



138

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Patrimônio e do Meio Ambiente (PG-06)

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
DA COMARCA DA CAPITAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Processo nº 0282326-74.2013.8.19.0001

O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pessoa jurídica de direito público interno, que receberá intimações na R. do Carmo nº 27, 6º andar, vem a V. Exa., representado pela Procuradoria Geral do Estado, nos autos da ação sob o rito ordinário que lhe é movida por **ABRAGET – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GERADORAS TERMELETRICAS**, tempestivamente, oferecer **CONTESTAÇÃO**, pelas razões e para os fins a seguir expostos.

I – TEMPESTIVIDADE

1. Inicialmente, cumpre esclarecer que não há certidão de juntada do mandado de citação aos autos. Segundo informação obtida eletronicamente, esta ocorreu em 30 de setembro de 2013. Logo, o termo *ad quem* para a apresentação da resposta é 29 de novembro de 2013, a teor do art. 188, do Código de Processo Civil. Apresentada nesta data, a peça é inegavelmente tempestiva.

II – DA HIPÓTESE

2. A autora é associação que representa os interesses das

RECOP FPD4 201306815694 29/11/13 14:47:15126220 12786647



139

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Patrimônio e do Meio Ambiente (PG-06)

geradoras termelétricas. Segundo afirma, as usinas termelétricas exercem um papel relevante no contexto de tal serviço público, eis que são capazes de atender às ordens do Operador Nacional do Sistema a qualquer tempo, e assim suprir as deficiências decorrentes da matriz hidrológica. Diz que o réu sempre foi um incentivador desta indústria em seu território, objetivando assim obter a autossuficiência energética. Afirma que a instalação de usinas sempre se sujeitou a inúmeras condicionantes e compromissos que objetivam prevenir, mitigar e compensar os impactos ambientais decorrentes da atividade, sem os quais não seria possível a obtenção da licença respectiva.

3. Segundo articula, o Decreto Estadual nº 41.318/2008, aplicável somente às usinas térmicas movidas a combustíveis fósseis, instituiu o denominado Mecanismo de Compensação Energética (MCE), como parte do Plano de Abatimento de Emissão dos Gases de Efeito estufa. Afirma que as licenças de operação que serão renovadas sujeitar-se-ão ao mecanismo, resultando em impacto financeiro relevante, capaz de afetar o equilíbrio econômico dos empreendimentos já existentes, eis que os custos não poderão ser repassados para as tarifas. Quando aos novos empreendimentos, ainda que possível a repercussão dos custos nas tarifas, aduz que haverá perda de competitividade, com a consequente escolha de outros entes da federação para a prestação do serviço.

4. Sob o prisma jurídico, *como primeiro argumento* aduz a ilegalidade do Decreto nº 41.318/2008. Argumenta inexistir fundamento legal para a criação do referido mecanismo de compensação. Afirma que o parecer da assessoria jurídica da Secretaria de Estado do Ambiente corrobora tal afirmação. Consoante discorre, embora o decreto autônomo seja admissível com fundamento no art. 84, IV, da Constituição Federal, com a redação que lhe foi atribuída pela Emenda Constitucional nº 32, ele está limitado aos casos e hipóteses previstos na própria Constituição, que não se estendem a ponto de permitir a criação de obrigações jurídicas em face de particulares.



140

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Patrimônio e do Meio Ambiente (PG-06)

5. Em sequência, *como segundo argumento* afirma que o Estado teria violado a reserva legal da União Federal para legislar sobre energia, a teor do art. 22, IV, da Constituição. Alega inexistir lei que delegue aos Estados tal competência, como autoriza o art. 22, § 1º, da Constituição. Arremata, assim, afirmando que o decreto também padece de inconstitucionalidade formal, citando diversos precedentes do Eg. STF e do Eg. TJRJ, em que lei estadual pretendeu impor obrigações às concessionárias de energia elétrica e de serviço de telecomunicações, a pretexto de proteger o consumidor.

6. O *terceiro argumento*, de natureza eventual, consiste em afirmar que a superveniência da Lei nº 12.187/2009, que instituiu a política nacional sobre a mudança do clima, teria o condão de suspender a eficácia do Decreto Estadual nº 41.318/2008, nos termos do art. 24, § 4º, da Constituição Federal. Acrescenta que a legislação nacional não previu qualquer espécie de compensação para o setor de energia, tampouco para as geradoras movidas a combustíveis fósseis. Diz, ainda, que o dispositivo que previa, genericamente, a criação de estímulos para o abandono ao uso de fontes energéticas provenientes de combustíveis fósseis foi vetado pela Presidência da República.

7. Esclarece, ainda, que embora o Brasil tenha internalizado a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, teria feito ressalva quanto ao Anexo I, de modo que está fora das metas de redução de emissão de gases de efeito estufa internacionalmente estabelecidas. Portanto, o compromisso de redução previsto na legislação federal é voluntário e não está vinculado ao processo de licenciamento ambiental. Diz que as metas estipuladas no Decreto nº 7.390, que regulamentou a lei federal em comento, não contempla o setor de petróleo e gás. Assim, afirma que a política de redução de gases deve estar alinhada às regras federais.



