UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

BEATRIZ MERCÊS FREITAS

DISCRICIONARIEDADE NOS ATOS ADMINISTRATIVOS: um estudo sobre a incidência na seara ambiental

RECIFE

2023

BEATRIZ MERCÊS FREITAS

DISCRICIONARIEDADE NOS ATOS ADMINISTRATIVOS: um estudo sobre a incidência na seara ambiental

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel(a) em Direito.

Área de concentração: Direito Administrativo.

Orientador(a): Talden Queiroz Farias

RECIFE

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Freitas, Beatriz Mercês.
Discricionariedade nos atos administrativos: um estudo sobre a incidência na seara ambiental / Beatriz Mercês Freitas. - Recife, 2023.
68 f.

Orientador(a): Talden Queiroz Farias
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2023.

1. Ato administrativo. 2. Discricionariedade. 3. Controle judicial. I. Farias, Talden Queiroz. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

BEATRIZ MERCÊS FREITAS

DISCRICIONARIEDADE NOS ATOS ADMINISTRATIVOS: um estudo sobre a incidência na seara ambiental

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel(a) em Direito.

Aprovada em: 28/04/2023.

BANCA EXAMINADORA

_____

Profº. Dr. Talden Farias (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

_____

Profº. Me. Alexandre Soares (Examinador Externo)
Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Roraima

_____

Profº Rárisson Sampaio (Examinador Externo)
Universidade Regional do Cariri

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais. Sem eles e seu apoio, eu não estaria aqui. Agradeço, especialmente, por sempre terem me dado asas e me permitido voar e acreditar que posso assim fazer.

Agradeço à Artur, meu irmão. Quando vim para Recife, uma das coisas que mais me preocupava era se a distância nos afastaria. Hoje, percebo que nossa relação mudou, mas está cada vez mais forte.

Agradeço, ainda, a toda minha família, que me auxiliou durante todo o período que estudei em outro estado. Apesar de distância, eles me apoiaram e continuam a assim fazer na minha escolha. Nesse sentido, agradeço, especialmente, a minha avó, “Zezete”, por toda ajuda nesses anos e por sempre lembrar de mim.

Agradeço, também, a minha companheira, Maria Clara, pois, apesar de não fazer parte dessa jornada desde o início, parece, hoje, ter estado e estar sempre presente. Obrigada por todo o companheirismo e lealdade constante.

Agradeço a todas as amizades criadas e desenvolvidas durante a faculdade. Vocês ajudaram com que eu não me sentisse sozinha durante o curso e a vida em Recife.

Agradeço, também, ao meu gato, Aang (*in memorian*). Ele foi meu primeiro companheiro em Recife e, por muito tempo, minha única companhia. Com ele em casa eu nunca me senti sozinha. Ele me acompanhou exatamente durante o período da Universidade e sei que cumpriu sua missão aqui, sempre deu carinho e presença para mim e para as todas as pessoas que tiveram contato com ele.

Por fim, não poderia deixar de agradecer, também, ao meu orientador, Professor Talden Farias, o qual me orientou de forma tranquila e sempre presente quando precisei, trazendo apontamentos e conhecimentos sem quais eu não teria conseguido fazer esse trabalho.

“É um negócio perigoso, Frodo, sair da sua porta. Você pisa na estrada, e, se não controlar seus pés, não há como saber até onde você pode ser levado”.

J.R.R. Tolkien.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso trata de uma análise da discricionariedade nos atos administrativos como instrumento para consecução do interesse público e, mais especificamente, preservação do meio ambiente. Desse modo, o trabalho objetivou entender o funcionamento da sistemática dos atos administrativos discricionários no Brasil, mas especificamente na seara ambiental. Além disso, buscou averiguar a possibilidade de controle desses atos, principalmente através do Judiciário. Para isso foi feita uma pesquisa bibliográfica e documental, de abordagem qualitativa, a partir do estudo da doutrina sobre a matéria, legislação pátria e jurisprudência sobre o tema. Desse modo foi desenvolvido um estudo acerca da atuação da Administração Pública de forma geral até se chegar ao contexto ambiental, avaliando-se o a viabilidade do controle judicial e sua realização, além de como a discricionariedade é utilizada. Por fim chegou-se a conclusão de que a discricionariedade está presente nos mais diversos tipos de atos administrativos, englobando desde atos simples, até os mais complexos que impactam na vida de diversos indivíduos. E que, além disso, é possível a realização do controle judicial sobre esses atos, contudo, em muitos casos, o Judiciário tem se esquivado da sua realização.

Palavras-chave: Ato Administrativo; Discricionariedade; Controle Judicial; Meio Ambiente.

ABSTRACT

This course completion work deals with an analysis of discretion in administrative acts as an instrument for achieving the public interest and, more specifically, preserving the environment. Thus, the work aimed to understand the functioning of the system of discretionary administrative acts in Brazil, but specifically in the environmental field. In addition, it sought to investigate the possibility of controlling these acts, mainly through the Judiciary. For this, a bibliographical and documentary research was carried out, with a qualitative approach, based on the study of the doctrine on the matter, national legislation and jurisprudence on the subject. In this way, a study was developed about the performance of the Public Administration in general until reaching the environmental context, evaluating the feasibility of judicial control and its implementation, in addition to how discretion is used. Finally, it was concluded that discretion is present in the most diverse types of administrative acts, ranging from simple acts to the most complex ones that impact the lives of several individuals. And that, in addition, it is possible to carry out judicial control over these acts, however, in many cases, the Judiciary has avoided its realization.

Keywords: Administrative Act; Discretion; Judicial Control; Environment.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF - Constituição Federal

CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

DOU - Diário Oficial da União

IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis

RE - Recurso Extraordinário

REsp - Recurso Especial

SISNAMA - Sistema Nacional de Meio Ambiente

STF - Superior Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

Sumário

1 INTRODUÇÃO 10

2 O ATO ADMINISTRATIVO: BREVE HISTÓRICO E CONCEITUAÇÃO 13

2.1 Breve histórico da Administração Pública 13

2.2 O Ato Administrativo – Conceituação, aplicação e controle 19

2.2.1 Modalidades de Ato administrativo *..... 20*

2.2.1.1 Requisitos do ato administrativo 20

2.2.1.2 Tipos de Ato administrativo 21

2.2.2 Invalidação do ato administrativo *..... 23*

3 UM ESTUDO SOBRE A DISCRICIONARIEDADE 26

3.1 Histórico e conceituação da Discricionariedade 26

3.2 Principais manifestações da Discricionariedade 30

3.2.1 Conceitos jurídicos indeterminados *..... 30*

3.2.2 Discricionariedade técnica *..... 32*

3.3 Possibilidade de controle judicial do Poder Discricionário 35

4 CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE 38

4.1 Incidência da discricionariedade nas leis ambientais 40

4.1.1 Licenciamento Ambiental *..... 44*

4.1.2 Concessão Florestal *..... 52*

4.1.3 Outorga de Uso de Recursos Hídricos *..... 53*

4.1.4 Autorização para queima *..... 54*

4.2 Controle dos atos administrativos ambientais discricionários exercido pelo judiciário .. 55

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 61

REFERÊNCIAS 65

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho, a Administração Pública será analisada, principalmente, na sua acepção localizada na ascensão do Estado de Direito, isto é, como fruto de um Estado em que Poder Executivo tem seus atos limitados, de modo a evitar o abuso de poder, e sua atuação é pautada pela garantia dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, “o porta-voz do Poder executivo é o ato administrativo[1]” e no caso, especificamente, do ato administrativo discricionário, há certa margem de liberdade para a Administração Pública. O agente ainda precisa atuar dentro dos limites da lei, no entanto, através de um juízo de oportunidade e conveniência, poderá escolher a melhor forma de alcançar o interesse público.

Em regra, a atuação da Administração Pública está submetida a um controle, como decorrência da própria existência do Estado Democrático de Direito, no qual todo o ordenamento se organiza e se pauta na Constituição Federal, devendo, portanto, a atividade administrativa observar as determinações legais e o interesse público, assim como os princípios que orientam o sistema.

Contudo, no caso dos atos discricionários, especialmente quando o controle é realizado pelo Judiciário, este não deve adentrar no mérito administrativo, realizando apenas uma análise da legalidade do ato.

Outrossim, no contexto do direito ambiental, a Constituição brasileira de 1988, em seu art. 225, estabeleceu que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental da pessoa humana, reconhecendo, assim, sua existência como direito difuso. Esse mesmo artigo também impôs como sendo dever do Estado garantir a manutenção do meio ambiente para as gerações futuras, de modo que é um dever da Administração Pública adotar medidas administrativas capazes de promover à proteção ambiental.

Salienta-se, também, o § 1º, do art. 5º da Constituição Federal garantiu eficácia vinculante imediata aos direitos fundamentais. Contudo, essa aplicabilidade deve ser realizada de modo a considerar a reserva do possível, haja vista a limitação dos recursos financeiros e a necessidade de prestações específicas para efetivação do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

---

[1] CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo.** Rio de Janeiro, Forense, 1993. p. 38.

Nesse sentido, muitos atos administrativos emitidos na seara ambiental são discricionários, cabendo, então, a Administração Pública analisar o mérito das medidas, realizando um juízo levando-se em consideração critérios de conveniência e oportunidade, assim como os princípios que orientam a atividade administrativa, tais como o da legalidade e o da razoabilidade.

Esse juízo de mérito é normalmente baseado na discricionariedade técnica, em atenção a existência de riscos indeterminados no contexto ambiental, que se utiliza de critérios técnico-científicos; como também se fundamenta nos conceitos jurídicos indeterminados, ante a inexistência, em muitos casos, de conceitos definidos para os casos analisados, baseando-se na boa-fé e na autonomia da vontade.

Diante de tudo o que foi abordado e levando-se em consideração que a temática da discricionariedade nos atos administrativos faz parte do cotidiano da Administração Pública, tendo em vista que grande parte dos atos emanados pelo Ente público envolvem, em algum momento, discricionariedade, a relevância desse trabalho, assim como sua problemática, é indiscutível no atual cenário brasileiro.

Além disso, é válido destacar que a Pandemia de Covid-19 resultou em uma relevância ainda maior para esse tema, visto que, a Administração Pública, durante esse período, em vários momentos, atuou fora do seu normal, por meio de atos que ultrapassavam os limites legais, ante a necessidade de adaptação frente a um contexto imprevisível.

Posto isso, está se discutindo hoje a necessidade cada vez maior de se repensar a atuação da Administração Pública e seus limites, principalmente no contexto ambiental, uma vez que, com o avanço de crises ambientais por todo o mundo, muito se discute acerca do papel do Estado nesse contexto e os limites na sua conduta.

Dessa forma, este trabalho almeja responder as seguintes perguntas: Como funcionam os atos administrativos discricionários no Brasil, mais especificamente na seara ambiental? Discricionariedade é sinônimo de arbitrariedades no contexto público?

O método utilizado para o desenvolvimento deste trabalho foi o estudo da legislação pátria, associado à análise da doutrina e do entendimento dos Tribunais pátrios. Os dados que embasaram o presente trabalho foram levantados por

intermédio de pesquisa bibliográfica e análise documental, a partir das informações presentes em livros, artigos, notícias, legislação e jurisprudências que tratam do tema da discricionariedade no contexto da Administração Pública, tendo como referenciais teóricos principais os autores: Di Pietro e Andreas Krell.

A análise dos dados foi qualitativa e para isso, inicialmente, foi realizada uma análise da atuação da Administração Pública de forma geral, abordando seu histórico, a formação do ato administrativo e seus subtipos. E, posteriormente, foi desenvolvido um estudo mais aprofundado do Poder Discricionário no contexto público, assim como a possibilidade de seu controle. Por fim, realizou-se um estudo dos atos administrativos discricionários no contexto ambiental, com especial enfoque nos seus instrumentos e a possibilidade do seu controle por meio do Judiciário.

2 O ATO ADMINISTRATIVO: BREVE HISTÓRICO E CONCEITUAÇÃO

O presente capítulo objetiva analisar, à luz da doutrina e legislação atinentes a matéria, a temática do ato administrativo, tanto acerca do seu aspecto histórico, com especial enfâse no desenvolvimento do conceito de Administração Pública, como também sua conceituação, levando-se em consideração a diversidade de perspectivas sobre o tema.

Nesse sentido, conforme assevera Di Pietro[2], é importante salientar que até a Administração Pública se tornar o que é hoje, seja em sentido subjetivo, como um conjunto de pessoas e órgãos que exercem função administrativa do Estado, ou em seu aspecto objetivo, como atividade concreta e imediata do Estado para consecução dos interesses coletivos, a formação do Estado de Direito foi essencial para o seu desenvolvimento, em decorrência, principalmente, da diferenciação dos Três Poderes, a limitação do poder do Soberano e a garantia dos direitos e fundamentais aos cidadãos.

Desta forma, tanto a conceituação de Administração Pública quanto sua função mudaram constantemente durante a história. Posto isso, a seguir será apresentado: (i) o histórico da Administração Pública e concomitantemente dos atos administrativos e (ii) o que são os atos administrativos e seus subtipos.

2.1 Breve histórico da Administração Pública

Inicialmente, é necessário salientar que, apesar da Administração Pública ter se desenvolvido essencialmente com a estruturação do estado de Direito, ela já existia antes, contudo, sem os principais aspectos que hoje a definem, quais sejam, a limitação do poder, a separação entre os três poderes e a garantia dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, Meirelles[3], ao conceituar Administração Pública, opta por uma visão prevalentemente objetiva, ressaltando o papel dos princípios jurídicos, atuando de forma harmônica, ao orientar os agentes públicos e os órgãos administrativos na consecução dos fins almejados pelo Estado.

---

[2] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo: Jurídico Atlas, 2002, p. 17.
[3] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2016, p. 41.

Esse conceito adotado pelo autor demonstra a grande disparidade existente entre o que atualmente se entende por Administração Pública e o que se entendia durante o período do Absolutismo, que marca o início do Estado Moderno.

Esse período, marcado pela perda de poderes da Igreja Católica com o fim da Idade Média e a ascensão da figura príncipe, como um monarca que concentrava poderes em sua pessoa, tinha como principal motivação de ser a necessidade latente de manutenção da unidade territorial do Estado, a qual havia sido posta em cheque reiteradamente durante os conflitos feudais.

Segundo Di Pietro, essa fase da Administração Pública ficou conhecida como “Estado de Polícia”, caracterizando-se, principalmente, pela concentração do poder nas mãos do soberano, sendo a sua vontade suprema e sem limitações legais, resultando, assim, em uma Administração sem freios, baseada em três princípios: o da *regis voluntas suprema lex* (a vontade do rei é a lei suprema), do *quod principi placuit legis habet vigorem* (aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei) e *the king can do no wrong* (o rei não pode errar).

Esse mesmo doutrinador aduz que, ante a necessidade de limitações ao poder do monarca, uma vez que os indivíduos (súditos) não possuíam voz, muito menos direitos, desenvolveu-se a denominada Teoria do Fisco. Essa teoria defendia que o patrimônio público pertencia, em verdade, ao Fisco, o qual teria personalidade de direito privado, submetendo-se, portanto, aos tribunais.

Tal teoria inovou ao prever que a Administração Pública, ainda que apenas sob um aspecto (seu patrimônio), estaria submetida a algo que não fosse o soberano, possibilitando que, em algumas situações, os Tribunais independentes reconhecessem a titularidade de direitos aos indivíduos.

Posteriormente, instaurou-se o período denominado por Di Pietro como Estado Liberal de Direito, estruturado sobre as bases advindas do Iluminismo e da Revolução Francesa. Nessa etapa, o Estado estruturou-se sobre os princípios da igualdade, separação do poderes e legalidade, com o intuito de garantir a proteção dos direitos individuais, principalmente frente ao Estado, em contrapartida ao que predominou durante o período anterior.

Nesse contexto, foi atribuído à Administração Pública apenas o dever de defender a propriedade privada e a liberdade do cidadão, conforme prescreve a

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão[4]. A vontade geral passa a ser a fonte da ordem da jurídica, de modo que um ato da Administração só é legítimo se resultante da lei[5].

Essa inovação com relação ao período anterior marcado pela concentração dos poderes na figura do monarca representou uma ruptura com o Antigo Regime e possibilitou a ascensão do princípio da legalidade, essencial em um Estado de Direito e o da separação dos poderes, os quais, conjuntamente, foram e são de extrema importância para a busca da igualdade e da liberdade pretendidas pelo Estado de Direito.

