

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA SEARA DO MEIO  
AMBIENTE:**

**ALEXANDRE GAIO**

**MONOGRAFIA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
Direito Público com ênfase em Direito Administrativo  
Professora Orientadora: Prof. Dra. ÂNGELA CÁSSIA COSTALDELLO**

**Curitiba, 2006**

## SUMÁRIO

<b>1. Introdução.....</b>	<b>03</b>
<b>2. Vinculação e discricionarieade na atuação administrativa.....</b>	<b>06</b>
<b>3. A licença ambiental, o estudo de impacto ambiental e o exercício da discricionarieade administrativa.....</b>	<b>10</b>
<b>4. A discricionarieade nos conceitos jurídicos indeterminados e nas expressões vagas e fluidas do direito ambiental.....</b>	<b>20</b>
<b>5. Os limites legais e constitucionais da atuação administrativa discricionária ambiental e a viabilidade de controle jurisdicional.....</b>	<b>24</b>
<b>6. O controle jurisdicional sobre a atuação administrativa discricionária e o confronto entre princípio constitucional da separação dos poderes e da garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional.....</b>	<b>33</b>
<b>7. Considerações finais.....</b>	<b>43</b>
<b>8. Referências bibliográficas.....</b>	<b>48</b>

## 1 - Introdução

O comando constitucional, previsto no artigo 225, determina uma imposição a todos os cidadãos, e especialmente ao Poder Público, do dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. O princípio constitucional da prevenção do dano ambiental apresenta-se crucial para a compatibilização do desenvolvimento econômico com a proteção ambiental no almejado conceito do desenvolvimento sustentável.

A Política Nacional do Meio Ambiente, prevista na Lei Federal nº 6938/81, estatuiu, à disposição do Poder Público, diversos instrumentos administrativos de proteção ambiental, destacando-se os instrumentos de prevenção e controle prévio do dano ambiental. Dentre os instrumentos de controle ambiental prévio, o licenciamento ambiental e o estudo de impacto ambiental se constituem nas principais ferramentas administrativas utilizadas pelos órgãos públicos ambientais para o exercício da apreciação da viabilidade ambiental e de controle e condicionamentos técnicos prévios à instalação e início de atividades poluidoras ou potencialmente poluidoras.

Neste particular, assume relevante papel a análise da discricionariedade administrativa na seara ambiental, uma vez que o processo de licenciamento ambiental e a apreciação do estudo prévio de impacto ambiental e relatório de impacto ambiental (EIA/RIMA) consistem em modalidades da representação corriqueira desta atuação administrativa discricionária, diante do constante emprego de juízos valorativos e processos de hermenêutica em relação a conceitos abertos e indeterminados existentes na legislação ambiental.

A análise da atuação administrativa discricionária, especialmente na seara ambiental, e mais especificamente no âmbito da licença ambiental e do estudo de impacto ambiental, apresenta-se de indiscutível relevância, uma vez que consistem em instrumentos preventivos da política nacional do meio ambiente e se encontram inseridos no expreso dever constitucional da União, Estados e Municípios de defender o meio ambiente e principalmente preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A abordagem dos limites da discricionariedade administrativa, especialmente em matéria ambiental, e da viabilidade do seu controle jurisdicional, faz-se igualmente indispensável, vez que, são inúmeras as hipóteses da constatação de condutas do Poder Público que acabam por lesar o meio ambiente. O Poder Público, na condição de empreendedor, desenvolve atividades poluidoras, tais como os lixões e aterros sanitários com a destinação inadequada dos resíduos, o lançamento de esgoto sem o devido tratamento nos rios e corpos hídricos e o abandono de exemplares do patrimônio histórico. Por outro lado, o Poder Público, por meio dos órgãos públicos ambientais, é responsável pelo licenciamento ambiental ou sua negativa às atividades potencialmente poluidoras, mas, por vezes, exerce a sua competência licenciadora ao arrepio da legislação ambiental pertinente, dos princípios de direito ambiental e aos princípios constitucionais da administração pública. Isto sem comentar o não menos freqüente atendimento pelo Poder Público, principalmente das municipalidades, de interesses econômicos particulares ou eleitoreiros, que também acabam por lesar o meio ambiente, por meio dos atos administrativos ditos discricionários.

O tema é instigado por intensa discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito do princípio constitucional da separação dos poderes em confronto com a garantia constitucional da inafastabilidade de submissão de lesão de direitos ao Poder Judiciário e, ainda, pelo enfoque

constitucional dos princípios de direito ambiental e dos princípios da Administração Pública, com especial ênfase aos princípios da supremacia do interesse público, da razoabilidade e da legalidade.

## 2 – Vinculação e discricionariedade na atuação administrativa

Cumpra assinalar que a Administração se adstringe invariavelmente ao cumprimento da lei, situação esta decorrente de um Estado de Direito e a própria lei é que delimita a extensão de liberdade ao seu destinatário. Assim nasce a diferenciação classificatória entre atos administrativos vinculados, em que a lei não confere qualquer margem de opção para a sua consecução, e atos administrativos discricionários,

quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma certa esfera de liberdade, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei.<sup>1</sup>

No poder vinculado, à Administração Pública somente resta cumprir o que a lei determina, tal como ocorre na hipótese da concessão da aposentadoria compulsória, nos termos do artigo 40, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, em que implementada a condição de obtenção dos setenta anos de idade, apenas resta à Administração Pública outorgar o benefício da aposentadoria independentemente de solicitação do interessado. Diógenes Gasparini anota que a situação inversa também constitui exemplo da atuação do poder vinculado, uma vez que “no caso da não-implementação da aquisição desse direito (...) a Administração Pública somente pode indeferir o pedido.” (GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003. p. 91)

---

<sup>1</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

A discricionarieidade administrativa possui a sua noção básica lapidada por Celso Antônio Bandeira de Mello, como

a margem de 'liberdade' que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante o caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.<sup>2</sup>

A liberdade concedida ao administrador e que acaba por consubstanciar o ato discricionário pode residir na hipótese da norma, na finalidade da sua disposição legal e no mandamento ou causa da norma. Em qualquer das citadas variantes costuma se sobrepor a existência de conceitos práticos integrados por palavras vagas e imprecisas, e que por diversas vezes confluem a uma zona de incerteza ao administrador, que freqüentemente se depara com a necessidade de eleger entre pelo menos duas alternativas.

Importante asseverar que raramente ocorre atuação discricionária pura. O poder vinculado costuma andar lado a lado com o poder discricionário, uma vez que alguns aspectos da atuação são vinculados e outros se apresentam discricionários. E quanto à atuação administrativa discricionária, Marcello Caetano explica que a lei não prescreve ao administrador exatamente o que deve ser feito em determinadas situações, permitindo-lhe a análise das circunstâncias da hipótese concreta e a escolha da conduta mais conveniente para o alcance do interesse público e, por conseguinte, da legalidade.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Ob. Cit. p. 06.

<sup>3</sup> CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Vol. I. 10ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2001. p. 485;

Os doutrinadores administrativistas, após décadas de debate e experiência, explicam a necessidade da existência da previsão legal de atos administrativos denominados discricionários para que a Administração consiga atender e atender as situações concretas diferenciadas e que demandam soluções distintas, com o objetivo de agilizar e tornar viável o atendimento dos fins da atividade administrativa e os variáveis anseios da sociedade. A própria ordem jurídica concede à Administração Pública a possibilidade, em várias hipóteses, de se abster ou optar sobre o ato previsto na lei. É a oportunidade e a conveniência para a prática de atos administrativos que constituem o denominado mérito de agir da Administração Pública. Objetivam uma administração pública mais eficiente e que possam abarcar as múltiplas demandas de uma sociedade em evolução. Para Andréas J. Krell,

o legislador sempre vai conceder um grau maior de discricionariedade onde as circunstâncias da realidade, que deve ser regulamentada, dificilmente são previsíveis, e o alcance de um determinado fim exige o exercício de conhecimentos específicos da Administração para garantir uma decisão justa e correta no caso concreto.<sup>4</sup>

Importante ressaltar, contudo, que não há separação cristalina entre atos administrativos vinculados e discricionários, na medida em que qualquer ato administrativo é emanado de lei e o que apenas varia é a possibilidade, adstrita à situação concreta anteposta, do seu agente produzi-lo com uma certa margem de liberdade em um determinado aspecto, seja no que concerne à análise dos seus pressupostos de fato, do seu conteúdo ou de sua forma. A discricionariedade se apresenta, por diversos motivos, dotada de inequívoca relatividade. Primeiro, a margem de liberdade conferida ao administrador pode se circunscrever a apenas um aspecto do ato administrativo, convivendo com a estrita vinculação dos demais aspectos. Segundo, o espaço de liberdade conferido deve atender necessariamente a

---

<sup>4</sup> KRELL, Andréas J. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2004. p. 19.

extensão, modalidade, medida e, principalmente, a finalidade prevista na norma legal. Terceiro, a interpretação dos conceitos fluidos e imprecisos ou a tomada de decisão, entre duas ou mais alternativas possíveis, deve ser promovida de modo razoável e consonante com o senso comum e a realidade fática existente.

