

Rodrigo Santos Neves (Brasil)*

O ativismo judicial no licenciamento de atividade petrolífera

RESUMO

O Poder Judiciário tem sido cada vez mais atuante na tomada de decisões políticas em nosso país. São diversos os exemplos de interferência do Judiciário nas questões administrativas, tais como direito à saúde, a gestão de políticas públicas, na educação e no direito ambiental, dentre outros setores. A referida atuação tem preocupado os estudiosos do Direito, diante da possibilidade de transgressão ao princípio da separação de poderes. No que se refere à atividade petrolífera e seus possíveis impactos no meio ambiente, este trabalho discute as possibilidades de interferência do Poder Judiciário na tomada de decisões dos órgãos e entidades que possuem competência ambiental.

Palavras-chave: sistema judiciário, separação de poderes, meio ambiente, atividade petrolífera, administração pública, controle jurisdicional, poder discricional, jurisprudência, Brasil.

ZUSAMMENFASSUNG

Die rechtsprechende Gewalt schaltet sich in unserem Land zunehmend in den politischen Entscheidungsprozess ein. Zahlreiche Beispiele belegen ihren Eingriff in Verwaltungsfragen auf Gebieten wie Recht auf Gesundheit, Management der öffentlichen Hand innerhalb der politischen Zielsetzung, Bildungswesen und Umweltrecht. Die angesprochene Vorgehensweise hat angesichts der Gefahr einer Verletzung des Gewaltenteilungsgrundsatzes bei Rechtswissenschaftlern Besorgnis ausgelöst. Im Hinblick auf die Erdölförderung und die möglicherweise dadurch entstehenden Umweltbelastungen befasst sich der Beitrag mit den Möglichkeiten der rechtsprechenden Gewalt zur Beeinflussung der Entscheidungen der für Umweltfragen zuständigen Behörden.

Schlagwörter: Justizsystem, Gewaltenteilung, Umwelt, Ölförderung, öffentliche Verwaltung, Gerichtsbarkeitkontrolle, Ermessensspielraum, Rechtsprechung, Brasilien.

* Mestre em Direito pela UCAM-RJ, professor da UVV-ES, bolsista da FUNADESP. <profrsneves@yahoo.com.br>

ABSTRACT

The Judiciary has been increasingly active in making policy decisions in our country. There are several examples of judicial interference in administrative matters, in fields such as the right to health, public policy management, education and environmental law, among others. This intervention has been a cause of concern for legal scholars, due to the possible infringement of the principle of separation of powers. With regard to the oil industry and its possible impacts on the environment, this paper discusses the possible intervention of the Judiciary in the decisions of bodies and agencies with authority in environmental matters.

Keywords: judicial system, separation of powers, environment, oil industry, public administration, judicial review, discretionary power, case law, Brazil.

1. Introdução

O Estado brasileiro, como Estado democrático de direito, vive em um sistema político regido pela representação da vontade majoritária de seu povo, a qual é legitimada pelas eleições diretas, que elevam ao poder os representantes da sociedade.

Nesse sistema político, é de se esperar que os representantes da sociedade promovam os interesses de seus representados, por meio de ações e de produção legislativa capaz de suprir as necessidades e anseios daqueles que são os titulares do poder soberano (art. 1º, CR/88).

No entanto, nem sempre o interesse da maioria política é compatível com os interesses da minoria, que fica à mercê da vontade da maioria. E é exatamente para garantir que a maioria não oprima a minoria política em uma espécie de “autoritarismo da maioria democrática”, que os direitos fundamentais têm importância.

Como esses direitos surgiram para garantir o indivíduo da ação estatal, criando-se uma esfera privada de direitos subjetivos intangível pelo Estado, o Poder Judiciário teve extrema relevância na garantia desses direitos, para limitar o poder estatal. Daí a necessidade de se discutir sobre a separação de poderes, prevista na Constituição da República (CR/88), em seu art. 2º, uma vez que a atuação do Judiciário na tutela dos direitos fundamentais pode ser caracterizada como usurpação das funções do Poder Executivo.

O presente artigo tem por finalidade colocar em discussão os limites da intervenção do Poder Judiciário na concessão – ou não – de licença ambiental.

2. A separação de Poderes e a atuação do Judiciário

2.1. Aspectos dos “poderes” no Estado Liberal

Quando o Estado ainda vivia no regime absolutista, todo o desejo popular foi a redução do poder dos governantes para que os direitos individuais dos cidadãos fossem

respeitados, uma vez que a finalidade da criação do Estado é a proteção desses direitos. Ao ponto de Rousseau¹ dizer que a lei que não vem da vontade popular, mas do governante: é ato arbitrário.

Por isso Montesquieu, sensível aos anseios sociais e ao funcionamento da máquina estatal, nos alerta para o perigo do poder político: “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”.² Como forma de limitar o poder estatal Montesquieu sistematizou a teoria da separação de poderes, afirmando que: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”.³

Inspirada no pensamento de Montesquieu, a *Virginia Bill of Rights* de 12 de junho de 1776 foi a primeira constituição que inseriu em seu conteúdo o princípio da separação de poderes ao estabelecer que os poderes legislativo e executivo do Estado devem ser separados e distintos do Poder Judiciário. Importante é lembrar que o contexto histórico em que viviam os Estados Unidos era a opressão que a Inglaterra exercia com alta carga tributária e o julgamento de crimes contra a coroa inglesa em território britânico. Posteriormente, em 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 16, ao estabelecer que: “Toda sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”, decretando, assim, a vitória do liberalismo sobre o regime absolutista monárquico. Em 1791, na Constituição Francesa também foi consagrado esse princípio, e em todas as Constituições do Brasil.

Embora houvesse a vitória da Revolução Francesa com a derrota do absolutismo e, com ele, do Estado mercantilista, um dos aliados que ajudou na conquista do poder ficou para trás, para que subisse ao poder o terceiro estado: o povo. Então quem venceu, na verdade, foi apenas o liberalismo, ficando a democracia em segundo plano, uma vez que se estabeleceu na *nova sociedade francesa* o voto censitário.

A burguesia precisava de liberdade, não para todos, mas apenas para si mesma. Uma liberdade econômica que a manteria no poder, em face das outras classes sociais. Para alcançar seus objetivos necessitaria de um mecanismo para que houvesse a redução do poder estatal, que se mostrava na visão liberal o inimigo número um do indivíduo.

A teoria da separação de poderes passou a ser a pedra angular da construção do liberalismo, que chegou ao exagero de estabelecê-la essencial para a existência de uma constituição (art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789), diluindo o poder do soberano, e estabelecendo poderes distintos que deveriam ser exercidos por pessoas diferentes, conseguindo com isso duas coisas: a redução do poder do monarca e sua participação direta na vida política da nação.

Outra coisa também foi alcançada pelo liberalismo, por meio da separação dos poderes: o estreitamento dos fins do Estado, criando o *Estado mínimo*.

¹ *O contrato social*, o. cit. p. 47, 48.

² Montesquieu: *O espírito das leis*, 2ª ed. 2ª tir., São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 166.

³ *Ibidem*, p. 168.

