

## **A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO**

Julio Cesar da Silva Tavares <sup>1</sup>

Wanderson Gomes de Oliveira<sup>2</sup>

### **Resumo**

Este artigo traz uma reflexão sobre o dever dos administradores públicos na precaução de danos ambientais. Os poderes da administração são exercidos através de atos que podem ser vinculados ou discricionários. A autonomia científica do Direito Ambiental possibilitou a elaboração de um elenco de princípios, que forneçam parâmetros, para a elaboração de legislações e atuação dos administradores. Dentre estes princípios temos o princípio da precaução, onde a atuação é prévia ao dano. Não tendo ainda a certeza do dano, a sua prevenção é discricionário ou é vinculada. Esta, portanto é uma grande indagação que se busca compreender.

**Palavras chave:** Ambiental; Precaução; Prevenção; Discricionário; vinculado; Administração Pública.

---

<sup>1</sup> Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo - U. E Lorena - Unisal. MBA Negócios Financeiros pela Universidade de Brasília- Especialista. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Atualmente é professor na da Faculdade de Direito do Sul de Minas e na Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Extrema.

<sup>2</sup> Possui Graduação em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (2000), Especialização - Lato Sensu em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva, em convênio com a Associação dos Magistrados Estaduais - ANAMAGES (2005), Especialização - Lato Sensu em Direito Processual: grandes transformações pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL (2009), Mestrado em Direito com área de concentração em Biodireito, Ética e Cidadania pelo Centro Universitário Salesiano - UNISAL (2008). Atualmente exerce a Advocacia e é Professor auxiliar da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM, ministrando Direito Processual Penal, Professor na Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Extrema - FAEX, ministrando Direito Processual Penal e Direito Penal. Exerce, ainda, a função de Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Extrema – FAEX.

### Abstract

This article presents a reflection on the duty of public officials on precautionary environmental damage. The management powers are exercised through acts that can be linked or discretionary. The scientific autonomy of the Environmental Law allowed the drafting of a list of principles that provide parameters for the preparation of laws and actions of administrators. Among these principles we have the precautionary principle where the action is prior to the damage. Not being sure of the damage, its prevention is discretionary or is linked. This therefore is a great question that seeks to comprehend.

**Keys words:** Environmental; Caution; Prevention; optional conduct; bound; Public Administration.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao enumerar seus fundamentos elege a dignidade da pessoa humana como principal alicerce, estabelece e atribui direitos e deveres com ênfase neste fundamento.

Como condição essencial para a existência dos seres humanos, o meio ambiente recebe proteção constitucional diferenciada e submete à sociedade o dever de preservação e manutenção como preceitua o artigo 225 da Lei Maior.

O Direito Ambiental, gozando de autonomia científica, detêm princípios próprios. Mas é importante analisar qual o alcance destes princípios, e quais as conseqüências na aplicação do direito pelo Judiciário. Este artigo pretende estudar em especial o princípio da precaução e verificar quais os seus desdobramentos e suas aplicações.

A aplicação do princípio da precaução no âmbito da administração pública assume contornos próprios diante da particularidade dos atos classificados como administrativos ou discricionários, e como conseqüência se pode o Judiciário analisar o mérito administrativo nos casos de danos ambientais.

Esta é a problemática colocada em discussão, se a miti reparação do dano ambiental pelo Poder Público é ato discricionário ou vinculado, face ao princípio da precaução.

### 1.1. O MEIO AMBIENTE

A partir da opção antropocêntrica adotada em nossa Lei Maior, claramente estabelecida nos fundamentos da República elencados no artigo 1º, onde a dignidade da pessoa humana tem o ponto mais elevado convergindo toda a organização do Estado para a realização deste fundamento, o meio ambiente é voltado à realização dos interesses humanos. Mas realizar os interesses humanos só se torna possível com a proteção do meio ambiente como condição de existência do próprio ser humano.

A lição do Celso Antonio Pacheco Fiorillo, confirma tal importância:

Todavia, não nos parece razoável a idéia do animal, da fauna, da vida em geral dissociada da relação com o homem. Isso importa uma vez mais reiterar que a proteção do meio ambiente existe antes de tudo, para favorecer o próprio homem e, senão por via reflexa e quase simbiótica, proteger as demais espécies.<sup>3</sup>

O meio ambiente é por definição legal na forma da lei 6.938/81, que foi recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil, “ o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.”<sup>4</sup> O artigo 225 da nossa Carta Magna não deixa dúvidas, confirma que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos e principalmente essencial a sadia qualidade de vida.

Portanto a definição de meio ambiente, é bastante ampla, alcançando um nível de abrangência tal que muitos consideram o conceito de meio ambiente como indeterminado, e esclarecem que cabe ao interprete seguir na adequação ao caso concreto, como acentua Fiorillo:

Conclui-se que a definição de meio ambiente é ampla devendo-se observar que o legislador optou por trazer um conceito jurídico indeterminado, a fim de criar um espaço positivo de incidência da norma.