111

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Patrimônio e do Meio Ambiente (PG-06)

8. Em seguida, a autora discorre sobre a compensação ambiental que as termelétricas pagam, fazendo-o com fundamento na Lei nº 9.985/2000. Alude à existência de mecanismo de monitoramento e de inventário de gases de efeito estufa.

9. O *quarto argumento jurídico* desenvolvido na petição inicial consiste em alegada violação ao princípio da isonomia, por o MCE afetar unicamente as termelétricas que empregam combustíveis fósseis. Assevera que houve discriminação, eis que outros setores também são ostensivamente poluentes, caso dos transportes, siderurgia, etc.. Aduz, ainda, que as térmicas do Estado do Rio de Janeiro não podem sofrer tratamento mais gravoso que as instaladas nos demais entes federativos.

10. A autora articula, ainda, com violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade – *quinto argumento* –, embora não esclareça exatamente de que modo há tal violação, limitando-se a articular genericamente sobre o conteúdo genérico do princípio. Acrescenta, como *sexto argumento jurídico*, ter o Estado afetado o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos entre a ANEEL e as termelétricas. Afirma que o recolhimento do MCE não constou dos instrumentos dos leilões. Assim, segundo argumente, o Estado teria se imiscuído no conteúdo dos referidos contratos.

11. O *sétimo e último argumento jurídico* consiste em alegada violação ao princípio da segurança jurídica, haja vista que o decreto estadual impugnado teria trazido insegurança e imprevisibilidade à regulação do setor.

12. Com base em tais fundamentos, a autora postula a concessão de tutela antecipada, para afastar qualquer exigência decorrente do Decreto Estadual nº 41.318/2008. No mérito, requer a condenação do Estado na obrigação de não aplicar o referido diploma, além de revogar as eventuais exigências já impostas.



142

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Patrimônio e do Meio Ambiente (PG-06)

13. Sintetizando, os argumentos apresentados pela autora são: (i) violação ao princípio da legalidade; (ii) usurpação de competência legislativa da União Federal para legislar sobre energia (art. 22, IV, CF88); (iii) suspensão da eficácia do decreto pela superveniência da Lei nº 12.187/2009 (art. 24, § 4º, CF88); (iv) violação ao princípio da isonomia; (v) violação aos princípios da proporcionalidade/razoabilidade; (vi) intromissão no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados entre as térmicas e a ANEEL; e (vii) violação ao princípio da segurança jurídica.

14. Ocorre que não merecem prosperar as alegações da demandante, pelos argumentos que passa a demonstrar. Antes de prosseguir, contudo, cabe fazer uma breve nota explicativa sobre a origem e o funcionamento do mecanismo de compensação energética, criada com o Decreto Estadual nº 41.318/2008.

NOTA PRÉVIA

III – O MECANISMO DE COMPENSAÇÃO ENERGÉTICA: ORIGEM E FUNCIONAMENTO

15. O Estado do Rio de Janeiro, por intermédio da Secretaria Estadual do Ambiente, encomendou à COPPE/UFRJ estudo a respeito da emissão de gases de efeito estufa em seu território. Nesse trabalho verificou-se que o setor de energia, e especificamente as usinas termelétricas movidas a combustíveis fósseis – gás natural, óleo combustível e carvão – contribuem significativamente para ao estoque dos referidos gases acumulados na atmosfera. O setor energético participa com 17,5% das emissões totais de gases de efeito estufa. A versão preliminar no relatório, apresentada em 2007, com dados até 2005, encontra-se em anexo à presente peça.

16. Com base no referido relatório, acrescido à previsão de



143

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Patrimônio e do Meio Ambiente (PG-06)

crescimento da matriz energética, o Estado resolveu agir. Foi criado o mecanismo de compensação energética, que consiste em um cálculo muito singelo. A depender do tipo de combustível fóssil empregado pela usina, ela deverá produzir um pequeno percentual de energia à base de combustível renovável e investir em programas de eficiência energética. O percentual da compensação varia entre 5% do total (nos casos das usinas movidas a carvão e a óleo) e 3% (gás natural), sendo que 1% da compensação deverá ser feita com base em aumento da eficiência energética.

17. A regra foi editada com o propósito claro de **mitigar e compensar** os efeitos deletérios para o meio ambiente da produção de energia, que são cientificamente inequívocos. O mecanismo, nos próprios termos do decreto, é aplicável ao **licenciamento de usinas termelétricas a base de combustíveis fósseis** (gás natural, carvão e óleo diesel). O art. 4º do decreto é claro ao estatuir que:

Art. 4º. Durante o processo de licenciamento ambiental do empreendimento, o Mecanismo de Compensação Energética deverá ser detalhado, com a indicação do Fator de Compensação Energética (FCE) nos Termos de Referência, durante a requisição da Licença Prévia (LP). A compensação será detalhada quando da solicitação da Licença de Instalação (LI).

