

Discrecionalidade administrativa e licença ambiental

Administrative discretion and environmental license

Caroline Ferri Burgel*
Gabriel da Silva Danieli**
Leonardo da Rocha de Souza***

Resumo: O licenciamento ambiental é um procedimento administrativo que deve ser providenciado antes do desenvolvimento de atividades consideradas, potencial ou efetivamente, poluidoras. As etapas do licenciamento ambiental fundamentam a decisão do órgão ambiental a respeito da concessão de licença ambiental. No entanto, a licença ambiental não parece ter uma necessária vinculação às etapas do procedimento de licenciamento, o que pode resultar na inefetividade da proteção ambiental. Dessa forma, os objetivos deste artigo são analisar a natureza jurídica da licença ambiental e verificar se existem hipóteses em que a decisão administrativa precise se vincular aos resultados do licenciamento ambiental. A análise da natureza jurídica da licença ambiental é reforçada com uma pesquisa jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça (STJ) para verificar o posicionamento daquele tribunal em relação ao tema. Com essa pesquisa, pretende-se observar como

* Mestranda em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS) com área de concentração em Direito Ambiental. Bacharel em Direito pela UCS. Bacharel em Administração pela UCS. Bolsista de iniciação científica BIC/UCS (2015-2016). Bolsista Capes (2017-atual). Pesquisadora no Grupo de Pesquisa CNPq “Ambiente, Estado e Jurisdição” (Alfajus). *E-mail:* cfburgel@gmail.com

** Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS) com área de concentração em Direito Ambiental. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-Graduado – *lato sensu* – em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Bolsista (taxista) Capes (2017-atual). Pesquisador no Grupo de Pesquisa CNPq “Cultura Política, Políticas Públicas e Sociais”. *E-mail:* gabriel.danieli.adv@gmail.com

*** Pós-Doutor em Direito pela UFRGS. Doutor e Mestre em Direito pela UFRGS. Bacharel em Direito pela Unisinos. Licenciado em Ciências Sociais pela Ulbra. Especialista em Ética e Filosofia Política (UCS). Diplomado pela Escola Superior da Magistratura (Ajuris). Procurador-Geral do Município de Caxias do Sul. Professor-Adjunto na UCS, com atuação na graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito como membro do corpo permanente. Pesquisador no Grupo de Pesquisa CNPq “Cultura Política, Políticas Públicas e Sociais”. *E-mail:* leorochasouza@gmail.com

o STJ tem decidido em relação ao ato administrativo de concessão de licença ambiental e sua discricionariedade, para que se possa utilizá-la como instrumento de efetiva proteção ambiental.

Palavras-chave: Direito Administrativo Ambiental. Licença ambiental. Discricionariedade. Ato administrativo. Gestão ambiental.

Abstract: Environmental licensing is an administrative procedure that must be provided prior to the development of activities considered potentially or effectively polluting. The stages of environmental licensing are based on the decision of the environmental body regarding the granting of the environmental license. However, the environmental license does not appear to have a necessary link to the stages of the licensing procedure, which may result in the ineffectiveness of environmental protection. Thus, the objectives of this paper are to analyze the legal nature of the environmental license and to verify if there are any hypotheses in which the administrative decision needs to be linked to the results of environmental licensing. The analysis of the legal nature of the environmental license is reinforced with a jurisprudential research in the Superior Court of Justice to verify the position of that Court in relation to the subject. With this research, we intend to observe how the Superior Court of Justice has decided in relation to the administrative act of granting the environmental license and its discretionarity, so that it can be used as an instrument of effective environmental protection.

Keywords: Environmental Administrative Law. Environmental license. Discretionary. Administrative act. Environmental management.

1 Introdução

O Direito Ambiental detém reconhecida importância na sociedade atual, de modo que há quem diga, inclusive, que hoje se vive em um Estado de Direito Ambiental e ecológico,¹ sendo necessário, assim, que as normas já existentes sejam utilizadas de forma correta para que, de fato, se efetive a proteção ao meio ambiente.

A Lei 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, determinou, em seu art. 10, que “a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependem de prévio licenciamento ambiental”. Essa exigência foi regulamentada pela Resolução 237/1997, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), que dispõe sobre a

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5.

revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para licenciamento ambiental.

Realizado o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA), com seu posterior relatório, cabe ao órgão executor emitir um ato administrativo denominado “licença ambiental”. Por meio desse ato administrativo, o órgão ambiental “estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor [...] para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades” que utilizem bens ambientais ou tenham possibilidade de poluir ou degradar o meio ambiente.²

Embora preveja o § 1º do art. 4º da referida resolução que o órgão executor deverá levar em consideração o exame técnico e os pareceres dados pelos órgãos ambientais, não existe vinculação da decisão final a esses estudos, ou seja, trata-se de uma decisão *a priori* discricionária. Essa ausência de vinculação, tendo em vista que nem sempre existirá um comprometimento do administrador público para com a preservação ambiental, pode dar ensejo a um ato formalmente legal de licenciamento ambiental, mas que pode não ser considerado materialmente eficaz, por não haver garantia de que promoverá proteção ambiental.

Em razão dessa lacuna legislativa, diversas vezes, há concessão de licenças ambientais que são, até mesmo, contrárias ao EIA, além de outros casos em que as recomendações condicionais para desenvolvimento da atividade não são impostas na decisão que concede licença ambiental. Dessa forma, faz-se necessária uma análise acerca de uma das características do ato administrativo que concede (ou não) a licença ambiental, qual seja, a sua discricionariedade, pois, com essa definição, será possível chegar-se aos seus pressupostos intrínsecos.

Realizada essa definição, pretende-se, neste artigo, verificar se é possível, independentemente de se tratar de um ato vinculado ou discricionário, que a licença ambiental sirva como instrumento de efetiva realização do interesse público concernente à proteção ao meio ambiente. Após estabelecida a base teórica da análise, são analisadas decisões proferidas pelo STJ, buscando-se verificar o entendimento jurisprudencial pátrio a respeito da vinculação ou discricionariedade do administrador público ao expedir o ato administrativo da licença ambiental.

² Resolução Conama 237/1997, art. 1º, II.

2 Discrecionalidade e vinculação da licença ambiental

A sociedade vem desenvolvendo seu conhecimento acerca das questões necessárias à manutenção da vida e ao constante desenvolvimento humano sustentável. Uma das facetas inafastáveis do desenvolvimento humano sustentável³ diz respeito à proteção ambiental, notadamente porque o homem precisa da natureza para a manutenção da vida.

No Brasil, esse reconhecimento sobre a importância do meio ambiente tem se traduzido, muitas vezes, em uma profusão de normas “sobre meio ambiente, sem nenhuma preocupação com sua efetividade, eficácia e cientificidade”.⁴ Apesar da quantidade de normas, há que se ter em consideração que o sistema ambiental brasileiro conta com uma estrutura que apresenta potencial de proteção ambiental, e um dos instrumentos legalmente previstos para essa proteção é o licenciamento ambiental, cujo objetivo é analisar a possibilidade de um empreendimento potencialmente degradador do meio ambiente ter sua licença concedida pelo órgão ambiental.

O licenciamento ambiental está previsto na Lei 6.938/1981, regulamentado pela Resolução 237/1997 do Conama, que apresenta as definições necessárias, de modo que o licenciamento é composto pelo EIA e pela licença ambiental.⁵ Embora a avaliação de impacto ambiental já

³ Adota-se, neste artigo, o conceito tridimensional de desenvolvimento sustentável segundo o qual “o Princípio do Desenvolvimento Sustentável é composto essencialmente de três dimensões, quais sejam, econômica (permitir o crescimento econômico), social (garantir a qualidade de vida), e ambiental (preservar a natureza)”. (STEINMETZ, Wilson; CARVALHO, Márcio Mamede Bastos de; FERRE, Fabiano Lira. O conceito jurídico do princípio do desenvolvimento sustentável no ordenamento jurídico brasileiro: por um conceito adequado e operativo. In: RECH, Adir Ubaldo; MARIN, Jeferson; AUGUSTIN, Sérgio (Org.) *Direito Ambiental e Sociedade*. Caxias do Sul: Educs, 2015. p. 77-96.)

⁴ RECH, Adir Ubaldo. Direito Ambiental, políticas públicas e desenvolvimento socioeconômico: instrumentos jurídicos de tutela do meio ambiente. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, p. 97-136.

⁵ “O Estudo de Impacto Ambiental (EIA), como parte integrante do processo de avaliação de impacto ambiental, foi inspirado no Direito americano (*National Environmental Policy Act – NEPA*, de 1969) e introduzido em nosso Direito Positivo, de forma tímida, pela Lei 6.803, de 2.7.1980, que ‘dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição’.” (MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 199.) No tocante ao procedimento de licenciamento ambiental, nas palavras de Milaré e Benjamin, “é um procedimento do qual fazem parte o EIA, o RIMA, o ‘relatório de ausência de impacto ambiental significativo’ (RAIAS) e a licença ambiental propriamente dita”. (MILARÉ, Edis; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos. *Estudo Prévio de Impacto Ambiental: teoria, prática e legislação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 89).

estivesse prevista antes da Constituição Federal de 1988 (CF/88), “não havia qualquer disposição expressa que confirmasse a necessidade de sua realização antes do desenvolvimento de atividades que pudessem causar alterações no meio ambiente”.⁶

O licenciamento ambiental é necessário sempre que uma atividade possa ser ofensiva ao meio ambiente. Para verificar esse potencial ofensivo, é necessário um estudo técnico ambiental prévio, que gere um relatório de impacto ambiental. Com base nesse relatório, são apresentadas as conclusões do procedimento administrativo e, posteriormente, a concessão, ou não, de licença ambiental.

