

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE – SP

**A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O CONTROLE DO ESTADO NA
EXIGIBILIDADE DO ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL**

Priscila Jordão Oshikiri

Presidente Prudente/SP
2005

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

**A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O CONTROLE DO ESTADO NA
EXIGIBILIDADE DO ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL**

Priscila Jordão Oshikiri

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Luís Roberto Gomes.

Presidente Prudente/SP
2005

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O CONTROLE DO ESTADO NA EXIGIBILIDADE DO ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do
Grau de Bacharel em Direito.

Luis Roberto Gomes
Orientador

Tito Lívio Seabra
1º Examinador

Sandro Marcos Godoy
2º Examinador

Presidente Prudente/SP, 30 de novembro de 2005.

Dedico a presente pesquisa aos meus pais e meu namorado Júlio pela dedicação e incentivo, bem como aos meus bancas e orientador pela colaboração.

(...) Onde ficam o céu e o inferno? Dizia-se outrora que o céu era em cima e o inferno embaixo. Porém, o que são o alto e o baixo no universo, uma vez que se conhecem a esfericidade da Terra, o movimento dos astros, movimento que faz com que em dado instante está no alto esteja, doze horas depois, embaixo, e o infinito do espaço, através do qual o olhar penetra, indo a distâncias consideráveis? Verdade é que por lugares inferiores também se designam as profundezas da Terra.

Allan Kardec

AGRADECIMENTOS

Sou extremamente grata pelo apoio moral, espiritual e material com que tenho sido honrada pelos meus pais, minha irmã e meu namorado Júlio, que vem há muito me prestigiando, o que é muito significativo pra mim, a cada conhecimento e conquista que adquiro, aos quais apresento os meus sinceros agradecimentos.

A estas pessoas maravilhosas e a Deus sobre todas as coisas, que dedico meus presentes e futuros sucessos profissionais.

Priscila

RESUMO

O presente trabalho, requisito parcial para a conclusão do curso, vislumbra a possibilidade de controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário. Utilizar-se-á da via ação civil pública haja vista a existência do direito difuso envolvido, qual seja o direito ambiental. Todas as pessoas têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, resta ao Poder Público, além da própria coletividade sua defesa e conservação, sendo que um dos instrumentos utilizados para a consecução deste fim é a realização do Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Ora, sempre que diante de uma obra ou atividade que apresente potencial risco de degradação ambiental, deverá ser realizado previamente tal estudo. Entretanto, há casos, não raramente, em que o próprio Poder Público incumbido de exigir tal instrumento, acaba por omitir a sua realização, alegando em sua defesa que tal exigência advém de sua atuação discricionária. Ademais, ressalta que é indevida a ingerência do Poder Judiciário uma vez que o princípio da separação dos poderes garante essa autonomia e liberdade de atuação. Utilizando-se de pesquisas bibliográficas, revistas e meio eletrônico, o estudo revela a viabilidade ou não de tal ingerência. Assim, sempre que houver por parte do Poder Público uma omissão na exigibilidade do EIA, estará legitimada a coletividade, através dos entes legitimados, a buscar a tutela de seu direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, via ação civil pública, frente ao Poder Judiciário? Esse é o tema proposto.

Palavras-chave: Estudo prévio de impacto ambiental. Administração Pública. Ação civil pública. Controle judicial.

ABSTRACT

The present work which is required partially for the conclusion of the course, shows the possibility of control of the Public Management through the Judiciary Power. The Civil Public Action Via will be used although there is the existence of the involved difusive right, no matter what the environmental right is. Everyone has the right of enjoying the environment echologically balanced. This way, it's up to the Public Power its defense and preserving, since one of the instruments used to do it is the performing of the Previous Study of an Environmental Impact. One who is always at a construction or an activity which represents a kind of risk of environmental damage such study must be granted previously. However, there cases not so rare in which the Public Power itself which is in charge of demanding such instrument, ends up omitting its acting, aleging to its defense that such demand objects to its discrionary acting. Besides that, it emphasizes that is not correct the bringing of the Judiciary Power since the principle of separation of the powers guarantees this autonomy and freedom of acting. Using bibliographic researches, magazines and the electronic means, the study reveals that such bringing would be totally correct. Thus, whenever there is an omission in the demanding of the EIA by the Public Power, the collectivity will be forced to seek its right before the environment echologically balanced, via public civil action, beyond the Judiciary Power. This is the proposed theme.

Key words: Previous Study of Environmental Impact. Public Administration. public civil action. judging controle

SIGLAS

CDC - Código de Defesa do Consumidor
CF - Constituição Federal
CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente
EIA – Estudo do Impacto Ambiental
LACP – Lei da Ação Civil Pública
p.ex. – por exemplo
RIMA – Relatório de Impacto do Meio Ambiente

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 DIREITO DO AMBIENTE.....	12
1.1 Conceito de meio ambiente.....	12
1.2 Conceito de Direito do Ambiente.....	13
1.3 Proteção Constitucional do ambiente - art. 225 e parágrafos da CF.....	13
1.4 Princípios fundamentais do Direito do Ambiente.....	15
1.4.1 Princípio da prevenção e da precaução.....	15
1.4.2 Princípio do poluidor-pagador.....	19
1.4.3 Princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana.....	20
1.4.4 Princípio do direito ao desenvolvimento sustentável.....	21
1.4.5 Princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal.....	22
1.4.6 Princípio da natureza pública da proteção ambiental.....	23
1.4.7 Princípio da supremacia do interesse público primário na proteção do meio ambiente em relação ao interesse público secundário e aos interesses privados.....	24
1.4.8 Princípio da consideração da variável ambiental no processo decisório de políticas de desenvolvimento.....	25
1.4.9 Princípio da Exigibilidade do estudo prévio do impacto ambiental.....	26
1.4.10 Princípio da participação popular na preservação ambiental.....	28
1.5 Dos instrumentos de proteção ambiental.....	30
1.6 Estudo prévio de impacto ambiental.....	32
1.6.1 conceito de impacto ambiental.....	33
1.6.2 natureza jurídica do EPIA.....	33
1.6.3 finalidade.....	34
1.6.4 Relatório de impacto ambiental – RIMA.....	34
1.6.5 Licenciamento ambiental.....	35
1.6.6 Obrigatoriedade do EIA.....	38
2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA –	43
2.1 Conceito de ação civil pública.....	43
2.2 Natureza jurídica da Lei da ação civil pública (Lei nº. 7347/85).....	44
2.3 Pedido e Objeto tutelado.....	45
2.3.1 Bens tutelados.....	47
2.4 Legitimidade.....	48
2.4.1 Ativa.....	48
2.4.2 Passiva.....	52
2.5 Atuação do Ministério Público na ação civil pública ambiental.....	54
2.5.1 Obrigatoriedade.....	55
2.5.2 Indisponibilidade da ação civil pública.....	56
2.5.3 O Ministério Público como um agente político constitucionalmente qualificado à interferência na condução do poder político estatal.....	57
3. Princípios da Administração Pública.....	60
3.1 Princípios constitucionais administrativos.....	60

3.2.1 P. da Legalidade.....	60
3.2.2 P. da Supremacia do Interesse Público.....	61
3.2.3 P. da Impessoalidade.....	63
3.2.4 P. da Publicidade.....	64
3.2.5 P. da Moralidade Administrativa.....	65
3.2 A Separação de Poderes.....	66
3.3 A discricionariedade da Administração Pública.....	67

4. O Controle da Administração Pública na exigibilidade do EIA via Ação Civil Pública.....70

4.1 Dos instrumentos de controle da Administração Pública.....	72
4.1.1 Instrumentos de controle extraprocessual	72
4.1.2 Instrumentos de controle processual.....	76
4.2 Da limitação da discricionariedade administrativa.....	80
4.3 Da possibilidade de controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário.....	83
4.3.1 Discricionariedade.....	86
4.3.2 Separação de Poderes.....	91
4.4 O controle da Administração Pública na exigibilidade do EIA via ação civil pública.....	94

5. Conclusão.....112

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....114

INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como base fundamental o art. 225, *caput* da Constituição Federal, o qual estabelece que cabe ao Poder Público assegurar às presentes e futuras gerações o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para a consecução desse fim, a Lei Fundamental define instrumentos previstos nos diversos incisos do referido artigo. Um desses instrumentos a que se refere o texto constitucional é o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (art. 225, §1º, IV, CF), isto é, a sua exigibilidade em determinadas hipóteses, foco de todo o trabalho. Ademais, estabelece ainda que este deve ser exigido pelo Poder Público.

Assim, terá a Administração Pública o dever de exigir dos empreendedores que estes realizem, às suas próprias expensas, o EIA quando se tratar de licenciamento de atividade ou instalação efetiva ou potencialmente poluidora ou causadora de degradação ambiental (art. 2º da Resolução do CONAMA 001/86). Presente a potencialidade de degradação ambiental o EIA não pode ser de nenhuma forma dispensado, sob pena de responsabilidade do administrador.

Com efeito, ainda com referência ao *caput* do art. 225 da Constituição Federal, verifica-se que também cabe à coletividade a defesa e a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, de sorte que sempre que a Administração Pública dispensar ou se omitir na exigência do EIA, poderá àquela compelir judicialmente o Poder Executivo a exigir a apresentação do instrumento ora em estudo, seja através do Ministério Público e associações de proteção ao meio ambiente.

A questão que foi abordada gira em torno da viabilidade de controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário. Isso significa que poderia a Administração Pública ter seus atos, positivos ou negativos relativos à exigência do EIA controlados pelo Judiciário? Quais são os óbices a esse controle? Quem teria legitimidade para agir contra o Poder Público? Quais os instrumentos aptos à efetivação desse direito?

Observou-se, entretanto, que está em jogo o direito ao meio ambiente sadio, ou seja, um direito difuso, fundamental da coletividade. Eventual omissão praticada pela Administração Pública na exigibilidade do EIA quando se tratar de

obra ou atividade potencialmente degradadora do meio ambiente deverá ser controlada pelos titulares do direito em questão, isto é, a coletividade. Dentre os meios processuais e extraprocessuais mais eficazes tem-se a ação civil pública, inquérito civil, recomendação, compromisso de ajustamento de conduta, dentre outros.

Ademais, como representante da coletividade, nas atribuições de suas funções institucionais, está legitimado o Ministério Público.

A questão comumente alegada pelo Poder Público, sobre a ingerência do Judiciário na seara administrativa é a violação ao princípio da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa. E enfim, apresentou-se os argumentos do tema proposto, revelando qual a viabilidade do controle da Administração Pública, via ação civil pública, na exigibilidade do EIA, entretanto, respeitando sempre os limites impostos à atuação administrativa.

Quanto à estrutura do texto, teve-se que no primeiro capítulo, foi analisado todo o Direito do Ambiente, seus princípios fundamentais, seus institutos, inclusive o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA). Logo após, foram feitas algumas considerações sobre a ação civil pública e a atuação do Ministério Público. Em seguida, no capítulo terceiro, foram abordados todos os princípios da Administração Pública, isto é, aqueles necessários para a consecução de seus fins. Enfim, no último capítulo, sem a pretensão de esgotar o assunto, mas tão somente discutí-lo e trazer a posição que entende a autora ser a mais adequada, foram analisados os limites impostos à atuação administrativa, o controle desta pelo Poder Judiciário, quais os óbices a esse controle e ao final, as considerações finais sobre a viabilidade ou não do controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário, via ação civil pública, para exigir a realização do Estudo Prévio de Impacto Ambiental quando se tratar de obras ou atividade potencialmente degradadoras ao meio ambiente.

Ressalte-se, por fim que a pesquisa foi realizada com ampla base bibliográfica, possibilitando, dessa forma trazer ao presente estudo o maior número de informações.

1 DIREITO DO AMBIENTE

1.1 Conceito de meio ambiente

Não há um consenso entre os especialistas a respeito do conceito de meio ambiente, porém, num aspecto mais restrito nada mais é senão uma expressão do patrimônio natural e as relações com os seres vivos e entre eles mesmos. No entanto, definir pela sua essência é praticamente impossível, haja vista a complexidade da questão ambiental.

Advindo a Lei nº 6.938/81 (que versa sobre a Política Nacional do Meio Ambiente), surgiu o conceito legal de meio ambiente no Direito Brasileiro, dando contornos mais precisos à expressão, o que era uma controvérsia doutrinária tornou-se também o objeto do Direito Ambiental. Segundo o art. 3º, I da lei supra, o meio ambiente é “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. (MILARÉ, 1991, p. 145)

A referida lei apenas preocupa-se em delimitar o conceito ao campo jurídico. Em contrapartida, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, *caput*, não define exatamente a expressão meio ambiente, mas traça contornos de sua conceituação, acentuando-se seu caráter patrimonial, partindo-se de um conceito fisiográfico ao fundamentá-lo sobre o equilíbrio ecológico e a sadia qualidade de vida. Assim dispõe o art. 225, *caput*:

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 a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Porém, interpretando-se ambos os dispositivos acima declinados é perceptível a omissão do legislador sobre a consideração essencial de que o ser humano, considerado como indivíduo ou como coletividade, é parte integrante do mundo natural, e conseqüentemente, do meio ambiente. Subentende-se, então, que o meio ambiente é algo extrínseco e exterior à sociedade humana, difundindo-se assim, em seus componentes físicos bióticos e abióticos, ou com recursos naturais e ecossistemas. Tal omissão constitui-se num equívoco,

passando às outras posteriores legislações, no entanto, as definições das leis possuem objetivos específicos e não se prendem a rigorosas descrições.

Contudo, nada obsta que os deveres e os direitos fundamentais de indivíduos e da coletividade da espécie humana fiquem explicitados e definidos no que se refere ao meio ambiente, haja vista ter o legislador adotado um conceito amplo e relacional, segundo a própria Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e seus propósitos.

1.2 Conceito de direito do ambiente

O Direito do Ambiente, numa noção genérica dada por Helita Barreira Custódio (1996, p. 58):

[...] considera-se Direito Ambiental o conjunto de princípios e regras impostos, coercitivamente, pelo Poder Público competente, e disciplinadores de todas as atividades direta ou indiretamente relacionadas com o uso racional dos recursos naturais [...], bem como a promoção e proteção dos bens culturais [...], tendo por objetivo a defesa e a preservação do patrimônio ambiental e por finalidade a incolumidade da vida em geral, tanto a presente como a futura.

Assim, diante de um conjunto de princípios, peculiaridades e normas específicas que regem o Direito Ambiental, pode-se considerá-lo como um direito adulto, buscando um relacionamento melhor, harmonioso e equilibrado entre os seres humanos e a natureza.

Como já afirmado, presta-se a regular toda atividade que, direta ou indiretamente, possa afetar a sanidade do ambiente.

1.3 Proteção constitucional do ambiente – art. 225 e parágrafos da CF

O direito ambiental encontra-se amparado constitucionalmente no Capítulo VI do Título VIII da Carta Magna que compreende única e exclusivamente o art. 225, com seus parágrafos e incisos. Trata-se de direito social do homem visto que a Constituição Federal tem o direito ao meio ambiente como parte da Ordem Social.

No texto do art. 225, podemos observar que se encerra toda a matéria do capítulo referente ao meio ambiente.

Ressalte-se, entretanto, que o dispositivo comporta três conjuntos de normas. O primeiro encontra-se no *caput*, ou seja, a **norma-princípio**, a **norma-matriz**, onde revela o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Já o segundo encontra-se no § 1º, com seus incisos, onde se refere aos **instrumentos de garantia e efetividade do direito enunciado no caput do artigo**. Entretanto, não se tratam de normas formais, processuais, mas sim de normas-instrumentos da eficácia do princípio, como também normas que concedem direitos e impõe deveres ao recurso ambiental que lhes são objeto. Nas palavras de José Afonso da Silva (1994, p. 31): “Nelas se conferem ao Poder Público os princípios e instrumentos fundamentais de sua atuação para garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

Enfim, o terceiro constitui-se num conjunto de **determinações particulares**, em relação a **objetos e setores**, constantes do § 2º a § 6º, com ênfase ao § 4º, do art. 225, nos quais a influência do princípio contido no *caput* se mostra de primordial exigência e urgência, posto que são elementos sensíveis que necessitam de imediata proteção e direta regulamentação constitucional, tendo em vista que sua utilização ocorra sem prejuízo ao meio ambiente. E, entendendo o legislador constituinte ser áreas e situações de elevado conteúdo ecológico, merecem desde já, proteção constitucional. Portanto, algumas conclusões podem ser obtidas diante da proteção constitucional do meio ambiente, quais sejam:

a) Quanto à titularidade do direito do ambiente ecologicamente equilibrado, pode-se afirmar que pertencem a todos, incluindo as presentes e futuras gerações, sejam brasileiros ou estrangeiros.

b) A defesa do meio ambiente não pertence somente ao Estado, mas também à coletividade, conforme já explanado anteriormente, inclusive no princípio da participação popular.

c) Em sendo um bem de uso comum do povo, o meio ambiente não está à disposição de ninguém, seja o particular, seja o Estado.

d) Conforme § 1º, I do art. 225 da CF, prover o manejo ecológico das espécies significa lidar com as espécies de forma a conservá-las, recuperá-las se for o caso. E, quanto a prover o manejo dos ecossistemas, significa cuidar do equilíbrio das relações entre a comunidade biótica e seu *habitat*.

e) Preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético significa preservar todas as espécies, todos os reinos ecológicos.

f) Definir espaços territoriais significa delimitar a área ecologicamente relevante, visto que o patrimônio constante dessas áreas ficará condicionado à disposição de lei.

g) O Estudo Prévio de Impacto Ambiental constitui-se num instrumento de prevenção e precaução de degradações irreparáveis ao meio ambiente.

h) Quanto ao controle da produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, permite-se, nesse caso, a interferência do Poder Público sobre o particular com o fim de evitar práticas danosas ao meio ambiente e à saúde da população.

i) Enfim, promover a educação ambiental e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente constitui uma forma de conscientização ecológica que permitirá, futuramente, o exercício de práticas preservacionistas.

Tudo isso demonstra o avanço extraordinário dado à matéria do Direito do Ambiente pela CF/88, que, aliás, enunciou importantes princípios, expressos e implícitos, sobre os quais nos debruçaremos em seguida.

1.4 Princípios fundamentais do direito do ambiente

Constituem-se em mandamentos básicos do direito do ambiente os seguintes princípios:

1.4.1 Princípio da prevenção e da precaução

Há juristas que adotam o princípio da prevenção, outros o da precaução, e ainda, os que usam ambas as expressões. No entanto, adotaremos a denominação mais adequada, ou seja, o princípio da prevenção e da precaução distintamente.

Porém se delimitarmos que ambas as expressões não possuem diferenças e que prevenção significa ato ou efeito de antecipar-se, e que precaução sugere cuidados antecipados, chegaremos à conclusão de que o termo prevenção, seja por sua etimologia ou por sua semântica, é mais ampla. Isso porque precaução é

atitude ou medida antecipatória voltada preferencialmente para casos concretos, portanto, mais específica que o termo prevenção.

O princípio da prevenção e da precaução são princípios essenciais, fundamentais do Direito do Ambiente, visto que atentam ao momento anterior ao da consumação do dano. O principal objetivo do ambientalista é fundamentalmente preventivo.

Assim o é haja vista pouca serventia da reparação, que futura e incerta, quando possível, torna-se muito onerosa. Não há dúvidas que o melhor remédio, senão o único seja a prevenção. A degradação ambiental, como regra, é irreparável, segundo a ótica da ciência e da técnica, mesmo se os danos ambientais são compensáveis porque não pode o direito e a população contentar-se em reparar ou reprimir o dano ambiental.

Diante da proteção do meio ambiente é imprescindível que se tenha em mente o acautelamento para que sejam evitados ou, ao menos, mitigados, os danos ao meio ambiente porque na maioria das vezes, torna-se inviável retornar ao *status quo ante*.

O princípio da prevenção, implícito no art. 225 da Constituição Federal, decorre da inserção de vários mecanismos preventivos do dano ambiental, como, p.ex., segundo a doutrina:

[...] a) o dever de exigência do estudo prévio de impacto ambiental pelos órgãos públicos ambientais; b) a previsão de participação popular em audiências públicas, permitindo a discussão prévia à aprovação de atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente; c) o dever estatal de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos ou substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; d) o dever estatal relativo à preservação – que só se alcança com a prevenção - dos processos ecológicos essenciais; e) a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético, bem como a fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético. (GOMES, 2003, p. 188/189)

Entretanto, o princípio da precaução surge como um desdobramento do princípio supra, não podendo, assim, tomar um princípio pelo outro. Há diferenças significativas entre ambos.

Na prevenção, o objetivo é esquivar, evitar determinada ação danosa ao meio ambiente ou determinar medidas mitigadoras do dano, conhecendo-se antecipadamente os efeitos prejudiciais que advirão. Já na precaução, visa evitar

a concretização daquilo cujas conseqüências ainda não são bem conhecidas no presente, mas possivelmente serão no futuro.

Assim o é em virtude da irreversibilidade sempre presente no dano ambiental, então, na dúvida, não se autoriza porque não se admite a assunção de riscos desconhecidos, tendo, assim, maior incompatibilidade o princípio da precaução com o princípio do desenvolvimento sustentável do que o princípio da prevenção.

Se a Constituição Federal manda que se preserve o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não poderia, então, assumir riscos desconhecidos pois poderia comprometer o bem estar das futuras gerações.

Como exemplo do princípio da prevenção há o caso da queima da palha da cana-de-açúcar. Dessa forma, os efeitos prejudiciais ao meio ambiente com tal conduta são suficientemente conhecidos para impedir que órgãos públicos autorizem a queimada que, aliás, somente seria lícita se houvesse expressa autorização.

Por óbvio, por conta das queimadas em período de colheita de cana-de-açúcar, aumenta-se consideravelmente a concentração de ozônio na atmosfera, além de monóxido de carbono, dióxido de enxofre dentre outros, causando deterioração da qualidade do ar e aumento nos problemas respiratórios e cardiovasculares no âmbito das cidades canavieiras. Já os chamados “carvãozinhos” é um tormento para muitas pessoas. Ademais, estudos comprovam a interferência das queimadas no processo da fotossíntese. Portanto, não há incerteza científica alguma, pois todos os efeitos prejudiciais são conhecidos. É de conhecimento de todos que a referida atividade trás poluição, colocando em risco a saúde, o bem-estar e a qualidade de vida das pessoas, assim sendo, **preventivamente** não devem ser essas atividades autorizadas.

Outrora, ao que concerne a aplicação do princípio da precaução, podemos citar um exemplo atual que nos trás a doutrina, ao citar a situação dos alimentos transgênicos e sobre os quais não se pode obter real certeza das conseqüências que trarão ao meio ambiente e a saúde humana:

Noticiou-se, por exemplo, que o cruzamento de uma variedade de canola alterada geneticamente para resistir a insetos com uma variedade selvagem da planta deu origem a um híbrido tóxico, uma descoberta feita por pesquisadores norte-americanos da Universidade da Carolina do Norte que levanta temores de que transgênicos não sejam seguros em

campo. Neste caso, aplicando-se o princípio da precaução, não se deve permitir a liberação da cultura de canola geneticamente modificada, senão a título de estudo científico, a fim de que se possa conhecer qual o real impacto no meio ambiente e na saúde humana, antes que se assumam qualquer risco perigoso ao equilíbrio ambiental e à sadia qualidade de vida. (GOMES, 2003 p. 192)

Diante dessa questão, nos apontamentos de Paulo Affonso Leme Machado, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, mantendo a decisão do juiz federal Antônio de Souza Prudente, da 6ª Vara Federal do Distrito Federal, dentre uma das tantas medidas determinadas, constou que as empresas réis, num determinado processo, apresentassem estudo prévio de impacto ambiental como condição indispensável para o plantio da soja *round up ready*, e ficassem impedidas de comercializar as sementes da soja geneticamente modificada até que fossem regulamentadas e definidas pelo Poder Público as normas de biossegurança e de rotulagem de OGMs. Assim, ressalta o autor “o juiz acolheu expressamente o princípio da Precaução”. (MACHADO, 2001, p. 56)

Nesse caso, o princípio da precaução é aplicado como medida de cautela, pois durante o tempo que perdurar a incerteza científica sobre os efeitos do plantio e comercialização de transgênicos, não será concedida as devidas autorizações, até que se possa conhecer o mínimo necessário sobre os riscos futuros, para, enfim, decidir se compensa assumí-los ou não.

O princípio da precaução é de tamanha importância que foi adotado pela ECO 92 – ou Conferência da Terra, segundo o qual, nas palavras da doutrina transparece no sentido de que “a incerteza científica milita em favor do ambiente, carregando-se ao interessado o ônus de provar que as intervenções pretendidas não trarão conseqüências indesejadas ao meio considerado”. (MILARÉ, 2004, p. 145)

Ressalte-se, novamente, estar o Princípio da Precaução inscrito na Declaração do Rio em seu Princípio nº 15, nos seguintes apontamentos:

Com o fim de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério da precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada com razão para se adiar a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação do meio ambiente. (GOMES, 2003, p. 193)

Trata-se, portanto, de diferentes princípios assim verificados no Decreto nº 4.297/02 que regulamentou o art. 9º da Lei nº 6.938/81, estabelecendo da seguinte forma em seu art. 5º, *verbis*:

O ZEE (Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil) orientar-se-á pela Política Nacional do Meio Ambiente, estatuída nos arts. 21, inc. IX, 170, inc. VI, 186, inc. II, e 225 da Constituição, na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, pelos diplomas legais aplicáveis, e obedecerá aos princípios da função sócio-ambiental da propriedade, de *prevenção*, da *precaução*, do poluidor-pagador, do usuário-pagador, da participação informada, do acesso equitativo e da integração – destacamos. (GOMES, 2003, p. 193)

Ainda, a Convenção de Mudança do Clima, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 1/94 e a Convenção da Diversidade Biológica, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 2/94 acabaram por incluir o princípio da precaução no nosso ordenamento jurídico.

Ao final, conclui-se da extraordinária importância do presente princípio porque se fosse possível obter certeza absoluta da prejudicialidade das atividades em geral, os danos por elas provocados ao meio ambiente e na saúde e segurança da população seriam de tamanha amplitude que não poderiam ser mais reparados, sendo assim irreversíveis.

Para tanto, obtém o Estado meios eficazes para garantir a prevenção e a precaução na esfera administrativa, quais sejam: exercício do poder de polícia, aplicação de sanções administrativas, interdição de atividades, no licenciamento ambiental, no estudo prévio do impacto ambiental, nas auditorias ambientais e etc. Assim o deve fazer atendo-se sempre na hipótese de que os danos ambientais são irreversíveis e é dever indeclinável a fim de garantir a proteção ao meio ambiente de que trata o art. 225 da Constituição Federal.

1.4.2 Princípio do poluidor-pagador

Este princípio se inspira na teoria econômica de que os custos sociais externos acompanham o processo produtivo, isto é, o custo resultante dos danos ambientais devem ser levados em conta pelos agentes econômicos quando forem elaborar os custos de produção, e por assim dizer, deverão assumí-los. Isto é o que a doutrina chama de internalização dos custos externos:

Busca-se, no caso, imputar ao poluidor o custo social da poluição por ele gerada, engendrando um mecanismo de responsabilidade por dano ecológico abrangente dos efeitos da poluição não somente entre bens e pessoas, mas sobre toda a natureza. (MILARE, 2004, p. 142)

Este princípio não tem por fim tolerar a poluição mediante um preço, nem a compensação dos danos causados, mas sim evitar o dano ao meio ambiente. O próprio nome *poluidor-pagador* significa “poluiu, paga os danos”, e não ao contrário: “pagou, então pode poluir”.