Neste momento não parece relevante a discussão sobre a indeterminação do conceito de meio ambiente, mas é importante ressaltar que a abrangência do termo abriga não somente o meio ambiente natural, que é aquele constituído pela fauna, flora solo, subsolo, águas, biosfera e a atmosfera, mas também o meio ambiente artificial, o cultural e o do trabalho.

O equilíbrio do meio ambiente de todas as formas como também sua adequada acomodação no atingimento do objetivo da vida saudável é o fundamento da República como explicitado anteriormente

---

<sup>3</sup> Celso Antonio Pacheco Fiorillo, 2009, p. 18.

<sup>4</sup> Lei 6.938/81- Política Nacional do Meio Ambiente

O Direito Ambiental como ramo autônomo ao ser detentor de princípios próprios e específicos assume importante na ciência do direito, pois é um conjunto que visa a proteção da vida, através da atuação na defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, proporcionando condições de vida aos seres humanos.

Esse direito ambiental com sustentação em seus princípios indica os caminhos na busca da proteção ambiental, assegurando o direito de todos, e também atuando para que a coletividade e o Estado assumam efetivamente seus deveres no atingimento dos preceitos constitucionais da Republica.

Os princípios específicos do Direito Ambiental, merecem apontamentos especiais como o do desenvolvimento sustentável, do poluidor-pagador, da prevenção, da participação e da ubiqüidade.

O princípio do desenvolvimento sustentável se estabelece diante da escassez de recursos naturais renováveis e do contexto histórico que vinculou o crescimento econômico a políticas econômicas liberais, onde o uso desequilibrado desses recursos causou danos irreversíveis, portanto sem condições restauração ou reparação. O desenvolvimento sustentável tem como premissa a de desenvolver as atividades objetivando o crescimento econômico, de maneira a preservar os recursos de fazendo-os maneira a tornarem-se disponíveis a gerações atuais e futuras. Aliás nossa ordem econômica objetiva na verdade a existência digna através de princípios e entre eles encontramos o da defesa do meio ambiente.

O princípio poluidor-pagador se apresenta com duas frentes de atuação ou de abrangência, um frente que preventiva que tem por escopo a não ocorrência do dano ambiental e ainda a frente repressiva que almeja a reparação do dano já alcançado.

Merece destaque para o objeto de nosso trabalho o estudo do principio da precaução e da prevenção para o objetivo deste trabalho.

## 1.2. OS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO

O princípio da precaução tem suas bases históricas lançadas em 1972, na Declaração sobre o Ambiente Humano em Estocolmo, e posteriormente em na Carta de Deveres e Direitos Econômicos dos Estado através da Resolução ONU 3.281/74:

A proteção, preservação e a melhoria do meio ambiente para as gerações presentes e futuras é responsabilidade de todos os Estados. Todos devem traçar suas próprias políticas ambientais e de desenvolvimento de acordo com essa responsabilidade. As políticas ambientais dos Estados devem promover e não afetar adversamente o atual e futuro potencial de desenvolvimento dos países em desenvolvimento. Todos têm responsabilidade de velar para que as atividades realizadas dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou zonas situadas fora dos limites da jurisdição nacional. Todos os Estados devem cooperar na elaboração de normas e regulamentos internacionais na esfera do meio ambiente.<sup>5</sup>

Já em 1992 na Conferência Mundial sobre do Meio Ambiente do Rio de Janeiro – ECO 92, a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento teve por seu artigo 15 o seguinte texto:

Para proteger o meio ambiente medidas de precaução dever ser largamente aplicadas pelos Estados segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando a prevenir a degradação do meio ambiente.<sup>6</sup>

Vários outros eventos internacionais, como a Convenção de Paris para Proteção do Meio Marinho do Atlântico Nordeste e a Segunda Conferência Internacional do Mar Morto, trouxeram o princípio da precaução para o Direito Ambiental Internacional e influenciaram novos textos legais posteriormente.

Temos ainda o nosso próprio texto constitucional expresso no artigo 225, que atribui a todos deveres de proteger o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. O direito das gerações futuras ao ser assegurado, demonstra claramente que a carta magna a adoção do princípio da precaução.

---

<sup>5</sup> Resolução ONU 3.281/74

<sup>6</sup> Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento

O princípio da Precaução fundamentalmente tem a função de afastar o perigo de ocorrência de danos ambientais, garantindo a plena eficácia das medidas ambientais, evitando a degradação do meio ambiente protegendo o equilíbrio ecológico.

É importante estabelecer que apesar das semelhanças e utilizações generalizadas entre o princípio da precaução e o da prevenção, os mesmos não se confundem, ou não guardam no Direito Ambiental relação de sinonímia pois existe diferença que concede autonomia a ambos. O princípio da Prevenção aponta para evitar danos ambientais onde já se tem conhecimento das consequências e o nexo causal é cientificamente comprovado.

