



ANA CECÍLIA COSTA SILVA DE OMENA

CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL: UMA
ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre)
Na área de Ciências Jurídico-Políticas, Menção em Direito Administrativo,
sob a orientação do Professor Doutor Pedro António Pimenta Costa Gonçalves.

Julho - 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



ANA CECÍLIA COSTA SILVA DE OMENA

**CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE DA
DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

*JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE DISCRETION IN THE
ENVIRONMENTAL LICENSING: AN ANALYSIS OF THE TECHNICAL
DISCRETION IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM*

*Dissertação de Mestrado na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Políticas
/Menção em Direito Administrativo, apresentada
à Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra
Orientador: Professor Doutor Pedro António
Pimenta Costa Gonçalves*

Coimbra, 2017

A meus pais, constantes estimuladores
de meus sonhos, com carinho.

Para Bernardino, meu amor, que torna
todos os meus dias especiais.

RESUMO

O controle judicial dos atos administrativos envolvendo conceitos jurídicos indeterminados, vocábulos dotados de vagueza e fluidez, é matéria, apesar de bastante debatida pelos estudiosos do Direito, não possui uniformidade, variando de acordo com o país de origem e recepção interna. O Brasil recebeu influências de doutrinas estrangeiras, compatibilizando-as com a realidade e evolução de sua ordem jurídica. Examina-se as teorias envolvendo a discricionariedade administrativa e sua relação com os conceitos jurídicos indeterminados, identificando os elementos nucleares desse fenômeno. No campo da ecologia, onde os riscos ultrapassam fronteiras e gerações, é fundamental que a ambiguidade legislativa não implique em insegurança jurídica. A falta de especialização dos magistrados não justifica uma abstenção nas lides envolvendo os cidadãos e a Administração Pública. O licenciamento ambiental é instrumento indispensável para a proteção e garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, possuindo características de um estudo predominantemente técnico e preciso, em constante desenvolvimento. Procura-se analisar, a partir da natureza jurídica da licença ambiental, como o Poder Judiciário vem exercendo o controle jurisdicional dos atos administrativos, dotados de conceitos eminentemente técnicos. Examinando tratar-se da chamada “discricionariedade técnica”, busca-se estabelecer critérios adequados para o seu efetivo controle, observando a manutenção do equilíbrio entre os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação dos poderes. Por fim, após pesquisa jurisprudencial, será possível identificar como a proteção ao meio ambiente está sendo compatibilizada com os interesses públicos e dos particulares.

Palavras-chave: Controle jurisdicional; Discricionariedade administrativa; Discricionariedade técnica; Conceitos jurídicos indeterminados; Licenciamento ambiental.

ABSTRACT

The judicial control of administrative acts involving indeterminate legal concepts, vocabulary with vagueness and fluidity, despite fairly debated by scholars of law, lacks uniformity, varying according to the country of origin and reception. Brazil received influences from foreign doctrines, aligning them with the reality and evolution of its legal order. The theories involving the administrative discretion and its relationship with the indeterminate legal concepts are examined, identifying the nuclear elements of this phenomenon. In the field of ecology, where the risks go beyond borders and generations, it is essential that the legislative ambiguity does not involve in legal uncertainty. The lack of expertise of the judges does not justify an abstention in the deal involving citizens and the public administration. The environmental licensing is an indispensable instrument for the protection and guarantee of an ecologically balanced environment, with characteristics of a predominantly technical and accurate study, in constant development. It tries to analyze, from the legal nature of the environmental license, how the Judiciary is exercising judicial control of administrative acts with highly technical concepts, examining what is called "technical discretion", seeking to establish appropriate criteria for your effective control, the maintenance of the balance between the principles of inafastabilidade of judicial protection and of the separation of powers. Finally, after judicial search, you can identify how the protection of the environment is being matched with public and private interests.

Keywords: Jurisdictional control; Administrative discretion; Technical discretion; Indeterminate legal concepts; Environmental licensing.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AgRg na MC – Agravo Regimental na Medida Cautelar

AgRg no RMS – Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente

EDcl no AgRg no Ag – Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento

EIA/RIMA – Estudo de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental

EREsp – Embargos de Divergência no Recurso Especial

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

MS – Mandado de Segurança

REsp – Recurso Especial

STA – Suspensão de Tutela Antecipada

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

ÍNDICE

I. INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	12
1.1 A evolução da concepção de discricionariedade administrativa no Estado Moderno e a necessidade de seu redimensionamento na perspectiva do Estado Democrático de Direito	12
1.2 Constitucionalização do Direito e sua repercussão no Direito Administrativo	19
1.3 Legalidade e discricionariedade: o papel dos princípios no Direito Administrativo e na limitação à Discricionariedade Administrativa	21
1.4 Elementos nucleares do conceito de Discricionariedade Administrativa	24
1.5 Justificação da Discricionariedade Administrativa	29
1.6 Discricionariedade Administrativa e Conceitos Jurídicos Indeterminados	31
1.6.1 A teoria dos Conceitos Jurídicos Indeterminados: origem e desenvolvimento no Direito europeu	32
1.6.2 Recepção no Brasil da Teoria dos Conceitos Jurídicos Indeterminados	40
1.6.3 Conceitos Jurídicos Indeterminados e a atribuição de discricionariedade	47
1.7 Discricionariedade Técnica: origens da concepção de discricionariedade técnica e tratamento do tema na doutrina brasileira	50
CAPÍTULO II – DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE	58
2.1 Direito fundamental ao meio ambiente – breve histórico	58
2.2 Proteção do meio ambiente como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988	60
2.3 Os conceitos jurídicos indeterminados nas leis ambientais e sua interpretação axiologicamente adequada.	62
2.4 Natureza jurídica da licença ambiental: ato vinculado ou discricionário	64

2.5 Licenciamento e licença ambiental.....	68
CAPÍTULO III – CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA E LICENCIAMENTO AMBIENTAL.....	71
3.1 Considerações preliminares sobre o Controle Jurisdicional da Administração Pública.....	71
3.2 Limites da discricionariedade e controle pelo Poder Judiciário	72
3.3 Inafastabilidade da tutela jurisdicional e separação de poderes.....	75
3.4 Discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados – parâmetros para um controle juridicamente adequado	77
3.5 Controle jurisdicional da discricionariedade técnica e licenciamento ambiental..	80
3.6 Orientação predominante da jurisprudência brasileira	85
II. CONSIDERAÇÕES FINAIS	94
III. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	98
IV. JURISPRUDÊNCIA	105

I. INTRODUÇÃO

O propósito do presente trabalho é contribuir com a compreensão do fenômeno da discricionariedade administrativa e seu devido controle por parte dos tribunais. Embora seja possível encontrar diversos estudos sobre o tema da discricionariedade, considerado um dos mais importantes do Direito Administrativo, a multiplicidade de teorias e linhas específicas de análise dificultam a exata compreensão dos reais problemas.

Tratando-se da legislação ambiental brasileira, onde as condições materiais que devem orientar a atuação administrativa derivam de várias fontes sublegais, é ainda mais difícil identificar critérios jurídicos para o controle adequado do licenciamento ambiental, um dos maiores instrumentos de garantia e efetivação de um ambiente protegido contra danos, causados pelas atividades e empreendimentos humanos.

Tal procedimento, geralmente, envolve atividades em constante evolução, contém critérios científicos de natureza eminentemente técnica, prejudicando a análise pelo magistrado, que precisa sempre recorrer a peritos para fundamentar sua decisão. Contudo, não cabe ao Poder Judiciário imiscuir-se do controle dos atos administrativos eivados de ilegalidade, sob a alegação de desconhecimento da matéria. É preciso garantir a segurança jurídica dos administrados e a proteção efetiva do espaço ecológico.

Fixado o objeto da dissertação, apresenta-se uma síntese do modo pelo qual a matéria será tratada, obedecendo uma ordem de exposição com coerência lógica. O estudo é dividido em três capítulos. No primeiro, é abordada a concepção de discricionariedade no âmbito da Administração Pública, averiguando sua evolução no Estado Moderno e a necessidade de seu redimensionamento na perspectiva do Estado Democrático de Direito. Examina-se o papel dos princípios no Direito Administrativo e na limitação à discricionariedade administrativa, buscando definir seus elementos nucleares.

Fez-se imprescindível analisar a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, sua origem e desenvolvimento no Direito europeu, para o correto entendimento do fenômeno no Brasil, o qual, adaptou as influências doutrinárias recebidas à sua realidade fática. Originada da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, verifica-se a existência da chamada discricionariedade técnica e sua possível aplicação às atividades eminentemente técnicas e especiais da Administração Pública.

O capítulo dois é centrado na proteção do meio ambiente como um direito fundamental e na licença ambiental como instrumento preventivo de danos. Tem a finalidade de demonstrar a importância da interpretação axiologicamente adequada dos conceitos jurídicos indeterminados, contidos na legislação ambiental, para a possibilidade de um controle efetivo dos atos administrativos eivados de ilegalidades.

O último capítulo é destinado a considerações preliminares a respeito do controle jurisdicional da Administração Pública, observando a compatibilização entre os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação de poderes. Este capítulo também é composto por uma pesquisa jurisprudencial, de onde se extrairá conclusões acerca do tratamento, no Brasil, da discricionariedade técnica relacionada à proteção e licenciamento ambiental.

CAPÍTULO I – DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 A evolução da concepção de discricionariedade administrativa no Estado Moderno e a necessidade de seu redimensionamento na perspectiva do Estado Democrático de Direito

A Administração Pública pode ser entendida, em sentido formal, como o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo, e, em sentido material, como o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos, visando à satisfação das necessidades coletivas.¹ Entretanto, essa ideia de Administração somente se estruturou com a solidificação do conceito de Estado Democrático de Direito, onde o respeito pelos princípios da legalidade, igualdade e separação dos poderes foram compatibilizados com o interesse social.

Inicialmente, para melhor compreensão do tema, faz-se necessário traçar a evolução da discricionariedade administrativa nas diferentes etapas do Estado Moderno, verificando seu tratamento em paralelo ao princípio da legalidade.

Importante observar que, a maneira como a legalidade é tratada vai influenciar diretamente na discricionariedade administrativa, porquanto, quando a lei está inserida dentro de um sistema lógico-jurídico sem qualquer conteúdo axiológico, a discricionariedade administrativa resultará mais forte. Por outro lado, sendo acrescentadas considerações axiológicas à lei formal, amplia-se a possibilidade de controle judicial enfraquecendo a discricionariedade administrativa.²

O Estado de Polícia é a primeira fase do Estado moderno, iniciada na época do Renascimento, no Século XVI, com o surgimento das monarquias absolutistas na Europa ocidental. Sob o domínio dos monarcas negou-se a responsabilidade do Estado, secularizada nas expressões “The King can do no wrong”, para os ingleses, e “Le roi ne peut mal faire”, para os franceses.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 65.

² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 2.

As ideias centrais que caracterizaram esse período eram soberania e polícia. A Administração Pública não estava vinculada a qualquer tipo de norma que limitasse sua atividade, à exceção daquela emanada do imperador. Havia uma espécie de arbitrariedade, no sentido de ausência de limitações legais, não era uma decisão injusta, contudo, sua essência era desprovida de qualquer motivação.³

No regime do Estado de Polícia existe para os governantes um poder que não estava ligado à observância de normas jurídicas: havia liberdade para assumir sempre novos fins, novos objetivos, e realizá-los para a prosperidade da comunidade.⁴ Destarte, o Estado, como pessoa jurídica, continuava isento de responsabilidade por seus atos, impossibilitando aos cidadãos a defesa dos seus direitos judicialmente.

Um período marcado por abusos e incertezas ocasionou a necessidade de limites para garantir a segurança jurídica e política dos indivíduos, passando, então, para o segundo momento do Estado Moderno, o Estado de Direito. Constituído consoante os princípios da legalidade, igualdade e separação de poderes, o Estado de Direito, em sua fase liberal, foi marcado pelas garantias de liberdade dos cidadãos. Ao Estado atribuiu-se apenas o encargo de proteger a propriedade e a liberdade dos indivíduos, conforme se extrai dos artigos 2º e 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

O advento do Estado de Direito trouxe profundas transformações nas ideias políticas que eram juridicamente aceitas. Nada semelhante ao direito administrativo como hoje concebemos existiu antes da submissão do Estado à ordem jurídica. É o direito que disciplina e regula as relações entre a Administração e os administrados, mantendo a conduta do Estado adstrita às disposições legais, dentro do espírito protetor dos cidadãos contra os excessos dos detentores do Poder. O direito administrativo é, por excelência, o Direito defensivo do cidadão, só concebível a partir do Estado de Direito, uma vez que, instrumenta e arma o administrado para defender-se do uso desatado do Poder, não olvidando as hipóteses em que os interesses individuais devem ser preteridos em prol dos projetos de toda comunidade.⁵

Queiró se reporta a direito subjetivo e poder discricionário como conceitos antitéticos. Onde há direito a determinado comportamento da administração cessa para esta

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 6-7.

⁴ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo, nº 6, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1946. p. 42.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 40.

o poder discricionário. O Estado de Direito, ao mesmo tempo que trouxe garantias aos particulares relativamente ao agir da Administração, reduziu, na mesma medida, as faculdades discricionárias desta.⁶

A busca da justiça material para o cidadão através de técnicas específicas caracteriza o verdadeiro Estado de Direito. O Estado se comporta em relação aos particulares na forma do direito, ligado pelas normas jurídicas, consagrando o princípio da legalidade como sua característica e essência.⁷ Nesta etapa, referido princípio era entendido de forma mais literal: à Administração Pública caberia a atuação concreta da vontade da lei, podendo fazer tudo aquilo que a lei expressamente determinasse, como também, tudo aquilo que a lei não proibisse.⁸ Portanto, algumas atividades desempenhadas pela Administração estavam isentas de qualquer vinculação à norma jurídica e, conseqüentemente, controle judicial.

O papel do Estado era essencialmente negativo, pois ele não devia ofender os direitos e liberdades inalienáveis do indivíduo, nem intervir na ordem social e economia. A vontade do rei como fonte de todo o Direito foi substituída pela lei como resultante da vontade geral. Tirou-se do Poder Executivo a capacidade de editar leis, adotando-se o princípio da separação dos poderes. Assim, o poder só é exercido de forma legítima quando proveniente da lei.⁹

Historicamente, a subordinação da Administração ao Direito, decorrente do princípio da legalidade, fundamentava-se em duas ideias principais: a separação de poderes, sob inspiração de Montesquieu, e a concepção da lei como expressão da vontade geral, sob inspiração de Rousseau.¹⁰ A Administração resumia-se a uma função essencialmente executiva, encontrava na lei o fundamento e o limite de sua atividade.

A vertente de pensamento de Montesquieu afirmava que todo detentor do Poder tende a dele abusar e que o Poder vai até onde encontra limites. Logo, como solução, cumpre fracioná-lo para que suas parcelas se contenham reciprocamente. Em paralelo, a concepção de Rousseau assentava toda sua visão de Estado no princípio de que todos os homens são

⁶ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo, nº 6, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1946. p. 42.

⁷ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo, nº 6, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1946. p. 44.

⁸ TOURINHO, Rita. **A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da Discricionariedade Administrativa**. GARCIA, Emerson (COORD.) **Discricionariedade Administrativa**. 2ª edição. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 83.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 6-7.

¹⁰ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 19.

iguais e nascem livres, e, como decorrência disso, a soberania popular e a democracia representativa. O Poder era havido como residente no povo, nos vários membros da coletividade e não mais como de origem divina ou como resultado de um mero fato.¹¹

A discricionariedade administrativa, no Estado Liberal, era tratada como um tipo de atividade administrativa que não admitia controle judicial, era um poder político, não jurídico. Resquício das monarquias absolutas, continuou-se a reconhecer à Administração Pública uma esfera de atuação livre de vinculação à lei e livre de qualquer controle pelo Judiciário.¹²

Em verdade, a concepção de vinculação negativa a lei foi a fórmula encontrada pelos detentores de poder para manter um amplo espaço de discricionariedade, compatibilizando-a com a ideia de legalidade. Sem embargo do monopólio exercido pelo Estado, era patente sua impotência diante dos problemas e conflitos coletivos. A ausência de intervenção do governo trouxe consequências desastrosas para a sociedade, parcelas de indivíduos poderosos ascendiam socialmente, em detrimento das classes menos favorecidas, que permaneciam na miséria e ignorância.

Evolui-se, então, para a concepção de Estado Social de Direito, onde, ao Estado é designada a missão de atuar ativamente na ordem econômica e social como forma de garantir a igualdade e ajudar o proletariado.¹³

No Pós Segunda Guerra Mundial, a preocupação maior descola-se da liberdade para a busca de uma igualdade entre os homens. Consolida-se a ideia dos interesses públicos com supremacia sobre os individuais, o que atualmente serve de fundamento para todo o direito administrativo.

O declínio do liberalismo econômico provocou uma evolução política que conduziu a um aumento considerável das tarefas públicas. A concepção de interesse geral modificou-se profundamente a partir do século XIX, com as revoluções técnicas e científicas. As mudanças que se sucederam em ritmo acelerado exigiam que as possibilidades oferecidas à coletividade não fossem negligenciadas, assim, ao Estado cabia a realização de tarefas antes

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 41-42.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 14.

¹³ TOURINHO, Rita. **A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da Discricionariedade Administrativa**. GARCIA, Emerson (COORD.) **Discricionariedade Administrativa**. 2ª edição. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 83.

relegadas apenas aos particulares, quer porque não eram rentáveis a iniciativa privada ou não se prestavam ao jogo da concorrência.¹⁴

O princípio da legalidade adquire novo sentido, a vinculação à lei abrange toda a atividade administrativa, a Administração Pública somente pode fazer aquilo que a lei permite; por conseguinte, a discricionariedade caracteriza-se como um poder limitado pela lei. Não mais se pressupõe a igualdade entre os homens e cabe ao Estado a função de obter essa igualdade.

A própria natureza da atividade da Administração modifica-se. A ela não cabe apenas gerir o presente, mas preparar o futuro para as próximas gerações. Frustrado pela experiência da liberdade, o homem demanda do Estado uma maior proteção e salvaguarda da sua segurança.¹⁵

Pode-se verificar duas tendências preponderantes a partir da instauração do Estado Social de Direito: a socialização e o fortalecimento do Poder Executivo.¹⁶ A socialização desponta em substituição ao individualismo do período do Estado Liberal, constitui a preocupação com o bem comum. O direito administrativo deixou de englobar somente normas garantidoras das liberdades individuais para abranger preceitos disciplinadores de toda a Administração Pública, incluindo direitos sociais e econômicos.

Inúmeras funções foram acrescentadas ao Poder Executivo, que deixou de ser mero executor das normas produzidas pelo Legislativo e passou a exercer atribuições normativas através de decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos. O princípio da separação dos poderes perde sua forma rígida original.

O Estado Social de Direito representou um grande progresso ao colocar o funcionamento da Administração Pública sob o abrigo da lei. Fora desse círculo de atuação definido pela norma jurídica não é possível a atividade da Administração. Não obstante, perdeu muito de sua força a questão da concepção de lei como manifestação da vontade geral dos cidadãos e instrumento de garantia dos direitos fundamentais, na medida em que deixou de ser editada, exclusivamente, pelo Poder Legislativo, o qual assumiu uma posição de relativa dependência do Poder Executivo.¹⁷

¹⁴ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 30-31.

¹⁵ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 31.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 18.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 25.

Vieira de Andrade assevera que a lei, com a intenção de satisfazer todas as necessidades e os inúmeros apetites de intervenção social, acaba por banalizar-se, perdendo seu caráter de “regra fundamental” e de “verdade racional e permanente” para estabelecer um “equilíbrio momentâneo” de interesses.¹⁸ A norma jurídica deixa de ter unicamente a defesa de direitos e liberdades do cidadão perante o governo para abranger, também, os anseios e exigências da população tidos como necessidades coletivas, que devem ser satisfeitas pela Administração.

Os ideais positivistas de identificação quase plena do direito com a lei representaram fortemente essa época marcada pela ausência de juízos de valor. Entretanto, mesmo com esse regime de legalidade estrita, o que se observou foi o surgimento de ditaduras e governos autoritários sob a capa desse modelo político, tanto no continente europeu, como no Brasil no período do Estado Novo. Percebeu-se que a adoção desse regime poderia justificar atos bárbaros e arbitrariedades, em razão da preocupação com a forma do direito e não com seu conteúdo.

Caminhou-se, então, no sentido de acrescentar valores morais e éticos ao direito, promovendo uma efetiva participação popular na coisa pública. O elemento “Democracia” é incorporado a esse período como forma de atuação concreta e determinante do povo no processo político de decisões e controle da Administração Pública.

O Estado Democrático de Direito funda-se no princípio da soberania popular, visando realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana¹⁹, impondo a participação ativa e atuante do povo na coisa pública.

A concepção de Estado Democrático de Direito foi seguida, dentre outras, pela Constituição da República Portuguesa de 1976, pela Constituição Espanhola de 1978 e pela Constituição Alemã de 1949. A Constituição Brasileira de 1988 acolheu, em seu art.1º, um conceito fundamental do regime adotado, afirmando que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político.

¹⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Lições de Direito Administrativo**. 4ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015. p. 23.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 117.

A Constituição Portuguesa de 1976, que muito inspirou a Constituição brasileira de 1988, em seu art. 2º, consolida o Estado Democrático de Direito baseado na soberania popular, no respeito e na garantia de expressão e organização política democrática, submetendo a Administração Pública ao princípio da prossecução do interesse público e respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos do cidadão.

O Estado Democrático de Direito congrega os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como uma despreziosa reunião formal de seus elementos. Em verdade, revela um conceito novo que os supera, incorporando um ingrediente revolucionário de transformação ao sistema vigente.²⁰ A lei tem sentido formal pelo fato de emanar do Poder Legislativo, ressalvadas algumas hipóteses previstas na lei maior; e sentido material, uma vez que lhe cabe a realização dos princípios fundamentais consagrados na Constituição.²¹

A Administração Pública, neste período, também orientada para o atendimento do interesse público, requer alguma flexibilidade na perquirição do fim coletivo, em permanente transformação, e precisará atuar sujeitando-se ao princípio da legalidade e todos os demais princípios que regulam o Direito Administrativo. Assim, a esta altura, a discricionariedade aparece como elemento essencial à atividade administrativa, que deverá considerar do mesmo modo os demais princípios regentes da Administração Pública no desempenho de suas tarefas.²²

A função principal do Estado Democrático de Direito traduz-se em debelar as desigualdades sociais e regionais, estabelecendo um regime democrático que realize a justiça social. O princípio da legalidade, também considerado princípio estrutural do Estado Democrático de Direito, é entendido como sujeição ao império da lei que materialize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais.²³

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 119.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 29.

²² TOURINHO, Rita. **A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da Discricionariedade Administrativa**. GARCIA, Emerson (COORD.) **Discricionariedade Administrativa**. 2ª edição. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 84.

²³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 122.

1.2 Constitucionalização do Direito e sua repercussão no Direito Administrativo

Examinada a evolução do que se entende por discricionariedade administrativa nas distintas etapas do Estado Moderno e demonstradas as bases teóricas principais do novo modelo institucional, o Estado Democrático de Direito, cumpre-se desenvolver a questão da constitucionalização do Direito e suas repercussões no Direito Administrativo do continente europeu e do Brasil.

Conforme abordado no tópico anterior, o Estado de Direito se consolida na Europa ao longo do século XIX, com a adoção dos ideais da Revolução Francesa atinentes à separação dos poderes e à proteção dos direitos individuais. A partir do término da 2ª Guerra Mundial, prospera o Estado Constitucional de Direito, tendo como característica basilar a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida.

A Constituição passou a ser vista como norma jurídica autêntica, tanto por seus aplicadores, como pelos seus destinatários, influenciando nas instituições contemporâneas com os valores de constitucionalismo e democracia. Na Europa continental, a reconstitucionalização da Itália em 1947 e da Alemanha em 1949 marcam a origem do novo Direito Constitucional.

No Brasil, esse fenômeno teve início na circunstância da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988, com o renascimento do Direito Constitucional. A Carta de 1988, ainda irradiando seus efeitos nos dias atuais, tem muito contribuído para propiciar o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país.

