

**O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA NO PROCESSO DE LICENCIAMENTO
AMBIENTAL**

MÁRCIA MARIA MACÊDO FRANCO

**BRASÍLIA – DF
2009**

MARCIA MARIA MACÊDO FRANCO

**O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA NO PROCESSO DE LICENCIAMENTO
AMBIENTAL**

Monografia apresentada como requisito à
conclusão da Pós-Graduação *Latu Sensu* em
Direito Público do Instituto Brasiliense de
Direito Público –IDP.

**BRASÍLIA – DF
2009**

RESUMO

Aborda o controle judicial quando da exigência pelo órgão licenciador ambiental dos estudos prévios de impacto ambiental em enfoque diretamente relacionado com a questão da discricionariedade administrativa. Fala que o estudo de impacto ambiental é instrumento de controle da discricionariedade administrativa.

Palavras chave: Administração Pública, Estudo de Impacto Ambiental, discricionariedade administrativa, limites e controle judicial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 O ORDENAMENTO JURIDICO AMBIENTAL BRASILEIRO	7
1.1 Evolução Legislativa	7
1.2 A política nacional do meio ambiente e o estudo de impacto ambiental...	8
1.3 Legislação brasileira sobre o Estudo de Impacto Ambiental.....	11
1.4 Compatibilidade da Lei 6938/81 e Resolução CONAMA 001/86 com a atual ordem constitucional.	12
2 NOÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	15
2.1 Controle judicial da legalidade e do mérito administrativo.....	17
2.2 O EIA e a discricionariedade administrativa	24
3 CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ÂMBITO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL	26
3.1 Competência para análise e aprovação do EIA	27
3.2 Das atividades, obras e empreendimentos sujeitos ao EIA/RIMA	30
3.3 Conteúdo do Estudo de Impacto ambiental.	39
3.4 Dos objetivos do EIA no procedimento de licenciamento ambiental	42
4 DO CONTROLE JUDICIAL DOS ESTUDOS DE IMPACTO AMBIENTAL E JURISPRUDÊNCIA SOBRE A MATÉRIA.....	45
CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS.....	53

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se a discorrer acerca do controle judicial da discricionariedade administrativa no procedimento de licenciamento ambiental, vertente pouco explorada no estudo do Direito Ambiental, que visa gizar os marcos da discricionariedade administrativa por ocasião, principalmente, da requisição dos estudos ambientais pertinentes ao licenciamento, este, como cediço, procedimento administrativo afeto, por força do disposto no art 10 da lei 6938/81, aos órgãos administrativos integrantes do SISNAMA.

Com efeito, nada obstante o controle judicial da discricionariedade administrativa seja objeto de estudos doutrinários aprofundados, inclusive junto a doutrina estrangeira, tal controle, que como relembra Juarez Freitas

Não atine ao controle dos juízos de conveniência em si, mas o controle das motivações obrigatórias, é dizer, a vigilância quanto a aspectos que dizem respeito não ao merecimento em si, mas á compatibilidade plena do ato administrativo com os princípios, entre os quais os da eficiência, da eficácia e da economicidade.¹

Ganha complicador especial no que pertine ao licenciamento dado o caráter técnico do mesmo, o qual requer, além de bom senso, conhecimentos especiais sobre a matéria, dada a necessidade de requerimento e análise de estudos ambientais detalhados sobre o meio ambiente como premissa inafastável à decisão administrativa.

Todavia, a par de tal característica, tem-se sido exaradas decisões judiciais pronunciando-se sobre a necessidade de apresentação de estudos ambientais condicionantes da expedição das licenças requeridas, seara a qual, como dito alhures, não se sindicaliza tão somente o juízo de conveniência e oportunidade, mas pressupõe conhecimentos técnicos não sindicáveis por leigos na matéria ambiental.

¹FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental á boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007,p. 30

Frente a tal cenário, vislumbra-se a importância acadêmica e social de tal estudo, que debruçando-se sobre os limites do controle judicial afeto ao procedimento de licenciamento, premissa obrigatória à implantação de qualquer atividade ou empreendimento potencialmente causador de degradação ambiental, condiciona o livre exercício da atividade econômica pelo particular ou poder público à variável ambiental.

A pesquisa aqui encetada terá como fonte a doutrina e jurisprudência nacional sobre a matéria, levando em consideração que pelo atual contexto histórico-político a proteção ao meio ambiente alçou, com a Constituição Federal de 1988, status constitucional, erigindo-se a qualidade de direito fundamental, ao qual se agrega as características da irrenunciabilidade, inalienabilidade, e imprescritibilidade, bem assim a exigência de prévia apresentação de estudos de impacto ambiental foi constitucionalizada, modificando-se, por conseguinte todo o paradigma de exigência dos mesmos no ordenamento jurídico pátrio.

1 O ORDENAMENTO JURIDICO AMBIENTAL BRASILEIRO

O Brasil é considerado hodiernamente como um país que detém uma das legislações ambientais mais avançadas do mundo, mas nem sempre foi assim, pelo que faz-se mister analisarmos o caminho percorrido pelo legislador no trato da matéria que atualmente, como dito, encontra-se no topo da pirâmide normativa nacional.

1.1 Evolução Legislativa

O direito ambiental no Brasil teve evolução meteórica, passando em menos de um século, nas palavras do eminente ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, de uma espécie de nada jurídico ao ápice da hierarquia normativa do ordenamento jurídico nacional.

Com efeito, a tutela ao meio ambiente sempre esteve presente no ordenamento jurídico nacional, e remonta às ordenações afonsinas, que em seu livro V, título LVII proibia o corte de árvores frutíferas; estando presente nas ordenações manuelinas, que trazia previsão de proibição caça de perdizes, lebres, coelhos com redes, fios ou meios capazes de causar sofrimento e morte desses animais, mantendo-se nas ordenações filipinas, livro V, título LXXXVIII que conferia proteção as águas.

Todavia, pode-se afirmar que a tutela ao meio ambiente teve real início na década de 30 na qual foram editados verdadeiras compilações de proteção ao meio ambiente, como o decreto lei 23793/34 que dispunha sobre o Código de Floresta e o decreto 24.643/34 que versava sobre o código de águas, ganhando fôlego nos anos 60 no qual foram aperfeiçoadas muitas das legislações existentes sobre a matéria, como, por exemplo, a edição de um novo código florestal (lei4771/65) vigente até os dias atuais, se consolidando definitivamente nas décadas de 80 e 90, quando com a edição da Lei 6938/81 a proteção ambiental foi tomada como um todo, e não de forma setORIZADA como ocorria antes do aludido diploma normativo, ocorrendo a criação do SISNAMA, e a constitucionalização da tutela ambiental.

Com efeito, a constitucionalização do direito ambiental mudou todo o paradigma jurídico na interpretação a ser dada as normas ambientais, trazendo como benefícios

incontestáveis o controle de constitucionalidade da lei sob bases ambientais, reforçando também a interpretação pró- ambiente das normas e políticas públicas.

Entretanto, nada obstante sejam patentes os benefícios trazidos com a constitucionalização, dentre os quais a previsão de geração de responsabilidade administrativa, civil e penal decorrente do dano ambiental; a instituição da responsabilidade penal da pessoa jurídica; a determinação da obrigatoriedade da educação ambiental e a concessão de dignidade constitucional ao estudo de impacto ambiental, também não faltaram críticas a constitucionalização do meio ambiente, as quais, na verdade, voltam-se mais ao conteúdo das disposições do que a oportunidade de sua introdução na Carta Magna Federal.

Destarte, alegou-se na ocasião que as disposições existentes, constitucionalizaram conceitos, direitos, obrigações e princípios ainda não suficientemente solidificados na doutrina existente sobre o meio ambiente, sendo a constituição de um Estado diploma que deve abrigar conceitos e institutos jurídicos maduros, dado encontrar-se os mesmos no ápice do ordenamento jurídico, o que demanda obediência irrestrita a seus comando, que por isso, devem ser claros.

Entrementes, a par de toda essa celeuma, podemos asseverar que andou bem o constituinte brasileiro ao - seguindo uma tendência mundial, alicerçada em documentos internacionais como a Declaração de Estolcomo e a Carta Mundial da Natureza - introduzir a proteção ao meio ambiente na sua carta constitucional sobrelevando assim a importância da matéria.

1.2 A política nacional do meio ambiente e o estudo de impacto ambiental

Nos termos do ordenamento constitucional vigente, a competência em matéria ambiental foi bipartida em competência material ou de execução e competência legislativa.

Tais competências foram disciplinadas nos arts 23 e 24 da Constituição Federal de 1988, cabendo salientar, no que pertine a competência legislativa para edição de normas de proteção ao meio ambiente, ser a competência concorrente da União, Estado e Distrito Federal, cabendo a este último ente federado, nos termos do disposto no art 24 da Carta Magna Federal de 1988, a edição das normas gerais, e aos Estados e Distrito Federal a competência suplementar. Senão vejamos:

Art. 24. Compete a União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

VI- florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção ao meio ambiente e controle da poluição.

VII- proteção ao patrimônio histórico, cultural, turístico e paisagístico.

VIII- responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Em breve análise do ordenamento jurídico ambiental vigente, se infere que a União vem exercendo de maneira quase exaustiva sua competência na grande maioria dos assuntos concernentes a matéria ambiental, já havendo legislado sobre florestas, pesca, Política Nacional do Meio Ambiente, Política Nacional de Recursos Hídricos, mineração, Unidades de conservação, sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente, dentre outros assuntos inseridos na competência concorrente, cabendo aos Estados e Municípios tão somente a edição de leis suplementares da matéria, atendendo substancialmente suas peculiaridades locais.

E foi no exercício da competência concorrente que a União Federal baixou a lei 6938/81, norma geral instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente.

Destarte, uma vez que a lei da Política Nacional do Meio Ambiente além de dispor sobre as diretrizes da política nacional discorre sobre instrumentos de gestão ambiental públicos e privados, poder de polícia ambiental, estrutura administrativa ambiental, enfim todo o sistema nacional do meio ambiente pode-se afirmar cuidar-se da principal e mais abrangente legislação infraconstitucional sobre o meio ambiente, detendo normas de caráter geral que deverão ser aplicadas e observadas pelos demais entes federados, visto haverem sido recepcionadas pela ordem constitucional de 1988.

O procedimento de licenciamento ambiental, como pressuposto à implantação de todo e qualquer empreendimento ou atividade efetiva ou potencialmente causadora de degradação ambiental, foi introduzido no ordenamento jurídico nacional pela Lei em questão, cabendo, todavia as resoluções CONAMA 001/86 e 237/97, disciplinar de forma mais detalhada as

etapas do procedimento, bem assim o teor dos estudos ambientais a serem apresentados por ocasião da expedição das licenças pertinentes ao procedimento.

A par da exigência de licenciamento ambiental, a lei de Política Nacional do Meio Ambiental previu vários outros instrumentos preventivos de tutela ambiental, tais como o zoneamento ambiental e o planejamento ambiental.

Ditos instrumentos dão ensejo a introdução de uma tutela preventiva do meio ambiental que vem se mostrando como melhor caminho a ser seguido pelos Estados na defesa do meio ambiente, na medida em que ao contrario dos meios repressivos e reparatórios existentes, garante de forma efetiva a qualidade do meio ambiente, vez que é consabido que muitos dos danos causados geram conseqüências irreversíveis à natureza.

Assim é que nada obstante o ordenamento jurídico nacional seja pródigo na adoção de meios repressivos de proteção ao meio ambiente, que funcionam *post factum*, como as sanções penais e administrativas, é bem verdade que os meios preventivos além do resultado superior que proporcionam, atingem importante aspecto a tutela ambiental, a saber, limitam a discricionariedade ambiental do gestor público que deverá adotar esses instrumentos antes da adoção de decisões na seara ambiental.

Dentre os instrumentos preventivos de tutela ambiental, pode-se afirmar, apresentar-se o estudo prévio de impacto ambiental como o mais efetivo e conseqüentemente mais acolhido nos diversos sistemas jurídicos do mundo.