Como ensina Milaré:

O objetivo central do Estudo de Impacto Ambiental é simples: evitar que um projeto (obra ou atividade), justificável sob o prisma econômico ou em relação aos interesses imediatos de seu proponente, revele-se posteriormente nefasto ou catastrófico para o meio ambiente. Valoriza-se, na plenitude, a vocação essencialmente preventiva do Direito Ambiental, expressa no conhecido apotegma: *é melhor prevenir do que remediar (miex vaut prevenir que guérir, para os franceses, ou, como dizem os italianos, è meglio prevenire che rimanere scolatti)*.⁷

Entretanto, não existe necessidade de vinculação da decisão que concede, ou não a licença ambiental às conclusões do licenciamento ambiental – notadamente do EIA e de seu respectivo relatório –, o que pode representar um absurdo contrassenso. Ora, se a decisão acerca de licença ambiental não estiver vinculada às conclusões do procedimento de licenciamento ambiental, trata-se, *a priori*, de um ato discricionário, sujeito à conveniência e à oportunidade do administrador, embora, como se passa a analisar, existam entendimentos em sentido contrário.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5.

⁷ MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*, 2011. p. 200. “Como ação típica e indelegável do Poder Executivo, o licenciamento constitui importante instrumento de gestão do ambiente, na medida em que, por meio dele, a Administração Pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico.” (op. cit., p. 511).

Para embasar o presente estudo, primeiramente, deve-se buscar definir se a licença ambiental é um ato vinculado ou discricionário. Nesse intuito, se inicia apresentando a definição de discricionariedade para, posteriormente, aplicar-se essa definição ao licenciamento, e licença ambiental e a seus componentes.

Definindo o que é um ato discricionário, não cabem maiores digressões sobre suas características, uma vez que a doutrina especializada já se debruçou suficientemente sobre o tema. Nesse sentido, é clara a doutrina de França:

A discricionariedade administrativa é a expressão de que o Estado possui capacidade de evoluir e de desenvolver-se ao momento de superação de questões sobre o melhor caminho a seguir. Assim, ao conceder a oportunidade de se estabelecer a melhor resposta a ser apreendida em suas escolhas públicas, a lei e os valores que conformam o direito estabelecem abertura para que os gestores públicos possam manter a sustentabilidade do sistema jurídico.⁸

Para uma clara definição de discricionariedade, busca-se o magistério de Di Pietro para definir o que vem a ser um ato discricionário por se entender que se trata de uma conceituação mais bem-delineada, de forma que a autora dispõe que, quando o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa,

a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de

⁸ FRANÇA, Philip Gil. *Controle da Administração Pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica*. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 172. Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que “a discricionariedade não é poder da administração, tampouco se insere como ato administrativo, é antes um dever da administração, em vista de que erradamente os institutos do Direito Administrativo foram articulados em torno da ideia de poder, quando o correto seria estruturá-los em torno da ideia de dever, de finalidade a ser cumprida”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 15).

oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador.⁹

Definido sinteticamente (mas suficientemente para os fins deste trabalho), o que é um ato administrativo discricionário, deve ser analisado o ato administrativo de concessão (ou não) de licença ambiental, passando-se, como disposto, pelo procedimento de licenciamento ambiental. Nesse procedimento inclui-se o EIA, que não se confunde com ato administrativo concessivo, ou não, de licença ambiental, de modo que sequer o integra, embora o limite. “Sendo momento preparatório da decisão, o EIA orienta, informa, fundamenta e restringe, mas, tecnicamente falando, não a integra como um dos elementos internos. É parte do procedimento decisório, mas não é componente interior da decisão administrativa.”¹⁰ Assim, não há uma vinculação entre licença ambiental e resultados do EIA, que orienta as conclusões do procedimento de licenciamento ambiental.

Porém, embora a licença ambiental seja um ato formalmente discricionário, têm surgido vozes dissonantes que a consideram ato administrativo materialmente vinculado à proteção ambiental:

Deve-se observar que na atividade administrativa discricionária o vínculo normativo é incompleto e, naquilo que pode ser completado para a tomada da decisão, a administração não é livre arbitrariamente, porque a “vinculação do ato discricionário não está apenas no fim (legal)”, mas “também no meio, por força dos princípios da objetividade, imparcialidade e proporcionalidade, na criteriosa complementação dos pressupostos, que só pode ser aquela que sirva da melhor realização do interesse público”.¹¹

Assim, a licença ambiental não seria um ato administrativo-discricionário por estar vinculado à finalidade pública – sempre intrinsecamente ligada, em última análise, ao próprio princípio orientador da atividade administrativa de interesse público –, bem como a elementos

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 221.

¹⁰ MILARÉ, Édís; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos. *Estudo Prévio de Impacto Ambiental: teoria, prática e legislação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 67.

¹¹ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental*. Coimbra: Almedina, 1998 apud GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 111.

formadores do próprio ato, tais como: a competência, a forma e a finalidade. No entanto, nos parece que esses argumentos não são suficientes para considerar a licença um ato administrativo vinculado, pois todos os atos administrativos estão vinculados ao interesse público e legalmente adstritos às formalidades que os permeiam.

Na verdade, com a devida permissão, o que ocorre é uma incorreção técnica apresentada por autores que, preocupados em preservar o meio ambiente (e descrentes na boa-fé do administrador), acabam por denominar de *vinculado* um ato que é, sim, discricionário, buscando, assim, retirar da autoridade competente o poder de agir contrariamente ao interesse público. Isso porque, conforme tradicionalmente se aprende em Direito Administrativo, mesmo em atos discricionários, os atributos da competência, da forma e da finalidade estão sempre vinculados. Só permanecem na margem de escolha do gestor público o objeto e o motivo.¹²

Há quem disponha, inclusive, tratar-se de uma espécie híbrida, conforme Milaré, para quem, “por coerência, o correto seria considerar a licença ambiental como uma nova espécie de ato administrativo, que reúne características das duas categorias”.¹³ Também deve ser manifestada a discordância com tal entendimento, pois a licença ambiental, tal como todos os demais atos discricionários, tem sua vinculação adstrita somente à forma, à competência e à finalidade.

É de ser perceber, então, que o ato administrativo da licença ambiental, não estando vinculado a qualquer norma em concreto, tampouco ao próprio resultado do procedimento de licenciamento ambiental, apresenta todas as características de um ato administrativo discricionário. Entretanto, é importante mencionar que o fato de ser um ato discricionário não implica, necessariamente, um menor respeito ao interesse público que o fundamenta, isto é, à proteção ambiental, até mesmo porque os atos administrativos não conferem à Administração Pública margem de escolha em relação à finalidade.

Mesmo que o ato tido por discricionário tenha seu mérito (isto é, conveniência, oportunidade, justiça e equidade) permeado por uma escolha feita pelo administrador público dentre várias possíveis, tal liberdade não é

¹² Ver, a respeito (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 25. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Bulre Filho. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 110).

¹³ MILARÉ. *Direito do Ambiente*, 2011, p. 518.

absoluta. Essa noção torna possível a utilização de licença ambiental como um instrumento capaz de dar efetividade à proteção ambiental. Mesmo nos atos administrativos comuns, a discricionariedade não significa total liberdade ao administrador público, porque, como referido, ainda restam limitações ao agir da Administração em relação à competência, à forma e à finalidade. “Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei.”¹⁴ Assim, “em outras palavras, toda discricionariedade somente existirá vinculada aos princípios, havendo, por conseguinte, barreiras sistemáticas e constitucionais à discricção revogatória”.¹⁵

O ato discricionário não representa uma liberdade total do administrador, mas uma “apresentação legal de dois caminhos possíveis a serem seguidos e, de acordo com o caso concreto, um deles será o melhor a ser realizado. A opção (escolha, liberdade ou faculdade) não está no administrador”.¹⁶ Portanto, um ato discricionário não é absolutamente livre, pois, apesar de o gestor público poder analisar as razões relativas à oportunidade, à conveniência, à justiça e à equidade, ainda assim, deverá ser subsumido a elementos que o vinculam, quais sejam, a competência, a forma e a finalidade.

E é no atributo vinculado da licença ambiental denominado *finalidade* que se encontra a força para torná-la um instrumento de efetivação dos fins ambientais constitucionalmente previstos. A licença ambiental, não obstante seja um ato discricionário, tem por escopo a proteção ao meio ambiente. Assim, se a licença ambiental afasta-se dos estudos realizados durante o licenciamento ambiental e representa decisão que prejudica o meio ambiente, a finalidade do ato administrativo não seria alcançada. Como a licença ambiental é um ato administrativo discricionário, devem ser ponderadas pela autoridade competente a oportunidade, a conveniência, a justiça e a equidade, de modo a escolher, analisados tais fatores, o caminho que melhor represente o interesse coletivo.

¹⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 221.

¹⁵FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999., p. 38.

¹⁶FRANÇA, Philip Gil. *Controle da Administração Pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 97.

Por certo, sempre que houver uma solicitação de licença ambiental, haverá um conflito entre o direito do particular de exercer sua atividade econômica (traduzido no princípio da livre-iniciativa)¹⁷ e o direito da população de ter um ambiente ecologicamente equilibrado (representando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado).¹⁸ Em ocorrendo essa tensão, devem ser sopesados os interesses envolvidos, de forma que os princípios deverão permear a questão na máxima medida possível, sem que, contudo, signifiquem a invalidade um do outro. Nesse sentido, Alexy afirma que

se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes, e que os princípios com o maior peso têm precedência.¹⁹

Não se pode esquecer que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado representa o interesse coletivo, ao passo que o interesse de construir, por vezes, representará um interesse limitado a determinados indivíduos, devendo o administrador levar em consideração essa precedência do interesse coletivo-ambiental. Dessa forma, quando as etapas realizadas durante o procedimento de licenciamento ambiental

¹⁷ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV – os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa; [...]. (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

¹⁸ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 93-94.

apontarem à necessidade de negar a licença, a autoridade competente deverá agir dentro desses limites.