Três mudanças de paradigma foram consideradas decisivas para o advento do constitucionalismo ocidental, quais sejam: a) o reconhecimento da força normativa da Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) a reelaboração doutrinária da interpretação constitucional.²⁴

Depreende-se do princípio da força normativa da Constituição, que, na aplicação das normas constitucionais, deve-se conferir a sua máxima efetividade. Até meados do século passado, vigorou nos países de tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil, o

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 9.

modelo no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos, desprovido de qualquer eficácia normativa.

A partir da década de 50 do século passado, na Alemanha, esse panorama começou a se alterar, estendendo-se a outros países da Europa. No Brasil, somente foi se desenvolver na década de 80, se consolidando como a vigência da Constituição de 1988. Atualmente, é intrínseco à constitucionalização do direito o reconhecimento da imperatividade e caráter vinculativo das normas constitucionais, e sua inobservância gera direitos à utilização de mecanismos próprios de cumprimento forçado.

No tocante à expansão da jurisdição constitucional, um novo sistema tomou corpo no contexto da constitucionalização do Direito. Trata-se da ideia da supremacia da Constituição em detrimento do sistema de soberania do Poder Legislativo, vigente na Europa, até o fim da Segunda Guerra Mundial. Esse quadro foi gradualmente modificado, com a instalação de Tribunais Constitucionais em 1951 na Alemanha e em 1956 na Itália, irradiando posteriormente por vários países da Europa continental, fato que possibilitou a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos pelo Poder Judiciário.

No Brasil, a jurisdição constitucional, somente expandiu-se profundamente a partir da Constituição 1988 com a ampliação do rol de legitimados para a propositura de ações de controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal. Cumpre observar que, em molde incidental, o controle de constitucionalidade já aparecia desde a Constituição republicana de 1891.

Por fim, com a consolidação do constitucionalismo democrático e normativo, a interpretação constitucional sofreu uma reelaboração doutrinária. Ao longo do tempo, foram desenvolvidos uma série de princípios próprios da interpretação constitucional, acrescentando-se novas perspectivas de interpretação em conjunto com os elementos tradicionais.

Significa dizer que a especificidade das normas constitucionais exigia soluções cada vez mais complexas, envolvendo, muitas vezes a atribuição de sentido a conceitos jurídicos indeterminados, a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.²⁵

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 14.

A noção tradicional de discricionariedade administrativa passa por uma redefinição em função da normatividade decorrente dessa principiologia constitucional, ela deixa de ser um espaço de liberdade decisória para ser alcançada como um campo de ponderações proporcionais e razoáveis entre os distintos bens e interesses jurídicos observados na Lei Maior.²⁶

1.3 Legalidade e discricionariedade: o papel dos princípios no Direito Administrativo e na limitação à Discricionariedade Administrativa

Os princípios gerais informadores do direito administrativo possuem grande importância na caracterização de seu regime jurídico, sobretudo, devido à flexibilidade e constante mutabilidade das leis administrativas para o atendimento do interesse público, constantemente dotado de dinamicidade.²⁷

A mudança da Constituição para o centro do ordenamento jurídico propiciou a absorção dos princípios e regras nela previstos pela atividade administrativa, transformando a legalidade em juridicidade administrativa. A lei deixa de representar o fundamento exclusivo de atuação da Administração Pública para, agora, configurar no rol dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição.

A constitucionalização do direito administrativo é justamente essa inclusão dos princípios da administração pública dentro da Constituição, os principais institutos do direito administrativo dela retiram fundamento. O direito administrativo nasceu junto com o constitucionalismo. Em seu desenvolvimento, nunca se afastou do direito constitucional, seja no sistema europeu-continental, seja no sistema da *common law*.²⁸

Na Constituição brasileira, além dos princípios gerais constantes na parte introdutória, vários outros dispositivos sistematizam preocupação com valores a serem considerados pela Administração Pública no desempenho da função administrativa. Já analisamos que esta não se encontra mais submetida apenas à lei em sentido formal, mas a

²⁶ BINENBOJM, Gustavo. **A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos**. BARROSO, Luís Roberto (ORG.) **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 527.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 156.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 39.

todo um sistema de direitos fundamentais e ao princípio democrático, tal como delineados pela Lei Maior.

Todos esses valores devem ser observados pelos magistrados, pelos legisladores e pelos administradores públicos, lei que os contrarie será dotada de inconstitucionalidade; atuam como limites a discricionariedade administrativa, passíveis de revisão pelo Poder Judiciário se ultrapassados. A discricionariedade administrativa configura um poder jurídico, não sofrendo limitações apenas pela lei, mas por toda ideia de justiça, com os valores que lhe são intrínsecos.²⁹

As várias Constituições portuguesas sempre foram fonte de direito administrativo, sobretudo a Constituição da República Portuguesa de 1976, ao conferir à Administração bastante atenção constitucional. Dentre as várias disposições, o art. 266 refere-se aos princípios constitucionais da atividade administrativa material estatuidos que “a Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”, estando seus órgãos e agentes administrativos subordinados à Constituição e à lei e devendo atuar, no “exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”.

Princípio é verdadeiro alicerce de um sistema, seu mandamento nuclear, “disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.³⁰ A violação de um princípio implica desatenção a todo um sistema de comando, não apenas em relação a mandamento obrigatório, sendo, portanto, mais grave violar um princípio que transgredir uma regra.

Observa-se que o princípio do interesse público é o motor da Administração Pública. Ela existe, atua e funciona intencionando o interesse público como seu único fim. Entretanto, a Administração deve operar dentro de certos limites, com respeito por determinados valores

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 38.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 842.

e parâmetros fixados para a sua atuação, ou seja, deve obediência ao princípio da legalidade e seus corolários.³¹

Dentro dos contornos determinados para seu desempenho, a Administração Pública desfruta de uma certa margem de liberdade, concedida deliberadamente pelo legislador no intuito de que esta escolha o comportamento mais adequado para a realização de um determinado fim público, o que corresponde àquilo que se denomina de poder discricionário. Não se deve confundir o poder discricionário com toda e qualquer margem de imprecisão, ainda que ampla, na formulação dos comandos legais, os chamados conceitos vagos ou conceitos indeterminados, dos quais trataremos nos tópicos seguintes.³²

O alargamento do princípio da legalidade trouxe como decorrência inevitável a diminuição da margem de discricionariedade conferida à Administração. Com a evolução do Estado de Direito, o conceito de lei e legalidade foram ampliados, resultando numa redução na esfera da discricionariedade da Administração Pública. No direito brasileiro, alguns fatores³³ são apontados como favorecedores essa redução, vejamos:

a) contribuição da jurisdição administrativa francesa com a elaboração das teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes;

b) influência do direito alemão, espanhol e, sobretudo, português, na aplicação da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados;

c) inclusão dos atos normativos do Poder Executivo no conceito de legalidade;

d) interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, em decorrência do reconhecimento de um mínimo de efetividade às normas constitucionais que garantem os direitos sociais como essenciais à dignidade da pessoa humana.

Superado o Estado *legal* de Direito, apegado ao positivismo jurídico, melhor afirmar-se que a discricionariedade é a liberdade de ação limitada pelo Direito, e não pela lei. O princípio da legalidade deve ser analisado, não no sentido estrito, concebido pelo positivismo jurídico, mas no sentido amplo que abarca os princípios que estão no alicerce do sistema jurídico vigente.³⁴

³¹ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo – Vol. II.** 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2016. p. 32.

³² QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Os limites do Poder Discricionário das autoridades administrativas.** Revista de Direito Administrativo, n° 97, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1969. p. 2.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.** 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 40.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.** 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 162.

Rivero, tratando do poder discricionário, acentua que as exigências da legalidade não se estendem a todos os elementos da atividade administrativa, porquanto reduziria o papel da Administração à elaboração mecânica dos atos impostos aos particulares, seria uma função puramente passiva, pois toda diligência lhe estaria proibida. O poder discricionário deixa subsistir a favor da Administração uma zona de liberdade de apreciação no exercício da sua competência.³⁵

A noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não possibilita tratar tecnicamente os atos vinculados e os atos discricionários como conceitos puramente antagônicos, mas fala-se em distintos graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.³⁶ A sujeição dos agentes administrativos aos conceitos empregados nas leis apresenta uma variação meramente gradual, assim, ato vinculado e ato discricionário possuem natureza semelhantes.

É imprescindível haver certo equilíbrio entre o poder discricionário e o poder vinculado. A administração necessita adaptar-se constantemente às circunstâncias particulares e mutáveis que as leis não conseguem acompanhar, não sendo adequada uma generalização da competência vinculada. Ao contrário, uma Administração largamente discricionária não ofereceria aos administrados qualquer estabilidade.³⁷

1.4 Elementos nucleares do conceito de Discricionariedade Administrativa

No Estado Democrático de Direito, regido pelo princípio da legalidade, todos os atos da Administração Pública estão previstos nas normas jurídicas, de modo que sua atuação confere segurança aos particulares contra os possíveis abusos e arbitrariedades. De acordo com a lei, a Administração é dotada de prerrogativas que lhe conferem supremacia em relação aos administrados e exerce esses poderes, na busca da satisfação do interesse público.

Com efeito, a lei não regula sempre do mesmo modo os atos a serem praticados pelas autoridades. Em alguns casos a Administração poderá determinar, ela própria, as escolhas que deve fazer, e em outras situações a regulamentação da atividade administrativa é precisa

³⁵ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 94.

³⁶ BINENBOJM, Gustavo. **A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos**. BARROSO, Luís Roberto (ORG.) **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 528.

³⁷ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 94.

em detalhes, com todas as especificações; temos, portanto, atos discricionários e atos vinculados, duas formas específicas pelas quais a lei molda a atividade da Administração Pública.

Uma função administrativa é vinculada quando todos os seus aspectos estão definidos pela lei, não deixando espaço de decisão para o administrador. O regramento atinge todas as hipóteses de atuação, estabelecendo que, diante de determinados pressupostos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Gera para o particular um direito *subjetivo* de exigir da autoridade a edição de determinado ato, havendo a possibilidade de correição judicial em caso de descumprimento.

Por outro lado, o poder discricionário se manifesta sempre que a lei deixa alguma margem, oportunidade perante o caso concreto, de forma que o administrador poderá, em todo caso, optar por uma dentre várias escolhas, qualquer delas dentro dos limites da legalidade, estando válidas perante o direito. A seleção entre as alternativas possíveis deve ser apreciada segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça e igualdade.

Alguns elementos nucleares do conceito de discricionariedade, na situação do Estado Democrático de Direito, são apontados pela doutrina e servirão de balizas para a formação de critérios adequados à identificação de limites ao exercício da atividade jurisdicional de revisão dos licenciamentos ambientais.

Freitas do Amaral destaca que na definição desse conceito podem ser adotadas duas perspectivas: a dos atos ou dos poderes da Administração. Analisando sob a perspectiva dos poderes, será ele vinculado quando a lei não remete para o respectivo titular a escolha da solução concreta mais adequada; por outro lado, o exercício do poder discricionário fica cedido à autoridade competente, que possui a faculdade de optar em cada caso pela solução mais ajustada ao interesse público.³⁸

Seguindo a ótica dos atos administrativo, eles são considerados atos vinculados quando praticados no exercício dos poderes vinculados, e discricionários aqueles praticados no exercício de poderes discricionários. Como exemplo dos primeiros, temos o que se sucede no caso dos atos tributários. A lei define a hipótese de incidência do imposto devido de forma precisa e exata, a administração apenas se limita a apurar o montante devido pelo contribuinte realizando operações mecânicas, matemáticas.

³⁸ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo – Vol. II**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2016. p. 67.

Temos ato discricionário nos casos de júris de exame, onde o administrador terá liberdade para apreciar segundo seu critério pessoal o valor das provas dos candidatos, decidindo acerca das admissões na Administração Pública.³⁹ Existe uma margem de autonomia conferida ao examinador para otimização do órgão público.

A discricionariedade não se confunde com a arbitrariedade, adverte Bandeira de Mello, pois ao agir arbitrariamente o agente terá se comportado fora do que prescreve a lei ofendendo a ordem jurídica. Configura-se um ato ilícito, corrigível judicialmente. No entanto, agindo discricionariamente o agente cumpre uma determinação normativa de analisar a melhor forma de satisfação do interesse público, em razão da indeterminação legal no caso concreto.⁴⁰

Um novo espaço jurídico decisório substantivo para a Administração Pública é desenvolvido pela discricionariedade. Neste ambiente, seus agentes atuam conforme a amplitude definida pelo legislador, escolhendo total ou parcialmente, o motivo e o objeto de seus atos, ou ambos, sempre na prossecução do interesse público.⁴¹

Analisando as chamadas faculdades regradas e discricionárias da Administração, Gordillo sublinha que a atividade administrativa deve ser eficaz na realização do interesse público, sendo que, no caso das faculdades discricionárias, essa eficácia é deixada à apreciação do órgão administrativo. Dito de outro modo, a lei permite ao administrador que seja ele o apreciador da oportunidade e conveniência do ato, sempre de acordo com os limites do ordenamento jurídico.⁴²

Bandeira de Mello aplica parâmetros de razoabilidade dentro do que se compreende por discricionariedade, afirmando ser “discricionariedade, portanto, margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando,

³⁹ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 94.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 396.

⁴¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 170.

⁴² GORDILLO, Augustin. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Tomo 1: Parte General**. 11ª edição. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013. p. X-12.

por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”.⁴³

Rivero assevera não existir ato administrativo inteiramente discricionário, compreendido como aquele em relação ao qual a legalidade não impõe qualquer condição à Administração, não estando sujeito a controle judicial. Na França, o Conselho de Estado deixou de admitir a existência de tais atos desde o início do século XX.⁴⁴

Com efeito, não há atos totalmente vinculados, nem atos totalmente discricionários. Os atos administrativos são resultado de combinações de poderes discricionários e vinculados, reunidos em porções variadas. Dessa forma, os atos administrativos são simultaneamente vinculados e discricionários, variando de acordo com o aspecto averiguado.⁴⁵

Observa-se que na substância do ato pode haver mais ou menos discricionariedade, conforme a lei deixe mais ou menos elementos vagos para apreciação pela Administração. Já em relação aos poderes, não lhes são atribuídos diferentes graus, um poder não é mais ou menos discricionário; ou a lei lhe prescreve as condições, ou deixa a Administração livre para atuar.⁴⁶

Vieira de Andrade ressalta que, em razão do princípio da precedência da lei é pacífico que a discricionariedade não designa uma liberdade, mas um espaço decisório resultante de concessão normativa, representando a autonomia do poder administrativo no contexto dos poderes públicos constitucionalmente separados.⁴⁷ O fim do ato administrativo é sempre vinculado, porque propõe-se ao cumprimento do que foi estabelecido pela lei como de interesse público.

Sempre haverá um mínimo de poder discricionário, mesmo nos atos mais vinculados. Nas suas funções públicas, a Administração é livre para tomar as decisões indispensáveis para seu funcionamento, quando achar mais conveniente, de acordo com as balizas legais. Rivero denomina esse acontecimento de “a escolha do momento”.⁴⁸ Trata-se, em verdade,

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 48.

⁴⁴ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 95.

⁴⁵ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo – Vol. II**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2016. p. 68.

⁴⁶ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 95.

⁴⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Lições de Direito Administrativo**. 4ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015. p. 54.

⁴⁸ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 95.

da prática rotineira da Administração, das escolhas peculiares que são feitas no cotidiano para o bom funcionamento da máquina pública.

Entretanto, cumpre observar que, alguns elementos do ato administrativo são sempre vinculados. Em relação ao sujeito, a que a lei atribui competência para a prática do ato e ao fim, que deve ser alcançado com seu exercício, não haverá discricionariedade, pois, como visto, é o legislador que define a finalidade que o ato deve atingir e por quem ele deve ser praticado.

A escolha a ser tomada pelo administrador, como sublinha Freitas do Amaral, não está apenas condicionada pela competência do órgão decisório e pelo fim legal, de maneira que todas as soluções admissíveis em face da lei pareçam indiferentes. Na época atual, percebe-se ser, esta decisão mormente influenciada pelos princípios e regras gerais que vinculam a Administração Pública, tais como igualdade, imparcialidade e proporcionalidade. Assim, o órgão administrativo está “obrigado a encontrar a melhor solução para o interesse público”, demonstrando que “o poder discricionário não é um poder livre, dentro dos limites da lei, mas um *poder jurídico* delimitado pela lei”.⁴⁹

A percepção bastante elementar de que o legislador cria o direito, enquanto o administrador o executa e o juiz exerce controle, não mais encontra espaço na sociedade moderna. Ehrhardt Soares, analisando o princípio da legalidade, pondera que a Administração apesar de continuar ligada a lei, não é um poder subalterno, sua função de preenchimento de *lacunas intralegais* não deve ser entendida como simples aplicação segundo modelos predefinidos de um conteúdo pensado pelo legislador, mas como uma tarefa de intuir o direito da situação concreta, de realização de um pensamento volitivo.⁵⁰

Na discricionariedade, a lei confere ao administrador a liberdade para decidir de acordo com o fim legal e as regras de competência, sempre em busca da melhor solução satisfatória do interesse público e em conformidade com os princípios jurídicos orientadores da Administração.⁵¹

Verifica-se que, doutrinariamente, a questão da discricionariedade administrativa é abordada com ênfase em três aspectos relevantes. Vejamos:

⁴⁹ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo – Vol. II**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2016. p. 70.

⁵⁰ SOARES, Rogério Ehrhardt, **Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva**. Boletim da Faculdade de Direito, nº 57, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1981. p. 189.

⁵¹ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo – Vol. II**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2016. p. 72.

1) margem de liberdade conferida ao agente público pela norma jurídica de textura aberta sempre dentro dos limites por ela impostos;

2) valoração do interesse público, no caso concreto, para mediante análise dos parâmetros projetados pelos princípios gerais do direito e dos critérios de conveniência e oportunidade;

3) insindicabilidade dos critérios de escolha do administrador público, desde que escolhidos conforme as limitações impostas pela ordem jurídica.

Assim, todos os conceitos de discricionariedade administrativa de alguma forma tratam como elementos nucleares, a margem de liberdade de escolha da solução concreta mais adequada, sempre dentro dos limites permitidos pela ordem jurídica, sendo, nesse aspecto, um ato inatacável pela via judicial.

1.5 Justificação da Discricionariedade Administrativa

Analisando sob um enfoque prático, a discricionariedade justifica-se para impedir o automatismo de uma aplicação rigorosa das normas preestabelecidas. O movimento complexo do interesse público demanda flexibilidade de atuação, sendo incompatível com o longo procedimento de elaboração das leis. Ainda, é impossível ao legislador prever todas as situações possíveis de serem enfrentadas pela Administração.⁵²

Estando o legislador numa posição de distanciamento dos problemas intrínsecos da máquina administrativa e das dificuldades, enfrentas hodiernamente pelos cidadãos, é justificável que fique sob reponsabilidade do administrador margem de liberdade para atuar na busca das melhores soluções para o interesse público.

Neste sentido é o pensamento de Queiró, ao afirmar que “a norma é obra de um *legislador*, e seria insensato negar que a este legislador é impossível, material e logicamente impossível, para muitíssimas hipóteses, transmitir ao agente mais do que ordens e enunciar os fatos com conceito de caráter em certa medida vago e incerto, de tal maneira que o agente ao executar essas ordens e interpretar esses conceitos deve fixar-se, devendo agir, em uma dentre várias interpretações possíveis destes últimos”.⁵³

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2003. p. 206.

⁵³ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo, n° 6, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1946. p. 55.

Demonstrando a importância do tema da discricionariedade administrativa, Fernanda Paula Oliveira assinala ser a atualidade da matéria, que vem sendo debatida em várias páginas, durante um longo período de tempo, evidenciada diante das transformações do Estado, notadamente, da configuração e conteúdo da lei, justificando “o impulso crescente da discricionariedade administrativa e de uma nova racionalidade subjacente ao agir da Administração”.⁵⁴

Passando para o exame dos fundamentos jurídicos, o poder discricionário assenta-se no princípio da separação dos poderes e na própria concepção do Estado enquanto prestador e constitutivo de deveres positivos para a Administração, bem como de direitos e interesses legítimos para os particulares, pressupondo uma margem jurídica de autonomia decisória nesta tarefa.⁵⁵

Em obediência ao princípio da separação dos poderes, o legislador tem que deixar uma margem de autonomia à Administração, pois fosse ele a preencher esse espaço discricionário estaria claramente violando o princípio enunciado, desfigurando o regime de poder tripartido.

A medida do poder discricionário de cada ato é inversamente proporcional às exigências relativas a esse ato. A existência do poder discricionário não configura uma divergência do princípio da legalidade. Em verdade, a discricionariedade resulta do fato da legalidade nada impor relativamente a esse aspecto ato.⁵⁶

Na prática de um ato discricionário pela Administração Pública, há o acréscimo de um elemento inovador em relação a lei em que ele se fundamenta. Não é um poder inato, mas derivado da lei, somente será lícito se respeitar os limites por ela impostos. Como dissemos, não representa uma exceção ao princípio da legalidade, só existe poder discricionário subordinado a lei.

⁵⁴ OLIVEIRA, Fernanda Paula. **A discricionariedade de planeamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 83-84.

⁵⁵ CORREIA, Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual no Contratos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 488.

⁵⁶ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 96.

1.6 Discricionariedade Administrativa e Conceitos Jurídicos Indeterminados

A relação entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade se afigura em saber se no momento em que o legislador aplica esses conceitos nas leis dirigidas à Administração Pública, estará ele conferindo-lhe um poder vinculado ou ao invés um poder discricionário. Debrucemo-nos agora, sobre essa questão, analisando a temática dos conceitos jurídicos indeterminados, sua origem histórica e teorias aplicáveis.

Há muito já não é possível estudar o fenômeno da discricionariedade administrativa de forma dissociada do exame dos conceitos jurídicos indeterminados. A teoria que explica os conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da atividade administrativa surgiu diante da necessidade de operar um controle judicial mais amplo dos atos administrativos impregnados desses conceitos.

As normas jurídicas podem comportar em seu enunciado *conceitos objetivos*, como idade, sexo, lugar, não trazendo dúvidas quanto à extensão de seu conteúdo; *conceitos de conteúdo objetivamente decifrável*, cujo alcance remete a autoridade administrativa a utilizar conhecimentos científicos ou de experiência comum, podendo dispor de meios tecnológicos e padrões definidos em regulamentos, são referentes a esse tipo, v.g., os conceitos de morte natural, chuva de granizo, tráfego lento; e os *conceitos que necessitam de valoração do seu conteúdo pelo intérprete*, onde estão incluídos os signos linguísticos que trazem os conceitos jurídicos indeterminados (urgência, interesse público, notória especialização, reputação ilibada), gerando dúvidas e controvérsias quanto a sua aplicação.⁵⁷

A discussão a respeito de tais conceitos tem como objetivo primordial averiguar se eles estabelecem:⁵⁸

- a) uma área de escolhas puramente discricionárias, a serem feitas pelo administrador em razão de sua especialização funcional;
- b) uma vinculação a uma única solução, alcançável por interpretação, e como isso totalmente sindicável pelo Poder Judiciário;
- c) uma margem de livre apreciação para o administrador, sujeita a balizamentos jurídicos controláveis pelo Poder Judiciário.

⁵⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 226.

⁵⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 226.

1.6.1 A teoria dos Conceitos Jurídicos Indeterminados: origem e desenvolvimento no Direito europeu

Como noticia a doutrina, existe polêmica forte e centenária remontando ao debate travado, ao final do século XIX, entre os austríacos Edmund Bernatzik (1854-1919) e Friedrich Tezner (1865-1925).⁵⁹ Bernatzik, em obra publicada em 1886, entendia ser a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados um processo que conferia discricionariedade administrativa, não podendo, por essa razão, serem revistas pelos tribunais as decisões da Administração imbuídas desses conceitos.

A tese de Bernatzik passou a integrar o fundamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo da Áustria. Segundo Sousa, Bernatzik constatou que o emprego de algumas circunstâncias contidas na lei consideradas conceitos indeterminados, como, por exemplo, a noção de “adequação”, “utilidade”, “perigo”, necessitavam de um complexo processo interpretativo.⁶⁰ Os conceitos vagos ou abertos deveriam ser preenchidos pelos órgãos dotados da especialização necessária, não admitindo a revisão da decisão administrativa pelos tribunais, a aplicação do direito e a aplicação da discricionariedade não eram realidades opostas.