No Brasil, o mesmo encontra-se inserido como fase preparatória e obrigatória do procedimento de licenciamento ambiental, este ultimo como salientado pelo festejado jus ambientalista Edis Milaré, procedimento de competência exclusiva do Poder Executivo visto que cuida da exteriorização do Poder de Polícia da Administração, exercido para o controle de atividades degradadoras do meio ambiente, posto que,

Como ação típica e indelegável do Poder Executivo, o licenciamento constitui importante instrumento de gestão do ambiente, na medida em que, por meio dele, a Administração Pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico. Isto é como prática do poder de polícia administrativa, não deve ser considerado como obstáculo teimoso ao desenvolvimento,

porque este também é um ditame natural e anterior a qualquer legislação. Daí sua qualificação como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente.²

1.3 Legislação brasileira sobre o Estudo de Impacto Ambiental

O Estudo de Impacto Ambiental, antes de ser adotado de forma obrigatória e genérica pela Lei 6938/81 para toda e qualquer atividade potencialmente degradadora do meio ambiente, exigência constitucionalizada no art 225 da CF/88, foi inicialmente previsto e introduzido no direito brasileiro pela Lei 6808/1980, que dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial, nas áreas críticas de poluição, sendo pressuposto a aprovação da delimitação e autorização da implantação de zonas de uso estritamente industrial destinadas a localização de pólos petroquímicos, cloroquímicos, carboquímicos e instalações nucleares, donde infere-se deter abrangência bastante limitada.

Todavia, além de determinar a observância do EIA, de forma obrigatória e generalizada, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente também incluiu a avaliação de impacto ambientais entre os instrumentos da Política Nacional Ambiental.

Vê-se, portanto, que nos termos do ordenamento jurídico nacional o EIA não é o único estudo previsto na legislação brasileira como condicionante do licenciamento ambiental, podendo ser adotado de acordo com o grau de impacto decorrente do empreendimento ou atividade a ser licenciado, estudos ambientais mais simplificados, a critério do órgão licenciador.

Entretanto, foi só com a edição do Decreto n. 88351/1983, posteriormente substituído pelo Decreto 99.274/1990, que foram disciplinados alguns aspectos gerais do EIA, atribuindo-se ainda nesta oportunidade ao CONAMA a competência para fixar os critérios básicos e diretrizes gerais e específicas para elaboração do EIA para fins de licenciamento ambiental, o que foi feito através da edição da Resolução CONAMA 001/86.

Assim antes dos diplomas legais que regulamentaram a matéria o EIA encontrava-se previsto de forma obscura, indo, todavia, os diplomas reguladores, em alguns aspectos, além

² MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 4 ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 535

dos limites traçados pela lei 6938/81, pelo que encontram-se confrontados no que atine a sua constitucionalidade, como adiante restará demonstrado.

1.4 Compatibilidade da Lei 6938/81 e Resolução CONAMA 001/86 com a atual ordem constitucional.

A resolução CONAMA nº 001/86 ao disciplinar a definição de impacto, a casuística, as diretrizes, a necessidade de elaboração do estudo por equipe multidisciplinar, todo conteúdo do EIA/RIMA, o acesso do público e sua manifestação no processo, e inclusive as atividades sujeitas a necessária apresentação do EIA, como condição para o licenciamento, clareou o instituto tornando efetivo o comando imposto no art 10 da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente.

Todavia, com o advento da Constituição de 1988 suscitou-se discussão no meio acadêmico da compatibilidade do referido diploma normativo com a nova ordem constitucional.

O cerne da discussão girou em torno do comando insculpido no art 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que previu a revogação, a partir de 180 dias da promulgação da Carta Constituinte, de todos os dispositivos legais que atribuíssem ou delegassem a órgão do Poder Executivo competência assinalada ao Congresso Nacional, notadamente no que concerne a ação normativa.

Assim é que, em interpretação a esta regra alguns doutrinadores passaram a sustentar que todas as resoluções emitidas pelo CONAMA não haviam sido recepcionadas pela novel ordem constitucional, não devendo mais serem aplicadas.

E tal entendimento foi construído em face do disposto no art 225, inciso IV, parágrafo primeiro, que passou a exigir o EIA, na forma da lei, como pressuposto a implantação de atividade ou empreendimentos, competindo assim ao Legislativo disciplinar a matéria, visto que o CONAMA, como órgão integrante da estrutura administrativa do Poder executivo, não detém competência legislativa, mas tão somente atribuição normativa sobre a matéria.

Todavia, em contraposição a interpretação suso elencada, pronunciou-se o festejado Paulo Affonso Leme Machado nos seguintes termos:

A competência do CONAMA-Conselho Nacional do Meio Ambiente – não foi atingida pelo disposto no art 25 das Disposições Constitucionais Transitórias[...]

É necessário verificar as competências assinaladas pela Constituição ao Congresso Nacional e as competências do CONAMA previstas no art 8º, da Lei n. 6938, de 31 de agosto de 1981, pois somente foram abrangidos os órgãos do Poder Executivo que estivessem exercendo funções que a Constituição reservou para o Congresso Nacional.

As atribuições do Congresso Nacional estão inseridas no título IV, Capítulo I ‘Do Poder Legislativo’, Seção II, arts 48 e 49. Consta-se que nenhuma das atribuições do Congresso Nacional são exercidas pelo CONAMA. Aliás, a matéria que tem uma clara conotação ambiental- iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares’ (art 49, XIV, CF) – é atribuição do CNEN- Conselho Nacional de Energia Nuclear. Portanto, inobstante meu grande apreço ao prof. Toshio Mukai, que pensa diferentemente, entendo que o art. 25 das Disposições Constitucionais Transitórias não revogou as resoluções do CONAMA.³

Ao analisar a matéria sob outro prisma, o eminente Álvaro Luiz Valery Mirra também defende a recepção da Resolução nº 001/86 pela CF/88 nos seguintes termos:

na hipótese em tela, não nos parece que a Constituição de 1988, ao mencionar que o estudo de impacto ambiental deve ser exigido na forma da lei, tenha reservado integralmente ao Poder Legislativo a disciplina do EIA em todos os seus detalhes, ou seja, quanto às hipóteses de seu cabimento às atividades a eles sujeitas e ao procedimento a ser adotado pelo órgão ambiental responsável pela sua determinação. Observe-se que os termos da norma do inciso IV, do §1º, do art. 225, da CF - na forma da lei - são genéricas, bem diversos de outros dispositivos constitucionais, em que o constituinte expressamente previu a regulamentação de determinada matéria, em todos os seus aspectos essenciais, pela via legislativa.[...]

Essa opção do constituinte, de deixar maior espaço de deliberação ao próprio Poder Legislativo, quanto à disciplina mais ou menos minuciosa do estudo de impacto ambiental, para ampliar o campo de atuação normativa regulamentar do Poder Executivo, encontra justificativa, nunca é demais insistir, na já mencionada característica da disciplina jurídica da proteção ambiental, tributária de conhecimentos científicos especializados, que evoluem com extraordinária rapidez.⁴

³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 7 ed. São Paulo. Malheiros, 1997.

⁴ MIRRA, Álvaro Luiz Valery . **Impacto Ambiental, aspectos da legislação brasileira**. 12 ed. Ver. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p.30/31

O certo é que hordiernamente, arrefeceu-se o debate acerca da recepção da aludida Resolução pelo atual ordenamento jurídico, no sentido de sua integral recepção e adoção como diploma regulamentar sobre a matéria, que traz importantes aspectos acerca do tratamento do estudo de impacto ambiental, dentre os quais a listagem de atividades que demandam a apresentação do estudo em tela, sendo aplicada ainda pelos Tribunais Pátrios como diploma válido e eficaz no trato da disciplina dos estudos de impacto ambiental.

2 NOÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A noção de discricionariedade administrativa, como não poderia deixar de ser, foi mudando ao longo do tempo, obedecendo a dinâmica das competências outorgadas ao Poder Executivo, bem assim os limites impostos a sua atuação.

Com efeito, ao longo dos séculos XVI a XVIII, a discricionariedade encontrava-se atrelada e se identificava como expressão do poder do monarca, soberano em suas decisões, não se subsumindo assim a qualquer controle.

Somente com o advento da Revolução Francesa, iniciou-se uma preocupação com a garantia dos direitos dos cidadãos frente ao Estado, notadamente no que pertine aos aspectos ligados a liberdade e propriedade, quando então, já no limiar do século XIX, foi retirado do Poder Executivo a prerrogativa de editar leis, sendo substituída a vontade do rei pela do povo. Assim, já a partir da adoção da teoria da separação dos poderes, os órgãos estatais se viram restringidos em sua atuação, surgindo a distinção entre GOVERNO, como atividade política e discricionária e ADMINISTRAÇÃO.

Neste cenário, como relembra o eminente J Krell,

O grande desafio do jovem Estado de Direito era conciliar a tradicional liberdade decisória do Executivo com a observância do princípio da legalidade, ganhando crescente popularidade a idéia de que a Administração Pública devia ser regulamentada tanto quanto possível e sem lacunas pelas leis e controlada plenamente pelos Tribunais.⁵

Destarte, somente após longos anos de debate sobre a matéria, a discricionariedade administrativa foi aceita como verdadeira necessidade da Administração Pública, vez que a habilita a acompanhar com eficiência as necessidades sociais, aprimorando a prestação dos serviços públicos em situações novas e legalmente imprevistas.

⁵ KRELL, Andréas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004,2004, p. 17.

Na doutrina nacional, restou sedimentada a clássica distinção entre ato vinculado, caracterizado como aquele em que a lei não deixa opções ao administrador para, diante de determinados requisitos, agir na forma legalmente determinada, donde decorre a atribuição ao particular de verdadeiro direito subjetivo de voltar-se contra o Poder Público exigindo a edição do ato, sob pena de correção judicial; e discricionário, no qual o regramento legal não predetermina todos os aspectos da atuação administrativa, conferindo o comando legal ao administrador certa gama de liberdade na escolha da opção mais conveniente dentre as soluções possíveis e juridicamente aceitáveis.

Diz-se, ainda, que os aspectos alusivos a competência, forma e finalidade vem sempre regradados em lei, pelo que há que se concluir que a discricionariedade vem sendo entendida como liberdade de atuação nos limites traçados no comando legal, sob pena de caracteriza-se o agir administrativo como arbitrário e ilegal.

Portanto, a atuação administrativa será vinculada quando a lei confere uma única solução viável diante de determinada situação fática, sendo defeso ao administrador a atribuição de qualquer valoração de caráter subjetivo como arrimadora de sua decisão, e a *contrario sensu*, será discricionária, quando, no caso concreto, puder utilizar-se dos critérios de oportunidade e conveniência na escolha da solução aplicável, dentre as várias legalmente aceitáveis.

Todavia, com o crescente aumento de problemas dos governos nacionais, que em face da globalização e do crescente progresso tecnológico, enfrentam desafios decorrentes do progresso da ciência, bem assim seus efeitos colaterais, como a degradação e exaustão dos recursos naturais, o Estado intervencionista passou a trabalhar com as chamadas normas-objetivo ou normas de criação, as quais possuem uma programação voltada para os fins e metas perseguidos, abrindo maior liberdade de decisão aos órgãos administrativos implementadores de seus preceitos.

No Brasil, notadamente no que pertine as normas ambientais, foi adotada a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, que influi sobremaneira na competência discricionária administrativa sobre a matéria, e consequente meios de controle judicial da mesma.

Assim, hodiernamente a questão da discricionariedade administrativa ultrapassa a mera distinção rígida entre atos administrativos vinculados, entendidos como aqueles em que, como dito alhures, a lei fixa os requisitos e condições para sua realização, sem que seja dado ao administrador liberdade de atuação, e os atos discricionários em que a Administração atua com liberdade de escolha de seu conteúdo, destinatário, conveniência e oportunidade de sua realização, visto que o direito público incorporou do Direito Privado os conceitos indeterminados, no qual como pontifica o multicitado J.Krell “o legislador transfere para a administração uma parte de sua liberdade de conformação legislativa” (*gesetzlicher gestaltungsspielraum*) transformando a discricionariedade em “ferramenta jurídica que a ciência do direito entrega ao administrador para que a gestão dos interesses sociais se realize correspondendo às necessidades de cada momento”.