A burguesia precisava da liberdade, e o Estado liberal-democrático, assentado naquele formalismo jurídico do qual Kant era a sua formulação mais acabada, era um Estado destituído de conteúdo, neutralizado para todo ato de intervenção que pudesse embaraçar a livre iniciativa material e espiritual do indivíduo, o qual, como soberano, cingia a Coroa de todas as responsabilidades sociais.⁴

Ainda em relação à separação dos poderes do Estado, necessárias se fazem algumas ponderações de ordem epistemológica.

A chamada teoria da separação de poderes encontra um problema epistemológico desde sua denominação, quando pressupõe que exista uma pluralidade de poderes. Desde a construção de Rousseau, percebe-se que não há poderes estatais e sim poder soberano.⁵ O autor demonstra que aqueles que acreditam na divisão do poder soberano confundem poder com as formas de exteriorização deste. Assim, em determinados momentos o poder se manifesta na edição de normas que regulam a vida social (aspecto legislativo); em outras situações o poder soberano é exercido para dar o fiel cumprimento àquelas normas preestabelecidas; em outras circunstâncias, ele (o poder soberano) se manifesta na solução de conflitos entre os indivíduos, decorrentes daquelas normas (aspecto jurisdicional).

Podemos apreender do ensinamento de Karl Loewenstein que não devemos nos ater ao enfoque dogmático de que a separação das funções do poder do Estado deva necessariamente ser exercida por entes distintos, quando diz que: “[...] é necessário ter bem claro que o princípio da necessária separação das funções estatais segundo diversos elementos substanciais e sua distribuição entre diferentes detentores, não é nem essencial para o exercício do poder político, nem se apresenta como uma verdade evidente e válida para todo o tempo”.⁶

Destarte, o poder soberano é uno, devendo ser exercido de forma a atender a vontade geral da sociedade, que vai se utilizar, para isso, daquelas funções do poder soberano supracitadas: a função legislativa, com a criação de normas, chamada usualmente de poder Legislativo; a função administrativa, que dá o fiel cumprimento das normas criadas (Executivo); e, por último, a função jurisdicional, aquela em que o poder estatal atua na solução de conflitos entre seus súditos ou entre os súditos e o próprio Estado (Judiciário).

2.2. A divisão do trabalho social e a separação de funções do poder

Além da limitação do poder estatal frente ao indivíduo, a teoria da *separação de funções do Estado* provocou um efeito subjacente. O que devemos ter em mente é que sempre existe a distinção de funções sem que se considerem os órgãos que as exercem (em um sentido subjetivo). A distinção de funções é, na verdade, uma especialização das tarefas

⁴ Paulo Bonavides: Do estado liberal ao estado social, o. cit., p. 68.

⁵ Jean-Jacques Rousseau: *O contrato social*. o. cit., p. 35, 36.

⁶ *Teoría de la Constitución*, tradução por Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, 1986, p. 56. apud Alexandre Santos de Aragão: “O poder normativo das agências reguladoras independentes e o estado democrático de directo”, em *Revista de informação legislativa*, Brasília: Senado, 2000. n.º 148. p. 281.

governamentais.⁷ Assim, o órgão legislativo se especializa na elaboração de leis, obtendo o conhecimento necessário para tanto, além de apreender os anseios populares na formulação de políticas públicas. O órgão executivo, ou Administração Pública, adquirirá especialização necessária para a implementação das políticas públicas formuladas, bem como para o aprimoramento da máquina administrativa, visando a realização do bem estar social no exercício da função executiva. E, no exercício da função jurisdicional, o órgão Judiciário irá se especializar nos conhecimentos técnico-jurídicos para a aplicação das normas na solução de conflitos entre os particulares ou entre estes e o Estado.

Émile Durkeim, ao desenvolver a solidariedade social, contribuiu de forma ímpar para o desenvolvimento da ciência humana. O sociólogo disse que a solidariedade social pode se dar pela divisão do trabalho social – ou solidariedade orgânica –, que reparte o trabalho necessário à sociedade, isto é, as tarefas importantes para aquela entre seus membros, com o objetivo de a coletividade se beneficiar do trabalho de cada indivíduo. No campo das ciências isso se tornou claro, haja vista que na história os filósofos eram os grandes sábios e detentores de praticamente todo o conhecimento humano.⁸

Com o passar do tempo se percebeu o desenvolvimento das ciências, o que impediu que uma única pessoa pudesse deter tanto conhecimento de tantas áreas diversas. O sociólogo bem se refere aos benefícios dessa solidariedade pela divisão do trabalho, ao afirmar que “a individualidade do todo cresce ao mesmo tempo em que a das partes; a sociedade torna-se mais capaz de mover-se como conjunto, ao mesmo tempo em que cada um de seus elementos tem mais movimentos próprios”.⁹

Com o crescimento do Estado podemos perceber que o princípio da separação das funções do Estado (executiva, legislativa e jurisdicional), o processo de descentralização da atividade estatal, bem como a criação de agências reguladoras, podem ser consideradas frutos daquela divisão do trabalho social, desenvolvida por Durkeim. Sensível às grandes e rápidas transformações no mercado, Floriano Azevedo Marques Neto aborda a especialidade das agências reguladoras como fator importantíssimo, no contexto atual, de delegação de atividades econômicas especiais e serviços públicos à iniciativa privada: “A especialidade, a complexidade, a multiplicidade e a velocidade de surgimento das *questões regulatórias* determinam que parcela significativa da regulação estatal seja delegada ao órgão regulador (para este trabalho melhor seria a expressão *ente regulador*)”.¹⁰ Esta especialidade torna a agência capaz de dar soluções técnicas mais adequadas, tendo em vista seu amplo conhecimento no setor regulado.¹¹

As agências são entidades estatais especialistas em seus respectivos setores regulados, devendo cuidar da regulação desses setores, sem a interferência externa

⁷ José Afonso da Silva: *Curso de direito constitucional positivo*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000. p. 112.

⁸ Fazemos referência aqui a Sócrates, Platão e tantos outros que eram, ao mesmo tempo, físicos, matemáticos, químicos, astrônomos, médicos etc.

⁹ “Da divisão do trabalho social”, em *Os pensadores*, v. XXXIII. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 372.

¹⁰ “A nova regulação estatal e as agências independentes”, em Carlos Ari Sundfeld (coord.): *Direito administrativo econômico*, São Paulo: Malheiros, 2000. p. 82.

¹¹ No mesmo sentido Ruy Santacruz: “Fundamentos (econômicos) da regulação pública dos mercados”, em *Arché: Interdisciplinar*, v. 10, n.º 29, Rio de Janeiro: UCAM – Ipanema, 2001. p. 96.

de outros órgãos que exercem outras funções naquela divisão do trabalho social, para que o todo, isto é, a coletividade se beneficie da utilidade de ter entidades especialistas em determinada matéria, garantindo-se assim a eficiência da agência, que é princípio constitucionalmente estabelecido¹² o qual toda a Administração Pública deve seguir.¹³

O alargamento cada vez mais crescente das funções estatais, em nome do povo, por meio das conquistas de direitos e garantias mínimas, tais como a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho, a legislação trabalhista, a proibição da exclusão social da qual ainda tanto sofrem muitos brasileiros, a tutela ambiental, fez com que uma nova hermenêutica constitucional se formasse, sem todo aquele formalismo característico do constitucionalismo clássico, mas acrescentando conteúdo e sentido à Constituição.