Isso porque além do produto a ser comercializado, as empresas também fabricam externalidades negativas, pois embora resultantes da produção, são recebidas pela sociedade. Este princípio visa corrigir o custo acrescido à sociedade, impondo-se a sua internalização.

Assim, princípio do poluidor-pagador foi inserido na Declaração do Rio de 1992 em seu Princípio 16, dispondo que:

As autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais. (MILARÉ, 2004, p. 143)

No Brasil, a Lei nº 6.938/81, em seu art. 4º, VII (Política Nacional do Meio Ambiente) também acolheu este princípio obrigando ao poluidor e ao predador a recuperar e/ou indenizar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, em razão de sua atividade. Além do mais, o infrator também estará sujeito a sanções penais e administrativas, independentemente da reparação dos danos.

1.4.3 Princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana

Juntamente com os direitos e garantias fundamentais elencados no art. 5º na Constituição Federal, acrescentou o legislador um novo direito fundamental da pessoa humana no art. 225, *caput* do mesmo instituto.

Tal princípio visa a dar à coletividade, adequadas condições de vida em um ambiente saudável, ecologicamente equilibrado, podendo até ser considerado como uma extensão do direito à vida, seja pela própria existência física e saúde

dos seres humanos, seja pela qualidade de vida, dignidade dessa existência para atingir o bem estar.

Nesse diapasão, o Estado tem o dever de buscar diretrizes visando assegurar meios de sobrevivência a todos os indivíduos, e para tanto, surge a obrigação de evitar sérios riscos ambientais à vida.

Assim, a adoção do presente princípio pela Carta Magna passou a orientar a todas as legislações subjacentes, dando uma nova conotação às leis em vigor, ostentando, dessa forma, status de cláusula pétrea.

1.4.4 Princípio do direito ao desenvolvimento sustentável

Direito ao desenvolvimento sustentável se resume num duplo direito, ou seja, o direito do ser humano desenvolver-se, individual ou socialmente, e o direito de assegurar aos seus sucessores as mesmas condições favoráveis. Há, portanto, um direito de desenvolver-se e usufruir de um Planeta plenamente habitável, e um dever de mantê-lo dessa forma às gerações futuras.

O crescimento econômico, como fator preponderante da destruição do mundo natural, acabou por criar um antagonismo entre o desenvolvimento socioeconômico e a preservação da qualidade ambiental. Dessa forma, precisava-se trabalhar melhor o conceito de desenvolvimento a fim de buscar mudanças comportamentais em defesa do meio ambiente.

Em 1989, por ocasião da Conferência sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, o desenvolvimento sustentável foi adotado na Declaração do Rio¹ e na Agenda 21², segundo o doutrinador Edis Milaré, como objetivo a ser buscado e respeitado por todos os países.

¹ Princípio 4: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá para integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste”. (nota trazida por Edis Milaré, p. 149, 2004).

² Segundo consta do preâmbulo desse documento, “a humanidade se encontra em um momento histórico de definição. Nós nos deparamos com a perpetuação das disparidades entre nações e no interior delas próprias, com o agravamento da pobreza, da saúde precária e do analfabetismo, e com a permanente degradação dos ecossistemas dos quais depende nosso bem estar. Todavia, a *integração das questões ambientais do desenvolvimento* conduzirá à satisfação das necessidades básicas, a uma qualidade de vida mais digna, a uma conservação e manejo mais adequados dos ecossistemas e a um futuro mais seguro e promissor para todos. Nenhum país poderá conseguir essa integração por iniciativa própria. Porém, através de uma iniciativa global conseguiremos atingir, juntos, o *desenvolvimento sustentável*. Destacamos. (referência trazida por Edis Milaré, p. 149, 2004)

Basicamente, o desenvolvimento sustentável é definido pela Comissão como sendo aquele que leva em conta as necessidades das atuais gerações sem, no entanto, arriscar as necessidades das futuras gerações. Também se pode defini-lo como melhorar a qualidade de vida das pessoas dentro da capacidade de suporte dos ecossistemas.

No Brasil, a introdução deste princípio se deu a partir do estabelecimento de diretrizes básicas para o zoneamento industrial em áreas críticas de poluição pela lei nº 6.803/80, logo em seu primeiro artigo já há a preocupação com o desenvolvimento sustentável pelo legislador, onde preconiza que as atividades industriais devem se compatibilizar com a proteção ambiental nessas áreas.

Após, com a Política Nacional do Meio Ambiente, o legislador elegeu, primordialmente, a avaliação dos impactos ambientais como meio de preservar os processos ecológicos essenciais.

Além do mais, em matéria de economia e desenvolvimento, a produção deve ser sustentável assim como o consumo também, pois, não se pode produzir o que não se consome, nem consumir o que não se produz adequadamente.

Portanto, em atenção a este princípio inovador e dos mais característicos do Direito do Ambiente, segundo o doutrinador Edis Milaré (2004, p. 150), “incumbe, pois, à sociedade construir, mais do que seu mundo atual, o mundo do amanhã”.

1.4.5 Princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal

Declarado expressamente no art. 225, §1º da Constituição Federal, este princípio se projeta no dever de intervenção estabelecido ao Poder Público, em determinadas atividades, visando assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A adoção deste princípio pela Carta Magna, assim como em todo o mundo, foi baseado no Princípio nº 17 da Declaração de Estocolmo, que prevê: “deve ser confiada às instituições nacionais competentes a tarefa de planificar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente”.(GOMES, 2003, p.185)

Assim, cabe ao Poder Público o dever de atuar em defesa ao meio ambiente, seja criando políticas públicas, seja criando programas de ação, haja

vista ser de natureza compulsória, obrigatória à atividade de defesa ao meio ambiente que lhe foi outorgada pela Constituição e pelas leis.

Enfim, pode-se concluir que a intervenção do Estado na realização de tarefas atribuídas pela Constituição Federal é obrigatória, porém, insta salientar, nas palavras da doutrina moderna:

Impende concluir que, noutra ponta, existe o direito material ambiental de a sociedade cobrar, através dos entes legitimados, as medidas omitidas ilicitamente pelo administrador. (GOMES, 2003, p. 188)

Podemos destacar ainda, como queiram outros autores, por exemplo Edis Milaré, o Princípio do controle do poluidor pelo Poder Público como sendo um desdobramento do presente princípio em análise. Isto porque também se trata de intervenção do Poder Público, obrigatoriamente, para controlar a poluição e preservar o meio ambiente.

O Princípio do controle do poluidor pelo Poder Público estaria, da mesma forma, calcado no controle, intervenção do Poder Público quanto à manutenção, preservação e restauração dos recursos ambientais visando sempre sua utilização racional e a disponibilidade permanente.

O Poder Público, através de seus órgãos e entidades, utiliza-se do seu poder de polícia administrativa, além de outros métodos como o ajustamento de conduta (Política ambiental educativa), para fazer cessar as atividades nocivas, limitando o exercício dos direitos individuais, sempre visando o bem estar da sociedade, *in casu* a preservação do meio ambiente.

No ordenamento jurídico brasileiro, este princípio pode ser encontrado tanto na lei ordinária (art. 5º, § 6º da Lei 7.347/85) como na própria Constituição Federal (art. 225, §1º, V).

1.4.6 Princípio da natureza pública da proteção ambiental

Decorrente de previsão legal que considera o meio ambiente como um valor a ser assegurado e protegido como bem de uso comum do povo, este princípio orienta no sentido de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não se constitui em nenhuma prerrogativa privada.

Isto é, ninguém pode apropriar-se individualmente de partes do meio ambiente. Utilizar-se individualmente do direito é possível, porém, desde que intrinsecamente ligado à sua realização social.

Sendo assim, a partir do reconhecimento desse interesse geral permitirá o surgimento de um novo controle de legalidade e instrumentos capazes de fazer cumprir o novo objetivo do Estado. Existiria, então, uma ordem pública ambiental, com regras e que assim, o Estado asseguraria o equilíbrio harmonioso entre o homem e o ambiente.

No Brasil, o próprio ordenamento jurídico, assim como a Lei Fundamental brasileira, reconhecem o meio ambiente como um patrimônio público, sendo um bem de uso comum do povo, impondo, portanto, ao Poder Público e à coletividade como um todo a responsabilidade por sua proteção.

Há uma relação muito próxima entre o princípio da primazia do interesse público e o da indisponibilidade do interesse público. Assim o é, visto que “o interesse na proteção ao ambiente, por ser de natureza pública, deve prevalecer sobre os direitos individuais privados”. (MILARÉ, 2004, p. 139)

Dessa forma, sempre que houver dúvida sobre qual norma aplicar, deve prevalecer aquela em favor da sociedade – “*in dubio pro ambiente*”.

Enfim, é clara a natureza pública que envolve o interesse na tutela do ambiente, assim como indisponível também o é. Então, conclusivamente, se a proteção ao meio ambiente é um dever do Estado, que visa prover as necessidades da coletividade, no entendimento de Álvaro Luiz Valery Mirra (1996, p. 56): “torna-se possível exigir coativamente até, e inclusive pela via judicial, de todos os entes federados o cumprimento efetivo de suas tarefas na proteção do meio ambiente”.

Assim, é dever de todo cidadão exigir do Estado que cumpra com suas obrigações na proteção do meio ambiente.

1.4.7 Princípio da supremacia do interesse público primário na proteção do meio ambiente em relação ao interesse público secundário e aos interesses privados

O legislador constitucional, no art. 225, *caput*, Constituição Federal, atribuiu ao meio ambiente a qualificação jurídica de bem público de uso comum,

considerando assim, a sociedade como verdadeira e única titular do direito ao bem público ambiental, podendo desta forma, exercer tal direito contra particulares e até contra o próprio Estado. Isto é, bem de uso comum do povo significa que a sua utilização é pública, não exclusiva, tendo a sociedade como seu principal titular.

Portanto, tendo em vista ser o bem ambiental de natureza pública, à disposição de todos os cidadãos, sua tutela deve prevalecer quando confrontar com interesses privados ou com interesse públicos do próprio Estado. Assim o é, porque se trata de interesse público primário na proteção do meio ambiente que deve se sobrepor aos interesses públicos secundários, próprios da Administração Pública, ou interesses privados, segundo a própria Carta Magna. Assim a doutrina:

E sendo o bem ambiental bem de natureza pública, pertencente à coletividade e voltado a uma finalidade pública, sua tutela, conseqüentemente, deve prevalecer quando em confronto com a dos interesses privados e mesmo com a dos interesses vistos na ótica do próprio Estado. (GOMES, 2003, p. 182)

Por fim, o interesse público primário na tutela do meio ambiente deve prevalecer ainda sobre os interesses públicos secundários. Isso se explica porque a Administração Pública é gestora, não titular do meio ambiente e deve atuar sempre que houver lesão ou ameaça de lesão ao bem comum.

1.4.8 Princípio da consideração da variável ambiental no processo decisório de políticas de desenvolvimento

Esse princípio teve sua origem no final dos anos 60, com o surgimento do Estudo de Impacto Ambiental, nos Estados Unidos, que era um instrumento através do qual se procurava prevenir, diminuir a poluição e outras agressões ao meio ambiente, avaliando-se, antecipadamente, as conseqüências da conduta humana sobre a natureza.

No Brasil, este mecanismo de prevenção de danos possui *status* constitucional, sendo, porém, regulamentada por lei infraconstitucional. Internacionalmente falando, a Declaração do Rio em seu Princípio 17 trouxe sua previsão.

Portanto, segundo este princípio, deve-se levar em conta a variável ambiental em qualquer decisão ou ação, seja pública, privada, que tenha a possibilidade de causar algum dano, impacto ao meio ambiente.

1.4.9 Princípio da exigibilidade do estudo prévio do impacto ambiental

O Estudo de Impacto Ambiental (EIA) é um procedimento administrativo que tem por finalidade a prevenção e a precaução de danos ambientais. Visa evitar que seja implantado um projeto que cause degradação ambiental, significativa ou até desconhecida. Busca também prever a extensão de um dano e medidas protetoras do impacto ambiental, quando for inevitável sua ocorrência. Assim, por meio do EIA, é possível identificar implicações negativas de um determinado projeto, avaliar quais são os benefícios e os custos ambientais; sugerir medidas mitigadoras, devendo, assim, diante de um procedimento administrativo, dar-lhe total cumprimento em busca da qualidade ambiental.

Além de prevenir contra o dano ambiental, que é seu principal escopo, existem outros três objetivos do EIA: a) transparência administrativa – quanto aos efeitos ambientais de um determinado projeto, onde o órgão público e o proponente liberam todas as informações que dispõe, exceto ao que corresponde ao sigilo industrial; b) consulta aos interessados – onde pode a comunidade participar efetivamente e fiscalizar; c) motivação da decisão ambiental.

Ao recepcionar a Política Nacional do Meio Ambiente, a Constituição Federal em seu art. 225, § 1º, IV, refere-se expressamente à obrigatoriedade da realização do Estudo Prévio de Impacto Ambiental para a concessão de licenciamento de obras potencial ou efetivamente danosas ao meio ambiente. Assim dispõe o texto constitucional:

Art. 225 – (...)

§ 1º - (...)

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, o que se dará publicidade;

Também orienta-se segundo a doutrina:

Dessa forma, como quer a Lei Maior, o Estudo de Impacto Ambiental é pressuposto da concessão de licença para o empreendedor, quando a atividade a ser desenvolvida for promover significativa degradação do meio ambiente. (GOMES, 2003, p. 199)

A mesma exigência do Estudo de Impacto Ambiental é feita na Declaração do Rio, em seu Princípio nº 17. Cumpre ressaltar, que incumbe ao Estado a exigência do Estudo Prévio de Impacto Ambiental nos casos necessários. No entanto, a omissão do Estado diante do cumprimento da ordem constitucional, tem sido combatida na via da ação civil pública em busca de evitar que empreendimentos com forte potencial lesivo ao meio ambiente sejam erguidos sem o prévio Estudo de Impacto Ambiental.

Assim, há várias maneiras de atuação do Ministério Público, conforme o caso concreto, a saber: a) recomendar ou ajuizar ação civil pública buscando suprir a omissão estatal, no sentido de que se exija do empreendedor o Estudo Prévio de Impacto Ambiental antes da concessão da licença; b) recomendar ou ingressar com uma ação civil pública visando anular procedimento administrativo no qual se concedeu autorização ambiental sem a exigência do estudo prévio de impacto ambiental para atividade com significativo potencial de degradação ambiental; c) proceder na responsabilização civil dos agentes públicos omissos, se comprovado dolo ou culpa, sem prejuízo da responsabilização penal (Lei nº. 9.605/98, arts. 66 e 67), promovendo ainda a responsabilização por improbidade administrativa em virtude da omissão atentatória aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, justamente por não praticar ato de ofício (Lei nº. 8.429/92, art. 11, II).

Enfim, o presente princípio, baseado nos princípios da prevenção e da precaução, é evitar que um projeto seja implantado, quando seus efeitos forem prejudiciais ao meio ambiente, conhecidos ou não, ainda que justificável pelo aspecto econômico. Ou, caso o projeto já fora implantado, este princípio busca determinar medidas de monitoramento e mitigação necessárias de eventuais danos ambientais que possam ocorrer.

Um exemplo real é trazido pela doutrina:

A propósito, o Ministério Público Estadual ajuizou ação de responsabilidade por improbidade administrativa (art. 10, *caput*, e 11, *caput* e inc. I da Lei nº 8.429/92), cumulada com pedido de anulação de ato administrativo – licença prévia – em face da Embraparque – Empresa Brasileira de Parques – e de agentes públicos que se omitiram na

exigência de estudo de impacto ambiental da empresa interessada em implantar um Parque Aquático e de Lazer denominado “Xuxa Water Park”, em Itanhaém, em área de Mata Atlântica, que sofreria forte impacto ambiental com o empreendimento. Além da anulação da licença prévia, pediu-se também o ressarcimento dos danos patrimoniais causados, bem como a responsabilização por improbidade administrativa, com as aplicações de sanções de perda de funções públicas, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público, ou de receber benefícios ou incentivos fiscais direta ou indiretamente. (GOMES, 2003, p. 201)

Ao final, na sentença, o pedido foi julgado parcialmente procedente, na qual afastou a condenação por improbidade administrativa por não se vislumbrar a violação do dever de imparcialidade e foi reconhecida a ilegalidade na concessão de licença para declarar nulo todo ato administrativo praticado a partir do licenciamento para a instalação do parque.

1.4.10 Princípio da participação popular na preservação ambiental

Conforme art. 225, *caput* da CF, não se atribui somente ao Estado o dever de preservar e defender o meio ambiente, mas também à coletividade é imposto tal dever.

São necessários muitos esforços para preservar o meio ambiente às presentes e futuras gerações, no qual o Estado não conseguiria fazê-los sozinho, precisando da participação da coletividade. Ademais, justo foi o legislador ao conceder a prerrogativa de defender o meio ambiente a quem é o seu próprio titular.

Trata-se de característica fundamental do Estado Democrático de Direito, visto que assim, é possível que a população, titular do poder político, tome conhecimento das ações estatais e possa interferir nos negócios públicos facultada concedida por vários dispositivos constitucionais (CF, art. 5º, incisos XIV, XVII, XXXIII, XXXIV, LX, LXX, LXXI, LXIX, LXXIII, dentre outros).

Inclusive, a participação popular nas ações de preservação ambiental foi objeto da Declaração do Rio 92, em seu Princípio nº. 10, dizendo:

Que o melhor modo de tratar as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos interessados, até porque sem a consciência ecológica e a contribuição efetiva de cada um dos titulares do interesse em foco é inviável, na prática, que se preserve o meio em que vivemos. (GOMES, 2003. p. 213)

No entanto, o Estado tem o dever de garantir os meios necessários para a efetivação da participação popular. Para tanto, importante se torna o cumprimento do princípio da publicidade (art. 37, *caput*, CF) para que a sociedade em geral fique informada sobre as questões ambientais em discussão. Inclusive, o Princípio nº 10, acima mencionado, prevê que todas as pessoas deverão ter acesso adequado à informação sobre atividade que ofereça risco ao meio ambiente.

O presente princípio da participação popular na proteção ambiental está previsto, além de constitucionalmente, também nos diversos dispositivos legais, como p.ex., na Lei nº 6.938/81 que prevê: “os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial do Estado, bem como em um periódico regional ou local de grande circulação”. (ART. 10, § 1º). Outro exemplo: art. 3º, Resolução do CONAMA nº 237/97, além de prever que será dada publicidade ao EIA, assegura a realização de audiências públicas. Nesse sentido, a doutrina:

Note-se que, além da publicidade e do acesso do público ao Estudo de Impacto Ambiental, há ainda a necessária previsão do direito de a sociedade ver realizada audiência pública, oportunidade em que poderá se manifestar. (GOMES, 2003, p. 214)

Para melhor entender, se um empreendedor realizar o Estudo de Impacto Ambiental sendo este aprovado por um órgão público ambiental, sem que seja dada a sua publicidade à coletividade, é viável ação civil pública para suprir a omissão de ambos, obrigando-os a garantir a publicidade e o acesso do público ao estudo, além de realização das audiências públicas necessárias. Entretanto, poderia o *Parquet*, anteriormente à via judicial, optar pela requisição da realização da audiência pública, com base no art. 129, III e VI da CF, art. 8º, § 1º da Lei nº 7.347/85, no art. 26, I, “b” da Lei Federal nº 8.625/93, e no art. 8º da Lei Complementar nº 75/93, possibilidade inclusive prevista no art. 2º da Resolução do CONAMA nº 9/87, embora neste último dispositivo o legislador utiliza a expressão *solicitar*, quando o correto seria *requisitar*.

Ainda exemplificando, a Lei nº 9.985/00 que regulamenta o § 1º, I, II, III e VII da CF institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências, que exige do Poder Público, antes de criar uma unidade

de conservação, realize estudos técnicos e consulta pública (art. 22, § 2º). Nesta, “o Poder Público é obrigado a fornecer informações adequadas e inteligíveis à população local e a outras partes interessadas” (art. 22, §3º).

Nas palavras do eminente doutrinador:

Assim, se o Estado editar ato normativo criando, por exemplo, um Parque Estadual, sem a precedência da consulta pública obrigatória que permita o conhecimento e a participação popular no processo de criação, o ato será ilegal, por contrariar o disposto na legislação federal. (GOMES, 2003, p. 215) <grifo nosso>

Enfim, pode-se exigir a realização da consulta pública, caso não editado ainda o ato criador da unidade de conservação, ou a anulação do decreto administrativo, se tiver sido editado sem levar em consideração o presente princípio da participação popular na criação das áreas protegidas.

1.5 Dos instrumentos de proteção ambiental

A existência de instrumentos de tutela ambiental encontra respaldo na própria Constituição Federal de 1988, visto que, como já mencionado, é dever do Poder Público e da coletividade a preservação e proteção do bem ambiental. Sendo assim, todo instituto destinado e utilizado para preservação ou proteção dos bens ambientais, seja pelo Poder Público, seja pela coletividade, constituem-se como *instrumento de tutela ambiental*.

A coletividade também é titular do dever de preservação ambiental, dada a natureza difusa do bem ambiental (indivisível, cujos titulares estão ligados entre si por circunstância de fato). Isso implica dizer que são instrumentos de tutela ambiental não somente os atos da Administração destinados à preservação e proteção ao meio ambiente, como também outros que tenham tal finalidade. Conforme explicação do constitucionalista Celso Antônio Pacheco Fiorillo (1997, p. 163):

Em resumo, para que um instituto seja rotulado como instrumento de tutela ambiental, não há necessidade de que seja emanado, ou exclusivamente do Poder Público, ou exclusivamente da coletividade, já que como a natureza do bem ambiental é difusa, como quer o texto maior, temos que a pedra de toque que determinará, adjetivará e rotulará um dado instituto como sendo instrumento de tutela ambiental, é a

finalidade a que se destina: *preservação e proteção dos bens ambientais.*

Enfim, pode-se verificar sob o prisma pragmático e didático que o art. 225 da CF previu a existência de dois tipos de tutela, quais sejam a tutela preventiva e a tutela reparatória ao meio ambiente. A primeira refere-se à preservação do meio ambiente, enquanto a segunda liga-se na recomposição do meio ambiente. Exemplificando, pode-se citar como instrumentos de proteção ambiental: EIA/RIMA, licenças e autorizações ambientais, auditorias ambientais, manejo ecológico, zoneamento, tombamento, ação civil pública, ação penal pública, ação popular, direito de antena, etc.

Ainda, segundo a doutrina, os instrumentos de tutela ambiental dividir-se-ia em dois tipos: mecanismos não jurisdicionais de tutela ambiental e mecanismos jurisdicionais de tutela processual. Assim, fariam parte do primeiro grupo o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, o Manejo Ecológico, o Zoneamento Ambiental, o Tombamento Ambiental, o direito de antena, o direito de informação e educação ambiental, as Unidades de Conservação, a atuação do Poder Público no exercício do poder de polícia, preventivo (leis, decretos, autorizações e etc.) e repressivo (sanções administrativas). Já no segundo grupo estariam: a ação popular ambiental, a ação civil pública, o mandado e segurança ambiental, mandado de injunção, etc.

Ao que se refere aos meios processuais para a defesa ambiental, cumpre destacar: a **ação popular** que pode ser intentada por qualquer cidadão, desde que comprovadamente estar no gozo de seus direitos políticos, visando anular ato lesivo ao patrimônio público e etc.; o **inquérito civil** criado pela Lei nº 7.347/85, para a proteção do meio ambiente, trata-se de um procedimento administrativo para obtenção de provas e para auxiliar na preparação da ação civil pública, constituindo-se em uma das atribuições do Ministério Público; as **recomendações** feitas pelo Ministério Público (p.ex. para a elaboração de Estudo Prévio de Impacto Ambiental ou sua reformulação); o **compromisso de ajustamento de conduta** que é um acordo cujo descumprimento acarreta sanções; e, por fim, a **ação civil pública** que visa proteger os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos por 3 vias: cumprimento da obrigação de fazer, não fazer e condenação em dinheiro. Além desses, também há outros

meios processuais para a defesa ambiental, mesmo já citados, não serão objeto essencial do presente trabalho.

1.6 Estudo prévio de impacto ambiental

A Lei Federal nº 6.938/81, ao estabelecer a Política Nacional do Meio Ambiente, trouxe vários instrumentos para avaliação prévia do impacto ambiental das interferências antrópicas de grande vulto, conforme seu art. 9º. Dentre estes instrumentos, está o Estudo do Impacto Ambiental (EIA), que deve ser elaborado antes da implantação de qualquer obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental.

O EIA é um estudo das possíveis modificações das características sócio-econômicas e biofísicas do meio ambiente, resultando de um projeto proposto, buscando antecipar a prevenção e o monitoramento de eventuais danos ambientais.

A própria Carta Magna, ao elevar o meio ambiente como bem de uso comum do povo, ratificou, por assim dizer, a necessidade de prévia apresentação do EIA-RIMA, como condição para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental. Isso é o que reza o art. 225 em seu inciso IV.

Enfim, é um instrumento que deve ser prévio à implantação do empreendimento ou o início da atividade, que ao final irá instruir o pedido de licença ambiental nos casos de obras ou atividades que causem significativa degradação ambiental.

Ressalte-se, é um instrumento de alto custo e deverá ser suportado pelo empreendedor. Outrora, quando o empreendimento não causar significativa degradação, ou seja, quando for empreendimento de pequeno potencial de impacto ambiental poderá ser realizado um procedimento simplificado para o licenciamento ambiental, sob o crivo do Conselho do Meio Ambiente, dada a menor complexidade da atividade.

Como exemplo, há o Relatório de Controle Ambiental – RCA, para hipóteses de dispensa do EIA/RIMA em casos de extração de minérios, dentre outros.

1.6.1 Conceito de impacto ambiental

O conceito de impacto ambiental encontra-se expresso no art. 1º da Resolução do CONAMA nº 001/86:

Art. 1º - Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetem:
I – a saúde, a segurança e o bem estar da população;
II – as atividades sociais e econômicas;
III – a biota;
IV – a qualidade dos recursos ambientais. (OLIVEIRA, 1999, p. 148)

A palavra impacto vem do latim *impactus* que tem o significado de choque, colisão, abalo moral. Advém do particípio passado do verbo *impingere*, com o sentido de impingir ou forçar contra.

Assim, pode-se dizer que impacto ambiental é tudo aquilo que impinge a natureza, ou seja, tudo aquilo que força ou contraria suas leis.

Enfim, é possível qualificar e quantificar antecipadamente o impacto ambiental por intermédio do EIA, muito embora, às vezes uma modificação no equilíbrio ecológico só aparece mais tarde. Em síntese, pode-se considerar o EIA como um procedimento administrativo de prevenção e de monitoramento de danos ambientais.