Além disso, desenvolveu-se, nesse período, o princípio da justicialidade, sendo este a possibilidade de controle judicial dos atos praticados pelo Administração Pública. Tal princípio é fundamental em um Estado em que se objetive haver limitação de poderes assim como revisão dos atos administrativos, evitando abusos de poder.

Contudo, uma esfera da atividade administrativa ainda estava livre de qualquer controle judicial ou de vinculação à lei, sendo que a isso se denominava discricionariedade. A Administração, então, poderia fazer tudo aquilo que a lei não proibisse, operando, conforme sustenta García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, no espaço livre da lei[6].

Diante desses aspectos, a atuação da Administração Pública se restringia, conforme assevera Di Pietro, em três elementos: (i) o subjetivo, que seria a prestação pelo Estado; (ii) o objetivo, atividade que tem por objeto a satisfação das necessidades coletivas e (iii) o formal, sendo a sujeição a regime jurídico de direito público[7].

Em sequência, devido as graves crises geradas nos contextos econômicos e sociais como consequência de uma quase ausência da atuação da Administração Pública, surge, no século XX, o Estado Social.

---

[4] Artigo 2º- O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade. a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.
Artigo 17º- Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indemnização. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

[5] Artigo 3. Não existe na França autoridade superior à da Lei. O Rei reina por ela e não pode exigir a obediência senão em nome da lei. Constituição Francesa de 1791.

[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo: Jurídico Atlas, 2002, p. 27.

[7] Ibid., p. 26.

Nesse período, desenvolve-se um Estado marcado por uma atuação voltada ao alcance de uma igualdade na prática entre os indivíduos, deixando-se de pressupor sua existência, ante o fracasso de tal premissa conforme se percebeu com o fim do Estado Liberal.

A Administração Pública passa a atuar no âmbito das atividades anteriormente desempenhadas apenas pelos particulares, o que resultou em um avanço do Direito Público frente ao privado, ocasionando um processo que hoje se denomina publicização do direito civil. Nesse ponto, a Administração Pública deixa de ter normas apenas garantidoras das liberdades individuais e, passa, em decorrência da expansão do direito público, a ter normas disciplinadoras de toda a atuação do Estado.

Outrossim, como resultado, o Poder Executivo se fortaleceu durante esse período, uma vez que o Legislativo deixou de ser o único Poder do qual poderiam emanar normas. Em muitos casos, inclusive, o legislador passou a editar normas gerais, com o intuito delas serem complementadas pelo executivo a partir da necessidade do caso concreto. Tal prerrogativa passou a ser exercida por este Poder através da edição, por exemplo, de decretos-leis.

Essa fase marca a desvinculação do direito da ideia de justiça, passando a ser, conforme leciona Kelsen, norma coercitiva estabelecida por autoridade legítima, ou seja, somente uma ordem, sem qualquer conteúdo moral, o que mais tarde, também, vai ser, ainda que de forma diferente, defendido por Luhmannn, ao argumentar acerca dos sistemas sociais. Para esse autor, o direito seria apenas mais um sistema social e, portanto, possuiria abertura cognitiva e fechamento operacional[8].

Diante disso, o Judiciário passa a realizar um controle das leis pautado em uma análise apenas do seu aspecto formal em detrimento do seu conteúdo, esvaziando a atividade judiciária do seu papel anterior durante o Estado Liberal como limitador do poder da Administração Pública.

---

[8] “Para a evolução do sistema jurídico e, por conseguinte, a sua correspondência com o meio em que se insere (sistema social), a sua referência interna deve obedecer ao mecanismo de fechamento operacional, que implica ausência de condicionamento do que ocorre no ambiente. E de outra parte, ao mecanismo de abertura cognitiva, que estabelece que a inserção de um elemento cognitivo do ambiente pauta-se na seleção daquele que é tolerado pela estrutura do sistema, que já o percebeu a priori como uma das probabilidades atuantes no movimento sistêmico”. CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. A Coerência do Sistema Jurídico em Luhmann: uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial.

É nesse momento, também, com o crescimento da máquina do Estado, que nasce a burocracia estatal. A necessidade, cada vez maior, por parte do Estado de um procedimento próprio para orientar suas atividades consolida uma atividade administrativa pautada na, conforme Di Pietro, citando José Eduardo Faria, "especialização, autoridade hierarquizada, sistema de regras e impessoalidade"[9]. Tal método, aduz Di Pietro, teria contribuído na produção de maior eficiência por parte do Estado, mas por outro lado, teria causado "um desequilíbrio entre os Três Poderes"[10].

Outra diferença da atuação administrativa com relação ao Estado Liberal era sua restrição a só poder fazer aquilo que a lei permitia. Di Pietro, contudo, defende que modificação não representou necessariamente uma evolução no direito administrativo, uma vez que, para essa autora:

> (...) vista a questão sob o aspecto da evolução sofrida pela própria ideia de lei, houve um retrocesso, pois ela deixou de ser manifestação da vontade geral do povo e instrumento de garantia de direitos fundamentais, na medida que o Poder Legislativo deixou de ser o único a editar normas legais, assumindo uma posição de dependência em relação ao Executivo, além de que passou a promulgar leis em sentido apenas formal, desvinculadas da ideia de justiça.

Como consequência das falhas do Estado Social advindas do insucesso no alcance das suas metas, tais como igualdade e liberdade para todos, além um desejo cada vez maior pelo retorno da correspondência entre direito e justiça, ascendeu o Estado Democrático de Direito, vigente até os dias atuais.

No Estado de Direito a norma passa a possuir dois sentidos principais, um formal, uma vez que se origina, na maioria dos casos, do Poder Legislativo e outro material, tendo em vista a função da lei como realizadora dos preceitos constitucionais.

Nesse contexto, os princípios assumem papel fundamental, passando a orientar todo o sistema, como também a própria atuação da Administração Pública, uma vez que as normas não devem ser entendidas isoladamente, mas de forma sistemática, consagrando os valores e finalidades do Estado[11].

---

[9] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo: Jurídico Atlas, 2002, p. 35.
[10] Ibid., p 36.
[11] Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e

As Constituições promulgadas durante nesse período se caracterizam pela tentativa de prever uma grande gama de direitos sociais e garantias a direitos fundamentais, além de princípios orientadores, os quais nem sempre estão explícitos nessas Cartas. Ademais, destaca-se o fato de que cabe a Administração Pública, na maioria dos casos, a partir das leis decorrentes da Constituição, concretizar os valores constitucionais.

Nessa perspectiva, diante da necessidade cada vez maior de uma atuação mais abrangente do estado, ante uma complexidade crescente da vida social, a Administração Pública passou a atuar não somente na esfera do serviço público, mas também na própria atividade econômica privada, seja por meio da criação de empresas públicas ou sociedades de economia mista ou com a realização de contratos com os particulares.

Entretanto, é válido salientar que, apesar disso, atualmente, por influência do neoliberalismo, o Estado deixou de assumir diretamente a consecução de várias atividades, delegando-as a iniciativa privada, por meio de privatizações e da criação de agências reguladoras. Nesse cenário, a Administração Pública assume um papel de reguladora, com características cada vez mais gerenciais, apresentando incentivos aos particulares e supervisionando o alcance do interesse público.

Além disso, como consequência de uma sociedade cada vez mais plural, cabe ao Estado promover a participação popular, de modo que os direitos fundamentais não sirvam apenas como limites a atuação estatal, mas sejam colocados em prática, garantindo transparência da atuação administrativa.

Outrossim, conforme explanado por Di Pietro, a administração gerencial se caracterizaria por uma busca constante pela eficiência, baseada em uma maior autonomia da Administração Pública e responsabilidade dos dirigentes dos órgãos públicos. Nesse sentido, alguns defensores desse novo modo de organização alegam que a legalidade estrita seria um óbice ao seu desenvolvimento, tendo em vista que impediria resposta dinâmicas da Administração aos novos anseios sociais.

Todavia, a autora rebate essas críticas aduzindo que: (i) o princípio da legalidade não significa que para cada ato administrativo seria necessária uma

---

individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (Constituição Federal de 1988).

norma expressa e (ii) que é preciso tomar cuidado com modelos importados sem adequação a sistemática interna de cada país. Além disso, ao tratar sobre o tema ela cita Jesús Leguina Villa, o qual adverte que[12]:

> (...) o princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando este último, que haverá de ser modificado quando sua inadequação às necessidades presentes constitua um obstáculo para a agestaão eficaz dos interesses gerais, porém nunca poderá justificar-se a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiado em termos de eficiência.

Por fim, resta claro o Estado de Direito trouxe desafios que precisam ser estudados e para isso é necessária uma análise atenta sobre o que hoje se denomina ato administrativo.

2.2 O Ato Administrativo – Conceituação, aplicação e controle

Cretella Junior[13], ao tentar definir ato administrativo, inicia explicando que:

> O porta-voz do Poder executivo é o ato administrativo. Também o ato administrativo é elemento de ligação entre o quantum de Administração que existe nos outros dois Poderes e os destinatários da medida editada. A comunicação entre as pessoas públicas e os administrados se concretiza por meio do ato administrativo.

Tal excerto demonstra a essencialidade do ato administrativo, contudo, ainda não termina sua conceituação. Sobre essa questão, o mesmo autor expõe que, em 1812, na quarta edição do “Repertório de Guyoy”, a cargo de Merlin, é que se emprega pela primeira vez a expressão “ato administrativo”, e somente em 1843 é que na Espanha se adota tal terminologia.

Hely Lopes[14] assevera que ato administrativo é uma espécie de ato jurídico, sendo este último todo ato que “tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”. Nesse sentido, o autor complementa que a partir da definição de ato jurídico deve-se adicionar para definição de ato

---

[12] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo: Jurídico Atlas, 2002, p. 64.
[13] CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo.** Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 38.
[14] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2016, p. 173.

administrativo a “finalidade pública”. Sendo assim, para esse autor, citando Cretella Junior:

> Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria[15].

Ademais, ele conclui enfatizando que o ato administrativo é manifestação volitiva necessariamente e, portanto, se diferencia do fato administrativo, o qual seria a realização material do ato e, portanto, resultado deste.

Di Pietro[16], por outro lado, ao definir ato administrativo enfatiza 5 (cinco) aspectos: (i) o fato dele constituir declaração do Estado; (ii) sujeita-se ao regime jurídico administrativo; (iii) produzir efeitos imediatos; (iv) ser passível de controle judicial e (v) sujeitar-se à lei.

Vladimir da Rocha França ressalta que “o ato administrativo material consiste em uma norma jurídica, individual e concreta, expedida pela administração pública (...)[17]”.

Diante dos conceitos apresentados, é perceptível que alguns requisitos para formação do ato administrativo são comuns a todos esses doutrinadores e sobre isso será o próximo tópico.

2.2.1 Modalidades de Ato administrativo

O entendimento dos atos administrativos de forma integral envolve, também, um estudo acerca dos requisitos para sua constituição, além de uma análise das suas possíveis classificações. Posto isso, esse será o objetivo desse tópico.

2.2.1.1 Requisitos do ato administrativo

Segundo Hely Lopes[18] são 5 (cinco) os requisitos necessários para formação do ato administrativo: (i) competência; (ii) finalidade; (iii) forma; (iv) motivo e (v)

---

[15] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Mlaheiros, 2016, p. 173.
[16] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 238.
[17] FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa:** no regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de janeiro: Forense, 2000, p. 93.
[18] MEIRELLES, op. cit., p. 175.

objeto.

Com relação a competência, o autor explica que seria a necessidade de o agente da Administração que pratica o ato possuir atribuição para tal, e para isso seria necessária a existência de previsão em lei, sendo um requisito intransferível, mas passível de delegação ou avocação. Já a finalidade se reflete no interesse público almejado com o ato, não se permitindo a prática do ato administrativo sem a existência da finalidade pública, como também não há liberdade para que a Administração escolha a finalidade.

Com relação a forma, diz do ato exteriorizador do ato administrativo, o qual deve ser previsto em lei e respeitado pelo agente, sob pena de invalidação do ato, uma vez que, diferentemente dos atos da iniciativa privada, que, em sua maioria, não possuem forma especial, os atos administrativos, em grande parte, exigem procedimentos especiais e forma legal, todavia, vale ressaltar que nem todas são essenciais.

Quanto ao motivo, “é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo”, podendo constar expressamente na lei ou ficar a critério da Administração, sendo esta última, uma hipótese de discricionariedade. Ressalta-se, também, que a motivação do ato, na maioria dos casos, é obrigatória, podendo o ato ser inválido na sua ausência. Ademais, nos casos em que a apresentação do motivo não for exigida, mas o agente a apresentar, fica ele adstrito aos motivos que apresentou.

Por fim, acerca do objeto do ato administrativo, esse será a “criação, modificação ou comprovação de situação jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas á ação do Poder Público”, refletindo, pois, o conteúdo do ato. Para Di Pietro[19], o objeto é o efeito jurídico imediato que o ato produz. Ademais, esta autora também ressalta a necessidade de observância dos mesmos aspectos presentes no direito Civil, devendo o objeto ser lícito, possível, certo e moral[20].

2.2.1.2 Tipos de Ato administrativo

[19] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 249.
[20] “(...) o objeto deve ser lícito (conforme à lei), possível (realizável no mundo dos fatos e do direito), certo (definido quanto ao destinatário, aos efeitos, ao tempo e ao lugar) e moral (em consonância com os padrões comuns de comportamento, aceitos como corretos, justos, éticos)”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 249.

Cretella Júnior[21] em sua obra “Controle Jurisdicional do Ato administrativo” classifica os atos administrativos em alguns tipos e sobre alguns deles que este tópico irá se debruçar.

Primeiramente, acerca da classificação em atos formais e materiais, o autor explica que os primeiros seriam todos aqueles que se originam do Poder executivo, já os materiais, seriam aqueles por meio dos quais o Estado determinaria “situações jurídicas individuais ou concorre para que tais situações se formem, não interessando, de modo algum, a natureza do órgão de onde se origina a medida”.

Ou seja, na seara dos atos materiais estariam abarcados os atos administrativos emanados pelo Poder Executivo e pelo Legislativo, como a concessão de férias, organização interna, entre outros.

Posteriormente, o autor suscita a diferença entre ato unilateral e o bilateral, esclarecendo que o primeiro seria mais comum no contexto da Administração Pública, haja vista que, normalmente, ela age sem consultar os indivíduos, praticando os atos de modo a atingir os interesses públicos. Já os bilaterais seriam exceções no contexto público, sendo exemplos os contratos públicos.

Acerca da classificação entre ato simples ou complexo, o primeiro é o ato que se concretiza pela manifestação volitiva de apenas um órgão da Administração, já o segundo é formado por mais de uma manifestação, seja de órgãos diferentes ou mesmos poderes diferentes.

Em sequência, acerca da esfera de incidência dos atos, há a classificação em atos internos e externos, os primeiros abarcando os atos com eficácia no interior da Administração, já os segundos são os que incidem fora dos limites da Administração Pública.

Cretella explicita, também, a diferenciação entre atos gerais (os quais não consideram em concreto os destinatários) e especiais, sendo o contrário. E entre atos relevantes e irrelevantes, sendo que nesse caso, é importante salientar que a relevância de um ato irá depender da situação concreta, uma vez que ele pode assumir relevância a partir dos efeitos jurídicos dele resultantes.

Outra importante distinção é entre os atos administrativos vinculados e os discricionários. Para Di Pietro, o ato administrativo é vinculado quando a norma não

---

[21] CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo.** Rio de Janeiro, Forense, 1993.

deixou margem para escolhas por parte da Administração[22], o agente fica adstrito aos pressupostos estabelecidos na lei. Cretella complementa afirmando que, nesse caso, o interessado possui direito líquido e certo a atuação da Administração da forma prescrita e, na hipótese de descumprimento dos requisitos, ela estaria sujeita ao controle jurisdicional[23].

Nesse sentido, por exemplo, no caso das licenças, que são atos administrativos, em geral, de caráter vinculado, pode-se de dizer que não é a autoridade administrativa que outorga a licença, mas sim a própria lei. Desse modo, é o próprio particular que, ao possuir os requisitos previstos na lei, retira os obstáculos para realização da atividade. Nesse caso, a Administração Pública apenas declara a existência do direito.

Por outro lado, o ato administrativo discricionário se caracteriza por permitir ao agente certa liberdade na prática do ato. O Administração Pública ainda precisa atuar dentro dos limites da lei, no entanto, através de um juízo de oportunidade e conveniência, pode escolher a melhor forma de alcançar o interesse público.

Como exemplo, pode-se citar as autorizações, as quais são precárias, tendo em vista que não existe direito subjetivo a elas, apresentando, portanto, caráter constitutivo de um direito.