18. O sistema é tão singelo que é a própria requerente da licença que definirá a forma como ocorrerá a compensação energética. O art. 6º do diploma afirma que: “O empreendedor será livre para selecionar o arranjo institucional que for mais conveniente para efetivar a devida compensação, sendo que o arranjo final deverá ser comunicado e acompanhado pelo Estado”. Portanto, a compensação energética é, nos termos do decreto, uma condicionante aplicável às licenças ambientais para as térmicas movidas a fósseis, sendo **inconfundível** com a compensação pecuniária prevista no art. 36, da Lei nº 9.985/2000, que se destina exclusivamente às unidades de conservação e não esgota os deveres ambientais do poluidor.

64



144

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Patrimônio e do Meio Ambiente (PG-06)

19. De resto, não é preciso ser especialista em ciências ambientais para reconhecer o enorme impacto ambiental gerado pelas usinas termelétricas que queimam combustíveis fósseis. Por se tratar de poluição do ar e depleção da camada de ozônio, trata-se de uma atividade perversa, porquanto dificilmente mensurável. O princípio da precaução, contudo, afirma que a inexistência de certeza científica – e, adaptando ao caso, de um nexo de causalidade direito e evidente – não deve escusa para que o poder público deixe de atuar na defesa ambiental. É sob essa óptica que deve ser entendido o diploma ora impugnado. Feita esta breve digressão, passa-se às teses de defesa.

MÉRITO

IV – INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NO DECRETO Nº 41.318/2008

20. A Secretaria Estadual do Ambiente possui competência para expedir licenças voltadas à instalação e à operação de usinas termelétricas movidas a óleo combustível no Estado do Rio de Janeiro¹. Tal prerrogativa decorre, em primeiro lugar, do art. 23, incisos VI e VII, da Constituição Federal de 1988², que atribui aos Estados, Distrito Federal, União e Municípios, a competência comum para adotar medidas de proteção do meio ambiente. Além disso, o art. 9º, inciso IV, da Lei nº 6.938/81, prevê o licenciamento como instrumento da política nacional do meio ambiente³.

21. Pois bem. O art. 1º, incisos I e II, da Resolução CONAMA nº 237⁴, apresentam as definições da atividade de licenciamento e da própria licença

¹ O sistema estadual de licenciamento está disciplinado no Decreto nº 42.159/2009. Observe-se que o decreto é muito mais detalhado que a lei em vigor.

² “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;”.

³ Lei nº 6.938/81: “Art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: (...) IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;”.

⁴ Eis a íntegra dos dispositivos, citados apenas parcialmente acima: verbis: Art. 1º - Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições: I - Licenciamento Ambiental:



145

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Patrimônio e do Meio Ambiente (PG-06)

ambiental. Segundo o referido diploma, a licença é: “ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor”. No processo de licenciamento ambiental, o poder público tem a prerrogativa de fixar medidas – denominadas condicionantes específicas – para que o empreendimento seja instalado e possa operar regularmente. **Segundo o conhecimento convencional, tais condicionantes objetivam mitigar, prevenir e compensar os danos ambientais.** Veja-se:

“O licenciamento ambiental é um instrumento multifuncional da Política Nacional do Meio Ambiente na medida em que busca não apenas prevenir impactos ambientais negativos, mas também mitiga-los através da imposição de condicionantes aos agentes impactantes”⁵ (negrito acrescentado).

“O licenciamento ambiental tem como objetivo efetuar o controle das atividades efetiva e potencialmente poluidoras, através de um conjunto de procedimentos a serem determinados pelo órgão ambiental competente, com o intuito de defender o equilíbrio do meio ambiente e a qualidade de vida da coletividade. Essa busca pelo controle ambiental se manifesta através de uma série de exigências e de procedimentos administrativos que o Poder Público impõe, visto que existem normas e padrões de qualidade ambiental que devem ser obedecidos”⁶.

22. Logo, o licenciamento ambiental, que veicula o consentimento

procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso. II - Licença Ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

⁵ Romeu Thomé, *Manual de direito ambiental*, 2012, pp. 251-2.

⁶ Talden Farias, *Introdução ao direito ambiental*, 2010, p. 28.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Patrimônio e do Meio Ambiente (PG-06)

da Administração Pública com o exercício de determinada atividade, é um dos instrumentos mais importantes das políticas públicas para a defesa do meio ambiente. Tanto assim que o art. 60, da Lei nº 9.605/98, tipifica como crime o exercício de atividade potencialmente poluidora sem licença ou autorização. A não observância dos condicionamentos fixados pela Administração Pública poderá gerar, por consequência, a cassação da licença, conforme dispõe o art. 19 da Resolução CONAMA 237/97⁷.

23. É importante frisar que a determinação das condicionantes se insere no âmbito de *discricionariedade técnica* da Administração Pública. O ponto aqui é singelo. Por se tratar de matéria que exige elevado conhecimento técnico-científico, o legislador houve por bem presumir que o administrador está em melhores condições de definir quais são as medidas que, em cada caso concreto e momento histórico, atenderá de maneira mais eficiente o *interesse público* na proteção ambiental. Novamente, vale citar a doutrina especializada:

“Ocorre que nem sempre a norma jurídica, em especial a norma ambiental, é objetiva e precisa. Vários textos legais atribuem à autoridade pública o poder de definir, no caso concreto, algumas exigências referentes ao licenciamento. Muitas vezes, em face da própria complexidade que envolve as questões relativas a meio ambiente, não basta a simples observância dos padrões fixados na norma, mas uma verificação muito mais aprofundada acerca das eventuais ações sinérgicas”⁸.