Tezner, contrariamente, estabeleceu uma clara distinção entre conceitos indeterminados e discricionariedade, sustentando um amplo controle objetivo de todos os conceitos normativos orientadores da relação entre Administração e administrados. Negava a possibilidade da existência, na ordem jurídica, de quaisquer conceitos com significado absolutamente certo e determinado que representassem uma inteira igualação aos fenômenos da vida real; para ele, não existia para a Administração qualquer liberdade na apreciação de conceitos que a lei incorpora. O interesse público seria uma categoria delimitada, assim como qualquer outro conceito.⁶¹

Reforçando as ideias de Tezner, Bühler defendia serem todos os conceitos vagos conceitos jurídicos e repousam no plano da vinculação, sendo que, no processo de aplicação, a autoridade administrativa deveria apenas considerar seu sentido legal, decidindo ou não

⁵⁹ ROMAN, Flávio José. **Discricionariedade Técnica na Regulação Econômica**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 48.

⁶⁰ SOUSA, Antônio Francisco de. **“Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 34.

⁶¹ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo, n° 6, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1946. p. 72.

pela sua verificação. Desta maneira, sustentava que a finalidade principal da lei seria a proteção dos particulares contra as intromissões arbitrárias da Administração Pública.⁶²

Essas divergências doutrinárias entre Bernatzik e Tezner originaram as teorias da multivalência e da univocidade, respectivamente. De acordo com a teoria da multivalência, o processo de interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados levaria a várias decisões corretas, caracterizando-se como poder discricionário; enquanto a teoria da univocidade defende que a interpretação e aplicação desses conceitos geram apenas uma solução correta, situando-se no âmbito da vinculação.

A evolução da teoria dos conceitos indeterminados ocorreu com maior desenvolvimento na Alemanha, país que influenciou juristas de outras partes do mundo a respeito da matéria. A doutrina e a jurisprudência tedescas, após 1949, com a promulgação da Lei fundamental de Bonn, passaram a reduzir o âmbito do poder discricionário, excluindo os conceitos jurídicos indeterminados de seu campo de atuação.⁶³ O reforço do princípio da reserva da lei e a garantia constitucional de uma plena proteção judicial colaboraram para que esse entendimento fosse adotado amplamente. A experiência do regime nazista, eliminando garantias e direitos fundamentais dos cidadãos, erradicou o controle judicial de seus órgãos governamentais e administrativos, contribuiu com uma tendência a um controle judicial mais rígido da atuação da Administração Pública.⁶⁴

Na França, a problemática dos conceitos indeterminados é tratada de maneira muito distinta da Alemanha. A principal diferença reside no fato da doutrina não fazer distinção entre a discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados, entendendo serem ambos fundamentalmente o mesmo problema, havendo apenas uma diferença quantitativa e não qualitativa, ou seja, uma maior ou menor margem de liberdade. As decisões dos tribunais administrativos têm grande peso no desenvolvimento da doutrina, especialmente a jurisprudência do Conselho de Estado.⁶⁵

No direito francês, há uma orientação no sentido de ampliar o controle da Administração tratando-se de conceitos jurídicos indeterminados, utilizando-se da aplicação

⁶² FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 47-48.

⁶³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 228.

⁶⁴ KRELL, Andreas. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 30.

⁶⁵ SOUSA, Antônio Francisco de. **“Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 64.

da teoria do erro manifesto e do princípio da proporcionalidade dos meios e fins.⁶⁶ A análise do controle dos conceitos jurídicos indeterminados é relacionada aos motivos do ato, não havendo uma doutrina precisa sobre esses conceitos vagos.

Alguns aspectos caracterizadores do cenário francês acerca da discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados são apontados segundo as lições de Sousa:

1. Há uma predominância de casos em que o controle não é exercido;
2. Inexistência de uma teoria específica dos conceitos indeterminados ou vagos e a respeito da discricionariedade técnica;
3. Maleabilidade das decisões do juiz, baseada na natureza e importância dos interesses em causa;
4. Dificuldades para o juiz na adoção dos quadros teóricos de controle mínimo e de controle normal;
5. Tendência de aumento do controle judicial nos casos de aplicação de conceitos indeterminados pela Administração Pública;
6. Grande influência das decisões do conselho de Estado sobre a doutrina;
7. Papel central reconhecido ao maleável *erro manifesto* e ao *bilan cout-avantages* no controle da discricionariedade administrativa, especialmente no controle da qualificação jurídica dos fatos.⁶⁷

Na doutrina italiana, os conceitos indeterminados são analisados a partir da distinção entre *discricionariedade administrativa*, considerada a verdadeira discricionariedade, e a *discricionariedade técnica*, resultante de conceitos técnicos, que seria uma discricionariedade imprópria.

Alessi foi o autor com maior desenvolvimento na temática da discricionariedade administrativa e discricionariedade técnica. Para ele, a ideia de discricionariedade é vista como uma margem de apreciação do interesse público no caso concreto, a fim de decidir sobre a oportunidade de agir ou sobre o conteúdo da atividade. A discricionariedade técnica dependerá da ligação dos critérios técnicos com os critérios administrativos, abarcando um vasto conjunto de realidades distintas, sendo impossível dar uma única solução para todos

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 103.

⁶⁷ SOUSA, Antônio Francisco de. **“Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 72-73.

os casos de discricionariedade técnica, que varia de caso a caso.⁶⁸ O tema da discricionariedade técnica será melhor abordado em tópico específico.

No direito espanhol, o problema dos conceitos jurídicos indeterminados surgiu em 1962, com a publicação de um artigo de García de Enterría na Revista de Administración Pública, nº.38, sob o título “La lucha contra lá inmunidades del poder en el derecho administrativo; poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos”.⁶⁹ Evidencia-se nos seus escritos, inclusive em sua obra de parceria com Ramón Fernández, grande influência da doutrina alemã, onde conceito indeterminado e discricionariedade administrativa são realidades distintas, sem nenhuma identificação.

Referidos autores caracterizam o exercício das potestades vinculadas como um processo de aplicação da lei que não deixa margem a qualquer juízo subjetivo, salvo a constatação da hipótese para enquadrá-la no tipo legal; diferenciando o exercício das potestades discricionárias da Administração, o qual comporta um elemento substancialmente diferente, inclui uma apreciação subjetiva da própria Administração no processo de aplicação da lei, com a qual é preenchido o quadro legal condicionador do exercício da potestade ou seu conteúdo específico. A discricionariedade não é uma hipótese de liberdade da Administração perante a norma, em verdade, a discricionariedade é um caso típico de remissão legal.⁷⁰

Em relação à técnica dos conceitos jurídicos indeterminados, os administrativistas espanhóis, lecionam que a lei refere-se a um aspecto da realidade sem limites bem definidos pela sua redação, o qual, sem embargo tenta delimitar uma hipótese concreta. Ou seja, embora a lei não defina com precisão os limites desses conceitos, já que os mesmos não admitem uma quantificação ou determinação rigorosas, é patente se referirem a uma hipótese da realidade, que apesar de sua indeterminação conceitual, admite definição no momento da aplicação. A indefinição do conceito indeterminado não traz como consequência uma indefinição de suas aplicações, visto que somente permitem uma única solução justa para cada caso, através de uma atividade de cognição objetiva, não volitiva.⁷¹

⁶⁸ ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo – Tomo I**. Barcelona: Bosh Casa Editorial, 1970. p. 195-199.

⁶⁹ SOUSA, Antônio Francisco de. “**Conceitos Indeterminados**” no **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 76.

⁷⁰ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 462-463.

⁷¹ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 466.

Portanto, a discricionariedade é essencialmente uma liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas (indiferentes jurídicos), visto que a decisão geralmente se fundamenta em critérios extrajurídicos, como, por exemplo, de oportunidade e econômicos, não incluídos na lei, mas remetidos ao crivo subjetivo da Administração. Por outro lado, em relação aos conceitos jurídicos indeterminados trata-se de caso de aplicação da lei, de subsunção a uma categoria legal de algumas circunstâncias reais e determinadas, sendo, por isso, um processo vinculado.⁷² Como tal, submete-se sem qualquer limitação à função jurisdicional, responsável por tutelar a aplicação direta da lei ao plano dos fatos.

Importante notar ser a tese dos espanhóis fundamentada no princípio lógico de que algo não pode ser e não ser, ao mesmo tempo, estando diretamente vinculada à execução da norma. Não subsiste espaço de liberdade ao agente para eleger entre as opções disponíveis, o que descaracteriza a discricionariedade.

A aplicação de uma única solução justa remete a competência dessa decisão para o âmbito da interpretação, excluindo-a do agente público. É o que ocorre com os conceitos de urgência, ordem pública, necessidade pública, interesse público, etc. Como consequência natural desse entendimento, a definição ou determinação do conceito jurídico indeterminado pela autoridade administrativa poderá, tranquilamente, sofrer censura do Poder Judiciário em sede de revisão.⁷³ Essa linha doutrinária tem sido adotada pelos tribunais espanhóis.

Em Portugal, vários autores se dedicaram à temática dos conceitos jurídicos indeterminados. Queiró analisa os conceitos jurídicos indeterminados como, simplesmente, o produto da impossibilidade prática ou dificuldade técnica, em que se encontra o legislador, constantemente, ao enunciar com toda nitidez e rigor as circunstâncias ou pressupostos de fato, referentes ao exercício no futuro da competência dos órgãos da Administração, originando para esses órgãos o dever da respectiva interpretação, antes de realizarem esta competência.⁷⁴

Referido autor destaca que, esta liberdade interpretativa nunca poderá confundir-se com o poder discricionário da Administração. Trata-se de domínio do poder vinculado, somente uma solução poderá ser considerada exata e legal. O legislador, frequentemente,

⁷² GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 468.

⁷³ FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 66.

⁷⁴ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Os limites do Poder Discricionário das autoridades administrativas**. Revista de Direito Administrativo, n° 97, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1969. p. 2.

não se encontra na melhor posição para comandar todos os pormenores da atividade administrativa, utilizando-se da Administração como sua *longa manus*. É concedido à Administração o poder de escolher, entre um conjunto mais ou menos amplo de comportamentos reputados igualmente lícitos, àquele que deve ser utilizado para a perfeita realização do interesse público.⁷⁵

Ao interpretar os conceitos jurídicos indeterminados, o administrador procede como jurista, com o auxílio dos ensinamentos da ciência do direito, e, quando no exercício do poder discricionário, procede como um técnico, auxiliado pelos mandamentos da ciência da administração, ressalta Queiró.⁷⁶ Sua teoria faz menção à existência de dois mundos a que a realidade da norma se dirige, o mundo da realidade empírica e o mundo da sensibilidade ou da razão prática; a lei utiliza conceitos teóricos suscetíveis de apenas uma significação para reportar-se ao primeiro mundo, e, para referir-se ao segundo, aplica conceitos práticos, que, justamente, compõem o poder discricionário da Administração.

Assim, define o poder discricionário como uma “outorga de liberdade, feita pelo legislador à Administração, numa intencional concessão do poder de escolha, ante o qual se legitimam, como igualmente legais, igualmente corretas *de lege data*, todas as decisões que couberem dentro da série, mais ou menos ampla, daquelas entre as quais a liberdade de ação administrativa foi pelo legislador confinada”. E finaliza dizendo que “trata-se, sim, de comitir à Administração o encargo de eleger a medida ou procedimento mais idôneo à prossecução de uma finalidade pública cuja realização é reputada necessária pelo legislador”.⁷⁷

Posição mais restritiva é o ensinamento de Sousa, que adere à tese do controle jurisdicional máximo da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados pela Administração Pública, para isso propondo critérios gerais, critérios de prognose e a chamada discricionariedade de planificação.

Os critérios gerais podem ser resumidos: a) *a sustentabilidade da decisão*, indicando que as decisões insustentáveis ou indefensáveis não podem ser aceitas como corretas; b) *o erro manifesto de apreciação*, critério que assinala não se poder aceitar decisão dotada de

⁷⁵ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Os limites do Poder Discricionário das autoridades administrativas**. Revista de Direito Administrativo, n° 97, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1969. p. 2.

⁷⁶ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Os limites do Poder Discricionário das autoridades administrativas**. Revista de Direito Administrativo, n° 97, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1969. p. 3.

⁷⁷ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Os limites do Poder Discricionário das autoridades administrativas**. Revista de Direito Administrativo, n° 97, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1969. p. 2.

erro grosseiro, grave na apreciação dos fatos; c) *princípio da proporcionalidade*, conhecido como critério da proibição dos excessos; d) *direitos fundamentais, em geral*, que integram o fundamento do Estado Democrático de Direito, não podendo sofrer limitação ou restrição, senão em virtude de lei; e) *princípios gerais de direito e princípios gerais de valoração*, também são limites da Administração Pública; f) *princípios da igualdade e da imparcialidade*, que vedam decisões que violem a igualdade ou evidenciem tratamento preferencial; g) *autovinculação da Administração*, indicando que a conduta anterior condiciona a conduta atual e futura, tratando-se de casos idênticos; h) *opinião média da sociedade*, critério que refere-se à adoção da opinião comum e geral da sociedade; i) *juízos de experiência comum*, critério indicativo das consequências de situações comuns, citando como exemplo o caso de falecimento de um servidor que deverá ser substituído em seu serviço por outro; e j) *juízos da experiência ou do conhecimento técnico*, indicando que a aplicação pela Administração de conceitos indeterminados ao caso concreto deverá subordinar-se a uma disciplina técnica.⁷⁸

Como critérios de prognose, o autor refere-se a previsão de um acontecimento futuro, um juízo de probabilidade. A prognose administrativa é característica de decisões que possuem seus efeitos projetados no futuro. Como exemplo cita a construção de uma ponte, de uma estrada ou aeroporto, uma vez que não poderão deixar de prever a evolução do tráfego futuro, a curto, médio e longo prazo.⁷⁹ Efeitos esses, segundo o autor, que podem ser determinados objetivamente.

A planificação administrativa como instrumento ou forma típica de atuação da Administração surgiu na Europa depois de 1945, como o objetivo de reconstrução da ordem social abalada pela guerra. As decisões de planificação representam uma alta complexidade, buscando compatibilizar interesses em conflito a partir da justa ponderação. Sousa esclarece serem as características específicas da discricionariedade de planificação a ponderação e a prognose, que embora exijam uma suficiente margem de atuação da autoridade administrativa, não eliminam a natureza de atividade vinculada à lei, pois admite apenas uma solução justa.⁸⁰

⁷⁸ SOUSA, Antônio Francisco de. “**Conceitos Indeterminados**” no **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 223-234.

⁷⁹ SOUSA, Antônio Francisco de. “**Conceitos Indeterminados**” no **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 116.

⁸⁰ SOUSA, Antônio Francisco de. “**Conceitos Indeterminados**” no **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 155.

Apesar de reconhecer que a doutrina atributiva de discricionariedade aos conceitos jurídicos indeterminados apresenta muitos méritos, tendo uma preocupação de proporcionar à Administração um espaço de liberdade para a otimização da conduta em domínios típicos da atuação administrativa, aponta duas fragilidades. Para ele, a teoria deixa o particular fortemente desprotegido em relação aos seus direitos fundamentais, impondo um controle jurisdicional total; e a questão de saber exatamente quais são esses conceitos indeterminados, delimitando-os na prática, entra no domínio da subjetividade de cada um.⁸¹

Freitas do Amaral possui entendimento diverso. Em lições anteriores sustentava ser a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados uma realidade distinta da discricionariedade, dotada de um regime jurídico próprio, e, portanto, uma atividade vinculada, sujeita ao controle judicial. Posteriormente, a tese adotada afirma nitidamente que a heterogeneidade dos conceitos indeterminados permite dizer que eles não possuem todos a mesma feição, e alguns, claramente, são instrumentos que a lei utiliza para atribuir discricionariedade à Administração.⁸²

Especifica que apenas no caso concreto é possível, através de uma análise, definir que tipo de conceito indeterminado se apresenta. Na verdade, alguns conceitos indeterminados compreendem apenas operações de interpretação da lei e de subsunção, não havendo qualquer margem de autonomia para a Administração. O preenchimento de tais conceitos é resolvido simplesmente no plano da interpretação, uma atividade vinculada. Mas outras vezes, o legislador remete à Administração a competência de, considerando as circunstâncias de interesse público, fazer um juízo baseado em suas experiências e convicções, sem determinar de modo preciso os pressupostos de fato de que depende o agir administrativo.⁸³

Casos, como no exemplo trazido pelo autor, a respeito de “circunstâncias excepcionais e urgentes de interesse público”, as quais somente a Administração está em condições de saber se um fato concreto é ou não um caso em que se verifiquem circunstâncias urgentes e excepcionais, traduz o exercício de verdadeira discricionariedade, autorizando o órgão aplicador do Direito a considerar vinculante a valoração por ele conferida, não sendo

⁸¹ SOUSA, Antônio Francisco de. “Conceitos Indeterminados” no **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 97.

⁸² AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo – Vol. II**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2016. p. 95.

⁸³ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo – Vol. II**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2016. p. 97.

passível de controle de mérito pelo tribunal.⁸⁴ Em geral esse posicionamento vem sendo adotado pelo Superior Tribunal Administrativo.⁸⁵

1.6.2 Recepção no Brasil da Teoria dos Conceitos Jurídicos Indeterminados

No Brasil, o tema dos conceitos jurídicos indeterminados vem sendo desenvolvido pela doutrina e jurisprudência, mesmo não havendo uma uniformidade entre os estudiosos. Efetivamente, existem decisões esparsas no plano jurisprudencial, sendo possível identificar uma certa tendência ao reconhecimento de discricionariedade no campo de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

Apenas recentemente caminhou-se no sentido de reconhecer a existência de uma categoria de conceitos indeterminados, cuja valoração administrativa é insuscetível de controle judicial pleno. Seriam aqueles conceitos, que seu preenchimento demanda uma avaliação de pessoas, coisas ou processo sociais, com auxílio de um juízo de aptidão.⁸⁶

Binenbojm ressalta que, a importação de teorias estrangeiras, muitas vezes desenvolvidas em contextos específicos, diversos daqueles em que foi adotada, em alguns casos, já se encontram ultrapassadas em seu solo de origem. Nos anos 70 do século passado, a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados encontrava forte reação contrária na Alemanha, sobretudo com Otto Bachof e sua teoria da livre apreciação, que reconhece a favor da Administração, no processo de interpretação e aplicação de determinada categoria de conceitos indeterminados, certa margem de liberdade que escapa ao controle judicial.⁸⁷ As ideias de Bachof não foram acolhidas com unanimidade, seja na Alemanha ou em outros

⁸⁴ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo – Vol. II.** 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2016. p. 98.

⁸⁵ Nesse sentido o sumário do acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 16.02.2017, Processo 01001/16: I – O art. 3º, n.º 1, do DL n.º 69/2000, de 3/5 – onde se refere que, em circunstâncias excepcionais e devidamente fundamentadas, a Administração pode dispensar o procedimento de AIA, deferindo o projecto sob análise – é atributivo de discricionariedade, seja ela própria ou imprópria. II – Esse poder administrativo de precisão ou determinação localiza-se no juízo que qualifique as circunstâncias do caso como excepcionais, juízo esse que – limitado embora pela urgência do projecto e pela probabilidade de que a AIA, sendo realizada, o não comprometeria – haverá de fundar-se em razões técnicas, consideradas a partir do saber e da experiência da Administração. III – Tal juízo administrativo não é sindicável pelos tribunais, salvo ocorrendo algum erro manifesto no seu «iter» ou no seu resultado. IV – Assim, o aresto do TCA que reavaliou os fundamentos do juízo administrativo de excepcionalidade – sem concomitantemente lhe apontar um qualquer lapso ostensivo – invadiu um espaço avaliativo e decisório reservado à Administração, excedendo os poderes judiciais de sindicância.

⁸⁶ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública.** São Paulo: Dialética, 2004. p. 76.

⁸⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 230.

países. Contrários a essa doutrina temos o alemão Hans Rupp, o espanhol García de Enterría e o português Antônio Francisco de Sousa.

A tese de O. Bachof, influenciadora de muitos doutrinadores brasileiros, identifica uma “área de apreciação” em alguns conceitos indeterminados, que resulta num controle jurisdicional limitado dos mesmos, com o intuito de averiguar a razoabilidade da decisão administrativa. Wolff, Bachof e Stober situam toda produção jurídica, seja ela abstrata ou concreta, entre os polos da plena liberdade e da estrita vinculação. Classificam a atuação administrativa em quatro classes, segundo o grau de vinculação: a) administração vinculada de forma determinada; b) administração vinculada de forma indeterminada; c) administração discricionária vinculada à lei; d) administração conformadora e planificadora.⁸⁸

A vinculação de forma determinada (a) é o grau máximo de vinculação. As expressões utilizadas pelas normas jurisprudenciais possuem conteúdo unívoco, autorizando total controle dos atos praticados. Como exemplo os autores citam as ações mecânicas da Administração no cálculo do imposto devido. No outro extremo está a administração conformadora e planificadora (d), onde as normas apresentam estrutura finalista, não estabelecem efeitos jurídicos, nem existe subsunção de uma hipótese à determinada previsão legal, a Administração age num espaço livre de ponderação.⁸⁹

Já a administração discricionária vinculada à lei (c) corresponde a uma liberdade no espaço circunscrito pela legislação, a Administração deve atuar no sentido da lei e buscar a solução mais adequada. Contudo, é na atuação (b) vinculada de forma indeterminada, situada entre a vinculação de forma determinada (a) e a administração discricionária vinculada à lei, que a Administração emprega os conceitos legais indeterminados. Os autores reconhecem que embora o conceito indeterminado não se confunda com discricionariedade, é capaz de provocar uma constrição judicial sobre a matéria.

Como mencionado anteriormente, a jurisprudência brasileira vem se inclinando no sentido de reconhecer certa discricionariedade quando da aplicação de conceitos indeterminados nas normas jurídicas. Há julgados recentes do Supremo Tribunal Federal, abordando essa temática, conclusivos pela existência de discricionariedade na decisão administrativa. O Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n.º 700.160, proveniente

⁸⁸ BACHOF, Otto; STOBER, Rolf e WOLFF, Hans Julius. **Direito Administrativo – Vol. 1**. Trad. Antônio Francisco de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. p. 446.

⁸⁹ BACHOF, Otto; STOBER, Rolf e WOLFF, Hans Julius. **Direito Administrativo – Vol. 1**. Trad. Antônio Francisco de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. p. 448-449, 474.

do Rio de Janeiro, datado de 09/04/2014, de relatoria da Ministra Rosa Weber, ocupa-se dos requisitos da “relevância e urgência” para fins de edição de Medidas Provisórias pelo Chefe do Poder Executivo, concluindo pela existência de discricionariedade por parte do agente político.⁹⁰ Apenas as excepcionais situações de excesso de poder seriam suscetíveis de provocar a censura judicial.

Possui o mesmo entendimento a decisão na ADI n.º 2150 – DF/MC, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, também permitindo concluir pela existência de discricionariedade diante de conceitos jurídicos indeterminados.⁹¹

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 011 E 018 DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.925-5. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 005 °, CAPUT; 037, CAPUT, E 062, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. Os dispositivos em referência, ao atribuírem aos órgãos de trânsito o registro de ônus reais sobre veículos automotivos de qualquer espécie, não ofendem as normas constitucionais indicadas. *Os requisitos de relevância e urgência para edição de medida provisória são de apreciação discricionária do Chefe do Poder Executivo, não cabendo, salvo os casos de excesso de poder, seu exame pelo Poder Judiciário.* Entendimento assentado na jurisprudência do STF. Medida cautelar indeferida”. (grifos nossos)

O Ministro Marcos Aurélio, no Agravo de Instrumento n.º 334890/PR, traz como argumento o princípio da separação dos Poderes.⁹²

“DECISÃO TRIBUTO - INSTITUIÇÃO - MEDIDA PROVISÓRIA - REEDIÇÕES - SOMATÓRIO DOS PRAZOS DE VIGÊNCIA - PRECEDENTES DO PLENÁRIO - AGRAVO DESPROVIDO. 1. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve a conclusão adotada pelo Juízo, fazendo-o à luz dos fundamentos que assim restaram sintetizados: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. MEDIDA PROVISÓRIA. REQUISITOS. LEI COMPLEMENTAR. LEI Nº 9.715/98. PRAZO

⁹⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n.º 700.160. Relatora: Min. ROSA WEBER, julgado em 09/04/2014, DJe-081 divulgado em 29/04/2014.