Já o princípio da Precaução não existe no nexo causal a certeza científica plena. A ausência de certeza científica plena se justifica tanto em vista que diante da acelerada devastação ambiental que ocorre diariamente no mundo todo, e da necessidade de manter o meio ambiente equilibrado com visão nas condições de vida das gerações futuras, a omissão pode ser fator preponderante para a ocorrência de danos irreversíveis.

Paulo Afonso Leme Machado, demonstra que a omissão em função da ausência de comprovação científica plena pode outros ser fator causador de dano ambiental:

Em caso de certeza do dano ambiental, este deve ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Em caso de dúvida ou incerteza, também se deve agir prevenindo. Essa é a grande inovação do princípio da precaução. A dúvida científica expressa com argumentos razoáveis não dispensa a prevenção.<sup>7</sup>

Nas palavras o Professor José Rubens Morato Leite:

o conteúdo cautelar do princípio da prevenção é dirigido pela ciência e pela detenção de informações certas e precisas sobre a periculosidade e o risco corrido da atividade ou comportamento, que, assim, revela situação de maior verossimilhança do potencial lesivo que aquela controlada pelo princípio da precaução.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Paulo Afonso Leme Carvalho, 2001, p. 58

<sup>8</sup> Jose Rubens Morato Leite 2003 p. 226

Como se observa o nexos causal está ligado a potencialidade do risco envolvido e não precisa necessariamente a existência do dano já ocorrido e da certeza científica.

O princípio da Precaução indica no sentido de inversão do ônus da prova, pois é pacífico a responsabilidade objetiva através do artigo 14 da lei 9393/81 e de conformidade com o artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Milaré ensina que *"... a incerteza científica milita em favor do meio ambiente, carregando-se a interessado ônus de provar que as intervenções pretendidas não trarão consequências indesejadas ao meio considerado"*<sup>9</sup>.

No princípio da Precaução, os custos das ações de implementação tem a ponderação da relação custo-eficácia, frente à realidade econômica e tecnológica da localidade. Mas isso não desonera o potencial causador de dano como expressa Ayala, apud Colombo:

È verdade que se utilize da incapacidade econômica para que se postergue ou mesmo não se lance mão de medidas orientadoras à prevenção da ameaça de agressividade ao patrimônio ambiental. É no custo ambiental da medida que será sim, indispensável a vinculação à capacidade econômica estatal que será obrigatoriamente discriminada e diferenciada em atenção a maior ou menor possibilidade de emprego de tecnologia adequada.<sup>10</sup>

A responsabilidade da precaução é do Estado e da coletividade, mas é importante ressaltar que cabe aos beneficiários diretos dos resultados econômicos a participação na aplicação do princípio assumindo a efetiva participação na preservação do meio ambiente. O desenvolvimento tecnológico é importante na busca de soluções sustentáveis.

---

<sup>9</sup> Edis milaré 2005, p. 167

<sup>10</sup> Patrick Araújo Ayala, apud Silvana Brender Colombo, 2004

Mas a preocupação com custos de ações preventivas compatíveis com a localidade e razoáveis não pode se sobrepor ao a eficácia de atendimento ao dever de preservação ambiental como bem assevera Colombo:

Assim, apesar de os custos das ações preventivas e também das “tecnologias mais limpas” terem, muitas vezes um custo elevado, não há como postergar a implementação das medidas ambientais diante da certeza ou probabilidade da concretização do dano ambiental, porque as lesões ao meio ambiente são em sua grande maioria, irreparáveis e trazem consequências que interferem na qualidade de vida da população. A decisão de agir antecipadamente ao dano ambiental é premissa fundamental para garantir a eficácia da aplicação de princípio da precaução, o que reforça o entendimento de que tanto os Estados com as empresas não podem se eximir da responsabilidade de preservar o meio ambiente.<sup>11</sup>

Diante do princípio da Precaução, é possível afirmar que é dever do Estado agir antecipadamente para evitar a ocorrência de danos ambientais. Mas essa atuação do Administrador Público, é sempre obrigatória ou pode estar sujeita ou questões de oportunidade ou conveniência?

## 2. ATOS VINCULADOS

A Administração Pública para desempenhar suas funções, utiliza prerrogativas que lhe asseguram supremacia sobre o particular e sem os quais ela não conseguiria atingir os seus fins. Essas prerrogativas, no Estado de Direito, são limitadas pela lei, impedindo possíveis abusos e arbitrariedades. Assim, pode-se afirmar que os poderes que exerce o administrador público são regrados pelo sistema jurídico vigente. Não podendo a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade.

Quanto ao seu regramento, os atos administrativos podem ser Vinculados e Discricionários.