24. Vale acrescentar que há um importante valor em jogo no exercício de tal atribuição pela Administração Pública: a Constituição determina a

⁷ Resolução CONAMA 237/97: “Art. 19 – O órgão ambiental competente, mediante decisão motivada, poderá modificar os condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar uma licença expedida, quando ocorrer: I - **Violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais.** II - Omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença. III - superveniência de graves riscos ambientais e de saúde”.

⁸ Maria Luiza Machado Granziera, *Direito ambiental*, 2011, p. 411.





142

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Patrimônio e do Meio Ambiente (PG-06)

proteção do meio ambiente em favor das gerações presentes e futuras (art. 225, *caput*), e o sistema de licenciamento prévio e permanente para o exercício de atividade com significativo impacto ambiental – a exigência de consentimento de polícia, para usar o jargão próprio ao direito administrativo – desempenha um papel preventivo, corretivo e mitigatório de maior importância. O legislador, dada sua posição institucional, não pode antecipar esses danos e tampouco reagir a eles em tempo razoável. Por isso, essa tarefa cabe à Administração Pública. A existência de uma reserva de administração quanto ao exercício da fase do consentimento no poder de polícia ambiental já foi, inclusive, afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, confira-se:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 187 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL. APROVAÇÃO PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. VÍCIO MATERIAL. AFRONTA AOS ARTIGOS 58, § 2º, E 225, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É inconstitucional preceito da Constituição do Estado do Espírito Santo que submete o Relatório de Impacto Ambiental - RIMA - ao crivo de comissão permanente e específica da Assembléia Legislativa. 2. A concessão de autorização para desenvolvimento de atividade potencialmente danosa ao meio ambiente consubstancia ato do Poder de Polícia — ato da Administração Pública — entenda-se ato do Poder Executivo. 3. Ação julgada procedente para declarar inconstitucional o trecho final do artigo § 3º do artigo 187 da Constituição do Estado do Espírito Santo⁹.

25. **Esses são pontos indisputados na demanda.** A demandante em nenhum momento questiona a competência estadual para licenciar empreendimentos que causem significativo impacto ambiental, e tampouco a possibilidade jurídica de imposição de condicionantes para que ele possa operar regularmente. A existência de discricionariedade técnica administrativa na seara ambiental tampouco é disputada. O que se vem de afirmar, por outro lado,

⁹ STF, ADI 1505, DJ 04 mar. 2005, Rel. Min. Eros Grau.



148

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Patrimônio e do Meio Ambiente (PG-06)

correspondente ao *estado da técnica* no que concerne ao direito ambiental. **Afinal, tais prerrogativas que, consoante explicitado anteriormente, encontram fundamento direto na Constituição (art. 225, caput e § 1º), nas leis federais (art. 9º, inciso IV, da Lei nº 6.938/81) e estaduais aplicáveis (Lei Estadual nº 1.356/1988 e art. 5º, inciso I, da Lei nº 5.101/07).**

26. É nesse contexto que deve ser compreendido o Decreto nº 40.138/2007 e o mecanismo de compensação energética. **A Secretaria Estadual do Ambiente poderia fazer inserir, de modo casuístico, exigências de mitigação do dano ambiental idênticas àquelas que se encontram estampadas no referido diploma administrativo, por se tratar de matéria sujeita à discricionariedade técnica do órgão.** É dizer: mesmo que inexistisse o Decreto nº 40.138/2007, a Administração Pública Estadual, lastreada em estudo técnico, entender que a produção de energia proveniente de fontes renováveis e/ou o investimento em processo de eficiência energética são medidas que objetivam compensar e mitigar os danos causados ao meio ambiente.

27. Como afirmado no primeiro tópico, o setor de produção de energia afeta de modo profundo o meio ambiente. O emprego de combustíveis fósseis para a produção de energia elétrica gera, de forma imediata, a poluição do ar, com consequências sérias para a vida animal na região em que estão instaladas. Em segundo lugar, o setor provoca a acumulação de gases de efeito estufa, com resultados ainda mais sérios para o planeta. **De modo óbvio, as exigências previstas no Decreto nº 41.318/08, reduzem, de modo direto e inequívoco, os danos ao meio ambiente do Estado do Rio de Janeiro e do planeta. Por isso, são medidas que legitimamente podem ser impostas em qualquer processo de licenciamento, desde que tecnicamente justificadas.**

28. Determinar o investimento, ainda que mínimo, em *fontes de energia limpa*, gera o incentivo necessário para que as sociedades que exploram o