⁹¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n.º 2150/DF, Tribunal Pleno. Relator: Min. ILMAR GALVÃO, julgado em 23/03/2000, DJ-28.04.00.

⁹² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo de Instrumento n.º 334890/PR, Decisão Monocrática. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 15/05/2001, DJ-24.08.01.

NONAGESIMAL. 1. Não cabe ao Poder Judiciário a análise dos requisitos de relevância e urgência na edição de medidas provisórias, pelo princípio da separação dos Poderes. 2. A medida provisória é instrumento idôneo para instituir contribuição social, bem como suas majorações, por ser dotada de "força de lei" e eficácia normativa. (...) e nego acolhida ao pedido formulado neste agravo. Publique-se. Brasília, 15 de maio de 2001. Ministro MARCO AURÉLIO”.

A opção por abordar algumas decisões jurisprudenciais⁹³ tem como objetivo demonstrar a percepção dos tribunais acerca do tema em questão, demonstrando os aspectos tratados na prática forense, geralmente diferentes dos questionamentos puramente científicos. A dificuldade revelada na pesquisa jurisprudencial, demonstra, claramente, a pequena quantidade de decisões dos tribunais que enfrentam, explicitamente, o ponto dos conceitos jurídicos indeterminados apresentado neste trabalho.⁹⁴ É, portanto, tarefa impossível afirmar categoricamente qual o pensamento dominante.

Com efeito, a orientação da Suprema Corte brasileira parece se inclinar na direção de não controlar o preenchimento do sentido dos conceitos jurídicos indeterminados, excetuando os casos de abuso de poder, violadores do princípio da razoabilidade.

Doutrinariamente há grande controvérsia sobre o tema, alguns juristas argumentam que os conceitos indeterminados atribuem discricionariedade a atuação do Administrador Público, quando da aplicação das normas dotadas de expressões vagas e fluidas ao caso concreto. Outros optam por negar absolutamente a ideia da discricionariedade nesses conceitos indeterminados, caracterizando a atividade de preenchimento do conteúdo desses conceitos como puramente interpretativa, de maneira que somente seria possível alcançar um resultado justo e sustentável de acordo com a diretriz proposta pela teoria da univocidade.

Bandeira de Mello leciona no sentido de admitir a discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados, sendo perfeitamente possível a convivência de duas ou mais percepções diante do caso concreto, sem uma delas ser reputada errada. Demonstra que, a liberdade conferida diretamente pela lei ensejadora da utilização dos critérios de oportunidade e conveniência envolve volição, enquanto a liberdade decorrente dos conceitos

⁹³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN n.º 1700 MC/DF, Tribunal Pleno. Relator: Min. NELSON JOBIM, julgado em 19/12/1997, DJ-31.05.02; BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN n.º 1754/DF, Tribunal Pleno. Relator: Min. SYDNEY SANCHES, julgado em 12/03/1998, DJ-06.08.99.

⁹⁴ FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 85.

indeterminados compreende um critério intelectual, recebendo em ambos os casos o mesmo tratamento jurídico, apesar de diferentes do ponto de vista lógico.⁹⁵

Assim, para o autor, a inteligência dos conceitos jurídicos indeterminados encontra-se no campo da discricionariedade e não da simples interpretação jurídica. Não cabe ao órgão jurisdicional coibir a opção razoável adotada pela Administração com a justificativa de controlar a legalidade do ato. Nos casos de aplicação de um conceito jurídico indeterminado pela Administração Pública, o Judiciário deverá somente conferir se a interpretação firmada esteve contida no campo significativo de sua aplicação ou o desconheceu.

Odete Medauar também acolhe a existência de um espaço munido de discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados. Possui uma visão pragmática em relação ao tema, sustentando que a discricionariedade deve ser confirmada perante o caso concreto. “Havendo parâmetros de objetividade para enquadrar a situação fática na fórmula ampla, ensejando uma única solução, não há que se falar em discricionariedade. Se a fórmula ampla, aplicada a uma situação fática, admitir margem de escolha de soluções, todas igualmente válidas e fundamentadas na noção, o poder discricionário se exerce”, conclui a autora.⁹⁶

Germana de Moraes, influenciada pelas lições de Antônio Francisco de Sousa, diferencia os conceitos jurídicos indeterminados em duas categorias, “vinculados” ou “não vinculados”. Os primeiros referem-se aos conceitos cuja aplicação conduzem a uma única solução possível, e os “não vinculados”, que podem ser discricionários ou não, conduzem a mais de uma solução razoavelmente sustentável pelo Direito. Os discricionários possuem uma complementação do tipo aberto, trazendo um conflito axiológico, uma ponderação valorativa dos interesses em conflitos, sempre observando o fim público buscado pela norma. Os conceitos de prognose envolvem uma avaliação voltada para o futuro, não necessariamente uma comparação de interesses, mas o chamado juízo de prognose. Quando esses últimos envolverem de fato conflitos de interesse, podem interceptar-se com a discricionariedade, como exemplo deste aspecto temos as decisões de planificação administrativa.⁹⁷

⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 24.

⁹⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7ª edição. São Paulo: RT, 2003. p. 126.

⁹⁷ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 2004. p. 70.

Em apreciação crítica sobre o tema, Di Pietro evidencia as duas posições fundamentais existentes no direito brasileiro: aqueles que entendem que os conceitos indeterminados não conferem discricionariedade à Administração, constituindo uma tarefa meramente interpretativa, de onde decorre uma única solução. E aqueles doutrinadores, incluindo a mencionada autora, que sustentam a possibilidade de haver discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados em se tratando de conceitos de valor.⁹⁸

A apreciação do interesse público deve ser verificada no caso concreto, conceitos de experiência ou empíricos não admitem discricionariedade. Quando a lei utiliza esse tipo de expressão, está pretendendo alcançar seu sentido usual, extraído da experiência comum, são critérios objetivos que permitem apenas uma solução. É o caso dos vocábulos *bons antecedentes, jogos de azar, caso fortuito ou força maior, premeditação, etc.*

Di Pietro orienta que, a maior dificuldade reside em saber onde termina a interpretação e começa a discricionariedade no caso concreto. Na hipótese de conceitos de valor, a discricionariedade pode existir ou não dependendo das circunstâncias de fato. Concluída a interpretação, pode ocorrer a não obtenção de uma zona de certeza positiva ou negativa, sendo necessário reconhecer, neste cenário, uma margem de apreciação para a Administração Pública decidir.

A autora exemplifica com a “hipótese em que a Constituição exige notório saber jurídico para o provimento de determinados cargos. A análise do currículo poderá levar o aplicador da norma a uma zona de certeza, positiva ou negativa, ou, ao contrário, o deixará em uma zona cinzenta, em que reste certa margem de apreciação; neste caso, diante de uma decisão devidamente motivada em razões de razoabilidade ou aceitabilidade, haverá discricionariedade, a ser respeitada pelo Poder Judiciário”.⁹⁹

Do mesmo modo, José Roberto Santos Régnier considera que o conteúdo dos conceitos jurídicos indeterminados deve ser preenchido por meio de atos de valoração, em conformidade com cada situação concreta. Afirma que os conceitos empíricos comportam interpretação, suprimindo a discricionariedade, enquanto nos conceitos de valor, a interpretação é excluída, prevalecendo a discricionariedade do agente público.¹⁰⁰

⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2003. p. 208.

⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 119.

¹⁰⁰ RÉGNIER, José Roberto Santos. **Discricionariedade Administrativa: significação, efeitos e controle**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 70.

Entre os que defendem a inexistência de discricionariedade relacionada aos conceitos indeterminados, no Brasil, destaca-se Eros Roberto Grau, para quem referidos conceitos não conduzem a uma situação de indeterminação, pois somente permitem uma unidade de solução em cada caso. Afirma que, a Administração emite juízos de oportunidade quando no exercício da discricionariedade, e exerce juízos de legalidade na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados.¹⁰¹

Segundo o autor, sequer se pode falar em conceitos indeterminados, visto que se é indeterminado, não é conceito, a indeterminação não reside no conceito, mas nos termos que o expressam. Para ele, onde a doutrina brasileira erroneamente encontra conceito indeterminado, há, na verdade, noção. Assevera ser, a noção passível de interpretação, e interpretar o Direito é exprimir juízos de legalidade e não de oportunidade. Ainda de acordo com Eros Graus, o entendimento de que os conceitos indeterminados gerariam alguma discricionariedade conspira contra a legalidade e o próprio Estado de direito.¹⁰²

Paulo Magalhães da Costa, seguindo a linha defendida por Eros Grau, assevera ser, a relação estabelecida entre o conceito jurídico indeterminado e a realidade factual, de univocidade. Argumenta que o processo de aplicação desses conceitos não envolve a escolha de alternativas igualmente adequadas, como acontece com o poder discricionário ao envolver somente conformação da lei com a realidade fenomênica. Nessa perspectiva, conclui que representa um fenômeno interpretativo, sem espaço para volição.¹⁰³

A tese defendida pelo doutrinador Fonseca Pires também afirma inexistir discricionariedade nos conceitos indeterminados. Cuida-se de defender o entendimento de que todo e qualquer conceito é passível de definição no caso concreto, mesmo aqueles indeterminados. Seu raciocínio assemelha-se ao de García de Enterría e Ramón Fernández, baseado no princípio lógico de que “algo não pode ser e não ser ao mesmo tempo”. Por conseguinte, destaca que para a norma existir precisa ser interpretada. O fato da lei remeter ao administrador o delineamento do seu significado, é circunstância comum a todo tipo de interpretação, não gerando discricionariedade no caso concreto.¹⁰⁴

¹⁰¹ GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceito e Normas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 74.

¹⁰² GRAU, Eros Roberto. **Conceitos indeterminados**. In: *Justiça Tributária: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 122.

¹⁰³ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 108-110.

¹⁰⁴ PIRES, Luís Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 112.

1.6.3 Conceitos Jurídicos Indeterminados e a atribuição de discricionariedade

Diante de todas essas considerações expostas sobre o tema dos conceitos jurídicos indeterminados, nesta dissertação, considera-se não ser possível preconizar a inexistência total de discricionariedade nesses símbolos linguísticos. Adere-se à tese que sustenta, em determinados casos, a admissibilidade de discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados.

Analisando sob a ótica jurídica, não parece fazer sentido o argumento daqueles que defendem a aplicação da doutrina do tudo ou nada (*tertium non datur*) ou lógica do terceiro excluído nos conceitos jurídicos indeterminados, preconizando a existência de uma única solução justa. A corrente difundida por García de Enterría e Ramón Fernández, possuindo vários adeptos no Brasil e no mundo, é aplicável quando os símbolos são precisos. Tratando-se de conceitos imprecisos, é difícil definir a incidência ou não do conceito, através de critérios objetivos.

O entendimento dessa doutrina leva em consideração o momento da execução da norma, a concretização do ato administrativo. Porém, esse é o instante que se materializa o resultado da discricionariedade e não seu conteúdo propriamente dito. O momento decisivo do poder discricionário é justamente anterior à edição do ato administrativo, quando o aplicador da lei termina o processo de interpretação e conclui haver mais de uma inteligência razoável, neste caso, seguramente, os conceitos jurídicos indeterminados atribuem discricionariedade.

Filgueiras Júnior argumenta que do ponto de vista da execução já concluída do ato administrativo, essa teoria é irreparável, pois enquadra-se no âmbito da lógica pura, de modo que uma coisa não pode ser e deixar de ser simultaneamente; isto é, não se pode executar, ao mesmo tempo, uma permissão e uma vedação. Em termos de avaliação da existência, ou não, da discricionariedade, referida doutrina confunde o resultado da atividade discricionária com a própria atividade discricionária em si.¹⁰⁵

Além disso, como bem destacado por Roman, reconhecer que existe apenas uma solução justa para as decisões interpretativas de conceitos jurídicos indeterminados, seria o mesmo que se apoiar na ideia de um conceito transcendental de justiça e em uma fé absoluta

¹⁰⁵ FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 190-191.

na capacidade de discernimento humano.¹⁰⁶ É tarefa demasiadamente difícil discernir para cada caso concreto uma única solução correta.

A teoria da plena sindicabilidade dos conceitos indeterminados provocou uma excessiva e indesejável judicialização da atividade administrativa. Na realidade, levou a uma duplicidade de procedimentos, administrativos e judiciais, contrários à noção de eficiência do serviço público e especialização funcional. O controle em demasia compromete a integridade do sistema de separação de poderes do Estado.¹⁰⁷ Assim, é mais acertado buscar uma terceira via, uma teoria situada entre a vinculação plena e a discricionariedade total.

A melhor solução para a questão colocada não deve ser extremada, mas é preciso buscar uma via sem radicalismos. Conferir discricionariedade a todo conceito vago e impreciso, ou afirmar que os conceitos jurídicos indeterminados não se relacionam com nenhuma forma de discricionariedade, não parece ser a decisão mais acertada.

Em sua obra a respeito da temática aqui abordada, Andreas Krell pondera que discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados não são fatores prejudiciais à democracia ou uma mera “tese positivista”. Com efeito, tratam de “fenômenos que resultam da formulação diferenciada de textos jurídicos em qualquer Estado de Direito moderno em que o Legislativo concede intencionalmente poderes de decisão ao Executivo e ao Judiciário. Nesse sentido, a discricionariedade do administrador não difere essencialmente da discricionariedade do juiz, uma vez que ambos são intérpretes/aplicadores do Direito e sujeitos ao princípio constitucional da legalidade, que está intimamente ligado ao princípio estruturante do Estado de Direito”.¹⁰⁸

Cumprido salientar que a conclusão deste tópico não desconsidera a influência da teoria da única solução justa para o entendimento dos conceitos jurídicos indeterminados, em especial no que tange ao controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. A mencionada tese alargou e tornou mais profundo o controle jurisdicional da competência discricionária, distinguindo entre a chamada “pura discricionariedade” e a aplicação de

¹⁰⁶ ROMAN, Flávio José. **Discricionariedade Técnica na Regulação Econômica**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 66.

¹⁰⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 229.

¹⁰⁸ KRELL, Andreas. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 33-34.

conceitos indeterminados, o que resultou em um controle mais contundente sobre os limites de equivocidade destes últimos.¹⁰⁹

Ademais, evidencia-se um claro paradoxo nesta consagrada doutrina, em razão de alguns estudiosos, como García de Enterría¹¹⁰, Ramón Fernandez e Eva Desdentado Daroca¹¹¹ admitirem sob determinadas circunstâncias a limitação do controle judicial. Especificamente nos casos de discricionariedade imprópria, v.g., negam o poder discricionário da Administração nos conceitos jurídicos indeterminados, porém reconhecem a decisão administrativa respectiva insuscetível de controle pelo juiz, equivalendo a um “passe livre” para a Administração.¹¹²

No Direito Administrativo, a atividade interpretativa e a atividade de preenchimento dos conceitos jurídico indeterminados se assemelham do ponto de vista lógico, mas diferenciam-se juridicamente. Tais atividades possuem regimes jurídicos distintos, recebendo tratamentos singulares pelo ordenamento jurídico normativo. Por conseguinte, ao complementar o sentido de um conceito jurídico indeterminado na norma jurídica, o agente administrativo ultrapassa a interpretação, perseguindo sempre o interesse da coletividade no caso concreto.¹¹³

Filgueiras Júnior, ao analisar os critérios gerais para o controle jurisdicional dos conceitos jurídicos indeterminados da doutrina de Sousa, verifica possuírem como objetivo evitar ou coibir a Administração Pública de praticar atos abusivos utilizando o espaço discricionário. No entanto, não possuem o poder de eliminar a indeterminação, afastam de fato as “situações desarrazoadas, mas nunca a eleição da única solução correta, quando concorrerem mais de uma razoável”. Conclui, diante do exposto e do fato do próprio autor

¹⁰⁹ ROMAN, Flávio José. **Discricionariedade Técnica na Regulação Econômica**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 76.

¹¹⁰ Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández não admitem a discricionariedade conexa aos conceitos jurídicos indeterminados. Contudo, em relação aos conceitos indeterminados de valor, que podem ser técnicos ou políticos, reconhecem que envolvem juízos de valor, dotados de certa presunção de legitimidade, limitando a possibilidade de apreciação judicial. Nestas hipóteses, confirmam que há limitação do controle judicial, ficando restrito normalmente ao controle dos limites ou dos excessos que a Administração possa ter incorrido. Ob.cit., p. 470.

¹¹¹ Eva Desdentado Daroca identifica nos conceitos jurídicos indeterminados uma discricionariedade puramente instrumental, que pode ser integralmente revista e substituída pelos tribunais; mas, naqueles conceitos jurídicos-políticos, por meio do qual a lei remete ao administrador a identificação do interesse público, a autora reconhece a discricionariedade forte. **Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia**. Madrid: Civitas, 1997. p. 25-28.

¹¹² OLIVEIRA, Fernanda Paula. **A discricionariedade de planejamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 70.

¹¹³ FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 194.

admitir exceções ao controle jurisdicional máximo, que Sousa almeja “contrapor-se àquela ideia de discricionariedade que se apresenta como um espaço de liberdade em que se pode cometer abusos, arbitrariedades em nome desse espaço decisório, sem freios ou limitações”.¹¹⁴

O posicionamento aqui adotado, tem como consequência o entendimento de que o controle jurisdicional dos atos administrativos provenientes de normas jurídicas de conteúdo vago e impreciso deve ser parcial e não total, como preconiza a doutrina da univocidade, apresentada originalmente por Tezner, que impõe uma distinção rígida entre os conceitos de discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados. A análise dos critérios que devem ser apreciados na decisão do juiz será desenvolvida nos capítulos seguintes.

1.7 Discricionariedade Técnica: origens da concepção de discricionariedade técnica e tratamento do tema na doutrina brasileira

A temática da discricionariedade técnica tem como justificativa a extensão da função administrativa, que se relaciona com a gestão dos interesses da coletividade e tem presenciado grande desenvolvimento do setor tecnológico, com alto grau de complexidade em algumas esferas. A função de administrar também comporta atividades de perfil altamente técnico, dependentes de conhecimentos especiais para sua performance e de profissionais com aptidões precisas. A disciplina jurídica necessária para regular o exercício dessas atividades é o cerne dessa discussão.¹¹⁵

A natureza e dimensão da discricionariedade técnica varia de acordo com o país e até mesmo em razão do Tribunal que profere a decisão. Não recebe tratamento uniforme na doutrina, evidenciando um poder vinculado para uns ou um poder discricionário para outros, podendo variar conforme o caso em apreço. Por conseguinte, resulta em objeto de forte controvérsia.

A expressão discricionariedade técnica foi utilizada de forma pioneira e empregada no direito administrativo, em 1864, por Bernatzik, pai da teoria da multivalência. O professor

¹¹⁴ FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 194.

¹¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **A Discricionariedade: Análise de seu Delineamento Jurídico**. GARCIA, Emerson (COORD.) **Discricionariedade Administrativa**. 2ª edição. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 29.

da Escola de Viena retirava do controle judicial todas as decisões, que apesar de não serem discricionárias, possuíam alta complexidade técnica com um difícil processo interpretativo. Ressaltava que somente os administradores teriam condições técnicas e conhecimentos adequados para reagir eficazmente e oportunamente diante das situações diárias.¹¹⁶

As ideias da discricionariedade técnica não tiveram muita acolhida no seu país de origem, nem na Alemanha, locais onde foram tratadas de forma conexas com o assunto dos conceitos jurídicos indeterminados.¹¹⁷ A temática acabou experimentando maior desenvolvimento na Itália, onde há distinção entre *discrezionalità tecnica* e *accertamento tecnico*, consoante o nível de certeza oferecido pela ciência, técnica ou arte na fixação do conceito. A definição do nível de teor alcóolico de uma bebida é considerada hipótese de *accertamento tecnico*, pois cabe à Administração simplesmente estipular questões de fato consistentes, em uma qualidade ou atributo de natureza técnica, ao passo que, a definição de um imóvel como patrimônio histórico, envolveria discricionariedade técnica e, para a doutrina tradicional, não estaria sujeita a controle judicial.¹¹⁸

O jurista italiano que desenvolveu com maior profundidade a questão da discricionariedade técnica, talvez tenha sido Alessi, para quem a diferença entre a discricionariedade técnica e a “discricionariedade pura” consiste no fato de que nesta há uma escolha entre alternativas para satisfação do interesse público, e naquela recorre-se a critérios técnicos para a análise de um fato delimitado por um conceito jurídico indeterminado, não havendo que se falar em vontade.¹¹⁹ Para ele, discricionariedade e técnica são inconciliáveis, portanto, discricionariedade técnica não seria verdadeira discricionariedade.

Ainda na Itália, Massimo Giannini também distinguiu a discricionariedade propriamente dita da discricionariedade técnica. O critério do interesse público seria específico da discricionariedade administrativa, restando para a discricionariedade técnica como critério de escolha apenas regras com valorações científicas.¹²⁰

¹¹⁶ SOUSA, Antônio Francisco de. “**Conceitos Indeterminados**” no **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 105.

¹¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 120.

¹¹⁸ ROMAN, Flávio José. **Discricionariedade Técnica na Regulação Econômica**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 79.

¹¹⁹ ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo – Tomo I**. Barcelona: Bosh Casa Editorial, 1970. p. 195-199.

¹²⁰ GIANNINI, Massimo Severo. **Il potere discrezionale della pubblica amministrazione**. Milão: Giuffrè, 1939. p. 42-43.

Tem se destacado, na Espanha, o posicionamento de Eva Desdentado Daroca, concebendo a discricionariedade técnica como toda atividade administrativa regida por critérios técnicos de natureza objetiva, englobando a atividade de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados referentes a conhecimentos especializados, inclusive atividades que requerem o emprego de experiência técnica.

Daroca elenca três hipóteses de ocorrência da discricionariedade técnica: a) casos em que a lei concede discricionariedade técnico-administrativa, v.g., quando a legislação confere à Administração a atribuição de eleger as vias técnicas de atuação; b) quando a lei atribui à Administração a responsabilidade de levar a cabo as bases científicas necessárias à expedição do ato, visto que o estado da ciência utilizada ainda não evoluiu o suficiente para apresentar a decisão final, ou mesmo quando se trate de decisões de prognose; c) quando a legislação reporta-se a critérios técnicos, devendo a Administração inevitavelmente buscar o apoio de conhecimentos técnicos. Somente no último caso haveria discricionariedade do tipo instrumental jurídico-técnica, a qual pode ser plenamente revista pelo poder Judiciário, especialmente com o auxílio de peritos; nos dois primeiros casos haveria, de fato, uma discricionariedade forte.¹²¹

Na Argentina, cumpre destacar as lições de Gordillo, esclarecendo que mesmo as normas jurídicas conferindo discricionariedade ao administrador não pode ele atuar contra as regras técnicas, quando estas sejam claras e uniformes. O que antes chamava de “discricionariedade técnica”, atualmente considera “regulação técnica”, afirmando o autor, não haver discricionariedade em matéria totalmente técnica, ao contrário, seria uma regulação, submissão a normas técnicas. Se uma técnica é científica, logo, certa, objetiva, universal, sujeita a regras uniformes que não dependem da apreciação pessoal de um indivíduo, neste caso, não se pode falar em completa discricionariedade.¹²² No entanto, em caso de aspectos técnicos suscetíveis de controvérsia, gerando dúvidas a respeito do critério correto a ser aplicado, a liberdade do administrador será mais ampla e sua conduta não será considerada ilegítima por haver eleito uma das possíveis técnicas postas à disposição.

¹²¹ DAROCA, Eva Desdentado. **Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia**. Madrid: Civitas, 1997. p. 62-67.

¹²² GORDILLO, Augustin. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Tomo 1: Parte General**. 11ª edição. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013. p. X-19.