2.1 Controle judicial da legalidade e do mérito administrativo

Antes de adentrarmos na questão dos controles a que se sujeitam os atos ditos discricionários da Administração, cumpre debruçamo-nos no âmbito de atuação da discricionariedade administrativa, haja vista que somente conscientes da extensão de sua incidência, poderemos analisar os limites e controles que a mesma encontra-se subordinada

Para tanto, traremos a colação o judicioso magistério de Maria Sylvia Zanella di Pietro, que ao tempo em que assevera que a discricionariedade só existirá nos espaços deixados pela lei, enumera quando a mesma estará presente, senão vejamos:

A fonte da discricionariedade é a própria lei; aquela só existe nos espaços deixados por essa. Nesses espaços, a atuação livre da Administração é previamente legitimada pelo legislador. Normalmente essa discricionariedade existe:

- a. Quando a lei expressamente confere á Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção *ex officio* do funcionário, a critério da Administração, para atender á conveniência do serviço;
- b. Quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico;
- c. Quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; exemplos dessa hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em que é imprevisível à lei traçar todas as condutas

possíveis diante de lesão ou ameaça de lesão á vida, á segurança pública, á saúde.⁶

Portanto, insta concluir ser bastante amplo o âmbito de atuação discricionária da Administração, que atua fundamentalmente no preenchimento das lacunas legais buscando a concretização do direito em atendimento a fixação finalística disposta na lei.

Todavia, vários são os aspectos sujeitos a controle quando do exercício do poder discricionário pelo Poder Público. Assim tanto os elementos do ato (sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade) como o seu conteúdo e motivo mostram-se mais ou menos sindicáveis pelo Poder Judiciário e pela administração, na aplicação do princípio da autotutela

No que pertine a tais aspectos, diz-se que o sujeito do ato será sempre vinculado, uma vez que o mesmo será ou não detentor de competência para praticá-lo.

Quanto a forma, pode-se afirma que na maioria das vezes é vinculada, admitindo, todavia, o legislador, hipóteses em que o ato poderá se manifestar por diferentes formas.

Por seu turno, quanto à finalidade há que se ponderar a existência de dois sentidos em que a mesma poderá ser analisada. Um primeiro sentido mais amplo, relacionado ao alcance do interesse público, no qual tal aspecto se revestiria de discricionariedade dada a ausência legal de critérios objetivos que fixassem quando e de que modo tal fim seria alcançado; e um sentido mais restrito, referente aos resultado específico ditado na lei para o ato administrativo a ser praticado.

Com fulcro em tal vertente, a finalidade é sempre vinculada, pois para cada ato administrativo previsto na lei há uma finalidade pré-fixada, que não poderá ser olvidada ou substituída.

Assim, de acordo com a classificação dos elementos do ato administrativo, notadamente frente ao disposto na definição engendrada pela Lei da Ação Popular (lei 4717/65) consideram-se elementos sempre vinculados a competência, a forma e a finalidade, atribuindo-se ao motivo e ao objeto, por ordinariamente agasalharem o mérito da decisão, a “residência natural da discricionariedade administrativa”.

⁶ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, pg 198

Ora, com relação ao objeto, há que se observar que sendo aquilo que o ato dispõe (efeito imediato) o mesmo poderá ser, todavia, vinculado quando o legislador estabelecer um único possível para atingir determinado fim, ou discricionário, quando houver uma variedade de objetos e a Administração puder escolher qualquer deles para alcançar o mesmo fim.

Do mesmo modo o motivo, o qual reveste-se dos pressupostos fáticos ou jurídicos que determinam ou autorizam sua realização, poderá ser vinculado quando a lei utilizar de noções objetivas para prescrevê-lo, ou discricionário quando a lei silenciar ou não o definir, atribuindo à Administração o poder de fixá-lo, ou ainda quando se utilizar de conceitos indeterminados, que deverão ser preenchidos segundos critérios de conveniência e oportunidade administrativa.

Há que se deixar estreme de dúvidas que quanto a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados fixados pelo legislador pátrio, existem duas correntes doutrinárias, a alusiva a teoria objetivo-idealista, que advoga que os mesmos não conferem discricionariedade à administração quando da sua aplicação, porque à mesma só é dado fazer um trabalho de interpretação que leve a uma única solução possível a partir do texto legal e outra mais voltada ao enfoque jurídico-funcional, na qual se entende que estes conferem discricionariedade a Administração, quando forem alusivos a conceitos de valor que possibilitem a análise, no caso concreto, da efetiva existência de interesse público, todavia a discricionariedade restará afastada na ocorrência de conceitos de experiência ou técnicos que não admitem soluções alternativas.

Sendo a segunda corrente de maior aceitabilidade no direito brasileiro, há que se observar, entretanto, que ao tempo em que pondera que espaços de livre apreciação não são características de todos os conceitos jurídicos indeterminados, causa dificuldades ao realizar a ponderação de quando o conceito jurídico indeterminado implicará na existência de discricionariedade para o administrador, devendo assim proceder-se um exame particular da lei, em cada caso concreto, com vistas a gizar seus efeitos.

Assim é que, é patente que toda vez que a lei se utiliza de conceitos técnicos, que dependem da manifestação de órgãos técnicos para subsidiar a Administração na solução, não se abrirá espaço para qualquer margem de discricionariedade.

A mesma será afastando também perante a existência de conceitos da experiência ou empíricos, visto que em casos como os tais existem critérios objetivos, extraídos da experiência comum, que autorizam atingir-se uma única solução possível.

Já diante da ocorrência dos conceitos de valor a discricionariedade existe, embora não de forma absoluta e ilimitada. E assim o é porque, como relembra J. Krell, parafraseando García de Entéria, para quem

Atos que envolvem juízo valorativos técnicos (v.g.: significativo impacto ambiental) ou políticos (v.g. utilidade pública) proporcionariam à apreciação administrativa uma “certa presunção em favor de seu juízo” dentro da zona de incerteza do conceito indeterminado. É evidente que o autor espanhol, por sua vez, foi inspirado na teoria da sustentabilidade (*Vertretbarkeitslehre*), segundo a qual o controle judicial, nesses casos, se limita à verificação se a interpretação do conceito jurídico indeterminado pelo órgão administrativo pode ser sustentada e defendida com argumentos racionais.⁷

Portanto, diante de tais conceitos a discricionariedade deverá estar sustentada de forma motivada e racional.

Com efeito, a definição do âmbito de atuação da discricionariedade administrativa bem assim a classificação dos elementos componentes do ato administrativo em vinculado e discricionário, são imprescindíveis na fixação do controle a que os mesmos encontram-se sujeitos, visto que é cediço que o ato vinculado é analisado somente sob o aspecto da legalidade e o discricionário será subsumido ao controle da legalidade e mérito administrativo, entendido este último como o aspecto concernente aos critérios ou considerações extrajurídicas de oportunidade e conveniência do ato, isto é, o núcleo de discricionariedade do mesmo.

O controle exercido pelo Poder Judiciário, como não poderia deixar de ser, observa a dicotomia suso aludida, incidindo de forma irrestrita em relação ao aspecto da legalidade, examinando se todos os elementos (vinculados) do ato estão conformes com os preceitos legais reguladores, sofrendo restrições no controle dos atos discricionários visto que deve respeitar a outorga de discricionariedade legalmente assegurada a Administração.

⁷ KRELL, Andrés J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004,2004, p. 40

Assim, ao Poder Judiciário, na análise do ato discricionário, é dado apreciar aspectos da legalidade, para pronunciar-se acerca se a Administração extrapolou os limites gizados para a discricionariedade, caso em que poderá invalidar o ato por ofensa ao espaço livre facultado em lei, mas não poderá substituir, por critérios próprios, o juízo de valor emitido pelo administrador na escolha da opção legítima facultada em lei, a qual é imune à revisão judicial.

As teorias mais utilizadas para fixar os limites ao exercício do poder discricionário, ampliando a possibilidade de sua sindicabilidade pelo judiciário, são; a) a do desvio de poder, que se dá quando a autoridade se utiliza do poder discricionário para alcançar fim diverso do legalmente fixado, hipótese em que o Judiciário poderá anular o ato, visto seu descompasso com o interesse público legalmente fixado; e b) a teoria dos motivos determinantes, pelo qual a Administração ao indicar os motivos arrimadores da prática do ato, ficará vinculada aos mesmos, donde verificada a inveracidade dos mesmos, ou sua inexistência, o Judiciário poderá invalidá-lo, tudo após o exame do descompasso existente entre os motivos, ou pressupostos de fato e direito declinados como ensejadores da sua realização, e os existentes quando da sua execução.

Já no controle judicial dos conceitos jurídicos indeterminados, há que se ter em mente inicialmente a distinção entre discricionariedade e interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados. Na verdade, sendo o conceito de discricionariedade e conceito indeterminados interligados, posto que o órgão administrativo por vezes lança mão da discricionariedade para dar concretude aos conceitos, há que se salientar que a extensão da discricionariedade atribuída a Administração a partir do uso de conceitos indeterminados, depende, essencialmente, do tipo de conceito utilizado no texto legal, consoante analisado a pouco.

Deste modo, se na interpretação do conceito houver a necessidade de atribuição de valores subjetivos, para integração de conceitos de valor, haverá discricionariedade, do contrário, isto é, existindo elementos objetivos, extraídos da experiência, que permitam a limitação, para o alcance de uma única solução válida, a discricionariedade estará afastada.

Na primeira hipótese, ao Poder Judiciário não será dado examinar os critérios de valor utilizados pela autoridade administrativa, posto que assim estaria se imiscuindo na sua

discricionariiedade, já na segunda hipótese não há vedação a que ato seja examinado pelos tribunais.

Vê-se que a jurisprudência brasileira utiliza diferentes critérios para o controle dos conceitos jurídicos indeterminados, socorrendo-se, na maioria das vezes, dos aspectos da finalidade legal e da razoabilidade no seu exercício. Todavia, a tendência é a vedação da sindicância judicial desses conceitos, nada obstante a doutrina esteja se encaminhando no sentido de ampliar o alcance da referida apreciação pelo Poder Judiciário, sob o pretexto de colocar a discricionariiedade em seus devidos limites.

Em interessante jurisprudência sobre a matéria abaixo colacionada, o Colendo Superior Tribunal de Justiça afastou a discricionariiedade na análise de conceito jurídico indeterminado, adotando a tese de vinculação do mesmo, para o fim de realizando controle da motivação do ato questionado, modificar o juízo realizado pelo Conselho da Magistratura acerca de remoção de magistrado. Trascrava-se, *verbis*:

EMENTA: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE REMOÇÃO. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUE DEMONSTRE O INTERESSE PÚBLICO. CRITÉRIO DE ANTIGUIDADE MANTIDO. RECURSO PROVIDO.

I - O assento regimental nº 1/88, no art. 8º, estabelece o critério de antiguidade para a remoção de magistrado, no caso de mais de um interessado pleitear a remoção para uma única vaga. Critério não absoluto, haja vista a disposição: "salvo relevante interesse público, devidamente justificado". II - Viabilidade do **controle** do Poder Judiciário acerca de **conceitos jurídicos indeterminados** e do motivo do ato administrativo. III- Ausência de demonstração de prejuízo ao serviço forense a justificar o afastamento do critério de antiguidade. [...] V - Recurso ordinário provido.⁸

No voto referente a tal julgamento, seguido à unanimidade pela Egrégia Quinta Turma do STJ, o ilustre ministro relator adentrou na valoração de conceito jurídico indeterminado de “relevante interesse público”, para, considerando a inexistência de qualquer dado concreto que demonstrasse o relevante interesse público a justificar o afastamento do critério de antiguidade dar provimento a recurso, deferindo a remoção pleiteada. Para tanto pontificou:

Todavia, penso que se deve melhor examinar a natureza da assertiva “relevante interesse público”. Para mim trata-se de chamado conceito

⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RMS 19590 / RS; Relator Ministro Félix Fisher, Quinta Turma, DJ 20/03/2006, p.310)

jurídico indeterminado, ou como prefere o e. Ministro Eros Grau, “termos indeterminados de conceito”.

Resta saber se esta imprecisão do termo “relevante interesse público” conduz à dita discricionariedade administrativa ou, ao contrário, à vinculação. Essa distinção torna-se imprescindível, pois, há quem defenda que caso se refira a esta e não àquela, o Poder Judiciário poderá dizer se se adotou a decisão adequada. É que a peculiaridade da discricionariedade está, exatamente, na existência de opções que conduzam a indiferentes jurídicos, os quais por serem de tal natureza, inviabilizam a intromissão do Poder Judiciário.[...]