149

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Patrimônio e do Meio Ambiente (PG-06)

referido mercado invistam em tecnologia limpa. Ao determinar o *investimento em mecanismos de eficiência energética*, igualmente, são criados os estímulos para a redução do consumo de energia elétrica. **Tais obrigações compelem os licenciados a perseguir metas que não fariam segundo a lógica puramente mercadológica. O player do mercado de energia que emprega combustíveis fósseis, naturalmente, não está interessado em investir em energia limpa, afinal normalmente também explorar a atividade de extração (e.g., basta ver a lista de membros fundadores da ABRAGET à fl. 58); igualmente, a redução do consumo de energia, por meio do seu emprego eficiente, jamais será meta de uma empresa de vende energia.**

29. Pois bem. Existindo autorização legal para a imposição de condicionantes específicas no processo de licenciamento, sendo igualmente certo que a definição delas constitui matéria submetida à reserva de administração (ADI nº 1.505), não há como o decreto impugnado ser considerado ilegal. Se a Administração Pública pode, assim, impor a exigência de modo individual, é possível indagar: qual a razão para a expedição de um decreto? É esse o objeto do tópico seguinte.

**V – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA: ATO ADMINISTRATIVO
QUE UNIFORMIZA O EXERCÍCIO DE DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA**

30. Na peça inicial, a associação-autora sugere que o decreto impugnado teria violado o princípio da segurança jurídica. De modo simplificado, por tal princípio entende-se que o Estado está adstrito à observância de um grau razoável de previsibilidade nas relações jurídicas que entabula com a sociedade. É pacífico que ele exige respeito às expectativas legítimas futuras dos indivíduos (princípio da proteção da confiança) e aos atos já consumados (ato jurídico perfeito e direito adquirido). No caso em análise, houve *plena observância* do princípio da segurança jurídica. Embora tal constatação seja bastante intuitiva, o Estado-réu passa a esclarecer as razões que conduzem a tal conclusão.



150

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Patrimônio e do Meio Ambiente (PG-06)

31. *Em primeiro lugar*, verifica-se que em nenhum momento a norma administrativa pretendeu alcançar as licenças de operação já expedidas, mas tão-somente aquelas em **fase de requerimento e os casos de renovação**. Remete-se, por dever de síntese, ao tópico III e à citação do art. 4º do decreto. Não é possível, portanto, alegar surpresa, porquanto não foram alcançados atos já praticados, segundo a redação do decreto. Embora **inexista direito adquirido a regime jurídico**, consoante jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, não é o caso de invocação da proteção ao ato jurídico perfeito e/ou ao direito adquirido.

32. *Em segundo lugar*, um decreto que veicule, de maneira objetiva, pública e uniforme, certo condicionamento específico que será aplicado às licenças ambientais das usinas termelétricas que empreguem combustíveis fósseis, traz **segurança e previsibilidade** para a atuação das sociedades do setor, e não o oposto. Observe-se que a fórmula de compensação ambiental decorrente da queima de combustíveis fósseis encontra-se expressa, inclusive numericamente. Do que foi exposto no tópico anterior, verificou-se que a Administração Pública poderia aplicar uma fórmula diferente para cada caso, tendo optado por fazê-lo de modo genérico, gerando previsibilidade e contemplando, de resto, o princípio da isonomia.

33. Destaque-se que o uso de atos administrativos de caráter genérico e abstrato para fixar a orientação da atuação da Administração Pública em casos idênticos ou assemelhados, quando em jogo o exercício de poder discricionário, longe de configurar usurpação de competência legislativa, é medida positiva e que deve ser estimulada.

**VI – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA
PROPORCIONALIDADE**

34. Na linha do conhecimento convencional na matéria, o princípio da isonomia ou da igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição de



151

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Patrimônio e do Meio Ambiente (PG-06)

1988 envolve um aspecto formal e um material. A isonomia material busca promover a igualdade *real* dos indivíduos – ou ao menos a redução das desigualdades – por meio de benefícios específicos dirigidos a determinados grupos. Sob o aspecto formal, e de modo simples, o princípio envolve o tratamento isonômico na esfera jurídica e tem dois destinatários principais: a igualdade *na lei* – ordem dirigida ao legislador – e *perante a lei* – ordem dirigida aos aplicadores da lei¹⁰.

35. É bem de ver que a isonomia formal não é **sinônimo de igualitarismo, mesmo porque legislar, em última análise, consiste em discriminar situações e pessoas por variados critérios**¹¹. Por isso mesmo, a isonomia envolverá o tratamento igual daqueles que se encontrem em situações equivalentes e o tratamento desigual dos desiguais, na medida de sua desigualdade. É, portanto, equivocada a proposição sumária de que a lei não possa criar desequiparações. O que o princípio da isonomia veda são as desequiparações que não tenham um *fundamento* racional e razoável e que não se destinem a promover um *fim* constitucionalmente legítimo. Veda-se o arbítrio, o capricho, o aleatório, o desvio. O tema tem amplo curso na doutrina, merecendo nota especial a monografia de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o tema¹².

36. Por isso mesmo, e como já se tornou corrente, o princípio da

¹⁰ Ao julgar o Mandado de Injunção nº 58, do qual foi relator para acórdão, averbou o Min. Celso de Mello (RDA 183:143): “Esse princípio (o da isonomia) – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA, 55/114), sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei; b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera uma fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório”.