Esse movimento fez com que aquela figura do Estado mínimo não mais fosse compatível com as realidades sociais. O Estado Social surge das reivindicações de um povo que foi nos últimos três séculos massacrado e oprimido pelo poder econômico. Este poder, que adveio da concentração de capitais que não era prevista pelos idealizadores do Liberalismo, é o mesmo que faz pressão contra os novos anseios da sociedade, que fomenta o desmatamento e a poluição em todas as suas dimensões.

O Estado mínimo foi idealizado em um momento em que havia um capitalismo concorrencial, isto é, entre agentes com igual poder de mercado,¹⁴ o que não corresponde à realidade atual. A concentração empresarial – que a cada dia possibilitou que empresas comprassem seus concorrentes para se tornarem, se não isoladas no mercado, um pequeno número de grandes empresas – provocou desemprego, miséria, opressão do consumidor e estagnação do mercado, sem falar na impossibilidade da sustentabilidade ambiental, em um processo de autofagia do mercado e do meio ambiente. Além disso, a revolução eletrônica provocou mais desemprego, miséria e estagnação.¹⁵

Essa nova realidade social, dinamizada pela tecnologia e acelerada pelas rápidas mudanças no mercado, faz com que o Estado tenha que intervir na economia, utilizando-se de novos mecanismos para regular essas conjunturas mercadológicas e atendendo aos seus fins: promover o bem estar social, garantir direitos mínimos aos cidadãos e o meio ambiente equilibrado (art. 170, c/c art. 225, CR/88).

Novos mecanismos não são compatíveis com a ideia de separação de poderes (em um sentido subjetivo), mas perfeitamente compatíveis com a separação de funções do Estado (em seu sentido objetivo). Essa interferência do Estado na economia se dá pela *intervenção por direção*, nas palavras de Eros Roberto Grau, que ocorre por pressões sobre a economia, utilizando-se de mecanismos e normas de comportamento para os agentes

¹² Art. 37, caput, da CR.

¹³ Rodrigo Santos Neves: *Função normativa e agências reguladoras*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 97. No mesmo sentido: Diogo de Figueiredo Moreira Neto: *Direito regulatório*, o. cit., p. 153.

¹⁴ Clèmerson Merlin Clève: *Atividade legislativa do poder ejecutivo*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 43.

¹⁵ Não estamos propondo que voltemos à Idade da Pedra nem ao colonialismo. Desenvolvimento econômico e progresso são importantes, mas se não por controlado pode se tornar uma arma contra a sociedade.

econômicos,¹⁶ para corrigir as falhas do mercado, bem como a má utilização dos recursos naturais.

Como o mercado tem a característica da instabilidade e das mudanças rápidas, o Estado deve possuir mecanismos eficientes que consigam manter um relativo equilíbrio na economia, de forma que consiga implementar as políticas públicas previamente estabelecidas, em que os mecanismos normativos tradicionais (leis) não são satisfatórios para a regulação da economia.

[...] o emergir da *capacidade normativa de conjuntura*, via da qual se pretende conferir resposta à exigência de produção imediata de textos normativos, que as flutuações da conjuntura econômica estão, a todo o tempo, a impor. [...] Evidente que esse poder-dever há de ser ativado em coerência não apenas com as linhas fundamentais e objetivos determinados no nível constitucional, mas também com o que dispuser, a propósito do seu desempenho, a lei.¹⁷

É de se frisar que a defesa de uma separação de poderes ignora uma série de situações de caráter técnico que, diante da dinâmica mercadológica acelerada, torna o Legislativo obsoleto para a regulação, tanto da economia quanto do meio ambiente.¹⁸ A função normativa do Poder Executivo¹⁹ é necessária à realidade atual e não fere o princípio da separação de funções do poder estatal,²⁰ que foi consagrado em nossa Constituição. Podem-se mencionar as resoluções do CONAMA e do IBAMA, que visam regular as atividades potencialmente poluidoras.

Nossa Carta Magna estabelece em seu art. 2º que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. No entanto, essa independência não pode ser vista como absoluta, uma vez que os órgãos do Estado, no exercício das suas respectivas funções, não devem ser colocados em situação estanque. Por isso se diz que são harmônicas essas funções.

Nosso sistema jurídico criou um sistema de freios e contrapesos, com a mesma essência dos *checks and balances*, nos Estados Unidos da América do Norte. Esse sistema foi criado em busca de um relativo equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para se evitar o arbítrio de um órgão em detrimento do outro. Essa visão de equilíbrio e não de separação parece estar implícita no pensamento de Montesquieu ao afirmar que:

Eis então a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma prende a outra por

¹⁶ Eros Roberto Grau: *O direito posto e o direito pressuposto*. o. cit., p. 231.

¹⁷ Idem, *ibidem*. p. 232.

¹⁸ Idem, *ibidem*. p. 233.

¹⁹ Aqui entendido em seu sentido subjetivo.

²⁰ Devemos levar em consideração, ao falarmos em separação de funções do poder estatal, seu sentido objetivo. Há uma separação de funções (Legislativa, Executiva e Jurisdicional), independentemente de quem as irá exercer, se um, dois ou três entes distintos.

sua mútua faculdade de impedir. Ambas estarão presas ao poder executivo, que o estará ele mesmo preso ao legislativo.

Estes três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a avançar, serão obrigados a avançar concertadamente.²¹

Exemplo disso é a participação do Chefe do Executivo no processo legislativo, que pode ser pela iniciativa legislativa ou pelo veto (art. 66, § 1º). O veto do Presidente da República poderá ser rejeitado pela maioria absoluta dos deputados e senadores (§ 4º). E se o Presidente se silenciar na promulgação da lei, o Congresso pode fazê-lo através do Presidente do Congresso (§ 7º). Outro exemplo é o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos da Administração Pública.

A divisão de funções do poder se fundamenta em dois elementos: (a) a especialização funcional, em que cada órgão realiza a sua respectiva função; e (b) independência²² orgânica, isto é: cada órgão deve ser independente um do outro. Mas como conseguir uma independência, v. g., se os Tribunais não pudessem nomear os seus magistrados, estabelecer o seu número necessário nem dispor sobre sua organização interna? Ou se o Executivo não pudesse estabelecer normas para a organização da Administração Pública? Ambos os poderes estariam dependentes e à mercê do Poder Legislativo para estabelecer normas para seu funcionamento, o que acabaria com o primado da independência.

Se tomarmos o exemplo das Agências reguladoras como entidades da Administração Pública, isto é, integrantes do Poder Executivo – pois são autarquias em regime especial – além de exercerem a função executiva exercem a função normativa, ou quase-legislativa. O que há não é uma infração do princípio da separação de poderes, mas uma consequência daquela especialização acima exposta.²³ Sem a atribuição da função normativa às agências não seria possível a regulação desejada, pois, como já vimos, o processo legislativo é lento, ineficaz e sem especialização diante das transformações do Estado, da sociedade e, principalmente, do mercado. Destarte, se às agências fosse atribuída apenas a função executiva, estas não conseguiriam regular o mercado, nem a prestação de serviços públicos, pois estariam dependentes da vontade e da disposição do Poder Legislativo em produzir normas para só então atuarem na sociedade, em seu setor regulado.