Porém, essa limitação não ocorre por ser um ato administrativo vinculado, ou mesmo híbrido,²⁰ mas porque a inobservância desse resultado redundaria em uma ofensa ao interesse público coletivo – finalidade máxima do ato administrativo –, nesse ponto representado pela necessária proteção ao meio ambiente.

O interesse público, por ser um princípio que norteia a atividade pública, deve estar presente na análise do ato a ser realizado, especialmente quando discricionário. E, nos dizeres de Alexy,

princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.²¹

Ademais, retomando a ideia de que o fato de ser um ato administrativo não torna a decisão acerca da concessão da licença ambiental necessariamente prejudicial à proteção ambiental, pode-se imaginar um caso onde existam indícios de que o meio ambiente será degradado, embora o procedimento de licenciamento ambiental tenha sido concluído sem conseguir demonstrar concretamente a potencial ofensa. Em tal hipótese, fazendo uso do princípio da precaução, e com vistas ao melhor interesse público,²² poderá o administrador optar, discricionariamente, por não conceder licença ambiental – ou concedê-la sob determinadas condições –, de forma que o meio ambiente, também nesse caso, será preservado.

Nesse sentido, entendem Marchesan, Steigleder e Capelli que,

muito embora as conclusões oriundas do estudo prévio de impacto ambiental não vinculem a decisão administrativa com relação ao licenciamento da atividade pretendida, elas constituem

²⁰ MILARÉ. *Direito do Ambiente*, p. 518.

²¹ ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 90.

um limite à liberdade de atuação do Poder Público. Isso significa que o administrador público poderá optar por uma solução distinta daquela proposta pelo RIMA, desde que tal decisão seja devidamente motivada e justificada. No entanto, a adoção de solução contrária à proteção do meio ambiente implicará a ilegalidade da obra ou atividade.²³

Não faz sentido que um ato administrativo, mesmo que discricionário, deixe de observar os princípios norteadores do agir administrativo, notadamente o interesse público:

Portanto, sem sentido a concepção de um controle que confunda a discricionariedade com a escolha ou avaliação mediante o uso de critérios exclusivamente políticos do administrador (sem fundamento no Direito), quando tudo recomenda, em sistemas democráticos, devam ser evitados ou coibidos atos desta natureza, isto é, de exclusividade política, dado que os atos políticos, por definição, somente alcançam o estatuto de democráticos se recíproca e teleologicamente controláveis à base da ordem jurídica.²⁴

No Estado Democrático, a discricionariedade dos atos administrativos e judiciais está “de algum modo vinculada aos princípios, sob pena de se traduzir em arbitrariedade e de subtrair os limites indispensáveis à liberdade e à abertura como racionais características fundantes do sistema jurídico”.²⁵ Nesse ponto, discorda-se dos ensinamentos de Antunes e Gavião Filho, que afirmam que a discricionariedade, após o procedimento de licenciamento ambiental, restaria reduzida a zero.²⁶

²² Leciona DI PIETRO: “No que diz respeito à finalidade, também existe vinculação e não discricionariedade, se bem que a matéria mereça ser analisada com cuidado. Foi visto que, em dois sentidos, se pode considerar a finalidade do ato: em sentido amplo, ela corresponde sempre ao interesse público”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 223).

²³ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

²⁴ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 41.

²⁵ FREITAS, Juarez de. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 145.

²⁶ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 236-237 apud GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 111.

Caso se aceite que a discricionariedade da licença ambiental seja reduzida a zero, após a apresentação dos resultados do procedimento de licenciamento ambiental, será impossível ao administrador a proteção ambiental em casos em que tenha sido o procedimento administrativo mal-estruturado, ou mesmo quando esse apresentar resultados inconclusivos. Em tais casos, somente com o uso da discricionariedade será possível à autoridade competente, visando ao interesse coletivo e utilizando o princípio da precaução, determinar que a licença seja deferida somente sob determinadas condições ou mesmo que não seja concedida.

Por óbvio, não se está a defender a arbitrariedade do administrador. Porém, é possível uma análise das questões envolvidas no âmbito da dúvida, de forma que, em sendo essa razoável, poderá ensejar indeferimento da licença ou concessão sob determinadas condições, mesmo que não estejam previstas nos resultados do licenciamento ambiental. E isso significa que não é possível reduzir-se a zero a discricionariedade do administrador público competente para análise da licença ambiental, sob pena de deficiente proteção ambiental.

Somente se o administrador público tomar para si a responsabilidade de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado será possível o alcance do interesse coletivo envolvido na questão. Disso depende a “força normativa da Constituição ambiental” que somente é possível “se os vários agentes – públicos e privados – que actuem sobre o ambiente o colocarem como fim e medida das suas decisões”.²⁷ Com isso, “em caso de dúvidas hermenêuticas relativas à interpretação de uma norma, há de se escolher, dentre os sentidos possíveis, aquele que resultar numa proteção ecológica acrescida”,²⁸ o que quer dizer que a discricionariedade pode representar, inclusive, um importante fator em favor do meio ambiente, desde que nas mãos de uma autoridade com ele comprometida.

Há que se dizer que os atos administrativos devem observar, sempre, o princípio da motivação, que, nos dizeres de Di Pietro,

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos [Polytechnical Studies Review]*, v. VIII, n. 13, p. 12, 2010.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 35.

exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.²⁹

Assim, a motivação vem a ser a consequência final do EIA. Só ela tem condições de demonstrar, claramente, que o administrador levou em conta – como determina a CF/88 – as preocupações ambientais”.³⁰ Isso exige que a Administração Pública deixe claro “os interesses que serão promovidos pelo ato; quais serão os meios empregados pelo ato; quais são as causas da produção do ato e, principalmente, qual é nexa causal existente na relação desses fatores para a legitimação do ato”.³¹

Porém, essa motivação deve ser utilizada em favor da sociedade, isto é, deve ser no sentido de justificar os atos administrativos conforme os princípios fundamentais que norteiam a atuação pública, em especial, o interesse público, e não contrariamente aos interesses da população. Assim, “o órgão administrativo ambiental [...] deve atuar de modo a melhor realizar o interesse público”,³² pois

se a conclusão do estudo de impacto ambiental e do relatório de impacto ambiental é no sentido da não-execução do projeto pretendido, a decisão administrativa do órgão ambiental competente não poderá ser outra senão negar o licenciamento ambiental do empreendimento. Não difere disso a hipótese em que o estudo de impacto ambiental conclui pela viabilidade do projeto, desde que executado conforme determinadas alternativas.³³

²⁹ DI PIETRO. *Direito Administrativo*, p. 82.

³⁰ MILARÉ; BENJAMIN. *Estudo Prévio de Impacto Ambiental*, p. 69.

³¹ FRANÇA. *Controle da Administração Pública*, p. 174.

³² GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 111.

³³ GAVIÃO FILHO. *Direito fundamental ao ambiente*, p. 116-117.

Contudo, se deve repisar que a razão pela qual não pode o administrador decidir contrariamente aos estudos ambientais deve-se à necessária observância do interesse público que serve de fundamento à sua atuação, e não, ao fato de ser a licença ambiental um ato vinculado, pois, caso contrário, seria impossível a efetiva proteção ambiental em hipóteses nas quais os resultados do licenciamento ambiental não pudessem demonstrar, com concretude, o risco ambiental, quando também estaria vinculada a autoridade, e o meio ambiente restaria desguarnecido de proteção.

Dessa maneira, entende-se que a licença ambiental trata-se de um ato discricionário, não sendo tal conclusão necessariamente ruim para o meio ambiente. Porém, para que sirva de instrumento efetivo de proteção ao meio ambiente, o administrador deve estar comprometido com a efetiva proteção ambiental, devendo ter por critério, ao agir, a busca pela maior proteção ao meio ambiente possível, pois, somente assim, estará cumprido o objetivo de sua atuação, qual seja, a defesa do interesse público.

Realizada essa revisão de literatura e firmadas as bases teóricas deste artigo, passa-se à análise da posição do STJ a respeito do assunto, verificando-se em que medida esse tribunal considera a licença ambiental um ato discricionário ou vinculado.

3 A posição do Superior Tribunal de Justiça sobre a discricionariedade e a vinculação da licença ambiental

Objetiva-se extrair da pesquisa jurisprudencial realizada a apreciação e o posicionamento do STJ em relação às questões levantadas anteriormente. O caminho percorrido na busca e análise das decisões está contido na metodologia que precede as análises. Os acórdãos são identificados de acordo com a própria forma de identificação do STJ e com subtítulos para melhor visualização dos documentos e de seu conteúdo.

Faz-se uma análise breve de cada decisão para adentrar no tema em específico a partir de cada uma, a saber, o posicionamento do STJ em relação ao ato de concessão de licença ambiental e sua vinculação às conclusões do licenciamento. A análise se dá quanto ao controle judicial sobre essa decisão administrativa, se é considerada discricionária ou vinculada e se cabe ao Poder Judiciário apreciá-la ou não.

3.1 Metodologia

Para se chegar às decisões ora analisadas, se perseguiu o caminho através do sítio eletrônico do STJ,³⁴ através dos campos Jurisprudência > Pesquisa > Jurisprudência do STJ. Na área “Pesquisa Livre” foram utilizados os seguintes termos de referência: [Licença adj ambiental e discricionariedade ou discricionário]; [Licença adj ambiental e discricionariedade]; [(Licença adj ambiental) e (ato adj vinculado)]; [(Licença adj ambiental) e (ato adj discricionário)]; e, por fim, [licenc\$ adj ambiental e (discricionari\$ ou vincula\$)].