¹¹ Interessante, sobre este ponto, é o voto do Min. Paulo Brossard em STF, RTJ 135:528, RMS 21046/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, no qual asseverou: “Embora a Constituição seja tão peremptória ao dizer ‘todos são iguais perante a lei’, ela própria está cheia de diferenciações e até de discriminações, que não são de menor importância”.

¹² Celso Antônio Bandeira de Mello, Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, 1993.



152

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Patrimônio e do Meio Ambiente (PG-06)

isonomia opera sempre acompanhado da razoabilidade, parâmetro pelo qual se vai aferir se o fundamento da diferenciação é aceitável e se o fim por ela visado é legítimo. Consoante sistematização da doutrina, a verificação da razoabilidade de uma norma que crie desequiparações envolve três testes sucessivos: (i) é preciso primeiro identificar o fator de *discrimen* escolhido pela norma para verificar se tal elemento corresponde a uma diferenciação real – isto é: objetivamente existente entre as pessoas, situações ou coisas – e relevante¹³; (ii) é preciso que haja um nexó racional e razoável entre a diferença das situações¹⁴ – demarcada pelo elemento de *discrimen* – e o tratamento diferenciado criado pela norma, tendo em conta o fim por ela pretendido; (iii) ainda que seja racional e razoável o tratamento diferenciado criado pela norma, ele deve ser compatível com os demais princípios e regras constitucionais.

37. Pois bem. As usinas termelétricas que funcionam a base de combustíveis fósseis são **inegavelmente mais poluentes** que as demais. Nem a associação-autora contesta tal fato, que é pacífico. Em tal contexto, o fator de discriminação adotado pelo Estado não pode ser considerado arbitrário ou caprichoso, mas encontra nexó com a realidade dos fatos. O tratamento diferenciado, por seu turno, consiste em exigência bem pequena, relativa ao emprego de energia renovável e fomento à eficiência energética, e que poderá ser equacionada *na forma escolhida pelo requerente da licença*.

38. Igualmente, não há que se falar em violação ao princípio da proporcionalidade. O teste de proporcionalidade é dividido em três etapas: (i) adequação: que consiste na verificação da aptidão do meio para alcançar determinado fim; (ii) necessidade: que versa a comparação entre o meio escolhido e

¹³ J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional, 1997, p. 1162: o autor sugere uma seqüência de perguntas para aferir a legitimidade do tratamento diferenciado. A primeira delas é: "Existe uma desigualdade de situações de facto relevante sob o ponto de vista jurídico-constitucional?"

¹⁴ Toda distinção de pessoas, situações ou coisas sempre redundará em uma discriminação, legítima ou não, de pessoas.



153

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Patrimônio e do Meio Ambiente (PG-06)

outros, a fim de verificar se há outro meio igualmente ou mais eficaz e menos gravoso ao direito fundamental restringido; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito: que consiste na ponderação entre a restrição ao direito fundamental e o bem fomentado, constatando-se, ao final, a legitimidade ou não da medida à luz dos valores em jogo.

39. No caso, as condicionantes são perfeitamente aptas à obtenção do fim pretendido (redução da poluição, investimento em energias renováveis, proteção do meio ambiente). Quanto aos testes de necessidade e/ou proporcionalidade, são de duvidosa aplicação ao caso. Isso porque a associação-autora e seus associados não possuem um direito fundamental (ou subjetivo, que seja) à exploração de certa atividade poluidora, ainda mais quando se trata de serviço público (sobre o qual não vigora o princípio da livre iniciativa). Contudo, ainda que tal existisse, há de ser reconhecida a prevalência da proteção ambiental no caso concreto, com a imposição do ônus mínimo às usinas termelétricas, para que compensem o dano ambiental causado à coletividade.

VIII – DA AUSÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA FEDERAL E DE INTERFERÊNCIA NOS CONTRATOS CELEBRADOS COM A ANEEL

40. A associação-autora alega ter havido usurpação de competência legislativa da União Federal para legislar sobre energia (art. 22, IV, CF88) e indevida intromissão no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados entre as térmicas e a ANEEL. Nenhum dos argumentos procede. Em primeiro lugar, o Estado tem competência para o licenciamento ambiental, conforme esclarecido no início desta peça (item IV). Além do exposto fundamento constitucional, há ainda a Lei Complementar nº 140/2011 que disciplina o federalismo cooperativo no que tange à tutela do meio ambiente. O poder de emitir o decreto, como se vem de afirmar, é decorrência lógica da competência para licenciar.



154

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Patrimônio e do Meio Ambiente (PG-06)

Logo, questionar a sua higidez é duvidar da própria prerrogativa estadual para efetuar o licenciamento.

41. Por outro lado, caso se venha a entender que o Estado terá que consultar previamente ou simplesmente aguardar as regras provenientes da ANEEL para emitir licenças ambientais, então o que se terá é a perda de uma competência constitucional, o que é inadmissível à luz da teoria que subjaz à federação brasileira.