Essa última classificação será retomada de forma mais aprofundada em capítulo próprio, ante seu papel fundamental para esse trabalho.

2.2.2 Invalidação do ato administrativo

A Administração Pública em um Estado de Direito, conforme já exposto, submete-se as normas jurídicas, não podendo atuar fora do que elas estabelecem ou de forma contrárias aos princípios que regem o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, se por erro, culpa ou dolo a atuação da Administração ocorre em desobediência ao que determina o ordenamento, cabe a mesma invalidar esses atos, seja por iniciativa própria ou mediante provocação.

Entretanto, se assim a Administração deixa de fazer, poderá o cidadão prejudicado ou qualquer interessado recorrer a tutela jurisdicional, com o intuito de

---

[22] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 254.
[23] CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo.** Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 148.

ser o ato revisado ou mesmo anulado.

Hely Lopes[24] leciona que a Administração poderia rever seus atos tanto sobre o aspecto legal – formal – quanto de mérito[25], mas que, em contrapartida, só caberia ao Judiciário uma análise acerca da legalidade do ato administrativo praticado. Nessa perspetiva, o controle jurisdicional se reduziria, portanto, a hipótese de anulação do ato administrativo, haja vista que a possibilidade de revogação diz respeito a faculdade apenas atribuída à Administração de realizar o desfazimento do ato embasada em motivo de conveniência e oportunidade, uma vez que a revogação se funda no poder discricionário da Administração.

Nesse sentido, inclusive, o STF editou as Súmulas nsº 346 e 473:

> Súmula nº 346 do STF: A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.
>
> Súmula nº 473 do STF: administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Sobre essa temática, o STF, no julgamento do RE nº 594.296[26], pronunciou-se com repercussão geral, no sentido de que na hipótese dos atos administrativos ilegais praticados já terem decorridos efeitos concretos, para seu desfazimento seria necessária a instauração de processo administrativo.

Sobre o procedimento de revogação pela Administração Pública, Hely Lopes salienta que é a "supressão de um ato discricionário legítimo e eficaz (…), mas inconveniente ao interesse público[27]". Cretella, em complemento, defende que: "revogação é a manifestação unilateral da vontade da Administração que tem por

---

[24] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Mlaheiros, 2016, p. 225.

[25] Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. BRASI. Lei nº 9.784/1999.

[26] RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO DO PODER DE AUTOTUTELA ESTATAL. REVISÃO DE CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO E DE QUINQUÊNIOS DE SERVIDORA PÚBLICA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já decorreram efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo. 2. Ordem de revisão de contagem de tempo de serviço, de cancelamento de quinquênios e de devolução de valores tidos por indevidamente recebidos apenas pode ser imposta ao servidor depois de submetida a questão ao devido processo administrativo, em que se mostra de obrigatória observância o respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa. 3. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE nº 594.296, Relator: Ministro Dias Toffoli, julgado em 21/09/2011, publicado no DJe em 13/02/2012).

[27] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Mlaheiros, 2016, p. 227.

escopo desfazer, total ou parcialmente, os efeitos de ato administrativo anterior (…)[28]".

Desta forma, todo ato discricionário seria passível de revogação, contudo, conforme ressalta este doutrinador, esse procedimento deve ser realizado de modo a manter a estabilidade das relações jurídicas, implicando em certos limites à Administração Pública, devendo, também, ser acompanhado de motivação.

Miguel Reale, citado por Di Pietro, assevera que:

> (…) só quem pratica o ato, ou quem tenha poderes, implícitos ou explícitos, para dele conhecer de ofício ou por via de recurso, tem competência legal para revogá-lo por motivos de oportunidade e conveniência, competência essa intransferível, a não ser por força de lei[29].

Nesse contexto, os efeitos originados da revogação somente geram resultados da data em diante, não afetando consequências anteriores, com o fim de garantir a segurança jurídica das relações e os direitos adquiridos pelos particulares.

Por outro lado, o procedimento de anulação se baseia em uma análise da legalidade do ato administrativo[30], não se restringindo a uma verificação superficial da compatibilidade do ato com a lei, sendo necessário, também, perquirir se o ato observa os princípios orientadores e se não decorre de abuso de poder.

Ademais, em determinadas hipóteses, o vício existente pode ser sanável e, nesses casos, a Administração poderá convalidar os atos administrativos, sendo ato discricionário, mas somente se não acarretarem prejuízos a terceiros nem ao Erário[31], pois, caso isso ocorra, a anulação será obrigatória.

Sobre os efeitos da anulação, é preciso salientar que possuem consequências *ex-tunc,* retroagindo, em regra, a edição do ato. Todavia, é necessário considerar os efeitos para os terceiros de boa-fé, de modo que podem haver exceções em que o os efeitos, nos casos de anulação, apenas sejam *ex-nunc*, em prol da segurança jurídica.

---

[28] CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo.** Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 307.
[29] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 295.
[30] Ibid., p. 281.
[31] Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração. Lei nº 9.784/1999.

3 UM ESTUDO SOBRE A DISCRICIONARIEDADE

Uma conceituação completa do que seria discricionariedade, além de um entendimento acerca da sua aplicação e limites, abrange um estudo desde as bases históricas do seu desenvolvimento, aliada a uma pesquisa de suas principais manifestações e uma análise acerca da possibilidade do seu controle, principalmente pelo Judiciário.

3.1 Histórico e conceituação da Discricionariedade

A discricionariedade, no contexto do Antigo Regime (séculos XVI a XVIII), era considerada uma expressão da soberania do Monarca, sendo um símbolo da inexistência de limites do seu poder. Contudo, posteriormente, com a Revolução Francesa (1789), desenvolveu-se uma crescente necessidade de proteção aos direitos e garantias individuais, acompanhada pela ascensão do princípio da legalidade, como um modo de combater as arbitrariedades cometidas durante o Absolutismo[32].

Desse modo, durante esse período, manifestou-se um sentimento de anseio pelo controle da atividade do Poder Executivo, de modo que não existissem lacunas na lei que permitissem à Administração atuar discricionariamente.

Nesse sentido, somente após muitos anos e diante de uma complexidade cada vez maior da sociedade, é que se começou a ver a discricionariedade como uma necessidade para uma atuação eficiente da Administração Pública. Sobre isso, John Locke assim afirma:

> (…) muitas questões há que a lei não pode em absoluto prover e que devem ser deixadas à discrição daquele que tenha nas mãos o poder executivo, para serem por ele reguladas, conforme o exijam o bem e a vantagem do público[33].

Desta forma, em uma sociedade em que cada vez mais se torna difícil ao legislador, ao editar uma norma, prever o caso concreto e em que, além disso, se exige que a Administração possua conhecimentos específicos para concretização de

---

[32] KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental:** o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 18.
[33] Ibid., p. 19.

algumas atividades, aumentando, assim, o espectro das zonas de intervenção estatal[34], a discricionariedade é essencial para dar maior liberdade ao agente, possibilitando que ele realize o ato necessário, sem deixar de observar a conveniência e oportunidade no caso, analisando, assim, em que consiste o mérito administrativo.

Para Hart, inclusive, o direito é incompleto, uma vez, conforme já falado, a lei não consegue prevê todas as situações, assim, em casos em que não existe uma resposta correta, cabe a Administração Pública criar o direito no caso concreto, através da discricionariedade.[35]

Esse autor também explica que a própria textura aberta da linguagem, a imprecisão dos termos, abre espaço a uma atuação discricionária da autoridade pública competente. O legislador se utiliza, nesses casos dos chamados conceitos indeterminados, expressões vagas, que permitem variadas interpretações, ou seja, possibilitam que a Administração, através de um juízo de conveniência e oportunidade, encontrar a melhor definição entre as possíveis.

Nesse contexto, assevera Krell, o Estado moderno trabalha com as denominadas “normas-objetivo”, as quais têm como base a implantação de finalidades, deixando espaço para que a Administração atue de modo a concretizar essas normas com seu *know how*. Nesse âmbito, contudo, é válido salientar o que menciona Hely Lopes, “discricionário, portanto, só podem ser os meios e modos de administrar; nunca os fins a atingir.” Dessa forma, resta claro, que a discricionariedade deve ser sempre ser orientada pelo alcance do interesse público.

Sobre isso é importante destacar que o Poder Discricionário não pode servir como resposta a negligência legislativa, nem como meio para que o governo atue sem controles, sob pena de incorrer em abuso de poder. Dessa forma, a discricionariedade deve sempre ser exercida em observância aos limites existentes na própria lei em consonância aos princípios vigentes, tais como a legalidade, a moralidade, proporcionalidade, entre outros.

Ainda sobre essa temática, Di Pietro[36] explicita algumas hipóteses em que a

---

[34] GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente.** Dissertação (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007. p. 137.
[35] HART, Herbet. **O conceito de Direito.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
[36] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo: Jurídico Atlas, 2002, p. 75.

discricionariedade existiria, sendo elas: (i) quando a lei expressamente a prever; (ii) quando a lei é insuficiente; (iii) quando lei prevê uma competência, mas deixa de estabelecer a conduta a ser adotada e (iv) quando a lei utiliza conceitos indeterminados.

Ademais, é importante ressaltar que Celso Antônio Bandeira de Melo entende ser possível haver discricionariedade quanto ao momento do ato e aos seus elementos. Sobre o tempo, Di Pietro defende que mesmo nos atos vinculados haveria certa discricionariedade, visto que pode a Administração, se a lei não prever, escolher quando aplicar a norma.

Com relação aos elementos do ato administrativo, a mesma autora aduz que não seria possível existir discricionariedade quanto ao sujeito que pratica o ato, uma vez que a competência para a prática de um ato, em regra, seria definida em lei, sendo inderrogável. Contudo, a discricionariedade poderia estar contida tanto no mandamento (objeto/conteúdo) da norma, quando esta não estabelecer uma única possibilidade de atuação; como na sua hipótese (motivo), ao deixar de determinar o caso concreto de aplicação e por fim, em sua finalidade, quando estiverem presentes na norma conceitos indeterminados, contudo, sem deixar de lado o interesse público.

Já com relação a forma dos atos administrativos, Di Pietro assevera que não há consenso doutrinário sobre a possibilidade de existência de discricionariedade, mas que a maioria dos atos administrativos no contexto brasileiro não possuem forma definida por lei, a exceção da necessidade de que o ato seja expresso e escrito, restando a Administração adotar a forma que entender ser a mais adequada.

Do mesmo modo, a finalidade é alvo de divergência entre a doutrina, para alguns o único fim da Administração Pública seria o interesse público, já Di Pietro argumenta que caberia certa discricionariedade, tendo em vista que caberia ao agente público identificar o que seria de interesse público, haja vista a ausência, nas normas, em muitos casos, de critérios que possam ser utilizados com esse intuito.

Outrossim, é válido mencionar, nesse contexto, as alterações trazidas pela Lei nº 13.655/2018, a qual alterou a LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942), dentro de um cenário de mutações na Administração Pública. Tais alterações implicaram em mudanças, principalmente, no contexto decisório da Administração Pública.

O art. 20[37], por exemplo, passou a prever, expressamente, a necessidade de Administração não decidir baseada em “valores jurídicos abstratos”, sem deixar de considerar as consequências práticas da decisão. Além disso, essa mesma norma, em seu parágrafo único, destacou a importância de motivação das decisões na seara administrativa, principalmente quando houver outras alternativas que possam ser considerados.

Ademais, o art. 23[38] passou a estabelecer a necessidade de a decisão administrativa que determinar nova interpretação sobre norma de conteúdo indeterminado, prever regime de transição, de modo que o direito objeto da norma “seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”.

Essa lei também inovou ao prevê, em seu art. 26[39], que a Administração Pública poderá, após oitiva do órgão jurídico e consulta pública, quando for o caso, para eliminar incerteza jurídica, mesmo nos casos de licença, celebrar compromissos com os interessados, sem deixar de observar a legislação aplicável ao caso, como também deverá buscar uma “solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais”.

Ou seja, a partir das alterações trazidas, a própria LINDB passou a reconhecer, de forma ainda mais explícita, a existência de discricionariedade nos atos administrativos, mesmos nos casos envolvendo atos vinculados em sua essência, como as licenças. Ademais, admitiu-se, especificamente, a necessidade de uma harmonização e de limitações no procedimento dos atos decisórios da Administração Pública, principalmente quando envolverem conceitos abstratos e que

---

[37] Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. Decreto-Lei nº 4.657/1942.

[38] Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. Decreto-Lei nº 4.657/1942.

[39] Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no caput deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (…). Decreto-Lei nº 4.657/1942.

impliquem em alterações em direitos dos cidadãos.

Além disso, restou claro que não se exclui, no cenário público, a possibilidade da Administração Pública decidir com base em conceitos abstratos, além de que a escolha entre várias alternativas disponíveis se trataria de ato decisório volitivo. Contudo, ressaltou-se a importância dessa atuação ser pautada pelo interesse público, devendo considerar as consequências práticas e sopesar os princípios envolvidos.

3.2 Principais manifestações da Discricionariedade

A lei, ao atribuir discricionariedade à Administração, pode assim fazer de diversas formas, conforme já foi demonstrado, seja a prevendo expressamente ou com a utilização de conceitos indeterminados ou a partir do que se denomina discricionariedade técnica. Esses dois últimos pontos que vão ser agora tratados.

3.2.1 Conceitos jurídicos indeterminados

Krell[40] explica que a teoria sobre os conceitos jurídicos indeterminados teria surgido na Alemanha, no século XIX. Nesse contexto, uma parte da doutrina alemã entendia que conceitos abertos, como “interesse público”, deveriam ser preenchidos pela Administração Pública, contudo, sem possibilidade de revisão pelos Tribunais. Em contrapartida, doutrinadores como Tezner, entendiam que deveria haver um controle de todos os conceitos presentes nas normas que regulavam a relação entre a Administração e os indivíduos.

Nessa perspetiva, conceitos indeterminados, para Adeodato, citado por Krell, são:

> (…) opiniões mais ou menos indefinidas a que, ainda assim ou talvez justamente por isso, a maioria empresta sua adesão, ao mesmo tempo que preenche os inevitáveis pontos escuros e ambíguos com sua própria opinião pessoal (…)[41].

António Francisco de Sousa, por outro lado, assim os define:

---

[40] KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental:** o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 29.

[41] KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental:** o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 33.

> esse fenômeno deve-se à natureza das funções da Administração, sobretudo devido ao fato de a Administração se orientar à satisfação de necessidades sociais, É que os conceitos indeterminados se apresentam ao Legislador como um instrumento privilegiado para a atribuição de certo tipo de competência às autoridades administrativas para que estas possam reagir a tempo e de modo adequado aos imponderáveis da vida administrativa.

Nesse sentido, muitos autores entendem que no ato de interpretação da norma existiriam as denominadas “áreas claras, escuras e cinzas”. No primeiro caso, a hipótese concreta se enquadraria de forma manifesta no tipo legal; já no segundo caso seria percetível que os fatos observados não se adequariam à norma. No último caso é que existiria a possibilidade da norma ser preenchida de variadas formas, sendo as opções todas válidas, e nessa hipótese é que residiria a discricionariedade.

Os significados das expressões contidas na norma, então, seriam definidos por meio de um ato volitivo, não sendo possível uma simples operação lógico-dedutiva, uma vez que inexistiria uma resposta correta, mas sim várias possíveis e válidas[42].

Nessa seara, expressões como “bem comum”, “boa-fé”, “moralidade”, “valor histórico”, entre outras, se enquadrariam nessa definição, permitindo ao agente da Administração, através de um processo interpretativo, preencher sua conceituação da melhor forma ante o caso concreto, sem deixar de lado um juízo de oportunidade e conveniência, subordinado aos limites legais e aos princípios vigentes.

Por fim, é válido salientar que parte da doutrina defende que os conceitos jurídicos indeterminados, em verdade, não resultariam em discricionariedade para Administração Pública. Esses autores argumentam que caberia a Administração somente fazer um trabalho de interpretação que levaria a uma única resposta válida.

Contudo, neste trabalho, conforme já foi discutido, trabalha-se com a ideia de que os conceitos indeterminados atribuem sim discricionariedade à Administração, uma vez que a presença de conceitos vagos e abertos no texto da norma, conforme os já mencionados, permitem que o agente, por meio de um ato de vontade, escolha a melhor opção entre diversas válidas.

Diante de uma sociedade cada vez mais complexa, assumir que só haveria uma resposta correta para expressões que constam nos textos legais, muitas vezes,

---

[42] Ibid., p. 41.

há quase um século, seria entender pela imutabilidade da norma e pela desnecessidade da sua adequação ao meio em que se insere, o que aqui não se considera.