Assim como o Judiciário e o Executivo podem expedir normas e regulamentos sobre sua organização, também as agências devem ter essa atribuição para garantir a validade de sua existência. Diferentemente dos dois primeiros casos, as agências produzem normas que extrapolam o âmbito interno das entidades, atingindo os agentes econômicos no mercado.

Ante as razões apresentadas pode-se dizer que o princípio da separação de poderes, sistematizado por Montesquieu com o fim de limitar o poder despótico dos monarcas,

²¹ Montesquieu: *O espírito das leis*, o. cit., p. 176.

²² Tal independência não pode ser vista como absoluta, pois deve sempre ser compatibilizada com a harmonia entre as funções políticas (legislativa, executiva e judiciária).

²³ Rodrigo Santos Neves: *Função normativa e agências reguladoras*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 101.

garante, a um só tempo, a liberdade individual e a participação da burguesia na vida política.

Quando da sua sistematização, o capitalismo era concorrencial, isto é, competição entre agentes com poder econômico igual ou semelhante, o que não justificava a intervenção do Estado na esfera privada. No entanto, com o processo de concentração econômica, as pequenas empresas se tornaram grandes grupos econômicos, provocando no mercado distorções que a *mão invisível* não poderia dissipar.

Com esse processo, grandes problemas sociais foram gerados, o que provocou um acúmulo crescente de ações governamentais com as quais o princípio da separação de poderes não seria compatível, fazendo-se necessária uma distinção entre função e poder, desde uma perspectiva rousseauniana de poder, formulando críticas à separação de poderes até se chegar à separação de funções do poder estatal.

Assim, por diversas vezes, o Poder Judiciário, no uso de sua função jurisdicional, estabelece regras concretas que interferem na atividade da Administração Pública, ao ponto de colocar à prova a separação de poderes consagrada no art. 2º da CR/88. Isso porque, se o Judiciário, em sua atividade fim, que é a prestação jurisdicional, começa a atuar como administrador público ao criar e implementar políticas públicas – ao menos aparentemente –, ele usurpa as funções do Executivo e coloca em risco a harmonia entre os Poderes.

Essa atividade do Judiciário que extrapola suas atribuições ordinárias é chamada de *Ativismo Judicial* e será tratada mais adiante. No entanto, trataremos nas linhas seguintes sobre o controle do Judiciário sobre a Administração Pública.

3. O dogma do mérito administrativo e o Poder Judiciário

A Administração Pública age, ou pelo menos deveria agir, em conformidade com o interesse público que, conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto,²⁴ pode ser dividido em *interesse público primário* (aquele afeto aos anseios sociais, à vontade e à necessidade da sociedade em geral) e em *interesse público derivado* (aquele inerente aos interesses da Administração Pública). Sendo assim, toda a atuação do Estado deve ser pautada no interesse público primário, mas sempre se levando em consideração o interesse público derivado.

A noção de interesse público²⁵ deve ficar bem sedimentada para que não provoque eventuais equívocos. Não se pode entender por interesse público o somatório de todos os interesses individuais dos cidadãos, ou dos grupos que compõem a sociedade, mas o somatório de interesses que sejam benéficos ao corpo social, ao corpo político, que deve estar sempre embasado em dois pilares: a *legitimidade* e a *legalidade*. A primeira

²⁴ *Curso de direito administrativo*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 429.

²⁵ Ainda Diogo de Figueiredo Moreira Neto traz um conceito de interesse público como “interesses coletivos gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através de ação política juridicamente embasada ou através de ação jurídica politicamente fundada”. *Legitimidade e discricionariedade*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 13.

corresponde à captação dos interesses da sociedade e à sua satisfação por aqueles que exercem o poder político. Assim, sempre que os interesses da sociedade são perseguidos por agente competente para tal, este ato é provido de legitimidade. A legalidade²⁶ diz respeito à cristalização, por meio de normas jurídicas, daqueles interesses da sociedade, isto é: realizando a institucionalização da sociedade por meio de normas jurídicas.

Por essa razão, há que se estabelecer mecanismos de controle sobre a atuação dos órgãos e entidades da Administração Pública, o que não compromete a autonomia desses entes. Por mais autônoma que uma pessoa seja, ela necessita de limites, de formas de controle; e é sobre este assunto que este item tratará.

3.1. Da discricionariedade

Quando se faz uma referência ao controle sobre a Administração Pública, em especial aos atos administrativos, a questão que se coloca diante do estudioso do Direito é a discricionariedade dos atos administrativos. A questão é relevante, uma vez que os atos de concessão ou não de licença ambiental, dentre outros, são atos administrativos.

Em relação à liberdade de decisão do administrador, pode-se dizer que há atos administrativos que são provenientes de uma certa margem de liberdade, ao menos em abstrato, na apreciação do mérito do ato. Há, também, atos que são produzidos sem essa margem de liberdade na sua apreciação, devendo o administrador executar exatamente o que foi estabelecido na lei. No primeiro caso, diz-se que o administrador agiu com um poder discricionário; no segundo, por outro lado, o administrador agiu no exercício do poder vinculado.

A discricionariedade surge como uma consequência do princípio da legalidade administrativa, isto é: a Administração somente pode agir em virtude de lei. No entanto, o âmbito da legalidade é muito inferior ao da legitimidade, isto é, a Administração Pública sempre que perseguir o interesse público agirá com legitimidade. Mas, legitimidade e legalidade, como já observado, não são coincidentes, pois a Administração pode agir com legitimidade na ilegalidade – quando pratica ato no interesse público, mas não autorizado por lei – e pode agir na legalidade, mas ilegitimamente – quando o ato é praticado conforme a lei, mas contra o interesse público, ou contrário ao objetivo legal.

Surge a discricionariedade porque não é possível enervar o mesmo tempo que o legislador preveja todas as hipóteses fáticas e traga para elas uma solução. Muitas vezes o legislador se omite em determinadas matérias para que o administrador encontre a solução mais adequada diante do caso concreto, pois receia que não seja adequado estabelecer, antecipadamente, uma solução em abstrato.

Ao dar uma certa liberdade na apreciação do caso concreto ao administrador, o legislador não estabelece uma liberdade absoluta à Administração Pública, mas assim o faz com o fim de se proteger o interesse público sempre que se reconhece que na análise do caso concreto o administrador poderá encontrar uma solução que satisfaça melhor o interesse público, preservando-se a finalidade do Estado.

²⁶ A legalidade deve ser vista, neste trabalho, não em sentido de lei formal, mas como um conceito de juridicidade, isto é: atuação conforme as normas jurídicas, sejam leis ou normas de outra forma.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto conceitua a discricionariedade como: “[...] a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico”.²⁷

Ou pode ser conceituado como o poder que “o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”.²⁸ Da doutrina espanhola podem-se extrair os ensinamentos de Enterría e Fernández:

[...] la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular. Ha de notarse, sin embargo, que esa estimación subjetiva no es una facultad extra-legal, que surja de un supuesto poder originario de la Administración, anterior o marginal al Derecho; es, por el contrario, una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la Ley que ha configurado la potestad y que se la ha atribuido a la administración justamente con ese carácter.²⁹

No magistério de Agustín A. Gordillo há discricionariedade “cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera”.³⁰

Ensina Celso Antônio Bandeira de Melo³¹ que a discricionariedade é:

[...] a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada 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.