Ademais, o termo utilizado pela supracitada Resolução do CONAMA, qual seja *afetem* é um termo neutro. Assim, os bens referidos nos incisos do art. 1º podem ser afetados tanto de forma positiva como negativa, isto é, podem afetar favorável ou desfavoravelmente o meio ambiente. Caso seja positivo, deverá ser estimulado, p. ex., quando um empreendimento beneficiar as condições sanitárias do meio ambiente, aumentando o bem estar da população. Por outro lado, caso seja negativa, deverão ser evitadas, p.ex., indiretamente, no mesmo exemplo dado acima, afete o bem estar da população, prejudicando-a.

1.6.2 Natureza jurídica do EPIA

Saliente-se o Estudo de Impacto Ambiental é um procedimento público, não podendo admitir de qualquer forma um estudo privado feito, p.ex., por uma

equipe multidisciplinar sob encomenda do proponente do projeto. A justificativa é simples haja vista que a própria lei é quem obriga imprescindivelmente a intervenção inicial do órgão público ambiental desde o início do procedimento. Assim reza os arts. 5º, parágrafo único, 6º, parágrafo único, e 11, parágrafo único, todos da Resolução 1/86 do CONAMA, e Resolução 6/86 do CONAMA, modelos 1 e 2.

1.6.3 Finalidade

Primordialmente o EIA tem o objetivo de evitar que uma obra ou atividade, apesar de justificável sob o prisma econômico ou em relação aos interesses do seu proponente, apresente-se posteriormente prejudicial e catastrófico ao meio ambiente. Daí o seu caráter preventivo.

Entretanto, como instrumento constitucional da Política Nacional do Meio Ambiente, o EIA tem por finalidade auxiliar a execução dos objetivos fixados por esta, segundo o art. 2º da Lei nº 6.938/81. Consoante o doutrinador Paulo de Bessa Antunes (1996, p. 80):

Tais objetivos, como se sabe, são: [...] a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana [...].

Percebe-se, outrossim, a grande complexidade de tais objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, não podendo ser de outra forma, também, seus instrumentos, que nas palavras do autor acima, o mais complexo é o Estudo Prévio de Impacto Ambiental.

1.6.4 Relatório de impacto ambiental

Pode-se afirmar com veemência que o Estudo de Impacto Ambiental – EIA e o Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, não se tratam do mesmo instituto e apresentam diferenças entre si. Primeiramente o EIA é de maior abrangência que o RIMA, e ao final, acaba por englobá-lo.

Ressalte-se, o EIA precede o RIMA e é o seu alicerce imprescindível. Após feito o EIA, será feito um relatório por escrito, transmitindo as atividades totais do EIA. Dissociado do EIA, o RIMA perde sua validade.

Ambos seus conteúdos vinculam o órgão público ambiental e a equipe multidisciplinar, evitando assim que seja a população privada de conhecer o RIMA em sua inteireza, o que viciaria todo o procedimento.

Um conceito bastante claro é trazido pela doutrina:

Portanto, o RIMA deve ser a tradução em linguagem comum, auxiliada por recursos gráficos, que facilitem sua compreensão pelo público leigo, das conclusões do Estudo de Impacto Ambiental. É, por assim dizer, a síntese dos trabalhos de Avaliação de Impacto Ambiental realizados para a elaboração do EIA, segundo as Instruções Adicionais ministradas pelo órgão licenciador. (OLIVEIRA, 1999, p. 216)

O RIMA é a apresentação, numa linguagem acessível aos vários grupos sociais, das conseqüências benéficas e adversas que a implantação ou não de um certo empreendimento proposto terá sobre o meio ambiente em todas as suas formas. Observe-se, o RIMA é um procedimento destinado ao público e dele deve constar determinadas informações essenciais para o seu bom entendimento.

1.6.5 Licenciamento ambiental

Por meio deste, busca a Administração Pública exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais. Trata-se de uma ação típica e indelegável do Poder Executivo, sendo, o que se pode chamar de instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente.

Segundo a Resolução do CONAMA 237/97:

Procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e 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 aplicáveis ao caso. (MILARÉ, 2001, p. 360)

É um ato complexo, intervindo nele vários agentes, devendo, entretanto, ser precedido pelo EIA/RIMA sempre que constatada a significância do impacto

ambiental. Para tanto, é dividido em 5 fases, quais sejam: requerimento da licença e seu anúncio público; recebimento do EIA/RIMA, e a conclamação pública para realização de audiência; realização ou dispensa de audiência pública; então, órgão público vai elaborar seu parecer conclusivo sobre o estudo que lhe foi submetido à deliberação. Após, aprovado o estudo, vem a ocorrer o licenciamento ambiental.

Com efeito, muita discussão na doutrina surge em torno da natureza jurídica da licença, se seria um ato administrativo vinculado ou discricionário.

Alguns autores, como Paulo Affonso Leme Machado, diz que a expressão licenciamento ambiental equivale como sendo uma verdadeira autorização ambiental, muito embora seja simplesmente utilizado o termo licença. Se fosse verdadeiramente uma licença, esta seria definitiva, sem necessidade de renovação. Diz ainda que essa questão foi julgada acertadamente pelo TJSP:

O TJSP, ao analisar a Lei 6.938/81, julgou com grande perspicácia a questão: “O exame dessa lei revela que a licença em tela tem natureza jurídica de autorização, tanto que o § 1º de seu art. 10 fala em pedido de renovação de licença, indicando, assim, que se trata de autorização, pois, se fosse juridicamente licença, seria ato definitivo, sem necessidade de renovação. (MACHADO, 2002, p. 248)

Ademais, ressalta que no art. 9º da referida lei, também se utiliza a expressão “renovação” e “revisão”, significando que a Administração pode intervir periodicamente para controlar a qualidade ambiental da atividade licenciada. Assim, sustentam que se trata de uma autorização pois se realmente fosse licença, deveria ser definitiva, o que não é, haja vista a previsão de prazos de validade para cada tipo de licença. Nesse posicionamento a licença ambiental deve ser entendida como autorização, que é um ato administrativo discricionário e precário, possibilitando à autoridade analisar discricionariamente, segundo seus critérios de conveniência e oportunidade, a solicitação para proibir ou não o exercício da atividade pretendida.

Entretanto, esse não é o melhor entendimento, uma vez atendidos os pressupostos exigidos, deve sim a autoridade conceder a licença. Não houve aqui um equívoco do legislador na utilização da expressão LICENÇA, pois disse exatamente o que queria. Nesse sentido a doutrina:

Vale dizer, fundamentalmente a capacidade decisória da Administração resume-se ao reconhecimento formal de que os requisitos ambientais para o exercício do direito de propriedade estão preenchidos. (MILARÉ, 2001, p. 363)

A melhor tese, senão a mais acertada diz respeito ao licenciamento como condicionante para a realização da atividade e não como um fato impeditivo. Isso quer dizer que caso o empreendedor cumpra todas as exigências técnicas e legais exigidas e inerentes a obra e ao próprio licenciamento, ele terá como um direito seu a LICENÇA AMBIENTAL, que deverá ser necessariamente expedida pelo órgão competente, dado, assim, seu caráter *vinculado*.

Nesse sentido a doutrina:

Vencidas todas as etapas do procedimento, será concedida ou não a licença ambiental. E, nesse ponto, é muito importante ressaltar que, cumprindo o empreendedor todas as exigências legais e técnicas inerentes ao empreendimento e ao próprio licenciamento, fará *jus* à licença ambiental, a qual não poderá ser negada pelo Poder Judiciário, sendo, portanto, *vinculada*. (FINK, 2000, p. 8)

Como posição majoritária tem-se que realmente se trata de uma licença. É um direito subjetivo do empreendedor que precisa preencher alguns requisitos previstos em lei para exercer tal direito. Dessa forma, satisfeitos os requisitos pelo requerente deverá a Administração conceder a licença. É um ato administrativo vinculado.

Então, enquanto aquelas condições dadas no momento do licenciamento estiverem atendendo ao fim maior que é a preservação do meio ambiente, será a licença mantida. Entretanto, caso deixe de atender tal fim, a licença deverá ser revista. Nesse mesmo sentido a doutrina:

Infere-se, portanto, que a licença ambiental é dotada, implicitamente, de uma verdadeira cláusula *rebu sic stantibus*, ou seja, se as condições originais que deram ensejo à concessão da licença mudarem, esta também pode ser alterada ou até retirada. Ademais, essas licenças são revistas periodicamente, já que concedidas por prazos certos. (FINK, 2000, p. 11)

Contudo, segundo o mesmo autor, muito coerente, ressalta que em matéria de licenciamento ambiental, ainda pode ser encontrado atos administrativos com natureza jurídica de autorização. Aqui será ele discricionário e precário, pois o

Poder Público segundo seus critérios de conveniência e oportunidade, pode atender ou não à pretensão. Não infere-se, nesse momento o direito subjetivo do empreendedor. Um exemplo clássico é autorização para utilização de motosserra ou outros da mesma natureza.

Outros autores, como Édis Milaré, a *contrario sensu*, além de considerar a licença ambiental como uma verdadeira licença, sustenta ainda que na verdade não há atos inteiramente vinculados ou inteiramente discricionários, mas sim uma situação de preponderância. Ressalta que não se pode negar à Administração Pública a faculdade de juízos de valor sobre a compatibilidade do empreendimento ou atividade a planos governamentais, mas sim, “importa enfatizar que a matiz que sobressai, aquele que lhe dá colorido especial, é o da subordinação da manifestação administrativa ao requerimento do interessado [...]” (MILARÉ, 2001, p. 363).

Entretanto, o primeiro posicionamento parece ser o mais coerente.

1.6.6 Obrigatoriedade do estudo de impacto ambiental

Conforme o art. 225, §1º, IV da Constituição Federal, quanto ao meio ambiente ecologicamente equilibrado:

§1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
IV – 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.

Trata-se de um instrumento muito importante de atuação administrativa na defesa do meio ambiente introduzido no ordenamento jurídico brasileiro. Destaque-se, é um instrumento que serve para evitar que uma atividade traga danos ao meio ambiente. O que se quer é manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado, assegurando-se um de tantos outros direitos e garantias individuais do indivíduo.

Para tanto, mister se torna que o estudo seja realizado anteriormente à autorização da obra ou atividade, caso contrário, não seria eficaz. Ademais, a própria norma exige sua ampla publicidade. Outrossim, realizado o Estudo Prévio

de Impacto Ambiental, o resultado final será uma análise que opina favorável ou não a projeto em questão.

Do dispositivo constitucional, podemos concluir que o EIA deve ser exigido pelo Poder Público; ser realizado antes da instalação da obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental, não podendo nunca ser concomitante e nem posterior à obra ou atividade; ser amplamente divulgado, especialmente, diante da população direta e indiretamente atingida pelo projeto e os órgãos e entidades de defesa do meio ambiente.

Com efeito, é um procedimento de natureza pública sendo, portanto, imprescindível a participação do órgão público ambiental durante todo o procedimento. Isto é, será feita uma análise no local onde se pretende instalar uma obra ou atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente, realizada por uma equipe multidisciplinar que deverá apontar os aspectos positivos e/ou negativos daquela que viabilizará ou não sua realização, podendo, inclusive até apresentar alternativas para minimizar o impacto negativo ao meio ambiente.

Dada sua publicidade, poderá ser realizada uma audiência pública onde será discutida as conclusões apresentadas, podendo participar qualquer um que tenha interesse no procedimento administrativo.

A possibilidade da realização da audiência pública funda-se no princípio da participação pública que se refere ao direito de o cidadão intervir no procedimento de tomada da decisão.

Após poderá ser conferido o licenciamento ambiental, que é um ato vinculado que concede a realização da obra ou atividade potencialmente danosa ao meio ambiente. Observe-se o órgão responsável pela exigência e elaboração do EIA é um órgão estadual, no entanto, isso não inviabiliza a reclamação federal ou municipal do estado.

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente - Lei nº 6.938/81 em seu art. 9º, III incluiu o EIA entre os seus instrumentos de avaliação de impactos ambientais. A resolução nº 001/86 do CONAMA estabeleceu situações, de forma exemplificativa, consideradas causadoras de impactos significativos ao meio ambiente, em que o Estudo de Impacto Ambiental se faz necessário.

A Resolução do CONAMA 001/86, em seu art. 2º, estabelece um rol de obras e atividades modificadoras do meio ambiente que exigem a realização do Estudo de Impacto Ambiental. São elas: estradas de rodagem com duas ou mais

faixas; ferrovias; portos e terminais de minério, petróleo e produtos químicos; aeroportos; oleodutos, gasodutos, minero dutos, troncos coletores e emissários de esgotos sanitários; linhas de transmissão de energia elétrica, acima de 230Kw; obras hidráulicas para exploração de recursos hídricos; extração de combustível fóssil; extração de minério; aterros sanitários; usinas de geração de eletricidade; complexo e unidades industriais e agro-industriais; distritos industriais e zonas estritamente industriais; exploração econômica de madeira ou de lenha, em áreas acima de 100 hectares; projetos urbanísticos; qualquer atividade que utilize carvão vegetal, em quantidade superior a dez toneladas por dia.

Considerando, no entanto, que cabe apenas ao Poder Público exigir o Estudo de Impacto Ambiental, o órgão ou a entidade pública responsável pelo licenciamento ambiental deverá ser sempre consultado.

Destaque-se que a vinculação do poder público em exigir o Estudo de Impacto Ambiental relaciona-se às hipóteses de obras ou atividades consideradas potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental previstas no art. 2º, da Resolução 01/86 do CONAMA, ou seja, estando diante dessas atividades o Poder Público está obrigado a exigir o EIA, isto porque a ele cabe a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme art. 225 da Constituição Federal.

Uma vez implementadas aquelas atividades, causarão, conseqüentemente, impactos ambientais significativos, presumindo-se dessa forma, sua natureza absoluta e seu caráter cogente. Entretanto, isso não significa que a exemplaridade do rol do art. 2º, da Resolução 01/86, é um mecanismo apto a tornar discricionária a exigência do EIA/RIMA pelo órgão licenciador, de sorte que dificuldade haveria, no entanto, em descobrir-se qual a natureza do ato administrativo que exige ou dispensa a elaboração do EIA para as atividades não elencadas no art. 2º. Assim o é, visto que as expressões “potencialmente” e “significativa”, constantes do texto constitucional, dão margem à valoração pelo administrador.

Tratam-se de expressões vagas que dão margem a interpretações pelo agente do órgão licenciador, vez que não se tratando de atividade elencada no art. 2º da Resolução 01/87 do CONAMA, o órgão licenciador teria discricionariedade para exigir ou dispensar o EIA/RIMA.

Nada obstante, não parece que foi essa a intenção do legislador ao determinar que o Poder Público exija, na forma da lei, para o licenciamento de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental, estudo prévio de impacto ambiental.

Ademais, em sendo tal resolução um ato jurídico-administrativo normativo, geral, abstrato, não poderia a lei, com certeza, abarcar todas as atividades que necessitam de prévio EIA/RIMA para o licenciamento.

Quanto às outras atividades não elencadas no art. 2º, ainda que sua avaliação enseje a valoração do Poder Público, quanto aos seus significativos impactos, não há a faculdade da dispensa do EIA por critérios de conveniência e oportunidade.

Ainda, há outros autores que defendem que independentemente de estar ou não previsto no rol do art. 2º da referida resolução, desde que presente obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental, deverá ser exigido do EIA.

Quanto à exigibilidade do EIA, assim se posiciona a jurisprudência:

STJ - RECURSO ESPECIAL - 588022
Processo: 200301597545 UF: SC Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA
Data da decisão: 17/02/2004 Documento: STJ000536826 Fonte DJ
DATA:05/04/2004 PÁGINA:217 LEXSTJ VOL.:00178 PÁGINA:174
Relator(a) JOSÉ DELGADO

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESASSOREAMENTO DO RIO ITAJAÍ-AÇU. LICENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DO IBAMA. INTERESSE NACIONAL. 1. Existem atividades e obras que terão importância ao mesmo tempo para a Nação e para os Estados e, nesse caso, pode até haver duplicidade de licenciamento. 2. O confronto entre o direito ao desenvolvimento e os princípios do direito ambiental deve receber solução em prol do último, haja vista a finalidade que este tem de preservar a qualidade da vida humana na face da terra. O seu objetivo central é proteger patrimônio pertencente às presentes e futuras gerações. 3. Não merece relevo a discussão sobre ser o Rio Itajaí-Açu estadual ou federal. A conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas. Os bens ambientais são transnacionais. A preocupação que motiva a presente causa não é unicamente o rio, mas, principalmente, o mar territorial afetado. O impacto será considerável sobre o ecossistema marinho, o qual receberá milhões de toneladas de detritos. 4. Está diretamente afetada pelas obras de dragagem do Rio Itajaí-Açu toda a zona costeira e o mar territorial, impondo-se a participação do IBAMA e a necessidade de prévios EIA/RIMA. A atividade do órgão estadual, in casu, a FATMA, é supletiva. Somente o estudo e o acompanhamento aprofundado da questão, através dos órgãos ambientais públicos e privados, poderá aferir quais os contornos do impacto causado pelas dragagens no rio, pelo depósito dos detritos no mar, bem como, sobre as correntes marítimas, sobre a

orla litorânea, sobre os mangues, sobre as praias, e, enfim, sobre o homem que vive e depende do rio, do mar e do mangue nessa região. 5. Recursos especiais improvidos. <grifo nosso>

Entende-se, portanto, que as atividades previstas nessa resolução são presumidas como sendo potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental, mas que esta presunção é apenas relativa, podendo ser afastada se ficar comprovado no caso concreto que não são potencialmente causadoras de danos ambientais significativos.

Nesse sentido:

Uma barragem de proporções diminutas para fins de irrigação de lavoura em uma pequena propriedade rural é obra que certamente não redundará em significativa degradação do meio ambiente, e assim, embora prevista na resolução em estudo, não deverá ser exigido o estudo de impacto ambiental para a obtenção da licença. O mesmo pode se afirmar em relação a instalação de um aterro sanitário em uma pequena cidade, para disposição final de resíduos sólidos domésticos, em que o oneroso EPIA/RIMA poderá ser substituído por um estudo de avaliação de impacto ambiental de menor complexidade para sua elaboração e análise, com vistas ao licenciamento (BUGALHO, 1999, p. 32)

Nesse caso, poderá então utilizar a figura do Relatório Ambiental Preliminar, ou seja, é um estudo mais sucinto que o EPIA, melhor utilizável em situações que a degradação ambiental não seja tão significativa.

Ora, sendo o EIA uma exigência e instituto constitucional, é incumbência do Poder Público velar pelo seu cumprimento se presente alguma hipótese potencialmente lesiva ao meio ambiente.

2 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

2.1 Conceito de ação civil pública

Para se chegar ao conceito de ação civil pública fosse necessário desmembrar a expressão e conceituar a palavra literalmente, obter-se-ia um conceito claramente insatisfatório. Isso porque, a ação, como um instituto processual, é um direito de natureza pública, visto que é dirigida contra o Estado, embora surte efeitos na esfera jurídica de outra pessoa, p.ex. o réu. Já a denominação pública, seria aquela cujo titular ativo é uma parte pública – o Ministério Público. Assim, inicialmente, entendia-se que quando se falava em ação civil pública, o objetivo era se referir ao problema da legitimação, acima exposto, independentemente do direito substancial discutido em juízo.

Assim, a doutrina conceituava a ação civil pública em contraposição à ação penal pública, ou seja, como sendo o direito conferido ao Ministério Público de fazer atuar, na esfera civil, a jurisdição. Isso porque a primeira norma a utilizar a expressão “ação civil pública” foi a Lei Complementar Federal nº. 40/81, que em seu art. 3º, III, cometia ao Ministério Público a função de promover a ação civil pública na forma da lei.

Porém com o advento da Lei nº. 7.347/85, a legitimidade para a ação civil pública foi conferida também às entidades estatais, autárquicas, paraestatais e as associações que especifica o art. 5º, além do órgão do Ministério Público. Assim sendo, imprescindível foi reconhecer a necessidade de deslocar a discussão do problema conceitual da legitimação, focalizando-a para a natureza do interesse material que se pretendia e tutelado pelo Poder Judiciário, de modo que será pública a ação que tiver como objeto de tutela um interesse público, tal qual entendido como interesse da coletividade e não do Estado, como entidade político-administrativa.

No entanto, sem querer conceituar em definitivo o que seja ação civil pública, melhor se encaixa nos termos de um direito exercido em defesa do interesse público previsto em lei, de maneira a fazer movimentar a máquina jurisdicional na esfera civil. A doutrina ambientalista conceitua o instituto como sendo “o direito exposto em lei de fazer atuar, na esfera civil, em defesa do interesse público, a função jurisdicional” (MILARÉ, 1990, p. 6).

Enfim, sempre que o processo tiver por autor alguma das pessoas arroladas no art. 5º da LACP e por objeto a tutela de interesses difusos ou coletivos, estar-se-á diante de uma ação civil pública.

2.2 Natureza jurídica da lei da ação civil pública (Lei nº 7.347/85)

Na Exposição de Motivos do Projeto de Bierrenbach (3.034/84), que deu origem a atual lei nº 7.347/85, redigida pela comissão que elaborou o anteprojeto, percebe-se a intenção de regulamentar, de dispor sobre a forma processual da lei, que seria a mais adequada para viabilizar o acesso a Justiça dos interesses lesados. Isso porque a lei da ação civil pública contém regras procedimentais a serem seguidas pelas partes e pelo juiz em juízo, quando o conflito envolver interesses metaindividuais. A referida lei depende essencialmente das normas materiais para que possa ter vida, já que apenas trata de foro, rito, legitimidade, atuação do Ministério Público, coisa julgada, sentença, execução, etc.

Apesar de dois aspectos da Lei nº 7.347/85 apresentarem conotação de direito material, como os art. 10 que tipifica uma figura penal e o art. 13 que criou um fundo no qual reverter-se-ão as condenações em dinheiro, ainda assim, não perde a referida lei sua qualidade predominantemente processual.

Outros autores como Édis Milaré, Hely Lopes Meirelles não hesitam em afirmar o caráter processual da Lei nº 7.347/85. Nesse sentido, a doutrina trás seu posicionamento:

Também nos parece que a lei em questão é de índole predominantemente processual, visto que, basicamente, objetiva oferecer os instrumentos processuais hábeis à efetivação, em juízo, da tutela aos interesses difusos reconhecidos nos textos substantivos. (MANCUSO, 2002, p. 26)

Portanto, trata-se de uma lei predominantemente processual, “consoante está pacificado na doutrina”, entendimento este defendido atualmente pelo doutrinador Pedro da Silva Dinamarco (2001, p. 47).

2.3 Pedido e objeto tutelado

Em sede de ação civil pública, o objeto tutelado é exteriorizado através do pedido que pode ser: simples, cumulado, sucessivo, alternativo, eventual, conforme art. 286 e ss. do Código de Processo Civil³. É necessário, contudo, distinguir os pedidos imediatos dos mediatos. O primeiro consiste na providência jurisdicional, que conforme o art. 3º da Lei nº 7.347/85⁴, terá, em geral, natureza condenatória, lato sensu. Porém, melhor entendimento é alcançado com o art. 11 da mesma lei:

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor. (MANCUSO, 2004, p. 34)

Quanto ao pedido mediato, este consiste na utilidade que se quer alcançar pela sentença, ou seja, o bem material ou imaterial pretendido pelo autor. O ideal seria a execução específica de forma a reparar o dano e levando-o ao *status quo ante*. Como isso quase sempre não é possível, a solução será a obrigação pecuniária a ser integrada ao fundo de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347/85.

Frente ao art. 11, supra, quando prescreve “independentemente de requerimento do autor”, adotou a lei a possibilidade do juiz impor “*astreintes*” a fim de conseguir que o poluidor repare o mal feito. Nessa hipótese, o objeto da ação terá natureza predominantemente cominatória, presentes aqui a aplicação do art. 287, 461, §4º e 461-A, CPC. Assim, há a possibilidade de cominação de pena pecuniária no caso descumprimento da sentença ou decisão antecipatória.

Pode-se concluir que a imposição judicial de fazer ou não fazer deve preferir a condenação pecuniária, pois na maior parte o interesse público insere-se na prevenção do dano ao meio ambiente ou obter sua reparação *in natura*, e não a obtenção de dinheiro para promover a recomposição, mesmo porque a reparação do dano é quase sempre impossível.

³ Art. 286, CPC – O pedido deve ser certo e determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico: I – nas ações universais, se não puder o autor individualizar na petição os bens demandados; II – quando não for possível determinar;

⁴ Art. 3º - a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Atualmente, o objeto da ação civil pública é o mais amplo possível haja vista a inserção da cláusula “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, no art. 1º, IV da Lei nº 7.347/85, pelo art. 110 do CDC. Com esta adveio alguns adendos, quais sejam:

a) no art. 1º, *caput* da Lei nº 7.347/85 estendeu a responsabilidade aos danos morais;

b) a ação também pode referir-se à infração da ordem econômica e da economia popular (art. 1º, V da lei supra);

c) o Estatuto da Cidade, em seu art. 6º (Lei nº 10.257/01) trouxe a possibilidade, via ação civil pública, da defesa da ordem urbanística.

Enfim, não há uma taxatividade de objeto para a defesa judicial dos interesses metaindividuais. Assim, além das hipóteses já previstas em diversas leis, ou seja, consumidor, meio ambiente, patrimônio cultural, crianças e adolescentes, pessoas portadoras de deficiência, investidores lesados no mercado de valores mobiliários, ordem econômica, economia popular, ordem urbanística; quaisquer outros interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos podem em tese ser defendidos pelos legitimados em juízo (art. 5º, Lei nº 7.347/85 e art. 82 do CDC).

A ação civil pública tem como pedidos possíveis: a condenação em dinheiro, conforme art. 3º da lei nº 7.347/85, obrigação de fazer e não-fazer.

O pedido de condenação em dinheiro visa indenizar as vítimas, individuais ou coletivas, que foram lesionadas em seu direito ou interesse. O maior problema na condenação pecuniária na ação civil pública, incide sobre a quantificação do dano. É muito difícil calcular o valor econômico de um bem que não está no comércio, p.ex., “quanto vale, em dinheiro, um meio ambiente sadio? Quanto vale um patrimônio artístico ou cultural, como o Cristo Redentor do Rio de Janeiro, símbolo nacional?”, pergunta feita pelo doutrinador Pedro da Silva Dinamarco. Em seguida, o mesmo autor responde: “não tem preço” (DINAMARCO, 2001, p. 290).

2.3.1 Bens jurídicos tutelados

Muito embora no item anterior, ao ser mencionado o objeto jurídico tutelado já se delimitou alguns bens jurídicos também tutelados pela ação civil pública, neste presente item eles serão corroborados com maior veemência.