No mesmo sentido entende Celso Antônio Bandeira de Mello:

> (…) seria excessivo considerar que as expressões legais que os designam, ao serem confrontadas com o caso concreto, ganham, em todo e qualquer caso, densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro as dúvidas sobre a aplicação ou não do conceito por elas recoberto. Algumas vezes isto ocorrerá. Outras não[43].

Posto isso, os conceitos jurídicos indeterminados devem ser vistos em conjunto com a concessão da discricionariedade, sendo ambos técnicas legislativas que permitem atualizar a norma ao contexto social por meio da sua abertura[44].

3.2.2 Discricionariedade técnica

A expressão discricionariedade técnica, também denominada discricionariedade imprópria, foi primeiro mencionado por Bernatzik, tendo António Francisco de Souza asseverado que, nesse contexto, tal expressão englobaria:

> (…) todo aquele tipo de decisões que, não sendo discricionárias, deveriam, contudo, ser, pela sua alta complexidade técnica ("elevada complexidade de premissas factuais"), retiradas do controle judicial, porque, como ele dizia, de administração percebem os administradores, e só eles, pela sua formação técnica. (…)[45].

Nesse sentido, tal expressão refletiria a necessidade que a Administração Pública tem de, em alguns casos, "fixar juízos de ordem técnica, mediante o

---

[43] MARQUES, Carlos Alexandre Michaello. **Reflexões sobre a discricionariedade administrativa na seara ambiental. Temas Atuais de direito Ambiental, Ecologia Política e Direitos Humanos.** Coletânea de Pesquisas de 2010 do Grupo Transdisciplinar de Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade (GTJUS). Rio Grande: Editora da Furg, 2013.

[44] "Parece mais coerente, entretanto, ver o uso de conceitos jurídicos indeterminados, bem como a concessão de discricionariedade, como manifestações comuns da técnica legislativa de abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação. Na verdade, conceitos indeterminados e discricionariedade são fenômenos interligados, visto que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão desta para poder preencher aqueles. A extensão da liberdade discricionária atribuída à Administração mediante o uso de conceitos indeterminados depende, preponderantemente, do tipo de conceito utilizado pelo texto legal (…)". KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental:** o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 35

[45] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, nº 09, fev./mar./abr./, 2007.

emprego de noções e métodos específicos das diversas ciências ou artes[46]".

Importante salientar, contudo, que parte da doutrina e jurisprudência defendem que não se trata de verdadeira discricionariedade, não sendo, portanto, sinônimo de discricionariedade administrativa, uma vez que não envolveria juízo de conveniência e oportunidade por parte da Administração pública, mas uma avaliação através de critério objetivos, guiados pela imparcialidade e o interesse público.

Di Pietro[47], sobre isso sustenta que haveria duas hipóteses principais em que o uso desses critérios técnicos poderia implicar em casos de discricionariedade administrativa, tendo em vista que, nesses casos, caberia uma apreciação em face do interesse público: (i) quando, com base em dados técnicos, a Administração precisasse decidir em consonância com o juízos de oportunidade e conveniência e (ii) quando a Administração precisasse escolher qual meio técnico melhor se adequaria para a satisfação do interesse público.

Em outros casos, em contrapartida, inexistiria discricionariedade técnica, visto que apenas caberia a Administração cumprir o que determina a norma, em face dos resultados técnicos, sem qualquer tipo de juízo de conveniência e oportunidade. Além disso, não pode, também, a existência de discricionariedade técnica servir ao abuso de poder por parte da Administração. Esse é o entendimento, inclusive, da jurisprudência:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. CARACTERIZAÇÃO. ATO ADMINISTRATIVO. AUTORIZAÇÃO. RÁDIO COMUNITÁRIA. DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA CONTROLADA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA TÉRMINO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, COM AVALIAÇÃO DO PEDIDO FORMULADO PELO ADMINISTRADO. 1. Nos aclaratórios, sustenta a parte embargante ter havido erro material, uma vez que a controvérsia subsumida a exame diz respeito a autorização de funcionamento de rádios comunitárias, enquanto o teor do julgado (voto e ementa) trata de precatório e discussão de juros. Além disso, traz argumentos para reversão do mérito. 2. Na linha dos precedentes desta Corte Superior, embora deva ser caso de respeitar a discricionariedade técnica nas presentes hipótese, é fato que a análise dos requisitos para a outorga da autorização de funcionamento não pode perdurar por tempo indeterminado, situação que configuraria verdadeira deferência ao abuso de direito. Precedente: EREsp 1.100.057/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 10.11.2009. 3. É de se fixar, portanto, a fixação do prazo de 30 (trinta) dias para a completa análise do pedido de outorga formulado administrativamente. 4. Com base no precedente já citado, impossível falar que o Judiciário não pode se imiscuir no âmbito da discricionariedade, considerando que, em caso, existe abuso de poder

[46] FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. Lumen Juris, 2011. p. 84.
[47] Idem., 2002, p. 113.

> administrativo. 5. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para dar parcial provimento ao especial, fixando o prazo de 30 (trinta) dias para a conclusão do procedimento administrativo com análise do pedido formulado. (EDcl no AgRg no Ag 1161445 / RS, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, segunda turma, Julgado em: 03/08/2010 e publicado em 24/08/2010).

O conceito de discricionariedade técnica foi fundamental para o desenvolvimento da atuação das Agência Reguladoras, inicialmente no cenário estadunidense. Nesse contexto, essas agências, através de um procedimento de delegação, passaram a ter certa competência legislativa, podendo criar normas com força de lei, ainda que submetidas às leis hierarquicamente e aos princípios que regem a ordem pública[48].

[48] PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS E HIPERVULNERÁVEIS. ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. SUPREMACIA DO CDC (LEI 8.078/1990) SOBRE NORMAS REGULATÓRIAS EDITADAS PELAS AGÊNCIAS. ARTS. 6º, VII E X, E 22 DO CDC. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. ART. 6, CAPUT, DA LEI 8.987/1995. 1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra Ampla Energia e Serviço S/A., em razão de frequentes interrupções no fornecimento de energia elétrica na cidade de Niterói/RJ. O Tribunal de origem, após minucioso exame dos elementos fáticos contidos nos autos, consignou (fl. 1.046, e-STJ): "Ademais, diante das provas colhidas no inquérito civil, constata-se que os consumidores locais não contam com o acolhimento diligente de suas reclamações por parte da ré, que tem a obrigação contratual e legal de cumprir as normas que regem a relação jurídica do serviço que presta. Dessa forma, as constantes falhas de fornecimento de energia elétrica comprovam que a demandada não está desempenhando adequadamente as premissas legais, embora esteja desfrutando do proveito econômico, devendo prosperar o pleito de proceder aos devidos reparos para restabelecimento do serviço de energia elétrica, no prazo indicado na sentença". 2. Nesse contexto, a alteração das conclusões adotadas pela Corte a quo, tal como colocada a questão nas razões recursais, demanda novo e completo (re)exame do acervo fático-probatório dos autos, providência vedada em Recurso Especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. Por outro lado, incide a Súmula 284/STF quanto à suscitada violação do art. 7º do CDC; dos arts. 1º, 6º, § 3º, II, 29 e 31 da Lei 8.987/1995; dos arts. 2º e 3º, I e IV, da Lei 9.427/1996; e dos arts. 2º, 3º, IV e V, 4º, IV, VII e XV, e 16, I e II, do Anexo I do Decreto Federal 2.335/1997. 3. Todavia, mesmo que o Recurso Especial pudesse ser conhecido (e não há qualquer posssibilidade para tanto), o acórdão recorrido está alinhado à legislação de proteção do consumidor e à jurisprudência do STJ. 4. Como se sabe, todos os contratos de concessão de serviço público, assim como as normas administrativas editadas pelas Agências Reguladoras, subordinam-se ao princípio da legalidade e ao regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor, estatuto maior de controle de abusos praticados no mercado de consumo. Descabe fazer uso da chamada discricionariedade técnica para, pela porta dos fundos - por meio de artifícios incompatíveis com o legal, o razoável, o justo, a boa-fé, a dignidade humana -, negar direitos e obrigações estabelecidos na ordem jurídica com o desiderato de proteção dos vulneráveis e hipervulneráveis. Logo, sempre que necessário, o Judiciário não só pode, como deve, intervir preventiva, reparatória e repressivamente, de modo a assegurar a inteireza dos direitos dos consumidores e de outros sujeitos débeis, prerrogativa essa perfeitamente compatível com o princípio da separação dos poderes.
5. A autoridade e a legitimidade das Agências Reguladoras e de órgãos públicos similares se fortalecem quando sua ação regulatória, fiscalizatória e técnica segue os mandamentos constitucionais e legais vigentes, não quando deles se afasta, ou quando transforma em pantomima os valores superiores da ordem jurídica em vigor. Do contrário, teríamos a multiplicação, em plena República, de "pequenos imperadores incontidos" ou "senhores de guetos administrativos de

Além disso, reconheceu-se a elas certa discricionariedade técnica, derivada do seu caráter especializado, consequência do seu surgimento interligado a ascensão do Estado Social, o qual, ante a grande quantidade de funções assumidas, precisou delegar parte delas a entes mais especializados, pautados por uma atuação baseada em critérios técnicos.

3.3 Possibilidade de controle judicial do Poder Discricionário

Em regra, a atuação da Administração Pública se submete a um controle, seja ele externo ou interno, uma vez que, em um Estado Democrático de Direito, todo o ordenamento se organiza e se pauta na Constituição Federal, devendo, portando, a atividade administrativa observar as determinações legais e o interesse público.

Nesse sentido, existem, em tese, dois tipos de controle dos atos administrativos, sendo eles, o interno e o externo. No primeiro caso, ele é realizado pela própria Administração Pública, ao tentar se adequar ao ordenamento, por meio de mecanismos próprios, como a anulação de atos manifestamente ilegais ou sua revogação, quando não mais condizerem com as circunstâncias.

Já na segunda hipótese, denominado controle externo, pode ocorrer tanto por meio do Poder Legislativo quanto do Judiciário. No caso do Legislativo, haverá uma fiscalização da atividade administrativa no seu aspecto legal, tendo caráter essencialmente político. Salienta-se, que o controle legislativo é insignificante com relação ao exercido pelo Judiciário e pela própria Administração, tendo em vista a limitação de seus instrumentos para isso[49].

Quanto à atuação do Judiciário nessa matéria, ela está condicionada ao impulso inicial do jurisdicionado, devendo atuar de modo a dirimir as controvérsias entre os particulares e a Administração Pública, no caso de haver conflitos entre eles quanto a legalidade de um ato administrativo ou a observância do interesse público. Nesse sentido, o seguinte julgado:

> 1. Nos termos do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, ‘a lei não excluirá

---

injuricidade", sem voto e sem jurisdição, mas com voz e poderes imensos, capazes de enfraquecer, inviabilizar ou derrubar vitais conquistas sociais legisladas, inclusive aquelas reconhecidas por precedentes dos Tribunais. 6. Agravo Interno não provido. (AgInt no AREsp 2018450 / RJ, Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Julgado em: 10/10/2022, Publicado em 04/11/2022).

[49] FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa:** no regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 119.

> da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'. Assim, o controle judicial dos atos administrativos se mostra intimamente atrelado à existência do Estado Democrático de Direito, no qual, em regra, será possível aferir a legalidade e regularidade do ato administrativo. Precedente. 2. O Poder Judiciário deverá ser provocado pelo administrado para que exerça o controle judicial de eventual ato administrativo, sendo certo que essa provocação, em face do Princípio da Segurança Jurídica, pilar do Estado de Direito, deverá ocorrer dentro de um prazo prescricional legalmente previsto (...). 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido" (STJ, REsp 984.946/MG 2007/0212.477-1, 5.ª T., rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.11.2007, DJ 17.12.2007).

Ademais, é importante mencionar que mesmo o controle realizado pelo Judiciário deve se limitar ao que permite a lei, sob pena de resultar em interferência na atividade administrativa, o que implicaria em inobservância a separação dos Três Poderes.

Nessa perspetiva, quanto a legalidade dos atos administrativos não há controvérsia doutrinária acerca da possibilidade de controle. Contudo, acerca dos atos discricionários, é preciso que haja limitações, uma vez que os mesmos estão localizados dentro da esfera de liberdade da Administração.

Logo, nesses casos, o Judiciário deve se limitar a análise da legalidade dos atos discricionários, sem adentrar no mérito[50], verificando se houve observância dos

[50] 3. Os atos discricionários legitimam espaço de liberdade para o administrador, insindicável pelo Poder Judiciário, porquanto nessas hipóteses interditada a intervenção no mérito do ato administrativo. 4. É cediço na doutrina que: '(...) Já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao fim e à competência, pelo menos. Com efeito, a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato – e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público, donde afirmarem os doutrinadores que existe vinculação também com respeito a este aspecto. (...) Em suma: discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: 'A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal'. (...) Nada há de surpreendente, então, em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discrição, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeço existe a tal proceder, pois é meio – e, de resto fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito. (...) Assim como ao Judiciário compete fulminar todo o comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária' (Celso A. B. de Mello, Curso de direito administrativo, 15. ed., Malheiros, p. 395-396 e 836-837). 5. Deveras, contexto fático encartado nos autos denota a ausência de direito líquido e certo da impetrante, ora recorrente, a uma: porque o juiz, ora impetrado, no exercício de competência discricionária, nenhuma ilegalidade praticou ao nomear interventor, imparcial para administração do cartório em comento, a fim de resguardar o bom andamento das investigações acerca do oficial titular; a duas: porque a impetrante, ora recorrente, é casada com o oficial titular,

limites legais concernentes a prática da discricionariedade.

Nesse âmbito, caberia, então, ao Judiciário averiguar se existiu desvio de poder, ou seja, se a Administração utilizou sua prerrogativa de forma indevida, seja para o alcance de interesses alheios à Administração ou para atingir fins legais, mas não previstos na norma avaliada. A Administração deve atuar, mesmo no caso em que detenha poder discricionário, dentro dos limites da lei e dos princípios[51] que orientam o ordenamento jurídico[52].

Portanto, apenas está subordinada ao juízo do agente ou do órgão administrativo a ponderação dos pressupostos fáticos do caso concreto, não cabendo ao administrador realizar um juízo acerca dos pressupostos fáticos e jurídicos que ensejam ao ato administrativo[53].

Outrossim, na esfera do controle dos atos administrativos oriundos de conceitos jurídicos indeterminados, o Judiciário não deve averiguar se a opção da Administração foi correta, uma vez que esses atos implicam em atos volitivos de interpretação do agente, o qual exerce uma atividade criativa, mas sim se foi justificada, em consonância com o fim da norma e os limites legais[54].

Nesse mesmo sentido deve ser a atuação do Judiciário frente a situações que envolvam discricionariedade técnica, haja vista tais atos da Administração serem baseados em critérios técnicos que fogem a expertise do Judiciário.

---

então afastado por supostas irregularidades cartorárias e seria difícil a mesma colaborar na devassa a ser realizada na serventia, em especial quando as provas apresentadas são contrárias ao seu esposo e filho, escrevente no referido cartório e acusado de falsidade no reconhecimento de firma. 6. In casu, o Tribunal a quo decidiu em consonância com o preceito legal (art. 36, § 1.º, da Lei 8.935/94), (...) o magistrado agiu com discricionariedade, entre várias possibilidades de solução, acolheu a que melhor correspondia, no caso concreto, ao desejo da lei (fls. 103/104). 7. Recurso ordinário desprovido" (STJ, RMS 20.271/GO 2005/0105.910-7, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 26.05.2009, DJ 06.08.2009).

[51] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (…). Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

[52] "O que limita a discricionariedade, no caso dos conceitos indeterminados, são determinados princípios, como os da moralidade administrativa (no qual se insere o da boa-fé), o da razoabilidade, o do interesse público e, em regra, os princípios gerais do direito. Seria aquilo que Gordilho chama de limites relativos ou elásticos, em oposição aos limites concretos, que dizem respeito às faculdades regradas, em que os limites são estabelecidos pela lei". **DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002, p. 136.

[53] FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa:** no regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 148.

[54] KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental:** o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 42-43.

4 CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

A Constituição Federal de 1988 inovou ao prever a proteção ao meio ambiente no seu art. 225[55]. Até esse momento, havia uma ausência quase total de proteção, recebendo o meio ambiente, de forma geral, menções espaçadas. Na verdade, a primeira vez que se previu uma tutela autônoma para o meio ambiente foi com a edição da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981). Contudo, mesmo nesse caso, o elemento constitucional que a baseou, à época, foi a proteção à saúde pública.