A liberdade conferida pela lei ao administrador, no exercício de sua atuação discricionária, não elide a necessidade de exame dos pressupostos de fato do ato administrativo e da sua correspondência com a finalidade legal e constitucional. A atribuição à Administração Pública do exercício do poder discricionário não significa que esta poderá exercê-lo sem limites e sem controle. Na abordagem de Celso Antonio Bandeira de Mello, o exame dos motivos do ato administrativo discricionário se circunscreve na verificação da efetiva existência de seus pressupostos de fato e da sua idoneidade em relação à decisão administrativa adotada. Em outras palavras, a equivocada consideração da situação de origem pode implicar na emissão de ato administrativo viciado. Por outro lado, a persecução da ocorrência de desvio do ato administrativo em relação à finalidade aposta na norma legal que lhe previu igualmente merece apreciação e controle que se aferem do modo objetivo, assim como se investiga se a legislação foi editada de forma a respeitar a finalidade constitucional. Complementando o exame dos motivos e da finalidade dos atos administrativos discricionários, a perquirição da causa destes acaba por se confundir com compatibilidade entre a finalidade, a situação hipotética da realidade e o conteúdo do ato administrativo.<sup>5</sup>

Como bem afirma Lúcia Valle Figueiredo, “atos administrativos são todos, quer vinculados, quer discricionários, atos jurídicos, ato legais, debaixo estritamente da lei e que perseguem finalidades por esta traçadas.” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004)

---

<sup>5</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Ob. Cit. p. 06.

### **3 – A licença ambiental, o estudo de impacto ambiental e o exercício da discricionariedade administrativa**

A análise dos atos administrativos discricionários emanados dos órgãos públicos ambientais, especialmente aqueles relacionados à concessão de licenciamento ambiental, assume fundamental importância na busca do desenvolvimento sustentável e de maior efetividade da política nacional do meio ambiente.

A licença ambiental é instrumento preventivo inserido na política nacional do meio ambiente e que objetiva autorizar a localização, instalação e operação do empreendimento pretendido pelo particular ou pelo poder público, além da avaliação do seu potencial caráter degradador do meio ambiente e do estabelecimento de exigências restritivas e condicionais e de medidas mitigadoras e compensatórias para a proteção ambiental.<sup>6</sup>

A exigência do licenciamento ambiental é operacionalizada por meio de um procedimento administrativo complexo, que tramita perante o órgão público estadual, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) ou, supletivamente, perante o órgão público federal, qual seja o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA).

---

<sup>6</sup> Resolução CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997: Art. 1º: (...) 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 (...).

A licença ambiental é um ato administrativo e, na medida em que ingressa no mundo jurídico, o seu cumprimento é obrigatório pelos administrados e pela própria Administração Pública, uma vez que inevitavelmente incidem os princípios da supremacia do interesse público, da presunção de legitimidade e de auto-executoriedade do ato administrativo.

Para o campo pretendido de análise, qual seja a discricionariedade da licença ambiental, interessa perquirir a natureza da licença ambiental e a necessária diferenciação das noções tradicionais de licença e autorização do direito administrativo.

Maria Sylvia Di Pietro expõe os traços diferenciadores da autorização e licença no direito administrativo, afirmando que

na autorização, o Poder Público aprecia, discricionariamente, a pretensão do particular em face do interesse público, para outorgar ou não a autorização, como ocorre no caso de consentimento para porte de arma; na licença, cabe à autoridade tão-somente verificar em cada caso concreto, se foram preenchidos os requisitos legais exigidos para determinada outorga administrativa e, em caso afirmativo, expedir o ato, sem possibilidade de recusa; é o que se verifica na licença para construir e para dirigir veículos automotores.<sup>7</sup>

No âmbito doutrinário do direito administrativo, a licença é ato administrativo vinculado, em que há um direito subjetivo à concessão da licença, desde que haja o preenchimento dos requisitos previstos na lei. Já a autorização não pressupõe a comprovação de pressupostos que implica no reconhecimento de um direito, mas sim em um ato precário e discricionário que autoriza o desenvolvimento de atividade que, sem a referida autorização, é tida como ilegal e proibida.

---

<sup>7</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 17ªed. São Paulo: Ed. Atlas, 2004. p. 222.

No entanto, na seara do direito ambiental, a atuação do Poder Público não pode se desvincular do objetivo constitucional de prevenção ambiental. Desta forma, o termo licença não é empregado com a mesma natureza e rigor técnico do direito administrativo. O ato administrativo adequado à finalidade de prevenção ambiental e integrado à execução da política nacional do meio ambiente é a licença ambiental com a natureza da autorização do direito administrativo, que pode ser revista ou revogada a qualquer tempo pela Administração Pública, condicionando o exercício da pretensão do particular aos requisitos técnicos de proteção ambiental e ao respeito à predominância do interesse público.

Paulo Affonso Leme Machado esclarece a natureza de autorização da licença ambiental, expondo o seu caráter precário e vinculado ao atendimento do interesse público de proteção do meio ambiente:

Não há na licença ambiental o caráter de ato administrativo definitivo, e, portanto, com tranquilidade, pode-se afirmar que o conceito de licença, tal como o conhecemos no Direito Administrativo brasileiro, não está presente na expressão licença ambiental.<sup>8</sup>

Adotando o mesmo raciocínio, Luís Paulo Sirvinskas promove uma abordagem paralela entre a autorização, licença e permissão:

À semelhança do direito administrativo, a autorização e a permissão podem ser revogadas a qualquer instante por interesse público relevante ou pelo descumprimento das normas legais ou regulamentares. A licença ambiental, como vimos, não tem caráter de definitividade, mas possui prazo preestabelecido.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 11ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003. p. 259.

<sup>9</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva. São Paulo, 2003. p. 82.

Sintetizando a majoritária doutrina de direito ambiental, Vanêsa Buzelato Prestes assevera que

as licenças ambientais podem ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade, a teor do que dispõe o par. ún. do art. 8º, da mesma Resolução. Isto denota não se tratar de ato vinculado, mas sim de autorizações que podem ser revistas, indicando a maior discricionariedade desta espécie de licença.<sup>10</sup>

A licença ambiental possui caráter de autorização do direito administrativo justamente em razão da imprescindibilidade do Poder Público controlar toda atividade potencialmente poluidora e obstar a continuidade desta, a qualquer tempo, nas hipóteses de descumprimento das condicionantes técnicas ou dos limites impostos no licenciamento ambiental, de desrespeito da legislação ambiental ou de promoção de danos ambientais ou poluição.

A discricionariedade administrativa outorgada ao órgão público ambiental se manifesta tanto na oportunidade de revogação a qualquer tempo da licença ambiental concedida à determinada atividade potencialmente poluidora, como no momento da decisão de concessão ou não da licença ambiental propriamente dita, em que se aprecia a viabilidade locacional, os impactos ambientais, o passivo ambiental e diversos outros conceitos técnicos necessários à verificação da sustentabilidade ecológica e da compatibilização da atividade potencialmente poluidora com a prevenção ao meio ambiente e com os princípios e legislação pertinentes.

---

<sup>10</sup> PRESTES, Vanesca Buzelato. **A necessidade de compatibilização das licenças ambiental e urbanística no processo de municipalização do licenciamento ambiental.** In: Revista dos Tribunais Ambiental. nº 34. p. 84-96.

A Resolução do CONAMA<sup>11</sup> nº 237, de 19 de dezembro de 1997, estatui, nos incisos do seu artigo 8º, o sistema de licenciamento ambiental para as atividades potencialmente poluidoras e a obrigação de respeito às fases de sua implantação a partir de diferenciadas licenças a serem expedidas pelo órgão público ambiental. A licença ambiental prévia é “concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação” (artigo 8º, inciso I, da Resolução do CONAMA nº 237/97). A licença de instalação “autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante” (artigo 8º, inciso II, da Resolução do CONAMA nº 237/97). E, por fim, a licença ambiental de operação, “autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação” (artigo 8º, inciso III, da Resolução do CONAMA nº 237/97).

Igualmente objeto da atuação administrativa discricionária do órgão público ambiental é a apreciação do estudo prévio de impacto ambiental e do relatório de impacto ambiental (EIA/RIMA). Cabe ao Poder Público, por meio do seu órgão público ambiental refutar ou não a

---

<sup>11</sup> Lei Federal nº 6938, de 31 de agosto de 1981: Art. 6º. Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as Fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado:

(...)

II - órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida;

conclusão técnica proposta em sede de estudo de impacto ambiental e relatório de impacto ambiental para a implantação, a não implantação ou a implantação condicionada de um empreendimento. Adicione-se que o EIA/RIMA deverá conter, em seu bojo, pelo menos três alternativas para a realização do projeto do empreendimento pretendido e considerar, inclusive, a possibilidade de não realização da obra ou empreendimento pretendido.

O Estudo Prévio de Impacto Ambiental é arrolado como um dos instrumentos básicos da política nacional do meio ambiente pela Lei Federal nº 6.938/81<sup>12</sup>, sendo considerado, ainda, de exigência obrigatória para qualquer atividade que modifique o meio ambiente, como se observa na Resolução nº 001/86 do CONAMA.<sup>13</sup> Veja-se que a exigência de realização do EIA/RIMA também se situa no âmbito constitucional, seja em sede da Constituição Federal de 1988, seja no âmbito das Constituições Estaduais, tais como a do Estado do Paraná.<sup>14</sup>

Edis Milaré aborda o assunto e eleva o estudo de impacto ambiental como

---

<sup>12</sup> Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 - Art. 9º - São instrumentos da Política nacional do Meio Ambiente: (...) III- avaliação de impactos ambientais; IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras.

<sup>13</sup> Resolução do CONAMA nº 001/86 - Art. 2º - Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente (...).