Sem, no entanto, adentrar em questões históricas das leis, podemos dizer que são bens jurídicos tutelados pela ação civil pública:

a) “qualquer outro interesse difuso”, além daqueles já referidos no art. 1º da Lei nº 7.347/85; Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a tutela foi alargada com a defesa não somente de “qualquer outro interesse difuso”, mas igualmente “outro qualquer interesse coletivo”, haja vista a diferença trazida pela doutrina entre interesse difuso e coletivo. Dessa forma, ficam acobertados também os interesse difusos e coletivos inominados, ou seja, interesses não enquadráveis entre os expressamente nominados pela LACP.

b) outro bem jurídico tutelado é o meio ambiente previsto no art. 1º, I da Lei nº 7.347/85 e também protegido constitucionalmente no art. 225, *caput* da Constituição Federal;

c) Após o inciso II do art. 1º da lei supra, vem tutelar o consumidor, ou seja, o destinatário final do produto. Entretanto, cabe aqui, abrir um parêntese quanto à tutela judicial do consumidor, pois as normas aplicáveis, primeiramente, são as do CDC, e subsidiariamente a Lei nº 7.347/85 e, ainda se houver lacuna, as do Código de Processo Civil visto ser a lei processual geral vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

d) Ademais, no inciso III do mesmo artigo já citado, há a tutela dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico e paisagístico, isto é, o denominado meio ambiente cultural. Ainda, antes de vigorar a Lei nº 7.347/85, o primeiro instrumento processual pátrio a tutelar o meio ambiente cultural, exceto o interesse paisagístico, era a ação popular. Mas, esse meio processual não tinha a mesma finalidade que, hoje, tem a ação civil pública. Nesse sentido, o doutrinador Voltaire de Lima Moraes:

Contudo, na verdade, não fora a lei da ação popular concebida com a preocupação que hoje existe de buscar mecanismos legais de tutela dos chamados interesses difusos, mas ver declarado nulo ou anulável atos lesivos ao patrimônio público, que, não obstante, à falta de outra norma

legal, acabou cumprindo a função de tutelar esses bens culturais. (MILARÉ, 2004, p. 844/845)

Um exemplo, em via de ação popular, ocorreu quando se impugnou a legitimidade de atos administrativos relacionados com o aterro parcial da Lagoa Rodrigo de Freitas, na cidade do Rio de Janeiro, com o fim de erguer-se um prédio destinado ao comércio, alegando-se que desfiguraria local de particular beleza paisagística. Por isso, há uma ressalva no art. 1º da LACP: “sem prejuízo da ação popular”, podendo assim, a ação popular continuar a tutelar esses patrimônios.

e) enfim, o inciso V do artigo já citado refere-se a “infração da ordem econômica e da economia popular”, podendo ser alcançadas as condutas que caracterizam a 1ª hipótese no art. 21 da Lei nº 8.884/94, considerando-se seu art. 20, e a segunda hipótese, podem ser encontradas na Medida Provisória 1.965-13, de 30/03/00 (arts. 1º e 2º), bem como em outras normas que procuram disciplinar essas posturas que atingem os interesses relativos à coletividade.

2.4 Legitimidade

2.4.1 Ativa

Os legitimados ativos para a ação civil pública ou coletiva são indicados pelo CDC e pela LACP, podendo propor as referidas ações, de forma concorrente e disjuntiva:

- a) Ministério Público;
- b) União, Estados, Municípios e Distrito Federal;
- c) autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista;
- d) associações civis constituídas há pelo menos um ano, com finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse questionado.

Trata-se de legitimação ativa, concorrente e disjuntiva visto que cada um dos co-legitimados pode ajuizar essas ações, seja em litisconsórcio com outros, seja individualmente.

Ademais, quanto aos co-legitimados ativos, o CDC acrescenta, em seu art. 82, III: “as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda

que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código” (MAZZILLI, 2004, p. 265).

Assim, os órgãos públicos destinados à proteção dos interesses transindividuais, ainda que sem personalidade jurídica, desde que autorizados necessariamente pela autoridade administrativa competente (princípio hierárquico), autorização essa que pode ser genérica ou específica, podem ajuizar ações civis públicas ou coletivas, não somente em matéria de consumidor, mas também em defesa do meio ambiente, de pessoas portadoras de deficiência, de pessoas idosas, ou quaisquer áreas afins, o que é consequência das normas de integração entre o CDC e a LACP.

Por outro lado, podemos por assim dizer que as agência reguladoras também estão ativamente legitimadas haja vista serem autarquias sob regime especial e nas mesmas peculiaridades que os outros co-legitimados, ou seja, concorrente e disjuntivamente.

Ainda, conforme art. 5º, LXX, b, 8º, III e 232 da Constituição Federal, também estão co-legitimados à defesa dos interesses transindividuais os sindicatos e comunidades indígenas. Contudo, a Constituição Federal criou outra forma de tutela jurisdicional coletiva, por meio do mandado de segurança coletivo, o qual poderá ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional e por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses dos associados ou de seus membros.

Aliás, a Ordem dos Advogados do Brasil, como órgão de representação e de defesa da classe dos advogados, também recebeu legitimação ativa para propor ações civis públicas ou coletivas, conforme arts. 44, I, 49, 54, II e XIV da Lei nº 8.906/94.

Saliente-se, a lei e a jurisprudência têm ampliado o rol dos legitimados para a defesa dos interesses metaindividuais, reconhecendo legitimidade ao síndico da massa falida, pelos representantes de adquirentes de unidades em condomínios ou incorporações ou pelo próprio condomínio de edifícios de apartamentos.

Enfim, é dado ao próprio cidadão o direito de propor a ação popular, enquanto substituto processual, tendo, porém caráter coletivo, semelhante a de uma ação civil pública quando se tratar da defesa do meio ambiente e do patrimônio cultural, por exemplo.

Ao que concerne à legitimação das associações civis, estas precisam estar devidamente representadas em juízo, preenchendo para tanto dois requisitos, quais sejam, a pertinência temática (finalidade compatível com a defesa judicial do interesse) e a pré-constituição há mais de um ano (dispensável pelo juiz se se tratar de interesse social, p.ex.). Estes requisitos estão expressamente previstos no art. 5º da LACP e art. 88, parágrafo único da Lei nº 8.884/94.

Dados tais requisitos, podemos concluir que somente serão utilizados quando as associações civis, sindicatos, fundações privadas e entidades da administração pública indireta, objetivar propor ação civil pública ou coletiva. Entretanto, não há sentido de se exigir a pertinência temática do Ministério Público, da União, dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal, tendo em vista sua vocação à defesa dos interesses públicos e coletivos *lato sensu*, sendo por óbvio, legitimados a defender interesses transindividuais de qualquer natureza.

Quanto à legitimação ativa do Ministério Público, necessário se torna algumas considerações. Atualmente as normas constitucionais e infraconstitucionais determinam expressamente a intervenção do mesmo como essencial à prestação jurisdicional do Estado, a defesa do regime democrático e a tutela dos direitos indisponíveis do indivíduo e da coletividade, bem como do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Suas funções desenvolvem-se tanto na esfera extrajudicial como na judicial. Assim a doutrina:

E, como resposta prática àquela objeção feita, nestes anos todos de vigência da LACP e do CDC, a realidade forense encarregou-se de demonstrar o grande proveito social que adveio quando, a par de outros legitimados, também se cometeu ao Ministério Público a iniciativa da ação civil pública em defesa de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, porque, dos milhares de ações já movidas, a grande maioria o tem sido por iniciativa ministerial. (MAZZILLI, 2004, p. 284)

Bem provido se encontra a instituição do Ministério Público, pois se preocupou nesses anos todos desde a vigência da Lei nº 7.347/85, na especialização e aparelhamento, criando para tanto promotorias de proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio público, à cidadania, às pessoas portadoras de deficiência, aos idosos e dentre outros.

Quando se fala em legitimação ativa do Ministério Público, o art. 5º da LACP e art. 82 do CDC, quis abranger tanto o Ministério Público da União como o de cada um dos Estados, de acordo com a respectiva área de atuação funcional. E, ao conferir sua legitimidade ativa, presume-se o seu interesse de agir visto que a instituição está acobertada por princípio como defensora dos interesses indisponíveis de toda a sociedade. Conclui-se, assim, que o interesse de agir do Ministério Público já fora reconhecido pelo legislador.

Destarte, a própria Constituição Federal e as leis infraconstitucionais vêm alargando a legitimação ativa em defesa dos interesses metaindividuais, pois dá legitimidade a órgãos que embora não têm personalidade jurídica, assim como o próprio Ministério Público não a detém, poderá ter personalidade judiciária, como ocorre nas mesas das Câmaras Legislativas, ou com os órgãos estatais de defesa do meio ambiente ou do consumidor (Ex: Procon), nos Municípios e Estados em que eles sejam meros serviços públicos despersonalizados e etc.

Com efeito, pode o objeto de uma ação civil pública coincidir com o de uma ação popular. Neste caso, poderá haver o litisconsórcio entre um cidadão e um co-legitimado à ação civil pública no ajuizamento de uma ação popular.

Hipoteticamente, caso seja proposta uma ação civil pública ou coletiva com objeto potencialmente mais abrangente, no qual sua eventual procedência possa abarcar o que se tenha pedido numa ação individual já em curso, o tratamento jurídico será o seguinte quando se tratar da defesa dos interesses difusos:

Não haverá litispendência com ações individuais, exceto se se tratar de ação popular (que a rigor não é uma ação individual) que tenha a mesma causa de pedir e o mesmo pedido de uma ação civil pública. Ademais, o lesado que tenha uma ação individual em andamento não pedirá sua suspensão (art. 104, CDC), nem se habilitará como litisconsorte na ação civil pública ou coletiva que verse sobre interesses difusos, exceto se a causa de pedir e o pedido destas ações corresponderem com o da ação individual. Da mesma forma não haverá suspensão da ação individual se o lesado estiver pedindo a reparação do seu interesse diferenciado. Contudo, se na ação individual o lesado estiver pedindo a reparação decorrente de um dano cuja materialidade e autoria seja objeto de ação civil pública que verse sobre interesses difusos, por exemplo, a ocorrência de danos ao meio ambiente causados pela explosão de uma usina nuclear, assim, presente a correlação entre ambas as ações, o indivíduo poderá pedir a

suspensão do seu processo individual para aproveitar, eventualmente, a coisa julgada *erga omnes* que advirá da ação civil pública, evitando-se, dessa forma, nova discussão da existência e autoria de um mesmo dano, que é fundamento de seu pedido individual.

Quanto aos demais interesses (coletivos e individuais homogêneos) não serão aqui abordado tendo em vista a especificidade do tema em relação ao Direito do Ambiente que é um interesse difuso.

2.4.2 Passiva

Em regra geral, poderá ser parte passiva qualquer pessoa física ou jurídica nas ações civis públicas ou coletivas, sendo, porém somente limitado aos legitimados ativos, em regra, representarem passivamente a categoria, classe ou grupo de pessoas lesadas.

Quando se tratar de ação declaratória incidental em sede de ação civil pública ou coletiva, p.ex., se o réu numa ação civil pública ou coletiva requerer uma declaratória incidental (art. 5º do CPC), esta não será admitida visto que não têm os legitimados ativos da ação civil pública, na qualidade de legitimados de ofício, aptidão para figurar, no pólo passivo, a formação de relação processual em processo coletivo. Assim a doutrina:

Como o objetivo da ação declaratória incidental é a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, se admitíssemos seu cabimento nas ações civis públicas ou coletivas, estaríamos a aceitar, por vias transversas, pudesse ser formulado pedido contra a coletividade. (MAZZILLI, 2004, p. 310)

Ademais, o Ministério Público por ser um órgão estatal sem personalidade jurídica não poderá figurar no pólo passivo de uma ação coletiva, “salvo formalmente, nas hipóteses de exceção (...) (como no caso de embargos à execução ou embargos de terceiro, quando ele próprio seja o exequente)” (MAZZILLI, 2004, p. 310).

Ao que concerne as autoridades, se o pedido da ação civil pública for o mesmo que poderia ser feito em via de ação popular, igualmente deverá a ação coletiva ser proposta contra as mesmas pessoas que seriam legitimadas passivamente na ação popular. Porém, as autoridades coatoras, p.ex., de um

mandado de segurança, nunca poderiam ser partes passivas numa ação coletiva visto que este último tem rito diferenciado das ações coletivas.

No caso de entes com personalidade jurídica, a lei permite que o juiz possa se valer da desconsideração da personalidade jurídica na defesa do consumidor, meio ambiente, ordem econômica e em relações jurídicas em geral. Entretanto, nos termos do art. 12, VII do CPC, é permitido que entes sem personalidade jurídica de direito material possam ser legitimados passivamente para a ação civil pública ou coletiva, haja vista sua personalidade judiciária. Isso ocorre nos casos de consórcios, condomínios de apartamentos, massa falida, espólio, sociedade de fato, etc.

Ademais, a denúncia da lide em via de ação civil pública não será possível quando envolver responsabilidade objetiva. Já nos casos em que terceiros possam ser atingidos em ações civis públicas ou coletivas, deverão eles serem citados necessariamente, formando-se então um litisconsórcio necessário e ninguém será prejudicado em seu direito subjetivo.

Portanto, em regra, a própria coletividade, meta individualmente considerada não está legitimada passivamente para as ações civis públicas ou coletivas. Assim, podemos concluir que os co-legitimados ativos somente substituem a coletividade de lesados no pólo ativo, afastando assim a possibilidade de figurarem como parte passiva, ainda que em reconvenção. A exceção a essa regra fica a título de embargos do devedor, embargos de terceiros, ação rescisória de ação civil pública ou coletiva, ou da ação de rescisão ou de anulação de compromisso de ajustamento de conduta.

Também se pode considerar como legitimados passivos a União, os Estados, os Municípios ou o Distrito Federal, no caso em que não partam deles o ato lesivo, pois podem ocorrer quando licenciam ou permitem a atividade nociva, ou então deixam de coibi-la, mesmo que obrigados a essa medida.

Destarte, há casos em que não se pode proceder à denúncia da lide dos entes públicos porque, daí, a própria coletividade seria obrigada a reparar um dano do qual a mesma fora vítima. De outro lado, há situações em que realmente o ato lesivo fora do administrador e aqui, não haverá que se denunciar à lide o Estado, quando já fora o próprio identificado como causador do dano.

Como já dito anteriormente, aos órgãos do Estado desprovidos de personalidade jurídica (governo do Estado, presidente do Tribunal de Justiça e etc.) não caberá a proposição de ação civil pública contra eles.

Enfim, se o autor não pretende responsabilizar pessoalmente a pessoa física que é ou foi titular de função do Estado, estaria propondo a ação civil pública de maneira incorreta se por algum acaso forem movidas contra suas as pessoas ou órgãos despersonalizados cujas funções exercem.

Outrora, há casos em que é difícil determinar quem são os legitimados passivos, como por exemplo, no caso dos danos ambientais causados por muitos poluidores. Sendo assim, admite o legislador à solidariedade passiva entre os obrigados à indenização, podendo o autor da ação civil pública movê-la apenas contra um, alguns ou todos os co-responsáveis.

2.5 Atuação do ministério público na ação civil pública ambiental

Incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis segundo o texto constitucional.

Pois bem, a Constituição Federal traçou um perfil ao Ministério Público descrito no íterim do art. 129. Dentre os já citados, conferiu-lhe as funções institucionais de zelar pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública, de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, CF), sem prejuízo de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX, CF).

Para auferir se um direito ou interesse é mais relevante que outro, basta analisar a expressão social do mesmo. Assim, a atuação ministerial se dará nas hipóteses compatíveis com o regramento constitucional, como na tutela dos interesses difusos, direito ao meio ambiente, vedada sua atuação fora dos casos previstos em lei.

Destarte, é indiscutível a legitimação do Ministério Público ante a inércia estatal quando há em jogo interesses difusos, especificamente o direito ao meio

ambiente, dado o grande número de pessoas lesadas e a intensa litigiosidade que o caracteriza.

2.5.1 Obrigatoriedade

Não é dado ao membro do Ministério Público o direito de agir, mas sim o dever de agir. Ao identificar uma hipótese em que deva o *parquet* atuar, não poderá de nenhuma maneira se recusar. Então, diante de uma violação da lei não poderá se abster em fazer com que se restabeleça a ordem legal, por simples conveniência, salvo se a própria lei lhe conferir a possibilidade de agir discricionariamente. Dessa forma, identificada uma hipótese em que a lei exija sua atuação, não terá o membro do Ministério Público ampla liberdade para analisar, pois sua atuação é obrigatória.

Caso o *parquet* entenda que naquela hipótese sua atuação não é necessária poderá abster-se, por exemplo, arquivando o inquérito civil ou as peças informativas, sem, entretanto, violar o princípio da obrigatoriedade. Mas neste exemplo, o arquivamento do inquérito civil sempre estará sujeito à revisão de um órgão colegiado do Ministério Público (Conselho Superior).

Porém, se o Ministério Público entender que não estão presentes as hipóteses em que a própria lei torne obrigatório seu prosseguimento, excepcionalmente poderá desistir da ação ou até do recurso, sem assim atentar contra os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade.

Enfim, a LACP faz várias referências ao dever ministerial de agir. Quanto ao princípio da obrigatoriedade na referida lei, ressalte-se que embora no *caput* do art. 5º diz-se que o Ministério Público e outros co-legitimados poderão propor a ação principal e a cautelar, ao que concerne ao *parquet* não se trata de um mero poder, mas de um dever de agir, reforçado no próprio artigo em seus parágrafos 1º, 3º e no art. 15.

Outrossim, deve ser levado em consideração que não há necessidade da intervenção do Ministério Público em situações que não envolvam questões de efetivo interesse social, devendo ser feita uma racionalização da atuação ministerial. Segundo a doutrina, “a jurisprudência e a doutrina têm entendido

necessário que, nessas hipóteses, o Ministério Público concilie sua atuação com a efetiva defesa dos interesses sociais” (MAZZILLI, 2004, p. 84).

Dessa forma, a atuação dos membros do Ministério Público será necessária quando: nos processos de jurisdição voluntária quando envolver incapazes ou questão de estado; na defesa dos interesses individuais homogêneos quando tiverem suficiente expressão para a coletividade e etc. Assim o é haja vista a compatibilização da atuação exigida pela lei com a destinação constitucional do órgão ministerial somente podendo atuar na defesa dos interesses individuais indisponíveis ou de suficiente expressão social.

2.5.2 Indisponibilidade da ação civil pública

Tendo em vista que a ação civil pública é um instrumento utilizado visando a tutelar os interesses transindividuais e todos aqueles já ditos quando abordado os objetos da LACP, pode-se observar sua indisponibilidade.

Trata-se de interesses de relevante valor social, envolvendo toda a sociedade, exigindo-se assim a intervenção do Ministério Público seja como parte seja como fiscal da lei.

Assim, diante de uma hipótese que a lei exija a intervenção do *parquet*, este deverá necessariamente atuar, gerando conseqüências a sua desistência infundada, caso em que se verá mais adiante;

Após, se algum dos co-legitimados ingressarem com uma ação civil pública e logo em seguida desistirem infundadamente ou abandonar a ação, deverá necessariamente o membro do Ministério Público assumir a titularidade da ação. Se, porém, fundada a desistência por parte destes, não estará o *parquet* obrigado a assumir a ação. Tudo isso porque o órgão ministerial tem a obrigação de assumir a ação.

Ademais, pode-se deduzir que se podem existir desistências fundadas por parte das associações civis, por igual razão podem existir desistências fundadas tanto por parte de qualquer dos outros co-legitimados como também ao próprio Ministério Público. Assim o entendimento doutrinário:

O entendimento correto da norma contida no § 3º do art. 5º da LACP, com a redação que lhe deu o art. 112 do CDC, é o de que, se *qualquer*

co-legitimado ativo (e não apenas a associação civil) desistir do pedido ou abandonar a ação civil pública ou coletiva, o Ministério Público só terá o dever de assumir sua promoção se a *desistência ou abandono* forem infundados (ainda que esse dispositivo só qualifique a desistência, não o abandono). Esse é o verdadeiro sentido do princípio da obrigatoriedade. (MAZZILLI, 2004, p. 337)

Com efeito, a indisponibilidade que incide na ação civil pública condiz com o direito material defendido em juízo, ou seja, como autor, ao Ministério Público é proibido renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação (art. 269, V do CPC) e como réu, não poderá reconhecer juridicamente o pedido (art. 269, II do CPC).

Destarte, indisponível a ação para o Ministério Público porque não pode ele dela dispor por motivo de livre conveniência e oportunidade, devendo sempre atuar, assumir a ação seja como parte, seja como fiscal da lei.

2.5.3 O Ministério Público como um agente político constitucionalmente qualificado à interferência na condução do poder político estatal

Ao Ministério Público a Constituição Federal lhe atribuiu um novo perfil, conforme art. 127, elevando-o a “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Pode-se dizer que é uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado visto que é um órgão que poderá levar ao crivo do Poder Judiciário às mais altas questões de interesse social e coletivo. Ademais, permanente, pois deve estar sempre presente, com livre exercício na defesa da coletividade, do ordenamento jurídico.

Como anota Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz (1999, p. 21):

[...] no sistema de freios e contrapesos concebido pelo contribuinte foram conferidas ao *Parquet* funções institucionais que o colocam agora no papel de verdadeiro *ombudsman*, como aquelas ‘atribuições relacionadas diretamente com o controle do Executivo e do Legislativo, como a ação direta de inconstitucionalidade, a fiscalização do patrimônio público e dos serviços de relevância pública, a representação para fins de intervenção e o funcionamento perante o Tribunal de Contas’ (art. 129, II, III e IV, e 130 da Constituição Federal).

Com efeito, ressalte-se que o Ministério Público tem um destaque ao que concerne a nova Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 10/00), segundo a doutrina:

Uma vez que, além de fazer parte do conselho de gestão fiscal que realizará o acompanhamento e a avaliação fiscal, de forma permanente, da política e operacionalidade da gestão fiscal, juntamente com representantes dos poderes (art. 67), ainda será responsável pela punição criminal e por improbidade administrativa daqueles que violarem as regras do referido diploma (art. 73). (GOMES, 2003, p. 20)

Outrora, basta a essência do Ministério Público na atribuição de garantir a efetiva aplicação da lei para garantir seu papel político. Logo, o Poder Legislativo cria leis e o Ministério Público vela pela eficácia dessas leis com a respectiva implementação dos efeitos no mundo jurídico.

Da mesma forma, deve o *Parquet* à defesa da não aplicabilidade de normas infraconstitucionais que as considere inconstitucionais, perfazendo para tanto a via do controle direto de inconstitucionalidade, na via da ação civil pública, tratando-se, pois de atribuições evidentemente de caráter político.

Com efeito, tem também o órgão ministerial legitimação ativa para promover, como já dito, a ação civil pública buscando dentre outras medidas, a anulação de atos administrativos irregulares e violadores ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, com a devida restituição aos cofres públicos das vantagens ilicitamente recebidas, bem como a responsabilização por improbidade administrativa dos agentes políticos dos três Poderes e do próprio Ministério Público.

Observe-se, ainda, a sua exclusividade ao que se refere a ação penal pública para responsabilizar qualquer funcionário público por crimes contra a Administração Pública, assim como a titularidade, embora não exclusiva à propositura da ação civil pública visando a tutela do patrimônio público, social e outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, além da função institucional, como lembra Luis Roberto Gomes, de fiscalizar pelo efetivo respeito dos direitos assegurados na Constituição Federal aos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública, promovendo as medidas cabíveis, inclusive contra o próprio ente federado.

Enfim, pode-se concluir que por meio destes instrumentos de atuação institucionais dos membros do Ministério Público, quais sejam a ação penal pública, ação civil pública, dentre outros, o órgão ministerial é competente pelo próprio poder político estatal. Assim a doutrina:

Essas breves considerações já nos permitem afirmar que o Ministério Público é, sem dúvida, um agente político constitucionalmente qualificado à interferência, junto a qualquer poder, em determinadas situações, no exercício do poder político estatal. (GOMES, 2003, p. 21)

Para tanto, tendo em vista ser um agente político poderia o Ministério Público intervir frente ao Estado quando este se mostra omissivo, de forma ilícita, invocando o controle jurisdicional, ou mesmo extraprocessualmente, para conseqüentemente obrigar ao Estado à ação ou indicar-lhe o caminho legal para suprir tal omissão, sob pena de responsabilização.

3 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 Princípios constitucionais administrativos

3.1.1 Princípio da legalidade

É do presente princípio que advém a idéia de que a vontade da Administração Pública é aquela que decorre da lei. Este princípio nasceu com o Estado de Direito e se constitui numa das principais garantias de respeito e observância dos direitos individuais. A lei estabelece os limites de atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de direitos individuais em benefício da população, ao mesmo tempo que estabelece os próprios direitos e garantias individuais do homem.

Destarte, a atuação da Administração Pública está estritamente vinculada à permissão que lhe confere a lei, salvo em algumas hipóteses que serão mais adiante analisadas. Diante dos particulares a Administração possui uma certa autonomia de vontade porém está limitada a fazer somente aquilo que a lei permite ou que, pelo menos, não proíba.

As bases do princípio da legalidade podem ser verificadas expressamente no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 quando dispunha:

A liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei. (DI PIETRO, 2005, p. 68)

No ordenamento jurídico brasileiro tal idéia, além de expressa no art. 37 da Constituição Federal também está contido no art. 5º, II do mesmo instituto: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O princípio da legalidade tem como garantia de sua efetividade um direito assegurado pelo próprio dispositivo acima, em seu inciso XXXV que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão”, ainda que decorra de ato da Administração. Ademais, a Carta Magna ainda prevê outros

tipos de remédios contra a ilegalidade, como por exemplo, a ação popular, o mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas corpus*, *habeas data*, etc. Além disso, há o controle pelo Legislativo, seja diretamente ou com o auxílio do Tribunal de Contas e ainda, pelo controle da própria Administração Pública.

3.1.2 Princípio da supremacia do interesse público

Também denominado princípio da finalidade pública, este princípio se encontra tanto no momento da elaboração da lei como no momento de sua execução pela Administração Pública.

Quanto a primeira hipótese, no que concerne a sua influência na elaboração das leis, ressalte-se, desde já que no Direito Romano o que distinguia o direito público do privado era o interesse que se visava proteger, chegando-se a premissa de que o direito privado primordiana normas de interesse privado e o direito público possuía normas de interesse público.

Muito embora esse critério tenha sido criticado visto que há normas de direito privado que tem como fim proteger interesse público, p.ex., direito de família, assim como a recíproca é verdadeira, p.ex., normas de segurança, saúde pública e etc, algumas conclusões pode-se retirar.

Neste íterim, a princípio, as normas de interesse público, embora possam proteger indiretamente o interesse individual, tem como finalidade precípua o atendimento ao interesse público, isto é, ao bem-estar coletivo. Sendo assim, superada a idéia que o direito tinha o homem como um fim único, extremamente individualista, e substituída pelo princípio que serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração Pública em todos os âmbitos, chega-se a conclusão de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais. Assim é o entendimento da doutrina:

O Direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo. (DI PIETRO, 2005, p. 69)

Destarte, com o surgimento de reações contra o individualismo jurídico, predominando o Direito Civil, dada as profundas mudanças na ordem econômica, política e social, já no século XIX, o Estado teve que se posicionar mais

ativamente no âmbito da atividade exclusivamente privada. Diante disso, houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado visando atender as necessidades coletivas, trazendo a ampliação do próprio conceito de serviço público; também o poder de polícia deixou de apenas impor obrigações negativas, para inclusive impor obrigações positivas, passando a abranger além da ordem pública a ordem econômica e social.

Constitucionalmente, aumenta a interferência do Estado na vida econômica e no direito de propriedade do particular; normas que permitem a intervenção do Poder Público no funcionamento e na propriedade de empresas, as que condicionam o uso da propriedade ao bem-estar social; as que reservam ao Estado a propriedade de determinados bens, p.ex., minas e jazidas; as que permitem a desapropriação para a justa distribuição da propriedade e, enfim, dentre tantas outras mais, o aumento da preocupação com os interesses difusos, inclusive o meio ambiente.