Nos atos administrativos vinculados o administrador não recebe opções de agir, devendo sua atuação seguir o estreito espaço determinado e prescrito pelo legislador na busca o objetivo pretendido. Por outro lado também essa prerrogativa de atuação do Administrador sobre o particular, concede a

---

<sup>11</sup> Silvana Brender Colombo, 2004

este último o direito subjetivo de exigir a atuação daquela forma prescrita na legislação vigente. Diógenes Gasparini leciona que a vinculação não concede a liberdade ao administrar para decidir agir ou quando agir e assim se manifesta:

Vinculados são os atos administrativos praticados conforme o único comportamento que a lei prescreve à Administração Pública. A lei prescreve, em princípio, se, quando e como deve a Administração Pública agir ou decidir. A vontade da lei só estará satisfeita com esse comportamento, já que não permite à Administração qualquer outro. Esses atos decorrentes do exercício de uma atribuição vinculada.<sup>12</sup>

Atos Administrativos vinculados seriam aqueles que dependem de pressupostos previstos em lei, ocorrendo a vontade objetiva da Administração. Assim, o Administrador deve atuar de determinada forma, observando a tipificação legal vigente. O Legislador ao criar a norma antecipa a conduta a ser exercitada pelo administrador, estabelecendo requisitos e condições, não oferecendo nenhuma liberdade de atuação ou decisão por parte da Administração quando da realização do respectivo ato.

Na doutrina do Direito Administrativo, Marçal Justem Filho, afirma não existir atos puramente vinculados ou mesmo discricionários, na verdade segundo sua argumentação a análise está centrada no grau de autonomia imposto pelo legislador. E assim se expressa:

Logo, afirmar que certa atividade é discricionária ou vinculada consiste numa simplificação terminológica, que pode ser adotada para facilitar a comunicação, mas não permite identificar de modo mais preciso o grau de autonomia atribuído pela norma ao titular da função administrativa.<sup>13</sup>

Ainda assume importância a análise do ato administrativo discricionário ou com menor grau de vinculação, notadamente dentro do objetivo deste estudo que é no aspecto do dano ambiental sob a ótica do princípio da Precaução.

---

<sup>12</sup> Diogenes Gasparini, 2006, p. 97.

<sup>13</sup> Marçal Justem Filho, 2009, p. 163

### 3. ATOS DISCRICIONÁRIOS

Os Atos Administrativos Discricionários, que vem despertando discordância de parte da doutrina e da jurisprudência quanto à penetrabilidade do Poder Judiciário, são aqueles que por lei, possuem uma margem de liberdade, a fim de decidir qual a melhor forma de se atingir o interesse coletivo pelo administrador público. Essa liberdade é concedida pela lei de modo explícito ou implícito, permitindo à Administração Pública uma atuação dotada de vontade subjetiva dentro dos parâmetros de legalidade e moralidade.

A discricionariedade por parte da autoridade administrativa seria a escolha entre duas ou mais opções a ser feita por meio de critérios de conveniência e oportunidade do administrador. Jamais deve se confundir discricionariedade com arbitrariedade, pois a Administração Pública deve se primar pelo Princípio da Legalidade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ensina que existem situações que o legislador não tocou em todos os pontos da hipótese de atuação do Administrador Público, concedendo uma margem de atuação diante de um caso real, oferecendo a possibilidade de utilização de outras soluções:

Em outras hipóteses, 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 Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador.<sup>14</sup>

A discricionariedade se apresenta quando uma norma indica a hipótese de maneira que exige a complementação pelo administrador, quando concede de maneira clara a margem de ação através de critérios de conveniência e oportunidade, ou ainda quando o administrador deve realizar ponderação valorativa de interesses concorrentes.

O ato administrativo discricionário é aquele em que a Administração pratica com liberdade de escolha de seu destinatário, de sua oportunidade e do

---

<sup>14</sup> Maria Sylvia Zanella Di Prieto, 2009, p. 212

seu conteúdo, vinculados também pelos princípios constitucionais objetivos destinados à Administração Pública como eficiência, impessoalidade, moralidade, razoabilidade, dentre outros princípios de forma permanente.

Conveniência é quando o ato é útil ao interesse da coletividade, a consequência do ato vai proporcionar à coletividade algo superior, melhor, mais eficaz. A conveniência também é a liberdade que o Administrador público detém para estabelecer o conteúdo do ato, mas nunca se afastando de sua finalidade. Já a oportunidade é a decisão sobre o momento mais adequado para a realização feito.

Segundo Justem Filho, a conveniência e oportunidade podem ser objeto de liberdade do Administrador, como também pode não ser e assim se manifesta:

Veja que a lei pode instituir disciplina discricionária versando sobre conveniência e oportunidade ou sobre conveniência ou oportunidade. Mas também poderá existir disciplina que conceda autonomia ao aplicador no tocante a outros temas normativos<sup>15</sup>.

O poder de ação da administração, embora discricionário, não é totalmente livre, porque sob alguns aspectos, em especial, a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites impostos pela lei. Caso a Administração ultrapasse esses limites, sua decisão passa a ser arbitrária.