A doutrina portuguesa também não é homogênea. Apesar de constituírem vocábulos frequentes na jurisprudência¹²³, Sousa considera serem as expressões “discricionariedade técnica” ou “discricionariedade imprópria” são contraditórias e deveriam desaparecer do direito administrativo.

Divide a discricionariedade técnica de acordo com três situações diferentes: a) juízos técnicos de existência, de cognição ou de verificação; b) juízos técnicos de valor; e c) juízos técnicos de probabilidade. Concluindo que, todos os casos tratam de juízos vinculados. Para o autor a discricionariedade técnica não implica “juízo” e “vontade”, apenas “juízo”, possuindo natureza diversa da discricionariedade administrativa, já que esta última é essencialmente caracterizada por conter uma manifestação de vontade do órgão ou agente que a exercita.¹²⁴

Não obstante, o renomado doutrinador pondera que a Administração moderna, em vista da sua crescente intervenção em domínios como a proteção ambiental, precisa de um espaço suficientemente livre para uma atuação adequada e de pronto, em vista das situações que se depara próprias de sua dinâmica. Esse argumento não poderá jamais servir de pretexto para uma diminuição das garantias do cidadão, se faz necessário a constante busca pelo ponto de equilíbrio ideal.

Frequentemente adotado pelos tribunais, Freitas do Amaral, apreciando o caso da discricionariedade técnica, considera, sim, uma hipótese de discricionariedade conferida por lei à Administração Pública, visto que, a discricionariedade não equivale a uma livre escolha entre várias soluções legalmente possíveis. Na verdade, corresponde à obrigação de escolher a solução mais acertada.¹²⁵

Explica que, os tribunais não podem substituir as decisões técnicas da Administração por supostamente estarem mais corretas. Seria o mesmo que admitir o controle jurisdicional

¹²³ Corroborado com a afirmação o sumário do acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 26.06.2001, Processo 046433: I - Incumbe ao recorrente alegar na petição os factos integradores dos vícios imputados ao acto contenciosamente impugnado. II - Ao proceder à classificação de um funcionário, a Administração actua no âmbito da *discricionariedade imprópria* e na margem de livre apreciação que é concedida à Administração não podem os tribunais administrativos substituir-se-lhe para efeitos de reponderar os juízos valorativos dos interesses em conflito que integram materialmente a função administrativa. III - Na hipótese referida em II, só existe controle jurisdicional quando se verifique erro grosseiro ou manifesto na base da decisão administrativa. IV - Quando uma classificação de serviço diverge daquela que é proposta, deve ser explicada cabalmente a razão desta divergência, sob pena de tal acto não se encontrar fundamentado. No mesmo sentido ac. do STA de 29.06.1993, Processo 026613; e ac. do STA de 08.03.1988, Processo 025173.

¹²⁴ SOUSA, António Francisco de. “**Conceitos Indeterminados**” no **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 111.

¹²⁵ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo – Vol. II**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2016. p. 73.

do mérito administrativo. O autor apresenta como exemplo, Câmara Municipal que decide captar águas de um certo rio para abastecimento da população, podendo a captação ser feita na margem direita ou na margem esquerda. A opção da Administração em uma empresa que faça a captação pela margem esquerda em detrimento da empresa que propôs a captação pela margem direita, não pode ser contenciosamente impugnada pela empresa preterida com a justificativa de que a seleção pela margem oposta era tecnicamente mais correta.¹²⁶

Dessa forma, “os concorrentes a quem não tenha sido feita a adjudicação podem impugnar a decisão tomada alegando qualquer ilegalidade cometida pela Administração no processo de decisão (falta de pareceres técnicos, vícios formais na deliberação camarária, ausência de fundamentação, escolha do concorrente que apresentou preços mais elevados, erro de facto, desvio de poder); o que não podem é obter do tribunal que se pronuncie sobre o acerto ou desacerto das opções técnicas subjacentes à decisão administrativa em causa”.¹²⁷ Ressalva-se as situações de *erro manifesto* ou tomadas com base em critérios *ostensivamente inadequados*, ou *manifestamente desacertados* caracterizadoras de verdadeira ilegalidade por parte da Administração, motivo pelo qual devem ser anuladas pelos tribunais.

No Brasil, poucos autores se ocuparam do tema da discricionariedade técnica. Apenas recentemente, com a implantação no ordenamento jurídico brasileiro das agências reguladoras, sob influência direta do Direito norte-americano, aumentou o interesse pela questão da discricionariedade técnica.¹²⁸

A função regulatória atribuída por lei às agências reguladoras é onde se encontra mais definida a aplicação da discricionariedade técnica no sistema normativo brasileiro. A Lei n.º 9.427 de 26.12.96, que instituiu a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica e disciplinou o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica é exemplo dessa função. Ao longo de seu texto, evidencia-se delegação da lei à Administração, em matéria técnica de alta complexidade.¹²⁹ O art.3º, inciso I, tratando das competências dessa entidade, dispõe a respeito da implementação das políticas e diretrizes do governo federal para a

¹²⁶ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo – Vol. II**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2016. p. 74.

¹²⁷ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo – Vol. II**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2016. p. 74.

¹²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 120.

¹²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **A Discricionariedade: Análise de seu Delineamento Jurídico**. GARCIA, Emerson (COORD.) **Discricionariedade Administrativa**. 2ª edição. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 31.

exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995.¹³⁰

Oswald Aranha Bandeira de Mello, influenciado pelo direito italiano abordou o tema de forma pioneira no Brasil. Separando a discricionariedade pura da discricionariedade técnica, o autor contesta a existência autônoma dessa forma de discricionariedade, ensinando que a técnica esclarece a atividade administrativa ou coopera para seu adequado desempenho. Conclui dizendo que, em determinadas hipóteses, o critério técnico fica realmente conectado ao critério administrativo, sendo absorvido por este último, existindo nesses casos a possibilidade de surgimento da discricionariedade. Exemplo trazido pelo autor é uma construção que não respeita integralmente as normas de segurança e higiene, que, no entanto, podem ser toleradas segundo a conveniência e oportunidade da Administração, contanto que sejam providenciadas adaptações.¹³¹

Ao analisarem as questões técnicas e os limites da tutela de urgência envolvidos no controle judicial dos atos administrativos, Carlos Ari Sunfeld e Jacinto Arruda Câmara, sublinham que na ocorrência de mais de uma alternativa viável do ponto de vista do Direito, a escolha por uma delas caracteriza-se como liberdade discricionária da Administração, não podendo ser modificada pelo Poder Judiciário, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes.¹³²

Referidos autores reconhecem a possibilidade da existência de uma zona de incerteza em torno de conceito técnico, onde a Administração Pública atua segundo o poder discricionário. Havendo divergências técnico-científica, a consequência seguinte não é necessariamente o predomínio de uma em detrimento da outra. Abre-se espaço para a escolha do administrador, notadamente, domínio da discricionariedade técnica.

Alguns autores, a exemplo de Regis Fernandes de Oliveira, negam a existência da discricionariedade técnica, alegando que se um ato necessita de regras técnicas para sua edição, elas são anteriores a sua origem, através da técnica o administrador obteria apenas

¹³⁰ Art. 3º, I, da Lei 9.427 de 26.12.1996 da República Federativa do Brasil.

¹³¹ MELLO, Oswald Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 474-476.

¹³² SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Controle judicial dos atos administrativos: as questões técnicas e os limites da tutela de urgência**. Revista Interesse Público, nº 16, Porto Alegre: Notadez, 2002. p. 35.

uma solução.¹³³ Luís Manoel Fonseca Pires, como visto anteriormente, considera a atividade de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados como simples interpretação, logo, para ele não é possível identificar um regime jurídico próprio para a discricionariedade técnica, ou seria mera apreciação técnica ou pura discricionariedade administrativa.¹³⁴

Di Pietro corrobora com as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello e Renato Alesi, reconhecendo ser a aplicação de conceitos técnicos nem sempre vinculada à obrigação de a Administração seguir uma única solução possível.¹³⁵ Comprovam assertiva a existência de diferentes técnicas para a realização de determinada obra; assim como, no caso de tombamento de determinado bem, instrumento hábil para proteger o patrimônio histórico e artístico nacional, que pode deixar de ser feito, apesar de manifestação favorável do órgão técnico encarregado, por estar em conflito com a tutela de outros interesses públicos, v.g., a segurança, urbanização, etc.

Observação pertinente trazida por Andreas J. Krell comprova a dificuldade de individualização e determinação precisa de um conceito técnico. Mesmo as situações fáticas que dependem de uma disciplina técnica para esclarecer ou revelar o sentido, podem continuar imersas na indeterminação, não admitindo uma única resposta incontestável. A exemplo disso temos as ciências empírico-matemáticas que trabalham com conceitos de contornos individualizáveis; e a Medicina e Biologia, que possuem aspectos contidos na área das ciências exatas e no âmbito das ciências humanas.¹³⁶ Dessa forma, não é incomum que laudos periciais suscitem controvérsias técnicas permitindo mais de um entendimento razoável, restando evidente a poder discricionário de escolha.

Disciplinas técnicas e científicas também são passíveis de ambiguidade, sendo notórias as divergências encontradas no campo das ciências. Existem conhecimentos técnicos aceitos amplamente pela comunidade científica; outros decorrem de juízos oscilantes, controversos, mas igualmente válidos perante o Direito, consistindo numa solução justa.¹³⁷

¹³³ OLIVEIRA, Régis Fernandes Oliveira. **Ato Administrativo**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 88.

¹³⁴ PIRES, Luís Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 214.

¹³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 123-124.

¹³⁶ KRELL, Andreas. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 70.

¹³⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7ª edição. São Paulo: RT, 2003. p. 124-125.

Diante do exposto, é perceptível que os conceitos técnicos do mesmo modo poderão acarretar a indeterminação do Direito, visto que, as soluções técnicas nem sempre exteriorizam uma única solução correta. A expressão discricionariedade técnica é apropriada para especificar o exercício das atividades, que necessitam de uma fundamentação amparada em elementos de natureza técnica.

Entende-se que os vocábulos “discricionariedade” e “técnica” não são necessariamente antagônicos, referindo-se às situações em que a Administração precisa fazer uso de conhecimentos técnicos-científicos, somado a fatos não necessariamente técnicos, ou em situações em que somente o argumento técnico não seja suficiente para garantir uma única solução correta no caso concreto. Nas ocasiões onde vislumbra-se critérios técnicos ligados à critérios administrativos, poderá sim haver discricionariedade técnica.

Destarte, o tratamento jurídico da discricionariedade técnica deverá ser similar ao regime da discricionariedade propriamente dita, bem como ao tratamento conferido aos conceitos jurídicos indeterminados, observando as particularidades de cada um deles. Feita essa afirmação, conforme será analisado nos tópicos subsequentes, os atos administrativos dotados da chamada discricionariedade técnica não podem, no entanto, sob esse pretexto, estarem imunes de qualquer tipo de controle judicial.

O problema em questão não está propriamente na atribuição de discricionariedade a Administração, mas sim no administrador, na maneira como ele fará uso desse poder/dever. Agindo conforme o interesse público, com consciência coletiva, sua atuação será legítima. Entretanto, com um administrador mal-intencionado a lei não poderá impedir o uso indevido do poder em todas as hipóteses.¹³⁸

¹³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **A Discricionariedade: Análise de seu Delineamento Jurídico**. GARCIA, Emerson (COORD.) **Discricionariedade Administrativa**. 2ª edição. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 36.

CAPÍTULO II – DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

2.1 Direito fundamental ao meio ambiente – breve histórico

Antes de adentrarmos propriamente no relacionamento da discricionariedade administrativa com a questão ambiental, importa posicionar o tema meio ambiente como direito fundamental, independentemente de sua não inclusão explícita no rol do art. 5º da CF/88, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.¹³⁹ Os direitos fundamentais são justamente os direitos humanos consagrados pelo Estado como regras constitucionais escritas.

Com a finalidade de ordenar os direitos humanos a doutrina mundial nos traz uma classificação histórica, que resultou de um processo evolutivo desses direitos ao longo do tempo e da observação das necessidades da sociedade à época, distinguindo-os em direitos de primeira, segunda e terceira dimensões. Os direitos de primeira dimensão correspondem às liberdades negativas, direitos civis e políticos, que representam uma abstenção, e não uma conduta positiva por parte do Poder Público. Nessa dimensão, aparecem com maior destaque os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.

Tais direitos evoluíram para garantir também os direitos econômicos, sociais e culturais, representando o rol de liberdades positivas. Os direitos fundamentais de segunda dimensão estão ligados intimamente a direitos prestacionais sociais dos Estados perante o indivíduo, como assistência social, educação, saúde, lazer, trabalho e cultura. O direito ao meio ambiente aparece como direito de terceira dimensão, que engloba os direitos de titularidade difusa, referentes ao homem como coletividade, sendo por esse motivo chamados de direitos de solidariedade e direitos de fraternidade. Os mais citados direitos fundamentais de terceira dimensão são os direitos à autodeterminação dos povos, à paz, o

¹³⁹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2009. p. 20.

direito de comunicação, ao desenvolvimento, à qualidade de vida, e, claro, o direito ao meio ambiente.

O grande marco a respeito do direito ao meio ambiente está na Declaração de Estocolmo de 1972, fruto do primeiro grande Congresso Internacional sobre o meio ambiente. O primeiro princípio dispõe: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras...”.

No plano do direito interno, já está ele na Constituição portuguesa de 1976, art. 66: “1. Todos têm direito a um ambiente de vida humana, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender” e na Constituição espanhola de 1978, no art. 45, que consagra o direito de todos a “disfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa bem como o dever de o conservar”. A Constituição Portuguesa de 1976 incluiu o direito ao ambiente no catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais logo na sua redação originária. Era inequívoco que o “legislador constitucional” consagrava também o ambiente como tarefa que obrigava o Estado a adotar medidas de proteção.¹⁴⁰

Em 1981 aconteceu o primeiro marco na legislação brasileira de proteção ambiental. A Lei nº 6.938/81, dispendo sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, definiu conceitos, princípios, objetivos e instrumentos para a defesa do meio ambiente, reconhecendo ainda a importância deste para a manutenção e qualidade da vida.

O segundo marco na legislação brasileira foi a Lei nº 7.347/85, que apresentou o grande instrumento de defesa do meio ambiente: a ação civil pública. Assim, os danos ao meio ambiente poderiam chegar efetivamente ao Poder Judiciário. A Declaração do Rio de Janeiro de 1992 também tratou do meio ambiente e tem a seguinte formulação no seu princípio I: “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”.

¹⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. 1ª edição brasileira. 2ª edição portuguesa. São Paulo: RT, 2008. p. 179.

2.2 Proteção do meio ambiente como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988

De acordo com o artigo 225, “caput”, da Constituição da República Federativa do Brasil, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A importância do meio ambiente ecologicamente equilibrado se mostra como meio indispensável para a manutenção da vida digna das presentes e das futuras gerações, sendo necessária a união de toda sociedade para reverter o presente quadro de crise ambiental, principalmente quanto a negligência vista no licenciamento ambiental, buscando garantir um determinado padrão de preservação aceitável para a manutenção da vida terrena de forma justa e sustentável. A Constituição Federal de 1988 destinou capítulo especial ao estudo dos Direitos Fundamentais no ordenamento brasileiro, estatuidando o Título II denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”.

Para o doutrinador José Afonso da Silva a ampliação e transformação dos direitos humanos fundamentais no evoluir histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. O renomado autor ensina serem os direitos fundamentais não a contraposição dos cidadãos administrados à atividade pública na qualidade de uma limitação ao Estado, mas, sim, uma limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que deles dependem.¹⁴¹

Podemos definir direitos humanos fundamentais como o conjunto institucionalizado de direitos e garantias essenciais para o desenvolvimento digno da pessoa humana, tendo por finalidade básica o respeito de suas necessidades relativas à vida, liberdade, igualdade, participação política ou social, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e dos demais homens, sempre com a garantia dos poderes públicos de um reestabelecimento em caso de violação.

Não esgota o campo constitucional dos direitos fundamentais o amplo catálogo de direitos fundamentais ao qual é dedicada a Parte I da CF/88. Canotilho denomina esses

¹⁴¹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 175.

direitos fundamentais espalhados ao longo da Constituição de direitos fundamentais dispersos, que possuem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.¹⁴²

A ideia de que existem direitos fundamentais para além dos expressamente positivados na Carta é expressa no §2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, onde consta que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Em decorrência do sistema materialmente aberto dos direitos fundamentais, existem direitos fundamentais que o são devido à sua substância e em virtude do seu conteúdo, mesmo tais direitos não constando no catálogo.

Admite-se a existência de direitos fundamentais dentro da Constituição brasileira, mas fora do Título II, em Tratados Internacionais, além de direitos não-escritos, no sentido de não expressamente positivados, sem que esses venham a perder sua condição de materialmente fundamentais. Assim, o rol dos direitos fundamentais na Constituição brasileira, previstos no Título II, de forma alguma esgota os direitos fundamentais de que dispõem os cidadãos, amplitude que permitiu o direito a proteção ambiental ser acolhido como fundamental.¹⁴³

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece o direito ao meio ambiente como sendo um verdadeiro direito fundamental, considerando o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de terceira dimensão de “titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído não ao indivíduo identificado na sua singularidade, mas num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social”.¹⁴⁴ Observa-se, portanto, que a boa existência ecológica se firma como um legítimo Direito Fundamental, visto que sem ele o próprio Direito Fundamental à vida humana e sua dignidade, não se sustentaria. Meio ambiente e qualidade de vida fundem-se no direito à vida, transformando-se em direito fundamental.

É de extrema relevância que o Poder Público invista em meios capazes de intervir, minimizar ou proibir condutas lesivas ao meio ambiente. O licenciamento ambiental é um

¹⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2002. p. 402.

¹⁴³ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio Ambiente: Direito e Dever Fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 84.

¹⁴⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 22164 SP, Tribunal Pleno. Relator: Min. CELSO DE MELLO, julgado em 30/10/1995, DJ-17.11.95.

importante instrumento de gestão da Política Nacional de Meio Ambiente, disposta na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Por meio dele, a administração pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais. Analisaremos, posteriormente, como o Judiciário brasileiro vem se comportando no tocante ao controle judicial dos atos administrativos discricionários na área ambiental.

2.3 Os conceitos jurídicos indeterminados nas leis ambientais e sua interpretação axiologicamente adequada.

A técnica legislativa contemporânea faz uso de conceitos indeterminados, que demandam processos interpretativos mais complexos do aplicador do direito. Especialmente na questão ecológica, onde os riscos ambientais ultrapassam fronteiras e gerações, é fundamental que a vagueza e a indeterminação não impliquem em insegurança jurídica aos administrados.

Como o patrimônio natural não foi criado por nenhuma geração, o direito de igualdade e justiça ambientais é igualmente um dever de preservação do mesmo para as futuras gerações.¹⁴⁵ Cada ser vivo desempenha uma função específica qualitativa e quantitativa no ecossistema como um todo, essa desigualdade de funções implica no equilíbrio necessário para a evolução da matéria.¹⁴⁶

Carla Amado reconhece a realidade ambiental como dependente das ciências extrajurídicas e dominada por elementos da natureza imprevisíveis, sendo, portanto, difícil enxergar uma alternativa que não remeta a Administração a tarefa de preencher os espaços deixados na norma, pelo legislador.¹⁴⁷

Ao jurista é recomendado buscar na moderna ecologia os conceitos básicos para a proteção ambiental almejada pela comunidade. A adoção de métodos tradicionais do Direito

¹⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada**. Revista do CEDOUA, Ano IV, 2.01. Coimbra: Almedina, 2001. p. 11.

¹⁴⁶ NEGRET, Rafael. **Ecossistema – unidade básica para o planejamento da ocupação territorial**. Rio de Janeiro: FGV, 1982. p. 1.

¹⁴⁷ GOMES, Carla Amado. **A Vinculação e Discricionariedade do Legislador Ambiental – O Mito do Desenvolvimento Sustentável**. GARCIA, Emerson (COORD.) **Discricionariedade Administrativa**. 2ª edição. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 347.

tornou-se insuficiente diante da complexidade dos ecossistemas e das múltiplas interações em seu interior, que penetram no universo jurídico, assentando-se na própria Constituição.¹⁴⁸

As condições institucionais brasileiras divergem bastante do modelo ideal voltado para uma adequada preservação do ambiente. A maior parte dos órgãos estaduais e municipais não possuem uma estrutura organizacional satisfatória, sofrendo com a falta de recursos e de pessoal especializado, além de contarem com uma dependência política prejudicial aos processos de fiscalização e licenciamento.¹⁴⁹

Verifica-se que um controle judicial intenso dos atos administrativos não implica necessariamente em uma maior proteção ambiental. Julgados dos Tribunais de Justiça de vários Estados brasileiros e dos Tribunais Federais de algumas regiões demonstram ainda existir muita influência de agentes dotados de poder econômico e político tendentes a desconsiderar o cuidado com o meio ambiente favorecendo projetos de legalidade duvidosa.¹⁵⁰

Na interpretação dos conceitos indeterminados das leis ambientais, tanto o administrador como o Judiciário devem deixar transparecer os valores e princípios constitucionais protetivos do meio ambiente. Ainda são escassas as decisões dos tribunais superiores brasileiros, relativamente à proteção ambiental, que pudessem servir de parâmetro e solução para o preenchimento dos espaços de discricionariedade das leis.¹⁵¹

O processo de licenciamento ambiental, além dos aspectos jurídicos, possui uma conotação técnica bastante acentuada. Diante disso, Paulo de Bessa Antunes argumenta que não comporta regras muito amarradas e peremptórias, ao mesmo tempo que também não podem ser abertas demais, gerando uma enorme tensão entre o princípio da legalidade e o informalismo.¹⁵²

¹⁴⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 99.

¹⁴⁹ KRELL, Andreas. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 90.

¹⁵⁰ KRELL, Andreas. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 91.

¹⁵¹ KRELL, Andreas. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 92.

¹⁵² ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 201.

2.4 Natureza jurídica da licença ambiental: ato vinculado ou discricionário

Inicialmente, faz-se necessário distinguir licenças e autorizações. Na doutrina, e mesmo na jurisprudência brasileira, esses conceitos já estão suficientemente claros. No entanto, a legislação ambiental ainda as emprega assistematicamente, sem atenção ao sentido técnico dos termos.¹⁵³ José dos Santos Carvalho Filho conceitua licença como o ato vinculado e definitivo, por meio do qual a Administração exerce seu poder fiscalizatório, consentido ou não, em cada caso, como o desempenho de certa atividade.¹⁵⁴

Por sua vez, autorização é o ato administrativo discricionário e precário, pelo qual o Poder Público consente ao particular exercer atividade ou utilizar bem público em seu próprio interesse, que a lei condiciona à anuência prévia da Administração.¹⁵⁵ A autoridade analisa discricionariamente, segundo os critérios de conveniência e oportunidade.

Portanto, a licença somente é adequada naquelas hipóteses em que preexiste o direito subjetivo ao exercício da atividade. Comprovado pelo titular do direito o cumprimento dos requisitos para o seu efetivo exercício, não pode o Poder Público recusá-la, porque, do preenchimento de seus requisitos nasce o direito subjetivo à licença.¹⁵⁶ Trata-se de ato vinculado e a discricionariedade, por parte do administrador, é afastada.

Édis Milaré explica a diferença entre os dois institutos evidenciando o fato da autorização envolver interesse, caracterizando-se como ato discricionário, e a licença envolver direito, caracterizando-se como ato vinculado.¹⁵⁷ Portanto, a autorização configura ato constitutivo e a licença, ato declaratório de direito preexistente.¹⁵⁸

Em se tratando de licenciamento ambiental, a diferença é bastante nítida. Segundo Fiorillo, a licença ambiental, enquanto licença, deixa de ser um ato vinculado para ser um ato com discricionariedade *suis generis*.¹⁵⁹ Machado afirma que a maneira como a expressão

¹⁵³ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 278.

¹⁵⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 119.

¹⁵⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. . 14ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 122.

¹⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 278.

¹⁵⁷ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 789.

¹⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2003. p. 220.