²⁷ Diogo de Figueiredo Moreira Neto: *Legitimidade e discricionariedade*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 33.

²⁸ Hely Lopes Meirelles: *Direito administrativo Brasileiro*, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995. p. 102. No mesmo sentido Maria Sylvia Zanella di Pietro: *Direito administrativo*, 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2001. p.197, quando afirma que a discricionariedade é quando a atuação da “Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito”.

²⁹ Tradução livre: “[...] a inclusão no processo aplicativo da lei de uma estimação subjetiva da própria Administração com a que se completa o quadro legal que condiciona o exercício do poder ou seu conteúdo particular. Há de se notar, no entanto, que essa estimação subjetiva não é uma faculdade extra-legal, que surge de um suposto poder originário da Administração, anterior ou marginal ao Direito; é, pelo contrário, uma estimação cuja relevância deve ter sido chamada expressamente pela lei que configurou e atribuiu o poder à Administração, justamente com esse caráter”. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández: *Curso de derecho administrativo*, 10ª ed., v. I, Madrid: Civitas, 2001. p. 453.

³⁰ Agustín A. Gordillo: *Tratado de derecho administrativo*, 7ª ed., v. I, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. X-10.

³¹ Celso Antônio Bandeira de Mello: *Discricionariedade e controle jurisdiccional*, 2ª ed., 5ª tir., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 48. (grifos do próprio autor).

No mesmo sentido preleciona Karl Engisch³² que a discricionariedade administrativa é proveniente do direito, ou mesmo da lei, que consiste em uma margem de liberdade que tem o administrador ou juiz³³ na apreciação do mérito na escolha de uma, dentre duas ou mais alternativas, chamando a atenção que a opção escolhida passa a ser a única, a mais justa ou a mais adequada opção do administrador ou juiz. Com isso, o mesmo autor chega a afirmar que exista uma *discricionariedade vinculada*,³⁴ tendo em vista que a solução que o administrador ou julgador deva encontrar deva ser a mais justa ou mais adequada ao caso concreto.

A discricionariedade, que é criticada por Lênio Streck, por sua aproximação com a arbitrariedade, deve ser ao máximo limitada e, até mesmo, limitada, para que tanto o administrador público quanto o juiz aplique a norma de acordo com a ordem jurídica, na busca da solução mais adequada ao caso concreto.³⁵

Sendo assim, poderíamos conceber a hipótese de um juiz alterar uma decisão do administrador público por entender que a escolha deste foi inadequada e que haja uma solução que atenda melhor ao interesse público?

José dos Santos Carvalho Filho ensina que a discricionariedade possui três elementos, a saber: “1) norma de previsão aberta que exija complemento de aplicação; 2) margem de livre decisão, quanto à conveniência e à oportunidade da conduta administrativa; 3) ponderação valorativa de interesses concorrentes, com prevalência do que melhor atender ao fim da norma”.³⁶

O conteúdo da discricionariedade administrativa sempre foi considerado matéria proibida para o controle do Judiciário, tendo em vista que se tratava de “mérito administrativo”. Mas, será que o mérito administrativo é intocável, ao ponto de não caber ao Judiciário e à sociedade nenhum tipo de controle?

Certo é que a consagração do dever estatal de proteção ambiental funciona como elemento limitador da discricionariedade da Administração Pública, no que se refere à oportunidade de agir,³⁷ para impor ao poder público uma adequação constante das me-

³² Karl Engisch: *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. J. Baptista Machado, 7ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 219, 220.

³³ No direito brasileiro se percebe que há discricionariedade na apreciação do juiz, isto é, a autorização legalmente constituída para uma liberdade na apreciação do juiz dentre várias possíveis, quando se observa o caso da quantificação do dano moral, ou dos arts. 287 e 461 do CPC.

³⁴ “Aqui podemos lançar mão do conceito evanescente de ‘discricionariedade vinculada’ e dizer que a discricionariedade é vinculada no sentido de que o exercício do poder de escolha deve ir endereçado a um escopo e resultado da decisão que é o ‘único ajustado’, em rigorosa conformidade com todas as diretrizes jurídicas, e particularmente legais, que são de tomar em conta, ao mesmo tempo em que se procede a uma cuidadosa pesquisa e a uma cuidadosa consideração de todas as ‘circunstâncias do caso concreto.’” (Karl Engisch: *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. J. Baptista Machado, 7ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 220).

³⁵ Lênio Luiz Streck: “Hermenêutica e decisão judícia: questões epistemológicas”, em Ernildo Stein, Lênio Streck (org.): *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 157-158.

³⁶ José dos Santos Carvalho Filho: *Manual de direito administrativo*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 37.

³⁷ Ingo Wolfgang Sarlet, Tiago Fensterseifer: “O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais”, em *Revista de direito ambiental*, São Paulo, nº 52, out./dez. 2008, p. 78.

didadas efetivas para a preservação do meio ambiente, diante das atuações concretas dos agentes econômicos.

A pergunta ganha pertinência diante de situações em que se percebe que o administrador público fez uma má escolha, de modo a não atender ao interesse público. Imagine-se que o IBAMA tenha autorizado a instalação de uma atividade econômica potencialmente nociva ao meio ambiente, mesmo diante de um estudo de impacto ambiental que aconselhe a não instalação da atividade, diante dos riscos prováveis ao ecossistema. Isso integra a discricionariedade administrativa. No entanto, seria possível o Poder Judiciário intervir nesta situação, para impedir que a atividade seja instalada, em nome da preservação do meio ambiente equilibrado e, assim, garantindo melhor qualidade de vida dos moradores de determinada região? Essas questões serão discutidas nas linhas seguintes.

4. O Judiciário como arma de defesa do meio ambiente

A preservação ambiental passou a ser preocupação de todos. A missão que era apenas do Estado – pelo menos para alguns – a Constituição de 1988 a repassou para toda a coletividade: junto com o direito a ter um meio ambiente equilibrado, também o dever de preservá-lo para as presentes e as futuras gerações (art. 225, *caput*, CR/88).

Assim, o meio ambiente passou a ser considerado um direito-dever para todos. O texto constitucional, além de um capítulo próprio no art. 225, elevou a defesa do meio ambiente como princípio norteador da ordem econômica (art. 170, VI, CR/88). Destarte, toda e qualquer atividade econômica, bem como os serviços públicos, deverão sempre levar em consideração a questão ambiental, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.

O Poder Judiciário deve atuar sempre que for provocado, quando houver uma violação do dever constitucional de preservação do meio ambiente. Não obstante a atuação preponderante do Poder Executivo na fiscalização das atividades econômicas, as partes em conflito (poder público e particulares, ou somente particulares) recorrem ao Judiciário para a solução dos conflitos, o que exige do julgador a sensibilidade aos problemas existentes, bem como exige uma atividade hermenêutica eficiente, capaz de sopesar os interesses em jogo, para dar uma solução adequada ao caso concreto.