A justificação da discricionariedade administrativa pode ser do ponto de vista prático para promover maior celeridade na atuação do administrador, já que não é possível ao legislador prever todas as situações possíveis de ocorrer. A flexibilidade é outro fator de justificação da discricionariedade tendo em vista a dinâmica da sociedade contemporânea.

A excepcionalidade do ato discricionário surge da incapacidade de se prever a solução mais adequada para determinados fatos concretos ou diferentes situações. Por isso este ato ocorre para servir à coletividade, como um instrumento para melhor atender à finalidade pública, não constituindo assim mero privilégio da Administração.

---

<sup>15</sup> Marçal Justem Filho, 2009, p. 160

Importante esclarecer que a diferença entre ato administrativo vinculado e ato administrativo discricionário é o nível de liberdade de decisão concedida pelo legislador. Ambos vinculam-se às norma e princípios da boa e correta administração, conseqüentemente, não estão isentos ao controle judicial.

Porém, os atos administrativos discricionários possuem um grau maior de liberdade nas decisões do administrador na opção relativa a motivação e ao objeto.

Esta margem de discricionariedade em relação ao mérito, o juízo de conveniência entre oportunidade e conveniência, é que sofrem discussão, encontram certa resistência por parte da doutrina, jurisprudência e conseqüentemente pelo Poder Judiciário.

A doutrina tradicional do Direito Administrativo relaciona o mérito com a discricionariedade e por isso exclui a possibilidade do controle judicial.

Hely Lopes Meirelles afirma que não cabe ao judiciário a análise dos critérios do administrador, pois a lei deixou as opções para sua atuação:

Em tais atos (discricionários), desde que a lei confia à administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque não padrões de legalidade para aferir essa atuação.<sup>16</sup>

Os tribunais também entendem que o mérito administrativo não pode ser revisto pelo Judiciário, afirmando que extrapola os limites do controle jurisdicional a análise das questões de conveniência e oportunidade:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ESGOTO SANITÁRIO – MUNICÍPIO – MÉRITO ADMINISTRATIVO- LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE OS ATOS DO EXECUTIVO – CARÊNCIA DE AÇÃO – CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO SEM EXAME DO MÉRITO, COM BASE NO ARTIGO 267, VI DO CPC. ‘Ex vi’ da exegese do artigo 2º da CF, ao poder judiciário não é dado determinar e definir a realização por parte do Executivo Municipal, de obras públicas de grandes extensões para coleta e tratamento de esgoto sanitário, tampouco pode estipular prazo para concretização de referidas obras, sob pena de extrapolar os limites do controle jurisdicional, adentrando na seara da conveniência e oportunidade do ato administrativo, matéria que é reservada ao executivo.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Hely Lopes Meirelles, 2002, p. 151

<sup>17</sup> TJMG, apc. 1.0000.00.315801-1/000, Relator Desembargador Silas Vieira, 8ª Câmara Cível, DJ 15.08.2003.

Porém é importante ressaltar a existência da teoria dos motivos determinantes que vem sendo aceito pelos tribunais como situação que o Judiciário pode analisar a discricionariedade do ato.

Pela teoria dos motivos determinantes os motivos expostos vinculam todos os efeitos jurídicos, devendo existir a compatibilidade entre os motivos e os fins. Quando existe a desconformidade, o ato será invalidado.

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. RESULTADO FINAL. REVOGAÇÃO DEFINITIVA. CONCLUSÃO PRELIMINAR DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. ILEGALIDADE. CONTRATAÇÃO DE TEMPORÁRIOS NO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. PRECEDENTE. RECURSO PROVIDO.1. É ilegal a revogação definitiva do resultado final do Concurso Público para Provimento do Cargo de Ajudante de Serviços Gerais, regido pelo Edital 1/2001, da Secretaria de Estado da Educação de Minas Gerais, realizada com base em conclusão preliminar de procedimento investigatório. Precedente. 2. Embora aprovado em concurso público, tem o candidato mera expectativa de direito à nomeação. Porém, tal expectativa se transforma em direito subjetivo para os candidatos aprovados dentro das vagas previstas no edital se, no prazo de validade do certame, há contratação precária de terceiros, concursados ou não, para exercício dos cargos. 3. Segundo a **Teoria dos Motivos Determinantes**, a Administração, ao adotar determinados motivos para a prática de ato administrativo, ainda que de natureza discricionária, fica a eles vinculada. 4. Hipótese em que, constatado, ao final da investigação, que as conclusões preliminares não subsistiam e que não havia irregularidades no concurso público, caberia à Administração, à míngua de outros supostos vícios, proceder imediatamente à anulação das contratações temporárias e à nomeação dos candidatos aprovados. 5. Recurso ordinário provido.<sup>18</sup>

Também é importante esclarecer que a discricionariedade não se confunde com conceitos jurídicos indeterminados, pois estes são expressões e termos constantes nas normas sem exatidão, cabe ao interprete a atribuição de significação. Na discricionariedade a norma ao ser criada estabelece e concede ao administrador as opções de atuação no âmbito da oportunidade e conveniência. Segundo Carvalho Filho *“A discricionariedade não pressupõe imprecisão de sentido, como ocorre nos conceitos jurídicos indeterminados,*