Vejo que o fato de o conceito jurídico indeterminado resultar em uma modalidade de vinculação administrativa, não engessa a atividade administrativa, vez que possibilita a adequação as peculiaridades de cada caso concreto.⁹

A respeito desse tema, o e. Ministro **Eros Grau** ressaltou a viabilidade de manifestação do Poder Judiciário acerca da aplicação de chamados “conceitos jurídicos indeterminados”, vez que estes não configuram discricionariedade administrativa. Veja-se:

Os atos administrativos que envolvem aplicação de ‘conceitos indeterminados’ estão sujeitos ao exame do controle do Poder Judiciário, ‘Indeterminado’ o termo do conceito – e mesmo e especialmente porque ele é contingente, variando no tempo e espaço, eis que em verdade não é conceito, mas noção, a sua interpretação [interpretação=aplicação] reclama a escolha de **uma** entre várias interpretações possíveis, cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como **adequada**.¹⁰ (grifei)

Assim, não há outro exame a fazer senão o dos próprios motivos apresentados pelo Conselho de Magistratura, quando indeferiu o pedido do recorrente, com vistas a verificar se, de fato, adotou-se a a solução adequada.

Ocorre que, nesta seara, e notadamente no que pertine a matéria ambiental, deve se ter em mente o percuciente alerta realizado pelo multicitado J.Krell, no sentido de que:

É importante lembrar que, em países onde há um controle judicial abrangente dos conceitos legais indeterminados, sempre surge o perigo da transformação da função dos tribunais em atividade substitutiva da Administração, cujas atribuições e tarefas- como vimos- não se restringem a uma mera aplicação cognitiva da lei. Há conceitos jurídicos indeterminados que, por sua alta complexidade e pela dinâmica específica da matéria regulamentada, são tão vagos e a sua concretização na reconstrução da

⁹ in O direito Posto e o Direito Pressuposto, 6ª ed., p 196)

¹⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RMS 24.699, DJ 01.07.2005

decisão administrativa é tão difícil, que o seu controle chega aos “limites funcionais do Judiciário”¹¹

Ademais, não são raros os casos em que a administração possui uma maior e melhor preparação técnica para realizar juízos acerca de conceitos de caráter técnico complexo, notadamente na área de proteção ao meio ambiente, em que os atos costumam ser embasados em conhecimento ou perícia técnica próprios dos órgãos administrativos, e alheios à expertise do órgão jurisdicional.

Com base em tais considerações, ganha relevância impar o dever constitucional da Administração motivar seus atos, visto que ao expor as razões que motivaram suas escolhas, entre as diferentes soluções possíveis, restará viabilizado o controle judicial, com base em critérios de razoabilidade e legalidade.

2.2 O EIA e a discricionariedade administrativa

Nada obstante o licenciamento ambiental, juntamente com o EIA tenha se consolidado como um instrumento essencial do qual a Administração Pública se vale para efetivar o dever da proteção ao meio ambiente, é certo que o mesmo outorga ao administrador um leque de competências de caráter discricionário, que, todavia, vem sendo gradativamente restringidas pelo legislador e jurisprudências nacionais.

Ademais, tratando-se de instrumento recente, complexo e sem precedentes históricos, natural a ocorrência de várias dúvidas na sua utilização e controle, pois como relembra Antônio Hermam de Vasconcellos e Benjamim

O EIA, como veremos, atua fundamentalmente, na esfera de discricionariedade da Administração Pública. Seu papel é limitar, no plano da decisão ambiental, a liberdade de atuação do administrador. Se o EIA é limite da decisão administrativa, não se confunde, pois, com a decisão administrativa em si. Sendo momento preparatório da decisão, o EIA a orienta, informa, fundamenta e restringe, mas, tecnicamente falando, não a integra com um dos seus elementos internos. É parte do procedimento decisório, mas não é competente interior da decisão administrativa.¹²

¹¹ KRELL, Andréas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, 2004.

¹² BENJAMIM, Antônio Hermam de V. e MILARÉ, Edis. **Estudo prévio de impacto ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.6

Com efeito, até a introdução do EIA no ordenamento jurídico brasileiro, cabia ao administrador exercer o juízo de valor com base em critérios quase exclusivamente de conveniência e oportunidade, a fim de autorizar a implantação de um projeto, sem muito questionamento ou análise técnica acerca de sua repercussão ambiental

Assim é que a variável ambiental pouco influenciava a decisão administrativa, inexistindo na estrutura organizacional de muitos entes estatais sequer órgão ou pessoal habilitado a dar o diagnóstico ambientais de obras públicas ou privadas.

Com a introdução do licenciamento e do EIA no processo decisório ambiental, ocorreu verdadeiro freio da atividade discricionária do Estado nesta seara, visto que passou-se a exigir da Administração uma decisão fundamentada na busca da melhor opção em termos de desenvolvimento e proteção ambiental, ampliando-se a controle judicial e introduzindo o controle popular dos atos administrativos ambientais.

Há que se salientar, por oportuno, que o procedimento de licenciamento ambiental não atinge completamente a discricionariedade do administrador em matéria ambiental, visto que a este ainda é dado um leque de alternativas a serem valoradas segundo critérios de conveniência e oportunidade, mas desde que motivadamente levem em conta a variável ambiental exposta no EIA, integrando a preocupação ambiental aos critérios influenciadores da decisão administrativa juntamente com os aspectos sociais, econômicos e políticos usualmente sopesados.

Entretanto, ainda como relembra Hermam Benjamin “sopesar o meio ambiente não significa, em realidade, fazê-lo predominante. A decisão administrativa não se submete ao monopólio da preocupação ambiental. Seria sair de um extremo e ir para outro. É, pois, um esforço mais de integração do que de dominação”.¹³

¹³BENJAMIM, Antônio Hermam de V. e MILARÉ, Edis. **Estudo prévio de impacto ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.8

3 CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ÂMBITO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

São várias as espécies de controle a que se submete o procedimento de licenciamento ambiental.

Em estudo sobre o tema Álvaro Luiz Valery Mirra, além de indicar quais espécies de controle a que se sujeita o conteúdos dos estudos de impacto ambientais no direito brasileiro, enumerando cinco, a saber; controle administrativo, exercido pelo autoridade administrativa licenciadora; controle público, exercido pela sociedade mediante participação no procedimento de licenciamento; controle judicial, exercido pelas diversas instâncias do Poder Judiciário; controle instrumental, exercido pelo agente financiador externo do projeto e controle profissional exercido em face dos códigos de ética e procedimentos sancionatórios no âmbito dos órgãos de classe dos profissionais envolvidos na elaboração dos estudos, salienta que no âmbito do controle judicial, o mesmo só poderá ser realizado em face dos pontos mínimos obrigatórios do EIA/RIMA ou da consistência das análises realizadas.

Neste passo relembra, com propriedade

Não há dúvida de que a verificação judicial sobre se todos os pontos previstos na disciplina regulamentar da matéria (arts 5º e 6º da resolução n. 001/1986 CONAMA) foram levados em conta na elaboração do EIA é mais fácil de ser efetuada, na medida em que se trata de um controle de ordem formal. O problema maior aparece no tocante ao exame judicial relacionado a suficiência e adequação das análises apresentadas no estudo, relativamente a todos os pontos estabelecidos como indispensáveis na aludida regulamentação.¹⁴

Com efeito, o risco que se apresenta nesse caso traduz-se na legitimidade de modificação do juízo de conveniência formulado pela Administração após análise técnica de seu órgão ambiental, pelo juízo do Judiciário que, mesmo podendo socorrer-se de perícias técnicas, não detém conhecimento especializado na matéria.

¹⁴ MIRRA, Álvaro Luiz Valery . **Impacto Ambiental, aspectos da legislação brasileira**. 12 ed. Ver. e ampl. São Paulo:Juarez de Oliveira, 2008, p.103

Uma vez que a legislação pátria enumera de forma pormenorizada tanto o conteúdo dos estudos, quanto as atividades a ela necessariamente submetidas, há que se admitir a intervenção do Judiciário sob tais aspectos, o qual atinge por vezes o juízo de conveniência e oportunidade do licenciamento realizado.

3.1 Competência para análise e aprovação do EIA

A competência para a análise e aprovação dos Estudos Ambientais de determinada obra ou atividade, é uma das matérias de direito ambiental que provocam mais questionamentos na seara jurídica e administrativa, tendo em vista que nada obstante seja suficientemente regulada em legislação infraconstitucional, a saber Lei 6938/81 e Resolução CONAMA 237/93 é freqüente o questionamento acerca da constitucionalidade das disposições hoje existentes sobre a matéria.

Com efeito, a Carta Magna de 1988, no seu artigo 225, §1º, IV outorgou ao Poder Público(e aqui entenda-se aos três entes federativos) a competência para “exigir, na forma da lei, para instalação e obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

Por seu turno, a lei da Política Nacional do Meio Ambiente, ao regulamentar a matéria em seu art. 10, fixou para órgão estadual integrante do SISNAMA a competência geral para o licenciamento ambiental de obras e atividades considerados efetiva ou potencialmente poluidores, outorgando ao IBAMA a competência em caráter supletivo.

Todavia, foi no âmbito da Resolução CONAMA 237/97, que deu-se a discriminação das competências de cada integrante do SISNAMA no procedimento de licenciamento ambiental, que pressupõe a apresentação dos estudos ambientais pertinentes.

Destarte, nos termos do precitado diploma normativo, compete ao Estado ou ao Distrito federal, o licenciamento de atividades: a uma) localizados ou desenvolvidos em mais de um Município ou em unidades de conservação de domínio estadual ou do Distrito Federal; a duas) localizados ou desenvolvidos nas florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente relacionadas no art. 2º do código florestal e em todas assim consideradas por normas federais, estaduais ou municipais; a três) cujos os impactos

ambientais direitos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais Municípios e a quatro) delegados pela União aos Estados ou ao Distrito Federal, por instrumento legal ou convênio.

Já ao órgão ambiental do Município, competirá o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio.

Por fim, nos termos da Resolução suso, ao IBAMA competirá o licenciamento de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, quais sejam: localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe, no mar territorial, na plataforma continental, na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União; localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados; naquelas cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados; destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear, e em bases ou empreendimentos militares, observada a legislação específica.

Entrementes, a discriminação levada a efeito pelo CONAMA, nada obstante extensa e largamente aplicada pelos órgãos ambientais licenciadores, frequentemente recebe a pecha de inconstitucional, notadamente porque dispõe expressamente que os empreendimentos e atividades serão licenciados em um único nível de competência, conforme estabelecido nos artigos que contém a divisão retro esposada.

Ora, uma vez que a competência para a exigência dos estudos foi conferida constitucional e indistintamente a todos os entes federativos, incluídos na expressão Poder Público disposta no art 225,§1º da CF/88, insta concluir que a limitação por norma infraconstitucional acerca da competência de um único ente para exigência dos estudos, ainda que atenda ao critério da razoabilidade, não confere eficácia ao comando constitucional suso aludido.

Assim, como bem pondera o festejado Édís Milaré:

Se assim é, se a competência licenciatória dos três níveis de governo dimana diretamente da Constituição, não pode o legislador ordinário estabelecer limites ou condições pra que qualquer um deles exerça sua competência implementadora na matéria.

Daí a eiva de inconstitucionalidade da resolução CONAMA 237/97, que, a pretexto de estabelecer critérios para o exercício da competência a que se refere o art. 10 da Lei 6938/81 e conferir o licenciamento a um único nível de competência, acabou enveredando por seara que não lhe diz respeito, usurpando à constituição competência que esta atribuiu aos entes federados.¹⁵

Há que se observar que a definição da competência licenciadora, detém importância ímpar no estudo ora engendrado, uma vez que é o órgão licenciador, que realizando juízo de valor, irá definir se determinada atividade ou obra se insere no conceito de potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, definindo a partir de tal juízo os estudos ambientais pertinentes ao respectivo licenciamento.