Durante o período da Constituição de 1824 não havia previsão constitucional acerca dos recursos naturais, uma vez que nesse momento histórico, a natureza era vista apenas como matéria-prima para fins econômicos. Ademais, durante o período republicano, logo após a independência, não houve previsão na Constituição atinente a proteção ambiental.

Contudo, em 1934, foram criados o Código de Águas (Decreto nº 24.643/1934) e o Código Florestal (Decreto nº 23.793/1934), importantes para o desenvolvimento de uma lógica de proteção ambiental no Brasil, todavia, ainda reféns de uma abordagem fundamentada na conservação dos recursos econômicos.

Nessa perspetiva, foi somente na Constituição de 1988, a qual contém um capítulo específico sobre o meio ambiente, que o direito a um meio ambiente equilibrado foi alçado ao patamar de direito fundamental. Além disso, ainda que essa Carta não tenha deixado de reconhecer a essencialidade dos recursos ambientais para o desenvolvimento econômico, isso ocorreu pautado em um perspectiva de uso sustentável dos mesmos[56], ratificando a necessidade de uma harmonia produtiva.

Sobre esse tema, Miguel Reale citado por Eduardo Bim faz importante apontamento:

> (…) o valor ecológico não é considerado um valor absoluto, ao qual todos os demais devam se subordinar, uma vez que a natureza não é tutelada

[55] Art. 225. Todos têm 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. Constituição Federal de 1988.
[56] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** 18 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 69.

> apenas em si e por si, mas também para assegurar à pessoa humana os meios essenciais ao desenvolvimento de uma vida condigna[57].

Em complemento, contudo, ele destaca:

> Não há dúvida, por conseguinte, que tudo deve ser feito para preservar os valores naturais, merecendo louvor a iniciativa de formar uma consciência pública para sua constante defesa. Não devemos, todavia, exagerar até o ponto de nos perdermos no "fundamentalismo ecológico", que acaba pondo em risco o bem-estar dos indivíduos e da coletividade. [...] Desse modo, quando para aproveitamento, por exemplo, de potenciais hidráulicos, é necessário destruir parte de uma floresta, não pode de antemão prevalecer uma atitude de absoluta condenação, sendo imprescindível proceder-se a um balanceamento de valores.

Nessa perspectiva, tendo o meio ambiente equilibrado sido alçado a posição de Direito Fundamental, a Constituição estabeleceu obrigações a serem cumpridas pelo Estado e pela sociedade[58]. Dessa forma, a Administração Pública deve atuar de modo a concretizar o que prever o art. 225 da Constituição Federal, como próprio imperativo do Estado Democrático de Direito, garantindo, assim, para as gerações futuras, um meio ambiente equilibrado, sempre pautando sua atuação nos princípios que orientam o ordenamento brasileiro, sem a existência de abusos de poder.

Nesse contexto, dois pilares essenciais foram criados, quais sejam: (i) a não degradação do meio ambiente e (ii) a recuperação de áreas já degradadas. Assim, em um primeiro momento, a atuação da Administração Pública e dos particulares deve ser pautada pela manutenção do meio ambiente em sua condição natural, não o degradando.

Entretanto, uma vez que sua degradação é necessária para o desenvolvimento de atividades econômicas, elas devem ser realizadas objetivando o menor impacto ambiental possível. E, no caso de haver qualquer prejuízo, deve o agente que causou a degradação atuar para a sua recuperação, e não sendo possível, sua compensação, inclusive monetariamente.

Contudo, apesar de no Brasil haver uma legislação ambiental estabelecida, ela encontra dificuldade em se tornar efetiva. Nesse sentido, Krell diferencia a eficácia jurídica dessas normas – "potencialidade da norma jurídica ser aplicada aos casos concretos" – e a eficácia social, que seria "a produção concreta de efeitos

---

[57] BIM, Eduardo Fortunato. **Licenciamento ambiental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 9.

[58] Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (…) VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; (…). Constituição Federal de 1988.

reais na sociedade". No caso brasileiro, a maioria das leis ambientais não representam um reflexo dos anseios sociais, mas sim uma tentativa política de legitimação, logo, tais normas dependem da utilização de medidas sancionatórias para seu cumprimento[59].

Sobre isso, Krell explica:

> (…) existem leis – normalmente dotadas de fórmulas vagas e poucos concisas – que são criadas por forças políticas, as quais não têm a verdadeira intenção de vê-las aplicadas, mas somente querem realizar uma demonstração de sua boa vontade[60].

Eduardo Bim defende que sistemas democráticos precisam reconhecer o prestígio a ciência, mesmo entendendo que ela pode ser inconclusiva e passível de erros, não dando espaço a opiniões isoladas e sem fundamentos científicos, que, muitas vezes, acabam por fragilizar o sistema político como um todo, especialmente contextos mais sensíveis como o ambiental.

Assim, resta perceptível que as normais ambientais dependem de um grande arcabouço de mecanismos e da vontade da Administração para se tornarem eficazes. E mesmo nos casos em que a Administração Pública atua de modo a garantir a proteção do meio ambiente, a falta de adesão pública ou mesmo o controle judicial, impulsionado por pessoas e empresas que possuem grande poder econômico, resultam na inobservância da garantia a um meio ambiente equilibrado.

4.1 Incidência da discricionariedade nas leis ambientais

Parte da doutrina argumenta que as normas ambientais não dariam qualquer margem de liberdade a Administração por se tratarem, em sua maior parte, de normas prevendo requisitos técnicos ou conceitos de experiência, logo, resultariam apenas em subsunção da norma ao caso.

Contudo, essa argumentação não reflete a realidade dos fatos. O princípio da Precaução, um dos princípios basilares na sistemática da proteção ambiental no Brasil, tem como razão de ser a necessidade de uma avaliação prévia das

---

[59] KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental:** o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 89.
[60] Ibid., p. 90.

consequências sobre o meio de obras e empreendimentos, de forma que sejam sopesados pela Administração Pública impactos que não podem ser previstos concretamente, mas que devem ser levados em consideração, ante a existência de uma incerteza científica[61].

Nesse sentido, Paulo de Bessa traz importante definição da UNESCO sobre esse princípio:

> Para evitar mal-entendidos e confusões, é útil refletir sobre o que o PP não é. O PP não é baseado no "risco zero", mas pretende alcançar riscos ou riscos mais baixos ou mais aceitáveis. Não é baseado em ansiedade ou emoção, mas é uma regra de decisão racional, baseado na ética, que tem como objetivo usar o melhor dos "sistemas das ciências" de processos complexos para tomar decisões mais sábias. Finalmente, como qualquer outro princípio, o PP em si não é um algoritmo de decisão e, portanto, não pode garantir a consistência entre os casos. Assim como em casos judiciais legais, cada caso será um pouco diferente, tendo os seus próprios fatos, incertezas, circunstâncias e tomadores de decisão e o elemento de julgamento não pode ser eliminado[62].

Diante disso, fica claro que tal princípio, ao ter como razão de ser a tentativa de previsão de resultados negativos para o meio ambiente, envolve a análise de diferentes alternativas que se apresentam para implementação de um determinado empreendimento. Logo, sua concretização implica em uma atuação da Administração Pública pautada na análise de critérios técnicos e no uso da discricionariedade, para a escolha da melhor opção entre as possíveis, de modo a tentar prevenir o máximo de prejuízos ao meio ambiente, uma vez que, ressalta-se, a certeza científica é impossível de se alcançar[63].

Todavia, isso resulta em um espaço de decisão ambiental para a Administração Pública, de modo que não são exigidas "provas irrefutáveis ou alguns poucos exemplos de que a decisão tomada não alcança a finalidade almejada[64]". A medida tomada deve ser apta a alcançar o mesmo ou melhor resultado, não implicando em ofensas aos demais direitos envolvidos.

Nessa perspectiva, a concretização das normas ambientais, na maioria dos casos, depende de interpretação das expressões contidas nelas, haja vista em várias delas existirem conceitos indeterminados, os quais atribuem ao agente

---

[61] LEVENDAKOS, Thiago Lima. **O ato administrativo no licenciamento ambiental como ferramenta de tutela do meio ambiente.** Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Universidade de Coimbra, 2014, p. 81.
[62] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** 18 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 30-31.
[63] BIM, Eduardo Fortunato. **Licenciamento ambiental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 28.
[64] Ibid., p. 11.

público uma margem interpretativa, implicando em uma decisão ideológica da Administração, dependente do "envolvimento ideológico do intérprete-aplicador com o ideal de proteção ao meio ambiente[65]".

Outrossim, mesmo nos casos em que existam apenas a previsão de critérios técnicos, é necessária uma interpretação, em que os agentes por meio de "juízos de perícia técnica, de valor ou prognose[66]", irão decidir.

Ou seja, o processo decisório ambiental envolve uma opção pelo órgão ambiental entre permitir ou negar determinada atividade ou empreendimento com algum risco ao meio ambiente, através de uma avaliação da extensão do impacto e a importância da atividade e empreendimento para a sociedade[67]. Em verdade, a

---

[65] KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental:** o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 60.

[66] Ibid., p. 59.

[67] (…) 10. O caráter transnacional e transfronteiriço das causas e dos efeitos da crise ambiental demanda dos Estados, dos organismos internacionais e das instituições não governamentais, progressivamente, uma atuação mais articulada para transformar a preservação da natureza em instrumento de combate à pobreza e às desigualdades. 11. Por outro lado, as políticas públicas ambientais devem conciliar-se com outros valores democraticamente eleitos pelos legisladores como o mercado de trabalho, o desenvolvimento social, o atendimento às necessidades básicas de consumo dos cidadãos etc. Dessa forma, não é adequado desqualificar determinada regra legal como contrária ao comando constitucional de defesa do meio ambiente (art. 225, caput , CRFB), ou mesmo sob o genérico e subjetivo rótulo de retrocesso ambiental, ignorando as diversas nuances que permeiam o processo decisório do legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interesses conflitantes por meio de regras gerais e objetivas. 12. Deveras, não se deve desprezar que a mesma Constituição protetora dos recursos ambientais do país também exorta o Estado brasileiro a garantir a livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170) e o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), a erradicar a pobreza e a marginalização, a reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III; art. 170, VII), a proteger a propriedade (art. 5º, caput e XXII; art. 170, II), a buscar o pleno emprego (art. 170, VIII; art. 6º) e a defender o consumidor (art. 5º, XXXII; art. 170, V) etc . 13. O desenho institucional das políticas públicas ambientais suscita o duelo valorativo entre a tutela ambiental e a tutela do desenvolvimento, tendo como centro de gravidade o bem comum da pessoa humana no cenário de escassez. É dizer, o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente não são políticas intrinsecamente antagônicas. 14. A análise de compatibilidade entre natureza e obra humana é ínsita à ideia de desenvolvimento sustentável, expressão popularizada pelo relatório Brundtland, elaborado em 1987 pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. A mesma organização eficiente dos recursos disponíveis que conduz ao progresso econômico, por meio da aplicação do capital acumulado no modo mais produtivo possível, é também aquela capaz de garantir o racional manejo das riquezas ambientais em face do crescimento populacional. Por conseguinte, a proteção ao meio ambiente, no contexto de um desenvolvimento sustentável, não equivale a uma visão estática dos bens naturais, que pugna pela proibição de toda e qualquer mudança ou interferência em processos ecológicos ou correlatos. A história humana e natural é feita de mudanças e adaptações, não de condições estáticas ou de equilíbrio. 15. A preservação dos recursos naturais para as gerações futuras não pode significar a ausência completa de impacto do homem na natureza, consideradas as carências materiais da geração atual e também a necessidade de gerar desenvolvimento econômico suficiente para assegurar uma travessia confortável para os nossos descendentes. 16. Meio ambiente e Desenvolvimento Econômico enceram conflito aparente normativo entre diversas nuances, em especial a justiça intergeracional, demandando escolhas trágicas a serem realizadas pelas instâncias democráticas, e não pela convicção de juízes, por mais bem-intencionados que sejam. (REVESZ, Richard L.; STAVINS, Robert N. Environmental Law. In : Handbook of Law and Economics . A. Mitchell Polinsky; Steven Shavell (ed.). V. 1. Boston: Elsevier,

Administração Pública realiza uma ponderação dos interesses em jogo e, no fim, “há uma escolha trágica”.[68].

Nesse sentido, inclusive, é importante destacar que, em alguns casos, a Administração se depara com uma verdadeira escolha de sofia, tendo em vista que, ela precisa atuar em situação nas quais o dano ambiental já ocorreu, como no caso de construções em áreas de proteção permanente[69].

Nesse contexto, muitas vezes, pode ser mais prejudicial ao meio ambiente demolir as construções do que mantê-las. Dessa forma, em atenção a Teoria do Ganho Ambiental, a Administração pode optar pela manutenção, mesmo tendo conhecimento da irregularidade existente[70].

Outrossim, sobre os atos administrativos na seara ambiental, importante o apontamento de Jeferson Dytz:

> Esses atos administrativos produziram um alargamento necessário da discricionariedade dos agentes públicos, haja vista demandarem maior conhecimento técnico-científico produzido por ciências não jurídicas. Tudo isso promoveu o aumento da possibilidade de escolhas e soluções válidas perante o Direito[71].

2007. p. 507) 17. A Jurisdição Constitucional encontra óbice nos limites da capacidade institucional dos seus juízes, notadamente no âmbito das políticas públicas, cabendo ao Judiciário a análise racional do escrutínio do legislador, consoante se colhe do julgado da Suprema Corte Americana FCC v. Beach Communications , Inc. 508 U.S. 307 (1993), em que se consignou que a escolha do legislador não está sujeita ao escrutínio empírico dos Tribunais e pode se basear em especulações racionais não embasadas em provas ou dados empíricos (Legislative choice is not subject to courtroom factfinding and may be based on rational speculation unsupported by evidence or empirical data). 18. A capacidade institucional, ausente em um cenário de incerteza, impõe auto-contenção do Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos demais órgãos dos Estado por suas próprias escolhas (VERMEULE, Adrian. Laws Abnegation Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 130, 134-135) 19. O Princípio da vedação do retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático no afã de transferir ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo, nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo. (…). STF, ADC nº 42000012473, Relator Ministro Luiz Fux.

[68] BIM, Eduardo Fortunato. **Licenciamento ambiental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 7.

[69] D’OLIEVIRA, Rafael Lima Daudt. **A teoria do Ganho Ambiental e as construções em áreas de preservação permanente – APP.** Revista de Direito da Cidade, vol. 13, nº 3, p. 1578-1595, 2011, p. 1586.

[70] PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBICO FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. (...) 9. O acórdão guerreado, quanto ao art. 944 do CC vigente, atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ao admitir, por um lado, a mantença das edificações existentes na área de preservação permanente, em razão da possibilidade de a demolição vir a causar dano ambiental maior do que aquele já imposto por força das construções consideradas ilegais, e condenando, por outro lado, as agravantes e outros no pagamento de indenização como forma de recompor o dano ambiental ocasionado pela permanência das casas na área de preservação permanente. (AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 338.744/ RJ).
– STJ/1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 26/11/2016).

[71] BIM, op. cit., p. 310.

O contexto descrito pode ser exemplificado pelas normas que disciplinam o licenciamento ambiental, a concessão florestal, a outorga de recursos hídricos, a autorização para queima e a autorização de supressão da vegetação, conforme será demonstrado.

4.1.1 Licenciamento Ambiental

Inicialmente, é válido destacar que licença[72] é o ato e licenciamento é o processo, composto, inclusive, pela concessão de mais de uma licença. Dessa forma, "o licenciamento seria o todo, resultado de um processo molecularizado de ações; a licença, a parte atomizada, identificadora de cada etapa de que se compõe o primeiro[73]".

Nesse sentido, a maior parte da doutrina brasileira entende que o processo de licenciamento ambiental[74] possui um caráter discricionário, principalmente ao se levar em consideração que, durante seu desenvolvimento, várias escolhas da Administração terão como base critérios técnico-científicos aliados a uma análise dos demais valores envolvidos, o que implicaria em certa discricionariedade a Administração Pública.

Entretanto, salienta-se o requerimento da licença ambiental não implica em discricionariedade administrativa no sentido da conveniência e oportunidade da atividade para a Administração Pública, mas sim em uma discricionariedade técnica[75].

Nesse sentido, inclusive, a maior parte da doutrina e da jurisprudência[76]

---

[72] 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. Resolução CONAMA 237/97 em seu art. 1.º, II.

[73] MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente.** 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 790.

[74] "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 e potencialmente poluidoras ou daqueles que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas aplicáveis ao caso". Resolução CONAMA 237/97 em seu art. 1.º, I.

