRO. Feema. **Manual do Meio Ambiente**: Sistema de Licenciamento de Atividades Poluidoras – SLAP – manual de procedimentos, normas, legislação. Rio de Janeiro: FEEMA; Editora Esplanada; AGGS Indústrias Gráficas, 1979.

ROBINSON, Glen O. The Making of Administrative Policy: Another Look at Rulemaking and Adjudication and Administrative Procedure Reform, **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 118, n. 4, 1970, p. 485-539.

ROSENBAUM, Nelson. Statutory Structure and Policy Implementation: the Case of Wetlands Regulation. *In*: MAZMANIAM, Daniel A.; SABATIER, Paul A. **Effective Policy Implementation**. Lexington Books, 1981.

ROSENN, Keith S. **O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, 131p.

RUBIN, Edward L. Law and Legislation in the Administrative State. **Columbia Law Review**, n. 89, p. 372-426.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. **Avaliação Legislativa no Brasil**: um estudo de caso de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, 256p. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-31032009-153959/pt-br.php>. Acesso em 22 Out. 2011.

_____. Reforma Administrativa de 1967: A Reconciliação do Legal com o Real. *In*: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia (Orgs). **Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro**: de 1930 aos Dias Atuais. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 453-482.

SAMUELS, David. Ambition and Competition: Explaining Legislative Turnover in Brazil. **Legislative Studies Quarterly**, vol. 25, n. 3, 2000, p. 481-497.

_____. **Ambition, Federalism and Legislative Politics in Brazil**. Cambridge University Press, 2003.

SANTOS, Fário Ribeiro dos. **O Poder Normativo do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

SAPPINGTON, David E. Incentives in Principal-Agent Relationships. **Journal of Economic Perspectives**, vol. 5, n. 2, p. 45-66, 1991.

SCHNEIDER, Carl E. Discretion and Rules: a lawyer's view. In: HAWKINS, Keith. **The Uses of Discretion**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 47-88.

SCHOENBORD, Goals Statutes or Rules Statutes: the Case of the Clean Air Act. **University of California Law Review**, n. 30, 1982-1983, p. 740-828.

_____. **Power Without Responsibility: How Congress Abuses the People Through Delegation**. New Haven; London: Yale University Press, 1993.

_____. The Delegation Doctrine: Could the Court Give it Substance? **Michigan Law Review**, n. 83, 1983-84, p. 1223-1290.

SHAPIRO, D. L. The Choice of Rule Making or Adjudication in the Development of Agency Policy, **Harvard Law Review**, n. 78, 1965, p. 921-972.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIMON, Herbert A. **Administrative Behavior: a study of decision-making processes in administrative organization**. 3.ed. New York: Free Press, 1976.

SINCLAIR, Bárbara. **Unorthodox Lawmaking: New Legislative Processes in the U.S. Congress**. 3.ed. CQ Press, 2007.

SOUZA, Celina. SOUZA, Celina. Federalismo e Decentralização na Constituição de 1988: Processo Decisório, Conflitos e Alianças. **Dados**, Rio de Janeiro, vol. 44, n. 3, 2001, p. 513-560.

STACEY, Jocelyn. Curing the Epidemic of Environmental Inaction: Using Action-Forcing Provisions in Canadian Toxics Regulation (mimeo).

STEWART, Richard B. The Reformation of Administrative Law, **Harvard Law Review**, vol. 88, 1975, p. 1669-1813.

STRAUSS, Peter L. Legislative Theory and the Rule of Law: Some Comments on Rubin. **Columbia Law Review**, n. 89, 1989, p. 427-451.

SUMMERS, Robert Samuel. **Form and Function in a Legal System: a General Study**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

_____. **Instrumentalism and American Legal Theory**. Ithaca; London: Cornell University Press, 1982.

_____. The Technique Element in Law. **California Law Review**, vol. 59, p. 733-751.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Importância do Procedimento Administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, vol. 84, p. 70, 1987.

_____. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. O direito administrativo entre os clips e os negócios. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 5, n. 18, abr., 2007.

_____. Processo Administrativo: um debate sobre o problema de sua conceituação e classificação. In: ONETO, Víctor Baca; VALDIVIA, Diego Zegarra. **La Ley de Procedimiento Administrativo General: Diez Años Después**. Lima: Palestra Editores, 2011, p. 189-210.

_____. Processo e Procedimento Administrativo no Brasil. In: MUNÓZ, Guillermo Andrés; SUNDFELD, Carlos Ari (Orgs.). **As Leis de Processo Administrativo: Lei Federan 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 17-36.

_____. **Princípio é Preguiça?** (prelo).

_____; SOUZA, Rodrigo Pagani de; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Interpretações Administrativas Aderem à Lei? (prelo).

TAMAHANA, Brian Z. **Law as Means to an End**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

TATABIGA, Luciana. Os Conselhos Gestores e a Democratização das Políticas Públicas no Brasil. In: DAGNINO, E. (Ed.). **Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 47-103

THEODOULOU, Stella Z. How Public Policy is Made. In: CAHN, Matthew A.; THEODOULOU, Stella Z. (Ed.). **Public Policy: The Essential Readings**. Prentice Hall, 1995, p. 86-96.

THOMSON, Victor A. **Modern Organization**. 2. ed. Tuscaloosa; London: The University of Alabama Press, 1977.

VEIGA DA ROCHA, Jean Paul. Regulação Econômica e Separação dos Poderes: A Delegação Legislativa na Tradição do Direito Público Brasileiro. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002., v. XI, Direito da Regulação, p. 69-87.

WAINER, Ann Helen. **Legislação Ambiental Brasileira**: subsídios para a história do direito ambiental. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

WANDEFORDE-SMITH, Geoffrey; MOREIRA, Iara Verocai. Subnational Government and EIA in the Developing World: Bureaucratic Strategy and Political Change in Rio de Janeiro. **Environmental Impact Assessment Review**, vol. 5, 1985, p. 223-238.

WEBER, Max. Bureaucracy. *In*: GERTH, Hans Heinrich Gerth (ed.). Tradução de Waldemir Dutra. **Ensaios de Sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 229- 277.

WEST, Robin. Toward the Study of the Legislated Constitution. **Ohio State Law Journal**, n. 72, 2011, p. 1343-1366.

WORD BANK. Report n. 40995-BR. **Environmental Licencing for Hydroelectric Projects in Brazil**: a Contribution to the Debate. Volume II: Summary Report.

WRIGHT, J. Skelly. Beyond Discretionary Justice. **The Yale Law Journal**, vol. 81, 1972, p. 575-597.

YACKEE, Jason Webb; YACKEE, Susan Webb Administrative Procedures and Bureaucratic Performance: Is Federal Rule-Making “Ossified”? **Journal of Public Administration Research & Theory**, vol. 20, n. 2, 2010, p. 261-282.