Ora, nada obstante o Eg STJ já tenha se pronunciado acerca da legitimidade do múltiplo licenciamento no bojo do RESP 588.022/SC, é certo também que as preocupações advindas de tal prática, seja em face da morosidade dos licenciamentos e ainda pela superposição de funções pelo Poder Público, a par do incremento dos custos suportados pelos licenciados, que deverão arcar com despesas em todas as esferas licenciadoras, recomendam a harmonização de interesses entre os mesmos com adoção de critérios de cooperação que atinjam o desiderato final das leis reitoras da matéria, a viabilização do desenvolvimento sustentável, com enfoque na proteção ambiental.

Assim é que a definição do órgão preponderantemente habilitado a realização do licenciamento com fulcro na área de influência direta do projeto, nos termos do preconizado pela Resolução CONAMA 237/97 (que somente em algumas hipóteses adotou o critério da dominialidade do bem), sem levar em consideração a titularidade do bem atendem ao desiderato constitucional e a repartição de competências ocorridas no âmbito do SISNAMA.

Acresça-se ainda ao sobredito, que os tribunais pátrios ao debruçarem-se sobre o tema tem referendado o entendimento da legalidade de utilização do critério da área de influência do empreendimento como definidor da competência para o licenciamento ambiental, sendo

¹⁵ MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 4 ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 542

neste teor trecho do acórdão proferido nos autos da apelação cível 32555, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em voto lavrado pelo Exmo. Sr Desembargador Federal Ridalvo Costa (Dj 17.05.2003) noticiado pelo multicitado Edis Milaré *verbis* “Licenciamento ambiental. A competência para licenciar projeto de obra ou atividade potencialmente danosa ao meio ambiente não se fixa pela titularidade dos bens nela contemplados, mas pelo alcance dos seus possíveis impactos ambientais”.¹⁶

3.2 Das atividades, obras e empreendimentos sujeitos ao EIA/RIMA

Ultrapassado o debate acerca da competência para o licenciamento ambiental, e conseqüente exigência dos pertinentes estudos, é mister debruçemo-nos sobre as atividades sujeitas ao aludido procedimento.

Numa tentativa de normatizar a matéria, e assim limitar o poder discricionário do administrador por ocasião da submissão de obras e atividades ao procedimento administrativo do licenciamento ambiental, advieram diversos atos normativos, legais ou regulamentares que elencaram o rol de empreendimentos e atividades considerados potencialmente causadores de significativa degradação do meio ambiente, sendo que o diploma básico que rega a matéria é a Resolução n. 001/1986 do CONAMA.

Da leitura do aludido diploma normativo, notadamente de seu artigo segundo, são considerados empreendimentos potencialmente causadores de significativo impacto ambiental: estradas de rodagem com duas ou mais faixas de rolamento; ferrovias; portos e terminais de minério, petróleo e produtos químicos; aeroportos; oleodutos, gaseodutos, minerodutos, troncos coletores e emissários de esgotos sanitários; linhas de transmissão de energia elétrica acima de 230 Kv; obras hidráulicas para exploração de recursos hídricos, tais como barragem para fins hidrelétricos acima de 10 MW, 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: extração de combustível fóssil (petróleo, xisto, carvão); extração de minério, inclusive os de classe II, definida no Código de Mineração; aterros sanitários, processamento e destino final de resíduos tóxicos ou perigosos; usinas de geração de eletricidade, qualquer que seja a fonte de energia primária, acima de 10 MW; complexo e unidades industriais e agro-industriais (petroquímicos,

¹⁶ MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 4 ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 545

siderúrgicos, cloroquímicos, destilarias de álcool, hulha, extração e cultivo de recursos hídricos; distritos industriais e Zonas estritamente Industriais- ZEI; 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; projetos urbanísticos, acima de 100 hectares ou menores, quando atingir áreas significativas em termos percentuais ou de importância do ponto de vista ambiental; projetos urbanísticos, acima de 100 hectares ou em áreas consideradas de relevante interesse ambiental; qualquer atividade que utilizar carvão vegetal, derivados ou produtos similares, em quantidade superior a dez toneladas por dia; projetos agropecuários que contemplem áreas acima de 1.000 hectares ou menores, neste caso quando se tratar de áreas significativas em termos percentuais ou de importância do ponto de vista ambiental, inclusive nas áreas de proteção ambiental; empreendimentos potencialmente lesivos ao patrimônio espeleológico nacional.

Vê-se, ainda, que a par da relação contida na Resolução 001/96 do CONAMA retro elencada, outros diplomas legais dispõem acerca das atividades e empreendimentos que devem se sujeitar a apresentação de estudos de impacto ambiental, como se extrai, por exemplo, da Lei instituidora do Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (L. 7661/1988) que determina a obrigatoriedade de apresentação de estudo prévio de impacto ambiental para o licenciamento do parcelamento e remembramento do solo e da construção, instalação, funcionamento e ampliação de atividades suscetíveis de causar alterações das características naturais da Zona Costeira, consoante se depreende da leitura do art. 6º, §2º da lei em questão. Também no bojo da lei 6803/1980 e da lei 11428/2006, se extraem determinações de apresentação prévia de estudo de impacto ambiental no tocante a aprovação da delimitação e autorização da implantação de instalação nucleares, e na hipótese de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente em área de vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, respectivamente.

Com base em tais diplomas normativos surge então o primeiro problema relacionado ao licenciamento ambiental. E assim o é porque, competindo aos órgãos integrantes do SISNAMA a fixação do entendimento do que seja obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, os atos normativos que dispõem sobre as mesmas são considerados taxativos e vinculantes para a Administração Pública?

Ora, o entendimento que tem predominado na doutrina nacional, é o de que essa relação de atividades listadas é meramente exemplificativa, pois como assevera José Affonso da Silva:

Essa enumeração casuística é puramente exemplificativa; nem poderia ser diferente, porque a Constituição não admite limitação taxativa dos casos de estudo de Impacto ambiental. Qualquer que seja a obra ou atividade, pública ou particular, que possa apresentar riscos de degradação significativa do meio ambiente, fica sujeita à sua previa elaboração.

Tal entendimento encontra ressonância também no magistério de Paulo de Bessa Antunes, infra colacionado, vejamos:

O Poder Público não pode exigir o EIA de forma aleatória. O EIA é exigível de forma vinculada, no interior do processo de licenciamento de uma atividade efetiva ou potencialmente poluidora ou degradadora do meio ambiente. Aqui surge uma dificuldade extremamente grave: a Constituição Federal estabelece eu o estudo de impacto ambiental deve ser exigido quando se tratar de licenciar uma atividade efetiva ou potencialmente poluidora ou degradadora do meio ambiente. O Conceito, no entanto, é aberto somente pode ser preenchido através da edição de atos normativos, sejam legais ou regulamentares. A contrário senso, se a atividade não se incluir entre aquelas que possam efetiva ou potencialmente ser agente de poluição ou degradação, o estudo não será exigível.¹⁷

Com efeito, há que se observar que sendo o rol de natureza exemplificativa, o certo é outras atividades podem ser subsumidas a apresentação do estudo de impacto ambiental, desde que capazes de causar significativa degradação do meio ambiente, a critério discricionário do órgão ambiental competente.

Ora, o conceito de significativa degradação ambiental, sendo impreciso, e tecnicamente considerado indeterminado, deve ser colmatado pelo órgão público ambiental logo no início do procedimento de licenciamento, donde é o órgão ambiental licenciador que, deparando-se com atividade ou empreendimento não listados em diplomas infraconstitucionais como potencialmente causador de significativa degradação ambiental, irá declará-lo como tal.

Vê-se que não está aqui a dizer que ao realizar tal tarefa a Administração irá agir livre de quaisquer amarras legais, até porque é cediço que hodiernamente o alargamento do

¹⁷ ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito Ambiental**. 7 ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 139.

controle dos limites impostos pela autoridade pública na definição dos termos juridicamente indeterminados, é uma tendência trazida pela doutrina, que tem sido paulatinamente adotada pelos tribunais pátrios, sendo voz corrente que a tarefa da Administração no preenchimento de um conceito indeterminado não se relaciona tão somente com o exercício de competência discricionária.

Nesta seara, vem sendo aplicados pela legislação conceitos de experiência ou de valor, que diante do caso concreto só admitem uma solução que atenda a determinação legal.

Assim é que, no caso concreto os conceitos indeterminados só admitiriam uma solução, isto é, quando do licenciamento ambiental ou atividade ou empreendimento é capaz de causar significativa degradação do meio ambiente ou não.

Deste modo tal juízo de valor, num primeiro momento ter-se-ia como juridicamente possível aos juízes e tribunais reverem a apreciação desse conceito realizado pela Administração, notadamente quando haurido do rol declinado nos diplomas infraconstitucionais sobre a matéria.

Situação singular seria, todavia, quando para a colmatação do conceito de significativa degradação ambiental o administrador necessite utilizar-se de juízos decorrentes de caráter técnico complexo.

Nestes casos, nada obstante o resultado da Administração seja vinculado, em face da análise do órgão técnico competente, a nosso sentir a sujeição da decisão ao controle judicial, já se mostra prejudicada dado a superioridade da especialização técnica da Administração em face da valoração judicial.

Portanto, nada obstante algumas vozes abalizadas da doutrina nacional se manifestem que na aplicação do conceito jurídico indeterminado de “significativa degradação ambiental” a Administração emita juízo estrito de legalidade a qual somente uma solução poder ser eleita, sendo a mesma plenamente controlável pelo Poder Judiciário, advogamos, que desprezando a Administração, ou mesmo diante da inexistência de reconhecimento de determinada atividade ou obra no rol do artigo 2º da resolução CONAMA 001/86, ter-se-á como possível a revisão deste conceito pelos juízes e tribunais, desde que não sejam embasado em apreciações

técnicas dos órgãos administrativos ambientais, visto que, nesta específica hipótese ao Judiciário não será dado controlar a correção do resultado da operação, mas tão somente se a mesma foi motivada e justificada, tornando-se sustentável.

Em reforço a tais argumentações, vê-se que o Eg STJ já se pronunciou nos seguintes termos sobre a matéria:

EMENTA: ADMINISTRATIVO- MEIO AMBIENTE- OBRA POTENCIALMENTE AGRESSIVA- LICENÇA DO SISNAMA- LEI 6938/81, ART. 10

- Em havendo obra potencialmente ofensiva ao meio ambiente, reserva-se aos integrantes do SISNAMA a competência para avaliar o alegado potencial.

- Acórdão fincado na assertativa que a obra impugnada está livre de autorização do SISNAMA, porque leva em conta os cuidados exigidos para a proteção do meio ambiente. Tal aresto emitiu juízo de valor, penetrando na competência do SISNAMA e maltratando a art. 10 da lei 6938/81.¹⁸

Aqui cabe também debruçamo-nos acerca do caráter obrigatório da sujeição ao Estudo Prévio de impacto ambiental das atividades elencadas no rol do art. 2º da Resolução n. 001/1986.

Tem-se, que nada obstante a existência de divergência sobre a questão, o entendimento dominante na doutrina é no sentido de que estabelecendo a resolução CONAMA um mínimo obrigatório sobre as atividades sujeitas a previa apresentação de EIA/RIMA, os empreendimentos lá listados submetem-se obrigatoriamente ao estudo, podendo ser ampliado, mas jamais reduzido.

Nos termos da doutrina embasada por Antonio Hermam Benjamim, Paulo Affonso Leme Machado, Silvia Cappelli e Álvaro Luiz Valery Mirra existe na espécie verdadeira presunção absoluta de que as atividades listados no precitado diploma normativo são potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, pelo que administração deve e não somente pode, determinar a elaboração dos estudos.

¹⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.RESP 114549/PR, Rel . Min Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ24/11/2007, p. 61111

Assim, o caráter exemplificativo do elenco constante do art. 2º somente é exemplificativo pra possibilitar o acréscimo de atividades, sendo obrigatório quanto aquelas lá listadas.

Em sentido contrario, pronuncia-se Yara Maria G. Gouveia, para quem o caráter exemplificativo da enumeração, serve tanto para restringir quanto para ampliar o rol lá disposto, visto que se pode exigir o EIA de atividade não listada, se potencialmente tiver significativo impacto ambiental, como dispensar tal estudo, em relação a atividade ou empreendimento constante da relação legal, que todavia não produza impacto ambiental significativo. Para tanto o órgão licenciador devera motivar sua decisão, com vistas a afastar decisões arbitrárias e destituídas do necessário cuidado com a proteção ambiental.