[75] FARIAS, Talden Queiroz. **Da licença ambiental e sua natureza jurídica.** Âmbito Jurídico, 2007. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/da-licenca-ambiental-e-sua-natureza-juridica/. Acesso em: 15 de abr. de 2023.

[76] "O exame dessa lei revela que a licença em tela tem natureza jurídica de autorização, tanto que o §1.º de seu art. 10 fala em pedido de renovação de licença, indicando, assim, que se trata de

entendem que, com relação a sua natureza jurídica, a licença, no contexto ambiental, se trataria de uma autorização, uma vez que a Administração possuíria discricionariedade para sua concessão, logo, se trataria de licença em sentido não próprio, podendo suspender a obra ou atividade, se entender assim ser necessário. Sobre isso, Patrícia Silveira da Rosa *apud* Eduardo Bim assevera que a licença ambiental constituiria "um acoplamento estrutural entre os sistemas político, jurídico, econômico e ecológico[77]".

Nesse contexto, as autorizações, no âmbito ambiental, seriam atos administrativos discricionários e precários mediante os quais a autoridade competente faculta ao administrado, em casos concretos, o exercício ou a aquisição de um direito[78]. Nesse sentido, a autorização é, portanto, ato constitutivo de direito, não havendo que se falar em direito subjetivo por parte do administrado, podendo a Administração Pública negá-la inclusive.

Ademais, as autorizações teriam o papel de guardiões dos valores da prevenção e precaução, ao representar a indispensabilidade da adoção de medidas que antecipem o risco e minorem impactos adversos[79].

Em contrapartida, se licença[80] fosse, em sua conceituação mais comum utilizada no direito administrativo, seria vinculado aos requisitos presentes na lei, não restando ao agende público qualquer discricionariedade para sua concessão. Contudo, sobre o tema, Krell assevera que seria mais adequado analisar em cada caso a margem de liberdade concedida à Administração pelas normas, para a partir disso conceber se trata de ato vinculado (licença) ou discricionário (autorização)[81].

Outrossim, Celso Antônio Pachêco Fiorillo entende que a licença ambiental é um ato discricionário *sui generis* e não um ato vinculado, tendo em vista que os

---

autorização, pois, se fosse juridicamente licença, seria ato definitivo, sem necessidade de renovação". (TJSP, AR de Ação Civil Pública 178.554-1-6, 7.ª Câmara, Relator: Des. Leite Cintra, Julgado em: 12/05/1993).

[77] BIM, Eduardo Fortunato. **Licenciamento ambiental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 12.

[78] MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente.** 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 788.

[79] SANTOS, Leonor Bento Fialho Vieira dos. **O dano ambiental na sua relação com os atos autorizativo e licenciador.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Católica Faculdade de Direito: Escola de Lisboa. Lisboa, p. 47, p. 39.

[80] "Licença" aqui entendida como "ato administrativo vinculado e definitivo, que implica a obrigação de o Poder Público atender à súplica do interessado, uma vez atendidos, exaustivamente, os requisitos pertinentes" (MILARÉ, op. cit., p. 788)". Ressalta-se que, a licença ambiental ao se tornar instrumento do Direito Ambiental passou a ter características próprias.

[81] KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental:** o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 59.

estudos ambientais resultam em múltiplas respostas que devem ser ponderadas pelo Poder Público. Desse modo, ainda que os estudos realizados sejam desfavoráveis, caberá à Administração Pública escolher entre a opção que melhor equilibre o desenvolvimento econômico com a proteção do meio ambiente[82].

Acerca do processo de licenciamento, ele foi primeiro previsto no Decreto Federal nº 1.413/1975, o qual concedeu aos estados e municípios competência para criar seus sistemas de licenciamento para a localização e funcionamento de indústrias potencialmente degradadoras. Posteriormente, tal instituto foi novamente previsto no art. 10 da Lei nº 6.938/1981[83], o qual criou a Política Nacional do Meio Ambiente.

O Licenciamento, levando-se em consideração a amplitude da legislação sobre a matéria e a indeterminação de termos como "impacto ambiental[84]", faz com que ele possa ser exigido sobre qualquer atividade ou empreendimento que possa impactar negativamente o meio ambiente. Todavia, frisa-se que o Licenciamento ambiental não objetiva representar um óbice ao exercício de qualquer atividade econômica[85], mas sim possibilitar que a atividade ou obra seja realizada em consonância com os interesses sociais e sem implicar em prejuízos ao meio ambiente.

Diante disso, como uma forma de facilitar a atuação dos órgãos competentes, a Resolução CONAMA nº 237/97, em seu Anexo 1, previu um rol extenso de atividades que exigem a realização do licenciamento.

Todavia, a doutrina discute se todas as atividades previstas estariam sujeitas, em todas as hipóteses, a realização do licenciamento. Sobre isso, "parece mais

---

[82] FARIAS, Talden Queiroz. **Da licença ambiental e sua natureza jurídica.** Âmbito Jurídico, 2007. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/da-licenca-ambiental-e-sua-natureza-juridica/. Acesso em: 15 de abr. de 2023.

[83] Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental. Lei nº 6.938/81.

[84] Art. 1º - Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II - as atividades sociais e econômicas; III - a biota; IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V - a qualidade dos recursos ambientais. (Resolução 001/1986).

[85] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (…) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Constituição Federal de 1988.

correto o entendimento de que todas as atividades elencadas no Anexo 1 da resolução em comento estão sujeitas ao licenciamento, não existindo margem para a discricionariedade administrativa em relação a esse fato[86]". Contudo, ressalta-se que esse rol não é taxativo, podendo outras atividades não previstas serem objeto de licenciamento.

Importante salientar que até hoje o licenciamento ambiental é cumulativo, ou seja, "todas as obras, instalações ou atividades capazes de afetas negativamente a qualidade do meio ambiente, precisam ser licenciadas, ao mesmo tempo, por órgão municipais e estaduais, as vezes também por órgãos federais (…)". Contudo, essa cumulatividade não impede que órgãos ambientais superiores fiscalizem a atividade dos inferiores, como no caso dos estados exigirem licenciar uma obra de impacto apenas municipal, mesmo o Município já tendo realizado o processo[87].

O Licenciamento Ambiental é constituído por três fases principais, sendo elas: (i) a licença prévia; (ii) licença de instalação e (iii) licença de operação.

Na fase (i), há uma avaliação preliminar do empreendimento e é nesse primeiro momento que a Administração irá atestar sua viabilidade, assim como estabelecer requisitos para as próximas fases. Ademais, é também nessa fase que devem ser apresentados o EIA/RIMA.

Sobre o EIA – Estudo de Impacto Ambiental - Krell explica que ele é previsto, constitucionalmente, no inciso IV, §1º, do art. 225 da CF, devendo ser produzido por uma equipe especial, no caso de se entender que a obra/atividade é potencialmente causadora de "significativa degradação ambiental".

Este autor salienta que o uso dessa expressão implica na concessão de discricionariedade à Administração, através da denominada discricionariedade técnica, uma vez que trata-se de um termo que necessita de critérios técnicos para ganhar significado, o qual vai ser dado a partir de um ato volitivo da Administração, uma vez que cabe a ela definir se, no caso concreto, há degradação "significativa".

Contudo, essa decisão deve ser norteada pela Resolução nº 01/86 do CONAMA[88], a qual prevê uma lista exemplificativa de obras e atividades em que se

---

[86] Idem., 2017, p. 48.

[87] KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental:** o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 112.

[88] Artigo 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

presume a situação descrita na norma.

Todavia, não se trata de rol taxativo, logo, casos não previstos na norma dependerão de ato volitivo da Administração, aumentando, assim, a margem discricionária. Além disso, é possível que mesmo uma atividade prevista na norma não enseje a produção da EIA, haja vista a necessidade de se observar se, no caso concreto há, realmente, possibilidade de significativa degradação.

Salienta-se, porém, que o EIA apresentado pela equipe técnica não é vinculante para a Administração, podendo esta escolher dentre as soluções expostas no estudo qual melhor condiz com o caso, uma vez que não apenas elementos ambientais devem ser levados em consideração, como também, conforme já mencionado, critérios econômicos e mesmo sociais[89]. Nesse sentido, Erasmo Marcos Ramos citado por Eduardo Bim defende que:

> Os resultados desse estudo técnico são transferidos ao papel e sintetizados na forma de um relatório que tenta justificar o projeto. Contudo, o segundo ponderamento é o mais relevante para a decisão final, pois neste ocorre um ponderamento geral sobre todos os aspectos do projeto na forma do resultado ou da alternativa do EIA (que representa nada mais que o primeiro ponderamento) e de outros aspectos não necessariamente ambientais (aspectos econômicos, outros interesses, interesse público) sem que haja uma ordem hierárquica entre estes[90].

Ademais, a própria amplitude de aspectos analisado no EIA impossibilita que

---

IBAMA e em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como: I - Estradas de rodagem com duas ou mais faixas de rolamento; II - Ferrovias; III - Portos e terminais de minério, petróleo e produtos químicos; IV - Aeroportos, conforme definidos pelo inciso 1, artigo 48, do Decreto-Lei nº 32, de 18.11.66; V - Oleodutos, gasodutos, minerodutos, troncos coletores e emissários de esgotos sanitários; VI - Linhas de transmissão de energia elétrica, acima de 230KV; VII - Obras hidráulicas para exploração de recursos hídricos, tais como: barragem para fins hidrelétricos, acima de 10MW, de saneamento ou de irrigação, abertura de canais para navegação, drenagem e irrigação, retificação de cursos d'água, abertura de barras e embocaduras, transposição de bacias, diques; VIII - Extração de combustível fóssil (petróleo, xisto, carvão); IX - Extração de minério, inclusive os da classe II, definidas no Código de Mineração; X - Aterros sanitários, processamento e destino final de resíduos tóxicos ou perigosos; Xl - Usinas de geração de eletricidade, qualquer que seja a fonte de energia primária, acima de 10MW; XII - Complexo e unidades industriais e agro-industriais (petroquímicos, siderúrgicos, cloroquímicos, destilarias de álcool, hulha, extração e cultivo de recursos hídricos); XIII - Distritos industriais e zonas estritamente industriais - ZEI; XIV - Exploração econômica de madeira ou de lenha, em áreas acima de 100 hectares ou menores, quando atingir áreas significativas em termos percentuais ou de importância do ponto de vista ambiental; XV - Projetos urbanísticos, acima de 100ha. ou em áreas consideradas de relevante interesse ambiental a critério da SEMA e dos órgãos municipais e estaduais competentes; XVI - Qualquer atividade que utilize carvão vegetal, em quantidade superior a dez toneladas por dia. Resolução nº 01/86 do CONAMA.

[89] Exemplo disso foi o caso da reserva indígena Raposa Serra do Sol, em a Procuradoria-Geral da República sustentou em diversas passagens que o Supremo teria dado primazia incondicionada a interesses da União – inclusive econômicos –, bem como à tutela do meio ambiente, em detrimento dos direitos dos índios.

[90] BIM, Eduardo Fortunato. **Licenciamento ambiental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 14.

a concessão da licença se limite a uma simples aferição pela Administração Pública do atendimento a exigências legais[91]. Dessa forma, é valido destacar que o órgão licenciador não está adstrito a escolha da alternativa menos impactante, a própria Resolução do CONAMA nº 001/86 reconhece o caráter probabilístico do EIA[92]. Nesse sentido, Herman Benjamin assim se posiciona:

> É bom ressaltar que o EIA não aniquila, por inteiro, a discricionariedade administrativa em matéria ambiental. O seu conteúdo e conclusões não ex tinguem a apreciação de conveniência e oportunidade que a Administração Pública pode exercer, como, por exemplo, na escolha de uma entre múltiplas alternativas, optando, inclusive, por uma que não seja a ótima em termos estritamente ambientais. Tudo desde que a decisão final esteja coberta de razoabilidade, seja motivada e tenha levado em conta o próprio EIA[93].

Além disso, na hipótese de haver apenas uma alternativa viável, dentro do ponto de vista da viabilidade econômica ou mesmo técnica, o EIA pode apresentar somente uma motivadamente. Inclusive, essa possibilidade impede que sejam inventadas alternativas inviáveis e desproporcionais, além de proporcionar um estudo qualitativo mais aprofundado da alternativa apresentada[94].

Essa decisão, inclusive, deve sempre que possível tentar adotar o conceito de melhor tecnologia disponível (MTD). Tal conceito diz respeito a “uma espécie de cláusula técnica, ou seja, da remessa do Direito ao estado atual da técnica em determinada área, permanecendo com a legitimidade do ordenamento jurídico e com a dinamicidade do ordenamento técnico[95]”.

Nessa perspectiva, em contextos de incerteza científica, como o ambiental, em que se pretende, constantemente, prevê os riscos de atividades e empreendimentos, a adoção da MTD é de difícil efetivação. Dessa forma, a utilização da MTD representa uma tentativa de fixar “com maior segurança os critérios pelos quais sua adoção se torna obrigatória para atividades e instalações

---

[91] FARIAS, Talden Queiroz. **Da licença ambiental e sua natureza jurídica.** Âmbito Jurídico, 2007. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/da-licenca-ambiental-e-sua-natureza-juridica/. Acesso em: 15 abr. 2023.

[92] II - Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais. Art. 6º, II da Resolução nº 0001/86.

[93] BIM, Eduardo Fortunato. **Licenciamento ambiental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 17.

[94] Ibid., p. 118.

[95] Ibid., p. 183.

que foram autorizadas em momento anterior ao desenvolvimento de tal tecnologia, ou que não estavam acessíveis às empresas[96].”

Assim, na verdade, a MTD é “uma obrigação de resultado e não de meio[97]”, o órgão competente ambiental deve escolher dentre as tecnologias disponíveis para o fim almejado, a partir dos estudos realizados, de forma motivada, a que melhor se adequa, em uma perspectiva de eficiência.

Dentro dessa temática, é importante esclarecer o que se entende por disponível, isso porque disponibilidade não se trata apenas da existência fática de determinada tecnologia, mas principalmente, uma análise dos seus custos, técnica necessária, análise de mercado e obrigatoriedade de investigação científica pelo empreendedor[98].

Dessa forma, no momento da sua decisão, o órgão competente deve levar em consideração, por exemplo, se a tecnologia já está disponível no mercado, não sendo obrigatórias aquelas que estejam em fase de experimentação, uma vez que implicariam em altos custos, além não ser cabível exigir das empresas que promovam pesquisa científica.

Portanto, nesse cenário, o aspecto que acaba por se sobrepor é o econômico, observando-se uma relação de custo e benefício, não podendo os custos da atividade ultrapassarem os benefícios, tornando a atividade ou empreendimento desproporcional[99].

Ademais, a adoção da MTD no contexto do licenciamento objetiva “à internalização das externalidades negativas, colocando a cargo do empreendedor adotar as melhores tecnologias para evitar que a sociedade venha a sofrer com os riscos e danos (…)”.

Portanto, conclui-se que o uso da MTD envolve uma intervenção de modo a obrigar à Administração Pública e as empresas[100] a incorporar em suas atividades os conhecimentos científicos mais adequados para proteção do meio ambiente e em

---

[96] Ibid., p. 186.
[97] Ibid. p. 186.
[98] SILVEIRA, Paula Galbiatti. **A adoção da melhor tecnologia disponível no licenciamento ambiental brasileiro na perspectiva do Estado ambiental.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, p. 271, 216. p. 186.
[99] Ibid. p. 188.
[100] A resolução nº 001/1996 prevê que o empreendedor deve apresentar todas as alternativas tecnológicas e de localização do projeto, confrontando-as com sua inexecução, ou seja, compete ao empreendedor fazer um levantamento amplo e completo de todas as alternativas tecnológicas.

prol do bem comum, mas sem deixar de lado as ponderações já mencionadas[101]. Ou seja, em verdade, trata-se da já falada adoção pela Administração Pública da decisão que melhor coadune a proteção ambiental e os demais interesses envolvidos quando da licença ambiental, dentre esses, o econômico, aliado a um diálogo com a sociedade.

Na licença de instalação (ii) é autorizado o início da implementação do empreendimento em consonância com os requisitos especificados na fase anterior e a partir da apresentação de um Plano contendo as medidas de mitigação e compensação dos impactos. Essa licença tem prazo máximo de 6 (seis) anos e após esse período, é necessária a atualização do registro.

A etapa da licença de operação (iii) é composta por uma vistoria mais rígida, em que se observará se o empreendimento está cumprindo todos programas e planos ambientais definidos para que haja a aprovação. Essa licença tem um prazo ainda menor que o anterior, durando em média 4 (quatro) anos.