Para uma melhor visualização do percurso, cabe uma breve identificação dos termos utilizados. Ao inserir o dado *adj* entre uma palavra e outra, significa que a segunda palavra estará logo após a primeira. Ao separar as palavras com *e*, é possível encontrá-las em qualquer local do documento, no entanto, se pesquisar licença *e* ambiental, foram encontradas maiores dificuldades em identificar acórdãos referidos estritamente à licença ambiental, uma vez que *licença* e *ambiental* são termos utilizados sob diversos signos e composições. Ao alocar os termos entre parênteses, se isola tal composição de termos. No caso das expressões de pesquisa [(Licença adj ambiental) e (ato adj discricionário)], se não estivessem isoladas em parênteses as palavras *ambiental* e *ato*, se confundiriam, incluiria na pesquisa esses termos de forma aleatória no corpo do acórdão. Quanto ao \$ utilizado no último termo de pesquisa citado e, inclusive, porque contém as decisões que serão objeto de análise, significa que qualquer variação contida na palavra que o possui será identificada no corpo do acórdão, como por exemplo, a palavra *Licenc\$*, as palavras que a pesquisa busca podem ser *licenciamento*, *licença*; ou, a palavra *discricionar\$*, então, se pode encontrar as palavras *discricionário*, *discricionariedade*, etc.

Os termos inseridos no campo *pesquisa livre* foram explorados entre as datas: 14/6/2017 e 15/6/2017. Foram obtidos resultados com grande quantidade de decisões que não se referiam ao objeto de pesquisa, e outros em que nenhum acórdão foi encontrado. Assim, se percebeu que a melhor alternativa à pesquisa jurisprudencial foi encontrada utilizando-se os termos “licenc\$ adj ambiental e (discricionari\$ ou vincula\$)”. Seguem os resultados obtidos para cada termo:

³⁴ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

1. [Licença adj ambiental e discricionariedade ou discricionário]: 1.316 acórdãos encontrados;
2. [Licença adj ambiental e discricionariedade]: 1 acórdão encontrado;
3. [(Licença adj ambiental) e (ato adj vinculado)]: nenhum acórdão encontrado;
4. [(Licença adj ambiental) e (ato adj discricionário)]: nenhum acórdão encontrado; e
5. [licenc\$ adj ambiental e (discricionari\$ ou vincula\$)]: 15 acórdãos encontrados.

O último apresentou resultados passíveis de análise e em pertinência com o tema pretendido; logo, neste artigo, é realizada a análise de 15 acórdãos encontrados a partir da pesquisa nos seguintes termos: licenc\$ adj ambiental e (discricionari\$ ou vincula\$).

Não se delimitou data de início ou fim. A pesquisa aconteceu nos dias 14 e 15 de junho de 2017, com posterior análise mais específica das decisões atinentes ao objeto de pesquisa.

Das 15 decisões analisadas, 7 não entram especificamente no mérito da pesquisa presente e, por isso, foram descartadas para fins de análise.³⁵

³⁵ As decisões descartadas são assim identificadas e acompanhadas do motivo do descarte:

1. AgInt na SLS 2212/MA (Trata-se de questões processuais, constatando-se que o Tribunal não tem competência para deliberar acerca de matéria constitucional. Não diz respeito ao tema em questão. Decisão fora do âmbito da análise pretendida.)

2. AgInt no AgRg no REsp 1392873 (Trata-se de ação contra o superintendente do IBAMA, solicitando a autorização para continuidade das atividades, em razão da demora do órgão em responder ao pedido de renovação da licença ambiental. No entanto, o recurso não é acolhido por falta de prequestionamento. Em que pese tenha sido improvido o agravo interno, o Tribunal se manifesta em concordância com o juízo *a quo*, que determinou a continuidade das atividades, para que não houvesse prejuízo em face da mora do órgão ambiental e, pela falta de prazo estipulado por lei. Portanto, decidiu em um sentido um pouco contrário às outras decisões em análise, visto que o STJ tem se manifestado no sentido da realização dos instrumentos de proteção ambiental, justamente pela sua finalidade, para concessão ou renovação da licença. Nesse caso o Tribunal não considera que paralisar as atividades até que se verifique as conclusões do procedimento do licenciamento seja necessário. Em observação ao que decidiu em outros casos, a tendência seria a manutenção da suspensão das atividades e a determinação de um prazo para que o órgão ambiental realizasse o licenciamento. Não entra no mérito da pesquisa em questão.)

3. AgRg no AREsp 823087/PE (Agravo interposto em razão de multa aplicada pelo IBAMA de forma desproporcional, sem observar os requisitos legais para aplicação. Decisão descartada por não dizer respeito ao tema proposto nesta pesquisa.)

As 8 decisões restantes tratam de concessão ou renovação de licença ambiental e abordam o tema em questão, a saber, a discricionariedade do ato administrativo consubstanciado na licença ambiental.

São objeto de análise os seguintes acórdãos: REsp 1616027/SP, AgRg no AREsp 476067/SP, REsp 1330841/SP, RMS 34494/MT, REsp 1279607/PR, AgRg no REsp 522799/SC e MC 5639/SC. A análise dos acórdãos segue o seguinte caminho: identificação do recurso ao qual se refere o acórdão, a identificação do órgão julgador e do ministro relator do processo, a data de julgamento e publicação, a identificação das partes, o estudo da motivação processual e a abordagem do tema em comentário.

4. REsp 1292994/RS (Decisão diz respeito à Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fito de desativar estação de rádio base, pertencente à ré Claro S/A, que estaria em desacordo com as exigências legais. A proximidade dessa estação das pessoas locais não seria medida segura para a saúde da coletividade, diante da influência que as ondas eletromagnéticas exercem sobre as pessoas. Discute-se ao longo do acórdão a competência para deliberar acerca do objeto de tutela, visto que em primeira instância o juízo declinou da sua competência, para determinar competente a Justiça Federal em virtude da legislação federal que “dispõe sobre limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos” (Lei 11.934/2009). O relatório não aborda diretamente o objeto do presente artigo, tampouco sobre discricionariedade ou vinculação de ato administrativo. No entanto, insta mencionar que se trata de apreciação de legalidade, sobre legislação que busca maior proteção ambiental de atividade efetivamente danificadora ao meio ambiente, com consequências às pessoas. Portanto, a sua inobservância constitui a obrigatoriedade do controle judicial por vias de proteção ao ambiente e à coletividade, e conduz o dever de a Justiça decidir pela interrupção da atividade. Não entra no mérito da presente pesquisa.)

5. RMS 25267 / MT (Trata-se de Mandado de Segurança impetrado em face do Secretário Estadual de meio ambiente, em razão de revisão de licenças ambientais de áreas que contêm recursos florestais. O recurso não provido por falta de direito líquido e certo, visto que o autor não apresentou “titularidade de domínio e posse da área tida como sobreposta pela autoridade coatora.”. Não se aprofunda o estudo neste acórdão por se tratar de uma revisão da licença ambiental, sem adentrar no mérito da pesquisa em questão.)

6. AgRg no REsp 711405/PR (O acórdão versa sobre a competência de fiscalizar dos entes federativos, ainda que a competência para licenciar seja de outro. Não será objeto de análise por não tratar, especificamente, do tema em estudo.)

7. EREsp 439456/SP (O acórdão inicia pela afirmação da tentativa do legislador conciliar o direito da população ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com o segmento produtivo. A discussão gira em torno da queimada em atividades agropastoris. No caso em análise, foram realizadas queimadas em palhas de cana-de-açúcar sem a licença ambiental, mesmo sendo uma atividade que polui a atmosfera. Foi reconhecida a ilicitude do ato, com a respectiva condenação de não fazer. Em termos específicos não adentra no tema da pesquisa proposta, mas percebe-se a inclinação do Poder Judiciário em determinar a proteção ao meio ambiente.)

3.2 Análise das decisões

Neste tópico, são analisadas as decisões encontradas, deixando de lado os aspectos processuais e se concentrando nos aspectos que dizem respeito à licença ambiental como ato administrativo.

a) Controle jurisdicional prévio ao procedimento de licenciamento

Salienta-se que o presente recurso não trata do controle judicial do ato administrativo que concedeu a licença, mas é interessante trazer tal análise por ser um controle prévio à concessão de licença ambiental. Trata-se de recurso especial impetrado pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp), tendo como recorridos o Ministério Público Federal e a União. No voto do relator, consta a tese principal da recorrente:

A recorrente defende a tese de que o Ministério Público Federal não possui interesse processual para ajuizar Ação Civil Pública que visa a impedir a implantação do “Projeto de Obras de Aproveitamento dos Rios Capivari e Monos” – voltado ao abastecimento da região metropolitana de São Paulo –, tendo em vista que ainda não finalizado o licenciamento administrativo. Em outras palavras, sustenta que, sem a expedição de licença ambiental, as obras não terão início, motivo pelo qual carece o *Parquet* de interesse de agir, já que sem utilidade e desnecessária a tutela judicial.

Os julgadores de primeiro e segundo grau entenderam que o Ministério Público Federal possui interesse de agir ao pleitear a interrupção do procedimento de licenciamento, pois a obra a ser licenciada realizaria aproveitamento de recursos hídricos de terras indígenas sem autorização do Congresso Nacional. Diante do descumprimento desse requisito, o Poder Judiciário pode examinar de forma preventiva, interrompendo o licenciamento em andamento, para que se exija seu cumprimento. O ministro Antônio Hermann Benjamin, em seu voto, destaca que “o interesse de agir do *Parquet* e de outros legitimados da Ação Civil Pública independe de finalização do licenciamento e da expedição da respectiva licença ambiental”. A eficácia da ação judicial está justamente no “impedimento

ou mitigação de ameaça de degradação ambiental porvindoura” não se podendo aguardar a degradação ambiental para, depois, fazer o “enfrentamento de prejuízo já ocorrido”.