A consagração constitucional do dever de preservação do meio ambiente impôs ao Estado uma série de medidas para a efetiva proteção do meio ambiente equilibrado, as quais podemos citar: “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; promover a educação

ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

Todas essas ações devem ser realizadas pelo poder público, para que se efetive o direito ao meio ambiente equilibrado – direito fundamental da sociedade e dos indivíduos. Porém, pode ocorrer que a Administração Pública se omita na realização dessas atividades, o que poderá provocar danos ambientais e perda do patrimônio ambiental da sociedade. Nesse caso, os interessados podem provocar o Poder Judiciário para que a Administração Pública seja compelida a cumprir o seu dever. É a chamada judicialização da política.

A invasão do direito sobre o social avança na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo judiciário, visando a dar cobertura à criança e ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiência física. O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos. A nova arquitetura institucional adquire seu contorno mais forte com o exercício do controle da constitucionalidade das leis e do processo eleitoral por parte do judiciário, submetendo o poder soberano às leis que ele mesmo outorgou.³⁸

Assim, o Poder Judiciário ganhou papel fundamental na democracia brasileira. A sociedade pode exercer o controle social sobre a atuação da Administração Pública via Poder Judiciário, em ações populares, ou por meio do Ministério Público, em ações civis públicas, com o fim de tutelar o meio ambiente sempre que este estiver em perigo por causa da atuação ou da omissão da Administração.

Desta forma, a atuação dos juízes e tribunais deve tomar uma feição proativa e protetória, de modo a romper com o paradigma liberal, em que o juiz tem um papel de neutralidade, em observância à discricionariedade administrativa, passando a atuar como agente político que é, de modo a fazer valer os valores e princípios constitucionalmente protegidos.³⁹

A questão ambiental, como está diretamente vinculada ao texto constitucional traz à discussão muitos valores constitucionais que, ao menos em princípio, são antagônicos, tais como a dignidade da pessoa humana, o direito ao meio ambiente equilibrado, a propriedade privada, a função social da propriedade e a livre iniciativa. Por isso, o juiz deverá levar em consideração todos esses valores, tendo em vista que na questão ambiental é muito provável que haja colisão de direitos fundamentais. Assim, o intérprete deverá

³⁸ Luiz Werneck Vianna, Marcelo Baumann Burgos, Paula Martins Salles: “Dezessete anos de judicialização da política”, em *Tempo social*, São Paulo, vol. 19, n.º 2, nov. 2007, p. 41.

³⁹ Ingo Wolfgang Sarlet, Tiago Fensterseifer: “O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais”, em *Revista de direito ambiental*, São Paulo, n.º 52, out./dez. 2008, p. 81-82.

fazer uso da hermenêutica constitucional, a fim de que possa apresentar em suas decisões resultados satisfatórios.

Em matéria ambiental, os tribunais têm aplicado os efeitos horizontais dos direitos fundamentais – no caso, o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, quer com a limitação aos direitos do proprietário rural para respeitar uma unidade de conservação, quer com uma área de preservação permanente, ou inclusive fazendo respeitar a reserva legal mesmo que o novo proprietário já tenha comprado o imóvel com reserva legal desmatada, em que lhe é imputado o dever de reflorestar.

O STJ decidiu que um proprietário demolisse uma construção feita dentro de uma área de preservação permanente. A construção era de um complexo hoteleiro.⁴⁰ O mesmo tribunal, em Ação Civil Pública que tinha por objeto a anulação de licença ambiental para explorar árvores mortas ou caídas de determinada área particular que, posteriormente, se tornara um Parque Nacional, por decreto de utilidade pública decidiu não apenas em função da criação do Parque e da consequente transferência de propriedade para o domínio público, mas sim em função do laudo técnico que afirmava que:

2.26 As operações de extração de madeira, com a presença de barulho de máquinas, equipe de trabalhadores e arrasto de toras, possivelmente fará com que determinadas espécies, principalmente da fauna terrestre se afastem desta agitação procurando outras áreas, podendo assim invadir áreas antropizadas ficando mais suscetíveis à caça e predação. Além do que, como citado no trabalho do engenheiro Eloi Mattei, a fauna poderia retornar à área após a operação de retirada. Porém, vale salientar que se alguma destas espécies estiver se reproduzindo no local, este deslocamento da área e posterior retorno não seria assim tão simples e talvez inviável, acarretando provavelmente na perda da prole, o que seria extremamente agravante, em se tratando de espécie com grande longevidade e baixo índice de natalidade.⁴¹

Assim, a preservação do meio ambiente deve vir em primeiro lugar, o que possibilitou a anulação da licença ambiental anteriormente concedida.

O STJ, ainda, no Resp n. 1.079.713-SC condenou uma empresa ao pagamento de indenização por danos ao meio ambiente, por queimar palha de cana, mesmo com licença ambiental para tanto, por entender que, além da existência de danos ao meio ambiente, a licença foi concedida indevidamente.

Como se vê, em diversos julgados, os tribunais têm se manifestado a respeito da questão ambiental, não obstante a concessão de licença para explorar atividades econômicas seja atribuição da Administração Pública, manifestando-se, assim, a judicialização da política.

4.1. Judicialização da política e a atividade petrolífera

Na ação ordinária tombada sob o n. 2005.50.01.007655-9, que tramitou na 6ª Vara Federal Cível, na Seção Judiciária do Espírito Santo, movida pela PETROBRÁS em face do

⁴⁰ STJ, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, MC n.º 16868 – SP, DJ 05.10.10.

⁴¹ STJ, REsp n. 1.122.909-SC, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, DJ 07.12.09.

IBAMA, pleiteava-se a concessão imediata da licença prévia de produção para pesquisa no litoral do Espírito Santo, o que havia sido negado pelo IBAMA, por entender esta entidade que o requerente não havia cumprido todas as suas exigências – que no caso era a realização de uma compensação ambiental, prevista no art. 36, caput, da Lei n. 9985/2000. O fato é que o IBAMA entendeu que o empreendimento produziria significativo impacto ao meio ambiente e, portanto, seria necessária a compensação ambiental, com a criação de uma unidade de conservação, sendo sua criação e manutenção a cargo da PETROBRÁS. Como a referida empresa não concordou com a exigência, por entender que sua atividade não provocaria significativo impacto ambiental, ela ajuizou a ação ordinária, para que o Poder Judiciário determinasse a concessão da referida licença ambiental.

Trata-se de um caso concreto de judicialização da política, uma vez que o Poder Judiciário pode interferir da esfera administrativa e, talvez, tomar o lugar do administrador.

Ao analisar o caso, o juiz federal entendeu que todos os requisitos legais para a concessão da licença haviam sido preenchidos e, portanto, a negativa da concessão da licença seria ilegal, tendo em vista que a PETROBRÁS apresentou os documentos listados no art. 7º, da resolução CONAMA n. 23/97, dentre eles, o Estudo de Viabilidade Ambiental (EVA).