Já, adotando posição intermediária pronuncia-se o festejado Édis Milaré para quem deve-se atribuir ao rol da resolução CONAMA 01/86 presunção meramente relativa, a qual tem o condão de inverter o ônus da prova, de maneira que a administrador diante de obra ou atividade listada determinará a produção de estudos, sem prejuízo a que o empreendedor produza prova demonstrando a inexistência de significativo impacto ambiental.

Em compasso com os argumentos supra expendidos, nos parece assistir razão a posição minoritária adotada pela precitada ex-advogada da CETESB- agencia ambiental paulista, Dra Yara Gouvêia. E assim o é porque diante da obscuridade da redação da resolução n. 001/86, infere-se que se algumas atividades se encontram listadas de forma minudente, outras aparecem de forma superficial, fazendo-se mister a intervenção da autoridade administrativa para dirimir a efetiva existência do impacto alegado

Há que se salientar também, que o detentor de órgãos técnicos capazes de avaliar a efetiva potencialidade impactante de determinada atividade é o órgão licenciador que como dito alhures, não o fará de modo aleatório, mas justificado na sua especialização técnica, não devendo o legislador pré definir atividades que demandam análises técnicas com base tão somente em regras de experiência comum, visto que se determinada obra usualmente causará significativo impacto ambiental, haverá situações em que dita potencialidade poderá ser mitigada ou mesmo inexistir, competindo tão somente ao órgão técnico manifestar-se a respeito.

Ademais, o próprio legislador infraconstitucional, com a edição da resolução CONAMA 237/97 corroborou tal entendimento ao dispor sobre a competência para a exigência dos estudos ambientais nos seguintes termos:

Art 3º A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

Parágrafo único: O órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definirá os estudos pertinentes ao respectivo processo de licenciamento.

Insta assim reconhecer ser da competência do órgão licenciador definir motivadamente, e utilizando-se de critérios técnicos, a efetiva existência da significância do impacto ambiental decorrente da implantação de determinada obra ou atividade, para fins de exigência dos pertinentes estudos ambientais, compatíveis com o mesmo.

Nos termos do magistério de Édis Milaré, somente utilizando-se de tal entendimento

Obvia-se a transformação de um instrumento tão importante como o EIA, em mera exigência formal, imposta sem critério, e que, muitas vezes, pode inviabilizar obras necessárias – pense-se, por exemplo, num pequeno aterro sanitário, em área desprovida de especial interesse para o meio ambiente- em razão dos altos custos a serem incorridos com a sua contratação.¹⁹

Insta, entretanto observar, que nada obstante a existência de jurisprudência do STJ, suso colacionada, no sentido do ora defendido, é pródiga a jurisprudência de tribunais de primeira instância quanto a obrigatoriedade de obediência pela Administração, quando da exigência dos estudos de impacto ambiental, do rol de atividades listadas na Resolução 001/1986.

No entendimento de tais órgãos jurisdicionais, bem como da doutrina que defende tal posição, somente nos casos de empreendimentos e atividades não constantes da relação é que a Administração poderia exigir estudos alternativos mais simplificados, de acordo com o grau do impacto gerado, a saber: relatório ambiental preliminar (RAP), relatório de viabilidade

¹⁹ MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 4 ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 502

ambiental (RVA), Relatório de Avaliação de Impacto Ambiental (RAIA) ou relatório ambiental simplificado (RAS), visto que para as atividades e obras adrede listadas, o EIA é insubstituível.

Debate interessante se dá quanto a possibilidade de Estados e Municípios, no uso da sua competência concorrente em matéria ambiental, produzirem legislação conflitante com o disposto na resolução CONAMA n. 001/1986, para o fim de dispensarem determinadas obras ou atividades previstas como de obrigatória apresentação do EIA/RIMA.

Pois bem, no âmbito da repartição de competências instituído pela constituição federal de 1988, na esfera legislativa, compete à União a edição de normas gerais, ficando a cargo dos estados a competência supletiva, e aos municípios a suplementar naquilo que for de interesse local.

Assim importa indagar se é dado aos Estados e Municípios a edição de normas versando sobre as particularidades da resolução CONAMA 001/1986, de forma diversa e mais ou menos restritiva do ponto de vista da proteção ambiental.

Ora, as normas gerais devem ser entendidas como aquelas que atendam ao interesse geral, mesmo descendo a minúcias no trato da matéria, neste diapasão, ensina Paulo Affonso Leme Machado e Vladimir Passos de Freitas, é dado ao legislador federal, em atenção ao interesse geral, determinar o grau de especificidade da norma. Deste modo, no exercício da competência concorrente, o legislador federal irá dispor da matéria de maneira mais ou menos minudente, delimitando assim o espaço de atuação dos legisladores estaduais e municipais, que não poderão produzir normas desconformes com os preceitos gerais.

O que será defeso ao legislador federal é a edição de normas alusivas a esfera de interesses e particularidades dos Estados e municípios, visto que as normas gerais deverão ser uniformemente aplicadas a todos cidadãos e Estados federados.

Destarte, diante do entendimento de que a norma geral será considerada como toda aquela que vincula interesse geral em determinada matéria, imprimindo regulamentação uniforme a todo território nacional ou determinada região, há que se ponderar, notadamente em matéria ambiental e no interesse geral da proteção ambiental, ser válida a edição de

normas gerais com previsões específicas e detalhadas com relação a determinados assuntos de interesse nacional.

Tal se dá de maneira inequívoca com a questão dos danos ambientais, no qual os efeitos raramente se restringem a determinado espaço territorial delimitado, se espraiando para todos os entes federativos e atingindo, por vezes, outros países limítrofes, realidade que se convencionou denominar de dimensão transfronteiriça das degradações ambientais.

Com base em tais considerações, forçoso concluir que a regulamentação da avaliação dos impactos ambientais, mediante a solicitação e avaliação dos estudos de impacto ambiental, se insere na hipótese em que se faz necessária a regulamentação uniforme da matéria, restringindo a autonomia de estados e municípios na matéria, dado interesse eminentemente geral da matéria.

Colha-se, a propósito a manifestação de Álvaro Mirra, *verbis*:

Assim, se conclui é que as normas federais que disciplinam o estudo de impacto ambiental- Lei 6938/1981, Decreto n. 99.274/1990 e Resolução n. 001/1986 do CONAMA- são, efetivamente, em sua integralidade e em todos os seus aspectos, normas gerais e, por se mostrarem compatíveis com a previsão constitucional do art. 24, §1º, da Constituição de 1988, não podem ser contrariadas pelas normas dos Estados e Municípios para o fim de reduzir o grau de proteção do meio ambiente. Por via de consequência, a dispensa pela legislação estadual ou municipal de determinadas atividades da realização do EIA, que pela regulamentação federal é de exigência obrigatória nessas hipóteses, é providência vedada igualmente pelo sistema constitucional em vigor.²⁰

Nesse sentido também se posicionou o Eg Supremo Tribunal Federal, que no bojo da ADIN 1086-7/SC, em acórdão relatado pelo ilustre Ministro Ilmar Galvão, que manifestando-se acerca da norma inserida na Constituição do Estado de Santa Catarina, que prescreveu a dispensa de estudo prévio de impacto ambiental nos projetos alusivos a áreas de reflorestamento ou florestamento para fins empresarias, assim se manifestou:

Mesmo que se argumente que a exigência, nesses casos, de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental comporta exclusões ao alvitre do legislador – o que sugere certa controvérsia, uma vez que a menção do constituinte à lei diz respeito apenas à forma com que se fará a mencionada exigência de prévio estudo de impacto ambiental e, não,

²⁰ MIRRA, Álvaro Luiz Valery . **Impacto Ambiental, aspectos da legislação brasileira**. 12 ed. Ver. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p.90

aos casos em que a mesma será possível-,o certo é que, pela lógica sistemática da distribuição de competência legislativa, apenas a lei federal seria apta a excluir hipóteses de incidência do aludido preceito geral, já que se trata de matéria nitidamente inserida no campo de abrangência das normas gerais sobre a conservação da natureza e proteção ao meio ambiente e, não, de normas complementares, que são da atribuição constitucional dos Estados-membros.²¹

3.3 Conteúdo do Estudo de Impacto ambiental.

Outra seara sindicável pelo Poder Judiciário diz respeito ao conteúdo do Estudo de Impacto ambiental, que recebeu regulamentação minuciosa na resolução CONAMA n. 001/1986.

Com efeito, da leitura dos seus artigos 5º e 6º se depreende que o mesmo deverá compreender uma série de estudos e avaliações, dispondo literalmente:

Art. 6º O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo,as seguintes atividades técnicas:

- I. Diagnostico ambiental da área de influência do projeto completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando: [...]
 - b. O meio físico- o subsolo, as águas, o ar e o clima, destacando os recursos minerais, a topografia os tipos e aptidões do solo, os corpos d'água, o regime hidrológico as correntes marinhas, as correntes atmosféricas;
- II. O meio biológico e os ecossistemas naturais- a fauna e a flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente;
- III. O meio sócio-econômico- o uso e ocupação do solo, os usos da água e a sócio-economia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos; [...]
- 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

²¹ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Art.24, inciso VI, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIn 1.086-7/SC- j. 1.8.1994- v.u.- rel Min Ilmar Galvão – Revista de Direito Ambiental, vol 2-ano 1- abril-junho 1996- editora Revista dos Tribunais,pp. 200 e 201

a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas, a distribuição dos ônus e benefícios sociais;

III. Definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas;

IV. Elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados.

Parágrafo único: Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental, o órgão estadual competente, ou a SEMA ou, quando couber, o Município fornecerá as instruções adicionais que se fizerem necessárias pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área.

Saliente-se que a par da exigência dos estudos acima listadas, após a emissão das licenças será efetuado o monitoramento da atividade em face da inexistência de direito adquirido contra o meio ambiente. Assim a lei 6938/1981, no seu artigo 9º, IV admite a possibilidade de revisão do licenciamento quando na prática a atividade se revelar pernicioso ao meio ambiente.

Somente mediante o regular monitoramento poderá a Administração constatar a adequação das prescrições técnicas exigidas, para complementação ou mesmo revogação da licença concedida. Assim, ainda que as prescrições realizadas sofram modificação em função de norma editada posteriormente a emissão da licença expedida será lícito ao administrador solicitar a adequação ao licenciado, que não deverá opor-se ao pedido em face de suposto direito adquirido a autorização nos termos em que fora deferida, como relembra Michel Prieu - as autorizações concedidas não constituem atos individuais intangíveis, a fim de prolongar seu efeito no tempo, destarte, poderão ser modificadas para adequar-se a novo direito aplicável imediatamente as relações pendentes, visto que a defesa do meio ambiente é matéria de ordem pública, impondo-se sua submissão a todos que se encontram abrangidos em seus preceitos.

Todavia o controle da validade das licenças expedidas cabe tanto a Administração como ao Judiciário, visto que a licença viciada maculada de ilegalidade ou atentatória ao interesse público não deve prevalecer.

Por seu turno, o art. 5º da precitada resolução do CONAMA define as diretrizes a serem observadas pelo estudo de impacto ambiental, impondo seu atendimento a legislação vigente, notadamente a lei de Política Nacional do Meio Ambiente, outorgando aos órgãos integrantes do SISNAMA, a fixação de diretrizes adicionais em face das peculiaridades do projeto, senão vejamos:

Art 5º O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais:

I. Contemplará todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto;

II. Identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade;

III. Definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza;

IV. Considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade.

Parágrafo único: Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental, o órgão estadual competente, ou a SEMA, ou, quando couber, o Município, fixará as diretrizes adicionais que, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área, forem julgadas necessárias, inclusive os prazos pra conclusão e análise dos estudos.”

Tem-se que já com a solicitação da licença prévia, ato inicial do procedimento administrativo de licenciamento ambiental, o empreendedor, quando a Administração assim determinar, seja em função de norma legal, seja realizando o juízo de significância do impacto a ser causado pela atividade, deverá apresentar os estudos de impacto ambiental que deverão obrigatoriamente conter todos os estudos e informações relacionados nos artigos 5º e 6º da resolução CONAMA n. 001/1986, sob pena de invalidade de todo o processo de licenciamento.