Quanto a segunda hipótese, qual seja, vinculação da Administração Pública, quando da aplicação da lei, no exercício da função administrativa, também está ligada ao presente princípio. Isso porque se a lei dá à Administração poderes de desapropriar, intervir, policiar, punir, é porque visa a atender o interesse de toda a coletividade e não pode ceder diante de um interesse particular. Assim o é, graças ao presente princípio. Caso contrário, estaria fazendo prevalecer o interesse particular sobre o interesse público, desviando, assim, a finalidade pública prevista na lei.

Dessa forma, pode-se dizer que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular está intimamente ligado ao princípio da indisponibilidade do interesse público haja vista que se os interesses são próprios da coletividade, não podem ser dispostos livremente até mesmo pela Administração Pública, caso não haja previsão legal. Assim, pode-se afirmar que as pessoas da Administração Pública não possuem disponibilidade sobre os bens públicos visto que não lhes são próprios, mas sim de toda coletividade, sendo, portanto, apenas confiada à sua guarda e realização da finalidade pública.

Nesse sentido a doutrina:

Com efeito, por exercerem função, os sujeitos da Administração Pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo, *qua tale*

considerado, e muito menos o dos agentes estatais. (MELLO, 2001, p. 70)

Outrora, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder dever, pois não pode esta deixar de exercer seu poder de polícia para coibir o exercício de direitos individuais em conflito com o bem-estar social, não pode fazer mera liberalidade com o dinheiro público e etc. Portanto, caso haja alguma omissão, nesse sentido, por parte da Administração Pública, será a própria coletividade que estará sendo prejudicada.

O princípio do interesse público está previsto no art. 2º, *caput* da Lei nº 9.784/99, e especificado no parágrafo único, conforme a doutrina atrás: “com a exigência de atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei” (inciso II)” (DI PIETRO, 2005, p. 71).

Assim, sempre deverá prevalecer o interesse público sobre o interesse privado, não podendo dele dispor ou renunciar.

3.1.3 Princípio da impessoalidade

Dentre os aspectos da impessoalidade da Administração, este atributo tanto pode ser considerado em relação aos administrados como à própria Administração. Ocorre que, primeiramente, estaria o presente princípio intimamente ligado a finalidade pública que deve abarcar toda atividade administrativa. Um exemplo que se pode lembrar está inserido no art. 100 da Constituição Federal relacionado com os precatórios judiciais haja vista a proibição de designação de pessoas ou de casos nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais. Segundo a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 71):

Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento.

Numa segunda análise, pode-se acrescentar que os atos administrativos, muito embora praticado pelos funcionários, são imputáveis ao órgão ou entidade da Administração Pública a que estão vinculados, de sorte que estes últimos

apenas manifestam a vontade estatal. Numa melhor interpretação, pode-se citar o parágrafo primeiro do art. 37 da Constituição Federal que proíbe expressamente a inserção de nome, símbolos ou imagens que representem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidade de atos, obras, serviços de órgãos públicos e etc.

3.1.4 Princípio da publicidade

Inserido no art. 37 da Magna Carta, juntamente com os outros princípios da Administração Pública delineados no presente trabalho, este princípio determina a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, exceto as hipóteses de sigilo previstas em lei. Segundo a doutrina:

Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida. (MELLO, 2001, p. 84)

Ademais, segundo o próprio art. 5º, CF e seus incisos, o princípio da publicidade é confirmado, quando não restringido, veja-se:

No inciso LX, a lei diz que somente poderá restringir a publicidade de atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Ocorre que, tendo em vista que a Administração tutela interesses públicos tal inciso não se mostra fundamental, a não ser quando o próprio interesse público determinar. Visando ainda, a complementação deste inciso, advém o inciso XXXIII que assegura o direito à informação tanto para assuntos particulares como para assuntos de interesses gerais, ampliando, dessa forma, o controle popular sobre a Administração Pública.

O direito de informação em relação a pessoa é garantido por intermédio do remédio constitucional denominado *habeas data*, consoante o inciso LXXII.

Destarte, diante do presente princípio da publicidade pode-se concluir que uma vez divulgada amplamente os atos praticados pela Administração Pública, possibilita um maior controle dos atos administrativos por parte da coletividade.

3.1.5 Princípio da moralidade administrativa

É um conjunto de regras de condutas a serem praticadas dentro da Administração Pública. É difícil conceituar o que vem a ser a moralidade, melhor seria dizer que a imoralidade está atrelada ao desvio de poder. Este está intimamente ligado à ilegalidade, sujeita, portanto, ao controle judicial.

Muito embora o desvio de poder, o vício esteja na consciência, na intenção de quem pratica o ato, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 78) “a matéria passou a inserir-se no próprio conceito de legalidade administrativa. O direito ampliou o seu círculo para abranger matéria que antes dizia respeito apenas à moral”. Outrora, não se pode identificar o princípio da legalidade com o da moralidade administrativa haja vista que a Constituição Federal, em seu art. 37, *caput*, trás estes princípios como princípios autônomos.

Inclusive as condutas ofensivas a moral comum implicam em ofensa ao presente princípio. Ademais, este princípio deverá ser observado tanto pelo administrador como pelo particular, pois poderá ocorrer conluio entre licitantes, em caso de licitação, caracterizando ofensa a este princípio.

Segundo os ensinamentos da doutrina moderna:

Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos. (MELLO, 2001, p. 90)

Caso o desvio de poder seja considerado ato ilegal e não apenas imoral, aqui a moralidade teve seu campo reduzido. Isso, porém não descaracteriza a existência da autonomia como princípio, diante do direito positivo.

Ressalte-se, apesar de não se identificar com a legalidade visto que a lei pode ser imoral e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei, a imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos, haja vista a invalidação do ato, que pode ser decretada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário.

3.2 Princípio da separação de poderes

Trata-se de um princípio geral do Direito Constitucional, descrito expressamente no art. 2º da Magna Carta: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Saliente-se, a separação de poderes pertence à classe das cláusulas pétreas conforme art. 60, §4º do mesmo instituto.

O poder o Estado é uno e indivisível, isto é, o poder é a capacidade de determinar o comportamento de outras pessoas, por isso, não admite fragmentação. Assim, o que se fragmenta são as funções do Estado, consoante suas atividades, dividindo-se em funções executiva, legislativa e judiciária.

Regra geral, ao Executivo cabe a administração pública, ao Legislativo, a atividade legislativa e ao Judiciário, a atividade jurisdicional.

A separação de poderes, bem como a sua divisão, consiste em confiar a cada uma das funções do Estado a órgãos diferentes. Tendo em vista evitar que o poder estatal concentrasse nas mãos de uma única pessoa, afastando-se assim o Estado Absolutista, houve a divisão de poder para diferentes órgãos, também chamados de “poderes”. Dessa forma, evitou-se também que houvesse subordinação ou hierarquização entre eles, originando o denominado sistema de freios e contrapesos, através do relacionamento harmônico entre eles, muito embora ainda mantivessem sua independência na realização de suas atividades típicas e atípicas. Nesse sentido a doutrina:

A Constituição Federal consagrou em seu art. 2º a tradicional tripartição de Poderes, ao afirmar que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Com base nessa proclamação solene, o próprio legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo caracteriza-la com *exclusividade absoluta*. Assim, cada um dos Poderes possui uma função predominante, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas. (MORAES, 2004, p. 388)

Cada poder pode realizar suas funções típicas com absoluta independência em relação aos outros. No entanto, ao que concerne às suas funções atípicas, p.ex., contratação de funcionários por parte do Poder Judiciário, função típica do Poder Executivo, poderão estas funções ser realizadas, evitando pressões

políticas para desempenhar corretamente suas funções, mantendo cada poder sua autonomia e independência.

Hoje, tornou-se insustentável a separação absoluta de poderes haja vista a flexibilização da teoria da separação tripartida dos poderes. O sistema de freios e contrapesos foi criado com um objetivo maior, qual seja a defesa social contra o abuso de poder. Dada esse maior relacionamento entre os poderes, com certeza, pode-se falar em colaboração ou harmonização de poderes, e não em separação.

Destarte, é possível cada poder controlar a atividade do outro visando precipuamente evitar a arbitrariedade, proporcionando a efetividade dos direitos e garantias fundamentais da coletividade.

Conclui-se que se o poder emana do povo, exercido por meio de representantes pela própria sociedade escolhidos, assim, há sempre uma finalidade social a ser alcançada, quais sejam aqueles descritos no art. 1º, 3º e dentre outros o art. 193 da Constituição Federal.

3.3 Discricionariedade da administração pública

Ao que concerne à liberdade do administrador, os atos administrativos podem ser classificados como atos vinculados ou discricionários. Antes da análise específica da discricionariedade administrativa, necessário se torna uma breve distinção entre ato vinculado e ato discricionário. Veja-se.

O **ato vinculado ou regrado** é aquele em que a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Aqui há uma imposição legal que anula por completo a liberdade do administrador. Nesse sentido a doutrina:

Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. (MEIRELLES, 2004, p. 165)

A atuação vinculada ocorre quando a lei estabelece uma única solução possível diante de determinada situação de fato. Aqui a lei fixa todos os requisitos não deixando qualquer margem de apreciação subjetiva pela Administração. Nesses casos, se é que pode dizer que há discricionariedade, esta é mínima, pois apenas limita-se à escolha do momento de agir.

Assim, quando se tratar de atos vinculados, é necessário que a Administração faça a devida motivação, no sentido de evidenciar a sua conformação de sua prática com as exigências e requisitos legais que constituem pressupostos necessários de sua existência e validade.

Em outras hipóteses, esse regramento, essa vinculação não atinge todos os aspectos da atuação administrativa, pois a lei deixa uma margem de liberdade de decisão ao administrador, de sorte que o mesmo poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis haja vista serem todas válidas perante o direito.

Estes atos são os chamados atos discricionários que são aqueles em que a Administração pode praticar com certa liberdade quanto ao seu conteúdo, destinatário, realização, ou seja, de acordo com a conveniência e oportunidade. Segundo o mesmo autor supra citado:

A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público. (MEIRELLES, 2004, p. 166)

Muito embora a lei permita certa margem de liberdade, isso não quer dizer que é totalmente livre. Há casos, p.ex., competência, forma, finalidade, a lei impõe limitações. Diante disso pode-se mais acertadamente dizer que a discricionariedade é uma liberdade de atuação nos limites traçados pela lei. Caso a Administração ultrapassar esses limites, sua decisão passa a ser arbitrária. Enfim, a decisão arbitrária não se confunde com a discricionária. Esta é exercida nos limites da lei, àquela é ação contrária ou excedente da lei.

Assim, a eminente autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001. p. 67):

Na atuação discricionária, a Administração, diante de determinado caso concreto, tem mais de uma alternativa a sua escolha, qualquer delas inserindo-se dentro dos limites da legalidade.

A discricionariedade administrativa surgiu prioritariamente para evitar o automatismo que ocorreria se o administrador tivesse que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas; e também para suprir a impossibilidade do legislador em prever todas as situações que terá que enfrentar. Igualmente, surgiu para permitir o poder de iniciativa da Administração Pública, necessário para atender às infinitas necessidades coletivas.

O fundamento da discricionariedade encontra-se no ordenamento jurídico positivo, isto é, a própria lei que deixa ao administrador espaço para apreciação discricionária. Enfim, pode-se dizer que a mesma decorre do princípio da legalidade.

Na realização de um ato discricionário, indispensável é que o Direito ou a legislação administrativa estabeleça, implícita ou explicitamente, tal poder ao administrador e lhe assinala os limites de sua liberdade de opção na escolha dos critérios postos à sua disposição para a prática do ato.

Na discricionariedade, a lei permite que a autoridade administrativa escolha entre as várias possibilidades de solução, aquela que melhor corresponda ao desejo da lei. Entretanto sua exorbitância constitui ato ilícito. Caso não atinja o fim legal a que está obrigado, entende-se que abusou do poder.

Também, ao que concerne aos atos discricionários é necessário a motivação desse ato, como requisito de validade.

Enfim, é um instrumento que dispõe o Estado para atingir de forma eficaz, no caso concreto, o interesse público. Assim, a finalidade da discricionariedade está, também por uma questão lógica, atrelada ao interesse público.

Ressalte-se quanto aos limites impostos à discricionariedade administrativa, estes serão abordados no capítulo seguinte, mais especificamente à exigibilidade do estudo prévio de impacto ambiental.

4 O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA EXIGIBILIDADE DO EIA VIA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Conforme todo o explanado até o presente momento, tem-se que segundo o art. 225, *caput* da Constituição Federal, cabe ao Poder Público assegurar às presentes e futuras gerações o meio ambiente ecologicamente equilibrado. No entanto, para a consecução desse fim, a Lei Fundamental define instrumentos previstos nos diversos incisos do referido artigo. Assim, um desses instrumentos a que se refere o texto constitucional é o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (art. 225, §1º, IV, CF).

Após uma breve análise, pode-se ainda concluir que o EIA deve ser exigido pelo Poder Público, seja porque a lei assim o prevê, seja porque é seu dever assegurar o meio ambiente ecologicamente equilibrado à coletividade. Ressalte-se quanto à expressão empregada *Poder Público* refere-se a todas as unidades da Federação: União, Estado, Distrito Federal e Municípios. Nesse mesmo sentido é trazido pela doutrina:

Portanto, a conclusão iniludível a que se chega é que não compete só a União, Distrito Federal e Estados exigirem o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, mas também o município, vez que a defesa do ambiente está incluída dentro de suas competências, e o estudo de impacto ambiental constitui-se num instrumento de defesa do meio ambiente. (BUGALHO, 1999, p. 90)

Dessa forma, a Administração Pública tem todo o dever de exigir dos empreendedores que estes realizem, às suas próprias expensas, o EIA quando se tratar de licenciamento de atividade ou instalação efetiva ou potencialmente poluidora ou causadora de degradação ambiental. Presente a potencialidade de degradação ambiental o EIA não pode ser de nenhuma forma dispensado, sob pena de responsabilidade do administrador.

O art. 2º da Resolução do CONAMA 001/86 já abordado no primeiro capítulo, trás um rol de obras e atividades modificadoras do meio ambiente que exigem o EIA. Entretanto, estando diante de uma obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental, mesmo que não se encontre no rol da referida resolução, a Administração estará obrigada a exigir

o EIA, visto que também a ela cabe a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme o texto constitucional.

Com efeito, ainda com referência ao *caput* do art. 225 da Constituição Federal, verifica-se que também cabe à coletividade a defesa e a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, de sorte que sempre que a Administração Pública dispensar ou se omitir na exigência do EIA, poderá àquela compelir judicialmente, por intermédio de associações ou do membro do Ministério Público, o Poder Executivo a exigir a apresentação do instrumento ora em estudo. Confira-se os ensinamentos da doutrina:

Podemos afirmar que, nos casos de atividades ou instalações, potencial ou efetivamente causadoras de significativa poluição ou degradação ambiental, qualquer licença cuja concessão não tenha sido precedida de Estudo Prévio de Impacto Ambiental é nula de pleno direito, cabendo ao Poder Judiciário declarar tal nulidade, se provocado por parte legitimamente interessada. (ANTUNES, 1996, p. 83)

A questão a ser abordada gira em torno da viabilidade de controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário. Isso significa que poderia a Administração Pública ter suas condutas administrativas, positivas ou negativas, relativos à exigência do EIA controlados pelo Judiciário? Quais são os óbices a esse controle? Quem teria legitimidade para agir contra o Poder Público? Quais os instrumentos aptos à efetivação desse direito?

Todas essas questões serão abordadas neste capítulo. Observe-se, entretanto que está em jogo o direito ao meio ambiente sadio, ou seja, um direito difuso, fundamental da coletividade. Eventual omissão praticada pela Administração Pública na exigibilidade do EIA quando se tratar de obra ou atividade potencialmente degradadora do meio ambiente poderá ser controlada pelos titulares do direito em questão, isto é, a coletividade. Dentre os meios processuais e extraprocessuais mais eficazes tem-se a ação civil pública, inquérito civil, recomendação, compromisso de ajustamento de conduta, dentre outros.

Ademais, como representante da coletividade, nas atribuições de suas funções institucionais, está legitimado o Ministério Público, como já analisado.

Abordar-se-á logo após, a questão alegada pelo Poder Público, qual seja, que a intervenção do judiciário na seara administrativa fere o princípio da

separação dos poderes e a discricionariedade administrativa. E enfim, apresentam-se ou não, os argumentos do tema proposto sobre a viabilidade do controle da Administração Pública, via ação civil pública, na exigibilidade do EIA.

4.1 Dos instrumentos de controle da administração pública

4.1.1 Instrumentos de controle extraprocessual

São instrumentos de controle extraprocessual o inquérito civil público, a recomendação e o compromisso de ajustamento de conduta.

O **inquérito civil público** é um procedimento administrativo inquisitório de investigação e instrução, conduzido exclusivamente pelos membros do Ministério Público com o fim de trazer a tona informações para a formação da sua convicção quanto a viabilidade ou não da propositura da ação civil pública. É um instrumento previsto pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85, pela Constituição Federal, art. 129, III), dentre outros diplomas, pela Lei Complementar nº 75/93 para o Ministério Público da União.

Enfim, o inquérito civil visa a proteção dos direitos constitucionais, direitos difusos, coletivos, interesses individuais homogêneos e etc, ou seja, é um instrumento de grande abrangência de investigação, inclusive em matéria de ação ou omissão do administrador, diante de seus deveres legais.

Quando chega ao conhecimento do *parquet*, seja por via de representação, imprensa, contato pessoal, é necessário obter informações para saber se é caso de agir. Assim sendo, caso tenha o administrador agido ou se omitido ilegitimamente, o inquérito civil público é um instrumento capaz de obrigá-lo a concretizar a medida ora omitida ou reparar o dano causado. Como exemplo pode-se exigir a realização ou embargo de obra pública, a implantação de determinada política pública ou regularização caso tenha sido sua finalidade desvirtuada, bem como a devida punição dos responsáveis.

Entretanto, o inquérito civil somente será imprescindível quando se tratar de investigações com repercussão significativa nos direitos difusos e coletivos, sendo, porém desnecessária em fatos administrativos pequenos, do cotidiano.

Com o término deste procedimento investigativo, poderá o *parquet*, dependendo do resultado das investigações, arquivar ou ajuizar a competente

ação civil pública. Pode ainda, conforme o caso concreto apenas expedir **recomendação** ao destinatário, p.ex. Poder Público, buscando a interrupção da lesão aos interesses difusos e coletivos. Não se trata de um ato de coerção, mas apenas formal, pelo qual o Ministério Público sugere a realização ou a cessação de determinada conduta do administrador, com o fim de atingir o interesse público descrito na lei. Após, deverá ser amplamente divulgada.

Observe-se, a recomendação não é uma ordem, assim, caso seja descumprida não acarretará conseqüências jurídicas ao investigado, mas apenas serão tomadas as medidas cabíveis pelo órgão ministerial.

Trata-se de advertência, indicando um problema identificado, como exemplo, falha nos serviços públicos, e a respectiva sugestão para a correção.

Muito embora a recomendação não gere vinculação ao Poder Público, este está obrigado a responder fundamentadamente ao *parquet*. Nesse sentido:

Além do mais, considerando que as recomendações obrigam os agentes públicos a responder fundamentadamente ao Ministério Público, apresentando razões políticas ou jurídicas que justificam determinada ação ou omissão, cria-se uma relação jurídica de vinculação aos motivos determinantes que pode municiá-lo de fundamento para acionar o controle jurisdicional caso comprovada a improcedência técnica, a falsidade ou a ilegalidade do que for invocado para justificar a conduta administrativa. (GOMES, 2003, p. 238)

Força política significa que caso seja descumprida a recomendação, advirão conseqüências jurídicas penais, civis e administrativas. Assim, entregue uma recomendação ao recomendado e mesmo assim ele prossegue em sua atividade ou insiste na inércia, caracterizado está seu comportamento doloso, refletindo diretamente no direito penal ambiental.

Outrora, não poderá o Poder Judiciário recomendar visto que as decisões judiciais são dotadas de coercibilidade, imposição. Eventual recomendação feita pelo Judiciário, despida, entretanto, de coercibilidade é prescindível haja vista que se assim o fosse, o próprio membro do Ministério Público poderia fazê-lo uma vez que possui atribuição legal para isso.

Enfim, o Ministério Público poderá expedir recomendação no exercício da defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual a qualquer órgão, entidade da Administração Pública.

Há situações em que se torna mais viável a recomendação do que a proposição de uma ação civil pública. Um exemplo bem comum encontra-se em matéria de discricionariedade administrativa, ou seja, caso em que o juiz não poderia substituir o administrador, visto que este dispõe de soluções possíveis e razoáveis de acordo com a conveniência e oportunidade. Também outros casos de grande complexidade, quantidade de fatores e atores envolvidos pode tornar inviável a ação civil pública, corroborando, dessa forma, a atuação do *parquet* para realização de p.ex. interesses públicos primários.

Nesse contexto, cumpre ressaltar um trabalho desenvolvido pelo Ministério Público Federal de Presidente Prudente juntamente com o Ministério Público do Estado de São Paulo, em que estes expediram uma recomendação à presidência do IBAMA, no que concerne a formulação de política pública de pesca no Reservatório da Usina Hidrelétrica Sérgio Mota, no rio Paraná, para que procedesse a alteração de norma contida na Portaria nº 21/93: a) para aumentar o tamanho mínimo das redes de malhar de 70 mm para 180 mm; b) para diminuir a cota de pescado de 30 para 10 quilos para pescadores amadores, dentre outras. Tal recomendação visava compatibilizar a exploração econômica dos recursos pesqueiros com a proteção ambiental. Ao final, entendeu a autarquia acatar tais recomendações. Nessa hipótese, inviável é a via jurisdicional pela complexidade dos fatores envolvidos, podendo ser citado a discricionariedade administrativa em traçar rumos da atividade, de acordo com critérios de ordem técnica, físicos, bióticos e socioeconômicos.

Observe-se, constatada a ação ou omissão ilícita por parte da Administração Pública, mesmo que viável a ação civil pública, prefere-se ainda assim a recomendação do *parquet* visto que poderá fixar um prazo razoável para cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer por parte do administrador, para o fim de se demonstrar o interesse processual de agir quando se recorrer ao Judiciário.

Há ainda, como instrumento de controle extraprocessual o **compromisso de ajustamento de conduta extraprocessual**. Trata-se de uma forma de solução de conflito de interesses de ordem coletiva, durante o inquérito civil público que, havendo concordância entre as partes, poderá ser este compromisso celebrado.

Nesse caso, o investigado se sujeitará ao cumprimento de determinadas obrigações legalmente impostas, num determinado prazo, sob pena de pagamento de multa e sem prejuízo da execução específica do pactuado, se não cumprido.

Há muita discussão na doutrina sobre sua natureza, se seria uma espécie de transação ou um ajustamento de conduta com características próprias. Esta última parece ser a linha mais coerente visto que trata-se de interesse público primário caracterizado pela supraindividualidade e não de caráter privado no que concerne aos direitos patrimoniais.

Num termo de ajustamento de conduta fixam-se tanto as condições de cumprimento da obrigação de reparar o meio ambiente como também o montante estimado do dano, ou seja, o que comporá p.ex. o reflorestamento.

Nesse sentido a doutrina:

Diante disso, não há falar-se em transação, instituto de direito privado inaplicável na seara dos direitos metaindividuais, mormente no campo do direito ambiental, cuja titularidade de interesse, difuso, indivisível e pertencente à sociedade como um todo não o autoriza. (GOMES, 2003, p. 249)

Ademais, quando se tratar de controle da administração, presentes estarão os interesses públicos primários e secundários, além do interesse social indisponível ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, não podendo, de forma alguma ser aplicadas as concessões mútuas, típicas de direito privado, haja vista ser a Administração Pública vinculada ao princípio da supremacia do interesse público e da legalidade. Contudo, é um instrumento *sui generis* regidos por normas de ordem pública.

Enfim, é uma solução mais rápida e menos dispendiosa e custosa na solução no conflito de interesses do que um procedimento jurisdicional, é uma forma de colocar a Administração Pública nos trilhos da finalidade legal, sem a necessidade de se invocar a máquina judiciária via ação civil pública. Percebe-se, assim, as grandes vantagens que possui.

4.1.2 Instrumentos de controle processual

Como instrumento apto e adequado de controle da Administração Pública, há o **processo**. Este é um instrumento essencialmente dedicado à pacificação social, cumpre com eficiência seu escopo social, político, jurídico, na medida que contribui para a paz social. Permite a participação dos cidadãos na gestão dos negócios públicos quando demandam, p.ex. por intermédio do Ministério Público, buscado viabilizar a concretização dos interesses sociais.

Enfim, o processo faz atuar, através da função jurisdicional, a vontade concreta da lei, restaurando a ordem jurídica violada pela atuação ou omissão lesiva aos interesses coletivos.

Com o advento da Lei nº 7.347/85 surgiu a **ação civil pública** que é uma garantia constitucional posta a disposição da sociedade para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos como já dito anteriormente. É um instrumento de acesso a ordem jurídica. Eventual provimento jurisdicional alcançará indivíduos lesionados, que nunca teriam oportunidade, por uma série de motivos, de ingressar com um pedido ao Judiciário. Consoante à doutrina:

Viabiliza-se, pois, o acesso coletivo à ordem jurídica justa para defesa de direito supra-individuais, principalmente pela contribuição da universalização da jurisdição, tanto mais quando se fala na ação civil pública de obrigação de fazer ou de não fazer com o escopo de suprir omissão administrativa (*ou cessar ação administrativa lesiva*), espécie de demanda que possibilita a ampla participação popular na condução da administração, ação inviável na forma individual. (GOMES, 2003, p. 262)

Através da atuação ministerial na via ação civil pública, pode a sociedade demandar contra o Poder Público quando este agir de forma lesiva ou quando mesmo se omitir quando teria o dever legal de agir, a fim de que se cumpra a prestação devida ou imponha obrigação de não fazer, cessar sua atuação lesiva ou mesmo reparar o dano causado. Assim todos os lesionados estarão devidamente representados em juízo, não necessitando cada um que se sentir lesionado ingressar com uma ação individual, o que poderia causar morosidade e decisões conflitantes, isso quando não se tornarem dificultoso tal ingresso judicial.

Quando se tratar de implementação de políticas públicas necessárias ao efetivo exercício dos direitos sociais, caso haja omissão por parte do Poder

Público, entende-se que aí houve desvio da finalidade constitucional, ou mesmo quando o Poder Público age de maneira a contrariar essa tal finalidade, serão, nesse caso, passíveis de responsabilização e controle judicial por meio de ação civil pública.

Ademais, poderá também a ação civil pública ter cunho preventivo, a fim de se preservar algum direito e garantia constitucional.

Contudo, o Ministério Público também dispõe de um meio eficiente contra o Poder Público, qual seja, a condenação de obrigação de fazer e de não-fazer, conforme art. 3º da LACP, para tutelar todos os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Destarte, como instrumento processual de controle da Administração Pública, tem-se a **tutela jurisdicional específica das obrigações de fazer e de não-fazer**. Como subsídios há o art. 11 da Lei nº 7.347/85⁵ superado pelo art. 84 do Código de Defesa do Consumidor⁶ que tratam da matéria.