<sup>14</sup> Constituição Federal - Art. 225 - Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações: § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...) IV - Exigir na forma da lei, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

Constituição do Estado do Paraná - Art. 207- (...) § 1º - Cabe ao Poder Público, na forma da lei, para assegurar a efetividade deste direito: (...) V - exigir a realização de estudo prévio de impacto ambiental para a construção, instalação, reforma, recuperação, ampliação e operação de atividades ou obras potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, do qual se dará publicidade;

um dos mais notáveis instrumentos de compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente, já que deve ser elaborado antes da instalação de obra ou de atividade potencialmente causadora de significativa degradação, nos termos do art. 225, § 1º, IV, da CF/88.<sup>15</sup>

Na mesma toada, Álvaro Luiz Valery Mirra comenta que

a grande contribuição do EIA para o planejamento de obras e atividades potencialmente causadoras de degradação ambiental foi precisamente estabelecer um tempo distinto, e necessariamente mais demorado, para a aprovação de projetos de empreendimentos que, apesar de relevantes para o desenvolvimento econômico e social e benéficos a curto ou a médio prazo, podem ser também danosos à qualidade de vida e ao bem-estar da coletividade a longo prazo – incluindo as futuras gerações.<sup>16</sup>

Compete ao órgão público ambiental, previamente, exigir, para obras de significativo impacto ambiental, ainda que potencial, a elaboração do Estudo Prévio de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental como condição *sine qua non* para emitir licenciamento e iniciar as obras.

Edis Milaré e Antônio Herman Benjamin abordam o objetivo primacial de prevenção do dano ambiental do EIA/RIMA e a obrigatoriedade de sua exigência pelo poder público:

através desse revolucionário instrumento procura-se reverter arraigado e peculiar hábito de nosso povo de apenas correr atrás dos fatos, não se antecipando a eles - a tranca só é colocada na porta depois de arrombada! (...) omitindo-se o órgão público de seu poder-dever de exigir o estudo quando presente o risco de deterioração

---

<sup>15</sup> MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 4ª ed. São Paulo, 2005. p. 490.

<sup>16</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Impacto ambiental**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002. p. 04.

significativa da qualidade ambiental, cabe ao Ministério Público, como tutor dos interesses sociais e individuais indisponíveis, atuar no sentido de garantir, inclusive na via judicial, a sua realização.<sup>17</sup>

Neste ponto também se discute a atuação discricionária dos órgãos públicos ambientais, uma vez que possuem relativa liberdade de apreciação de conceitos como significativo impacto ambiental e atividade potencialmente poluidora para a tomada de decisão para a exigência de realização ou não do EIA/RIMA ou outro estudo de menor complexidade para a emissão ou não de licenciamento ambiental e, inclusive, para a exigência ou não de prévio licenciamento ambiental para o exercício de determinada atividade. É o que se depreende da Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997, que assim dispõe sobre esses temas que evidenciam a existência de discricionariedade do órgão público ambiental: “Art. 1º. Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições: I - Licenciamento Ambiental: 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; (...) Art. 2º. A localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e **atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras**, bem como os **empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental**, dependerão de prévio licenciamento do órgão ambiental competente, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis. § 1º. Estão sujeitos ao licenciamento ambiental os empreendimentos e as atividades relacionadas no Anexo I, parte integrante desta Resolução. § 2º. Caberá ao órgão ambiental competente definir os

---

<sup>17</sup> BENJAMIN, Antonio Herman; MILARÉ, Édis. **Estudo Prévio de Impacto Ambiental – teoria, prática e legislação**. Vol. 01. In: Revista. São Paulo, 1993. p. 237-245.

critérios de exigibilidade, o detalhamento e a complementação do Anexo I, levando em consideração as especificidades, os riscos ambientais, o porte e outras características do empreendimento ou atividade. Art. 3º. A licença ambiental para empreendimentos e **atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio** dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação. Parágrafo único. **O órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento.**(...)" (grifos nossos)

A própria Resolução CONAMA nº 237/97 instiga a discricionariedade da decisão do Poder Executivo, uma vez que cabe ao órgão público ambiental apreciar o rol de atividades potencialmente poluidoras previstas no seu anexo I e decidir em quais hipóteses poderá dispensar a exigência de realização do EIA/RIMA, nos termos do parágrafo único do seu artigo 3º: "*Parágrafo único. O órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento.*" (grifos nossos)

Celso Antonio Pacheco Fiorillo defende que

ao menos em relação àquele rol trazido pelo Anexo I, entendemos inexistir discricionariedade do órgão ambiental competente, devendo ser elaborado estudo prévio de impacto ambiental para atividades e obras nele descritas.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004. p. 82-83.

Além da discutida existência de discricionariedade do órgão público ambiental na exigência ou não da realização de EIA/RIMA no licenciamento de atividades potencialmente poluidoras, questiona-se a respeito da vinculação deste órgão ambiental à conclusão técnica emitida pela equipe que elaborou o citado estudo. Pode o órgão ambiental negar a concessão de licenciamento ambiental a pretensão empreendedor que teve a sua atividade vista como viável sob o ponto de vista ambiental sob a ótica da equipe interdisciplinar que confeccionou o EIA/RIMA? O entendimento majoritário é que o órgão público ambiental possui tal faculdade, não se encontrando vinculado às conclusões do EIA/RIMA, desde que haja a motivação de seu ato decisório. Nas palavras de Álvaro Luiz Valery Mirra,

o EIA reduz – embora não elimine – a discricionariedade da Administração. Diminui, e muito, aquele resíduo de liberdade do administrador na escolha da melhor solução que atenda ao interesse público.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ob. Cit. p. 16.

#### **4 – A discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados e nas expressões vagas e fluidas do direito ambiental**

O Brasil se encontra na situação daqueles países em que as políticas públicas ainda não foram cumpridas, não obstante elas existam na seara legislativa e com metas bem definidas. Ocorre que as leis em vigência não especificam os meios pelos quais o administrador deve perquirir, trazendo em seu bojo conceitos vagos e fluidos e, conseqüentemente, uma maior liberdade de decisão para os governantes que as aplicam.

A grande parte da legislação ambiental vigente não especifica exatamente a definição e os meios pelos quais o órgão público ambiental deve perquirir, trazendo em seu bojo conceitos vagos e fluidos e, conseqüentemente, uma maior liberdade de decisão para a emissão dos atos administrativos discricionários.

O mérito da decisão administrativa emitida pelo órgão público ambiental freqüentemente se encontra relacionado e dependente da elaboração de juízos técnicos valorativos, tal como ocorre, por exemplo, na apreciação administrativa dos conceitos de significativo impacto ambiental, de risco ao abastecimento público e de degradação ambiental, conceitos estes de utilização rotineira para o exame do estudo de impacto ambiental e para a tomada de decisão a respeito da concessão ou não da licença ambiental.

Neste íterim, questiona-se a respeito da extensão da margem de liberdade que goza a administração pública para uma livre apreciação de um conceito jurídico indeterminado, não se deixando de olvidar que é o órgão público ambiental quem possui competência técnica para a apreciação e avaliação da situação fática e interpretação dos conceitos vagos,

além da presunção de sua maior experiência e detenção de conhecimento específico na matéria ambiental.

Por outro lado, incide sobre os administradores ambientais, assim como ocorre em relação a qualquer operador jurídico, a influência do envolvimento ideológico com o meio ambiente e dos valores éticos, culturais, econômicos e sociais do intérprete-aplicador dos conceitos indeterminados do direito ambiental. Complementa a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados a sua relação com a lingüística, mais especificamente na sua divisão entre atos de interpretação clara, em que se mostra facilitado o seu exame e possível controle judicial, e de interpretação incerta, em que qualquer discussão a respeito de sua revisão se apresenta controvertida, pois ingressa o ato volitivo do aplicador do texto.

Lúcia Valle Figueiredo adota o posicionamento de Garcia de Enterría e Queiró, afirmando a finitude de um conceito denominado indeterminado, a possibilidade de se fixar uma conclusão aceitável e uma conclusão inaceitável e a permanência restrita de uma zona de incerteza. Complementa Valle Figueiredo, aduzindo que

tais conceitos, ainda, consoante os brilhantes administrativistas, são passíveis de condução à zona de certeza onde 'tertium non datur': ou há, por exemplo, a urgência, ou não há; ou existe a insalubridade, ou não existe; ou há a boa-fé, ou não.<sup>20</sup>

A doutrina alemã, no fim do século XIX, propugnou um necessário controle judicial de certas espécies de conceitos legais abertos ou vagos, sob o manuseio da administração, retirando-os da esfera da discricionariedade. Fundamentava-se esse posicionamento na crença da utilização dos meios de hermenêutica pelos tribunais para a apreciação dos

---

<sup>20</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004. p. 205.

aludidos conceitos. Já a maioria dos autores brasileiros comunga da idéia de que a discricionariedade pode estar inserida na própria norma, em entendimento harmônico com a já referida teoria dos diferentes elementos do ato administrativo. Novamente na Alemanha, agora em tempos mais próximos, admitiu-se, a par dos conceitos jurídicos indeterminados, uma espécie de espaço livre de avaliação para a administração, principalmente quando demanda alta especialização técnica, reduzindo a substituição desta pelo Judiciário.<sup>21</sup>

Consoante Andréas J. Krell, a defesa do espaço livre de avaliação da administração se pauta, em cada caso concreto, pela averiguação da competência técnica da Administração e da sua maior proximidade com a situação enfrentada, seja pela experiência ou competência. O mesmo autor expõe a visão semelhante de García de Enterría, inclusive aplicado às questões ambientais,

para quem atos que envolvem juízos técnicos (v.g: significativo impacto ambiental) ou políticos (v.g: utilidade pública) proporcionariam à apreciação da Administração uma 'certa presunção em favor de seu juízo' dentro da zona de incerteza do conceito indeterminado.<sup>22</sup>

Krell explica que García de Enterría se inspirou na teoria da sustentabilidade, em que se deve investigar se o órgão administrativo está levando a efeito uma interpretação do conceito jurídico indeterminado a partir de argumentos e critérios racionais. Ainda segundo o escólio de Krell, já se antecipa a discussão a respeito da abrangência da viabilidade de controle judicial sobre o mérito do ato administrativo discricionário emitido pelo órgão público ambiental. Para o renomado estudioso do assunto

---

<sup>21</sup> KRELL, Andréas J. Ob. Cit. p. 08.