¹⁵⁹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 196.

licenciamento ambiental vem sendo empregada na doutrina e legislação não representa a utilização do termo jurídico licença, em seu rigor técnico-jurídico.¹⁶⁰

Um Estudo de Impacto Ambiental – EIA pode apontar um empreendimento como desfavorável e, apesar disso, a autoridade competente proceder ao licenciamento. Nesse sentido, Bechara entende que “a não-vinculatividade do Poder Público deve-se ao fato de que o EIA não oferece uma resposta objetiva e simples acerca dos prejuízos ambientais que uma determinada obra ou atividade possa causar. É um estudo amplo, merecendo interpretação, em virtude de elencar os convenientes e inconvenientes do empreendimento, bem como ofertar as medidas cabíveis à mitigação dos impactos ambientais negativos e também medidas compensatórias. Não se trata de formalismo simplório, sem teor ou conteúdo interpretativo”.¹⁶¹

Dessa forma, as licenças ambientais representariam mais uma autorização, e não uma licença, na concepção difundida pelo direito administrativo. Mukai esclarece que, a Lei 6.938/81 ao prever o licenciamento ambiental e sua revisão, das atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, constituindo instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, não restaria dúvida nenhuma que tais expressões devem ser entendidas como sinônimos de autorizações, atos administrativos precários e discricionários.¹⁶² A licença em tela teria natureza jurídica de autorização, pois o § 1º do art. 10 da Lei 6.938/81¹⁶³ fala em pedido de renovação de licença. Juridicamente, uma licença é definitiva e não precisaria de uma renovação.

Sem embargo, a licença ambiental não é definitiva, goza de estabilidade temporal pelo prazo de vigência. No sistema brasileiro, são previstos diferentes prazos de validade para cada tipo de licença. Cabe ao órgão ambiental competente, mediante decisão motivada, modificar os condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar

¹⁶⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 24ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 322.

¹⁶¹ BECHARA, Érika. **A Proteção da Fauna sob a Ótica Constitucional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 45.

¹⁶² MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 90.

¹⁶³ Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental. § 1º Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial, bem como em periódico regional ou local de grande circulação, ou em meio eletrônico de comunicação mantido pelo órgão ambiental competente.

uma licença expedida, quando ocorrer: “I - Violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais. II - Omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença. III - superveniência de graves riscos ambientais e de saúde”.¹⁶⁴

Algumas características permitem distinguir as licenças ambientais das licenças administrativas. A licença ambiental se divide em três tipos: a licença prévia, a de instalação e a de operação. Além disso para sua concessão é necessário, na maior parte dos casos, alguma forma de avaliação de impacto ambiental. Possui prazos determinados de validade, não sendo precária como as autorizações administrativas nem definitivas como as licenças administrativas, caracterizando-se por uma estabilidade temporal.¹⁶⁵

A licença ambiental não pode ser entendida como se fosse uma simples licença de Direito Administrativo. Estas últimas, uma vez concedidas, passam à condição de direito adquirido para quem as recebeu. Diante deste cenário, apenas poderão ser revogadas pela infração às normas legais por parte de seu titular.¹⁶⁶ Para Milaré, no entanto, não há que se falar em equívoco na utilização pelo legislador do vocábulo licença. O equívoco seria pretender identificar na licença ambiental, regida pelos princípios informadores do Direito do Ambiente, os mesmos traços que caracterizam a licença tradicional do Direito

¹⁶⁴ Resolução CONAMA 237/97, Art. 18 - O órgão ambiental competente estabelecerá os prazos de validade de cada tipo de licença, especificando-os no respectivo documento, levando em consideração os seguintes aspectos: I - O prazo de validade da Licença Prévia (LP) deverá ser, no mínimo, o estabelecido pelo cronograma de elaboração dos planos, programas e projetos relativos ao empreendimento ou atividade, não podendo ser superior a 5 (cinco) anos. II - O prazo de validade da Licença de Instalação (LI) deverá ser, no mínimo, o estabelecido pelo cronograma de instalação do empreendimento ou atividade, não podendo ser superior a 6 (seis) anos. III - O prazo de validade da Licença de Operação (LO) deverá considerar os planos de controle ambiental e será de, no mínimo, 4 (quatro) anos e, no máximo, 10 (dez) anos. § 1º - A Licença Prévia (LP) e a Licença de Instalação (LI) poderão ter os prazos de validade prorrogados, desde que não ultrapassem os prazos máximos estabelecidos nos incisos I e II. § 2º - O órgão ambiental competente poderá estabelecer prazos de validade específicos para a Licença de Operação (LO) de empreendimentos ou atividades que, por sua natureza e peculiaridades, estejam sujeitos a encerramento ou modificação em prazos inferiores. § 3º - Na renovação da Licença de Operação (LO) de uma atividade ou empreendimento, o órgão ambiental competente poderá, mediante decisão motivada, aumentar ou diminuir o seu prazo de validade, após avaliação do desempenho ambiental da atividade ou empreendimento no período de vigência anterior, respeitados os limites estabelecidos no inciso III. § 4º - A renovação da Licença de Operação (LO) de uma atividade ou empreendimento deverá ser requerida com antecedência mínima de 120 (cento e vinte) dias da expiração de seu prazo de validade, fixado na respectiva licença, ficando este automaticamente prorrogado até a manifestação definitiva do órgão ambiental competente. Art. 19 – O órgão ambiental competente, mediante decisão motivada, poderá modificar os condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar uma licença expedida, quando ocorrer: I - Violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais. II - Omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença. III - superveniência de graves riscos ambientais e de saúde.

¹⁶⁵ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 p. 803.

¹⁶⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 205.

Administrativo, nem sempre compatíveis.¹⁶⁷ Por mais próximas que sejam não podemos considerá-las iguais.

A utilização das palavras “autorização” pelo constituinte e “licença” pelo legislador não demonstra o sentido jurídico atribuído pela doutrina às respectivas categorias doutrinárias. É preciso ser observado o contexto normativo onde tais termos estão inseridos.¹⁶⁸ Krell entende que essa visão da licença ambiental como verdadeira autorização surge da equivocada ideia de que uma licença seria sempre vinculada, reconhecendo, apenas, direito prévio, e uma autorização sempre discricionária.¹⁶⁹ Sundfeld esclarece que esse tipo de conceituação foi previsto para um “Direito positivo muito mais simples do que o atualmente vigente”.¹⁷⁰

Portanto, apesar da licença ambiental não ter exatamente as mesmas características da licença administrativa, ela não pode ser simplesmente equiparada a uma autorização administrativa. Talden Farias adverte que mais sensato é enquadrar a licença ambiental como um ato administrativo próprio, podendo ser vinculado ou discricionário, posto que engloba características comuns às autorizações e às licenças administrativas.¹⁷¹

Parece mais coerente considerar a licença ambiental uma *nova espécie* de ato administrativo, reunindo características das duas referidas categorias tradicionais, em virtude dos prazos determinados de vigência e da falta de precariedade, inviabilizando a revogação por meras razões de conveniência e oportunidade.¹⁷² Deste modo, a licença ambiental não é vinculada ou discricionária por sua natureza. Sua caracterização dependerá da vontade do próprio legislador em cada nível federativo, a quem caberá a escolha entre a concessão de maiores ou menores espaços para os órgãos administrativos, na tomada de decisão sobre a concessão ou negação da licença.

¹⁶⁷ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 p. 802.

¹⁶⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regime Jurídico da Licença Ambiental**. Revista de Direito Ambiental, nº 40, São Paulo: RT. 2005. p. 193.

¹⁶⁹ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 58.

¹⁷⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licenças e autorizações no Direito Administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público, nº 3, São Paulo: Malheiros. 1994. p. 68.

¹⁷¹ FARIAS, Talden. **Licenciamento Ambiental: Aspectos Teóricos e Práticos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 234.

¹⁷² MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regime Jurídico da Licença Ambiental**. Revista de Direito Ambiental, nº 40, São Paulo: RT. 2005. p. 211.

Admitir a perpetuidade das licenças, independentemente das consequências, seria o mesmo que compactuar com a degradação ambiental. As grandes empresas, assim que obtivessem suas respectivas licenças, sentir-se-iam livres para poluir e degradar o meio ambiente, protegidas pela legalidade de suas licenças. Ao mesmo tempo, ao caracterizar as licenças ambientais como meramente discricionárias, podendo serem revogadas a qualquer tempo, geraria uma forte insegurança jurídica, ao ponto de afastar investimentos econômicos e comerciais.¹⁷³ É pouco útil insistir na discussão sobre a natureza da licença ambiental, uma vez que existem vários tipos diferentes de licenças ambientais, com grau de vinculação altamente variável, dependendo da respectiva área setorial e da sua específica função.

2.5 Licenciamento e licença ambiental

De acordo com a Resolução n° 237/97 do CONAMA, art. 1º, I, podemos definir licenciamento ambiental como “procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso”.

A mesma Resolução, em seu art. 1º, II, também conceituou licença ambiental ao determinar “é o ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental”.

Sirvinkas conceitua licença ambiental como uma outorga concedida pela Administração Pública aos que pretendem exercer uma atividade potencialmente ou

¹⁷³ FARIAS, Talden. **Licenciamento Ambiental: Aspectos Teóricos e Práticos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 235.

significativamente poluidora.¹⁷⁴ Fiorillo, por sua vez, define licenciamento como um complexo de etapas que compõem o procedimento administrativo, e tem por finalidade a concessão de licença ambiental.¹⁷⁵ A licença seria uma das fases do procedimento. Para José Afonso da Silva, as licenças ambientais são atos administrativos de controle preventivo de atividades de particulares no exercício de seus direitos, sendo que, para o exercício destes, fica ele condicionado à obtenção da licença da autoridade competente.¹⁷⁶

O licenciamento constitui importante instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente. Por meio dele a Administração Pública procura exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, buscando compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico.¹⁷⁷

Destarte, podemos dizer ser o licenciamento ambiental o processo administrativo por meio do qual se verificam as condições de concessão da licença ambiental, e esta é o ato administrativo que concede o direito de exercer toda e qualquer atividade utilizadora de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidora.¹⁷⁸ Não se deve confundir o licenciamento ambiental com a licença ambiental. O licenciamento é um processo de caráter complexo, possuindo várias etapas, enquanto a licença, que pode vir a ser concedida ou não, é a fase final daquele.

O sistema de licenciamento ambiental tem por finalidade assegurar não serem praticados atentados contra o meio ambiente.¹⁷⁹ A função do licenciamento ambiental é prevenir que certos projetos e atividades de particulares ou do próprio Poder Público, possa afetar as condições ambientais levando a degradações.¹⁸⁰ Sujeita-se ao licenciamento ambiental toda atividade capaz de causar poluição ou degradação ambiental, sobretudo aqueles empreendimentos de vulto, que exigem prévio Estudo de Impacto Ambiental (EIA).

¹⁷⁴ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 232.

¹⁷⁵ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 195.

¹⁷⁶ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 290-291.

¹⁷⁷ MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 789.

¹⁷⁸ FARIAS, Talden. **Licenciamento Ambiental: Aspectos Teóricos e Práticos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 28.

¹⁷⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 197.

¹⁸⁰ KRELL, Andreas 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. p. 58.

Conforme dispõe o art. 10, da Resolução 237/97 do CONAMA, o procedimento de licenciamento ambiental obedecerá a oito etapas, dispostas nos incisos do artigo supracitado.¹⁸¹ Em caso de deferimento, esta fase de emissão de licença desdobra-se em:

I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento da atividade, aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação.

II - Licença de Instalação (LI) - expressa consentimento para o início da instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinantes.

III - Licença de Operação (LO) - possibilita a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

Em outras hipóteses, serão necessárias outras licenças, menos conhecidas, além das que acabam de ser elencadas.

¹⁸¹ Resolução CONAMA 237/97, Art. 10 - O procedimento de licenciamento ambiental obedecerá às seguintes etapas: I - Definição pelo órgão ambiental competente, com a participação do empreendedor, dos documentos, projetos e estudos ambientais, necessários ao início do processo de licenciamento correspondente à licença a ser requerida; II - Requerimento da licença ambiental pelo empreendedor, acompanhado dos documentos, projetos e estudos ambientais pertinentes, dando-se a devida publicidade; III - Análise pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados e a realização de vistorias técnicas, quando necessárias; IV - Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, uma única vez, em decorrência da análise dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados, quando couber, podendo haver a reiteração da mesma solicitação caso os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios; V - Audiência pública, quando couber, de acordo com a regulamentação pertinente; VI - Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, decorrentes de audiências públicas, quando couber, podendo haver reiteração da solicitação quando os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios; VII - Emissão de parecer técnico conclusivo e, quando couber, parecer jurídico; VIII - Deferimento ou indeferimento do pedido de licença, dando-se a devida publicidade. § 1º - No procedimento de licenciamento ambiental deverá constar, obrigatoriamente, a certidão da Prefeitura Municipal, declarando que o local e o tipo de empreendimento ou atividade estão em conformidade com a legislação aplicável ao uso e ocupação do solo e, quando for o caso, a autorização para supressão de vegetação e a outorga para o uso da água, emitidas pelos órgãos competentes. § 2º - No caso de empreendimentos e atividades sujeitos ao estudo de impacto ambiental - EIA, se verificada a necessidade de nova complementação em decorrência de esclarecimentos já prestados, conforme incisos IV e VI, o órgão ambiental competente, mediante decisão motivada e com a participação do empreendedor, poderá formular novo pedido de complementação.

CAPÍTULO III – CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA E LICENCIAMENTO AMBIENTAL

3.1 Considerações preliminares sobre o Controle Jurisdicional da Administração Pública

Os sistemas de controle jurisdicional da Administração podem ser divididos em dois modelos distintos: jurisdição dupla ou dualidade de jurisdição; e jurisdição una ou única. Entende-se que esses sistemas administrativos são os tipos de regimes adotados pelo Estado para “a correção dos atos administrativos ilegais ou ilegítimos praticados pelo Poder Público em qualquer dos seus departamentos de governo”¹⁸², e podem apresentar predominância da jurisdição comum ou da especial conforme as características do ordenamento jurídico.

No sistema de jurisdição dupla, também chamado de sistema do contencioso administrativo ou sistema francês, em razão de sua origem, existem duas ordens jurisdicionais: uma ordinária e a outra administrativa. Nesse sistema, a Administração Pública possui uma jurisdição própria, encarregada especialmente de conhecer e julgar as lides em que ela é parte ou terceira interessada.¹⁸³ Há coexistência de uma jurisdição comum e uma administrativa, ambas estruturadas independentemente.

Em contrapartida, no sistema de jurisdição una não há divisão de jurisdições. Conhecido como sistema inglês, no sistema do controle judicial todos os litígios são resolvidos pelos juízes e tribunais do Poder Judiciário, sejam eles de natureza administrativa ou de interesses exclusivamente privados. O Brasil acolheu o sistema da jurisdição única desde sua primeira República (1891), separando o administrador do juiz. Significa dizer ser, o Poder Judiciário, o único competente para proferir decisões com autoridade final e conclusiva.¹⁸⁴

Nos países europeus, em sua maior parte, o controle jurisdicional dos atos da Administração é feito por órgãos independentes e autônomos, integrantes da própria

¹⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 53.

¹⁸³ MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3ª edição. São Paulo: RT, 2014. p. 205.

¹⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 58.

Administração. A adoção desse sistema é resultado das experiências históricas e políticas por que passaram esses países.¹⁸⁵ Em Portugal, a implantação do regime liberal, consolidado a partir de 1833, levou a adoção de um sistema administrativo do tipo francês, com independência dos órgãos administrativos em relação aos órgãos judiciais.¹⁸⁶

Feitos esses esclarecimentos iniciais, passa-se a analisar o controle judicial dos atos da Administração Pública sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, para posterior compreensão da problemática da interpretação da discricionariedade técnica e conceitos indeterminados no direito ambiental pelos tribunais.

3.2 Limites da discricionariedade e controle pelo Poder Judiciário

O Poder Judiciário exerce privativamente o controle judicial dos atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando estes realizam atividade administrativa. É caracterizado como um controle repressivo, sempre a posteriori, e restrito à análise da legalidade do ato, ou seja, à verificação da conformação do ato com a norma que o rege.¹⁸⁷

Nessa espécie de controle, alguns limites precisam ser observados quando de seu exercício. Em relação aos atos vinculados, que possuem todos os seus elementos definidos em lei, não há restrição, ao Judiciário caberá examinar todos os seus aspectos e decretar sua nulidade se estiverem em desacordo com a lei.¹⁸⁸

Já em relação ao controle judicial dos atos discricionários é possível sua realização, mas deverá ser respeitada a discricionariedade administrativa assegurada a Administração pela lei. Como visto anteriormente, a discricionariedade é um poder delimitado previamente pelo legislador, que deixa intencionalmente um espaço de decisão para que o administrador decida com base em razões de oportunidade e conveniência. Não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço, substituindo a vontade legítima da autoridade competente.¹⁸⁹

¹⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 76.

¹⁸⁶ CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo – Vol. I**. 10ª edição. Coimbra: Almedina, 2015. p. 27.

¹⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 58.

¹⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2003. p. 210.

¹⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2003. p. 211.

Hely Lopes Meirelles pondera que, a competência do Judiciário para a revisão dos atos administrativos circunscreve-se ao controle da *legalidade* e da *legitimidade*, sendo a *legalidade* entendida como a conformidade do ato com a norma que o rege; e a *legitimidade* como a conformidade do ato com os princípios básicos da Administração Pública, notadamente os do interesse público, da moralidade, da finalidade e da razoabilidade.¹⁹⁰

Percebe-se que, a rigor, quanto ao ato administrativo discricionário, o Judiciário poderá analisá-lo sob a perspectiva da legalidade e legitimidade, verificando se a Administração ultrapassou os contornos da discricionariedade conferidos pela lei. As teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes são apontadas pela doutrina como limitações ao exercício do poder discricionário, ampliando a possibilidade de controle jurisdicional.

O desvio de poder teve sua teoria constituída pelo Conselho de Estado Francês, e é um vício que enferma o ato administrativo formado em descompasso com o fim legal que lhe estava determinado pelo Direito. Mencionado órgão admitiu em 1864 a existência do *desvio de poder* como uma das hipóteses de cabimento do recurso por *excesso de poder*, apropriado contra atos administrativos maculados por ilegalidades.¹⁹¹

O vício por desvio de poder é objetivo, basta a constatação da discrepância entre a finalidade da lei e do ato praticado, não importando se a vontade do agente foi intencional ou não.¹⁹² Não é necessário que o fim almejado seja um fim privado ou interesse particular do agente, é suficiente que seja diferente do previsto e estabelecido na norma que atribui a discricionariedade, ainda que tal fim seja público.¹⁹³ Verifica-se que o desvio de poder pode ser reconhecido em duas situações, quando o agente público age em desacordo com o interesse público, ou quando ele busca atender finalidade que, embora pública, é diversa daquela prevista na lei atributiva de competência.

No Brasil, o primeiro julgado a trazer o tema do controle judicial da discricionariedade relacionado ao desvio de poder foi um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte em 1948, no julgamento da Apelação Cível nº 1.422, sob relatoria do então Desembargador Seabra Fagundes. Considerado o *leading case* brasileiro sobre o tema,

¹⁹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 58.

¹⁹¹ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 290.

¹⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 862-863.

¹⁹³ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 478.

a decisão considerou que houve violação do princípio constitucional da igualdade, beneficiando o interesse particular de uma determinada empresa de transporte em detrimento dos interesses da coletividade e dos demais licitantes.¹⁹⁴

Seguramente, esse aresto foi muito significativo para o controle jurisdicional dos atos da Administração Pública brasileira, porquanto demonstrou que os aspectos meramente formais da legalidade dos atos discricionários (competência e forma) eram insuficientes para reprimir os abusos cometidos pelo Estado.¹⁹⁵ Krell esclarece que até pouco tempo atrás, a contribuição da maior parte da doutrina brasileira limitava-se a análise da teoria do desvio de poder, muito em função do combate aos fenômenos do nepotismo, do clientelismo, da corrupção e da falta de uma clara separação entre o espaço público e o privado, no âmbito da sociedade.¹⁹⁶

Também de origem francesa, teoria dos motivos determinantes relaciona a validade do ato aos motivos indicados como seu fundamento, de modo que, quando a Administração motiva um ato, mesmo não havendo exigência na lei, ele somente será válido se os motivos forem verdadeiros. O Judiciário terá que examinar os pressupostos de fato e as provas da ocorrência do ato, inexistindo os motivos declarados ou não sendo os mesmos verdadeiros, o ato deverá ser anulado.¹⁹⁷

A legalidade, em sentido amplo, é o limite fundamental à discricionariedade administrativa, dela decorrem outros fatores específicos limitativos, como a competência e a forma do ato, o fim previsto na lei, os princípios gerais de direito, em especial a boa-fé, a racionalidade ou razoabilidade, a justiça, a igualdade, e o direito de defesa.¹⁹⁸

Os conceitos jurídicos indeterminados não são *propriamente* limites à discricionariedade. Na realidade, deve-se observar no caso concreto se depois de realizada a interpretação ou mesmo a integração de normas jurídicas foi possível chegar a uma única solução justa perante o direito. Após finalizado o trabalho de interpretação, restarem duas

¹⁹⁴ LEAL, Victor Nunes. **Poder discricionário da administração – abuso desse poder – mandado de segurança – direito líquido e certo**. Revista de Direito Administrativo, nº 14, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1948. p. 81.

¹⁹⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 217.

¹⁹⁶ KRELL, Andreas. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 25.

¹⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2003. p. 204.

¹⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 149-150.

ou mais hipóteses viáveis, a escolha caberá discricionariamente a Administração e não poderá ser revista pelo Judiciário.¹⁹⁹

3.3 Inafastabilidade da tutela jurisdicional e separação de poderes

O princípio do controle jurisdicional dos atos administrativos, assim como o princípio da legalidade, constitui fundamentos da ideia do Estado de Direito. A Constituição brasileira²⁰⁰ em seu art. 5º, XXXV, estabelece que ato algum escapa ao controle Judiciário, uma vez que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Qualquer comportamento danoso praticado pela Administração Pública pode ser levado ao Poder Judiciário, sem prejuízo de outras reparações cabíveis.²⁰¹

A separação dos poderes²⁰² também é um princípio fundamental constitucionalmente previsto, conforme se depreende do art. 2º da Constituição brasileira. Consiste em confiar cada uma das funções governamentais a órgãos diferentes, não possuindo atualmente a rigidez de outrora. Com o alargamento das atividades do Estado contemporâneo foi inevitável o surgimento de uma nova visão da teoria da separação dos poderes e do relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, sendo, hoje, preferível falar em independência orgânica e harmonia dos poderes.²⁰³

A *independência* dos poderes significa que a investidura e a permanência das pessoas em determinado órgão do governo não dependem da vontade dos outros; no exercício das atribuições próprias de cada órgão não é necessária consulta nem autorização dos demais; e na organização dos respectivos serviços há liberdade de atuação, devendo ser observadas as disposições constitucionais e legais.²⁰⁴

E a *harmonia* entre os poderes verifica-se pela cortesia no trato recíproco e respeito às prerrogativas a que todos têm direito, existindo um sistema de freios e contrapesos,

¹⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionabilidade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 150.

²⁰⁰ Art. 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

²⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 77.

²⁰² Art. 2º – São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

²⁰³ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 109.

²⁰⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 110.

necessário para o equilíbrio da realização do bem da coletividade. Nesse sistema não há domínio de um órgão pelo outro nem a usurpação de funções, deve existir colaboração e controle recíproco, evitando distorções e desmandos.²⁰⁵

Não mais se discute na doutrina a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos discricionários eivados de nulidades, a grande questão que se põe é qual o limite desse controle, incluindo a análise de conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade técnica, expressões de textura aberta que necessitam complementação, considerando sempre a liberdade constitucionalmente assegurada ao administrador, dentro da autonomia do poder por ele representado.