Observe-se a norma trás a chamada sentença mandamental, a qual permite ao magistrado determinar o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva.

Após, adveio a Lei nº 8.952/94, inseriu o art. 461 regulando a tutela inibitória ou melhor dizendo, tutela específica das obrigações de fazer e de não-fazer. Antigamente, havia muita dificuldade no que tange a execução da obrigação, pois necessitava esperar até o trânsito em julgado da sentença para depois ingressar com um processo de execução.

Entretanto, quando se reporta aos interesses metaindividuais, mormente no controle da administração pública, maior relevância assume tal tutela, pois

⁵ (...) o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for insuficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

⁶ Art. 84 – Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não-fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§1º - A conversão da obrigação em perdas e danos será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§2º - A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, CPC).

§3º - Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§4º - O juiz poderá, na hipótese do §3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

eventual ressarcimento é um obstáculo ao alcance da efetividade dos escopos sociais, políticos e jurídicos nos processos coletivos. Isso porque se há o dever de prestação estatal positiva ou negativa em favor do meio ambiente, patrimônio artístico e cultural, dentre outros, jamais poderia ser convertida pura e simplesmente em indenização por perdas e danos, pois causaria irremediável prejuízo à sociedade, que reclama a efetiva atuação ou cessação por parte do Poder Público, p.ex., implantar sistema de tratamento de lixo, cessar a realização de obra causadora de irreversível danos a área de reserva ambiental permanente, etc.

Assim, para o controle da administração pública, pode-se lançar mão, dependendo do caso, tanto da tutela inibitória de obrigação de fazer e de não-fazer, seja em caso de ação ou omissão.

O que se deve evitar é a discussão em torno da substituição do juízo do administrador pelo do juiz. Às vezes é melhor impor obrigação de não-fazer para evitar essas problemáticas.

Por outro lado, também é possível cumular pedido de obrigação de fazer com obrigação de não-fazer. Um exemplo nos trás o doutrinador Luís Roberto Gomes em sua obra aqui já citada, quando nos autos de uma ação civil pública ambiental intentada pelo Ministério Público Federal contra a CESP – Companhia Energética de São Paulo, ao mesmo tempo em que se pediu a condenação em quatro obrigações de não-fazer, entre elas a abstenção do fechamento das comportas da Usina Hidrelétrica Porto Primavera, até a conclusão de todas as ações previstas no EIA/RIMA, em especial naquelas cujo cumprimento era imprescindível antes do enchimento, também pediu a condenação em 29 obrigações de fazer, relacionadas ao cumprimento de ações referentes ao meio físico, biótico e sócio-econômico, além de indenização por danos causados ao meio ambiente.

Com efeito, a Lei nº 10.444/02 abriu mais uma leque de medidas destinadas ao controle da Administração ao ampliar as ações de fazer e de não-fazer às obrigações de entrega de coisa (art. 461-A, CPC). Ex: Caso o IBAMA se recuse a entregar cópia de documentação de um processo de licenciamento

§5º - Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

requisitada pelo Ministério Público, poder-se-á requerer ao Judiciário a concessão da tutela específica mandamental de entrega da mesma, fixando prazo, sob pena de expedição de mandado de busca e apreensão dos autos, sem prejuízo de outras medidas cabíveis.

O que se quer é dar maior efetividade aos interessados, isto é, a satisfação *in natura* do direito material tutelado.

Ainda, há **a tutela específica antecipada das obrigações de fazer e de não-fazer**.

Consoante o art. 84 do CDC, como o art. 461, § 3º do CPC, sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, poderá a tutela específica das obrigações de fazer ou de não-fazer ser concedida antecipadamente, liminarmente ou após audiência de justificação prévia. Observe-se, há certa proximidade como os requisitos exigidos no art. 273 do CPC, quais sejam: verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Muito embora não haja previsão expressa da reversibilidade do provimento antecipado nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, assim como exige o art. 273, § 2º do CPC, tal requisito é essencial, pois senão haveria a antecipação da própria vitória do autor, sem assegurar ao réu o seu direito de defesa.

Com efeito, quando se trata de controle da Administração Pública, em suas ações e omissões, deve-se observar, notadamente, o conflito entre interesse público primário e secundário. Nesse caso, maior cautela deverá ter o magistrado visto a forte relevância social da matéria e também a aplicação de recursos públicos.

Quando se trata de tutela específica de obrigação de não-fazer, isto é, o comando jurisdicional que ordene o Poder Público a não praticar determinado ato ilícito ou mesmo repeti-lo, é tranquilo a concessão de liminar nesses casos sem a problemática da exigência da reversibilidade.

Entretanto, quando se tratar de obrigação de fazer, maiores cautelas deverão ser tomadas pelo magistrado, principalmente quando demandar ingerência na gestão orçamentária, pois a imposição de um fazer à Administração, exigindo uma disposição em pecúnia, há a necessidade que esse valor esteja disponível no orçamento permitindo, assim, a Administração realizar o seu dever.

Contudo, há situações em que haverá conflito de interesses em que apenas um deles poderá sobreviver, cabendo ao magistrado, agindo com absoluta cautela, decidir qual prevalecerá. Mas quando se trata de tutela de interesse metaindividuais de maior relevância, p.ex., proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, há casos em que é absolutamente irreversível o retorno ao *status quo ante* caso não concedida liminarmente a antecipação da tutela específica.

Assim, não pode a Administração Pública declarar-se imune ao controle jurisdicional quando houver qualquer lesão ou ameaça de lesão haja vista sua fiel subsunção aos princípios constitucionais descritos no *caput* do art. 37 da Magna Carta e também, por ser a própria gestora do interesse público e social.

Por fim, há o **compromisso de ajustamento celebrado em juízo**. Segundo o art. 5º, §6º da Lei nº 7.347/85, realizado o compromisso de ajustamento de conduta, necessário se faz a homologação judicial, que será feita no curso do processo, cabendo o controle do Conselho Superior, quando se tratar do Ministério Público Estadual, ou da Câmara de Coordenação e Revisão, quando se tratar de Ministério Público da União.

Após a homologação, constituirá o compromisso em título executivo judicial.

Enfim, tudo o que já foi dito lá atrás, aplica-se aqui. Saliente-se, realizado às exigências legais, no curso do processo, antes do término do mesmo, constitui, em determinados casos, a solução mais adequada, senão a única no conflito de interesses. Exemplificando, às vezes se for esperar um provimento jurisdicional demorará tanto, que a melhor solução se encontra necessariamente no compromisso de ajustamento.

4.2 Limites da discricionariedade administrativa

A discricionariedade administrativa oferece um campo de maior abrangência ao administrador para apreciação subjetiva consoante a oportunidade e conveniência, mas sempre tendo em vista o interesse público a ser atingido. Entretanto, tal amplitude esbarra nos limites impostos pelo ordenamento jurídico vigente. Confira-se:

A liberdade de agir dessa ou daquela forma, e bem assim a liberdade de não agir por esse ou aquele motivo, estão condicionadas hodiernamente sobretudo à busca do fim de interesse público expresso no ordenamento jurídico. (GOMES, 2003, p. 83)

Dessa forma não se pode conferir absoluta liberdade ao administrador visto que está precipuamente vinculado ao interesse público. Ademais, não deverá o ato se afastar da licitude para assim ser considerado. Ante estes requisitos, sempre deverá haver o respeito aos princípios constitucionais administrativos explícitos ou não na Magna Carta.

Observe-se, consoante a discricionariedade administrativa, dá-se uma certa liberdade ao administrador em decidir pelo conteúdo do ato, entretanto, desde que adequadamente ao ordenamento jurídico e aos princípios constitucionais.

Tem-se que a legalidade constitui um dos maiores limites à discricionariedade. Isto, pois, para o administrador há uma liberdade de ação limitada pela lei, ou seja, somente poderá se falar em atuação discricionária quando houver habilitação legal para que a autoridade possa apreciar, avaliar e valorar as circunstâncias que rodeiam o exercício de sua função administrativa.

Ao que concerne aos princípios constitucionais limitadores da discricionariedade administrativa pode-se citar a razoabilidade, moralidade administrativa, princípios gerais do direito, o da supremacia do interesse público, dentre outros. Veja-se:

O princípio da moralidade administrativa previsto expressamente no art. 37, *caput* da Constituição Federal, constitui-se como um limite à discricionariedade administrativa. É certo que principalmente no âmbito dos atos discricionários é que se encontra a maior prática de atos imorais, pois é aqui o administrador tem a liberdade de opção entre várias alternativas, todas válidas perante o direito. Às vezes, muito embora seja uma decisão permitida pela lei, em sentido formal, pode não ser a favor de valores éticos protegidos pelo direito.

Infelizmente é muito difícil identificar a moral em uma determinada sociedade visto que os valores são variáveis no tempo e no espaço e nem sempre são aqueles considerados ideais. Somente em situações extremas se pode afirmar que a conduta é moral ou imoral. Preconiza a autora Germana de

Oliveira Moraes (2004, p. 130), que o princípio da razoabilidade está atrelado a noção de boa-fé e que:

[...] significa a expectativa de comportamento normal do agente público, semelhante ao do homem comum, sincero, honesto e leal, em que se possa confiar e consentâneo com os valores sociais daquele momento histórico.

Sobre a limitação da discricionariedade administrativa pelo princípio da moralidade, melhor explica a doutrina:

Por isso mesmo, a discricionariedade administrativa, da mesma forma que é limitada pelo Direito, também o é pela Moral; entre as várias soluções legais admissíveis, a Administração Pública tem que optar por aquela que assegure o “mínimo ético” da instituição. (DI PIETRO, 2001, p. 162)

Com efeito, a lei permite que a Administração extraia um juízo de valor de cada caso concreto, entretanto, deverão prevalecer os valores éticos da instituição, dada a limitação à discricionariedade administrativa. Caso sejam transpostos, poderá haver a correção pelo Poder Judiciário.

Outra limitação da atuação discricionária encontra-se nos princípios gerais do direito. Toda vez que a Administração Pública se encontrar diante de uma situação em que a lei permita sua apreciação subjetiva, ou mesmo várias opções, a escolha há de se fazer com observância dos princípios gerais do direito.

Igualmente, a discricionariedade do administrador é limitada pelo princípio da razoabilidade, exigindo mesmo na atuação discricionária da Administração Pública a proporcionalidade entre os meios utilizados e os fins que pretende alcançar. Essa proporcionalidade não deverá, portanto, ser medida por critérios pessoais do administrador, mas sim pelos padrões comuns na sociedade em que vive. Assim a doutrina:

Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para a decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, in RDP 65/27). Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade. (DI PIETRO, 2001, p. 2002)

Enfim, tem-se o princípio do interesse público como limite à discricionariedade administrativa. Muito embora a lei não utilize expressamente essa expressão, ela deve ser plenamente observada. Assim, conclui-se que ao invés do interesse público implicar na discricionariedade administrativa como acima pareceu, constitui sim num princípio limitador.

Dessa forma, diante do caso concreto, na atuação discricionária da Administração, esta nunca terá uma total liberdade na escolha do meio de ação visto que sempre estará limitada não apenas por normas legais sobre competência, finalidade e forma, com também pelos princípios da razoabilidade, moralidade e motivação. Nesta última a autoridade competente deverá demonstrar que sua escolha atende tal interesse público.

Com efeito, deve-se atentar muito mais precisamente ao princípio da eficiência trazido pela Constituição Federal, pois na atuação discricionária, quando se decidir por alguma solução, deve o administrador optar pela que seja mais apta, mais capaz de atingir a finalidade legal.

Contudo, outros limitantes podem incidir sobre a discricionariedade administrativa dependendo da área de atuação. Em matéria de Direito Ambiental, foco do presente trabalho, imprescindível será a observância de princípios ambientais, dentre os quais: o princípio da supremacia do interesse público primário na proteção do meio ambiente em relação ao interesse público secundário e aos interesses privados, princípio da natureza pública da proteção ambiental, princípio da obrigatoriedade de intervenção estatal, princípio da prevenção e da precaução, princípio da exigibilidade do estudo prévio de impacto ambiental, dentre outros.

4.3 O controle da administração pública pelo poder judiciário

Tanto a ação como a omissão administrativa são passíveis de controle. Conforme o art. 5º da Lei de Improbidade Administrativa, “ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”. (GOMES, 2003, p. 67)

Assim, se a atuação administrativa violou preceitos legais ou constitucionais, poderá ser objeto de contestação, inclusive via judicial, visando restaurar a ordem jurídica violada. Consoante a doutrina:

Controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa. É um controle *a posteriori*, unicamente de legalidade, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege. (MEIRELLES, 2004, p. 679)

Entretanto, atente-se aos atos discricionários. Presente a atuação discricionária da Administração Pública, diante de uma ação ou omissão ilícita, caso em que houve violação aos interesses transindividuais, seria viável o controle dessa atuação administrativa pelo Poder Judiciário?

Observe, seria viável tal controle, ante um Estado Social de Democrático de Direito, em que o titular do poder político é o povo?

Mais, qual seria a abrangência desse controle judicial tendo em vista a discricionariedade e o princípio da separação de poderes, sendo que ambos também têm *status* constitucional e todos devem ser respeitados?

Assim, o “controle” a que se quer referir no presente trabalho significa uma interferência externa, não hierárquica, no âmbito da Administração Pública, pelo Poder Judiciário, quando p.ex. acionado pelo Ministério Público ou outro ente legitimado na via da ação civil pública, dirigida para supressão da ação ou omissão administrativa ilícita, quando houver violação dos interesses metaindividuais ou quando a Administração não exigir o EIA, quando seria exigível?

Quanto aos atos administrativos discricionários, é importante considerar os contornos e amplitude do controle judicial, uma vez que é a própria lei que concede a liberdade de atuação da Administração Pública. Primeiramente, em regra, é vedado ao Poder Judiciário analisar o mérito do ato administrativo, cabendo-lhe unicamente analisá-lo se está de acordo com o ordenamento jurídico, ou seja, em seu aspecto de legalidade e moralidade. Uma observação é trazida pela doutrina:

Essa solução tem como fundamento básico o princípio da separação de poderes (CF, art. 2º), de maneira que a verificação das razões de conveniência ou de oportunidade dos atos administrativos escapa ao controle jurisdicional do Estado. Não existe, porém, nenhum ato absolutamente discricionário, pois tal fato converter-se-ia em arbitrariedade. (MORAES, 2002, p. 136)

Porém ao que concerne aos atos administrativos vinculados, o controle judicial é pleno haja vista a determinação legal de todos os seus elementos, não havendo vontade subjetiva do administrador.

Para tanto, não é qualquer ação ou omissão estatal que é suscetível de controle. Somente o é aquela considerada ILÍCITA, isto é, ação ou omissão que contrarie a ordem jurídica preestabelecida. A ilicitude se encontra quando o agente não exerce corretamente o poder que lhe foi deferido pelo ordenamento jurídico, não alcançando dessa forma finalidades preestabelecidas de interesse público.

Entretanto, o caso concreto é quem vai dizer se a atuação ou abstenção da Administração Pública é ilícita. Na seara ambiental, ao que concerne a exigibilidade do EIA, sempre que presente uma obra ou atividade potencialmente danosa ao meio ambiente deverá haver o estudo prévio de impacto ambiental visando a garantir com eficiência a tutela ambiental.

Nesse sentido a jurisprudência:

TRIBUNAL-QUARTA REGIÃO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 100064
Processo: 200204010073010 UF: SC Órgão Julgador: TERCEIRA
TURMA

Data da decisão: 08/10/2002 Documento: TRF400086283 Fonte DJU
DATA:11/12/2002 PÁGINA: 963 DJU DATA:01/11/2002 Relator(a) JUIZA
MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE
PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE.
LOTEAMENTO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.
AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROVIMENTO. 1. A concessão da
medida antecipatória é necessária e recomendável, considerando-se a
relevância do bem jurídico tutelado na demanda, com a finalidade de
assegurar a toda coletividade um meio ambiente ecologicamente
equilibrado. 2. A obra de arruamento e edificação do loteamento, neste
caso, é vultosa, e exige, pela peculiaridade e extensão, permissivo dos
órgãos ambientais competentes, com um detalhado estudo de impacto
ambiental na forma da lei. 3. Agravo de instrumento improvido.
Prejudicado o agravo regimental.

Abaixo serão analisados os óbices comumente opostos à viabilidade de controle da ação ou omissão administrativa. Muito embora haja barreiras na interferência da atividade administrativa, estas não são insuperáveis. Assim, constatada uma ilicitude por parte do administrador, a Administração Pública cede ao controle pelo Poder Judiciário. À ilicitude, entenda-se aqui na sua mais ampla concepção, nas palavras da doutrina, “como qualificativo daquilo que contraria os

princípios fundamentais do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional". (GOMES, 2003, p. 110)

Enfim, com razão a doutrina:

O limite da atuação do Poder Judiciário será gizado pelo próprio Judiciário, que tem por finalidade dizer o direito no caso concreto sem invadir a competência administrativa. Isso faz parte do equilíbrio e do jogo de poderes. (FIGUEIREDO, 2003, p. 356)

Cada vez mais se busca o Judiciário para a solução dos conflitos de interesse estabelecido entre Estado e sociedade haja vista a ineficiência da Administração Pública em implementar a contento as políticas públicas da ordem social e serviços públicos essenciais e à grande pobreza e desigualdade social do país.

4.3.1 Discricionariedade

Um óbice comumente oposto em face do controle judicial é a discricionariedade da Administração Pública. A lei confere à Administração Pública decidir livremente, segundo seus próprios critérios, mas desde que atendidos os limites definidos em lei. Se sua atuação inserir-se dentro desses limites, ela será inapreciável pelo Poder Judiciário.

Assim o é justamente por ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador. Daí porque não pode o juiz invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém pode decidir diante do caso concreto. Enfim, o Judiciário, ao que concerne aos atos discricionários somente poderá apreciar aspectos da legalidade e se o administrador agiu dentro dos limites da discricionariedade já traçados no presente trabalho. Caso contrário, poderá o Judiciário invalidar o ato visto que a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade. Nesse sentido a doutrina:

Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que

ela é assegurada à Administração Pública pela lei. (DI PIETRO, 2005, p. 210)

Observe-se, sob a influência da doutrina dos conceitos legais indeterminados (conceitos vagos) tem-se que: quando seja pela simples interpretação ou mesmo por integração das normas jurídicas, caso seja possível chegar a uma única solução válida perante o direito, haverá discricionariedade. Caso, após feita uma interpretação chegar-se a duas ou mais hipóteses viáveis, a escolha será feita pela Administração e não poderá ser revista pelo Judiciário.

Nesse caso de conceitos indeterminados, o que limita a discricionariedade são aqueles princípios já estudados. É possível afirmar que caberia ao Judiciário controlar toda a atividade administrativa, desde que não invada o mérito das decisões discricionárias?

Segundo a orientação doutrinária “e por mérito do ato compreendiam-se as razões de conveniência e oportunidade que teriam fundamentado a decisão do administrador”. (FIGUEIREDO, 2003, p. 212)

A pergunta ora formulada tem resposta afirmativa pelas razões acima já explicitadas.

A apreciação judicial da atuação administrativa deverá analisar a coerência lógica da decisão discricionária com os fatos. Se incoerente, a decisão estará maculada por infringência ao ordenamento jurídico. Outrossim, é no aspecto da moralidade e legalidade que a conveniência e oportunidade do ato realizado pelo administrador deverá ser analisado. Nesse sentido:

Conseqüentemente, não poderá o Poder Judiciário invadir a legítima escolha feita pela Administração, entre as opções legalmente reservadas para a edição do ato discricionário, de maneira a, simplesmente, alterar a opção licitamente feita pelo administrador. (MORAES, 2002, p. 137)

Tendo em vista afastar arbitrariedades pela Administração, a doutrina tem reduzido a interpretação da palavra “mérito”. Assim, ampliou-se a apreciação pelo Judiciário dos atos administrativos discricionários através de duas teorias, quais sejam: Teoria relativa ao desvio do poder ou de finalidade e Teoria dos motivos determinantes.

A primeira ocorre quando o administrador utilizar-se de seu poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Neste caso, o

controle judicial é amplo. Quanto a segunda teoria poderá sim haver o controle judicial dos pressupostos ou motivos determinantes de um ato administrativo vinculado, não importando a invasão no juízo discricionário do Poder Executivo, para controle da legalidade do ato.

Outrora, é defeso ao Judiciário substituir o mérito do ato administrativo, entendido este como oportuno e conveniente segundo o critério do administrador. Entretanto cabe ao Judiciário analisar os fundamentos da decisão verificando se há respaldo jurídico. Isto é, resta ao Judiciário verificar se o ato encontra-se de acordo com o Direito.

E mais, o exame da legalidade, já pacificado pelo STF, compreende também os aspectos formais e materiais do ato administrativo, neste incluído os motivos e os pressupostos que o determinaram.

Ao final, o mesmo doutrinador conclui seu pensamento:

Portanto, o controle jurisdicional da discricionariedade do ato administrativo, apesar de excepcional e respeitando-se os atos eminentemente políticos, poderá ser realizado com a finalidade de evitar a arbitrariedade e abuso do Poder Público, buscando, sempre, a efetividade dos princípios e preceitos constitucionais da Administração Pública. (MORAES, 2002, p. 141)

Muitas vezes, quando a discricionariedade localiza-se no motivo do ato administrativo, isto é, pressuposto de fato que antecede a prática do ato, tem o administrador uma margem de liberdade considerável para decidir se age ou não.

Segundo o doutrinador Luís Roberto Gomes, há dois momentos distintos, na atividade administrativa que encadeiam uma seqüência lógica, quais sejam o momento intelectual e o volitivo.

Num primeiro momento, o administrador vai interpretar os conceitos indeterminados, noções vagas, vocábulos plurissignificativos descritos no ordenamento jurídico. Aqui, a Administração Pública vai identificar se é ou não momento de agir, após feita essa interpretação, pautando-se na vontade da norma jurídica.

Numa seqüência lógica advém o momento volitivo, expresso na vontade do administrador, irá decidir se é caso ou não de agir.

Quanto a exigibilidade do estudo prévio de impacto ambiental, cuja função é detectar e evitar a ocorrência de danos ambientais ou prever mecanismos de

mitigação, torna-se obrigatório para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente. Neste caso em estudo se trata de *conceitos indeterminados ou fluídos* que merecem interpretação pelo administrador público para detectar se tal empreendimento necessita de estudo prévio de impacto ambiental para concessão da licença ou não.

Dessa forma, caso identificado que é momento de agir, p.ex., tal obra causará sim significativa degradação ambiental. Na próxima etapa, qual seja, a volitiva, não admitirá o exercício da discricionariedade por parte do administrador, mas sim uma aferição eminentemente técnica por que há um fato que subsume o que ordena a norma ambiental⁷. Então, dada a impossibilidade de apreciação de conveniência e oportunidade pelo administrador, cabível, portanto, o controle judicial via ação civil pública se a Administração Pública deixar de exigir o estudo prévio de impacto ambiental para obra ou atividade que for potencialmente danosa ao meio ambiente, obrigando-a, para tanto, em obrigação de fazer.

Assim a doutrina:

Viável, assim, o ajuizamento de ação civil pública de cumprimento de obrigação de fazer, a fim de que determinado órgão ambiental saia da inércia e exija efetivamente a realização de estudo de impacto ambiental por empreendimento potencialmente causador de significativo impacto ambiental, sem prejuízo de responsabilização por improbidade administrativa do agente público omissor. (GOMES, 2003, p. 94)

Outrora, quando se tratar de *conceitos de valor*, exigindo uma valoração normativa por parte do intérprete, aqui haverá sim a atuação discricionária visto que não há como negar a apreciação subjetiva do administrador. Ainda, neste caso, há autores que defendem que deve ser aplicado o princípio da razoabilidade alegando que a valoração subjetiva deverá ser feita dentro do razoável, isto é, em consonância com aquilo que seria aceitável perante a lei.

Com efeito, pode-se afirmar que quando a atuação administrativa derivar de apreciação de conceitos indeterminados será mais suscetível ao controle jurisdicional, pois não há discricionariedade uma vez que a interpretação é questão meramente técnica aferindo que tal fato se subsume à norma. Assim, a Administração fica vinculada a uma única solução no momento volitivo.

⁷ Art. 225, §1º, IV da CF, Lei nº 6.938/81, art. 9º, III e Resolução do CONAMA 001/86.

Entretanto, quando se tratar de conceito de valor, onde a margem de apreciação subjetivo do administrador é maior, surge, aí, uma maior dificuldade de se identificar qual a hipótese seria suscetível ao controle judicial. Observe-se também que é vedado ao magistrado substituir a apreciação subjetiva do administrador. Muito embora essa seja uma região cinzenta, assim caracterizada pela doutrina, essa situação não pode ser encarada como absoluta haja vista que encontra limites, impostos à discricionariedade.

Por exemplo, há casos em que o magistrado deverá analisar a moralidade dos atos administrativos, não podendo, assim, substituir os valores morais do administrador pelos seus, se ambos admitidos perante o direito. O que ele pode fazer é invalidar são os atos que pelos padrões do homem comum, atentam manifestamente contra a moralidade.

Caso, mesmo havendo conceitos de valor, a atuação discricionária do administrador extrapolar aqueles limites impostos, aqui já estudados, haverá sim possibilidade de controle judicial. Assim, não constituirá argumento relevante o fato de que estaria o juiz substituindo a apreciação subjetiva da Administração. Com efeito, estaria o Judiciário em busca da restauração da ordem jurídica violada que segundo a doutrina “exercendo simplesmente um juízo de legalidade, não havendo que se falar em substituição do critério do administrador” (GOMES, 2003, p. 96)

Atente-se, porém, dependendo da situação em concreto, ser a omissão a melhor medida adotada pelo administrador, dentre várias possíveis, a mais correta dado o princípio da eficiência para atender ao interesse público.

Com efeito, conclui a doutrinadora Maria Sylvia Zanella di Pietro (2005, p. 212):

Essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da interpretação (apreciação que leva a uma única solução, sem interferência da vontade do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente.

Assim, sempre que a atuação discricionária violar os princípios constitucionais da Administração Pública ou qualquer outro consagrado no direito material, será ilícita e, portanto, passível de controle pelo Poder Judiciário.

4.3.2 Separação de poderes

Outro óbice comumente utilizado à viabilidade de controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário é o princípio da separação de poderes, o qual tem sido classicamente invocado para se afastar essa possibilidade.

Entretanto há quem entenda que é inviável tal controle em virtude da preservação do presente princípio. Um exemplo:

[...] em ação civil pública que objetivava compelir o Estado de São Paulo a construir salas de aula no prazo de 90 dias, sob pena do pagamento de multa diária, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que se tratava de hipótese de “indevida ingerência na administração do Estado”, havendo a “necessidade de respeito à separação de poderes instituída pela Constituição Federal”. (GOMES, 2003, p. 111)

Há ainda posicionamentos no sentido de que seria inviável o juiz substituir a Administração Pública pois caberia ao Poder Executivo a conveniência e oportunidade de realizar atos físicos de administração. Dessa forma, não poderia o Judiciário, sob o argumento de que estaria defendendo direitos difusos ou coletivos, ordenar via ação civil pública que se faça ou não alguma coisa. Segundo o STJ em um de seus julgados reforça: “as obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes”⁸. (GOMES, 2003, p. 112)

Após, o mesmo Tribunal faz um paradoxo ao se referir só poderia haver controle da Administração Pública pelo Judiciário se houvesse por parte daquela desobediência aos princípios da legalidade, moralidade, eficiência, impessoalidade, finalidade... Ora, se a atuação da Administração Pública se der ao arrepio de algum desses princípios, não poderia haver o controle do Judiciário, já que é ilícita?