Assim, entendeu o magistrado que como a referida resolução não trata da compensação ambiental, ela não é aplicável ao caso concreto. Se o IBAMA quisesse exigir a compensação ambiental (art. 36, Lei n. 9985/2000), deveria ter exigido o Estudo Prévio de Impacto ambiental, conforme previsão nesse dispositivo legal.

Embora o IBAMA tenha explicitado que o nome do documento deve ser tratado de modo genérico pelo intérprete, a tese que prevaleceu foi a da PETROBRÁS, determinando o juiz a imediata concessão da licença ambiental para a pesquisa pretendida. Entretanto, algumas questões devem ser explicitadas aqui.

4.2. A natureza jurídica da licença ambiental

Há que se perguntar se a licença ambiental se trata de uma licença mesma, ou se é uma autorização administrativa para exercer uma determinada atividade econômica. Como já foi dito, quando se trata de questões ambientais a Administração Pública não age considerando apenas o direito subjetivo de exploração de qualquer atividade econômica – livre iniciativa – mas, sim, a tutela do meio ambiente, bem comum de todos, que é um direito chamado de terceira geração ou dimensão, porque extrapola a esfera individual, por ser um direito difuso.

De acordo com o princípio da prevenção⁴² e o da precaução,⁴³ a Administração Pública tem por fim assegurar que os bens ambientais sejam preservados de atividades eco-

⁴² O princípio da prevenção consiste na tomada de medidas preventivas de danos ao meio ambiente. Ao invés de a Administração Pública punir os infratores da legislação ambiental ela determina a realização de Estudo de Impacto Ambiental, dentre outras medidas, para que se evitem danos ao meio ambiente. (Antônio F. G. Beltrão: *Curso de direito ambiental*. São Paulo: Método, 2009, p. 35-36; Paulo Affonso Leme Machado: *Direito ambiental brasileiro*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 90-92).

⁴³ O princípio da precaução se justifica pelas incertezas que rodeiam as questões ambientais. O princípio da prevenção avalia os riscos a partir da probabilidade de danos ao meio ambiente. O princípio

nômicas danosas. Mesmo que isso signifique a obstaculização de atividades econômicas, caso não seja possível a minimização dos danos ambientais em níveis aceitáveis.

A licença administrativa deve ser entendida como o instrumento pelo qual a Administração Pública autoriza que um administrado pratique determinados atos no exercício de direitos subjetivos. Assim é a licença para dirigir veículo automotor, ou para construir, por exemplo. Uma vez preenchidos os requisitos legais, não pode a Administração Pública se recusar a fornecer ao particular a referida licença, sob pena de praticar ato abusivo, atacável por mandado de segurança. Isso, porque não há para o administrador nenhuma liberdade de escolha. Uma vez preenchidos os requisitos legais, o administrado tem o direito à expedição da licença.⁴⁴ Além disso, os atos vinculados são definitivos. Uma vez praticados, não podem ser desfeitos por ato posterior, salvo quando a própria lei estabeleça um prazo de validade do ato.⁴⁵

Para Antônio Figueiredo Guerra Beltrão⁴⁶ a licença ambiental tem natureza jurídica de licença e, portanto, vinculada, pelas seguintes razões:

a) se a licença ambiental fosse considerada uma autorização, não haveria direito subjetivo à exploração de atividades econômicas, o que colocaria o administrado à mercê da discricionariedade da Administração Pública; esse entendimento violaria nosso sistema constitucional, que garante a livre iniciativa (art. 170, *caput*, CR/88);

b) a possibilidade da não renovação, modificação, suspensão ou cancelamento da licença não significa a precariedade do ato administrativo, porque não o coloca à mercê da arbitrariedade, tendo em vista que a não renovação não pode ocorrer de modo discricionário, mas, sim, de acordo com a lei.⁴⁷

Aloísio Pereira Neto também advoga pela vinculação da licença ambiental. No entanto, se houver qualquer violação das condicionantes ou normas legais, a licença poderá ser cassada.⁴⁸

Por outro lado, a autorização “é o ato pelo qual a Administração consente que o particular exerça atividade ou utilize bem público no seu próprio interesse”.⁴⁹ A autorização é um ato discricionário da Administração e precário. Portanto, a autorização pode ser cancelada a qualquer tempo.

da precaução, ao contrário, leva em consideração até mesmo os danos que são imprevisíveis, diante da falta de conhecimento no assunto e por se tratar da vida, a qual não é possível confinar nos laboratórios. Interessante é a afirmação de François Ost a respeito do tema: “[...] quanto mais se sabe, menos se afirma. Assim, será necessário conformar-se com um saber iminentemente revisável: o grande número de variantes introduzidas, bem como a multiplicidade dos elos recursivos operando entre si, frustram qualquer previsão intangível. É a uma actualização constante dos dados e a uma revisão periódica dos modelos explicativos que obriga o saber ecológico actual. (François Ost: *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do directo*, trad. Joana Chaves, Lisboa: Piaget, 1995, p. 110).

⁴⁴ José dos Santos Carvalho Filho: *Manual de Direito administrativo*, 23ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 155.

⁴⁵ Idem, *ibidem*, p.156.

⁴⁶ Antônio F. G. Beltrão: *Curso de direito ambiental*, São Paulo: Método, 2009, p. 132.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 132-133.

⁴⁸ Aloísio Pereira: “Licenciamento ambiental: entrave ao desenvolvimento ou necessidade de preservação?”, em Edson de Oliveira Braga Filho et al. (coord.): *Advocacia ambiental: segurança jurídica para empreender*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 260.

⁴⁹ José dos Santos Carvalho Filho: *Manual de Direito administrativo*, o. cit., p. 160.

O art. 170, § 1º, CR/88 estabelece que “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de *autorização* de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. (grifo nosso).

Como a proteção ambiental está inserida no contexto da Ordem Econômica, fica claro que quando as atividades econômicas ficam submetidas ao licenciamento ambiental se está diante de uma autorização ambiental.⁵⁰ Outras razões podem ser explicitadas, como se vê a seguir.

O art. 10, § 1º, da Lei 6938/81 trata do pedido de renovação da licença como forma de manifestar que essa licença ambiental tem natureza de autorização, diante da necessidade de renovação. Se fosse licença mesmo, esta se tornaria ato definitivo. A mesma lei, ao tratar dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, trata do licenciamento e da revisão das licenças, que, no mesmo sentido, demonstra a necessidade de revisão das licenças emitidas, com um caráter temporário.

A Resolução CONAMA nº. 237/97 estabelece prazo de validade das licenças ambientais, em seu art. 18 – licença prévia, não superior a 5 anos; licença de instalação, não superior a 6 anos; e licença de operação, não superior a 10 anos. A obrigatoriedade de as licenças serem temporárias também demonstra que a licença ambiental tem natureza de autorização.

Mas, o que isso significa? As autorizações são atos administrativos precários. Não estão vinculados a direitos subjetivos dos administrados, podendo ser, a qualquer tempo, canceladas, por serem atos administrativos discricionários. Nos atos vinculados a Administração não pode se negar a praticar o ato, uma vez preenchidos os requisitos legais. No entanto, o regime jurídico dos atos administrativos vinculados não é o adequado no que se refere à licença ambiental.