---

<sup>18</sup> RMS 20565 / MG RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2005/0139302-9 Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5º turma DJ 21.05.2007 p. 595

*mas, ao contrário, espelha a situação jurídica diante da qual o administrador pode optar por uma dentre as várias condutas ilícitas e possíveis”<sup>19</sup>*

Para Marçal Justen Filho a discricionariedade não se confunde com interpretação porque a discricionariedade é opção legislativa que concede ao aplicador a produção do meio de solucionar o caso concreto e a interpretação é a vontade legislativa e o interprete não faz juízo de conveniência próprio. Portanto a diferença refletir-se-á na análise da legalidade do ato pois o interprete não poderá impor sua vontade como critério de interpretação.

Marças Justen Filho esclarece:

Mais do que isso, a distinção é relevante em vista do controle exercitado sobre as duas atuações. Se houver disciplina legislativa vinculada e o interprete pretender impor sua vontade pessoal como critério de disciplina normativa, haverá vício. A prevalência da ponderação pessoal não é válida quando se trata de interpretar-aplicar a lei.<sup>20</sup>

Assim fica claro a relevância da adequada caracterização do ato administrativo como vinculado ou discricionário para a possibilidade de análise pelo Judiciário.

Em síntese a discricionariedade é a atribuição da lei para que o administrador ofereça a solução mais viável para interesse publico, não se confundindo com interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, se compatibilizando com o princípio da legalidade.

Partindo para o foco principal deste trabalho, fica ainda a indagação sobre a aplicação do princípio da precaução para evitar e reduzir a degradação ambiental é ato administrativo vinculado ou discricionário.

---

<sup>19</sup> Jose dos Santos Carvalho Filho . 2006 pag. 43

<sup>20</sup> Marçal Justem Filho, 2009 pag 144

#### 4. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

A necessidade de preservação do planeta é uma preocupação de todos no momento atual, independente de uma visão que tenhamos antropocêntrica ou outras posições filosóficas que adotarmos, a ciência tem demonstrado a degradação do meio ambiente que vivemos. Ao lado dessa preocupação natural, o sistema jurídico mundial, observadas as particularidades de cada Estado, tem como função preservar o meio ambiente. No Brasil a legislação é bem estruturada em princípios capazes de fornecer instrumental para a atuação dos administradores no exercício do dever de preservação como preceitua o artigo 225 da Constituição da Republica Federativa do Brasil.

È relevante, que o direito ao meio ambiente equilibrado sendo uma prerrogativa constitucional, qualifica-se como direito fundamental de terceira geração, cujo inadimplemento atribuindo ao Poder Publico um dever de fazer, ou criando condições para o atendimento do preceito constitucional.

È nítida a intenção do artigo 225 da Constituição da Republica Federativa do Brasil em não só preservar o meio ambiente como também a rapidamente reparar os danos ambientais existentes.

Assim fica claro que a defesa do meio ambiente não é discricionária, pois o Constituinte como os legisladores infraconstitucionais não concedem ao administrador prerrogativa de conveniência e oportunidade.

O artigo 225 em seu texto utiliza a expressão “... impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-los e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” que demonstra claramente que o administrador público não tem opção, ou liberdade de atuação regidos pela conveniência e oportunidade.

Fica bem evidente que o objetivo buscado pelo constituinte não era oferecer ao Administrador a faculdade para preservar ou não. Também é visível que não concedeu ao Administrador a liberdade de optar qual seria o melhor momento de prevenir a ocorrência de dano.

#### 4.1. UM CASO PRÁTICO – REPARAÇÃO DE DANO AMBIENTAL

No acórdão 1.0439.04.027857-4-APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO, o relator, Desembargador Moreira Diniz, na análise do mérito evidencia que os rios são bens públicos de uso comum do povo e portanto devem ser objeto de atuação do administrador com o intuito de preservá-los e repará-los no caso de degradação. Ressalta também a importância do meio ambiente ecologicamente equilibrado e o dever de defesa do Brasil em seu artigo 225.

O relator afirma que a degradação pelos esgotos residenciais e industriais não tratados, é fato incontroverso. Mas reforma a decisão da magistrada na primeira instância sob a alegação que não cabe ao judiciário observar questões de mérito, ligadas à conveniência e oportunidade. Para o relator a decisão prolatada fere o princípio da separação dos poderes ao intervir em formulação de políticas públicas e destinação de recursos públicos. Afirma também o eminente relator que o estabelecimento de comando judicial determinando a prazo para a implantação do tratamento de esgotos é inviável sob o aspecto orçamentário. Em seu voto o Desembargador em virtude de escassez de recursos, afirma que a priorização da distribuição orçamentária cabe ao executivo através de um critério de seletividade, sendo este ato tipicamente político não estando sob a competência judiciária

No voto do revisor, o Desembargador Darcio Lopardi Mendes a ressalta a obrigatoriedade de construção de estações de tratamento de esgoto para a preservação da saúde da população, afirma ainda que a sentença merece reforma ao estabelecer prazo para a execução das obras, pois além da dificuldade de recursos financeiros, existem outros fatores operacionais que podem tornar a sentença previsivelmente inexecutável.