Vê-se, portanto, que tanto a ausência do EIA, quando exigível, quanto a apresentação do mesmo sem ter abrangido o conteúdo mínimo obrigatório, leva a possibilidade de invalidação de todo o processo de licenciamento esteja o mesmo em andamento ou já concluído, sobrestando a instalação, entrada em operação ou prosseguimento da obra

licenciada, visto que dar-se-á presunção de que a mesma, poderá causar impacto ambiental não satisfativamente valorado pela administração licenciadora.

Em face da gravidade das conseqüências advindas de um estudo de impacto ambiental incompleto ou deficiente, é outorgado ao Poder Judiciário o controle judicial do conteúdo do estudo de impacto ambiental, frente as prescrições mínimas impostas nos diplomas normativos infra constitucionais, visto que em respeito as prescrições que complementarem o rol mínimo, exigidas a critério de juízo técnico do órgão administrativo ambiental licenciador, nos parece de difícil sindicabilidade, salvo tratando-se de exigência absolutamente irrazoável.

Tal controle, não se restringe a observância dos pontos mínimos obrigatórios do EIA/RIMA, nos termos em que fora exigido pela resolução CONAMA 001/1986, mas também perpetra a consistência das análises realizadas, com vistas a permitir a adequada informação da sociedade, que juntamente com a Administração é igualmente destinatária dos estudos apresentados, notadamente no que pertine as conseqüências ambientais do empreendimento, visto que só diante de tais análises poderá o órgão ambiental optar entre licenciá-la ou não.

Cumpra assim observar que não haverá qualquer dificuldade no controle judicial do conteúdo mínimo do EIA/RIMA, visto que aqui se dará apenas uma conferência formal entre os pontos previstos e exigidos na disciplina regulamentar sobre a matéria e o que foi efetivamente apresentado, facilidade que não se observa quanto a análise da suficiência e adequação das análises apresentadas no estudo, em relação aos pontos relacionados como indispensáveis na precitada resolução.

Nestes casos, admitido o controle jurisdicional da matéria, há que se observar que o mesmo deverá estar arrimado em contra-estudos, contraprovas ou contra-perícias aos estudos ambientais impugnados, não sendo neste caso vedada a análise de questões técnicas pelo magistrado, para solução de demandas sobre a matéria.

3.4 Dos objetivos do EIA no procedimento de licenciamento ambiental

O EIA desempenha importante papel no procedimento de licenciamento ambiental, que não se restringe a mera prevenção de que determinado projeto, que se mostre

economicamente justificável, se mostre pernicioso ao meio ambiente, este é tão somente seu objetivo mais visível.

Todavia, pode-se elencar ainda como objetivos principais do mesmo, segundo classificação realizada por Antônio Herman Benjamim; a) prevenção do dano ambiental; b) transparência administrativa quanto aos efeitos ambientais de um determinado projeto; c) consulta aos interessados e d) decisões administrativas informadas e motivadas. Isto é, controle da atividade discricionária ambiental da Administração Pública.²²

O objetivo primordial do EIA é a prevenção, cujo escopo é influir no mérito da decisão administrativa de concessão da licença ambiental requisitada, portanto se a decisão em questão já foi tomada, com a consequente emissão da licença, o mesmo perde sua razão de ser.

Diante de tal entendimento é que a doutrina pátria refuta a idéia de cabimento no direito nacional da figura do EIA *a posteriori*, visto que seu fim de inserir na decisão administrativa considerações de ordem ambiental estará comprometido.

Não detendo um fim em si mesmo e estando contaminado pelo caráter preventivo, faz-se mister que o mesmo seja elaborado no momento certo, donde a avaliação técnica do impacto deve ser consentânea com a execução do projeto, ensejando mudanças radicais no meio ambiente ou condições existentes entre o período compreendido entre a elaboração e a execução do projeto, a feitura de estudo complementar.

Quanto a transparência, mister considerar que visa dar ao interessado elementos suficientes para a compreensão da decisão e sua consequente fiscalização. Neste diapasão sendo meio de controle da atividade administrativa pelos particulares, a inexistência do relatório de impacto ambiental, que nos termos do art. 9º da Resolução CONAMA 001/1986 cuida de documento que integra o EIA, e consiste na síntese deste, com as conclusões da equipe disciplinar macula o procedimento de licenciamento ambiental, dando ensejo ao seu controle na via judicial.

²² BENJAMIM, Antônio Hermam de V. e MILARÉ, Edis. **Estudo prévio de impacto ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.14

Ademais, o RIMA deve vir redigido de forma clara e adequada, utilizando linguagem acessível ao leigo, pois só assim restará atendido a transparência almejada pela sociedade quando da decisão do órgão licenciador.

Todavia, não basta que o EIA/RIMA seja transparente, visto que deverá ser igualmente participativo, visto que a decisão arbitrária, ainda que transparente, não satisfaz o interesse público.

Dita participação não se insere, é bom que se esclareça, na manifestação da decisão (licença), mas na sua formação, se agregando também ao escopo da transparência, visto que além de leigos e técnicos, a consulta escuta o público em geral, inclusive outros órgãos públicos ou entes federativos interessados na decisão.

Já quanto ao ultimo escopo do EIA, a saber a motivação da decisão ambiental, há que se ponderar que apontado o mesmo um rol de alternativas e opções para o administrador, optando o mesmo por uma que seja considerada menos adequada, em detrimento de outra que pareça ser a que melhor atende ao fim de proteção ambiental, deverá ocorrer a necessária motivação do ato.

Pois como relembra o ilustre Min Herman Benjamin

O regime ambiental, constitucional e infraconstitucional, estabeleceu uma presunção *júris et de jure* de que o EIA é instrumento de defesa da coletividade. A sua dispensa, portanto, representa a negação do direito abstrato do grupo social á sua realização. E não é de agora que, em princípio, se reconhece que “existe uma obrigação de motivar todo ato criador de situações desfavoráveis para os administrados.”²³

Por fim, resta reconhecer como imprestável a motivação alicerçada em conclusões vagas e sem arrimo nos fatos aduzidos, sendo carente de valor também a cientificamente indefensável ou incompleta

²³BENJAMIM, Antônio Hermam de V. e MILARÉ, Edis. **Estudo prévio de impacto ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.21

4 DO CONTROLE JUDICIAL DOS ESTUDOS DE IMPACTO AMBIENTAL E JURISPRUDÊNCIA SOBRE A MATÉRIA

Ao debruçarmo-nos no controle judicial dos estudos de impacto ambiental, cumpre preliminarmente lembrarmos que, nada obstante o procedimento de licenciamento ambiental esteja completamente disciplinado nos diplomas legais suso aludidos, a decisão final sobre o licenciamento é da administração que, mesmo realizando uma análise favorável dos estudos ambientais apresentados, deverá sopesar a oportunidade e conveniência do empreendimento, dando o veredicto final sobre a sustentabilidade e conseqüente viabilidade do empreendimento, também embasada em considerações acerca da compatibilidade do empreendimento com planos e programas de governo e vantagens e desvantagens para o meio.

Pode-se assim afirmar, que nada obstante o deferimento das licenças ambientais estejam condicionadas a apresentação do prévio estudo de impacto ambiental, cujo resultado, como adverte a doutrina pátria, não é vinculante para a Administração que poderá optar por solução encontrada no relatório que não seja considerada a melhor pela equipe técnica, o certo é que não podemos afirmar constituir a licença ambiental ato absolutamente vinculado ou discricionário da Administração.

A questão da natureza jurídica da licença ambiental, se licença ou autorização, é largamente debatida na doutrina, não havendo consenso sobre a matéria.

Os que defendem a natureza jurídica de autorização argumentam que a licença ambiental, ao contrário da licença administrativa comum, não confere ao requisitante direito subjetivo a sua obtenção ou continuidade, podendo a Administração negá-la ou cassá-la a qualquer momento sem gerar qualquer direito de indenização o oponível ao Poder concedente, características típicas da autorização administrativa.

Com efeito, a licença ambiental não se subsume ao regime das licenças administrativas comuns, e assim o é porque é bastante difícil quando da sua expedição proclamar cumpridas todas as exigências legais. Tal ocorre em face das normas ambientais

detém alto grau de generalidade, não estabelecendo, em regra, padrões específicos ou determinados para as atividades licenciadas, socorrendo-se assim a autoridade administrativa licenciadora, no vazio legislativo, de discricionariedade técnica.

Por vezes ainda a discricionariedade técnica não se mostra suficiente, dada a existência de conceitos de valor, tais com interesse público que envolvem critérios muito subjetivos, donde a decisão daí decorrente nunca poderá ser taxada de vinculada.

Com efeito, como adverte Édis Milaré:

Por óbvio, a amplitude dos aspectos enfocados pelo EIA torna praticamente impossível adstringir a licença á aferição do atendimento de “exigências legais” prévias, ainda que com grande margem de discricionariedade técnica. Dessa feita, decidir pesando impactos positivos e negativos, a distribuição do ônus e benefícios sociais etc., não é nem decisão vinculada nem discricionariedade técnica, mas decisão sobre a conveniência do projeto, o que afasta o ato administrativo originário do processo licenciatório do modelo tradicional da licença, aproximando-o da tipicidade da autorização.²⁴

Em sentido contrário, os que defendem a natureza licenciatória da decisão ponderam que não se pode pretender idêntico regime legal para a licença ambiental, regida pelos princípios orientadores do direito ambiental e a licença administrativa modelada com fulcro nos princípios e normas de direito administrativo. Deste modo, não há que se falar em impropriedade ou equívoco do legislador na utilização do vocábulo licença ambiental.

Neste passo, havendo reconhecimento pela Administração de que os requisitos ambientais para o exercício do direito de propriedade foram preenchidos, a licença deverá ser deferida, gozando ainda de estabilidade mantendo-se as condições em que foi deferida. Deveras, o caráter de estabilidade não conflita com a renovabilidade da licença, que poderá ser revista, decretando a Administração sua suspensão ou cancelamento em casos de interesse público ou ilegalidade superveniente ou, ainda, quando houver descumprimento dos requisitos fixados no processo de licenciamento ambiental.

Vê-se assim que mesmo que advogam a natureza licenciatória das licenças ambientais admitem que a mesma não goza de presunção de definitividade, podendo a Administração cassá-la com base no interesse público, sem que gere qualquer pleito indenizatório em face da

²⁴ MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 4 ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, P 537

decisão, donde o mérito de tal ato não deverá sofrer qualquer controle judicial, salvo com base na teoria dos motivos determinantes ou havendo desvio de finalidade.

Assim, a par da impossibilidade de valoração do ato final do licenciamento realizado, bem como de sua posterior cassação frente a decisão arrimada em juízo de conveniência e oportunidade, a necessidade de exigência e exame de estudos técnicos como condição à emissão das licenças, conferem a decisão administrativa alto grau de tecnicidade, dificultando o controle pelo Poder Judiciário, que entretanto não vem se furtando de emitir decisões que atingem diretamente o mérito do procedimento de licenciamento, consoante se infere de aresto proferido pelo Eg Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no bojo da apelação Cível 70012795845, infra colacionado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESTAÇÃO DE RÁDIO-BASE. TELEFONIA CELULAR. CIDADE DE IRAÍ. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. I- PRELIMINAR AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL.