No tocante aos conceitos jurídicos indeterminados, embora vagos e imprecisos, possuem um campo significativo delimitado. O judiciário deverá verificar se na aplicação desse conceito a autoridade administrativa orientou-se dentro do campo semântico de compreensão razoável, sobretudo considerando a delimitação contextual das circunstâncias concretas e das possíveis consequências do sentido empregado pelo administrador.²⁰⁶

Victor Nunes Leal assevera que a tarefa de verificar os limites do poder discricionário não pertence à Administração, mas à Justiça, a quem compete a apreciação da demarcação da zona livre de incerteza do conceito, uma vez cabendo ao Judiciário a palavra final na tarefa de interpretar o direito positivo.²⁰⁷ Para Ehrhardt Soares, a ideia central da teoria da separação dos poderes está no reconhecimento de forças político-sociais diversas que se equilibram mutuamente.²⁰⁸

O princípio da separação dos poderes deve ser enxergado como uma divisão de funções entre os órgãos que compõe o Estado Democrático de Direito, com controle e fiscalização recíprocos. O aparente conflito entre esses dois princípios precisa ser compatibilizado de maneira que a Administração possa atuar discricionariamente quando permitida por lei e o Judiciário possa exercer sua função dentro do ordenamento sem a acusação de intromissão indevida em outro poder.

²⁰⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 110.

²⁰⁶ ROMAN, Flávio José. **Discricionariedade Técnica na Regulação Econômica**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 70.

²⁰⁷ LEAL, Victor Nunes. **Poder discricionário da administração – abuso desse poder – mandado de segurança – direito líquido e certo**. Revista de Direito Administrativo, nº 14, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1948. p. 65.

²⁰⁸ SOARES, Rogério Ehrhardt, **Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva**. Boletim da Faculdade de Direito, nº 57, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1981. p. 180.

Nesse sentido pontua Krell, para quem o enfoque jurídico-funcional da atualidade parte da premissa de que o princípio da separação dos poderes enfatiza a necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíprocos entre os órgãos integrantes do Estado. As figuras jurídicas da margem de livre apreciação, dos conceitos jurídicos indeterminados e da discricionariedade representam simplesmente *códigos dogmáticos* para uma delimitação jurídico-funcional dos âmbitos próprios de atuação da Administração e dos tribunais.²⁰⁹

O controle pelo judiciário da atuação administrativa discricionária não viola o princípio da separação dos poderes, pois ao juiz cabe somente analisar a conformidade da atuação da Administração com o ordenamento jurídico e o devido processo legal, não havendo substituição do administrador pelo juiz.²¹⁰

3.4 Discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados – parâmetros para um controle juridicamente adequado

Conforme o exposto em linhas pretéritas, nota-se não ser tarefa fácil identificar os critérios que devem ser aplicados para um controle judicial adequado dos atos administrativos oriundos de conceitos jurídicos indeterminados. No Estado de Democrático de Direito não existe espaço decisório da Administração externo ao Direito e aos princípios constitucionais.

Adota-se nesta dissertação a concepção de que o conceito jurídico indeterminado apresenta uma área de certeza positiva, onde não resta dúvida acerca do que representa o sentido do vocábulo designado, e uma área de certeza negativa, dentro da qual se sabe que

²⁰⁹ KRELL, Andreas. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 64.

²¹⁰ Precedente do Superior Tribunal de Justiça, nesse sentido: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - ADMINISTRATIVO - SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO - OUTORGA DE RÁDIO COMUNITÁRIA: LEI 9.612/98 E DECRETO 2.615/98 - NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO ÓRGÃO COMPETENTE – DEMORA INJUSTIFICADA - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA EFICIÊNCIA - PRAZO PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO - SOLUÇÃO VIÁVEL NO CASO ESPECÍFICO. 1. A Lei 9.612/98 criou novo sistema de radiodifusão, facilitando a concessão, mas exigindo para funcionamento autorização prévia. 2. A falta do serviço de autorização, na linha da jurisprudência desta Corte, com base nos princípios da moralidade e da eficiência, permite, excepcionalmente, a intervenção do Poder Judiciário. 3. Intervenção que não aceita a substituição do Legislador pelo Juiz, que se limita a assinar prazo para que a Administração delibere sobre o processo administrativo. Precedentes. 4. Pretensão examinada pelo pedido formulado na inicial 3. Solução que resta inviabilizada em razão da ausência de pedido na exordial. 5. Embargos de divergência providos. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EREsp 1100057/RS, Relator: Min. ELIANA CALMON, julgado em 28/10/2009, DJe-10.11.09.

o conceito não está contido, está de fato excluído. A margem de apreciação administrativa está contida justamente na área de penumbra, zona intermediária, que não pode ser substituída pela apreciação proferida pelo Poder Judiciário.

Binenbojm teoriza que a densidade do controle judicial não segue uma lógica puramente normativa. Como critério básico temos que, ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos. Entretanto, devem ser observados também os procedimentos adotados pela Administração, assim como as competências e responsabilidades dos órgãos decisórios.²¹¹

Desta maneira, ficariam estabelecidos critérios de uma dinâmica distributiva de tarefas e responsabilidades entre a Administração e o Judiciário baseados não apenas na estrutura normativa do ato a ser praticado, mas, sobretudo, na estrutura orgânica de cada Poder, sua legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação e preparação técnica.

Partindo para uma sistematização mais geral, perfilhamos os parâmetros elencados por Binenbojm²¹² que devem ser considerados pelo magistrado no momento de exercer o controle jurisdicional sobre os atos administrativos no sistema legislativo brasileiro:

a) quanto maior o grau de restrição a direitos fundamentais, mais intenso deve ser o controle. Aqui vê-se a necessidade de defesa dos direitos básicos dos cidadãos por órgãos independentes;

b) quanto maior o grau de objetividade extraível dos relatos normativos incidentes à hipótese em exame, mais intenso deve ser o grau do controle judicial. O magistrado deve atentar para a tipologia da norma jurídica em questão, v.g. regras, conceitos jurídicos indeterminados, princípios;

c) quanto maior o grau de tecnicidade da matéria, menos intenso deverá ser o controle. Privilegia-se a especialização funcional e eficiência na organização e funcionamento dos órgãos integrantes do Estado;

d) quanto maior o grau de politicidade da matéria, menos intenso deverá ser o controle. Os valores legitimidade democrática e responsividade dos órgãos do Estado são protegidos;

²¹¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 331.

²¹² BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 253-254.

e) quanto maior o grau de participação efetiva e consenso obtido em torno da decisão administrativa, menos intenso deverá ser o controle judicial. Valoriza-se a participação social em processos de consulta pública ou audiência pública.

No tocante ao controle judicial, há uma diferença fundamental entre o controle em relação ao poder discricionário e em relação ao conceito jurídico indeterminado, conforme registro de Almiro do Couto e Silva. Os atos administrativos que aplicam conceitos jurídicos indeterminados não estão submetidos a um limite inicial estabelecido na lei, quando do seu exame judicial. “O próprio julgador, no instante de decidir, é que verificará se há um limite, ou não, ao controle judicial. Haverá limite se, em face da complexidade do caso, da diversidade de opiniões e pareceres, não podendo ver com clareza qual a melhor solução, não lhe couber outra alternativa senão a de pronunciar um *non liquet*, deixando intocável a decisão administrativa”.²¹³

Por outro lado, o exame judicial de atos administrativos envolvendo o poder discricionário, está limitado pela lei *a priori*. A norma jurídica estabelece desde o princípio as balizas limitadoras da decisão da autoridade administrativa. “Dentro daquele espaço, qualquer uma delas será juridicamente incensurável e inexamínável pela autoridade judiciária”.²¹⁴

Portanto, há limites para o controle jurisdicional dos atos administrativos praticados com base em conceitos jurídicos indeterminados. Ao mesmo tempo em que esses conceitos possuem um núcleo preciso bem definido, com clara significação, há um espaço de penumbra, exatamente onde se encontra uma margem de apreciação conferida à Administração Pública.²¹⁵

José dos Santos Carvalho Filho lembra que, modernamente alguns autores vêm sustentando como legítima a ampliação e aprofundamento do controle jurisdicional nos atos discricionários da Administração, em especial nas omissões administrativas geradoras dos “direitos prestacionais”. Entendem que por tratar-se de ações situadas na esfera das prioridades administrativas provenientes de políticas públicas, originariam direitos

²¹³ SILVA, Almiro do Couto e. **Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, n° 179/180, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1990. p. 60.

²¹⁴ SILVA, Almiro do Couto e. **Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, n° 179/180, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1990. p. 60.

²¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 234.

subjetivos à obtenção de conduta positiva do Poder Público.²¹⁶ Usualmente, são ações relacionadas à saúde, à habitação, à proteção ao meio ambiente etc.

Quando se trata de alternativa discricionária legitimamente exercida pelo governante, os Tribunais brasileiros não têm reconhecido direito subjetivo ao cumprimento de obrigações de fazer pelo Estado, fundamentando a decisão no princípio da separação de Poderes insculpido no art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil²¹⁷, salvo em ínfimas hipóteses.

Concorda-se aqui com Carvalho Filho, para quem a Constituição brasileira não admite a substituição dos fatores de avaliação específicos do exercício da discricionariedade, não autorizando a interferência do Judiciário nas políticas públicas de responsabilidade da Administração. Observa-se, aqui, motivos emocionais, decorrentes da insatisfação da população com as lacunas e deficiências existentes no serviço público, e não motivos jurídicos para essa intervenção do Judiciário na Administração.²¹⁸

3.5 Controle jurisdicional da discricionariedade técnica e licenciamento ambiental

A adequação às normas legais da licença ambiental expedida para os empreendimentos ou atividades com potencial de causar impacto no ambiente é responsabilidade da Administração Pública como também do Poder Judiciário. O controle das formalidades do procedimento licenciatório com a consequente regularidade das licenças constitui tarefa imprescindível no combate as atividades humanas depreciativas do meio ambiente.

O licenciamento ambiental deveria fazer parte das atividades rotineiras dos órgãos encarregados, contudo, representa na realidade brasileira um dos temas mais complexos do Direito Ambiental, com muitas dificuldades de natureza prática, a exemplo dos conflitos de competência entre os próprios órgãos administrativos ambientais e a falta de pessoal

²¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **A Discricionariedade: Análise de seu Delineamento Jurídico**. GARCIA, Emerson (COORD.) **Discricionariedade Administrativa**. 2ª edição. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 35.

²¹⁷ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

²¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **A Discricionariedade: Análise de seu Delineamento Jurídico**. GARCIA, Emerson (COORD.) **Discricionariedade Administrativa**. 2ª edição. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 35.

especializado.²¹⁹ A licença ambiental oriunda de um procedimento licenciatório viciado, não condizente com o interesse público, deve ser objeto do poder de polícia da Administração, por evidente ofensa aos direitos constitucionalmente assegurados.²²⁰

Em caso de omissão da atuação administrativa nesse poder-dever, nasce o espaço para o Poder Judiciário agir, impulsionado por um legitimado, determinando a revisão ou até a invalidação do procedimento licenciatório e da própria licença.²²¹ A grande questão que se põe em discussão é até onde vai o alcance desse controle judicial, se seria restrito aos aspectos formais do procedimento ou poderia ser analisado também os pontos substanciais, relativos a suficiência e adequação das licenças emitidas.

O controle jurisdicional, efetuado pelo Poder Judiciário, envolve questões contenciosas entre a Administração Pública e os indivíduos, estando ambos em uma relação de igualdade a ser decidida por órgão independente e sem subordinação.²²² Como se tem recorrentemente proclamado, não há qualquer divergência quanto à possibilidade de controle jurisdicional da legalidade da atividade administrativa. Existindo atuação vinculada da Administração, resta claro que o Poder Judiciário poderá desempenhar seu poder de fiscalização analisando a compatibilidade legal. Nessas hipóteses o agente administrativo não possui qualquer liberdade de escolha quanto à conveniência e a oportunidade da conduta, limitando-se aos dados previstos na lei.

Em relação à atividade administrativa discricionária, segundo Enterría e Fernandez, alguns elementos são vinculados pela lei: a existência da potestade em si e sua extensão, a competência de exercê-la, e seu fim, que deverá sempre incluir uma finalidade pública.²²³ Seabra Fagundes esclarece estarem, a competência, a forma e a finalidade da atuação administrativa discricionária vinculadas à legalidade, no entanto, o motivo e o objeto ou conteúdo do ato, elementos ligados ao mérito do ato administrativo estão imunes à apreciação judicial.²²⁴

²¹⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 209.

²²⁰ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 849.

²²¹ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 850.

²²² FAGUNDES, M. Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 125.

²²³ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 463.

²²⁴ FAGUNDES, M. Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 167.

Nas palavras de Bandeira de Mello, mérito do ato administrativo é “o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada”.²²⁵

Destarte, não pode o Poder Judiciário avaliar o mérito dos atos da Administração Pública, que respeitem as disposições legais aplicáveis, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes insculpido no art. 2º da Constituição brasileira, salvo a ocorrência de expressa afronta ao ordenamento jurídico.²²⁶

Relativamente ao controle jurisdicional do licenciamento ambiental, também não deve ser considerado uma substituição do Poder Executivo pelo Poder Judiciário, ou uma injunção de um Poder no outro. Corresponde, verdadeiramente, no controle das ações do Poder Público, estando estas desviadas do estrito limite da legalidade.²²⁷

Não é considerada uma tarefa fácil de ser desempenhada. O juiz, ao realizar o controle, precisará de contraestudos, de contraprovas ou de contraperícias, que o levará a examinar questões técnicas fora do âmbito estritamente jurídico. Apesar disso, não há nada de extraordinário na análise de questões técnicas e científicas pelo magistrado para a solução de litígios, porquanto, é comum que em determinadas demandas fatos relevantes da causa sejam provados por meio de perícias e exames técnicos ou científicos, a exemplo das áreas de medicina, engenharia e contabilidade.²²⁸

Pronunciando-se sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal²²⁹ já decidiu a respeito dos limites da atividade jurisdicional diante dos atos e processos administrativos na Suspensão de Tutela Antecipada 286:

“O IBAMA pretende lhe seja garantido o exercício estrito de sua competência institucional, tendente ao controle da qualidade e continuidade dos serviços por

²²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 847-848.

²²⁶ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 850.

²²⁷ FINK, Daniel Roberto; ALONSO JR., Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. **Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental**. 3ª edição. São Paulo: Forense Universitária, 2004. p. 88.

²²⁸ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Impacto Ambiental**. 3ª edição. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 79-80.

²²⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 286, Decisão Monocrática. Relator: Min. CEZAR PELUSO, julgado em 10/02/2009, DJe-28.11.09.

ele realizados no Estado da Bahia, assim em relação ao licenciamento ambiental de obras de impacto regional e nacional, como à tarefa fiscalizatória de competência federal em todo o território baiano. Tem razão. A decisão impugnada, ao declarar provisoriamente a competência do IBAMA para licenciamento ambiental e fiscalização de todas as obras em curso naquela região, impõe-lhe dever jurídico, em tese, inexistente, com grave dano ao planejamento e execução de suas ações institucionais, como se infere à documentação apresentada (fls. 25-29 e 35-37). O IBAMA juntou, ainda, cópia do Memo nº 234/2008-GAB/SUPES/BA, do Superintendente Regional no Estado da Bahia, o qual alerta para a insuficiência de recursos materiais, humanos e orçamentários, para curial prestação dos serviços de fiscalização e licenciamento ambiental, perante as atribuições ora impostas (fls. 31-32). *Mas o que pesa é que a decisão atacada parece haver transposto os limites da atuação jurisdicional, porque, sobre reconhecer eventuais atribuições legais do requerente, ao qual, como ente autárquico, tocaria, no exercício dessa competência, emitir juízo sobre a necessidade de embargo às obras, se substituiu à administração pública, em lhe estabelecendo, mediante ato mandamental, dever jurídico específico de fazê-lo desde logo.* Pouco se dá que o Ministério Público Federal “recomende” ao IBAMA, “sob as penas da lei”, o embargo e a interdição do Estádio Roberto Santos (fls. 774-775), pois essa atitude não atenua nem remedeia o aparente excesso jurisdicional. Vem daí que a decisão impugnada, no capítulo que obriga ao embargo e interdição de “construções, ampliações, reformas e/ou atividades em curso, especificamente edificadas ou realizadas nas áreas de domínio de Mata Atlântica, cuja autorização, licença ou permissão constante dos respectivos alvarás, tenha sido concedida ou com base na Lei 7.400/2008” (letra b), o que incluiria o Estádio Roberto Santos, deve suspensa até o julgamento final da causa, com restabelecimento, nesses pontos, da competência dos órgãos estaduais e municipais para licenciamento ambiental e fiscalização, até quanto às questões suscitadas no Ofício do Ministério Público Federal.” (grifos nossos)

Resta evidente o posicionamento da jurisprudência brasileira, no sentido da impossibilidade de substituição de decisão em matéria de licenciamento ambiental própria de órgão da Administração Pública por manifestação do Poder Judiciário.

No que respeita à discricionariedade técnica, depreende-se do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1171688/DF²³⁰, envolvendo a prestação de serviços de telecomunicações, que, em matéria de alto grau de discricionariedade técnica convém ao Judiciário agir com a maior cautela possível, porém, isto não significa uma atuação com “insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo”. Isto porque, mesmo em conteúdos estritamente técnicos, o judiciário possui meios de analisar se o administrador agiu nos limites estabelecidos na legislação, utilizando-se da margem própria da discricionariedade ou extrapolou esses limites e atuou para satisfação de outra finalidade que não a pública fixada em lei, caso em que deverá ser revista.

A discricionariedade técnica, embora deva ser respeitada, não pode servir de escudo para a prática de abusos pelos órgãos públicos. A exemplificar o que se afirma, é de se destacar a ementa a seguir:²³¹

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

²³⁰ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1171688/DF, Relator: Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 01/06/2010, DJe-23.06.10.

²³¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EDcl no AgRg no Ag 1161445/RS, Relator: Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 03/08/2010, DJe-24.08.10.

que o Judiciário não pode se imiscuir no âmbito da discricionariedade, considerando que, em caso, existe abuso de poder administrativo”. (grifos nossos)

O Judiciário possui competência para, além de fulminar todo comportamento da Administração violador da ordem jurídica, também fulminar qualquer comportamento que a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária ultrapasse as fronteiras da liberdade atribuída ao administrador por lei. O agente administrativo não está livre para, no exame das expressões fluidas e imprecisas das normas atribuir significado “mágico”, não condizente com a realidade fática.²³²

A questão em tela recomenda bastante prudência, principalmente quando envolver hipóteses em que, no curso do processo, restem plenamente atendidas as normas vigentes, casos em que será difícil justificar uma interferência do Poder Judiciário nas decisões técnicas administrativas.²³³ Passa-se a analisar, em seguida, como a jurisprudência brasileira vem interpretando e se referindo à discricionariedade técnica em matéria de licenciamento ambiental.

3.6 Orientação predominante da jurisprudência brasileira

Não são numerosos os casos envolvendo licenciamento ambiental que chegam aos Tribunais Superiores brasileiros. O licenciamento constitui importante instrumento de gestão do ambiente, através dele busca-se compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico, controlando as atividades humanas que interferem nas condições ambientais. Contudo, esse mecanismo de defesa do meio ambiente tem sido alvo de constantes críticas, tanto por parte de militâncias ambientalistas, como de empresários.

O fato é que, na expedição de licenças no caso concreto, é bastante difícil, por vezes impossível, proclamar preenchidas todas as exigências legais, surgindo dúvidas quanto ao seu cumprimento. Isto porque, as normas ambientais são muito genéricas, não estabelecendo, em regra, padrões específicos e determinados para cada atividade. Assim, esse vazio da

²³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 861.

²³³ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 853.

norma legal é complementado geralmente por exame técnico apropriado, ou seja, pela chamada discricionariedade técnica conferida à autoridade administrativa.²³⁴

A adoção de uma solução ambientalmente adequada a partir da elaboração de um EIA/RIMA – Estudo de Impacto Ambiental é típico caso de apreciação técnica que envolve discricionariedade. O EIA/RIMA é um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, revestindo-se de caráter preventivo, o que fez com que fosse elevado a nível constitucional. Incumbe ao Poder Público, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.²³⁵

O licenciamento ambiental é dividido em três fases: a) licença prévia (LP); b) licença de instalação (LI); e c) licença de funcionamento (LF), que poderá ser precedido do Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório. O EIA/RIMA nem sempre é obrigatório, visto o próprio Texto Constitucional condicionar a necessidade desse instrumento às obras e atividades potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental.

Considera-se como significativa degradação ambiental, “toda modificação ou alteração substancial e negativa do meio ambiente, causando prejuízos extensos à flora, à fauna, às águas, ao ar e à saúde humana”. O EIA/RIMA é uma avaliação, mediante estudos desenvolvidos por uma equipe técnica, da área onde o postulante pretende realizar sua atividade, através da qual é analisada a viabilidade ou não da instalação da indústria ou do exercício do seu negócio, incluindo, ainda, as alternativas que podem ser aplicadas para a suavizar o impacto negativo ao meio ambiente.²³⁶

No Estudo de Impacto Ambiental, a discricionariedade está na formulação de uma decisão a partir dos dados técnicos colhidos no primeiro momento da análise. Com base nessas informações, relativas às várias alternativas do empreendimento e diante das medidas compensatórias ou mitigatórias possíveis, a Administração formula um juízo discricionário acerca da opção a ser escolhida.²³⁷

²³⁴ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 799.

²³⁵ Art. 225, §1º, IV, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

²³⁶ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 223-224.

²³⁷ PEREIRA, César Guimarães. **Discricionariedade e apreciação técnica da administração**. Revista de Direito Administrativo, n° 231, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 259.

Vimos que a licença ambiental no sistema jurídico brasileiro representa um ato com discricionariedade *suis generis*. E essa peculiaridade deve-se ao fato da Administração não estar diretamente vinculada ao EIA. Naturalmente, esse estudo não proporciona uma resposta objetiva e simples acerca dos prejuízos ambientais que uma determinada obra ou atividade possa ocasionar, representa, em verdade, uma análise ampla dos convenientes e inconvenientes do empreendimento, passível de interpretação.

Édis Milaré e Antônio Hermann Benjamin ressaltam que o EIA não anula a discricionariedade administrativa, seu papel é limitar, no plano da decisão ambiental, a liberdade de atuação administrativa, não extinguindo a apreciação de conveniência e oportunidade que a Administração Pública pode exercer, optando, inclusive, por uma alternativa que não seja a ótima em termos estritamente ambientais.²³⁸

A justificativa dessa possibilidade deriva dos arts. 170, V e 225 da Constituição Federal²³⁹, ao reportarem-se ao desenvolvimento sustentável como norteador do desenvolvimento econômico, voltado para o equilíbrio entre a proteção ao meio ambiente e a livre concorrência. Com isso, sendo o EIA desfavorável, o administrador estudará o equilíbrio entre o meio ambiente e o desenvolvimento econômico para a concessão ou não da licença.²⁴⁰

De outra forma, percebe-se que havendo um EIA/RIMA favorável, nasce para o empreendedor o direito de desenvolver sua atividade, condicionando a autoridade à concessão da licença ambiental. Nessa hipótese existirá o único caso de uma licença ambiental vinculada, posto que a defesa do meio ambiente é limitadora da livre iniciativa. Não existindo dano ambiental ou possibilidade de dano, não há razão para impedir o desenvolvimento do empreendimento.²⁴¹

Ramón Martín Mateo pondera ser sempre será difícil encontrar um ponto de equilíbrio entre os aspectos vinculados e os de oportunidade do EIA, reunindo esses últimos

²³⁸ MILARÉ, Édis; BENJAMIN, Antônio Hermann. **Estudo prévio de impacto ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 67-68.

²³⁹ Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (...)

²⁴⁰ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 197.