O vogal, Desembargador Almeida Melo, ressalta que o Estado Democrático de Direito pressupõe além da separação de poderes, o controle recíproco, mas afirma ainda que o prazo para a recuperação de danos centenários não se mostra viável como fixado na sentença da 1ª instância.

O acórdão demonstra sem sombra de dúvida que a ausência de tratamento de esgotos domésticos e industriais provocou danos efetivos no Rio

Muriaé, fato que não parece contestada pelas partes vencidas. Os Desembargadores em sua unanimidade afirmam que o dano existiu e sua necessidade de reparação. A própria concessionária do serviço público e o município de Muriaé já atuaram através do plano de recuperação.

Até este ponto parece não termos questões divergentes, mas o foco da análise é se a recuperação do dano ambiental e a necessidade de uma atuação preventiva e precaucionada são questões de conveniência e oportunidade ou a atuação vinculada.

A decisão demonstrou que o relator com sustentação em julgados do próprio tribunal, tem o entendimento que não cabe ao Poder Judiciário analisar o mérito, mas sim quanto a legalidade do ato administrativo.

Também não foi abordado pelos eminentes Desembargadores os princípios da precaução e da prevenção quanto ao dano ambiental.

O preceito constitucional do artigo 225 deixa claro e evidente que a Política Nacional de Defesa Ambiental é sustentada por princípios adotados internacionalmente que exigem uma atuação do Estado e da coletividade promovendo o desenvolvimento sustentável, agindo com precaução e preventivamente e com participação e principalmente com ubiquidade.

Diante desta base principiológica, a degradação do rio Muriaé por despejo de esgotos industriais e residenciais não tratados, deve ser rapidamente revertida provocando uma nova realidade ambiental.

Apesar da constatação científica dos danos causados e o plano de recuperação que prevê um prazo de 20 anos, a questão não é apenas de restaurar o dano causado, mas agir rapidamente para não agravar os riscos passíveis de serem acrescidos. Estamos assim diante de uma situação que já se sabe as consequências e evidenciadas através de estudos científicos, mas as consequências do fator tempo na busca de uma recuperação não são plenamente mensuráveis cientificamente.

O princípio da precaução impõe a todos que mesmo sem condições de comprovação científica no momento atual, o dano ambiental podendo ocorrer deve ser rapidamente precavido, como ensina Colombo<sup>21</sup>:

Observe-se que a consagração do princípio da precaução no ordenamento jurídico pátrio representa a adoção de uma nova postura em relação à degradação do meio ambiente. Ou seja, a precaução exige que sejam tomadas, por parte do Estado como também por parte da sociedade em geral, medidas ambientais que, num primeiro momento, impeçam o início da ocorrência de atividades potencialmente e/ou lesivas ao meio ambiente. Mas a precaução também atua, quando o dano ambiental já está concretizado, desenvolvendo ações que façam cessar esse dano ou pelo menos minimizar seus efeitos.

Temos ainda o princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento:

Para proteger o meio ambiente medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados, segundo suas capacidades. Em caso de riscos de danos graves ou irreversíveis, a ausência certa científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando a prevenir a degradação do meio ambiente.

Assim a necessidade de atuação urgente do município para a recuperação bem como para o agravamento do dano parece ser um mandamento legal, ou seja, não se coloca ao Estado uma alternativa para atuar rapidamente ou mais lentamente, mas sim uma atuação voltada para o cumprimento do dever de manter o rio em condições ecológicas adequadas e saudáveis no caso analisado.

O ato discricionário se caracteriza por maior liberdade do administrador, que pode optar entre alternativas ou ainda agir perante a conveniência e oportunidade sempre visando o atendimento dos interesses da coletividade sustentados ainda pelos princípios constantes do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Na situação sob análise, temos o dano ambiental já devidamente comprovado e crescente como bem afirma o Desembargador vogal, e

---

<sup>21</sup> Colombo, Silvana Blender, 2004.

ocorrendo a décadas “Certamente, será improvável o conserto de uma degradação centenária no aperto de três anos”<sup>22</sup>. Portanto a exegese dos princípios constitucionais da precaução, prevenção e ainda o da eficiência administrativa, indica que a reparação rápida é no mérito uma obrigação do administrador. Não temos uma situação de liberdade de ação do administrador, mas sim de uma vinculação ao preceito legal.