A autorização do Congresso Nacional é uma exigência legal que vincula a concessão da licença. Essa exigência relaciona-se ao atributo da forma (ou formalidade) do ato administrativo, atributo esse que é vinculado e não discricionário. Além disso, a apreciação do Poder Judiciário, de forma antecipada, antevê a possibilidade de anulação do licenciamento. Atua, portanto, de forma preventiva; do contrário (segue o voto do relator), “drenar-se-ia a relevância profilática do próprio Poder Judiciário, relegando-se a jurisdição ao infecundo e ineficiente papel de simples gestor de perdas consumadas e até irreversíveis para o meio ambiente e a saúde pública”. Estaríamos, assim, diante de “um juiz de danos, constrangido a somente olhar para trás, em vez de um juiz de riscos, capaz de proteger o futuro e sob seu influxo realizar justiça preventiva e precautória”. Com essa análise prévia, permite-se que a Administração Pública corrija o vício, economizando tempo em prol da sociedade e do ente público.

O cerne da questão encontra-se, segundo o acórdão, na proteção ambiental que decorre desta exigência: o Tribunal presume que a deliberação do Congresso Nacional para que autorize (ou não) a obra, permitirá melhor proteção do meio ambiente.³⁶ A ausência do requisito legal tornaria inviável a execução da obra pretendida, de forma que a Administração Pública teria apenas a opção de conceder licença ambiental. Se realizasse o oposto disso, estaria realizando um ato discricionário vicioso.

O acórdão também se manifesta acerca do próprio ato administrativo da licença ambiental e de seus elementos intrínsecos. Além dos pressupostos externos (condicionantes), o STJ analisa se o ato está dentro ou fora dos parâmetros legais. No caso em análise, verifica que, se a licença ambiental fosse concedida sem autorização do Congresso Nacional, estaria ausente um pressuposto de validade. Segue trecho do voto do relator, abordando o ato administrativo:

³⁶ Como já aventado neste artigo, Milaré (*Direito do Ambiente*, p. 200) também se manifesta em relação ao papel preventivo do Direito Ambiental, acompanhando o entendimento da Turma julgadora.

Sabe-se que, assim como outros atos administrativos, a licença ambiental apresenta elementos/requisitos essenciais e internos – verdadeiros órgãos vitais, que compõem o corpo e a genética do ato, por assim dizer – que vinculam sua existência per se (p. ex., sujeito competente e conteúdo/objeto lícito), além de pressupostos de fato ou de direito externos ao ato e condicionantes de sua prática (p. ex., exigência constitucional de prévia aprovação pelo Congresso Nacional para aproveitamento de recursos hídricos e exploração de riquezas minerais em terras indígenas). Ora, o licenciamento ambiental, como todo procedimento no âmbito da Administração, submete-se ao princípio da moralidade administrativa, que estaria frontalmente violado caso o Poder Público insistisse em realizá-lo quando carecer de competência para tanto, for ilícito seu conteúdo/objeto ou se achar ausente pressuposto de fato ou de direito até para seu início mesmo, muito mais para seu prosseguimento.

Logo, se interpreta a posição da Turma julgadora que o licenciamento que não observa pressupostos legais e fáticos, que incidem na busca pela proteção ambiental, afeta o princípio da moralidade e promove o desvio de finalidade. E, se o ato administrativo desvia-se da finalidade, está descumprindo outro atributo vinculado, em relação ao qual, por óbvio, a Administração Pública não tem margem de escolha. Vale dizer: não discricionariedade em relação à finalidade do ato administrativo.³⁷ No acórdão, a posição defendida é que a concessão de licença, sem a observância do quesito legal, levaria o administrador público a agir de forma arbitrária, desviando-se da finalidade do ato administrativo. O relator se manifesta da seguinte forma em seu voto:

Ademais, à medida que se procede ao licenciamento apenas para inglês ver, para usar expressão coloquial, pratica-se gravíssima transgressão ao propósito normativo do instituto – razão da providência do legislador constitucional e infraconstitucional – , defeito que o tinge, na prática, com a pecha de desvio de poder ou de finalidade, conseqüentemente eivado de nulidade.

³⁷ SICCA, Gerson dos Santos. *Discricionariedade administrativa: conceitos indeterminados e aplicação*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 112-117.

O recurso especial restou improvido, decidindo-se que o Poder Judiciário pode apreciar o tema de forma preventiva, o que leva, até mesmo, à economia de tempo da Administração Pública, “valor precioso a quem se preocupa em não retardar atividades e obras socialmente relevantes”. Com isso, o STJ optou por corrigir o procedimento do licenciamento, para não esbarrar em vício de nulidade ao término.

b) Ilegalidade da licença ambiental que não considerou a medida menos gravosa ao meio ambiente

A próxima decisão trata do controle judicial sobre o ato administrativo que autorizou licença ambiental, sem considerar a medida menos gravosa. Essa decisão foi proferida em sede de agravo regimental em recurso especial,³⁸ tendo como agravante o Estado de São Paulo, agravado o Ministério Público e interessado o Condomínio Portal da Vila Inglesa. O órgão ambiental do Estado de São Paulo havia autorizado a construção de uma cerca de alvenaria ao redor do condomínio, quando o laudo havia orientado a instalação de mourões de madeira, por consistirem em menor impacto ambiental.

A decisão em análise reforça e esclarece a ideia de atuação do Poder Judiciário em relação à concessão de licença ambiental e sua finalidade. Mais uma vez, apesar da discricionariedade da licença ambiental, a Administração Pública não pôde concedê-la em detrimento da proteção ambiental, pois estaria atingindo a finalidade do ato administrativo, que é um atributo vinculado. Como consta na decisão, a Administração deve “identificar, dentro da análise casuística dos fatos, qual é a opção a ser implementada de modo a salvaguardar o meio ambiente”. Se não o fez, o Poder Judiciário pode “imiscuir-se no mérito do ato administrativo, ainda que discricionário, para averiguar os aspectos de legalidade do ato, mormente quando as questões de cunho eminentemente ambientais demonstram a incúria da Administração em salvaguardar o meio ambiente”.

Isso porque a licença ambiental deve ter como objetivo a proteção ambiental, o que deve levar o administrador a observar o estudo e o relatório de impacto ambiental, atendendo às alternativas neles contidas. Se um

³⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 476067/SP. Relator: min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22/05/2014, DJ-e 28/05/2014.

laudo técnico contém medida menos gravosa ao ambiente, a discricionariedade ficaria reduzida a zero,³⁹ e o órgão ambiental não teria outra escolha a não ser acatá-lo.

Nesse sentido, Gavião Filho entende que não há discricionariedade do ato administrativo nesses casos. Se aplicada a discricionariedade, o órgão poderia tender tanto à proteção ambiental quanto à ponderação entre o comando constitucional de proteção e a viabilidade do empreendimento, atendendo a princípios desenvolvimentistas e de livre-iniciativa. Por isso, é inflexível ao adotar a teoria da discricionariedade reduzida a zero (cunhada por Hartmut Maurer, na obra *Elementos de Direito Administrativo alemão*), ao compreender que essa discricionariedade não deve existir na licença ambiental, pois dá vazão à possibilidade de o Poder Público não decidir com vistas à proteção ambiental.⁴⁰

c) Dispensa irregular do Estudo de Impacto Ambiental para atividade de extração de cascalho para aproveitamento na construção civil

Esse acórdão⁴¹ aborda a dispensa do EIA para atividade de uma mineradora, em recursos especiais interpostos pelo Estado de São Paulo e pela Rio Branco Mineradora e Construtora Ltda. A atividade realizada pela mineradora consiste na extração de cascalho para aproveitamento na construção civil. No procedimento de licenciamento, foi dispensada a realização do EIA, ficando a mineradora com o encargo, apenas, de apresentar Relatório de Controle Ambiental (RCA). Esse encargo foi descumprido, ou seja, as medidas de mitigação dos prejuízos causados não foram observadas, bem como não foi cumprido o Termo de Compromisso de Recuperação Ambiental firmado posteriormente. Consequentemente, o acórdão recorrido decidiu pela nulidade do licenciamento e a exigência de novo procedimento com a devida realização do EIA/Rima.

³⁹ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁴⁰ GAVIÃO FILHO. *Direito fundamental ao ambiente*, p. 107-108.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1330841/SP, Relatora: min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06/08/2013, DJ-e 14/08/2013.

O Estado de São Paulo alega que o acórdão recorrido está equivocado e, portanto, viola os dispositivos legais a seguir mencionados, ao determinar novo procedimento de licenciamento com a devida realização do EIA/Rima. Defende que “o Relatório de Controle Ambiental foi apresentado na Agência Ambiental da Cetesb, o que desobrigou o órgão estadual de exigir a realização do EIA-Rima”. Argumenta que o Judiciário não tem competência para deliberar acerca de ato discricionário e de competência do Estado, pois geraria desrespeito ao princípio da separação de poderes.

Insta mencionar, ainda, que a empresa mineradora alegou que a interferência judiciária e o tempo transcorrido para a solução desse impasse prejudicaram o funcionamento das atividades, gerando uma “paralisação injusta de suas atividades [que] já dura 6 anos, ‘arcando com todos os ônus do ato inconsequente que sofre’”, com prejuízo à continuidade de sua atividade, à sua subsistência e ao emprego de famílias.