<sup>22</sup> KRELL, Andréas J. Ob. Cit. p. 08.

na sindicância da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pelo administrador, o juiz não deve controlar se o resultado dessa operação foi o 'correto', mas se o mesmo foi motivado e justificado, tornando-se 'sustentável'. Ao mesmo tempo, os tribunais carecem, quase sempre, de parâmetros de controle suficientes que lhes permitam a exercê-la em 'estritos termos jurídicos' quando a atuação administrativa se move na zona de penumbra de um conceito jurídico indeterminado.<sup>23</sup>

Lúcia Valle Figueiredo defende, por sua vez, a invariável viabilidade do controle judicial sobre os conceitos indeterminados, argumentando que estes podem ser verificados de modo aproximado e que o controle judicial importa na imposição de equilíbrio entre os poderes.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> KRELL, Andréas J. Ob. Cit. p. 08.

<sup>24</sup> "O Judiciário poderia verificar a existência de notórios conhecimentos jurídicos, de ilibada reputação, no caso concreto. Estes conceitos, embora indeterminados, podem ser verificados, pelo menos aproximadamente. Não é possível deixar de examiná-los. De qualquer sorte, quando se teve, durante muito tempo, Executivo forte, Legislativo visivelmente enfraquecido e Judiciário desaparelhado para o controle, infelizmente o papel institucional do 'Poder' demora a se afirmar." (Ob. Cit. p. 21)

## **5- Os limites legais e constitucionais da atuação administrativa discricionária ambiental e a viabilidade de controle jurisdicional**

O administrador ambiental, no exercício da sua atuação discricionária, mais especificamente na fundamentação do seu ato administrativo de concessão de licença ambiental, apesar da margem da liberdade que lhe foi conferida pela lei, está adstrito ao respeito de toda a legislação ambiental pertinente, seja ordinária ou constitucional, e de toda a plêiade de princípios do direito ambiental e da Administração Pública. Os órgãos públicos ambientais não estão restritos ao mero e tradicional exercício da discricionariedade administrativa tão-somente porque a lei assim prevê e porque se faz necessária ao atendimento das variadas circunstâncias da realidade. Segundo o escólio de Krell,

a Administração não deve agir somente de acordo com a legalidade, mas deve proceder de forma útil, para realizar os princípios e valores constitucionais e operacionalizar uma legitimação substancial.<sup>25</sup>

Sob este enfoque, todos os atos administrativos, ainda que discricionários, emanados dos órgãos públicos ambientais, das municipalidades ou do próprio Estado Federado ou União, não podem afrontar o que prescreve a legislação ambiental vigente, os princípios da administração pública e os princípios gerais do direito ambiental. Lúcia Valle Figueiredo afirma que a discricionariedade não pode se afastar da proporcionalidade, da boa-fé, da lealdade e da igualdade e que o denominado mérito do ato

---

<sup>25</sup> KRELL, Andréas J. Ob. Cit. p. 08.

administrativo discricionário não pode servir de pretexto para impossibilidade de seu controle judicial. A referida autora complementa que

a discricionariedade, como foi descrita, deve provir da valoração do intérprete dentro de critérios de razoabilidade e da principiologia do ordenamento. E pode ser controlada pelo Judiciário. (...) É comum verificar-se o próprio Judiciário furtar-se ao controle de determinados atos administrativos por temer adentrar seu mérito. Assim, na verdade, deixa de examinar os próprios postulados da legalidade.<sup>26</sup>

Não raro a Administração Pública, com a ligeira ânsia de autorizar, incentivar ou promover empreendimentos públicos ou privados que representem progresso ou atendam a uma determinada demanda, acabam por emitir atos administrativos que contrariam o que estatuem as leis estaduais ou federais que regulam a matéria ambiental em tela, ou acabam simplesmente por tergiversar a esta legislação ambiental.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. p. 212. Ob. Cit. p. 21.

<sup>27</sup> "AÇÃO POPULAR – PRESCRIÇÃO – OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO ECOLÓGICO – (...) Quanto à responsabilidade da prefeitura e dos permissionários. (...). Ademais, o poder público municipal, mesmo 'dotado da mais alta consciência ecológica' – Conforme afirma em sua apelação –, descumpriu novamente o que estabelece o art. 225, § 1º, VII, ao permitir que fosse construída no terreno objeto desta lide uma residência, sem que fosse avaliado o impacto ambiental que uma moradia no local, aparentemente sem ligação à rede de tratamento de esgoto, causaria, e tudo isso após instaurado este processo, no qual foi determinada a interrupção da construção do edifício residencial exatamente face à potencialidade de dano ao meio ambiente, em especial à flora e ao lençol freático. (...) E, no que concerne à alegação de que os permissionários jamais desejaram causar dano ou ameaça ao meio ambiente, deve ser destacado que a Constituição Federal prevê a responsabilidade 'objetiva', isto é, independentemente de culpa, em casos de dano ao meio ambiente. (...) Evidente que a municipalidade, pelo fato de atuar no âmbito da autorização para construir, não se despe do seu dever de proteger o meio ambiente, direito de toda coletividade e dever imposto ao poder público, conforme se infere do art. 225 da Constituição Federal. Em tal situação, no momento da autorização deveria exigir do beneficiário todas as medidas necessárias e aptas à defesa do meio ambiente, compatibilizando a atividade de construção civil com as exigências de preservação dos recursos naturais, especialmente a flora e aqueles de natureza hídrica. Não o fazendo ou deixando de exigir a realização das medidas necessárias ao equilíbrio ambiental, deve ser responsabilizada pela omissão. Os permissionários, do mesmo modo, enquanto titulares da concessão do terreno de marinha em que o edifício seria construído, deveriam condicionar sua autorização para a construtora j. Guesser construir à elaboração de um projeto que respeitasse as normas ambientais. Deste modo, caracteriza-se a condição de infratores também aos permissionários, pois concorreram para a concretização do efeito danoso. Consulte-se: "a obrigação de reparação do dano ecológico compete, imediatamente, ao responsável pela atividade poluidora. Pode ocorrer, porém, que haja mais de um responsável, ocorrendo solidariedade, conforme a regra do art.

A respeito da obrigatória observância da administração pública com relação ao princípio da legalidade o insigne administrativista Hely Lopes Meirelles leciona que

A legalidade, como princípio da administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato

---

1.518, parágrafo único, do CC. Rodolfo de Camargo Mancuso, finalmente, aponta o art. 225, § 3º, da CF, que impõe indistintamente a todos os infratores das normas de proteção ambiental, além das sanções penais e administrativas, a obrigação de reparar os danos. Conforme a doutrina administrativista, a falta de serviço significa ausência, o não-funcionamento ou o funcionamento deficiente dos serviços públicos. Importa sempre numa omissão ou, ao menos, num déficit. Muitas vezes, significa a falta do efetivo exercício do poder de polícia. Deixando sem a devida fiscalização determinada atividade, permite-se que seja desrespeitado o regulamento pertinente, sobrevivendo o evento danoso. Respeitáveis autores entendem que, mesmo nessas hipóteses, há responsabilidade da administração pública. Se a omissão administrativa é a causa única do dano, não há dúvida sobre a incidência da regra constitucional do art. 37, § 6º. Contudo, se entre a falta, V. G., da fiscalização e o dano interpõe-se o ato comissivo do causador direto do evento, parece mais razoável perquirir-se da culpa da administração, como propõe Celso Antônio Bandeira de Mello, ainda que se possa partir de uma presunção *juris tantum* de responsabilidade." (adalberto pasqualotto, responsabilidade civil por dano ambiental: Considerações de ordem material e processual, in dano ambiental, prevenção, reparação e repressão, obra coordenada por antonio herman vasconcelos e benjamim, p. 451/452, São Paulo, revista dos tribunais, 1993). Percebe-se, então, que no caso de *faute du service*, pelo menos em razão de culpa, está o ente estatal encarregado da fiscalização obrigado a responder solidariamente pelo dano ambiental. Ademais, está claro nas perícias requeridas e nos pareceres da fatma o risco de graves danos ao meio ambiente, com perigosa poluição dos recursos hídricos utilizados pela população da região, fato ameaçador para a saúde e vida de toda ela, conforme é também reconhecido. E, no tocante à situação atual do terreno, verifica-se que a prefeitura mais uma vez falhou no seu dever de defesa e preservação do meio ambiente ao permitir que fosse construída no local objeto da presente lide uma residência aparentemente não conectada à rede de esgoto – Sabe-se que à época da realização das perícias a rede de esgoto não se estendia até o terreno em questão, e que não teve o projeto de sua construção avaliado pelo órgão ambiental competente, a fim de se examinar se a execução do projeto desta casa colocaria em risco o meio ambiente. De igual forma, os permissionários mais uma vez deram prova de que o discurso de que não desejaram em momento algum causar dano ao meio ambiente nada mais é do que um discurso, sem haver a menor demonstração prática de que os mesmos buscam a tutela ambiental juntamente com de seus interesses, e não apenas a destes. Assim, tenho que deve ser interditada a residência construída no terreno em debate até que seja concluído um estudo sobre o impacto ambiental causado pela moradia que se encontra no local com a indicação de procedimentos que tornem aceitável o impacto ambiental e a recuperação do meio ambiente, se aplicável. Isso sem prejuízo da remoção dos materiais referentes à construção do edifício residencial que teve seu projeto reprovado pelo órgão ambiental e da recuperação ecológica da área. (...)" (TRF 4ª R. – AC 2001.04.01045587–9 – SC – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – DJU 04.09.2002 – p. 811)

inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.<sup>28</sup>

Relevante a lembrança de que a Constituição Federal é clara em determinar, em seu artigo 23, a competência comum da União, Estados e Municípios na proteção do meio ambiente.<sup>29</sup> No entanto, o Poder Público se apresenta como personagem determinante de fenômenos ambientais que afetam diretamente as comunidades locais, regionais ou nacionais, que vivenciam as conseqüências de políticas ambientais, em grande parte das oportunidades, inadequadas e nocivas aos habitats.