-Ação que objetiva a dois provimentos autônomos: de não fazer (não instalação de ERB sem prévio EIA e licenciamento) e de fazer (providenciar o EIA e o licenciamento ambiental). [...] MÉRITO. – Dever imposto pela Constituição Federal- artigo 225- ao Poder Público e á própria coletividade de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, sujeitando-se os infratores a sanções penais e administrativas, independentemente de reparação do dano ocasionado. – Estudo de Impacto Ambiental com a devida publicização para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental exigido com base no art 225, IV da Constituição Federal e na aplicação dos princípios da precaução e direito ao desenvolvimento sustentável a fim de evitar-se o dano e não apenas repará-lo. Precedente da Câmara e do e. STJ-ônus da empresa de comprovar que a atividade praticada não gera danos ao meio ambiente. – Dispensa do licenciamento ambiental que não afasta a necessidade de realização do EIA, pois a licença concedida por um órgão (estadual) não dispensa a aquiescência de outros órgãos (federal e municipal). Ademais, o EIA não serve apenas para embasar a licença, mas para dar á sociedade conhecimento acerca da possível degradação do meio ambiente.- Ausência de afronta aos princípios da isonomia e da impessoalidade, pois contra a empresa VIVO foi instaurado Inquérito Cível e exigido em compromisso de Ajustamento, a realização de Estudo de Impacto Ambiental, já realizado, com publicidade á sociedade através de audiência pública.²⁵

²⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 700012795845. Terceira Câmara Cível. Relatora: Dês Matilde Chabar Maia. Porto Alegre, RS, 08 de junho de 2006. Disponível em: WWW.tj.rs.jus.br

Também em decisão de grande repercussão social no Estado do Piauí, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região deu provimento a apelação interposta por litisconsorte ativo de ação civil pública para desconstituir termo de ajustamento de conduta firmado entre as partes, de determinar a modificação da matriz energética avaliada como sustentável pelos órgãos ambientais licenciadores (Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Recursos Naturais do Piauí e IBAMA) afastando a avaliação técnica com fulcro no princípio da precaução ambiental, senão vejamos o teor do voto da relatora, posteriormente referendado pelo Tribunal em questão:

O Ministério Público Federal e o Ministério Público no Estado do Piauí ajuizaram, em 22 de setembro de 2003, a presente ação civil pública objetivando sustar a implantação de unidade da Bunge Alimentos no Município de Uruçuí, no Estado do Piauí, destinada à recepção e processamento de grãos, fato que poderia causar a devastação do cerrado da região, bem como em razão do contrato de fornecimento de madeiras e plantio de novas áreas realizado entre a referida empresa e a Mineração Graúna Ltda.

Da análise dos autos, extrai-se que a empresa Bunge Alimentos S/A implantou unidade de recepção de grãos e extração de óleo de soja em área rural localizada no município de Uruçuí, Estado do Piauí, após obter licença ambiental prévia emitida pela Secretaria do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos daquele Estado.

Para abastecer suas caldeiras, necessárias ao desenvolvimento de suas atividades, optou a Bunge Alimentos pela utilização de lenha, tendo a respectiva atividade de extração ficado a cargo da empresa Mineração Graúna Ltda., que passou a fazê-lo após obter autorização para extração, emitida pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA.

Sob o fundamento de irregularidades no processo de licenciamento, bem como das próprias licenças expedidas, de vícios no EIA/RIMA apresentado pela Bunge Alimentos, do irregular desmatamento e da deficiência do plano de compensação ambiental, dentre outros, o Ministério Público do Piauí e o Ministério Público Federal propuseram ação civil pública visando à correção das irregularidades verificadas e a adoção de medidas protetivas ao meio ambiente. Posteriormente, foi deferido o ingresso na lide da Fundação Águas do Piauí – FUNÁGUAS.

[...]No caso, ainda que seja preservada a atividade econômica da empresa, há que se fazê-lo dentro de parâmetros ambientais razoáveis. Ou seja, o princípio da precaução recomenda que não seja admitida a exploração de madeiras nesse importante ecossistema, sem que se tenha a certeza que o TAC firmado tenha analisado todos os riscos ambientais envolvidos na atividade, bem como tenha efetivado todas as medidas propostas com a finalidade de minimizar os danos potenciais e realizar a necessária compensação ambiental.

Foram apresentadas pelo próprio Ministério Público Federal fontes alternativas de matrizes energéticas menos danosas que o desmatamento do pouco que restou do cerrado do Piauí. O gás liquefeito de petróleo (GLP) é uma alternativa mencionada para alimentar as caldeiras da Bunge Alimentos S/A, assim como o coque verde de petróleo (petrocoque).

A Bunge Alimentos S/A não pode furtar-se de considerar outras matrizes energéticas que lhe são apresentadas pelo simples fato de serem um pouco mais onerosas. Não é possível obter maiores lucros à custa da destruição do que sobrou do cerrado do Piauí. Também não vale explorar o tema da miserabilidade da região e a necessidade de criação de empregos para justificar lucros maiores em detrimento do meio ambiente piauiense.

Não é jurídico nem moralmente aceitável que se queira, sob o fundamento de que a população é pobre, que se possa sem justificativa real destruir o que resta de mata virgem no Estado.

O desmatamento indiscriminado do cerrado piauiense sob o argumento de que as empresas criam empregos não é aceitável, pois pode haver atividade economicamente sustentável desde que as empresas estejam dispostas a diminuir seus lucros, utilizando-se de matrizes energéticas que não signifiquem a política de terra arrasada.

Quando do ajuizamento da presente ação, em 22 de setembro de 2003, a Bunge já vinha se utilizando de lenha como matriz energética, em 2008 serão completados pelo menos cinco anos de queima da vegetação do cerrado.

Além disso, o Termo de Ajustamento de Conduta, homologado pela sentença impugnada em 30 de agosto de 2004, fls. 3.707/3.714 estabelece em sua Cláusula Primeira:

“A BUNGE se obriga a, dentro do prazo máximo de 06 (seis) anos contados da assinatura do presente Termo, tornar-se auto-suficiente quanto ao uso de madeira proveniente de desmatamentos mesmo que autorizados, prazo em que passará a utilizar em seu empreendimento tão somente lenha proveniente de reflorestamento.”

Como ressaltei na decisão que proferi em 26 de fevereiro de 2004 nos autos do agravo de instrumento nº 2003.01.00.0039089-9/PI, a empresa em questão é a maior empresa em atividade no Brasil no setor de agronegócios, integrando a Bunge Brasil, conglomerado que faturou somente nos dez primeiros meses de 2003 a quantia aproximada de R\$ 14.300.000.000,00 (quatorze bilhões e trezentos milhões de reais), conforme informado na página eletrônica da empresa, e, sendo assim, pode gerar empregos na região pobre do sul do Piauí, mas pode fazê-lo sem intensa degradação do meio ambiente. A pobreza dos piauienses não pode ser um argumento para que não se respeitem seus direitos ao meio ambiente.

Em sede de matéria ambiental, não há lugar para intervenções tardias, sob pena de se permitir que a degradação ambiental chegue a um ponto no qual não há mais volta, tornando-se irreversível o dano.

Pelo exposto, **dou provimento à apelação** para anular a sentença prolatada desconstituindo o Termo de Ajustamento de Conduta efetivado pelas partes à revelia da apelante e determinando a suspensão na utilização de lenha pela empresa Bunge Alimentos S/A, unidade de Uruçuí, como matriz energética. Determino, ainda, o retorno da ação à vara de origem para que se dê continuidade ao processamento do feito, inclusive com a realização de perícia sobre os danos ambientais e prolação de sentença de mérito.

É como voto.²⁶

Vê-se das decisões retro transcritas, que o Judiciário adentrou no próprio mérito administrativo relativo ao licenciamento para determinar a realização do estudo ambiental, e ainda, no segundo caso, para afastar o juízo técnico emitido pelos órgãos licenciadores quando da análise dos estudos ambientais apresentados pelo empreendedor, determinando inclusive a substituição de matriz energética considerada sustentável, com fulcro tão somente no princípio da precaução, á minguia de estudos técnicos que arrimassem a decisão.

Em casos como os tais, nos parece que anda mal o controle judicial que a pretexto de realizar o exame da legalidade do ato realiza verdadeira atividade substitutiva da Administração Pública, que costuma adotar conhecimento técnico para avaliação dos estudos apresentados, que se presume próprio do órgão licenciador e alheio a idoneidade do órgão jurisdicional.

²⁶ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. AC 2003.40.00.005451-0/PI, Quinta Turma, Rel: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Brasília, DF, 28 de março de 2008 Disponível em www.trf1.jus.br

CONCLUSÃO

Nada obstante a doutrina seja assente no sentido de que compete aos órgãos estatais ambientais a definição dos estudos a serem apresentados por força do procedimento de licenciamento ambiental, a jurisprudência é vacilante entre admitir ou não a intervenção judicial na definição dos estudos ambientais a serem apresentados pelo empreendedor por ocasião do licenciamento (se mais complexos- estudo de impacto ambiental – EIA/RIMA ou mais simples como um PCA- Plano de Controle Ambiental), bem assim quanto ao mérito da avaliação realizada pelo órgão ambiental sobre os mesmos, afastando na maioria das vezes juízos técnicos para fins de aplicação do princípio da prevenção, sem que tenha ocorrido a realização de contra-provas ou contra-estudos aos apresentados por ocasião do licenciamento.

Sob tal perspectiva e diante da impossibilidade de caracterização do procedimento de licenciamento ambiental, e conseqüente exigência dos estudos ambientais pertinentes, como ato vinculado, em que medida o Poder Judiciário poderá exercer o controle de tais atividades?

Com efeito, com base nas ponderações realizadas ao longo do presente trabalho devemos concluir, que a competência discricionária da Administração não é absoluta, podendo sim ser controlada, em alguns aspectos, pelo Poder Judiciário, notadamente quanto os elementos ditos vinculados do ato, como competência para o licenciamento ambiental, finalidade na sua dimensão estrita e obediência a forma do procedimento e conteúdos dos estudos a serem apresentados.

No tocante especificamente ao EIA frente ao procedimento de licenciamento ambiental, há que se considerar a aprovação deste, pressuposto indeclinável daquele (motivo) influenciando assim no mérito da decisão administrativa, que deverá utilizar-se do mesmo para imprimir confiabilidade a solução tomada

Também a larga utilização de conceitos jurídicos indeterminados não confere carta branca ao administrador para emissão de juízos de valor dissociados dos resultados apresentados, e assim insustentáveis do ponto de vista ambiental.

Neste ponto a classificação dos conceitos em técnicos, de experiência ou empíricos e de valor, realizada pela doutrina, imprime importante norte ao controle judicial dos juízos emitidos pela Administração, quando da interpretação ou colmatação de tais conceitos.

Assim, ainda que por vezes ocorra uma intromissão das decisões judiciais no mérito administrativo outorgado ao órgão ambiental licenciador, quando da exigência e análise dos estudos ambientais apresentados no âmbito do procedimento de licenciamento ambiental, anda bem a jurisprudência nacional, a, na dúvida, optar pelo princípio da precaução, visto que o meio ambiente não admite intervenções tardias. Todavia é patente a necessidade de maior especialização do judiciário na matéria, que como visto não se resume a simples aplicação restrita da lei, não se podendo considerar também o Poder Público, a quem compete igualmente o dever de proteção do meio ambiente, mediante seus órgãos ambientais, irracional carimbador de licenças ambientais, em busca tão somente do desenvolvimento a qualquer custo, máxime tendo em vista que o EIA é um eficaz mecanismo de controle da discricionariedade da Administração Pública na seara ambiental, imprimindo a mesma caráter técnico, que só deverá ser afastado no âmbito judicial mediante satisfativa contra-prova pericial.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7 ed, rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BENJAMIM, Antônio Herman V. e MILARÉ, Edis. **Estudo prévio de impacto ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Revista Forense, n.317, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**.-20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1999.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Hipóteses de exigibilidade de estudo de impacto ambiental. **Revista de Direitos Difusos**, vol. 35, 2006.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Direito administrativo e meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 1993.

GRECO, Leonardo. Competências Constitucionais em Matéria Ambiental. **Revista dos Tribunais**, vol. 687, 1993.

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

LOVATO, Marcos Luiz. O poder discricionário da Administração Pública na Política Nacional do Meio Ambiente: o problema do licenciamento ambiental. **Revista Disc. Jur. Campo Mourão**, v. 4, n.1, p.124-140, jan/jul.2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 7. ed. São Paulo. Malheiros, 1997.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 4. ed. rev. e atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Impacto ambiental, aspectos da legislação brasileira**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.

MORAIS, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIn 1.086-7/SC- j. 1.8.1994- v.u.- rel Min Ilmar Galvão. Disponível em: <WWW.stf.jus.br>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 700012795845. Terceira Câmara Cível. Relatora: Des. Matilde Chabar Maia. Porto Alegre, RS, 08 de junho de 2006. Disponível em: <WWW.tj.rs.jus.br>

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Apelação Cível 2003.40.00.005451-0/PI, Quinta Turma. Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Brasília, DF, 28 de março de 2008. Disponível em: <WWW.trf1.jus.br>