A alternativa não poderia consistir senão num direito brando, puramente simbólico, desprovido de todo o efeito constrangente; ou então num direito excessivamente rígido e estável, sempre ultrapassado pelas realidades. Bem entendido, há um preço a pagar: os princípios de respeito à legalidade e da segurança jurídica não poderão sair indemnes deste embrandecimento da norma, em que a iniciativa é frequentemente delegada do legislador à administração, e cujo conteúdo é objecto de uma revisão contínua.⁵¹

Diante de tantas condicionantes e levando-se em consideração que a tutela do meio ambiente se refere a um direito difuso, de interesse de toda a sociedade, não há como se permitir que a licença ambiental permaneça presa ao regime jurídico dos atos administrativos vinculados, por ser temerário dar muitos direitos subjetivos aos indivíduos, em detrimento do restante da sociedade.

Assim, para garantir uma maior efetividade à tutela ambiental, e diante do que já foi colocado pela legislação, há que se entender que a “licença ambiental” na verdade tem a natureza jurídica de uma autorização e, portanto, é um ato administrativo discricionário.

⁵⁰ Paulo Affonso Leme Machado: *Direito ambiental brasileiro*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009. p. 275.

⁵¹ François Ost: *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do directo*, trad. Joana Chaves, Lisboa: Piaget, 1995, p. 115.

Isso não quer dizer que os administrados estarão sujeito à arbitrariedade do administrador, uma vez que é possível, como já foi visto, controlar a discricionariedade da Administração.

Na decisão que se comenta neste trabalho, o julgador tratou a licença ambiental como ato vinculado. Assim, uma vez demonstrado o cumprimento das exigências legais e regulamentares, nasce um direito subjetivo do administrado à expedição da licença ambiental.

No entanto, se a Administração negou a licença ambiental é porque havia elementos que colocavam em dúvida se a atividade da empresa causaria ou não danos ao meio ambiente. Nesse caso, quando o Estado-juiz profere decisão anulando aquela decisão de não conceder licença, ele age de modo a comprometer as próprias atribuições daquela entidade (IBAMA), tomando, assim, o lugar do administrador.

5. Considerações finais

A tensão política existente entre Poder Legislativo e Poder Judiciário pode ser interpretada como a intromissão deste último na esfera de atribuições do outro Poder. Por isso, é importante investigar a separação de poderes nos dias atuais.

A clássica divisão do poder estatal em Executivo, Legislativo e Judiciário não significa a divisão do referido poder, mas tão-somente uma especialização de órgãos para o melhor desempenho das funções estatais.

Por isso é possível encontramos atividades executivas no Poder Legislativo e no Poder Judiciário e vice-versa. Essas atividades são chamadas de funções atípicas dos poderes.

No âmbito da Administração Pública, no exercício de suas funções, o administrador público pode ter uma certa liberdade na tomada de suas decisões, com o fim de alcançar as finalidades da lei. Sem embargo, essa liberdade não é sinônimo de arbitrariedade, uma vez que essa margem de liberdade conferida ao administrador pela lei obriga o administrador a encontrar a melhor solução para o caso concreto.

No que se refere ao licenciamento ambiental, a licença ambiental é um ato discricionário da Administração Pública. Por isso, não basta a juntada de documentos e das exigências legais para que uma empresa receba do poder público a licença ambiental para a exploração de atividade econômica potencialmente nociva ao meio ambiente.

Embora em um primeiro momento a revisão judiciária de um ato discricionário possa parecer intromissão no mérito administrativo, diante da necessária limitação da “liberdade” do administrador público, pode o Poder Judiciário rever um ato discricionário sempre que este violar as finalidades da lei que o autorizou.

Não obstante a divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema, quanto ao enquadramento da licença ambiental como ato discricionário ou vinculado, entendemos que se trata, na verdade, de ato discricionário, razão pela qual, a Administração Pública não está obrigada a emitir a licença ambiental apenas pelo simples preenchimento de requisitos previstos na lei, como a apresentação de documentos, bem como não está vinculada ao resultado do Estudo prévio de impacto ambiental. Do mesmo modo, o Estado-juiz poderá rever estes atos administrativos quando a Administração Pública extrapole os limites da lei, para a proteção dos valores constitucionais.

Referências bibliográficas

- BELTRÃO, Antônio F. G. *Curso de direito ambiental*. São Paulo: Método, 2009.
- BORDIN, Fernando Lusa. “Justiça entre gerações e a proteção do meio ambiente: um estudo do conceito de equidade intergeracional em direito internacional ambiental”, em *Revista de direito ambiental*, São Paulo, n. 52, p. 37-61, out./dez. 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito administrativo*. 23 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CARVALHO, Delton Winter de. “A sociedade do risco global e o meio ambiente como um direito personalíssimo intergeracional”, em *Revista de direito ambiental*, São Paulo, n. 52, out./dez. 2008, p. 27-35.
- CLÈVE, Clémerson Merlin: *Atividade legislativa do poder executivo*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.
- CORREIA NETO, Celso de Barros. “Direito ambiental simbólico?”, em *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 53, jan./mar. 2009, p. 127-144.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella: *Direito administrativo*. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- ENGISCH, Karl: *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. J. Baptista Machado, 7ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- FERREIRA, Ximena Cardozo. “A possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente”, em *Revista de direito ambiental*, São Paulo, n. 47, jul./set. 2007, p. 152-173.
- GORDILLO, Agustín A. *Tratado de derecho administrativo*, 7ª ed., v. I, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003.
- LEITE, José Rubens Morato; Germana Parente Neiva MELCHIOR: “Estado de direito ambiental: uma análise da recente jurisprudência ambiental do STJ sob o enfoque da hermenêutica jurídica”, em *Revista de direito ambiental*, São Paulo, n. 56, out./dez. 2009, p. 55-92.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, cap. IV do título IV (p. 219-274), “Estudo de impacto ambiental”; cap. V do título IV (p. 275-301).
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, 2ª ed., 2ª tir., São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- NEVES, Rodrigo Santos. *Função normativa e agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*, trad. Joana Chaves, Lisboa: Piaget, 1995.
- PEREIRA, Aloísio. “Licenciamento ambiental: entrave ao desenvolvimento ou necessidade de preservação?”, em Edson de Oliveira BRAGA FILHO et al. (coord.): *Advocacia ambiental: segurança jurídica para empreender*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 255-266.
- SARLET, Ingo Wolfgang; Tiago FENSTERSEIFER: “O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais”, em *Revista de direito ambiental*, São Paulo, n. 52, out./dez. 2008, p. 73-100.
- SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Maurício de Jesus Nunes da: “A revogação da licença ambiental”, em *Revista de direito ambiental*, São Paulo, n. 53, jan./mar. 2009, p. 187-222.
- STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas”, em Ernildo STEIN; Lenio STRECK (orgs.): *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 153-172.
- VIANNA, Luiz Werneck; Marcelo Baumann BURGOS; Paula Martins SALLES: “Dezessete anos de judicialização da política”, em *Tempo Social*, São Paulo, vol. 19, n. 2, nov. 2007, p. 39-85.