Nesse momento, inclusive, em observância a MTD, a Administração Pública irá analisar se o empreendedor incorporou as técnicas e conhecimentos definidos na fase anterior, sob pena de revogação da licença.

Ademais, a licença poderá ser suspensa ou mesmo cancelada em se verificando uma das hipóteses do art.19 da Resolução nº 237/97 do CONAMA[102], tratando-se, novamente, de ato discricionário da Administração, o qual deve ser motivado, conforme previsto na mesma Resolução.

Salienta-se, também, que mesmo outros entes federativos interessados não poderão retirar o poder de decisão do órgão responsável pelo licenciamento, vez que apresentam manifestações em caráter não vinculante[103].

Atualmente, dentro do contexto do licenciamento ambiental, discute-se a necessidade de simplificação desse procedimento, haja vista a morosidade com que hoje vem sendo desenvolvido. Nesse sentido, essa simplificação teria sete objetivos

---

[101] SILVEIRA, op. cit., p. 197.

[102] Art. 19 – O órgão ambiental competente, mediante decisão motivada, poderá modificar os condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar uma licença expedida, quando ocorrer: I – violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais; II – omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição de licença; III – superveniência de graves riscos ambientais e de saúde. Resolução nº 237/97 do CONAMA.

[103] Art. 13. Os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo, em conformidade com as atribuições estabelecidas nos termos desta Lei Complementar. § 1º Os demais entes federativos interessados podem manifestar-se ao órgão responsável pela licença ou autorização, de maneira não vinculante, respeitados os prazos e procedimentos do licenciamento ambiental. LC nº 140/2011.

principais: (i) eliminar ou reduzir burocracias inúteis; (ii) reduzir custos; (iii) conferir racionalidade e celeridade aos procedimentos administrativos; (iv) facilitar a vida do cidadão e da empresa, por meio de normas claras e de fácil execução; (v) adotar soluções coordenadas, consensuais e flexíveis; (vi) coordenar e racionalizar o exercício de competências sobrepostas e (vii) gerar o controle estatal diretamente proporcional ao risco[104].

Essa simplificação não implicaria em uma redução da proteção ambiental, mas sim no desenvolvimento do licenciamento, de modo mais racional, aliado aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, haja vista sua essencialidade[105]. Tal processo permitiria que a Administração Pública atuasse de modo menos custoso, além de mais célere, atendendo de forma mais efetiva os interesses das partes envolvidas, contudo, sem deixar de lado os ditames constitucionais.

4.1.2 Concessão Florestal

Inicialmente, é válido destacar que concessão é espécie de "contrato administrativo, de forma escrita, condicionado a autorização legislativa, formalizado com pessoa jurídica ou consórcio de empresas[106]". Nesse contexto, a Lei nº 11.284/2006 prevê um conceito específico para concessão florestal:

> Art. 3º Para os fins do disposto nesta Lei, consideram-se:
> (...)
> VII - concessão florestal: delegação onerosa, feita pelo poder concedente, do direito de praticar manejo florestal sustentável para exploração de produtos e serviços numa unidade de manejo, mediante licitação, à pessoa jurídica, em consórcio ou não, que atenda às exigências do respectivo edital de licitação e demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

A concessão visa permitir ao concessionário o direito de praticar o manejo florestal sustentável, além de incentivar o desenvolvimento econômico da área, devendo observar três princípios principais: deve ser ecologicamente correto, economicamente viável e socialmente justo.

---

[104] D'OLIVEIRA, Rafael Daudt; FARIAS, Talden. **Simplificação do licenciamento ambiental:** limites e possibilidades**. In: MILARÉ, Édis (coord.). 40 anos da lei da Política Nacional do Meio Ambiente: reminiscências, realidade e perspectivas.** Editora Plácido, 2021, p. 770.
[105] Ibid., p. 771.
[106] MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente.** 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 881.

Ademais, a concessão florestal pressupõe a existência de alguns elementos previstos nessa mesma lei, quais sejam: a unidade de manejo ambiental, o lote de concessão florestal, o órgão gestor, o órgão consultivo e o poder concedente.

Nesse contexto, é importante frisar que a unidade de manejo é definida a partir de critérios técnicos, econômicos e ambientais, sendo que o órgão gestor é que tem competência para conduzir o processo de outorga da concessão florestal. O órgão consultivo possui representação do Poder Público e da sociedade civil e exerce papel fundamental no assessoramento e avaliação das concessões.

Os três elementos mencionados estão estritamente ligados a observância de critérios técnicos, ensejando, assim, certo grau de discricionariedade á Administração Pública, não se tratando de simples direito subjetivo do administrado.

4.1.3 Outorga de Uso de Recursos Hídricos

A outorga de recursos hídricos prevista na Lei nº 9.433/1997 é "o instrumento pelo qual o órgão governamental confere a terceiros uma determinada disponibilidade hídrica, para fins determinados, por certo intervalo de tempo[107]".

Esse instrumento possui como principal finalidade o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água[108], sendo um dos principais mecanismos da Política Nacional de Recursos Hídricos.

Sobre esse instrumento não há definição sobre qual seria sua natureza jurídica, havendo divergência se se trataria de autorização, sendo, portanto, ato discricionário, ou licença, possuindo caráter definitivo uma vez preenchidos os requisitos.

Contudo, entende-se que, em verdade, a outorga de uso não pode ser enquadrada totalmente em nenhum dos dois conceitos, haja vista que, apesar de ter como pressuposto o uso dos recursos hídricos por quem necessita, limita esse direito a sua efetiva disponibilidade. Desse modo, possui prazo determinado, porém, por outro lado, não confere ao administrado direito pleno ao uso, podendo ser

---

[107] MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente.** 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 934.

[108] Art. 11. O regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água. Lei nº 9.433/1997.

suspensa[109].

Logo, possui características tanto de ato discricionário, quanto de ato vinculado, a depender do momento e finalidade.

4.1.4 Autorização para queima

Inicialmente é necessário esclarecer que o uso do fogo é exceção e que, no Brasil, almeja-se a redução do seu emprego. Nesse sentido, a Lei nº 12.651/2012 proibiu o uso do fogo em vegetação, todavia, previu exceções, sendo elas: (i) em locais cujas peculiaridades justifiquem seu emprego em práticas florestais ou agropastoris e (ii) emprego de queima controlada em Unidades de Conservação, em conformidade com o plano de manejo para a área[110].

Nesse contexto, aqueles que desejarem realizar queima controlada precisam solicitar ao órgão de controle ambiental, devendo o requerimento ser prévio e acompanhado de, por exemplo: (i) definições técnicas; (ii) reconhecimento da área; (iii) deve assegurar a presença de equipe técnica e (iv) o monitoramento dos resíduos da vegetação, entre outros requisitos.

O órgão responsável poderá, a ser critério, exigir outros documentos e procedimentos, além de ser responsável por analisar o caso e decidir acerca da autorização.

4.1.5 Autorização de Supressão de Vegetação

A Autorização de Supressão de Vegetação (ASV) possibilita a supressão de vegetação nativa em empreendimentos de interesse público ou social submetidos ao licenciamento ambiental pela Diretoria de Licenciamento Ambiental Federal (Dilic) do IBAMA.

É um processo obrigatório para o desenvolvimento de empreendimentos, além de necessitar da comprovação da existência de licenciamento ambiental ativo para sua autorização. Além disso, deve estar acompanhado por um estudo de viabilidade ambiental, especificando-se os possíveis danos além das formas de

---

[109] MILARÉ, op. cit., p. 934.
[110] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** 18 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 997-998.

minimização dos impactos.

Essa autorização cabe a órgão competente, o qual irá verificar se o interessado cumpriu os critérios técnicos indicados, implicando, assim, em discricionariedade técnica.

4.2 Controle dos atos administrativos ambientais discricionários exercido pelo judiciário

Andreas Krell, ao tratar sobre a discricionariedade em matéria ambiental, cita Paulo Antunes Bessa, o qual assim trata sobre a temática:

> (…) verdadeira relação de amor e ódio entre o Direito Ambiental e o Direito Administrativo é a afirmação de que a proteção do meio ambiente, no decorrer dos tempos, vem se afirmando sempre às custas da discricionariedade, sendo mais e mais amarras impostas ao administrador, sempre com o intuito de fortalecer sua veia preservacionista, enfraquecendo seu lado eco-mutilador[111].

Contudo, o mesmo autor lembra, posteriormente, que um controle judicial mais intenso dos administrativos na seara ambiental não é sinônimo de maior proteção ambiental. Em muitos casos, o Judiciário tem interferido nos atos da Administração Pública, desvirtuando o objetivo da norma ambiental, relegando a segundo plano a proteção do meio ambiente em detrimento do alcance de interesses econômicos. Nesse sentido, "não cabe ao juiz substituir a ação administrativa pelo arbítrio da toga. A ditadura judiciária será tão nociva quanto o descritério da Administração[112]."

Sobre isso é preciso salientar que, atualmente, muito se discute acerca da intervenção do Judiciário no âmbito dos atos administrativos discricionários, tendo em vista que, na maioria dos casos, argumentando impossibilidade de intervir no mérito dos atos praticados pela Administração, esse Poder deixa de analisar o ato vergastado[113].

---

[111] KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental:** o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 57.

[112] BIM, Eduardo Fortunato**. Licenciamento ambiental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 290.

[113] "Em matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível – cautela que não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo". (STJ, 2ª T., v.u., REsp 1.171.688/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 01/06/2010, DJe 23/06/2010).

Contudo, a atuação do Judiciário frente aos atos administrativos discricionários na seara ambiental costuma ser diversa, conforme mencionado. Apesar da Constituição Federal e as Constituições estaduais elevarem a proteção ao meio ambiente ao patamar de Direito Fundamental, o Judiciário, muitas vezes, flexibiliza as decisões da Administração, ainda que sob risco de prejuízos ao meio ambiente.

Nesse contexto, caberia ao Tribunais verificar se a aplicação dos conceitos indeterminados ou critérios técnicos constantes nas normas ambientais foi feita em atenção as normas atinentes a matéria e aos princípios constitucionais, tais como a moralidade e a legalidade, e se contém vícios, como o abuso de poder[114].

Todavia, frisa-se que não cabe ao Judiciário analisar questões científicas ou adentrar no espaço da decisão administrativa, tendo em vista que não faz parte do contexto jurídico, marcado pela certeza e segurança jurídica, entender as nuances da ciência, tais como a tentativa constante de se tentar prever o risco, mas o conhecimento de que o risco zero não é alcançável.

Nesse sentido, Eduardo Bim leciona:

> Para o jurista não é fácil dizer que existem espaços nos quais o controle jurisdicional não pode intervir plenamente sob pena de se judicializar opções políticas. Para ele, tudo está dentro do direito e cada escolha estatal deve ser contrastada pelo Judiciário, ainda mais em um sistema que prestigia constitucionalmente a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV)[115].

Portanto, em situações em que o conhecimento científico não for claro e a lei não estabelecer qual a opção a ser seguida, deve-se manter a decisão administrativa, política, visto que cabe a Administração, nesses casos, escolher a opção mais razoável.

Contudo, é importante salientar que deve sempre estar presente nesse contexto uma reflexão acerca sobre como aferir se um conhecimento científico é "claro", principalmente tendo em vista que há uma tendência cada vez maior ao aumento na quantidade de *fake news*, além do descredenciamento crescente da

---

[114] "A Suprema Corte estadunidense, em Chevron v. NRDC (Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc – 1983), entendeu que a Administração Pública detém primazia na interpretação dos conceitos indeterminados das leis a ela dirigidas, somente podendo intervir o Judiciário em casos teratológicos. Portanto, o Judiciário deveria respeitar, em regra, a exegese do Executivo, a doutrina estabelecida no caso Chevron ficou conhecida como judicial deference, Chevron deference ou Chevron doctrine". (BIM, op. cit., p. 313).

[115] Ibid., p. 312.

produção científica.

Nesse sentido, é importante que a Administração Pública, em contato com a ciência, busque utilizar como base ao proferir suas decisões, o conhecimento produzido por autoridades no assunto, a partir de pesquisas testadas e averiguadas, de forma a não dar margem a penetração da desinformação nas suas decisões.

Ressalta-se, entretanto, que com isso não se estar a defender, conforme já explicitado, que haveria uma resposta não passível de erro no contexto científico, mas sim que o agente público deve tentar se aproximar ao máximo da ciência produzida seguindo todo o procedimento necessário – pesquisa, teste, publicação, críticas e modificações, quando necessárias.

Outrossim, atualmente, a sociedade brasileira dispõe de alguns meios para compelir o Judiciário na defesa do meio ambiente. Nesse sentido, primeiramente, é importante tratar acerca da ação civil pública.

Tal ação, regulamentada pela Lei nº 7.347/85, objetiva a defesa dos interesses dos difusos da sociedade, enquadrando-se entres esses, a defesa ao meio ambiente. Nesse caso, o Judiciário analisa a possibilidade das medidas adotadas pela Administração representarem perigo de ocorrer um dano ao meio ambiente e caso o dano já tenha ocorrido, verificará como pode ser compensado ou indenizado, não se restringindo, pois, a uma análise da legalidade do ato[116].

---

[116] PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DANO AMBIENTAL. IMPLEMENTAÇÃO DE OBRA PÚBLICA. USINA DE RECICLAGEM DE RESÍDUOS SÓLIDOS. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 333, I, DO CPC CARACTERIZADA. 1. Cinge-se a controvérsia dos autos à possibilidade do Ministério Público, em obrigação de fazer, por meio de ação civil pública, compelir o administrador a implementar obra pública, qual seja, usina de reciclagem de entulhos provenientes da construção civil, que estivesse causando danos ao meio ambiente. 2. Irretocável, a posição do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, no sentido de que "O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes" (AI 708667 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012). 3. Reconheço que em algumas situações é impossível estabelecer, num plano abstrato, qual a ordem de prioridades que a atividade administrativa deve tomar. Nestes casos, a identificação pela preferência de atuação estatal apenas poderia ser identificada na análise do caso. Todavia, ainda que abstratamente, não se pode deixar de reconhecer que alguns direitos, tais como a educação, a saúde e o meio ambiente equilibrado fazem parte de um núcleo de obrigações que o estado deve considerar como prioritárias. 4. Deve ser afastada a aplicação da Súmula 7/STJ e reconhecido a ofensa ao artigo 333, I, do CPC. Isto porque a Corte de origem faz referência a vários elementos probatórios que induzem - em tese - a existência de dano ambiental, considerando, também, que durante a tramitação do processo ocorreu significativa melhora no sistema de destinação dos resíduos sólidos, em especial, com aprovação da lei municipal regulamentando o tema. No entanto, apesar disso, o pleito do Ministério Público Estadual foi indeferido em razão da ausência de provas. 5. Os autos devem ser devolvidos ao primeiro grau para que o juiz proceda à instrução levando-se em conta o art. 462 do

No caso, por exemplo, da concessão de licença ambiental pela Administração, o Judiciário poderá analisar se existe perigo de dano, mesmo se tratando de ato administrativo permeado pela discricionariedade. Contudo, tal análise deverá abarcar os motivos da Administração para a sua decisão, de modo a não implicar em uma interferência arbitrária do Judiciário.

Outra possibilidade é o uso das Ações Populares[117]. Nesse caso objetiva-se proteger o meio ambiente de atos lesivos. Salienta-se que, por muito tempo, existiu a discussão no Direito brasileiro acerca da necessidade da existência do binômio lesividade/legalidade, porém, hoje, entende-se que somente é necessária a existência da lesividade.

Portanto, compelido o Judiciário a agir através da Ação Popular, pode ele analisar o mérito do ato administrativo, de modo a averiguar a existência da suposta lesividade no caso concreto, além disso, ele fica autorizado a invalidar as opções da Administração e a substituir o entendimento adotado acerca dos critérios técnicos no âmbito das normas ambientais[118].

Por fim, apesar da sociedade dispor de alguns mecanismos para compelir a atuação do Judiciário em prol da proteção do meio ambiente, de modo a concretizar o preceito constante no art. 225 da Constituição Federal, o Judiciário, em muitos casos ainda se esquiva de sua função adjacente na defesa do meio ambiente[119] ou,

---

CPC e a Lei n. 12.305/2010 (Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos), sobretudo à luz do se art. 54. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1367549 / MG, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 02/09/2014, publicado em 08/09/2014).

[117] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (…) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; (…). Constituição Federal de 1988.

[118] KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental:** o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 68-70.