42. De resto, é muito claro que a teleologia ínsita ao Decreto nº 41.318/2008 é a **proteção do meio ambiente**, matéria que se insere na competência comum dos Estados, a ser aplicado *antes* do início da operação das usinas termelétricas. Portanto, longe de inviabilizar o setor, os custos de operação, para fixação da tarifa, poderão ser facilmente mensurados, haja vista que o decreto será aplicado *antes* da emissão da licença de operação e apresenta fórmula de cálculo facilmente acessível.

43. De toda sorte, ainda que fosse diferente, o direito administrativo brasileiro é bastante generoso com as garantas deferidas aos contratantes com a Administração, sendo certo que **a modificação superveniente, por ato do príncipe, das condições de prestação do serviço poderá dar ensejo à revisão das regras tarifárias**, com o intuito de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. É assim com relação a todas as contratações da Administração Pública – à exceção das parcerias público-privadas, a depender do caso concreto – não há razão para que as associadas à autora sejam tratadas de modo diverso. Não há qualquer controvérsia relativamente a este ponto.

44. Vale ressaltar, em conclusão, que os precedentes citados na petição inicial dizem respeito a decisões de Estados da federação que interferiram



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Patrimônio e do Meio Ambiente (PG-06)

diretamente nas regras alusivas à prestação de serviço público federal, normalmente a pretexto de proteger o consumidor.

IX – DA ALEGAÇÃO DE PERDA DA EFICÁCIA DA NORMA IMPUGNADA

45. O último argumento a ser enfrentado é a alegada suspensão da eficácia do decreto estadual pela superveniência da Lei nº 12.187/2009, que instituiu a política nacional de mudança do clima, por força do art. 24, § 4º, da Constituição Federal de 1988. Uma vez mais, não há como prosperar o argumento. Assim por diversas razões, a conferir.

46. O art. 24, § 4º, da Constituição Federal, afirma que “*A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário*”. Obviamente, decreto não é lei, de modo que a inaplicabilidade resta evidente. Contudo, caso se venha a interpretar de modo ampliativo o dispositivo, de modo a alcançar qualquer *norma estadual*, igualmente não se pode chegar à conclusão pretendida. Isso porque a parte final do dispositivo exige a incompatibilidade entre os diplomas. Não é esse o caso.

47. De modo mais genérico, percebe-se que seria no mínimo paradoxal que a norma-quadro federal do plano nacional voltado a evitar a mudança climática – e o aquecimento global já se encontra em curso – impeça o Estado de aplicar uma política pública legítima que tem **justamente tal finalidade**. Contudo, para firmar definitivamente o ponto, a Lei nº 12.187/2009 **expressamente ressaltou os mecanismos existentes de fomento à redução dos gases de efeito estufa**. Veja-se:

Art. 6º. São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima: (...) XII - as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como



156

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Patrimônio e do Meio Ambiente (PG-06)

para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos;

48. Portanto, seria até mesmo possível cogitar-se da **convalidação** do Decreto nº 41.318/2008 pelo art. 6º, inciso XII, da Lei nº 12.187/2009. Todavia, sequer é necessário recorrer a tal argumento, pois o diploma, como anteriormente afirmado, tem outros fundamentos legais e constitucionais.

49. De resto, embora o Decreto nº 41.318/2008 tenha por escopo atacar a emissão de gases que produzem mudanças climáticas, ele não se esgota nesse objetivo. A redução da poluição eólica também é uma consequência do mecanismo e ela está fora do escopo direto da Lei nº 12.187/2009. O fomento ao uso de energia renovável é uma medida fundamental para assegurar o bem-estar das gerações futuras. Esse é um objetivo que pode ser diretamente remetido ao texto constitucional. Portanto, o argumento somente seria legítimo se o Decreto nº 41.318/2008 fosse uma lei em sentido material e somente tivesse tal objetivo. Mas o decreto tem escopo maior do que o aventado na peça inicial.

POR EVENTUALIDADE

**X – INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE COMO FUNDAMENTO DE
LEGITIMIDADE DO ATO IMPUGNADO**

50. Apenas por eventualidade, sem conceder, caso este MM. Juízo entenda que a edição do Decreto nº 41.318/2008 não se trata de mera uniformização da discricionariedade técnica incidente no processo de licenciamento, o que se admite apenas em razão do princípio da concentração da defesa, há outro fundamento que permite mantê-lo hígido. Com efeito, é de ser invocado e aplicado



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Patrimônio e do Meio Ambiente (PG-06)

na hipótese o denominado *princípio da juridicidade*, cujo conteúdo sugere a vinculação da Administração Pública não apenas ao teor da lei em sentido formal, mas a todo o ordenamento jurídico, inclusive o texto constitucional.