Carlos Eduardo de Abreu Boucault comenta a constatação estatística de que as municipalidades vêm se afastando do dever constitucional de proteção ao meio ambiente e sintetiza a utilização indevida da discricionariedade para fundamentar empreendimentos prejudiciais no ponto de vista ambiental.

Assim, compete ao Poder Público, por determinação normativo-constitucional o dever de fiscalização e de preservação dos níveis de poluição e de todas formas danosas aos elementos integrantes do universo ecológico. Demonstram, no entanto, as estatísticas referentes a ações judiciais e medidas administrativas, bem como, denúncias e depoimentos, através da imprensa falada e escrita, que as municipalidades, em considerável maioria, distanciam-se de seu dever constitucional de velar pela política ambiental adequada, na execução de projetos ambientais, sem se louvar em laudos técnicos recomendados por especialistas da área. (...) E mais grave, considera-se a livre adoção de políticas, de decisões unilaterais dos dirigentes municipais, que, sob a égide da 'discricionariedade' dos

---

<sup>28</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 17ªed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1992. p. 82.

<sup>29</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; (...) VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

atos da Administração, passam ao largo dos deveres que devem respeitar e dos limites legais que têm de cumprir no que tange à implementação da política do meio ambiente, em observância da supremacia de princípios ecológicos e de disposições normativas sobre a vontade do administrador público, o qual é o mandatário daqueles que, em seu usual descaso pelas cousas públicas, pela inexistência de uma política educacional que fortaleça a participação da sociedade civil no destino de sua história, assumem a titularidade de vítimas de direitos violados.<sup>30</sup>

Situação semelhante é a do órgão público ambiental que concede licenciamento ambiental a determinado proponente, em arrepio a algum dos princípios da administração pública, sintetizados na incessante busca pelo atendimento ao interesse público. Hely Lopes Meirelles aponta a necessidade do atendimento ao requisito da finalidade na administração pública para que um ato administrativo seja válido.

Outro requisito necessário ao ato administrativo é a finalidade, ou seja, o objetivo de interesse público a atingir. (...) Desde que a Administração Pública só se justifica como fator de realização de interesse coletivo, seus atos não de se dirigir sempre e sempre para um fim público, sendo nulos quando satisfizerem pretensões descoincidentes do interesse coletivo.<sup>31</sup>

Neste aspecto, o administrador público deve incorporar o mandamento constitucional, consubstanciando o verdadeiro interesse público na busca de um *"meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações"* (artigo 225, *caput*, Constituição Federal de 1988). (grifos nossos)

---

<sup>30</sup> ABREU BOUCAULT. Carlos Eduardo de. **A Responsabilidade Jurídica dos Municípios em face de fenômenos ambientais localizados: a resistência do órgão do Ministério Público.** *in:* Revista de Direito Ambiental. Ed. Revista dos Tribunais. Jan-Mar. nº 09. São Paulo, 1998. p. 97-101.

<sup>31</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. p. 135. Ob. Cit. p. 27.

Interessante notar que, por vezes, a Administração Pública pretende realizar o interesse público, entretanto o faz de modo inadequado e desarrazoado aos fins subjacentes a que visa concretizar, utilizando-se de solução diversa daquela que menos afeta o direito fundamental de cada cidadão a um meio ambiente preservado. São os princípios da proporcionalidade e razoabilidade sendo feridos e aguardando a devida tutela.

Repise-se que a preservação dos recursos ambientais e da qualidade de vida advinda de um meio ambiente ecologicamente equilibrado se identifica, de modo umbilical, com o interesse público. Partindo-se da premissa da obrigatoriedade de atendimento ao interesse puramente público pela administração pública, com o respeito às exigências da finalidade, razoabilidade e proporcionalidade, como também decorrentes do princípio da legalidade, vislumbra-se a absoluta necessidade de controle da atuação administrativa discricionária ambiental quando desproporcional ou inadequada à concessão do licenciamento ambiental.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> "(...) as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o interesse privado só podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesses públicos; não para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão-só do aparelho estatal, e muito menos dos agentes governamentais. (...) Uma vez que a atividade administrativa é subordinada à lei, e firmado que a Administração assim como as pessoas administrativas não têm disponibilidade sobre os interesses públicos, mas apenas o dever de curá-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente, compreende-se que estejam submetidas aos seguintes princípios: a) da legalidade, com suas implicações ou decorrências; a saber: princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado; (...) os 'poderes' administrativos - na realidade, deveres poderes - só existirão e portanto só poderão ser validamente exercidos na extensão e intensidade proporcionais ao que seja irrecusavelmente requerido para o atendimento do escopo legal a que estão vinculados. Todo excesso, em qualquer sentido, é extravasamento de sua configuração jurídica. (...) É abuso, ou seja, uso além do permitido, e, como tal, comportamento inválido que o Judiciário deve fulminar a requerimento do interessado. (...) Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. (...) É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme à finalidade da lei." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. p 56-70. Ob. Cit. p. 06)

Raquel Denize Stumm expõe a relação entre os princípios da proporcionalidade e da real necessidade de intervenção aos direitos assegurados constitucionalmente e a inadmissibilidade das arbitrariedades e excessos cometidos pela administração pública. Para tanto, sustenta que o administrador público, diante de duas ou mais soluções viáveis à consecução da finalidade pública instituída em lei, deve optar por aquela que menos afete o direito do cidadão, além do dever de escolha da alternativa que promova menor ou inexistente impacto poluidor, ainda que mais onerosa.<sup>33</sup>

Igual tratamento se requer perante o ferimento dos princípios do direito ambiental, que se apresentam com natureza pública e, a maioria deles, de índole constitucional, tais como o da precaução, o da prevenção e o do poluidor-pagador.<sup>34</sup> Ressalta-se que esses e outros

---

<sup>33</sup> “Os direitos ‘prima facie’ devem sofrer uma adequação às necessidades de cada caso, dependendo a sua aplicação definitiva da ponderação e da concordância prática que atenda determinadas circunstâncias concretas. (...) O princípio da proporcionalidade (...) é considerado uma medida com valor suprapositivo ao Estado de Direito e visa garantir a esfera de liberdade individual das ingerências administrativas. (...) À medida que pretende realizar o interesse público deve ser adequada aos fins subjacentes a que visa concretizar. (...) A idéia subjacente ao princípio é invadir a esfera de liberdade do indivíduo o menos possível. É o entendimento do Tribunal Constitucional Federal alemão que formulou a seguinte máxima: ‘o fim não pode ser atingido de outra maneira que afete menos o indivíduo, (...) A opção feita pelos legislador ou o executivo deve ser passível de prova no sentido de ter sido a melhor e única possibilidade viável para a obtenção de certos fins e de menor custo ao indivíduo. O atendimento à relação custo-benefício de toda decisão política-jurídica a fim de preservar o máximo possível do direito que possui o cidadão. (...) O levantamento das decisões mais importantes do Tribunal Constitucional alemão para a elaboração do princípio da proporcionalidade e as do Supremo Tribunal Federal brasileiro em que foi utilizada a ponderação de direitos e bens igualmente protegidos pela Constituição aproxima a ‘praxis’ constitucional brasileira da alemã. (...) A resolução de conflitos pela ponderação de resultados é realizada pelo princípio da proporcionalidade. É ele essencial à racionalidade do Estado de Direito, porque contém uma exigência de ‘justa medida’ (Larenz) para o exercício do poder. Por isso, um princípio jurídico-material. Os três elementos do princípio são o princípio da adequação e o da necessidade, que são exigências constatadas concretamente, logo elementos fáticos; e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou lei da ponderação, que avalia os pesos jurídicos dos respectivos bens ou direitos envolvidos no conflito no sentido de dar um solução concreta justa. (...) O núcleo essencial dos direitos fundamentais deve sempre ser resguardado de arbitrariedades, ou de excessos cometidos contra eles. (STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1995. p. 78-80/ 172-173)

<sup>34</sup> “Em matéria de proteção do meio ambiente, o princípio usuário-pagador significa que o utilizador do recurso deve suportar o conjunto dos custos destinados a tornar possível a utilização do recurso e os custos advindos de sua própria utilização. (...) O princípio usuário-

princípios de direito ambiental são cogentes ao administrador público, independentemente de texto expresso de lei.

Na medida em que a administração pública despreza a incidência dos princípios ambientais e dos princípios da administração pública, acaba por trair a verdadeira vontade do titular dos interesses administrativos – o povo, pois é seu dever zelar incessantemente pelo bem comum da coletividade.