[119] EMEN: AMBIENTAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENXURRADAS E ALAGAMENTOS. OBRAS DE DRENAGEM EM PROL DO MEIO AMBIENTE. PREJUÍZO À SAÚDE PÚBLICA. RISCO DE VIDA DA POPULAÇÃO. PROTEÇÃO POR VIA DA ACP. ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. 1. Cuida-se de inconformismo contra acórdão do Tribunal a quo que, com argumento na proteção do princípio da separação dos Poderes, denegou o pleito de realização de obras de drenagem no Município de Dourados, necessários para conter os alagamentos, devastação das áreas florestais pela força das águas, queda de muros causada pelas enxurradas, abertura de crateras que tomam as ruas da cidade, causando risco à saúde e à vida das pessoas. 2. Na origem, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul ajuizou Ação Civil Pública visando obrigar os recorridos a adotar providências quanto à adequação e à manutenção do sistema de drenagem de água pluviais em alguns bairros do Município de Dourados, notadamente no Centro

em outros casos, invalida ou modifica atos administrativos na seara ambiental que estavam de acordo ao ordenamento jurídico, por motivos escusos, tais como interesses econômicos.

Sobre isso, Eduardo Bim assim se posiciona:

> O problema não é apenas dos limites cognitivos da ciência, considerada de uma maneira pura, mas também de sua história, de sua dinâmica e dos homens que dela participam. A construção do paradigma – bem como o de sua superação – de Thomas S. Kuhn bem demonstra isso. A ciência também tem razões que a própria ciência costuma desconhecer, sendo não raramente influenciada por razões políticas, ideológicas e/ou pessoais[120].

Nesse sentido, se mesmo a ciência, hoje, tem se auto-organizado em uma estrutura empresarial, de modo a facilitar o intercâmbio de conhecimento e padronização de produtos, estando, pois, sob a influência de questões econômicas, o que dizer do Judiciário, que, principalmente no Brasil, é refém da opinião pública e de interesse alheios ao avanço científico e à proteção ambiental[121].

Posto isso, concluímos que a sociedade brasileira reflete o conceito de

---

Social Marista de Dourados (bairro João Paulo II), Jardim Universitário, Jardim das Primaveras e nos Altos do Indaiá. Argumenta que inexiste sistema eficiente de drenagem de águas dos rios nos locais apurados, por falta tanto de estrutura física como de manutenção ou improficiência dos sistemas implantados. 3. Nesse contexto, cinge-se a controvérsia a verificar a possibilidade de intervenção judicial em matéria de saneamento, ante a morosidade em se implementar o sistema de drenagem de águas pluviais no Município de Dourados. 4. Nesse diapasão, observa-se que há contradictio in adjecto no acórdão recorrido, uma vez que ele demonstra claramente ter havido sérios alagamentos em certos bairros da cidade e que o responsável seria o Executivo através de projetos de drenagem, contudo não considera violados os arts. 2º, I e III, e 3º da Lei 11.445/2007 e o art. 3º da Lei 8.080/1990. Ao reverso, o aresto eterniza a omissão do Executivo, engessando o Judiciário. 5. Consoante a posição do Supremo Tribunal Federal: "O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes" (AI 708.667 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 28/2/2012). Nesse sentido: RE 595.595 AgR/SC - Rel Min. Eros Grau, julgado em 28.4.2009, DJe 29.5.2009. 6. O STJ tem firme orientação de que, ante a demora ou inércia do Poder competente, o Poder Judiciário poderá determinar, em caráter excepcional, a implementação de políticas públicas para o cumprimento de deveres previstos no ordenamento constitucional, sem que isso configure invasão da discricionariedade ou afronta à reserva do possível (REsp 1.367.549/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 8.9.2014). 7. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de drenagem, tem o Judiciário legitimidade para exigir o cumprimento da norma. REsp 575.998/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 16.11.2004, e REsp 429.570/G0, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 22.3.2004. 8. Recurso Especial provido. (STJ, REsp nº 1804607, Relator Ministro Herman Benjamin).

[120] BIM, Eduardo Fortunato. **Licenciamento ambiental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 29.

[121] "Não é de hoje a advertência de Peter W. Huber sobre a invasão da ciência ruim (junk science) nos tribunais. Diz que a regra de perseguir a verdade deu lugar a dados sem sentido, especulações assustadoras e conjecturas fantásticas. "Teorias excêntricas que nenhuma agência governamental respeitável jamais iria financiar são generosamente recompensadas pelas cortes." Em muitos casos, o processo não tem base alguma, senão o que "um advogado e seu especialista de bolso [pocket expert] chamam de ciência."" (Ibid., p. 32).

alopoiese, com sendo um sistema caracterizado pela “confusão de códigos jurídicos construídos e aplicados difusamente, como também do intrincamento destes com os códigos do poder, da economia, familiar, da amizade, como também daquilo que os alemães chamam de ‘boas relações”.

O que resulta na “interferência direta de fatores sociais particularistas e bloqueantes (poder, dinheiro, etc.) atuaria como um “tumor” que, metastasiando-se destrutivamente pelo interior do sistema jurídico, provocaria, sem mais delongas, o ulterior perecimento da autonomia/identidade deste[122]”.

[122] RAMOS, Guilherme da Rocha. **O Fenômeno alopiético no contexto do sistema penal brasileiro.** SEDEP. Disponível em: https://www.sedep.com.br/artigos/o-fenomeno-alopoietico-no-contexto-do-sistema-penal-brasileiro/. Acesso em: 16 abr. 2023.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho objetivou entender como funciona a sistemática dos atos administrativos discricionários no Brasil, mas especificamente na seara ambiental e como pode ser realizado o controle dos mesmos, de modo a garantir que a atuação da Administração pública esteja sempre pautada e seja condizente com a Constituição Federal.

A atuação da Administração Pública através dos atos administrativo foi estudada, assim como a possibilidade de sua invalidação ou revogação. Ademais, analisamos especialmente a discricionariedade nos atos administrativos, observando seus limites e possibilidades, realizando um especial estudo sobre o uso dos conceitos jurídicos indeterminados, assim como da denominada discricionariedade técnica, e a existência de controle sobre eles.

Por último foi analisado o ato administrativo na seara ambiental, mais especialmente o ato discricionário. Diante disso, foram apresentadas as discussões acerca dessa temática, como por exemplo sobre qual seria a natureza jurídica da outorga de recursos hídricos.

Ademais, analisou-se a possibilidade do Judiciário exercer um controle sobre esses atos, tanto através das ações comuns, em que os Tribunais devem se limitar a verificar a sua legalidade, quando se tratarem de atos que envolvam discricionariedade, como também por meio da Ação Civil Pública e da Ação Popular, que possibilitam ao Judiciário um exame mais aprofundado sobre questões que envolvam o mérito da atuação da Administração Pública, tendo em vista a existência de conceitos indeterminados no próprio textos das normas que orientam essas medidas.

Diante de tudo o que foi exposto, conclui-se este trabalho abordando acerca da essencialidade do controle sobre os atos administrativos discricionários. Sobre essa temática, é importante ressaltar que o controle dos atos da Administração em um contexto democrático é medida que se impõe e inerente ao Estado de Direito, uma vez que uma de suas bases é exatamente a definição de limites para o poder da Administração.

Contudo, tal controle, conforme já demonstrado, é feito de diversas formas, seja internamente, pela própria Administração, ou por mecanismos externos, como o

controle judicial, sendo este o principal deles.

No caso do controle judicial, ele não pode se limitar, nos casos que envolvam atos em que a Administração possui margem de liberdade, a simplesmente excluir o ato da sua análise sob o argumento de que não cabe ao Judiciário analisar o mérito, uma vez que a própria Constituição Federal garante, em seu art. 5º, XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Com isso, não se estar defendendo uma interferência do Judiciário sobre o Executivo, de forma desconfigurar o princípio da separação dos poderes. Mas sim a necessidade de todos os atos da Administração serem passíveis de controle, mesmo aqueles sob o manto da discricionariedade.

Nesse sentido, o controle judicial deve ser feito de modo a averiguar a observância dos atos administrativos aos princípios que orientam o ordenamento jurídico brasileiro, além de observar se os limites legais estão sendo cumpridos. Sobre isso, inclusive, é importante ressaltar que mesmo nos casos de normas que concedem discricionariedade ao ato administrativo existem limites na própria lei que devem ser observados, de modo que a própria finalidade do ato (interesse público) não seja desvirtuada, ocasionando abuso de poder[123].

Além disso, Krell, sobre esse tema, traz um apontamento sobre a

[123] MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – PREGÃO ELETRÔNICO – CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA O FORNECIMENTO DE MATERIAIS GRÁFICOS – EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIFICADO DE *ORIGEM FLORESTAL* E DE *LICENÇA* DE *OPERAÇÃO PREVISÃO* NA *RECOMENDAÇÃO* Nº. 11/2007 DO CNJ – SUSTENTABILIDADE DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS – REQUISITO QUE NÃO OFENDE OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA COMPETITIVIDADE E DA IMPESSOALIDADE – DEFESA DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO – ART. 225 DA CF/88 – ORDEM DENEGADA. A inclusão da variável ambiental nos instrumentos convocatórios deve ser realizada de forma que os critérios sustentáveis sejam objetivamente definidos e passíveis de verificação, cuja legalidade guarda pertinência tanto com o texto constitucional, ao prescrever que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cabendo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações [art. 225], bem como na própria legislação de regência [Lei nº. 8.666/93], quando estabelece que "a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos" [art. 3º]. Ademais, a preocupação dos gestores em contratar empresas que adotem em seus processos produtivos práticas responsáveis ambientalmente, que no presente caso representa nas exigências de apresentação por parte das empresas interessadas de Certificado de Registro *Florestal* e de *Licença* de *Operação*, encontra-se inserida na discricionariedade do administrador e que guardam perfeita harmonia com premissa contida na *Recomendação* nº. 11/2007 do Conselho Nacional de Justiça, não havendo, pois, que se falar em ofensa aos princípios da isonomia e competitividade inerentes a todo e qualquer procedimento licitatório, tampouco de ofensa a direito líquido e certo. (N.U 1012062-82.2017.8.11.0000, TRIBUNAL PLENO CÍVEL, ANTONIA SIQUEIRA GONCALVES, Tribunal Pleno, Julgado em 12/04/2018, Publicado no DJE 18/04/2018).

possibilidade da introdução da consulta popular no contexto do controle judicial, principalmente quando relacionado a situações envolvendo conceitos jurídicos indeterminados na legislação ambiental.

Nesse caso, a participação da sociedade civil auxiliaria na legitimação das interpretações das normas, como uma forma de garantir a atualidade dos conceitos abertos nela existente frente as constantes mudanças sociais. Sobre isso, inclusive, é válido ressaltar que, tal apontamento já foi transposto para o contexto brasileiro, uma vez que, conforme já demonstrado, a própria LINDB prevê, hoje, a possibilidade de consulta popular como uma forma de eliminar incerteza científica e auxiliar na definição de conceitos em casos de normas jurídicas abstratas.

Contudo, o mesmo autor observa que, em muitos estados, já existem conselhos de defesa do meio ambiente em que a participação popular é majoritária. Desta forma, talvez fosse de mais fácil operacionalidade garantir uma efetiva cooperação desses, do que instrumentos de democracia direta, os quais são de difícil de implementação, apesar de sua importância[124].

Por fim, enfatiza-se a função fundamental do Estado, mas especificamente, nesse caso, da Administração Pública, na garantia do desenvolvimento da sociedade e mais especificamente dos cidadãos que dela fazem parte.

Nesse sentido, Cretella Júnior defende que:

> A ordem jurídica, isto é, a ausência de injustiça, torna possível a realização da sociedade humana, mas não basta para que apareçam as aludidas condições de bem-estar e aperfeiçoamento, pois estas pressupõem, além disso, um estado de coisas propício ao desenvolvimento das forças e faculdades individuais. Para a tutela do direito e também para prover à realização desse estado de coisas, é que existe a organização política da sociedade, o Estado. A tutela do direito compete ao Estado, exclusivamente[125].

Além disso, a Administração Pública não pode deixar de lado seu dever de proteção do meio ambiente, devendo pautar sua atuação, também, nessa finalidade. Ademais, é preciso desenvolver, no Brasil, um pensamento que entenda a proteção ao meio ambiente como importante não somente por si mesma, mas a partir de uma

---

[124] KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental:** o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 71.

[125] CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo.** Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 18.

lógica que entenda que ela gera efeitos em toda sociedade, uma vez que o meio ambiente, em seu aspecto natural, está imbricado em todos os demais interesses da sociedade, como o econômico.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** 18 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

BIM, Eduardo Fortunato. **Licenciamento ambiental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657/1942.** Brasília, DF: Diário Oficial da União, 09 set. 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.938/1981.** Brasília, DF: Diário Oficial da União, 02 set. 1981. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.784/1999.** Brasília, DF: Diário Oficial da União, 01 fev. 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.651/2012.** Brasília, DF: Diário Oficial da União, 25 maio. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.655/2018.** Brasília, DF: Diário Oficial da União, 26 abr. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. **Resolução CONAMA nº 01/86.** IBAMA. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 17 fev. 1986. Disponível em: http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/legislacao/MMA/RE0001-230186.PDF. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. **Resolução CONAMA nº 237/97.** IBAMA. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 22 dez. 1997. Disponível em: http://conama.mma.gov.br/?option=com_sisconama&task=arquivo.download&id=237. Acesso em: 19 mar. 2023.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **A Coerência do Sistema Jurídico em Luhmann:** uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo: Jurídico Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, nº 09, fev./mar./abr./, 2007.

D'OLIEVIRA, Rafael Lima Daudt. **A teoria do Ganho Ambiental e as construções em áreas de preservação permanente – APP.** Revista de Direito da Cidade, vol. 13, nº 3, p. 1578-1595, 2011. p. 1586.

D'OLIVEIRA, Rafael Daudt; FARIAS, Talden. **Simplificação do licenciamento ambiental:** limites e possibilidades. In: MILARÉ, Édis (coord.). 40 anos da lei da Política Nacional do Meio Ambiente: reminiscências, realidade e perspectivas. Editora Plácido, 2021.

FARIAS, Talden Queiroz**. Da licença ambiental e sua natureza jurídica.** Âmbito Jurídico, 2007. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/da-licenca-ambiental-e-sua-natureza-juridica/. Acesso em: 15 abr. 2023.

FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo.** Lumen Juris, 2011.

FRANÇA. **Constituição Francesa de 1791.** Disponível em: http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf. Acesso em: 19 mar. 2023.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.** Disponível em: https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf. Acesso em: 19 mar. 2023.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro.** Rio de janeiro: Forense, 2000. P. 93.

GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente.** Tese. (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007.

HART, Herbet. **O conceito de Direito.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE MINAS GERAIS. **O direito ambiental no Supremo Tribunal Federal:** estudos em Homenagem à Ministra Cármen Lúcia. Felipe Martin Pinto; Marcelo Azevedo (org.). Belo Horizonte: Clio Gestão Cultural e editora, 2002. 328 p.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução João Baptista Machado. 6a ed. - São Paulo: Martins Fontes,1998.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial.** ESMAFE.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental:** o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

LEVENDAKOS, Thiago Lima. **O ato administrativo no licenciamento ambiental como ferramenta de tutela do meio ambiente.** Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Universidade de Coimbra, 2014.

MARQUES, Carlos Alexandre Michaello. **Reflexões sobre a Discricionariedade Administrativa na Seara Ambiental. Temas atuais de direito ambiental, ecologia política e direitos humanos.** Francisco Quintanilha Verás Neto, Bruno Cozza Saraiva (organizadores). – Rio Grande, RS: Ed. da FURG, 2013.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016.

RAMOS, Guilherme da Rocha. **O Fenômeno alopiético no contexto do sistema penal brasileiro.** SEDEP. Disponível em: https://www.sedep.com.br/artigos/o-fenomeno-alopoietico-no-contexto-do-sistema-penal-brasileiro/. Acesso em: 16 de abr. de 2023.

SANTOS, Leonor Bento Fialho Vieira dos**. O dano ambiental na sua relação com os atos autorizativo e licenciador.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Católica Faculdade de Direito: Escola de Lisboa. Lisboa, 47 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 43 ed., ver. E atual. São Paulo: Malheiros,2020.

SILVEIRA, Paula Galbiatti. **A adoção da melhor tecnologia disponível no licenciamento ambiental brasileiro na perspectiva do Estado ambiental.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, p. 271.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Discricionariedade Administrativa e Dever de Proteção do Meio Ambiente.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

TOLKIEN, J.R.R. **A Sociedade do Anel:** Primeira Parte de O Senhor do Anéis. Tradução de Ronald Kyrmse. – 1 ed. – Rio de Janeiro: Harper Collins Brasil, 2019.