51. O fundamento do princípio da juridicidade pode ser extraído, sem maiores dificuldades, de dois outros princípios constitucionais, a saber: o princípio da supremacia da constituição, o qual impõe a diferenciação hierárquica entre os princípios e regras de índole constitucional e os que não estão nesta categoria. Assim, havendo choque entre eles, deve prevalecer o texto constitucional. A supremacia constitucional também obriga que, na interpretação das normas que lhe sejam hierarquicamente inferiores, seja considerado o conteúdo da Constituição. E também o princípio da efetividade da Constituição, que exige a concretização do texto constitucional, ou seja, a sua realização no mundo dos fatos. Conjugadas, supremacia e efetividade impõem ao legislador, ao magistrado e ao administrador que observem e concretizem o texto constitucional no exercício de suas funções. O princípio da juridicidade é resultado lógico desta imposição.

52. A adoção da juridicidade como princípio geral para a atividade administrativa tem a vantagem de explicar melhor a atuação dos agentes públicos, eis que, já se sabe, a subsunção de toda a extensão atividade administrativa à lei simplesmente não ocorre no mundo dos fatos, como reclama o princípio da legalidade. E isto não apenas porque toda interpretação é forçosamente criativa, mas também porque as demandas que recaem sobre o Estado contemporâneo estão muito além da capacidade normativa do legislador ordinário. Portanto, a escolha que se impõe ao administrador público é esta: negar pretensões (e deixar de lado toda a exigência social, de fundamento constitucional) ou realizar atividade para além da legalidade. Em se optando pela segunda via, o novo fundamento de legitimidade da Administração Pública terá de ser a Constituição.

53. Em esforço de sistematização doutrinária, o princípio da



158

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Patrimônio e do Meio Ambiente (PG-06)

juridicidade possui quatro conteúdos que habilitam a Administração Pública a: (i) negar vigência à lei inconstitucional, já que toda aplicação do direito envolve, como pressuposto lógico, um juízo de compatibilidade entre a norma produzida e o texto constitucional. Daí se dizer que toda interpretação é interpretação conforme a Constituição. Em outras palavras, dito princípio admite atividade administrativa *contra legem*, desde que fundada em norma constitucional; **(ii) exercer atividades *praeter legem*, i.e., onde não houver lei permissiva, mediante vinculação direta ao texto constitucional;** (iii) empregar os métodos e técnicas específicos da interpretação constitucional, tais como a ponderação de interesses e a interpretação conforme à Constituição, para a resolução de problemas administrativos; e (iv) assumir definitivamente seu compromisso com a efetividade dos direitos fundamentais, na esteira do neoconstitucionalismo, mesmo nos casos em que o exercício deles seja obstado pela mora legislativa inconstitucional.

54. O Supremo Tribunal Federal, apreciando a questão na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, admitiu a constitucionalidade de resolução editada pelo Conselho Nacional de Justiça, um órgão de natureza administrativa, emitido com fundamento direto no texto constitucional. Confira-se a ementa do acórdão:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE "DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS". PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Patrimônio e do Meio Ambiente (PG-06)

princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. 2. (...) 3. *Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo "direção" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça*¹⁵.

55. É nesse contexto, portanto, que o Decreto nº 41.318/2008 deve ser entendido. Caso este MM. Juízo entenda que as normas atinentes ao licenciamento ambiental não são suficientes, há de reconhecer que o decreto materializa as preocupações ambientais estampadas no próprio texto constitucional, em especial no art. 225, *caput*, e § 1º, I.

**XI – INVIABILIDADE DA DESCONSTITUIÇÃO DOS EFEITOS JÁ PRODUZIDOS PELA
NORMA IMPUGNADA**

56. Igualmente, na eventualidade deste MM. Juízo entender que o Decreto nº 41.318/2008 não encontra fundamento legal e/ou constitucional, o que se admite apenas para argumentar, sem conceder, o Estado requer que seja reconhecida a legitimidade das exigências presentes nas licenças já expedidas alusivas ao mecanismo de compensação energética. Na linha do exposto no item III desta peça, a imposição de que as termelétricas invistam em **(i) energia limpa e (ii) programas de eficiência energética** compõem, naturalmente, aquilo que se pode entender como medidas mitigatórias e/ou compensatórias de danos ao meio ambiente e, por tal razão, podem ser impostas aos postulantes de licenças ambientais.

XII - CONCLUSÃO

57. Diante de todo o exposto, o Estado do Rio de Janeiro requer sejam julgados improcedentes todos os pedidos formulados na petição inicial. Por

¹⁵ STF, DJ 20 ago. 2008, ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto.



ACEO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Patrimônio e do Meio Ambiente (PG-06)

eventualidade, caso V. Exa. entenda pela ilegalidade do Decreto nº 41.318/2008, requer-se o não-acolhimento do pedido de desconstituição dos efeitos do decreto em relação às licenças já emitidas, nos termos da fundamentação já apresentada. Protesta, ademais, pela produção de todos os meios de prova admitidos em direito, em especial a prova documental suplementar.

58. Requer que as publicações futuras sejam feitas em nome da “**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**”, sob pena de nulidade.

Termos em que, pede deferimento.

Rio de Janeiro, 29 de novembro de 2013.

Felipe de Melo Fonte
FELIPE DE MELO FONTE
Procurador do Estado

Felipe de Melo Fonte
Procurador do Estado
Matricula nº 946.912-3
OAB/RJ 140.467