A dispensa do referido instrumento não condiz com o que prevê a legislação, pois as atividades mineradoras estão sujeitas a licenciamento, ainda mais diante do impacto ambiental. A Resolução Conama 001/1986,⁴² no art. 2º, inciso IX, expressa a necessidade de EIA/Rima à atividade de extração de minério. O art. 2º dessa resolução “apresenta um catálogo de atividades e empreendimentos que obrigatoriamente estão condicionados ao procedimento de estudo de impacto ambiental, hipóteses em que se acha configurado o direito *definitivo* ao procedimento administrativo de estudo ambiental”, devendo ser considerado como “integrante do conjunto de posições fundamentais jurídicas do direito fundamental ao ambiente”.⁴³

Essa previsão normativa é um reforço à necessidade de realização do estudo ambiental, que também está prevista na Resolução Conama 237/1997, Anexo I, que traz um rol de atividades sujeitas ao licenciamento, e, dentre elas, está a atividade das mineradoras. Essa previsão acabou trazendo divergência entre autores sobre a obrigatoriedade de licenciamento para essas atividades. O rol constante no Anexo I da referida resolução, ao utilizar a palavra *sujeitas*, criou uma interpretação divergente na doutrina, fazendo com que uma parte entenda como exemplificativo, enquanto a

⁴² Art. 2º. Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental – RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como: [...] IX – Extração de minério, inclusive os da classe II, definidas no Código de Mineração. [...]”.

⁴³ GAVIÃO FILHO. *Direito fundamental ao ambiente*, p. 98.

outra parte compreende ser de observação obrigatória, ou seja, as atividades constantes no rol devem se sujeitar a licenciamento.

Mas, quando se analisa a CF/88, art. 225, inciso IV, percebe-se que ela determina a realização do EIA “para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”. Assim, mesmo que a atividade de minério, expressa na Resolução Conama 237/1997 fosse exemplificativa, deveria servir para reforçar a ideia de o órgão público dever realizar o licenciamento, com respeito aos devidos processos que o constituem, para que o estudo prévio levante as possíveis interferências no ambiente. Deveria ser óbvia a conclusão de que a presença da atividade de minério no Anexo I na Resolução Conama 237/1997 vincula a Administração Pública a exigir o EIA/Rima nesse caso.

O STJ entende que a Resolução Conama 237/1997 determina o EIA/Rima para tais atividades. Contudo, ao analisar o art. 3^o⁴⁴ da resolução, nota-se que o parágrafo único confere ao órgão competente a possibilidade de deliberar acerca do cabimento do estudo e do relatório, que podem ser substituídos por outros estudos ambientais que sejam apropriados ao empreendimento ou à atividade. Mas isso só deveria ocorrer se comprovado ficasse que “a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente”.

A decisão de primeira instância, que foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 3^o Região, determinou a nulidade da licença ambiental, exigindo que se fizesse novo procedimento de licenciamento com a correta realização do estudo e do relatório de impactos ambientais, já que a empresa havia firmado Termo de Recuperação Ambiental e não o cumpriu. Logo, se houve necessidade de tal termo, há como interpretar que houve impacto ambiental. Portanto, o que ensejou tal mandamento se embasou no descumprimento do Termo de Recuperação Ambiental.

Uma das consequências levantadas no acórdão sobre o impacto ambiental diz respeito às atividades realizadas em local próximo de terras indígenas. Na Ação Civil Pública, o Ministério Público Federal alude ao

⁴⁴ “Art. 3^o. A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação. Parágrafo único. O órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo procedimento de licenciamento.”

fato de que a extração de cascalho altera o curso do rio, o que impede a atividade pesqueira. Em relação a tal alegação, a mineradora responde que a área não pertence aos indígenas, portanto, não há que se considerar. A empresa não faz o levantamento das consequências para a aldeia e suas atividades, deixando de levar em conta que a atividade proposta afeta o meio de subsistência dessas pessoas e seu modo de vida. Claramente, se pode aventar direitos fundamentais que estão sendo tolhidos ou ameaçados nesse cenário.

Como descrevem os autores Sidney Guerra e Sérgio Guerra,⁴⁵ o licenciamento e o que o compõe foram criados para mitigar prejuízos ao meio ambiente, e aqueles que pretendem alçar atividades que possam comprometer qualquer dos aspectos que envolvam o ambiente e o que o constitui, devem se reportar ao Estado para requerer autorização, por meio de um plano de preservação ambiental, bem como o levantamento das incertezas e condicionantes, se for o caso. A presente análise leva ao seguinte questionamento: Está certo o Estado ao dispensar o estudo e o relatório de impacto ambiental?

No cenário que se apresenta, ao considerar as consequências ao ambiente, à pesca, ao modo de vida de um povo que tem uma cultura a preservar, no mínimo deveria ocorrer a participação da aldeia indígena nesse procedimento de licenciamento. Além disso, “para que sejam compatibilizados os dois pilares que envolvem a sustentabilidade, a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento econômico, mister que o Poder Público possa se manifestar sobre estes interesses que, por vezes, se apresentam como antagônicos”.⁴⁶ Em suma, para apuração dos impactos ambientais, no caso da atividade da mineradora, o estudo impreterivelmente deveria ter sido realizado, para, posteriormente, se determinar sua utilização (ou não) e quais medidas se ajustariam.

No acórdão em análise, o STJ não se manifesta acerca da dispensa do EIA/Rima por serem matérias contidas em resoluções “normas insuscetíveis de apreciação em sede de recurso especial por não se inserirem no conceito de lei federal”, como consta no voto do relator: “Verificar se na hipótese seria ou não caso de dispensa do estudo de impacto ambiental é questão que refoge ao âmbito do recurso especial, tendo em vista implicar

⁴⁵ GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Intervenção estatal ambiental: licenciamento e compensação* de acordo com a Lei Complementar 140/2011. São Paulo: Atlas, 2012. p. 78.

⁴⁶ GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Intervenção estatal ambiental*, p. 79.

a análise das resoluções que regulamentam a Lei 6.938/81, normas que não se inserem no conceito de lei federal.”

De qualquer forma, o STJ acaba enfrentando a discricionariedade da licença ambiental:

Com efeito, a hipótese em análise não encerra uma conduta discricionária. No caso de a atividade ser considerada efetiva ou potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, **a Constituição Federal determina que se realize o prévio estudo de impacto ambiental.** Assim, não há escolha quanto à realização ou não do estudo, caracterizada a possibilidade de significativa degradação ambiental, a realização do EIA é obrigatória, tendo em vista a necessidade de preservação do meio ambiente.

É possível perceber o posicionamento do STJ de forma clara nesse trecho, que se coaduna com o entendimento aqui posto, no sentido da obrigatoriedade da realização de estudo ambiental. A decisão acaba por concluir que a atividade pretendida afeta o ambiente, ainda que o Estado de São Paulo não considere a atividade como de significativo impacto ambiental. Consta no voto da relatora: “Assim, não há escolha quanto à realização ou não do estudo, caracterizada a possibilidade de significativa degradação ambiental, a realização do EIA é obrigatória, tendo em vista a necessidade de preservação do meio ambiente.”

E de forma bem-explicita levanta uma questão relevante, que está contida em interrogação em destaque no seguinte trecho:

A questão está, então, na parte da norma que possui conteúdo indeterminado⁴⁷ – *o que é atividade efetiva ou potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente?* A resposta a essa pergunta cabe ao Estado Administração, porém, a conclusão a que chegar não está imune ao reexame do Judiciário, a quem compete a análise da subsunção do fato à norma, utilizando-se, nas hipóteses de indeterminação de conceitos, dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

⁴⁷ Sobre o assunto, ver AUGUSTIN, Sérgio. A problemática dos conceitos indeterminados e a discricionariedade técnica. *Juris Plenum Direito Administrativo*, v. 7, p. 151-164, 2015.

De fato, não se pode afastar o ato administrativo discricionário do controle jurisdicional, mesmo que o controle mínimo necessário para impedir a atuação da Administração Pública enseje o descumprimento dos comandos constitucionais,⁴⁸ pois “os valores constitucionais devem nortear o exercício da discricionariedade administrativa tanto no lado do mandamento da norma quanto no lado da sua hipótese, isto é, no próprio ato de interpretação/aplicação dos conceitos vagos e imprecisos”.⁴⁹

Na decisão em análise, pode-se observar o agir discricionário indevido do órgão estatal e a atuação do Judiciário sobre esse agir em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição. O que determinou o novo procedimento de licenciamento não foi somente os impactos ambientais, mas também o descumprimento do Termo de Recuperação Ambiental, que levou à conclusão de que o caso em análise não trata simplesmente de atividade com significativo impacto ambiental, mas de atividade realizada com danos já apurados.

Se a Administração Pública não utiliza a discricionariedade administrativa nos limites da legalidade e da proteção ambiental, está utilizando esse atributo de forma inadequada. Um ato administrativo discricionário que não observa a coletividade, é passível de controle do Poder Judiciário por estar eivado de ilicitude. A atuação discricionária do administrador permite o sopesamento da proteção ambiental e do viés econômico, mas não pode permitir que o Poder Público se utilize de meios ou subterfúgios para que o último prepondere.⁵⁰

d) Concessão de licença ambiental vinculada à apresentação de certidão de legitimidade de origem do imóvel

O próximo acórdão analisado é um recurso ordinário em mandado de segurança⁵¹ movido por Osvaldo Tetsuo Tamura contra o Estado de Mato Grosso. O procedimento de licenciamento em questão diz respeito à

⁴⁸ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 53-54; SICCA, Gerson dos Santos. *Discricionariedade administrativa: conceitos indeterminados e aplicação*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 118.