Considerando como exposto anteriormente que o ato vinculado é aquele que o administrador não recebe o poder de agir segundo o critério de conveniência e oportunidade, em razão da aplicação do princípio da precaução, fica caracterizado que os atos de manutenção e recomposição do equilíbrio ecológico, são atos vinculados e, portanto passíveis de análise pelo Poder Judiciário.

---

<sup>22</sup> Desembargador Almeida Melo.

## 5. CONCLUSÃO

O meio ambiente é fundamental para a realização da vida humana e conseqüentemente para a dignidade da pessoa humana, e para proteger o equilíbrio ambiental, o Direito Ambiental apresenta sua autonomia científica, por meio de princípios específicos e próprios capazes de efetivar o mandamento constitucional de proteção para as gerações atuais e futuras.

Dentre os princípios do Direito Ambiental temos o da precaução que se apresenta como uma medida de proteção de risco de danos, mesmo diante da ausência de certeza científica, mas que busca a não procrastinação da preservação ou mesmo restauração da situação anterior.

Aplicação dos princípios do Direito Ambiental, alcança a toda a coletividade e o Estado. Assim a Administração Pública também se sujeita aos deveres impostos pela Carta Magna quando ao dano ambiental. Esta mesma Administração Pública está sob o amparo das doutrinas do Direito Administrativo, que construiu a teoria dos atos administrativos classificando-os como vinculados ou discricionários.

Ainda sob o argumento que atos discricionários não podem ser analisados pelo Judiciário, muitos julgados chegam ao mérito, deixando de aplicar o princípio da precaução que juntamente com outros elementos do ato configuram na verdade um ato vinculado.

Assim aliado com o entendimento que a reparação do dano ambiental é ato vinculado e ainda a necessidade de aplicação do princípio da precaução, vimos que o Judiciário poderá apreciar os atos necessários para a reparação do dano ambiental no menor prazo possível, ainda que não dotados de plena certeza científica.

## 6. REFERÊNCIAS

ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 1284 p.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 545 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 499 p.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 607 p.

\_\_\_\_\_. *Ética, educação, cidadania e direitos humanos: estudos filosóficos entre cosmopolitismo e responsabilidade social*. Barueri, SP: Manole, 2004. 268 p.

\_\_\_\_\_. *Curso de ética jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. 547 p.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura Alla funzione: nuovi studi di teoria Del diritto*. Bari: Laterza, 2007. 241 p.

\_\_\_\_\_. *Teoria generale Del diritto*. Torino: G. Giappicheli, 1993. 297 p.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível. AÇÃO civil pública – esgoto sanitário – município – mérito administrativo- limites do controle judicial sobre os atos do executivo – carência de ação – confirmação da sentença que extinguiu o feito sem exame do mérito, com base no artigo 267, VI do CPC*. Apelante: Ministério Público de Minas Gerais e Apelado Município de Timóteo. Relator Silas Vieira. Sumula do Acórdão Publicado em 15.08.2003.

\_\_\_\_\_. *Apelação Civil/Reexame necessário 1.439.04.027857-4. Direito constitucional – direito administrativo – direito processual civil - ação civil*

pública - cerceamento de defesa – decisão interlocutória irrecorrida – preclusão – artigo 473 do código de processo civil – lançamento de esgoto nos mananciais de água – dano ao meio ambiente – ausência de omissão do poder público – imposição de conveniência e oportunidade – controle jurisdicional restrito à legalidade do ato administrativo – improcedência. Apelante Município de Muriaé. Apelado Ministério Público de Minas Gerais. Relator Desembargador Moreira Diniz. Publicado em 16.03.2007.

\_\_\_\_\_ Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança 20565. Concurso público. Resultado final. Revogação definitiva. Conclusão preliminar de procedimento investigatório. Ilegalidade. Contratação de temporários no prazo de validade do certame. Precedente. Recurso provido. Recorrente Julio dos Santos e Outros. Recorrido Secretaria de Educação do Estado de Minas Gerais e Estado de Minas Gerais. Relator Arnaldo Esteves Lima. Publicação do acórdão em 21.05.2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 1008 p.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2004. 501 p.

COLOMBO, Silvana Brender, *O princípio da precaução no direito ambiental*. Jus Navegandi, Teresina, ano 9 n. 488, 2004. Disponível em [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5879](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5879). Acesso em 12/06/2014. CURI, Ivan Guérios (org.). *Estudos de teoria geral do direito*. Curitiba: Juruá, 2006. 213 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed.. São Paulo: Atlas, 2009. 864 p.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 2. ed.. São Paulo: Atlas, 2007. 242 p.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 10. ed.. São Paulo: Saraiva, 2009. 642 p.

GASPARINI, Diógenes, *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 1022 p.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 391 p.

\_\_\_\_\_. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 306 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. 1147 p.

LEITE, José Rubens Morato, (org.). *Inovações e, direito ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 9. ed..São Paulo: Malheiros, 2001. 1031 p.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em júízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 576 p.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 509 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 791 p.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 1008 p.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 1119 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 836 p.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva 2003. 1033 p.