Observe-se, há o sistema de freios e contrapesos que visa o funcionamento harmônico, equilibrado, ponderado e responsável da máquina estatal. Com efeito, não estaria o presente princípio maculado caso fosse concedida em via de ação civil pública uma prestação jurisdicional que tivesse por objetivo a efetivação de direitos assegurados na ordem jurídica. Segundo a

⁸ STJ, RESP 169876/SP,rel. José Delgado, j. 16/6/98, DJ de 21/09/98, p. 70.

doutrina, “muito pelo contrário, a prestação jurisdicional incidiria justamente para salvaguardar o equilíbrio dos poderes” (GOMES, 2003, p. 115)

Dessa forma, quando o Poder Judiciário, após provocado, diz o direito, visando assegurar o cumprimento das leis, reconhecendo que o Poder Executivo não cumpriu uma obrigação legal que lhe compete, nada mais faz do que senão reconhecer um erro que prejudica direitos difusos e coletivos perseguidos via ação civil pública. Assim, funciona tal órgão jurisdicional como instrumento de restauração da ordem jurídica violada e, por assim dizer, restaurar o equilíbrio entre os poderes.

Um exemplo citado pela doutrina, para a defesa da efetiva harmonia da separação de poderes, nesse caso pelo Ministério Público, é o lançamento de esgotos domésticos pelo Poder Público em cursos d’água que banham as cidades:

Além de se tratar de atividade poluidora tipificada na legislação federal (Lei nº 6.938/81, art. 3º, inc. III, a e e, inc. V), que responsabiliza o poluidor a indenizar ou reparar os danos provocados ao meio ambiente (art. 14, §1º), a própria Constituição do Estado de São Paulo determina que “fica vedado o lançamento de efluentes e esgotos urbanos e industriais, sem o devido tratamento, em qualquer corpo d’água” (art. 208), diante do que tem o administrador o dever jurídico, imposto pelo Poder Legislativo, de submeter a prévio tratamento os efluentes domésticos a serem lançados nos corpos d’água. (GOMES, 2003, p. 118)

Assim, legitimado estaria o Ministério Público, como guardião da ordem jurídica e diante de lesão a interesse difuso, para exigir do Município o cumprimento da legislação ambiental. Aqui quer se preservar o princípio da legalidade administrativa, não se tratando pois, de subversão independência dos Poderes da República.

Destarte, quando a Administração Pública age ou se omite ilicitamente, ou seja, não cumpre o que manda o ordenamento jurídico, essa atuação acaba por autorizar a sociedade, seja representada pelo Ministério Público, seja representada por associações em defesa do meio ambiente, o acesso à justiça, buscando junto ao Poder Judiciário, por exemplo, via ação civil pública, a imposição coativa de medidas que conduzam o administrador a atuar corretamente.

Essa legitimidade da sociedade encontra respaldo no princípio da participação popular no exercício do poder (art. 1º, § único, CF), decorrente na esfera ambiental do art. 225, *caput* da Constituição Federal, que reconhece a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, podendo, inclusive, buscar judicialmente, a efetividade de seus direitos auferidos constitucionalmente.

Portanto, não há ingerência indevida do Poder Judiciário na Administração Pública, esfera de competência do Poder Executivo. Não há violação ao princípio da separação dos poderes porque quando a Administração é condenada judicialmente ao cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, quem age nesses casos é a própria sociedade e o juiz, quando provocado, apenas exerce sua atribuição de aplicar a lei aos casos concretos.

A exemplo disso, acertadamente decidiu a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao considerar a ação civil pública uma via adequada para obrigar às construções necessárias a fim de eliminar um dano ambiental, caso em que o Estado de Goiás edificou obra pública sem um sistema de esgoto sanitário adequado. Melhor explicação é trazida pela doutrina:

Naquele precedente, o Estado de Goiás havia construído um presídio masculino sem dotá-lo de um sistema de esgoto sanitário adequado, lesando o meio ambiente. O Ministério Público de Goiás propôs ação civil pública contra o Estado de Goiás e contra o CEPAIGO – Centro Penitenciário de Goiás – buscando a condenação dos mesmos em regularizar o sistema de esgoto, promovendo a construção das obras necessárias para tanto. Na primeira instância, a petição inicial havia sido indeferida com o fundamento de existir invasão do Poder Judiciário nas privativas atribuições do Poder Executivo ao se pleitear que este fosse compelido a edificar obra que, por mais necessária e premente que fosse, continuava inserida no círculo do mérito administrativo, sendo portanto defeso ao Judiciário meter o bedelho no assunto. O Tribunal de Justiça de Goiás manteve a sentença, que foi então reformada pelo Superior Tribunal de Justiça na forma referida acima, entendendo a Egrégia Corte que “sujeito também às leis, o Estado tem, nesse âmbito, as mesmas responsabilidades dos particulares”. (GOMES, 2003, p. 120)⁹

Ressalte-se teria o Estado responsabilidades superiores à dos particulares tendo em vista o princípio da indisponibilidade do bem ambiental, do princípio da supremacia do interesse primário na proteção do meio ambiente em relação aos interesses públicos secundários e privados, da obrigatoriedade da intervenção estatal e da defesa do meio ambiente.

⁹ TJ, 2ª Turma, RESP 88776/GO, rel. min. Ari Pargendles, j. 19/05/97, DJ de 9/6/1997, p. 25.501. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, nº 6, ps. 142-143, abr./jun. 1997.

Assim, ante a ação ou omissão ilícita, derivada da opção discricionária lícita da Administração Pública, há sim legitimação de agir ao membro do Ministério Público ou outro ente legitimado, visto que deve o agente público procurar agir com mais eficiência, tomando a melhor solução entre as possíveis. Se isto não ocorrer, poderá haver o controle judicial, portando-se como uma legítima forma democrática de o titular do poder político participar da administração dos bens públicos, com vistas ao alcance do bem-estar social.

Ressalte-se, não se trata de adentrar na competência do Poder Executivo, sobrepondo-se a este, desrespeitando sua independência de poder, ou mesmo interferindo em sua discricionariedade, visto que não é da discricionariedade do Executivo fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Se uma norma constitucional foi negligenciada, somente o Poder Judiciário poderá suprir tal inconstitucionalidade.

Enfim, exige-se do Poder Judiciário a efetivação da norma constitucional, mormente o respeito à cidadania e à dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais, dentre outros.

No entanto, para alcançar tal ensejo o princípio da separação de poderes não deve ser encarado de forma absoluta, intransponível sendo imprescindível levar em consideração o todo acima já explicitado.

4.4 O controle da administração pública na exigibilidade do EIA via ação civil pública

Por se tratar de um procedimento eminentemente público, o EIA teve sua exigência entregue aos órgãos estaduais competentes, com exceção feita ao Ibama, órgão federal, ou quando de exclusivo interesse do Município. Isso é o que define o art. 8º, II da lei 6.938/81 e art. 7º, IV do Decreto 99.274/90.

A exigência do EIA pelo poder público é um poder-dever quando presente um risco de deterioração significativa da qualidade ambiental. Presente, nesse caso, o princípio da prevenção, pois o que se busca com o EIA é evitar determinada ação danosa ao meio ambiente, ou determinar medidas mitigadoras do dano, conhecendo-se antecipadamente os efeitos prejudiciais que advirão, porque na maioria das vezes torna-se inviável retornar ao *status quo ante*.

Nesse sentido a jurisprudência:

TRF-PRIMEIRA REGIÃO AGRAVO REGIMENTAL NA APELAÇÃO CIVEL – 199834000276820 Processo: 199834000276820 UF: DF Órgão Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão: 8/9/2003 Documento: TRF100157913 Fonte DJ DATA: 19/12/2003 PAGINA: 179 Relator(a) DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA Decisão: A Turma, por maioria, deu provimento aos Agravos Regimentais do IDEC e do Ministério Público Federal e deu parcial provimento ao Agravo Regimental da Associação Civil Greenpeace. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVOS REGIMENTAIS CONTRA DECISÃO QUE ATRIBUIU EFEITO SUSPENSIVO A APELAÇÕES INTERPOSTAS DE SENTENÇA QUE, EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, VEDOU O PLANTIO E A COMERCIALIZAÇÃO DE SOJA TRANSGÊNICA, SEM PRÉVIO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL (EIA), CONFIRMANDO MEDIDA CAUTELAR NO MESMO SENTIDO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 558 DO CPC. PRETENDIDA VEDAÇÃO DO CUMPRIMENTO, POR AUTORIDADES GOVERNAMENTAIS, DE MEDIDA PROVISÓRIA QUE AUTORIZOU, EM CARÁTER EMERGENCIAL, A COMERCIALIZAÇÃO DA SOJA TRANSGÊNICA CULTIVADA ANTES DA ELABORAÇÃO DOS ESTUDOS DE IMPACTO AMBIENTAL. DESCABIMENTO. 1 - Conquanto seja da competência do Relator, a teor do art. 558, combinado com o art. 520, ambos do Código de Processo Civil, atribuir efeito suspensivo a recurso de apelação, independentemente de ter sido pleiteado, na primeira instância, o recebimento do apelo em ambos os efeitos legais, e sendo desnecessário, também, para tanto, ouvir o Ministério Público, devem ser observadas a relevância da fundamentação do pedido e a possibilidade de lesão grave e de difícil reparação aos interesses do requerente. 2 - Não é de reconhecer-se relevância da fundamentação, em ordem a autorizar a atribuição de efeito suspensivo a apelação interposta de sentença que, reafirmando medida cautelar anterior, vedou o plantio e a comercialização de soja transgênica sem prévia realização de Estudos de Impacto Ambiental (EIA), se a questão da segurança dos alimentos transgênicos, para a saúde humana e para a preservação do meio ambiente, está envolvida em polêmica que divide os diversos setores do Governo e da sociedade, ante a incerteza científica que ainda existe sobre a matéria. 3 - Assentado isso, a questão do periculum in mora há de levar em conta não apenas eventuais prejuízos econômicos advindos para os empresários do setor agrícola e, até, para o País, como interessado no recebimento de divisas, mas, também, a possibilidade, ainda não afastada, de advirem danos ao meio ambiente e/ou à saúde humana, em decorrência do plantio e do consumo de tais produtos. 4 - Descabe, seja em sede de reclamação, inexistente no Regimento Interno deste Tribunal, seja em apreciação de simples petição, vedar o cumprimento, por autoridades governamentais, de Medida Provisória, ato legislativo de hierarquia idêntica à da lei ordinária, por meio do qual foi autorizada, em caráter emergencial, a comercialização de soja transgênica cultivada antes da realização dos Estudos de Impacto Ambiental determinados em sentenças proferidas em ação cautelar e em ação civil pública, uma e outra ainda não transitadas em julgado, em que pese preservar a medida cautelar a sua eficácia na pendência da lide principal, posto que o cumprimento de lei ainda não declarada inconstitucional é dever de tais autoridades. 5 - Agravos Regimentais do Instituto de Defesa do Consumidor - IDEC e do Ministério Público Federal providos. 6 - Agravo Regimental da Associação Civil Greenpeace parcialmente provido. (grifo nosso)

No entanto, caso haja a omissão do poder público em exigir o EIA quando presente alguma atividade com potencial degradação ambiental, caberá ao Ministério Público ou qualquer outro ente legitimado, buscando a tutela de interesses difusos, atuar inclusive na via judicial, para garantir a efetivação do EIA.

O Estado tem a obrigação de evitar sérios riscos ambientais à vida, oferecendo à coletividade e às futuras gerações adequadas condições de vida em um ambiente saudável, tudo isso em observância ao princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana e ao princípio do direito ao desenvolvimento sustentável.

De fato, é viável impor coativamente ao Poder Público, pela via judicial, por meio da ação civil pública, o cumprimento de medidas visando precipuamente evitar a repetição ou o agravamento de danos ambientais decorrentes da atuação ou omissão administrativa.

Conforme dispõe o texto constitucional em seu art. 225, *caput*, o Poder Público tem o dever de atuar na defesa do meio ambiente, tanto no âmbito legislativo, administrativo e até judicial. Para tanto, poderá dispor de uma série de ações e programas, formando a chamada política ambiental brasileira.

Nessa área dos interesses difusos, principalmente ao que concerne a proteção do meio ambiente, deve haver um controle maior dos atos administrativos, positivos ou negativos, haja vista o destaque dado a tal interesse pelo legislador, permitindo que sua defesa também seja efetuada pela sociedade e pelo Ministério Público, e ainda, nas palavras de Andreas J. Krell (2004, p. 62) “justamente para criar um contrapeso em relação à negligência com que foram tratados no passado por parte do poder estatal”.

Segundo o princípio do controle do poluidor pelo Poder Público, cabe a intervenção do Poder Público, obrigatoriamente, para controlar a poluição e preservar o meio ambiente. Há uma obrigatoriedade da intervenção estatal. Entretanto, caso haja uma omissão por parte do administrador quando da devida intervenção, existe para a sociedade o direito material de cobrar, através dos entes legitimados.

Outrossim, a análise da existência de bens protegidos pela Lei nº 7.347/85 também cabe ao Poder Judiciário visto que sua competência chega a abranger uma verdadeira identificação de valores.

Recentemente, em uma matéria publicada no jornal “O Imparcial”, em 15 de fevereiro de 2005, trás em seu bojo a construção de um aterro sanitário pela Prudenco (Companhia Prudentina de Desenvolvimento) e pela Prefeitura de Presidente Prudente antes mesmo de haver a liberação ambiental para sua implantação. O órgão responsável, a CETESB, sequer recebeu o estudo prévio de impacto ambiental sobre o projeto. Ora, uma construção desse porte ao arrepio da legislação ambiental e da Constituição Federal traria um grande impacto ambiental na região visto que tal aterro municipal deverá ser instalado numa área próxima ao manancial do córrego São João, que deságua no córrego do Limoeiro, ou seja, uma das reservas mais despoluídas do referido município. (Fonte: Jornal “O Imparcial”, de 15/02/2005, título: *Instalação de aterro sanitário não pode ser realizado ao arrepio da legislação ambiental*)

Contudo, caso assim proceder o ente público municipal, seria lícito à população, tendo em vista o princípio da natureza pública da proteção ambiental, representada pelo membro do Ministério Público ou outro ente legitimado, ingressar com uma ação civil pública afim de exigir a obrigação constitucional prevista no art. 225, §1º, IV da CF. Assim, não pode tal empreendimento ser construído ao arrepio da legislação ambiental, pois nesse caso imprescinde-se de prévio estudo do impacto ambiental.

Bem ilustra o estudo aqui exposto, uma ação civil pública, intentada pelo Ministério Público Federal em litisconsórcio com o Ministério Público do Estado de São Paulo, região de Piracicaba/SP, em face de INTERGEN DO BRASIL LTDA., SHELL BRASIL S/A e do Estado de São Paulo, que encampam projeto de implantação da USINA TERMELÉTRICA OU TERMOELÉTRICA DE GERAÇÃO DE ENERGIA – UGE CARIOBA II, previsto para ser instalado no município de Americana/SP.

Dentre outras medidas, o *parquet* requereu a nulidade do procedimento administrativo de licenciamento ambiental, tendo em vista que foi realizado pela Secretaria do Meio Ambiente, órgão estadual, quando na verdade deveria ter sido realizado pelo IBAMA, órgão federal, competente para analisar obras ou atividades que envolvam mais de um Estado, como no caso em questão envolvia.

Ocorreram muitas falhas e omissões no EIA e no RIMA, e conseqüentemente no licenciamento conduzido pelo órgão estadual, tais como a necessidade de complementações ao EIA e da realização de novas audiências

públicas, após algumas alterações realizadas no RIMA. Concluíram os Analistas Periciais do Ministério Público Federal que as falhas e inconsistências apontadas no EIA comprometem a qualidade dos estudos e o processo de licenciamento ambiental do empreendimento em tela.

Ademais, o Comitê de Bacias Hidrográficas dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí, constatou que o EIA realizado pelo empreendedor nem ao menos atendeu as exigências de conteúdo mínimo feitas pela Secretaria Estadual do Meio Ambiente.

Assim, a autorização da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo restou maculada, porquanto fundou-se em motivação técnica equivocada e insuficiente, de modo que não se alcançou a escolha de alternativa que melhor atenda a proteção ambiental e a saúde humana.

Destarte, a licença prévia emitida pela Secretaria Estadual do Meio Ambiente para o projeto UGE CARIOBA II foi expedida com base em motivação viciada, expondo-se à invalidação, visto à insuficiência do EIA do projeto em questão, vício de natureza substancial que impede seja a obra ou atividade licenciada.

No tocante à incerteza do dano ambiental, a construção da UGE CARIOBA II envolve claramente a incerteza científica quanto ao risco ambiental, devendo aqui ser aplicado o princípio da precaução, sob pena de vultoso impacto ambiental na região.¹⁰

Portanto, conclui-se que eventual prosseguimento da marcha de um nulo procedimento administrativo de licenciamento ambiental, bem como o desenrolar de atos e contratos atinentes aos projetos executivos de engenharia do projeto para a implantação da UGE CARIOBA II por parte dos empreendedores, com os subsídios vultosos financiamentos aptos a serem concedidos com a expedição da ora impugnada licença prévia, estão a causar sérios danos ao patrimônio público, sem que o IBAMA, incontestável detentor de competência licenciadora na presente hipótese, tenha-se pronunciado a respeito, evidenciando, nesse passo, a possibilidade de dano irreversível ao meio ambiente.

Há a certeza de que o empreendimento em questão não detém a devida autorização ambiental do órgão competente (IBAMA), que efetivamente deveria

¹⁰ Fonte eletrônica: www.spader.com.br/int_default.asp?p=noticia&txt_codig=1820 e sinergiaspcut.org.br/termelétrica/ute5bacia2004.htm.

intervir para conduzir o procedimento de licenciamento e expedir a válida licença prévia. Isto, em razão do evidente e inquestionável interesse federal presente no projeto de que se fala, com base na legislação de regência e nos fundamentos constitucionais aqui expostos. Demais disso, há graves deficiências nos estudos apresentados pelo empreendedor e nas avaliações ambientais ao respectivo EIA que macularam a decisão da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo, eivando-se de nulidade.

Enfim, primeiramente foi concedida liminar, entretanto, posteriormente foi a mesma cassada.

Ainda, para melhor elucidar, foi intentada pelo Ministério Público Federal do Estado do Ceará, Ação Civil Pública com o escopo de anular as licenças ambientais concedidas pela SEMACE aos empreendimentos de carcinicultura localizados na Zona Costeira e nos terrenos de marinha do Estado do Ceará, declarando o IBAMA como órgão competente para proceder ao licenciamento ambiental dos citados empreendimentos.

Visa esta ação evitar que o Estado do Ceará conceda novas licenças ou renove as já concedidas, através da SEMACE, aos empreendimentos de carcinicultura na zona costeira ou em terrenos da Marinha. Ao final foi concedida a liminar determinando, entre outras medidas, que o IBAMA, órgão competente para expedir a licença exija o EIA e conseqüente RIMA, para a instalação de laboratórios de larvas de camarão, além de exigência de licença para o vendedor e para o comprador do pós larva. Ademais, requereu a inconstitucionalidade da resolução do CONAMA 312/2002 que inexigia a realização do EIA para tal atividade.

Ocorre que a atividade de carcinicultura, quando não controlada, pode acarretar danos de inegável proporção conforme ocorreu em vários países asiáticos e na América Latina. Salienta o *parquet*, com razão, que a SEMACE concedia licenças ambientais para o desenvolvimento da atividade de carcinicultura ao arrepio da lei, haja vista que a competência para o licenciamento da presente atividade é da União, visto que a atividade localiza-se em zona costeira, utiliza-se de bens da União e ocorre no âmbito nacional ou regional do

impacto da atividade, e, como conseqüência é necessário a apresentação do EIA e o respectivo RIMA.¹¹

Enfim, a preocupação com o controle dessa atividade decorre diretamente do princípio da precaução, ante a incerteza dos impactos ambientais causados e a necessidade de evitar o avanço descontrolado desta atividade no litoral do Estado do Ceará. Por isso, a presente tinha dentre seus principais escopos a exigência do EIA para a realização da atividade.

Na realidade, a Administração muitas vezes se omite no seu dever de preservar o meio ambiente:

No entanto, a prática tem revelado inúmeras situações em que o Poder Público, notadamente a Administração, deixa de agir, omite-se no cumprimento do seu dever de adotar as medidas necessárias à proteção de bens e recursos ambientais, causando com isso diretamente danos ao meio ambiente ou permitindo que degradações ambientais se concretizem. (MIRRA, 2002, p. 367)

Destarte, diante da omissão dos órgãos administrativos na preservação do meio ambiente, poderia o Ministério Público ou uma associação civil ambientalista, obter junto ao Poder Judiciário, por intermédio de uma ação civil pública, como medida de supressão da omissão lesiva à qualidade ambiental, a imposição ao Estado de obrigação de fazer, no sentido de obrigar ao empreendedor a realizar junto ao órgão ambiental responsável o EPIA, tendo em vista se tratar de obra ou atividade potencialmente degradadora ao meio ambiente?

À presente indagação surge uma resposta de praxe, qual seja, para adoção de medidas protetoras ao meio ambiente é tarefa privativa do administrador público, discricionariamente, segundo seus critérios de conveniência e oportunidade. Ademais, alega-se ainda que ao Poder Judiciário seria vedado interferir nessas questões políticas e técnicas da Administração, sob pena de invadir a competência do Poder Executivo e violar o Princípio da Separação de Poderes.

Nesse mesmo sentido encontra-se vários julgados, dentre os quais pode ser citado o seguinte:

¹¹ Fonte eletrônica: www.prce.mpf.gov.br, link *ações civis públicas*. Feito nº 2003.81.00.024755-5 que tramita pela 5ª Vara Federal.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ESGOTOS DOMÉSTICOS – LANÇAMENTO EM CÓRREGO SEM TRATAMENTO – AÇÃO VISANDO A QUE A PREFEITURA CONSTRUÍSSE SISTEMA DE TRATAMENTO – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA – ATO ADMINISTRATIVO CONDICIONADO À CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DE TAIS ATOS – DECISÃO REFORMADA.

A pretensão do autor não encontra admissibilidade no direito objetivo, na medida em que não podem os juízes e tribunais assomar para si a deliberação de atos de administração que resultam sempre e necessariamente de exame de conveniência e oportunidade daqueles escolhidos pelo meio constitucional próprio para exercê-los. RT 685/84.¹²

Nada obstante, um dos maiores problemas da proteção ambiental reside nas omissões administrativas, *in casu*, deixam de exigir a realização do EIA, quando necessária, contribuindo assim, para a degradação e poluição do meio ambiente, infringindo flagrantemente o princípio da obrigatoriedade do EIA. Essas omissões infringem os deveres constitucionais do Poder Público, nos três níveis federativos de defender e preservar o meio ambiente (art. 225 e ss., 23, VI, VII, CF). São deveres que correspondem a direitos fundamentais da coletividade, o que leva a considerar a possibilidade de formação de direitos subjetivos do cidadão, podendo, a partir de então, exigir do Estado a realização de atividades positivas, como a exigibilidade do EIA.

Nesse sentido:

TRF-PRIMEIRA REGIÃO - AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO - 200101000015170

Processo: 200101000015170 UF: MT Órgão Julgador: CORTE ESPECIAL

Data da decisão: 12/2/2001 Documento: TRF100123339 Fonte DJ DATA: 16/4/2001 PAGINA: 19 Relator(a) JUIZ PRESIDENTE

DIREITO AMBIENTAL. HIDROVIA PARAGUAI-PARANÁ. ANÁLISE INTEGRADA. NECESSIDADE DO ESTUDO DO IMPACTO AMBIENTAL EM TODA EXTENSÃO DO RIO, E NÃO POR PARTES. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.

1. O Projeto da Hidrovia Paraguai-Paraná, envolvendo realização de obras de engenharia pesada, construção de novos portos e terminais, ampliação dos atuais, construção de estradas de acesso aos portos e terminais, retificações das curvas dos rios, ampliação dos raios de curvatura, remoção dos afloramentos rochosos, dragagens profundas ao longo de quase 3.500 Km do sistema fluvial, construção de canais, a fim de possibilitar uma navegação comercial mais intensa, com o transporte de soja, minério de ferro, madeira etc, poderá causar grave dano à região pantaneira, com percussões maléficas ao meio ambiente e à economia da região. É necessário, pois, que se faça um estudo desse choque ambiental em toda a extensão do Rio Paraguai até a foz do Rio Apa. 2.

¹² TJSP – 3ª Câmara Cível – Apelação Cível 179.965-1 – j. 15/12/1992 – vu rel. Dês. Mattos Faria – JTJ – LEX. *Apud* Álvaro Luiz Valery Mirra – *O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente*. Revista de Direito Ambiental nº 15. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 72.

Aplicação do princípio que o intelectual chama de precaução, que foi elevado à categoria de regra do direito internacional ao ser incluído na Declaração do Rio, como resultado da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento - Rio/92. "Mas vale prevenir do que remediar", diz sabiamente o povo. 3. Os serviços rotineiros de manutenção, como, por exemplo, as dragagens que não exijam grandes obras de engenharia, devem continuar. A navegação atual, a navegação de comboios de chatas no Rio Paraguai, permanece da maneira como vem sendo feita há anos, obedecendo-se às normas baixadas pela Capitania Fluvial do Pantanal e às orientações do IBAMA. 4. Havendo, como há, ordem judicial no sentido de os atuais portos e terminais continuarem operando, o funcionamento dos mesmos não constitui crime, não podendo, assim, haver abertura de inquérito policial para apurar possível ocorrência de dano ambiental, tão só pelo funcionamento. O não atendimento da decisão judicial implica prática do crime de desobediência. <grifo nosso>

Há uma forte corrente que não admite que possa ser obtida, junto ao Poder Judiciário, a imposição de cumprimento de obrigação de fazer à Administração Pública, visto que tal condenação implicaria na violação do princípio da separação de poderes, pois a adoção de tais medidas envolveria decisões de ordem financeira e orçamentária.

Ademais, em sua defesa, alega também o Poder Público o princípio da discricionariedade, visto que não caberia uma devida ingerência dos tribunais nas decisões de ordem técnica e política dos governos e órgãos administrativos, que teriam a exclusividade de apreciar a oportunidade e a conveniência de suas medidas.

Entretanto, trata-se de posicionamento ultrapassado a alegação de que não caberia ao Poder Judiciário determinar as obras que o ente federativo deva realizar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente. Ora, há normas legais de nível constitucional e ordinário, quais sejam art. 225, *caput* e parágrafos, CF e Lei nº 6.938/81, que proíbem determinados comportamentos que levam à degradação do meio ambiente.

Pois bem, diante destes dois óbices, não restam dúvidas de que caso a Administração Pública ultrapasse seus limites legais impostos, poderia sim haver o controle jurisdicional, buscando até mesmo o equilíbrio entre os poderes, não podendo auferir invasão nenhuma, *in casu*. Claro em que há casos em que os limites legais da atuação da Administração Pública possuem certas flexibilidades podendo esta, inclusive se abster a executar a lei, dando assim ao Executivo certa liberdade de movimentos.