⁴⁹ KRELL. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*, p. 54.

⁵⁰ GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Intervenção estatal ambiental*, p. 98-99.

⁵¹ BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. RMS Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 34494/MT, Relator: Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 5/3/2013, DJ-e 11/3/2013.

licença ambiental única para áreas rurais. O recorrente alega que solicitou ao órgão competente licença ambiental única em atendimento ao art. 10 da Política Nacional do Meio Ambiente. Contudo, o órgão solicitou, como requisito legal expresso na Portaria 028/2008, a certidão de legitimidade de origem do imóvel.

O recorrente opõe-se a tal exigência e aponta que a referida portaria não possui respaldo em lei, sem condições, portanto, de alterar, restringir ou adicionar direitos. Assim, defende que, para a simples comprovação da origem e legitimidade do imóvel, bastaria que houvesse o contrato de compra e venda em conjunto com as certidões de registro imobiliário para fins de comprovar a posse de boa-fé que a lei exige. Em suas contrarrazões, o Estado se contrapõe ao argumento do autor e menciona que existem outros processos de licenciamento com interessados que se dizem titulares da mesma área. Além disso, o recorrente não teria comprovado a posse mansa e pacífica. Também demonstra que está prevista em decreto estadual, a necessidade de certidão de comprovação da origem do imóvel. O Ministério Público Federal considera correta a exigência feita pelo órgão ambiental, de forma que seu descumprimento deve impedir a renovação ou prorrogação de licença ambiental.

O STJ não deu provimento ao recurso por entender que não houve ilegalidade na exigência feita pelo órgão ambiental que pode ser depreendida da legislação estadual sobre licenciamento. Também entende o STJ que, até mesmo no âmbito da competência discricionária do administrador público, poderia ocorrer a exigência de documentação para comprovação de determinado requisito que se apresente como componente do licenciamento para justificar a concessão de licença ambiental.

O Código Estadual do Meio Ambiente de Mato Grosso, no art. 19, expressa que a Secretaria Estadual do Meio Ambiente (Sema) é competente para expedir licença ambiental única para exploração das seguintes atividades: exploração florestal, desmatamento e atividades agrícolas e pecuárias nos termos de regulamento específico. No acórdão recorrido, o tribunal *a quo* entendeu pela legalidade da portaria, em razão da discricionariedade do órgão competente, que lhe permite optar (ou não) pela concessão de licença ambiental, em virtude da oportunidade e conveniência atribuídas ao ato administrativo. Inclusive, a Administração Pública pode deliberar tanto acerca da concessão quanto da revisão das licenças anteriormente deferidas.

O STJ se posiciona da mesma forma que o tribunal *a quo*, entendendo que

em verdade, até mesmo desnecessária a edição da Portaria n. 28/2008 para que se exigisse a comprovação da posse ou da propriedade da área rural objeto do pedido de licenciamento, conforme se nota do § 2º do art. 19 da Lei Complementar n. 38/1995, mormente porque a conferência da área a ser licenciada é atribuição do órgão ambiental, em face do seu poder de polícia.

Ainda, o STJ entende que está expressa a vinculação da concessão de licença ambiental à Certidão de Legitimidade de Origem, que se constitui na obrigatoriedade da apresentação desse documento para comprovar propriedade. O recorrente não apresentou esse documento, juntando, apenas, contrato de compra e venda e registros no nome de proprietários antigos, não sendo suficiente à comprovação do direito pleiteado.

Na presente análise, é possível notar que o exercício discricionário da administração se deu em estabelecer um requisito não vinculado diretamente à proteção do meio ambiente. Se extrai o fato de que a administração está dentro das suas atribuições, no entanto, ao passar à análise dos fatos em si, a comprovação da titularidade do imóvel nada tem a ver com a preservação daqueles recursos contidos nas áreas que pretendiam licença ambiental. Assim, a correção (ou não) da extração dos recursos naturais não foi objeto de análise.

e) Inafastabilidade do controle jurisdicional sobre ato administrativo discricionário de dispensa de realização de Estudo de Impacto Ambiental

Trata-se de recurso especial⁵² interposto pelo Ministério Público Federal contra o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), tendo como partes interessadas a Associação Indígena Tekone Mboguata (Aite), a Companhia Docas do Maranhão (Codomar) e a União.

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1279607/PR, Relator: Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 6/12/2011, DJ-e 13/12/2011.

O acórdão em apreciação decorre de agravo de instrumento ajuizado pela associação indígena em ação movida pela mesma, com a pretensão de, em sede de tutela antecipada, que o Ibama conceda licenciamento ambiental somente após criterioso estudo e relatório de impacto ambiental à atividade realizada pelo DNIT. A referida atividade consiste no derrocamento de rochas subaquáticas localizadas no rio Paraná. O DNIT defendia que cabia ao Ibama, no exercício da sua discricionariedade, determinar a necessidade (ou não) do EIA/Rima e, nesse exercício, entendeu ser necessário apenas o Relatório de Controle Ambiental (RCA).

Sobre o controle judicial da questão, a Turma do STJ entende que apenas em casos de decisões políticas e excepcionais não cabe a análise judicial, até mesmo em virtude da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal). E sobre a declaração do DNIT de que a administração goza de alta discricionariedade, o tribunal argumenta que, se assim fosse, seria difícil o controle dos atos administrativos. Portanto, não cabe ao administrador total liberdade nas escolhas, ainda que se trate de ato discricionário, pois, quando não observados os critérios do ato administrativo discricionário, eles se tornam arbitrários. Por isso, esses critérios que compõem a formação do ato discricionário podem ser objeto de apreciação judicial.

A discricionariedade da Administração Pública deve servir para que haja ponderação e razoabilidade nos seus atos, de forma a se chegar à melhor alternativa ao ambiente, já que a finalidade do instrumento de proteção ambiental, o licenciamento, tem esta idéia: proteger, preservar, manter um ambiente ecologicamente equilibrado na medida do possível. Nesse sentido, a turma julgadora entende que, assim como compete ao Ibama a avaliação da necessidade do EIA/Rima, compete ao Poder Judiciário apreciar as conclusões a que chegue a referida autarquia.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região (que proferiu a decisão recorrida) acolhe a tese do DNIT, entendendo que o órgão ambiental ao qual foi solicitado o licenciamento dispensou o EIA/Rima e determinou apenas que se realizasse o RCA dentro de sua competência discricionária. A orientação do STJ vai no sentido de reforma do acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região, para que se manifeste sobre a necessidade compulsória do EIA/Rima, como sustenta o recorrente, ao invés de declarar que não cabe ao Poder Judiciário examinar atos que são de discricionariedade administrativa.

Desse modo, o STJ manifesta que o TRF da 4ª Região deve apreciar se considera a necessidade (ou não) do EIA/RIMA, julgando o agravo de instrumento no sentido de concordar (ou não) com a substituição pelo Relatório de Controle Ambiental no caso concreto. Nota-se que a discussão da decisão se restringiu ao controle jurisdicional do ato administrativo discricionário. Ademais, a dispensa do EIA, quando tal instrumento pode demonstrar quais são as alternativas adequadas à finalidade que se tem, é uma afronta ao direito ao meio ambiente equilibrado.

f) Concessão de licença ambiental negada em área de preservação permanente

f.1) AgRg em Recurso Especial 522.799/SC

O acórdão seguinte refere-se ao Agravo Regimental no Recurso Especial⁵³ tendo como partes a agravante Imobiliária Iguazu Ltda. e o agravado Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama). O recurso especial foi interposto contra decisão que não concedeu licença ambiental a empreendimento imobiliário localizado em Área de Preservação Permanente (APP). A imobiliária agravante possui empreendimento em local que, segundo alega, não era considerado de preservação permanente, razão pela qual entende que deveria ser permitida sua construção, “visto que inexistente no local vegetação fixadora de mangues, bem assim inexistente qualquer ato do Poder Público que tenha declarado o imóvel em questão como de preservação permanente”.

A agravante ainda alega que a resolução do Conama que regulamenta a área de restinga não tem força de lei e, conseqüentemente, não há necessidade de observá-la. Por fim, diz ter direito adquirido, pois a execução da obra estava aprovada desde 1979 pela Fundação do Meio Ambiente (Fatma) órgão ambiental do Estado de Santa Catarina.

O Ibama demonstrou que a área pretendida é APP, sendo legítima a não concessão de licença ambiental. Ainda, o último levantamento da Fatma definia que a área era composta de restinga, não tendo a agravante apresentado prova em contrário.

⁵³ BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no em Recurso Especial 522.799/SC, Relator: Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 8/8/2007, DJ-e 27/08/2007.

Como a matéria do recurso especial importava em análise da matéria fática que dependia de análise de prova, o STJ entendeu que não poderia se manifestar em virtude da vedação contida na Súmula 7/STJ. De qualquer forma, mesmo não apreciando de forma direta a matéria, o STJ se posiciona ao lado das decisões anteriores, ainda mais porque restou provado que a área pretendida pelo empreendimento é APP, atendendo correta a decisão do Ibama de não conceder licença ambiental, atendendo à sua finalidade ao identificar uma área regulamentada e passível de proteção ambiental.

f.2) Medida Cautelar 5.639/SC

No mesmo caso da decisão analisada no item f.1 acima, a Imobiliária Iguazu Ltda. ingressou com Medida Cautelar inominada⁵⁴ contra o Ibama e a Fatma, com o objetivo de restabelecer os efeitos da concessão de licença ambiental para dar continuidade ao empreendimento pretendido.