Hely Lopes Meirelles sintetiza esse “*múnus*” público, lecionando que

a natureza da administração pública é a de um *múnus* público para quem a exerce, isto é, a de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade. (...) Daí o dever indeclinável de o administrador público agir segundo os preceitos do Direito e da moral administrativa, porque tais preceitos é que expressam a vontade do titular dos interesses administrativos – o povo – e condicionam os atos a serem praticados no desempenho do *múnus* público que lhe é confiado. (...) Os fins da administração pública resumem-se num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada.<sup>35</sup>

---

pagador contém também o princípio poluidor-pagador, isto é, aquele que obriga o poluidor a pagar a poluição que pode ser causada ou que já foi causada. (...) Os termos ‘precaução’ e ‘prevenção’ guardam semelhanças nas definições dos dicionários consultados. Contudo, há características próprias para o princípio da precaução, (...) ele tem um significado mais específico, querendo fornecer a indicação sobre as decisões a tomar nos casos em que os efeitos sobre o meio ambiente de uma determinada atividade não sejam ainda plenamente conhecidos sob o plano científico. (...) divido em cinco itens a aplicação do princípio da prevenção: 1º) identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um território, quanto à conservação da natureza e identificação das fontes contaminantes das águas e do mar, quanto ao controle da poluição; 2º) identificação e inventário dos ecossistemas, com a elaboração de um mapa ecológico; 3º) planejamentos ambiental e econômico integrados; 4º) ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com sua aptidão; e 5º) Estudo de Impacto Ambiental.” (MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 11ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003)

<sup>35</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. p. 81-82. Ob. Cit. p. 27.

Trata-se assim, da imprescindibilidade de se sobrepor, no caso concreto, as garantias constitucionais à saúde, à qualidade de vida e, enfim, a um meio ambiente ecologicamente equilibrado aos interesses pontuais de grupos privados, por vezes equivocadamente tutelados pela administração pública.<sup>36</sup>

Paulo Afonso Brum Vaz aborda a prevalência do interesse público da proteção ambiental, sustentando que

orienta-se a doutrina no sentido de elencar entre os princípios basilares do direito ambiental aquele que propugna a primazia dos interesses públicos. Havendo dúvida sobre a aplicação de normas ao caso concreto, deve prevalecer aquela que proteja os interesses da sociedade.<sup>37</sup>

Não há dúvida de que a proteção ambiental é medida de interesse coletivo. O direito ao meio ambiente sadio, aliás, situa-se entre os interesses difusos da sociedade, não devendo ser fruídos, de modo particular, por nenhum cidadão, mas sim por todos indistintamente. Sendo de interesse eminentemente público, deve prevalecer sobre os interesses de natureza privada ou de natureza pública que não atende aos princípios da proporcionalidade, da adequação e da razoabilidade, até por que a preservação ambiental constitui fator essencial para, em última instância, assegurar a existência da vida em sociedade.

---

<sup>36</sup> VAZ, Paulo Afonso Brum. **Direito Ambiental**. In: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil. Ano 16 - Número 55 - Maio/Junho/Julho - 1997. p.14.

<sup>37</sup> VAZ, Paulo Afonso Brum. Ob. Cit. p. ...

## **6 - O controle jurisdicional sobre a atuação administrativa discricionária e o confronto entre princípio constitucional da separação dos poderes e da garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional**

Frente à visualização da necessidade de ampliação e vigor da apreciação judicial sobre atos administrativos discricionários emanados da Administração Pública, relativos a autorizações e licenciamentos ambientais concedidos em contrariedade à legislação ambiental pertinente, aos princípios da administração pública e aos princípios de direito ambiental, costuma-se efetuar uma confrontação entre os elementos teóricos do princípio constitucional da separação dos poderes, em razão da alegada impossibilidade de invasão judicial sobre o mérito administrativo de competência do Poder Executivo, e os elementos teóricos da garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal brasileira de 1988, em virtude de que o Poder Judiciário não poderia se eximir diante de alegada lesão à legislação ou a um princípio constitucional, por exemplo.

A garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Lei Magna, de que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário, impõe-se como um dos mais importantes princípios constitucionais do Estado democrático de direito e que assegura a própria ordem e paz social, na medida em que qualquer ofensa a direito pode se submeter a órgão judicante.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma verdadeira constitucionalização da administração pública e a elevação do princípio da juridicidade em lugar do princípio da legalidade administrativa. Nessa mudança estrutural, aproximaram-se as atividades de

governo e de administração, em busca da politização, profissionalização e racionalização das atividades estatais, tendo como norte uma melhor sintonia com a finalidade pública e com a Justiça Material.<sup>38</sup>

Nesta toada, são os princípios que se tornam suporte para um sistema constitucional, que não apenas denota garantia de liberdade, mas tende a conquistas de direitos e à libertação. E mais, os princípios, dentro da Constituição, acabam por se apresentarem como verdadeiras referências às demais normas, seja em sua edição, seja em sua aplicação e interpretação, mas também quanto à evolução do sistema constitucional e recriação do Direito.

Expressando valores firmados pela sociedade, os princípios informam e determinam, de forma prévia, todo o regramento jurídico. A Constituição Federal atribuiu juridicidade e imperatividade aos princípios, vinculando o conteúdo e a forma de qualquer norma, tanto no que se refere à inclusão no ordenamento jurídico, como no seu cumprimento, em serviço à vontade da sociedade.

Ao mesmo tempo que não se olvida a importância de uma Administração provida de uma margem de decisão independente para o funcionamento de um Estado moderno, de outro lado a positivação de princípios gerais de direito em nossa Carta Magna, especialmente em seu artigo 37, implica em uma maior margem de vinculação dos atos discricionários. Mais importante que a liberdade administrativa é o seu condicionamento à motivação dos seus atos discricionários e a escolha, dentro das possibilidades de interpretação da norma ambiental, de solução compatível com os vetores axiológicos da Constituição Federal.

---

<sup>38</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 1994.

O fato da lei prever certa margem de liberdade para a concretização do ato administrativo discricionário não implica na inviabilidade de sua censura no que se refere ao respeito às circunstâncias fáticas concretas, à finalidade da norma aplicada e aos princípios consagrados na Carta Magna, embora abra a porta para a discussão a respeito da indevida intromissão no mérito do ato conferido ao administrador.

Como assinala Krell,

boa parte da doutrina e da jurisprudência costuma alegar a impossibilidade do controle do mérito do ato administrativo, que assinala o núcleo da discricionariedade, resultado de considerações extrajurídicas, de oportunidade ou conveniência, os quais seriam imunes à revisão judicial.<sup>39</sup>

O fundamento básico para a existência de limites à discricionariedade administrativa é de que a hipotética ausência de seu controle tornaria um *non sense* à sua própria existência, uma vez que racionalmente deriva de norma legal e a ela se deve subsumir como um postulado do Estado de Direito. Apresenta-se absolutamente regular e imperativa a verificação do exercício discricionário e a sua relação com a fidelidade aos desideratos da sua correspondente norma legal, com a escolha do significado dos seus conceitos e com a extensão desse significado. Trata-se de verdadeira subordinação da atividade administrativa à função legislativa, eis que a lei é o limite insuperável para o estabelecimento de proibições, finalidades, meios, motivos e formas dos atos administrativos.<sup>40</sup>

E é exatamente no exame dos motivos, da finalidade e da causa do ato administrativo discricionário que Celso Antonio Bandeira de Mello defende a efetiva ocorrência de controle judicial e não a transformação do Poder Judiciário em órgão de referendo do exercício

---

<sup>39</sup> KRELL. Andreas J. Ob. Cit. p. 08.

<sup>40</sup> BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. Ob. Cit. p. 06.

discricionário da administração pública. O insigne administrativista considera inadmissível se olvidar a conferência de fatores de significativa relevância sob o pretexto da liberdade administrativa advinda dos conceitos fluidos e de expressões indeterminadas. E mais, considera que a ilegalidade oriunda do exercício administrativo discricionário costuma se apresentar eivado de maior gravidade em relação aos atos administrativos vinculados, uma vez que não é tão flagrante e perceptível e rotineiramente acaba por escapar do crivo do Poder Judiciário.<sup>41</sup>

Para Bandeira de Mello, o controle jurisdicional sobre o ato administrativo discricionário não somente se faz juridicamente possível, como freqüentemente necessário, com o fito de repelir excessos e desvios praticados pela Administração Pública, fundamentando este controle em três premissas básicas. A primeira é de que a plêiade de soluções delimitadas pela norma que confere a discricção não importa em afirmar que todas as soluções se apresentem sempre adequadas para todos os casos concretos de sua aplicação. A segunda premissa que justifica o controle judicial de atos discricionários é de que não necessariamente a discricionariade contida no teor da norma possui o condão de implicar a discricção no caso concreto, que pode apontar uma outra e única solução evidente. Por outro lado, como terceira premissa, o Judiciário pode e deve verificar se a atuação administrativa se deu com razoabilidade e não lesivo às circunstâncias do caso concreto e à finalidade da lei.<sup>42</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro admite o exame dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário, desde que essa análise se limite aos aspectos da legalidade e da moralidade. Para a autora, é possível a incursão judicial sobre o mérito do ato administrativo, apenas em situação em que se aprecia os motivos do ato. Segundo a autora,

---

<sup>41</sup> BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. Ob. Cit. p. 06.

<sup>42</sup> BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. Ob. Cit. p. 06.

O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade (arts. 5º, inciso LXXIII, e 37).