Por óbvio, também, deverá ser respeitada a discricionariedade do administrador que lhe foi conferida pela lei, desde que aja dentro de seus limites.

Segundo Seabra Fagundes, seria vedado ao juiz apreciar o mérito dos atos administrativos, quando do controle jurisdicional, mas tão somente no limite da legalidade.

Nesse sentido formou-se uma corrente jurisprudencial defendendo que a análise jurisdicional será puramente da legalidade do ato, ou seja, se o ato atendeu às prescrições legais, competência, vontade do agente, motivo, objeto, forma e finalidade. Isso significa que não será admitido imposição pelo Judiciário à Administração o cumprimento de obrigação de fazer referente a adoção de medidas protetivas do meio ambiente.

Em que pese tal posicionamento, deve sim ser admitido o controle judicial da Administração Pública, via ação civil pública, para o fim de imposição de medidas protetoras do meio ambiente. Levando-se em consideração que a matéria de preservação do meio ambiente não é mais privativa da Administração Pública, mas sim de toda a sociedade, haja vista ser o meio ambiente ecologicamente equilibrado um direito fundamental de todo cidadão, e também por ser um bem de uso comum do povo.

Assim, toda vez que a Administração Pública não cumprir satisfatoriamente uma boa gestão do meio ambiente, caberá a coletividade, por intermédio de seus representantes legitimados, ingressar judicialmente dada à imprescindibilidade da participação popular na defesa do meio ambiente, tal qual um dos princípios fundamentais do meio ambiente.

Numa ação civil pública proposta pela Associação Mineira de Defesa do Ambiente em face do Estado de Minas Gerais, em sede de recurso de apelação, este foi provido e foi determinando a realização de estudo de impacto ambiental antes de um procedimento licitatório, pois tratava-se de obra ou atividade potencialmente causadora de degradação ambiental:

TJMG – Ap. 62,043-5 – 5ª Câmara – j. 22.08.96 – rel. Dês. Campos Oliveira, DJ 24.12.96 – Ementa oficial – Para o licenciamento de atividade potencialmente causadora de RIMA, consoante disposições contidas no art. 225, § 1º. IV da CF, art. 12, VIII e art. 7º. I c/c o art. 9º da Lei nº 8.883/94, e na Resolução 007/86 do CONAMA. E, para que o projeto de execução possa ser elaborado, minimizando as conseqüências da degradação do mesmo é necessária a apresentação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA), e da aprovação do

Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), consoante disposições contidas no art. 225, § 1º, IV da CF, art. 12, VIII e art. 7º, 1 c/c art. 6º da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei nº 8.883/94, e na Resolução 001/86 do CONAMA. E, para que o projeto de execução possa ser elaborado, minimizando as conseqüências da execução da obra, os estudos sobre o impacto ambiental devem ser feitos antes do processo licitatório, não se admitindo a abertura de edital de concorrência quando elaborados, simultaneamente, os estudos ambientais e o projeto executivo, para se evitar desperdício de dinheiro público, se, ao final, concluíssem os estudos pela inviabilidade do projeto. (CARVALHO, 2003, p. 1117)

Ressalte-se, a partir do momento em que a lei obriga o administrador a concretizar determinada ação, assim ele deverá fazê-lo, não estando a escolha à seu critério conforme a conveniência e oportunidade para a adoção de medidas específicas de proteção ambiental.

Ademais, impor obrigações de fazer ou de não fazer ao Estado é tão somente impor-lhe o cumprimento da lei, de preservação do meio ambiente e com vistas a fazer cessar atividade nociva ao meio ambiente.

Em 24 de fevereiro de 2003, foi proposta uma ação civil pública pelo Ministério Público Federal perante a 2ª Vara Federal de Santos/SP em face da empresa Rio Branco Mineradora e Construtora LTDA, do IBAMA (Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis) e do Estado de São Paulo, requerendo a suspensão das atividades da requerida, visto que estavam sendo desenvolvidas em local que circunda reserva indígena e área de proteção ambiental.

Ocorre que a licença ambiental fora concedida pela CETESB, órgão estadual, que nesse caso era incompetente para expedir tal licença visto que se tratava de área entorno de terras indígenas, sendo, neste caso, interesse da União. Destarte, o órgão ambiental competente para o presente caso seria o IBAMA que, quedou-se inerte, infringindo a Legislação: arts. 4º, I da Resolução 237/1997, CONAMA, art. 9º do Decreto 1.141/1994 e art. 3º, “g”, §§ 1º e 2º da Lei nº 4771/65. Enfim, diante da omissão do IBAMA, tem-se ilegal qualquer licenciamento conduzido por outro ente, e por isso passível de anulação. Ao final, foi deferida a ação civil pública, liminarmente, determinando a suspensão das

atividades causadoras de impacto ambiental, até que seja ultimado novo licenciamento ambiental, precedido do necessário EIA.¹³

Ora, nesse caso foi realizado o EIA, entretanto, de forma ilegal, ao arrepio da legislação, caso em que também é possível a ingerência do Poder Judiciário para exigir novo estudo, anulando o primeiro.

Outrossim, quanto aos óbices impostos ao controle judicial, não há lugar para invocar-se a **discricionariedade administrativa** porque a atividade devida é decorrente de lei constitucional e infraconstitucional que exige o estudo prévio de impacto ambiental, visando impedir a degradação ambiental. Assim, a discricionariedade do Poder Público não permanece isenta de apreciação judicial. Acertadamente julgou a 4ª Câmara de Direito Público do TJSP, na apelação cível nº 241.625-1/4 - relator Desembargador Soares Lima:

Dúvida não sucede no tocante às limitações do conteúdo discricionário da Administração, a fim de harmonizá-lo com o superior princípio da moralidade e conferir-lhe a missão de servir ao bem comum do povo. Enfim, a opção que cabe ao administrador adotar é a tendente a alcançar soluções enquadradas na legalidade, com vistas postas no interesse público, mormente se difusos e correlacionados com incontornável interesse social. Assim, vale dizer: a execução do ato administrativo é vinculada à obrigação legal imposta ao Poder Público.¹⁴

Assim, no âmbito da ação civil pública, não constitui óbice a discricionariedade administrativa para atuação judicial em caso de obrigação de fazer ou não fazer, fundada no interesse do bem comum. Isso significa que quando se tratar de bem comum, sua definição não cabe somente ao Executivo as também a toda a República e seus Poderes.

Observe-se, a ação civil pública é um instrumento processual apto para a proteção dos valores elencados na Lei nº 7.347/85, com maior destaque ao meio ambiente.

Se, p.ex, um Município qualquer inicia a construção de uma escola pública, para atingir a população rural, nos arredores da cidade, numa área onde há florestas de preservação permanente, sem exigir a realização do estudo prévio de impacto ambiental, alegando que é necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social, seria possível o juiz

¹³ Processo nº 2003.03.00.031226-4, procurador Paulo Sérgio Duarte da Rocha Junior. 2ª Vara Federal de Santos. Recurso Agravo de instrumento – desembargador federal: Fábio Prieto de Souza da 4ª Turma.

¹⁴¹⁴ Revista de Direito Ambiental, vol. 3, p. 274.

da Comarca suspender as obras sob a alegação de que a medida levaria a um dano ambiental, no sentido da Lei da Ação Civil Pública e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente?

Ora, caso as Lei nº 6.938/81 e 7.347/85 se chocarem com outras leis, normas ou posturas municipais ou qualquer outro ente estatal e, em casos de prováveis ocorrência de dano ambiental, justifica-se a suspensão da realização de obra já aprovada pelo ente. Outrora, muitos enquadrariam a referida decisão administrativa como discricionária, com a conseqüente vedação da análise de seu mérito.

Com efeito, o exame do mérito dos atos discricionários praticados pelo administrador público, no exercício de suas funções, constituiria indevida sobreposição do magistrado, de quem se espera o entendimento do critério da legalidade.

Sobre os atos discricionários e seu controle pelo magistrado, assim se posiciona a autora Germana de Oliveira Moraes (2004, p. 160):

Atualmente, a luz da moderna compreensão do Direito, todo e qualquer ato administrativo, inclusive o discricionário e o resultante da valoração de conceitos indeterminados, é suscetível de revisão judicial, muito embora nem sempre plena, por meio da qual o Poder Judiciário examinará a compatibilidade de seu conteúdo com os princípios gerais do Direito, para além da verificação dos aspectos vinculados do ato.

As conseqüências desse controle limitado pelos princípios e tipo de conceito indeterminado, se restringem, na grande maioria das vezes, a apenas invalidar o ato impugnado, sem determinar sua substituição por outro. Dessa forma, seria possível, por intermédio de uma ação civil pública, impedir-se a construção de uma barragem ou de uma estrada que possam causar danos ao meio ambiente, mas não cabe ao Poder Judiciário substituir o projeto de construção da obra, isto é, indicar como ela será feita.

Desta feita, tais atos são passíveis de revisão judicial para analisar se houve a observância dos princípios constitucionais da Administração Pública, quais sejam, da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, bem como o respeito aos direitos fundamentais descritos na Carta Magna, dentre eles, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

É dado ao juiz, após analisar a competência, finalidade e forma do ato, examinar os motivos, se o administrador se guiou pelos parâmetros decisórios ditados pelos princípios da publicidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e da eficiência. Caso o magistrado conclua que o ato administrativo violou algum daqueles princípios jurídicos, poderá exercer um controle meramente negativo, ou seja, vai invalidar o ato e apenas isso. Mas, ao contrário, poderia o magistrado determinar a substituição do ato anulado por outro ato? Excepcionalmente sim, baseando em princípios constitucionais.

Há casos em que poderão estar presentes vícios da discricionariedade dos atos administrativos, isto é, quando houver incompatibilidade do ato com os princípios gerais do Direito, em especial, com os princípios constitucionais da Administração Pública e à violação dos Direitos Fundamentais consagrados na Lei Fundamental. Mais uma vez a doutrina:

São passíveis de invalidação os atos discricionários, quando editados sem levar em consideração as circunstâncias fáticas condicionantes de sua prática ou com desrespeito às limitações jurídicas ao exercício da discricionariedade, designadamente aos parâmetros traçados pelos princípios jurídicos. (MORAES, 2004, p. 165)

Assim, mesmo entendendo que as hipóteses de obra ou atividade potencialmente degradadora do meio ambiente não previstas na Resolução 01/87 do CONAMA, uma vez presentes, tratam-se de atuação discricionária do administrador público em exigir ou não o EIA, de acordo com sua conveniência e oportunidade, ainda assim, caberia a revisão judicial de tais atos, via ação civil pública, haja vista ter flagrantemente infringido o princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana, princípio do direito ao desenvolvimento sustentável, princípio da natureza pública da proteção ambiental, princípio da exigibilidade do estudo prévio do impacto ambiental, princípio da consideração da variável ambiental no processo decisório de políticas de desenvolvimento dentre outros, bem como o princípio da legalidade, moralidade, eficiência e etc, todos já abordados nos capítulos 1 e 3.

Enfim, também não é admissível a alegação de que a imposição à Administração, via judicial, de medidas de cessação da omissão danosa ao meio ambiente seria caso de invasão por parte do Poder Judiciário na competência do Executivo, com violação do princípio da **separação de poderes**. Isso porque o

Poder Judiciário um papel extremamente relevante, capaz de dar resposta às exigências sociais, inclusive ao que concerne a proteção ambiental.

Ao que concerne a argumentação do princípio da Separação dos Poderes, é imprescindível destacar sua origem. Primordialmente, surgiu na defesa dos Direitos Humanos contra o Estado autoritário, sendo equivocada sua invocação para sustentar que o Poder Público possa atuar, positiva ou negativamente, na realização dos direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, o controle realizado pelo Judiciário deve ser entendido como um “contrapoder”.

Busca o Poder Judiciário impor aquelas exigências estabelecidas na Constituição Federal no inciso IV do art. 225. Cabe ao Judiciário a tutela dos interesses difusos e não está ele a invadir a seara alheia, apenas cumpre seu papel, qual seja a entrega da prestação jurisdicional a quem lhe pleiteia, suprimindo eventual omissão da Administração Pública, que foi incapaz de satisfazer integralmente à coletividade.

O meio ambiente, como sendo um bem comum, um interesse difuso acaba por fazer parte do patrimônio público. Sendo assim, o Poder Público, como representante dos interesses da sociedade democrática, assume o dever e a função de gestor qualificado, ou seja, será responsável para legislar, executar, julgar, vigiar, defender, impor sanções, etc, tudo isso visando um único e exclusivo fim: preservação e melhoria do meio ambiente.

Nas palavras de Édis Milaré: “... enfim, pratica todos os atos que são necessários para atingir os objetivos sociais, no escopo e nos limites de um Estado de Direito”. (MILARÉ, 2004, p. 93)

Assim, não haveria a ingerência indevida do Poder Judiciário no âmbito da Administração Pública visto que da própria organização política a posição desse poder superposto aos outros, quando se tratar de interpretar e aplicar a lei. Ademais observa o doutrinador:

Ora, se assim de fato é, ou seja, se a separação de poderes representa uma garantia destinada a assegurar a proteção dos direitos humanos contra o arbítrio do Estado, seria no mínimo contraditório que ela fosse invocada pelos detentores do poder de administração como fundamento precisamente para negar a preservação de um direito humano fundamental – o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - que se pretende alcançar com a supressão da omissão estatal lesiva. (MIRRA, 2002, p. 380)

Observe-se, ademais, que o magistrado não age de ofício, mas sim quando provocado pelos entes legitimados a lhes entregar a prestação jurisdicional. Dessa forma, quem realmente estaria invadindo a seara administrativa seria a própria coletividade, e não o Poder Judiciário. E essa atuação segundo o autor supra citado (MIRRA, 2002p. 381), seria legítima visto estar amparada no princípio constitucional da participação direta no exercício do poder, descrito no art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal, para garantia ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Na realidade, quem tem iniciativa nesse caso, é a própria sociedade, sendo que o juiz, quando provocado, apenas exerce sua atribuição precípua e específica de aplicar o direito ao caso concreto.

Quando exige que se faça o estudo prévio do impacto ambiental, não está o Poder Judiciário criando uma obrigação, mas sim que seja cumprida uma obrigação pública que já está prevista em lei, para o fim de fazer cessar a degradação ambiental.

Também, as ações administrativas não podem ser postergadas por razões de oportunidade e conveniência, nem pela alegação de contingências financeiras.

Nesse sentido há um julgado relatado pelo Dês. Leite Cintra em Apelação Cível, ratificando sentença condenatória frente a determinado Município no sentido de que se fizesse cessar atividade de depósito de lixo urbano, cominando pena de reparação de danos causados ao meio ambiente:

Ação civil pública – meio ambiente - degradação – comprovação – alegação de indisponibilidade financeira do Município para regular destinação final de lixo urbano – irrelevância – aterro instalado sem observância das medidas devidas – art. 225, §1º, IV da Constituição Federal e Decreto Estadual 8468/76 – prioridade social da Administração Pública – Recurso não provido.

[...]

[...] inviável a suscitada impossibilidade financeira, já que o problema deve ser tratado como uma das prioridades sociais da Administração Pública, sendo pertinente ressaltar que em matéria de meio ambiente, verificado o dano e seu agente, a ninguém é permitido se eximir do dever de repará-lo ou indenizá-lo, assim como abster-se de provocá-lo. Aliás, como bem posto na r. sentença, do contrário, todo aquele que causasse o dano, poderia escusar-se da obrigação reparatória ou do dever de não provocá-lo, invocando dificuldades financeiras, o que à evidência, é inadmissível. A ordem jurídica estaria irremediavelmente comprometida.

[...]

Não se diga que, nessas hipóteses, a admissão da imposição à Administração, pela via judicial, de medidas de preservação do meio

ambiente acarretaria a invasão por parte do poder Judiciário de competências exclusivas do Executivo, com violação do Princípio da Separação dos Poderes.

[...]

[...] se o Estado contemporâneo tem por finalidade última a transformação social, segue-se que a sociedade como um todo ou os diferentes grupos por ela beneficiados têm em conjunto o direito à aplicação dos programas de ação conducentes a esse resultado. E, se tem direito, devem ter também uma ação judicial que o assegure.

[...]

Saliente-se que ao se admitir a determinação aos governos, por intermédio de ações judiciais da adoção de determinadas medidas destinadas à preservação do meio ambiente, como a implantação de sistema de tratamentos de esgotos ou de resíduos sólidos urbanos, a implantação definitiva e real de um certo espaço territorial protegido já instituído ou a preservação de um bem de valor cultural, não se estaria atribuindo ao Poder Judiciário o poder de criar políticas ambientais, mas tão somente o de impor a execução daquelas já estabelecidas na Constituição, nas leis ou adotadas pelo próprio governo, como já referido.

[...] a outorga – ao Judiciário - da tutela dos interesses difusos não apresenta atribuição de tarefa que não lhe caiba. Não está ele a desenvolver atividade de suplência, mas exercita sua função típica, a entrega da prestação jurisdicional a quem pleiteia. É fundamental a lucidez de consciência do judiciário, quanto ao que lhe incumbe quando custodia interesses difusos. Tranqüilizem-se os juizes: não estão a invadir seara alheia. Apenas cumprem o papel que lhes preordenou a própria ordem constitucional e suprem a omissão do Poder Público, incapaz de satisfazer integralmente a todos.¹⁵

Enfim, ressalte-se, porém, o efeito desmoralizador e conscientizador que as decisões judiciais causam sobre os órgãos governamentais, que, para evitar que o litígio ingresse em instâncias superiores, resolvem realizar as medidas espontaneamente.

Ao final, observe-se que a questão envolve a supremacia da Constituição Federal, visto que esta declara a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um dever ao Poder Público. Assim, tem que ser dada também ao Judiciário a possibilidade de corrigir também as atuações ilegais dos outros poderes no cumprimento de seus deveres.

Em efeito, o controle judicial deve restringir na escolha de “agir” ou “não agir” e não em “como agir”.

Evidentemente, após abordada toda a questão, sem a pretensão de esgotar o tema, que não se pode afastar do exame do Judiciário o pedido em ação civil pública, feita pelo Ministério Público, que exija a realização de estudo de impacto ambiental, na realização, p.ex., da canalização de um rio que passa

dentro da cidade e que em épocas de cheias causa enchentes. Ora, por um lado pode ser bom para população em épocas de chuvas, entretanto causará grande impacto ambiental à fauna ecológica daquele rio.

Portanto, em suma, tem-se que não é dado à Administração Pública ampla liberdade de atuação quanto a realização dos atos discricionários, principalmente quando se tratar de interesse difusos em jogo. Há limites impostos ao Poder Público como, p.ex., os princípios constitucionais administrativos e os princípios fundamentais do direito ao meio ambiente. Ademais, é legítima a ingerência do Poder Judiciário nas omissões e atuações discricionárias do Poder Público, não podendo, de forma alguma, falar em violação ao Princípio da Separação dos Poderes, isso porque o Estado-juiz apenas realiza sua primordial função que é a entrega da prestação jurisdicional.

Deve-se levar em conta o interesse difuso que está sendo discutido e não a vontade do administrador, caso contrário configuraria flagrante infringência ao princípio da supremacia dos interesses públicos primários em detrimento dos interesses públicos secundários ou particulares.

É necessário que o Estado dê a merecida proteção ao meio ambiente, que antes pouco se importava, buscando para tanto evitar danos ambientais, não remediá-los, prevenindo, dessa forma os impactos da ação do homem sobre o ambiente. Entretanto, caso o Poder Público detentor da proteção ambiental quedar-se inerte, omitir-se ou atuar inadequadamente, caberá, sem sobra de dúvidas à população, legítima interessada, através do Ministério Público ou outro ente legitimado, a buscar a tutela do meio ambiente em juízo, através de uma ação civil pública, fundada principalmente nos princípios fundamentais do meio ambiente, dentre outros.

¹⁵ TJSP – 7ª Câmara de Direito público – Apel. 229.105-1/3 – j. 09.08.1995 – VU – rel Dês. Leite Cintra apud Álvaro Luiz Valery Mirra. *O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Ed RT, nº15. p. 76/77.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho visa precipuamente reforçar uma tese que há muito vem sendo adotada pela melhor doutrina. Respeitados os posicionamentos divergentes, é perfeitamente viável a ingerência do Poder Judiciário no âmbito dos atos administrativos do Poder Executivo. Sem dúvida alguma, e sobre isso não há divergências, quanto aos atos vinculados, tal ingerência seria plenamente possível haja vista que determinando a lei tal preceito, este deve ser realizado naqueles limites propostos, sem nenhuma avaliação subjetiva do agente. Entretanto, o problema maior reside, e aqui há certa discussão doutrinária, quanto aos atos discricionários, ou seja, aqueles praticados conforme a conveniência e oportunidade do administrador público. Nesse contexto, tal problemática, nesse trabalho, focou-se precipuamente na preservação do meio ambiente, um direito difuso, com previsão constitucional, mais especificadamente à obrigatoriedade do Estudo Prévio de Impacto Ambiental.

Conforme preconiza o art. 225 da Lei Fundamental, é dever do Estado e da coletividade a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Ademais, depreende-se do parágrafo primeiro, inciso IV do mesmo dispositivo que compete ao Poder Público exigir a realização do EIA diante de uma obra ou atividade potencialmente causadora de degradação ambiental. Ora, se ao Poder Público cabe exigí-lo, como solucionaria a questão se, diante de uma obra, construção pública, que cause significativa degradação ambiental, o órgão ambiental, por discricionariedade na sua atuação resolvesse que não seria necessário o EIA, omitindo-se?

No primeiro capítulo abordou-se quando a exigibilidade do EIA é considerada ato vinculado e quando é considerado ato discricionário, bem como as peculiaridades do direito ambiental. Já no capítulo seguinte, considerações foram feitas quanto ao instrumento (ação civil pública) posto a disposição da coletividade a fim de proteger seus interesses difusos, ou seja, o meio ambiente e, no terceiro capítulo foram abordados os princípios constitucionais administrativos que devem ser seguidos fielmente pela Administração Pública sob pena de ter seus atos invalidados pelo Judiciário. Enfim, por último, alcançou-se

toda a discussão a respeito da “sobreposição” indevida ou não do juiz sobre os atos do administrador.

Com efeito, a ação civil pública é um instrumento adequado a defender tal interesse, podendo os legitimados, por meio desta, ingressar em juízo em busca da tutela difusa dos seus interesses, reclamando sobre a atuação ou não do Administrador Público e o grave risco ou efetivamente o dano causado ao meio ambiente pela não exigibilidade do EIA.

De praxe, além da atuação discricionária, o Poder Público utiliza como defesa pela inexigibilidade do EIA, o Princípio da Separação de Poderes. Tais defesas não constituem-se como óbices ao acesso judicial. Vários argumentos foram rebatidos no presente trabalho, não tendo intenção, no entanto, de esgotar o assunto, mas tão somente de debatê-lo.

Em conclusão, não haveria impossibilidade de controle dos atos discricionários, se assim se entender que são as hipóteses de obras ou atividades de potencial degradação ambiental não previstas na Resolução do CONAMA nº 01/86, visto que se trata de uma atuação limitada e caso viole os princípios gerais do Direito ou os fundamentais, serão passíveis de invalidação, podendo, excepcionalmente ser até imposto uma obrigação de fazer, sem porém, substituir o administrador. Também, não há infringência ao princípio da separação de poderes haja vista que o magistrado não age de ofício, mas sim quando provocado pelos entes legitimados a lhes entregar a prestação jurisdicional e etc. Dessa forma, quem realmente estaria invadindo a seara administrativa seria a própria coletividade, e não o Poder Judiciário.

Enfim, é de tamanha relevância o tema proposto: “a ação civil pública e o controle do Estado na exigibilidade do EIA”, pois é necessário que o Estado dê a merecida proteção ao meio ambiente, que antes pouco se importava, buscando para tanto evitar danos ambientais, não remedia-los, prevenindo, dessa forma os impactos da ação do homem sobre o ambiente. Entretanto, caso o Poder Público detentor da proteção ambiental quedar-se inerte, omitir-se ou atuar inadequadamente, caberá, sem sobra de dúvidas à população, legítima interessada, a buscar a tutela do meio ambiente em juízo, através de uma ação civil pública, fundada principalmente nos princípios fundamentais do meio ambiente, dentre outros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, P B. **Natureza jurídica do estudo prévio de impacto ambiental.** Revista de Direito Ambiental, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, 1996.

BENJAMIN, A H V. **Manual prático da promotoria de justiça do meio ambiente.** 2ª Edição. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça do Meio Ambiente - IMESP, 1999.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Organização dos Textos, notas remissivas e índices por Yussef Said Cahali. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 6.938/81. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências. In: Milaré, E. **Legislação ambiental do Brasil.** São Paulo: AP,P, os. 144-158, 1991.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de Julho de 1985. Disciplina a ação civil pública. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 25 de julho de 1985.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 12 de setembro de 1990.

BUGALHO, N R. **Estudo Prévio de Impacto Ambiental.** Revista de Direito Ambiental, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 15, p. 18/33 – jul/set 1999.

CARVALHO, C G. **O Meio Ambiente nos Tribunais - Do direito de vizinhança ao Direito Ambiental.** São Paulo: Editora Método, 2003.

CUSTÓDIO, H B. **Legislação Ambiental no Brasil.** Revista de Direito Civil – Nº 76 – ano 20 – abril – junho/96 São Paulo: Revista dos Tribunais.

DINAMARCO, P S. **Ação Civil Pública.** São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

DINAMARCO, C R. **Fundamentos do processo civil moderno.** São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

DI PIETRO, M S Z. **Direito Administrativo.** 18ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

_____. **Discrecionalidade administrativa na constituição de 1988.** 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas. 2001.

FERRAZ, A A M C. **Ministério Público: instituição e processo**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

FIGUEIREDO, L V. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

FINK, D R. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2000.

FIORILLO, C A P. **Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997.

FREITAS, V P. **A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, L R. **O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa: O Controle da Omissão Estatal no Direito Ambiental**. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2003.

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

MACHADO, P A L. **Direito Ambiental Brasileiro**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. **Direito Ambiental Brasileiro**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MANCUSO, R C. **Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio cultural e dos consumidores - Lei 7.347/85 e legislação complementar**. 8ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio cultural e dos consumidores - Lei 7.347/85 e legislação complementar**. 9 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZILLI, H N. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 17 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MEIRELLES, H L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

MELLO, C A B. **Curso de direito administrativo**. 13ª edição, São Paulo: editora Malheiros, 2001.

MILARÉ, E. **A ação civil pública na nova ordem constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

_____, Édis. **Direito do ambiente**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001.

_____. **Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Direito do Ambiente**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MIRRA, Á L V. **Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

_____, Álvaro Luiz Valery. **Princípios fundamentais do Direito do Ambiente**. Revista de Direito Ambiental, ano 01 – Abril – Junho – 1996. nº 2 São Paulo: Revista dos Tribunais.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

_____. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas. 2002.

MORAES, G O. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2ª edição. São Paulo: Editora Dialética. 2004.

OLIVEIRA, A I A. **O licenciamento ambiental**. São Paulo: Editora Iglu. 1999.

SILVA, J A. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.