A Primeira Turma do STJ entendeu, em relação à medida cautelar, que não estavam presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, necessários ao seu provimento. Não se aprofunda muito na análise do presente caso, visto que já relatado o objeto de tutela da requerente e suas tentativas de dar continuidade ao projeto desde o ano de 1979. Relata que, por falta de recursos financeiros, precisou inativar a execução do projeto e, ao retomar, não restou provada a possibilidade de concessão de licença ambiental, já que, no exercício de sua competência, o órgão ambiental declarou APP, portanto, objeto de proteção ambiental.

A apreciação do STJ no que lhe competia apreciar, se direcionou às conclusões de manter as decisões do TRF da 4ª Região, tendo em vista a inclinação pró meio ambiente, sem ponderar e determinar medidas condicionantes, mas inviabilizou a execução do projeto.

f.3) AgRg na Medida Cautelar 5.639/SC

O presente acórdão tem relação direta com os dois últimos casos analisados, consubstanciando-se em recurso⁵⁵ contra a não concessão de medida cautelar analisada no item f.2. A agravante reforça que a área onde pretende desenvolver sua atividade não é APP, mas o STJ entende que o

⁵⁴ BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. MC 5.639/SC, Relator: Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 13/5/2003, DJ-e 2/6/2003.

⁵⁵ BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na Medida Cautelar 5.639/SC, Relator: Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 17/12/2002, DJ-e 24/3/2003.

órgão ambiental já comprovou que há vegetação restinga no local, não sendo possível a concessão de licença. Em relação ao agravo regimental, o STJ nega provimento pelas mesmas razões já discutidas no recurso especial e na medida cautelar ajuizadas pela agravante.

4 Considerações finais

A licença ambiental pode ser considerada uma importante ferramenta à proteção efetiva do meio ambiente, por ser um instrumento capaz de impedir ou mitigar a degradação ambiental perpetrada por atividades ou empreendimentos, impondo-lhes condicionantes para sua realização. Há uma divergência doutrinária a respeito da natureza da licença ambiental como ato administrativo: enquanto parte da doutrina a considera ato administrativo discricionário, vem surgindo juristas que, no afã de resguardar o meio ambiente, entendem que a licença ambiental é um ato que deve estar vinculado aos resultados do EIA.

É importante destacar que o fato de ser a licença ambiental um ato administrativo discricionário não deve redundar em prejuízo à proteção ambiental, uma vez que, não existindo discricionariedade absoluta, sempre o ato administrativo deverá observar sua finalidade: o interesse público. E, como não poderia ser diferente, o interesse público de um instrumento jurídico previsto em uma lei de proteção ambiental é a garantia do meio ambiente equilibrado, de forma que, sempre que não observada a preservação do meio ambiente (em detrimento dos demais interesses envolvidos), ocorrerá um desvio de finalidade, e o ato será nulo.

Assim, o ato administrativo que concede licença ambiental é discricionário justamente para possibilitar à autoridade competente – que deve, sempre, estar comprometida com a preservação do meio ambiente – tomar a melhor medida possível sem descuidar da proteção ambiental. Dessa forma, mesmo quando não houver certeza quanto aos riscos envolvidos, poderá ser utilizado o princípio da precaução e preservado o meio ambiente para além das medidas apontadas no Rima.

Como visto neste artigo, é possível notar que o STJ entende ser discricionário o ato administrativo de concessão de licença ambiental. E isso não impede que seja realizado o controle judicial dos atos, pois a ferramenta ambiental não pode ser utilizada como mero preenchimento de requisito pela Administração Pública.

Em breve síntese do posicionamento do STJ, por meio das decisões analisadas, é possível concluir que o ato discricionário possui critérios que precisam ser observados sob pena de ser um ato arbitrário, que não produzirá efeitos por não atender à legalidade. A apreciação judicial preza pela finalidade do ato. Com isso, ao apreciar um procedimento de licenciamento e suas conclusões acerca da concessão de licença, a finalidade (a proteção ambiental) deve estar vinculada ao ato do administrador. Por certo, ele possui discricionariedade para avaliar as melhores medidas, no entanto, essa discricionariedade deve estar dentro dos parâmetros que permitirão o controle da viabilidade das escolhas do órgão gestor.

Para tanto, o STJ se manifesta fortemente contra a “alta discricionariedade” do administrador por entender que dificulta o controle dessa decisão, que pode vir a ocasionar atos arbitrários e justificados por essa discricionariedade alargada. Nesse sentido, ao apreciar o ato administrativo de concessão de licença, entende que é possível, sim, a apreciação jurisdicional do ato discricionário, se esse não atende à sua finalidade ou aos parâmetros que o constituem e o permitem.

Isso possibilita concluir que, sobre o licenciamento e a concessão de licença ambiental, o STJ entende que tem por finalidade a proteção ambiental. A exigência de requisitos durante o procedimento de licenciamento ambiental (condicionantes, medidas de viabilidade, Termos de Ajustamento de Conduta, Relatórios de Controle Ambiental, Planos de Recuperação Ambiental, EIA/RIMA) não podem significar meras formalidades; não podem ser apenas uma série de etapas a serem seguidas se não tiverem o condão de influenciar na concessão (ou não) de licença ambiental. Mas também não podem representar fundamentos para se decidir contra a proteção ambiental, qualidade de vida ou proteção aos direitos humanos, para atender aq interesses econômicos, políticos ou ideológicos.

Entende-se que a discricionariedade do administrador deve permanecer se for para escolher uma medida mais protetiva ao meio ambiente. Caso contrário, o administrador público estaria adstrito a laudos técnicos que apontassem à viabilidade de empreendimentos, sem poder decidir o contrário em prol do meio ambiente. Estaríamos diante de uma ditadura dos técnicos, que, ao emitir seus laudos, estariam já decidindo, sem permitir ao gestor uma escolha diferente.

Além disso, deve-se manter a discricionariedade nos atributos do motivo e do objeto do ato administrativo, permitindo ao administrador

decidir o que está realizando (objeto) e por que está realizando (motivo). Conferir essa liberdade de escolha ao administrador significa permitir que ele decida entre duas medidas que protejam o meio ambiente de forma similar. Essa liberdade não significa permitir arbitrariedades, pois uma escolha contrária ao meio ambiente estaria, até mesmo, descumprindo o que preceitua a nossa Constituição.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental*. Coimbra: Almedina, 1998.

AUGUSTIN, Sérgio. A problemática dos conceitos indeterminados e a discricionariedade técnica. *Juris Plenum Direito Administrativo*, v. 7, p. 151-164, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 jun. 2017.

BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 1º jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no Agravo Regimental no Recurso Especial 1392873/AL, Relator: Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 23/8/2016, DJ-e 1º/2/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discricionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na Medida Cautelar 5639/SC, Relator: Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 17/12/2002, DJ-e 24/3/2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discricionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=0&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial 823087/PE, Relator: Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 7/4/2016, DJ-e 18/4/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discricionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial 476067/SP, Relator: Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22/5/2014, DJ-e 28/5/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discricionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no em Recurso Especial 522799/SC, Relator: Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 8/8/2007, DJ-e 27/8/2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discricionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no recurso especial 711405/PR, Relator: Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 28/4/2009, DJ-e 15/5/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discricionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. EREsp Embargos de Divergência em Recurso Especial 439456/SP, Relator: Min. José Delgado, Primeira Seção, julgado em 8/8/2007, DJ-e 27/8/2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discricionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. MC 5639/SC, Relator: Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 13/5/2003, DJ-e 2/6/2003. Disponível

em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discrionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t= JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1292994/RS, Relatora: Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 28/8/2013, DJ-e 30/8/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discrionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t= JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1279607/PR, Relator: Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 6/12/2011, DJ-e 13/12/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discrionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t= JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1616027/SP, Relator: Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 14/3/2017, DJ-e 5/5/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discrionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t= JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. REsp 330841/SP, Relatora: Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 6/8/2013, DJ-e 14/8/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discrionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t= JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. RMS Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 34494/MT, Relator: Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 5/3/2013, DJ-e 11/3/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discrionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t= JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. RMS Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 25267/MT, Relatora: Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/5/2009, DJ-e 9/6/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discrionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t= JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

discricionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO &l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos [Polytechnical Studies Review]*, v. VIII, n. 13, p. 7-18, 2010.

CONAMA. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução 237, de 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FRANÇA, Philip Gil. *Controle da Administração Pública: combate à corrupção, discricionariiedade administrativa e regulação econômica*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

FREITAS, Juarez de. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Intervenção estatal ambiental: licenciamento e compensação de acordo com a Lei Complementar 140/2011*. São Paulo: Atlas, 2012.

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

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 25. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Bulre Filho. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariiedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: RT, 2011.

MILARÉ, Edis; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos. *Estudo Prévio de Impacto Ambiental: teoria, prática e legislação*. São Paulo: RT, 1993.

RECH, Adir Ubaldo. Direito Ambiental, políticas públicas e desenvolvimento socioeconômico: instrumentos jurídicos de tutela do meio ambiente. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, Caxias do Sul: Educs, p. 97-136. Disponível em: <<http://www.ucs.br/site/midia/arquivos/E-book-Direito-ambiental-sociedade.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2017.

SICCA, Gerson dos Santos. *Discricionariedade administrativa: conceitos indeterminados e aplicação*. Curitiba: Juruá, 2006.

STEINMETZ, Wilson; CARVALHO, Márcio Mamede Bastos de; FERRE, Fabiano Lira. O conceito jurídico do princípio do desenvolvimento sustentável no ordenamento jurídico brasileiro: por um conceito adequado e operativo. In: RECH, Adir Ubaldo; MARIN, Jeferson; AUGUSTIN, Sérgio (Org.) *Direito Ambiental e Sociedade*. Caxias do Sul: Educs, 2015. p. 77-96. Disponível em: <<http://www.ucs.br/site/midia/arquivos/E-book-Direito-ambiental-sociedade.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2017.