²⁴¹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 197.

um peso maior na medida em que diminuem a intensidade normativa.²⁴² O EIA funciona como elemento de restrição da discricionariedade criada por ele mesmo, permitindo à Administração a concessão ou não da licença, com base nos dados do estudo.²⁴³

César Guimarães Pereira afirma que as decisões administrativas fundamentadas em EIA/RIMA indicando mais de uma opção para o empreendedor são claramente casos de apreciação técnica que envolvem discricionariedade. Nessas situações, o juízo técnico é mero dado para a construção de uma solução pelo juízo discricionário, que deve ser tomada baseada no prévio juízo técnico, utilizando critérios de discricionariedade.²⁴⁴

Em acórdão do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, é possível visualizar o acima exposto. Os trechos da decisão permitem evidenciar o reconhecimento judicial da discricionariedade técnica pelo Judiciário brasileiro:²⁴⁵

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. DESAPROPRIAÇÃO PARA REFORMA AGRÁRIA. PRODUTIVIDADE DA PROPRIEDADE. FIXAÇÃO DOS ÍNDICES PARA AFERIÇÃO DO GRAU DE EFICIÊNCIA NA EXPLORAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. 1. A determinação dos índices para a aferição dos graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, para fins de desapropriação, insere-se no âmbito de *discricionariedade técnica* do órgão federal competente, de modo que não cabe ao Judiciário intervir, salvo nas hipóteses de extrapolação da atribuição legal conferida (art. 6º da Lei nº 8.629/1993), o que não é o caso dos autos. Informações que demonstram a razoabilidade dos índices estabelecidos. Verificação da alegada violação à isonomia que demandaria dilação probatória, incabível em sede de mandado de segurança. Precedentes. 2. Agravo a que se nega provimento por manifesta improcedência, com aplicação de multa de 1% (um por cento) do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor”. (grifos nossos)

²⁴² MATEO, Ramón Martín. **Manual de Derecho Ambiental**. 2ª edição. Madrid: Trivium, 1998. p. 121.

²⁴³ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 197.

²⁴⁴ PEREIRA, César Guimarães. **Discricionariedade e apreciação técnica da administração**. Revista de Direito Administrativo, nº 231, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 259.

²⁴⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 24883, Tribunal Pleno. Relator: Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 24/02/2017, DJ-18.04.17.

Do exame das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, os casos mais comuns concernentes à temática da discricionariedade técnica envolve a correção de provas de concursos públicos para ingresso nas carreiras do serviço público, possuindo entendimento similar a ementa abaixo colacionada:²⁴⁶

“2. A banca examinadora de concurso público elabora e avalia as provas com discricionariedade técnica. Assim, não há como o Poder Judiciário atuar para proceder à reavaliação da correção das provas realizadas, mormente quando adotados os mesmos critérios para todos os candidatos”.

Destarte, a justiça ou injustiça da decisão da Comissão de Concurso é matéria concernente ao mérito do ato administrativo, sujeita à discricionariedade técnica da autoridade. Não pode o Poder Judiciário adentrar na seara subjetiva da discricionariedade, substituindo a banca examinadora, se imiscuindo nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas, devendo sua atuação ficar restrita ao controle jurisdicional da legalidade do concurso público.

Outro precedente interessante, no qual é possível visualizar o reconhecimento da competência discricionária técnica, diz respeito à definição do prazo de validade para a utilização dos créditos adquiridos para uso de telefonia móvel pré-paga. O tribunal decidiu pelo respeito à decisão técnica adotada pela agência reguladora, diante dos argumentos do voto vogal e vencedor proferido pelo Min. Luiz Fux:²⁴⁷

“3. Deveras, somente a ausência de nulificação específica do ato da Agência autoriza o Judiciário a intervir no segmento, sob pena de invadir seara administrativa estranha ao Poder Judiciário (Sérgio Guerra *in Controle Judicial dos Atos Regulatórios*, Editora Lumen Juris, Jan/2005, p. 355-369). (...) À luz desse quadro, é notória a inversibilidade do provimento (art. 273, §5º, do CPC), revelando-se prematura, em sede de liminar, altera-se um quadro normativo complexo e idealizado pela Agência Reguladora, induzindo o Judiciário não só a invadir a seara administrativa exclusiva da Agência, como também a atuar como legislador positivo, em manifesta afronta à sedimentada jurisprudência da Corte Suprema”.

²⁴⁶ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no RMS 202000/PA. Relator: Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, julgado em 25/10/2007, DJ-17.12.07.

²⁴⁷ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg na MC 10443/PB. Relator: Min. FRANCISCO FALCÃO, julgado em 13/12/2005, DJ-06.03.06 (trechos do voto vogal proferido pelo Min. Luiz Fux).

Partindo para alguns julgados esparsos de outros tribunais, surgem precedentes confirmando a conclusão que o Judiciário brasileiro adota à discricionariedade técnica como característica de um ato administrativo não vinculado. Em julgado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, tratando de apelação cível/remessa necessária em face de sentença proferida nos autos de ação ordinária ajuizada contra o IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis, relativa à atividade de pesquisas geofísicas e geológicas efetuada no meio marinho através de canhões de ar (air guns) foi, assim, decido:²⁴⁸

“2. O pedido foi julgado parcialmente procedente para determinar que o IBAMA exija, além dos demais requisitos legais, a realização de Estudo de Impacto Ambiental (EIA), com o respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), para a concessão de licenciamento ambiental às empresas que realizam atividades de aquisição de dados sísmicos marítimos, sempre que a atividade for realizada em águas rasas (profundidade inferior a 50 metros) ou em área de sensibilidade ambiental, nos termos da Resolução CONAMA nº 350/04. 3. No presente caso, ganha relevância o Princípio da Precaução, pois na ausência de certeza científica formal, a existência de um risco de um dano ambiental sério ou irreversível requer a implementação de medidas que possam prever este dano, a fim de garantir a preservação do meio ambiente para as gerações futuras. 4. Correta também a sentença quando assevera que “O pedido de fixação de medidas mitigatórias e compensatórias não poderá ser acolhido, pois trata-se de conteúdo a ser definido pelo próprio Estudo de Impacto Ambiental a ser elaborado em cada processo de licenciamento ambiental de atividade potencialmente causadora de dano ambiental. Somente diante de cada caso concreto se pode mensurar a necessidade, a natureza e a intensidade de cada medida compensatória a ser adotada”, o que conduz à manutenção do decisor. 5. Recursos e remessa necessária desprovidos”.

Os verdadeiros impactos ambientais que essa atividade sísmica poderia causar ainda são desconhecidos ou controvertidos, não restando outra alternativa, conforme o princípio da precaução, senão a exigência de realização de Estudo de Impacto Ambiental para a

²⁴⁸ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Oitava Turma Especializada, Apelação/Reexame Necessário 0003866-05.2004.4.02.5102 (TRF2 2004.51.02.003866-8). Relator: Des. POUL ERIK DYRLUND, julgado em 03/03/2010, DJ-01.08.08.

possível concessão posterior da licença. Estando a autoridade diante de atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental, não lhe resta qualquer margem para discricionariedade, sendo imperativa a promoção de estudo prévio de impacto ambiental.

Outro precedente, dessa vez, oriundo do Tribunal Regional Federal da 4ª Região cuida de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, juntamente como o Ministério Público do Estado do Paraná, em face do Instituto Ambiental do Paraná – IAP, do Município de Paranaguá e de uma empresa de Terminais Marítimos, objetivando, entre outros, a declaração de nulidade do procedimento de licenciamento ambiental efetuado pelo IAP em relação a obra de terminal marítimo, em virtude da inexistência de prévio EIA/RIMA.

Da decisão da Desembargadora Vivian Caminha, é possível visualizar o reconhecimento do órgão ambiental competente para decidir acerca da potencialidade ou não de degradação ambiental significativa do empreendimento, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. Diante de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados contendo expressões de textura aberta, cabe ao intérprete, mediante decisão fundamentada, valorar os fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, definindo o sentido e alcance da norma. Não compete ao Poder Judiciário intervir em atos discricionários da Administração Pública, substituindo o administrador. Eis a ementa da decisão:²⁴⁹

“AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AMPLIAÇÃO DE TERMINAL MARÍTIMO DE PETRÓLEO, DERIVADOS E PRODUTOS QUÍMICOS. LICENCIAMENTO. PRÉVIO EIA/RIMA. INEXIGIBILIDADE. 1. A *proteção ao meio ambiente e o desenvolvimento econômico não são excludentes*, cabendo ao órgão encarregado de normatização e controle estabelecer um equilíbrio entre as metas constitucionais. 2. A legislação ambiental deve ser interpretada de forma sistemática e, nessa perspectiva, a Resolução CONAMA n.º 237/1997 permite a utilização de outros instrumentos ou estudos ambientais para subsidiar a avaliação da viabilidade ambiental de um empreendimento - tais como Relatório de Controle Ambiental (RCA) e

²⁴⁹ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Quarta Turma, Apelação Cível 5000150-20.2010.404.7008/PR. Relator: Des. VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, julgado em 23/02/2016, DJ-05.03.16.

Plano de Controle Ambiental (PCA) - que não somente o EIA/RIMA. 3. *A seleção do estudo a ser exigido é ato discricionário da instituição responsável pelo procedimento de licenciamento e deve ser realizada com base em critérios técnicos* relacionados ao porte do empreendimento e ao potencial indutor de impactos ambientais que apresenta. *Nessa seara, existe espaço para a atuação corretiva do órgão judicial somente se houver violação da lei ou abuso de poder, o que não é o caso, dada a suficiência dos Plano de Controle Ambiental (PCA), Plano de Gerenciamento de Riscos Ambientais (PGR) e Plano de Emergência Individual (PEI), nos termos do art. 3º, parágrafo único, da Resolução n.º 237/1997 do CONAMA”.* (grifos nossos)

Também considerado relevante é o precedente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal requerendo que fosse determinado ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) que, no prazo de 10 dias, editasse os atos necessários à proibição da captura de peixes cartilagosos na costa do território nacional e a fiscalização eficaz de sua pesca e comercialização, sob pena de multa diária.

No trecho do julgado transcrito abaixo, verifica-se que o juízo técnico, emitido pelo IBAMA, deve prevalecer em face da falta de conhecimento dos magistrados sobre o assunto em questão. A Desembargadora Federal Tania Heine reconhece que, às vezes, por não conhecer a fundo a matéria, o juiz produz efeito diverso ao que pretendia, admitindo que o IBAMA possui mais condições para examinar esse dano ao meio ambiente.²⁵⁰

“1. Invade a discricionariedade técnica da autoridade administrativa competente a decisão liminar, concedida nos autos de ação civil pública, que determinou ao IBAMA a edição, no prazo de dez dias, dos atos necessários à proibição da captura de peixes cartilagosos na costa do território nacional e a fiscalização eficaz de sua pesca e comercialização, sob pena de multa diária”.

Todos os julgados mencionados reforçam a hipótese do reconhecimento, pelo judiciário brasileiro, da existência de competência discricionária técnica de órgãos especializados integrantes da Administração Pública, mormente os órgãos ambientais

²⁵⁰ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Órgão Especial, Agravo Regimental em Suspensão de Liminar 0008439-66.2004.4.02.0000 (TRF2 2004.02.01.008439-4). Relator: Des. VALMIR PEÇANHA, julgado em 23/09/2004, DJ-01.08.06.

responsáveis pelo licenciamento de atividades ou empreendimentos com potencial significativo de produzirem impacto ambiental, mesmo que ainda não seja de maneira sistêmica ou já consolidada.

II. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de discricionariedade administrativa e seu controle pelo Poder Judiciário tem apresentado diferentes características conforme o país e o sistema jurídico legitimado. Nas modernas sociedades contemporâneas a discricionariedade administrativa representa imprescindível liberdade aos órgãos integrantes da Administração Pública, ajustada para melhor lidar com as incertezas científicas e os riscos ecológicos.

A noção tradicional da discricionariedade passou por uma evolução durante as várias etapas do Estado Moderno, sendo redefinida em função da constitucionalização do Direito e suas repercussões no Direito Administrativo. Deixou de ser vista como uma simples abertura decisória para ser designada como um campo de ponderações proporcionais e razoáveis entre os diferentes bens e interesses jurídicos contemplados na Constituição.

A mudança da Constituição para o centro do ordenamento jurídico propiciou a absorção dos princípios e regras nela contidos pela Administração Pública, que deve observar o respeito a esses valores, quando do desempenho de sua função administrativa. Os Poderes constituídos estão submetidos a todo um sistema de direitos fundamentais e ao princípio democrático, tal como delineados pela Lei Maior. A discricionariedade administrativa corresponde, então, a um poder jurídico, não sofrendo limitações apenas pela lei, mas por toda ideia de justiça e seus preceitos intrínsecos.

Essa constitucionalização do Direito Administrativo trouxe, como consequência, um estreitamento da discricionariedade e do próprio conceito de mérito. Foi possível extrair de várias concepções doutrinárias os elementos nucleares do conceito de discricionariedade administrativa, que serviram de balizas para a busca da formação de critérios adequados e identificação de limites ao exercício jurisdicional de revisão dos licenciamentos ambientais.

Assim, a discricionariedade administrativa é abordada com ênfase em três aspectos relevantes: 1) margem de liberdade conferida ao agente público pela norma jurídica de textura aberta sempre dentro dos limites por ela impostos; 2) valoração do interesse público no caso concreto, para mediante análise dos parâmetros projetados pelos princípios gerais do direito e dos critérios de conveniência e oportunidade. 3) insindicabilidade dos critérios de escolha do administrador público, desde que escolhidos conforme as limitações impostas pela ordem jurídica.

O modelo clássico de discricionariedade administrativa, onde qualquer das escolhas conferidas ao agente administrativo perante a lei formal será considerada válida, não encontra respaldo no cenário atual. É necessário serem, as opções analisadas pelo administrador, amoldadas às circunstâncias do caso concreto e ao interesse público aspirado, ainda que na prática possa haver mais de uma solução pretendida.

Analisando sob um enfoque prático, a discricionariedade justifica-se para impedir o automatismo de uma aplicação rigorosa da legislação preestabelecida, incompatível com o movimento complexo do interesse público, o qual demanda flexibilidade de atuação. Estando o administrador perto dos problemas da sociedade, em contato direto com as dificuldades, é justificável que receba do legislador margem de liberdade para atuar na perquirição das melhores soluções para o interesse público.

Juridicamente, a discricionariedade assenta-se no princípio da separação dos poderes e na própria ideia do Estado prestador e constitutivo de deveres positivos para a Administração, bem como de direitos e interesses legítimos para os particulares, pressupondo uma margem jurídica de autonomia decisória na realização dessa tarefa.

Há muito já não é possível estudar a discricionariedade administrativa dissociada do exame da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados. A questão colocada diz respeito à identificação de um poder vinculado ou um poder discricionário da aplicação desses conceitos pelo legislador, nas leis dirigidas à Administração Pública. Verificada sua origem e desenvolvimento no Direito europeu, é possível observar as influências e recepção no Brasil, cuja jurisprudência vem se inclinando no sentido de reconhecer certa discricionariedade quando do emprego desses conceitos nas normas jurídicas.

Após exposição dos posicionamentos doutrinários sobre o tema, considera-se não ser possível preconizar a inexistência total de discricionariedade nesses símbolos linguísticos. Sustenta-se, em determinados casos, a possibilidade da existência de discricionariedade diante da atividade de interpretação e aplicação desses conceitos pela Administração, com a eventualidade de controle jurisdicional parcial sobre essa atividade.

Originada da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, a chamada discricionariedade técnica se relaciona com as atividades administrativas de perfil altamente técnico, dependentes de conhecimentos especiais para sua performance e de profissionais com aptidões precisas. No Brasil, apenas recentemente com a implantação das agências

reguladoras, sob influência direta do Direito norte-americano, alguns autores passaram a demonstrar interesse pela temática.

Assim, entende-se que da aplicação de conceitos técnicos nem sempre há vinculação da Administração para seguir uma única solução possível. Um conceito técnico também pode apresentar dificuldades de individualização e determinação precisa. A consequência seguinte não é necessariamente o predomínio de uma decisão em detrimento da outra, abre-se espaço para a escolha do administrador, notadamente, domínio da discricionariedade técnica.

O problema em questão não está propriamente na atribuição de discricionariedade a Administração, mas na maneira como o administrador fará uso desse poder/dever. Deveras a lei não consegue impedir em todas as conjecturas um administrador mal-intencionado, sobretudo, na área da defesa ambiental, onde as condições materiais que devem orientar as decisões administrativas raramente figuram dos próprios textos legais, mas derivam de múltiplas fontes sublegais.

No campo da ecologia, os riscos ambientais ultrapassam fronteiras e gerações, sendo fundamental que a vagueza e a indeterminação não impliquem em insegurança jurídica aos administrados. As condições institucionais brasileiras divergem bastante do modelo ideal voltado para uma efetiva preservação do meio ambiente. A falta de independência, neutralidade e capacidade técnica de muitos órgãos públicos prejudicam os processos de fiscalização e licenciamento.

De acordo com a realidade brasileira e as decisões oriundas de seus tribunais, via de regra, somente deve ser determinada a invalidação do ato administrativo exarado fora dos padrões de juridicidade. Esse controle pelo judiciário da atuação administrativa não viola o princípio da separação dos poderes, não há substituição do administrador pelo juiz, apenas é analisada a conformação da atuação da Administração com o ordenamento jurídico e o devido processo legal.

O controle das formalidades do procedimento licenciatório de atividades com potencial de causar degradação ambiental, com a consequente regularidade das licenças, constitui tarefa imprescindível no combate aos empreendimentos depreciativos do meio ambiente. No entanto, não é considerada tarefa fácil a ser desempenhada. O juiz, ao realizar o controle, deverá fazer uso de contraestudos, de contraprovas e de contraperícias, para fundamentar sua decisão.

Identificados alguns julgados relevantes nos tribunais superiores e decisões esparsas em tribunais regionais brasileiros, restou evidente o posicionamento da jurisprudência no sentido da impossibilidade de substituição de decisão em matéria de licenciamento ambiental própria de órgão da Administração Pública por manifestação do Poder Judiciário. Constatou-se que a adoção de uma solução ambientalmente adequada a partir da elaboração de um EIA/RIMA – Estudo de Impacto Ambiental é típico caso de apreciação técnica envolvendo discricionariedade, permitindo evidenciar o reconhecimento judicial da discricionariedade técnica pelo Judiciário brasileiro, ainda que não seja de maneira sistêmica ou já consolidada.

III. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo – Tomo I.** Barcelona: Bosh Casa Editorial, 1970.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo – Vol. II.** 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2016.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

BACHOF, Otto; STOBER, Rolf e WOLFF, Hans Julius. **Direito Administrativo – Vol. 1.** Trad. Antônio Francisco de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BECHARA, Érika. **A Proteção da Fauna sob a Ótica Constitucional.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos.** BARROSO, Luís Roberto (ORG.) **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 499-546.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo – Vol. I.** 10ª edição. Coimbra: Almedina, 2015.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo – Vol. II.** 10ª edição. Coimbra: Almedina, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada.** Revista do CEDOUA, Ano IV, 2.01. Coimbra: Almedina, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. 1ª edição brasileira. 2ª edição portuguesa. São Paulo: RT, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **A Discricionariedade: Análise de seu Delineamento Jurídico**. GARCIA, Emerson (COORD.) **Discricionariedade Administrativa**. 2ª edição. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CORREIA, Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual no Contratos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987.

DAROCA, Eva Desdentado. **Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudência**. Madrid: Civitas, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

FARIAS, Talden. **Licenciamento Ambiental: Aspectos Teóricos e Práticos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FINK, Daniel Roberto; ALONSO JR., Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. **Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental**. 3ª edição. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GIANNINI, Massimo Severo. **Il potere discrezionale della pubblica amministrazione**. Milão: Giuffrè, 1939.

GOMES, Carla Amado. **A Vinculação e Discricionariedade do Legislador Ambiental – O Mito do Desenvolvimento Sustentável**. GARCIA, Emerson (COORD.) Discricionariedade Administrativa. 2ª edição. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

GORDILLO, Augustin. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Tomo 1: Parte General**. 11ª edição. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Conceitos indeterminados**. In: Justiça Tributária: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 119-124.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceito e Normas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

KRELL, Andreas. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KRELL, Andreas. **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.

LEAL, Victor Nunes. **Poder discricionário da administração – abuso desse poder – mandado de segurança – direito líquido e certo**. Revista de Direito Administrativo, nº 14, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1948. p.52-82.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 24ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regime Jurídico da Licença Ambiental**. Revista de Direito Ambiental, nº 40, São Paulo: RT. 2005. p. 186-216.

MATEO, Ramón Martín. **Manual de Derecho Ambiental**. 2ª edição. Madrid: Trivium, 1998.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3ª edição. São Paulo: RT, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7ª edição. São Paulo: RT, 2003.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio Ambiente: Direito e Dever Fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Oswald Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MILARÉ, Édis; BENJAMIN, Antônio Hermann. **Estudo prévio de impacto ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Impacto Ambiental**. 3ª edição. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

NEGRET, Rafael. **Ecosistema – unidade básica para o planejamento da ocupação territorial**. Rio de Janeiro: FGV, 1982.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. **A discricionariedade de planejamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa**. Coimbra: Almedina, 2011.

OLIVEIRA, Régis Fernandes Oliveira. **Ato Administrativo**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, César Guimarães. **Discricionariedade e apreciação técnica da administração**. Revista de Direito Administrativo, n° 231, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 217-267.

PIRES, Luís Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo, n° 6, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1946. p. 41-78.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Os limites do Poder Discricionário das autoridades administrativas**. Revista de Direito Administrativo, n° 97, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1969. p. 1-8.

RÉGNIER, José Roberto Santos. **Discricionariedade Administrativa: significação, efeitos e controle**. São Paulo: Malheiros, 1997.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.

ROMAN, Flávio José. **Discricionariedade Técnica na Regulação Econômica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Almiro do Couto e. **Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, nº 179/180, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1990. p. 50 e ss.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOARES, Rogério Ehrhardt, **Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva**. Boletim da Faculdade de Direito, nº 57, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1981. p. 169-191.

SOUSA, Antônio Francisco de. **“Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Controle judicial dos atos administrativos: as questões técnicas e os limites da tutela de urgência**. Revista Interesse Público, nº 16, Porto Alegre: Notadez, 2002. p. 23-38.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licenças e autorizações no Direito Administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público, nº 3, São Paulo: Malheiros. 1994. p. 66-72.

TOURINHO, Rita. **A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da Discricionariedade Administrativa**. GARCIA, Emerson (COORD.) **Discricionariedade Administrativa**. 2ª edição. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 77-141.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **A Justiça Administrativa**. 11ª edição. Coimbra: Almedina, 2011.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Lições de Direito Administrativo**. 4ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2016.

IV. JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg na MC 10443/PB. Relator: Min. FRANCISCO FALCÃO, julgado em 13/12/2005, DJ-06.03.06.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no RMS 202000/PA. Relator: Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, julgado em 25/10/2007, DJ-17.12.07.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EDcl no AgRg no Ag 1161445/RS, Relator: Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 03/08/2010, DJe-24.08.10.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EREsp 1100057/RS, Relator: Min. ELIANA CALMON, julgado em 28/10/2009, DJe-10.11.09.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1171688/DF, Relator: Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 01/06/2010, DJe-23.06.10.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n.º 2150/DF, Tribunal Pleno. Relator: Min. ILMAR GALVÃO, julgado em 23/03/2000, DJ-28.04.00.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN n.º 1700 MC/DF, Tribunal Pleno. Relator: Min. NELSON JOBIM, julgado em 19/12/1997, DJ-31.05.02.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN n.º 1754/DF, Tribunal Pleno. Relator: Min. SYDNEY SANCHES, julgado em 12/03/1998, DJ-06.08.99.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo de Instrumento n.º 334890/PR, Decisão Monocrática. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 15/05/2001, DJ-24.08.01.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n.º 700.160. Relatora: Min. ROSA WEBER, julgado em 09/04/2014, DJe-081 divulgado em 29/04/2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 22164 SP, Tribunal Pleno. Relator: Min. CELSO DE MELLO, julgado em 30/10/1995, DJ-17.11.95.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 24883, Tribunal Pleno. Relator: Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 24/02/2017, DJ-18.04.17.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 286, Decisão Monocrática. Relator: Min. CEZAR PELUSO, julgado em 10/02/2009, DJe-28.11.09.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Oitava Turma Especializada, Apelação/Reexame Necessário 0003866-05.2004.4.02.5102 (TRF2 2004.51.02.003866-8). Relator: Des. POUL ERIK DYRLUND, julgado em 03/03/2010, DJ-01.08.08.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Órgão Especial, Agravo Regimental em Suspensão de Liminar 0008439-66.2004.4.02.0000 (TRF2 2004.02.01.008439-4). Relator: Des. VALMIR PEÇANHA, julgado em 23/09/2004, DJ-01.08.06.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Quarta Turma, Apelação Cível 5000150-20.2010.404.7008/PR. Relator: Des. VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, julgado em 23/02/2016, DJ-05.03.16.