Quanto aos atos discricionários, sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de mérito (oportunidade e conveniência). Não há invasão do mérito quando o Judiciário aprecia os motivos, ou seja, os fatos que precedem a elaboração do ato; a ausência ou falsidade do motivo caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário.<sup>43</sup>

Ingressando mais detidamente na seara dos interesses difusos e coletivos, Hugo Nigro Mazzilli adota posicionamento de anuência sobre a impossibilidade do Judiciário administrar no lugar da própria Administração Pública. Entretanto, este autor sustenta o dever dos magistrados em apreciar o ato administrativo, ainda que discricionário, especialmente em hipótese de lesão aos princípios da moralidade administrativa e razoabilidade. Desta forma, Mazzilli esclarece que

o Poder Judiciário pode rever: a) ato administrativo vinculado ou discricionário, sob os aspectos de competência e legalidade; b) o ato administrativo vinculado na sua fundamentação; c) o ato administrativo vinculado ou discricionário, quando tenha havido imoralidade, desvio de poder ou finalidade, ou evidente desvio de eficiência ou de razoabilidade; d) o ato administrativo discricionário, no mérito, quando a administração o tenha motivado, embora não fosse obrigada a fazê-lo, e assim fica vinculada a seus motivos determinantes; e) o ato administrativo de reação impositiva.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. p. 616. Ob. Cit. p. 11.

<sup>44</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em Juízo**. 15ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. p. 113-114.

Lidiane Vieira Bonfim Pinheiro de Menezes, em uma abordagem de um sistema constitucional pós-positivista, entende que a noção de ato discricionário evoluiu para abarcar o dever de respeito não somente às regras, mas também aos princípios gerais do direito. Sob este enfoque, admite a intervenção jurisdicional na atuação administrativa discricionária.<sup>45</sup>

Também adepto a um controle judicial mais efetivo e abrangente sobre os atos administrativos discricionários, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Mário da Silva Velloso, citando Sérgio Ferraz em sua obra "Controle Jurisdicional do Mérito do Ato Administrativo" (Del-Rey Ed., 1995, p. 291 e ss.), critica a doutrina publicista que propugna a inviabilidade de apreciação judicial dos atos discricionários, argumentando constituir obrigação do Poder Judiciário zelar pelo cumprimento da finalidade estatuída em lei, ainda que haja discricção.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> "Isto porque parte-se do pressuposto de que a discricionariedade administrativa não está adstrita ao princípio da legalidade 'strictu sensu' mas ao princípio da juridicidade, ou seja, a conformidade com a lei e com os princípios constitucionalmente positivados e princípios gerais do direito. É o escólio da nunca assaz pranteada Juíza Federal GERMANA DE OLIVEIRA MORAES, ao mencionar que o constitucionalismo pós-positivista é marcado pela normatividade e positivação dos princípios gerais do direito, trazendo como consequência a evolução do concepção de ato discricionário de poder político, para poder jurídico: "Quanto às relações com o Direito, os atos discricionários estão contidos no campo da juridicidade, que engloba regras e princípios, porque extraem seu fundamento de uma norma jurídica, ainda que incompleta. São, no entanto, apenas parcialmente justiciáveis, pois a discricionariedade comporta uma área suscetível de controle pelo Poder Judiciário e outra que não o é. Há uma área de discricionariedade, controlável jurisdicionalmente, à luz dos princípios jurídicos, e outra não controlável, quer à luz das regras, quer à luz dos princípios - o mérito do ato administrativo. A discricionariedade contém um núcleo insindicável pelo Poder Judiciário - o mérito, reduto no qual a complementação do motivo e do objeto do ato administrativo se opera mediante recurso a critérios não positivados." (MENEZES, Lidiane Vieira Bonfim Pinheiro de. **Conciliação Cível nos Juizados Especiais Federais**. In: *Júris Síntese* n° 36. jul/ago-2002)

<sup>46</sup> "(...) se a lei quer que o administrador tome a solução melhor para o fim de satisfazer a sua finalidade, vale dizer, a finalidade inscrita na lei, tem-se uma obrigação jurídica, por isso mesmo sujeita ao controle judicial. A doutrina é, na verdade, inovadora, inovadora e benfazeja. Ela altera conceitos, deixa longe o conceito clássico de mérito administrativo, aparta-se da afirmativa no sentido de que os motivos de oportunidade e de conveniência administrativa, utilizados pelo administrador, na prática do ato discricionário, são intangíveis ao controle judicial. Ora, diante de uma tal doutrina, o juiz passa a ter uma atuação política - não custa esclarecer, novamente, que quando falo em política, refiro-me à política em seu exato sentido, no seu sentido grego, não, evidentemente, à política partidária, que esse tipo de política nós,

Álvaro Luiz Valery Mirra colaciona interessante exemplo da viabilidade de controle judicial sobre a atuação administrativa discricionária em matéria ambiental, abordando o licenciamento ambiental e o EIA/RIMA e a submissão de ambos à finalidade legal de proteção ao meio ambiente:

se na sua utilização o licenciamento acabar levando a uma solução contrária à proteção do meio ambiente, ele estará divorciado de sua finalidade básica definida em lei. Haverá, nessa circunstância, desvio de finalidade e inafastável ilegalidade da obra ou empreendimento (...) No caso do licenciamento ambiental, elaborado o EIA, o órgão público tem o dever de decidir pela melhor alternativa, tendo em vista a finalidade legal do licenciamento: a proteção do meio ambiente.<sup>47</sup>

Diógenes Gasparini, em posicionamento mais conservador, defende que o Poder Judiciário apenas pode imprimir um controle sobre os atos administrativos discricionários se esta apreciação restringir-se aos aspectos da legalidade. Nas suas palavras:

Qualquer defeito do ato administrativo no que concerne ao mérito será sanado pela própria Administração responsável pela sua prática. Esse saneamento não cabe ao Poder Judiciário. A esse Poder é vedada a apreciação do ato administrativo no que respeita à oportunidade e conveniência, ou seja, ao mérito.<sup>48</sup>

Percebe-se que, tanto os conceitos jurídicos indeterminados, quanto a discricionariedade, são manifestações comuns de técnica legislativa que visa a uma maior abertura das normas para as suas

---

juízes, não praticamos e a queremos distante dos Tribunais - atuação política que confere preeminência à função jurisdicional. Essa doutrina de Direito Administrativo toma corpo, é objeto de considerações dos publicistas, constitui a tônica do moderno Direito Público." (VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **O Poder Judiciário como Poder Político no Brasil do século XXI** – in: Revista do TST. Vol. 65. nº 01. 1999. p. 17)

<sup>47</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ob. Cit. p. 16.

<sup>48</sup> GASPARINI, Diógenes. p. 94. Ob. Cit. 06.

futuras complementações e, nesse ponto, devem receber normal e maior controle por parte dos nossos Tribunais.

Eros Grau pugna que o Judiciário deve enfrentar a análise do ato administrativo discricionário ou baseado em preceito indeterminado, mas limitando-se a verificar sua correção, a sua congruência com os pressupostos de fato e de direito e com o bom-senso. Para Grau,

O juiz teria que apurar: a) se o ato se insere no quadro (na moldura) do Direito; b) se o discurso que o justifica se processa de maneira racional; e c) se ele atende ao código dos valores dominantes. No entanto, essa solução genérica não leva em consideração os diferentes graus de densidade do controle judicial, de acordo com o tipo de conceito indeterminado empregado.<sup>49</sup>

No meio Jurisprudencial, não menos acirrada é a divergência quanto aos limites da atuação do Poder Judiciário sobre os atos administrativos discricionários.

Embora os exemplos extraídos dos tribunais nas últimas décadas sejam de vedação de apreciação judicial dos conceitos jurídicos indeterminados<sup>50</sup>, a tendência vê surgir novos critérios para o controle judicial desses conceitos. Uma comprovação de tal tendência iniciou com o julgado do Supremo Tribunal Federal (AC 7.377/DF. 1ª Turma. Rel. Min. Castro Nunes, 19.8.1943), em que se conferiu ampla possibilidade do Poder

---

<sup>49</sup> Grau, Eros Roberto. **Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade**, *Apud*. Rocha, Cármen Lúcia Antunes. **Perspectivas do Direito Público – estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1995. p. 331.

<sup>50</sup> “Ação Civil Pública – Esgoto doméstico – Ação visando o tratamento prévio de detritos lançados nas águas de rios – Ato administrativo que necessita de exame de conveniência e oportunidade pelo Poder Executivo – Impossibilidade de invasão de tal esfera pelo Poder Judiciário – Recurso Provido. Não podem os Juízes e Tribunais assomar para si a deliberação de atos de administração, que resultam sempre e necessariamente de exame de conveniência e oportunidade daqueles escolhidos pelo meio constitucional competente para exercê-los. (TJSP - 3ª Câm. Civ. – Ap. Civ. n. 179.965-1, j. em 15.12.1992. rel. Des. Mattos Faria)

Judiciário exercer plena apreciação e controle do mérito da decisão sobre o valor histórico ou artístico de bens e objetos.

Assumindo entendimento sólido, há uma série de julgados que explicitam a imposição de controle judicial em atos discricionários, desde que haja afronta aos princípios da moralidade, da razoabilidade, da finalidade pública, bem como em ocasiões de excesso ou desvio na atuação administrativa.<sup>51</sup> Em todas as situações em que se expõe a prática ou omissão de atos estatais que agridem ou deixam de proteger o meio ambiente, impõe-se a intervenção do Poder Judiciário.

Exposto o dever constitucional de proteção e prevenção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações e a prevalência do interesse público como princípio da administração pública, considera-se mais adequada ao nosso sistema constitucional e ordenamento jurídico o posicionamento que alarga a linha apreciação do Poder Judiciário aos atos administrativos discricionários, abrangendo a análise de lesão de qualquer princípio da administração pública ou de direito ambiental. E assim se entende, em homenagem ao disposto no artigo 5º, inciso XXXV (nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação do Poder

---

<sup>51</sup> “AGRAVO DE INSTRUMENTO – CÂMARA MUNICIPAL – MUDANÇA DE SEDE – Os atos da Câmara Municipal, em sua parte formal, estão sujeitos ao **controle jurisdicional**. **Este se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo, mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo.**” (TJMG – AG 000.258.171-8/00 – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Brandão Teixeira – J. 10.09.2002) (grifos nossos)

“MANDADO DE SEGURANÇA – CONTROLE DE ATO DISCRICIONÁRIO – CABIMENTO – A Administração Pública, ao licitar, deve ater-se aos limites da lei e ao seu objetivo maior que é o interesse da coletividade, podendo, no recrutamento de pessoal, utilizar-se de todos os meios para averiguar a conduta moral e profissional daqueles que possivelmente a auxiliarão no desempenho de suas funções de forma discricionária. **No entanto, tal exame sujeita-se ao controle judicial, podendo o Judiciário adentrar, inclusive, na própria discricionariedade quando se pauta fora dos limites legais e dos contornos da proporcionalidade e razoabilidade administrativas.** Logo, constada a arbitrariedade, deve-se conceder a segurança para expungir-la.” (TRT 22ª R. – MS 0660/2000 – (1560/2000) – Rel. Juiz Conv. Arnaldo Boson Paes – J. 21.11.2000) (grifos nossos)

Judiciário) e no pressuposto de que a violação de um princípio importa na ofensa a todo um sistema de comandos.

,

## 7. Considerações Finais

Não se pode olvidar que a própria Constituição Federal, em seu artigo 225, *caput*, impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Para tanto, a Carta Magna, em seu artigo 225, § 1º, e a Lei nº 6938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), estabeleceram uma série de ações, programas e diretrizes para a preservação ambiental.

O licenciamento ambiental e o estudo de impacto ambiental constituem instrumentos de controle prévio da Política Nacional do Meio Ambiente, isto é, são medidas adotadas anteriormente a uma ação suscetível de causar, efetiva ou potencialmente, poluição ambiental. Tais instrumentos de controle ambiental são representantes da atuação administrativa discricionária exercida pelo Poder Público por intermédio dos seus órgãos públicos ambientais.

Frente à constatação de freqüente desrespeito da União, Estados e Municípios em relação ao dever de defesa do meio ambiente, inclusive a partir da sua atuação na apreciação do estudo de impacto ambiental e nos processos de licenciamento ambiental, vislumbra-se de significativa relevância a formulação de critérios mais seguros para a emissão das decisões administrativas de mérito das licenças ambientais, que constantemente envolvem o emprego de juízos valorativos e processos de hermenêutica, além do seu controle judicial.

A referida segurança e o controle judicial favorece aos órgãos públicos ambientais e aos seus servidores públicos que participam

do procedimento de licenciamento ambiental, uma vez que o conhecimento dos limites e dos condicionantes legais e constitucionais dos atos administrativos discricionários podem acabar evitando ou, ao menos, diminuindo a frequência da utilização da máquina judiciária para a realização de correspondente controle sobre a atuação discricionária e de eventual responsabilização dos seus agentes.

Não se pode olvidar, também, que o efetivo controle judicial para a emissão das licenças ambientais propicia maior segurança a todos os cidadãos de que tal instrumento preventivo da política nacional do meio ambiente será efetivamente empregado com o devido respeito à legislação ambiental vigente e aos princípios constitucionais da administração pública e de direito ambiental.

Importante asseverar que a proteção ambiental é medida de interesse coletivo e o direito ao meio ambiente sadio situa-se entre os interesses difusos da sociedade, não devendo ser fruídos, de modo particular, por nenhum cidadão, mas sim por todos indistintamente. Sendo de interesse eminentemente público, deve prevalecer sobre os interesses de natureza privada ou de natureza pública que não atende aos princípios da proporcionalidade, da adequação e da razoabilidade, até por que a preservação ambiental constitui fator essencial para, em última instância, assegurar a existência de vida digna em sociedade. E a adoção desse raciocínio evidencia a extrema relevância do estudo da atuação discricionária em matéria ambiental, até por que instiga o debate justamente em um momento prévio à efetiva instalação e operação de qualquer empreendimento potencialmente poluidor, encampando, verdadeiramente, o princípio da prevenção dos danos ambientais e restringindo o ingresso e o moroso trâmite de ações judiciais de resolução complexa, dada à especificidade e a interdisciplinariedade dos conhecimentos ambientais e a corriqueira necessidade de extensas provas periciais.

Ademais, deve-se anotar que as características da atuação discricionária em matéria ambiental e a variabilidade de interpretações possíveis para uma semelhante situação jurídica freqüentemente implica na possibilidade da existência de decisões administrativas extremamente conflitantes entre os órgãos públicos ambientais dos Estados federativos brasileiros e entre estes e o órgão público ambiental no âmbito federal (IBAMA). Ocorre, por vezes, a concessão de licenciamento ambiental para determinado empreendimento em um Estado da Federação e a negativa da sua concessão em outro Estado Federativo brasileiro, ainda que idênticas às circunstâncias ambientais de fato e de direito e semelhantes as exigências previstas nas legislações estaduais correspondentes.

Tais decisões administrativas discricionárias conflitantes, advindas dos órgãos públicos ambientais, acarretam a ausência de uniformidade nacional no tocante às concessões de licenciamento ambiental e, conseqüentemente, dificultam, em alguns casos obstam, a efetividade da política nacional do meio ambiente, pois que consistem exatamente em um dos seus instrumentos preventivos.

Adicionando-se a isto, a própria idéia de desenvolvimento sustentável vê-se afetada com a usual conflituosidade entre decisões administrativas ambientais, apresentando situações extremas e de desequilíbrio entre os princípios constitucionais da livre iniciativa econômica e da preservação ambiental. Esta situação pode ser visualizada na ocorrência de desenvolvimento econômico desregrado em regiões intensamente frágeis sob o ponto de vista ambiental e absolutamente destituídas de vocação natural para empreendimentos potencialmente poluidores e, por outro lado, a ausência de exploração econômica de regiões que possuem tal vocação natural ou que não apresentem ecossistemas que exijam especial proteção.

Melhor explicitando, dentre outros exemplos, não se pode negar a ausência de aptidão do ecossistema da floresta atlântica, objeto de especial proteção em razão de sua intensa biodiversidade e fragilidade ambiental, para a instalação de empreendimento de reflorestamento com árvores exóticas, com o intuito de produção energética. Esta situação fática ocorreu, recentemente, em relação ao remanescente da floresta atlântica existente no litoral do Estado do Paraná, em que o órgão público ambiental (Instituto Ambiental do Paraná) concedeu licenciamento ambiental para determinada empresa promover o corte raso de 150 ha (cento e cinquenta hectares) da flora nativa para o plantio de mudas da espécie exótica “eucalipto” para o fim de servir de matéria energética de suas caldeiras. Os danos ambientais decorrentes do referido licenciamento ambiental não se limitaram à supressão da cobertura florestal outrora existente naquele local, já que a inserção de espécie florestal exótica no seio da floresta atlântica implica, consoante ensinamentos de estudiosos da área em tela, na alteração adversa, perversa e irreversível de todo o funcionamento do seu ecossistema, seja no âmbito da flora, seja na esfera da fauna, ou ainda quanto aos aspectos geológicos e hidrológicos.

Nesta toada, questiona-se a respeito dos critérios técnicos, dentro da seara da atuação administrativa discricionária, utilizados pelo Instituto Ambiental do Paraná para a correspondente concessão de licenciamento ambiental daquela atividade, ao mesmo tempo em que se pergunta sobre os motivos de não ter sido licenciada em local diverso da floresta atlântica. Inferiu-se a absoluta prevalência do princípio da livre iniciativa econômica e a tergiversação do princípio da proteção ambiental, previsto no artigo 170, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, ocasionando um acentuado desequilíbrio na realização dos objetivos necessários à efetivação do desenvolvimento sustentável.

Destarte, o controle judicial sobre a discricionabilidade administrativa em matéria ambiental pode proporcionar maior segurança de que a concessão das licenças ambientais não coloca em risco a política nacional do meio ambiente e a própria idéia de desenvolvimento sustentável.

## 7 - Referência Bibliográfica

ABREU BOUCAULT, Carlos Eduardo de. **A Responsabilidade Jurídica dos Municípios em face de fenômenos ambientais localizados: a resistência do órgão do Ministério Público.** *in:* Revista de Direito Ambiental. Revista dos Tribunais. Jan-Mar. nº 09. São Paulo, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 15ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman; MILARÉ, Edis. **Estudo prévio de impacto ambiental: teoria, prática e legislação.** Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1993.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo.** Vol. I. 10ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 17ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** 7ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 8ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade**, *Apud*. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Perspectivas do Direito Público – estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1995.

KRELL, Andréas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em Juízo**. 15ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 17ª ed. São Paulo, Ed. Malheiros, 1992.

MENEZES, Lidiane Vieira Bonfim Pinheiro de. **Conciliação Cível nos Juizados Especiais Federais**. *In: Júris Síntese* n° 36. jul/ago-2002.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Impacto ambiental**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002. p. 04.

PRESTES, Vanesca Buzelato. **A necessidade de compatibilização das licenças ambiental e urbanística no processo de municipalização do licenciamento ambiental**. *In: Revista dos Tribunais Ambiental*. n° 34.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: 5ª ed. Ed. Malheiros, 2004.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1995.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *In*: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil - **Direito Ambiental** - Ano 16 - Número 55 - Maio/Junho/Julho – 1997.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **O Poder Judiciário como Poder Político no Brasil do século XXI** – *In*: Revista do TST. Vol. 65. nº 01. 1999.