

CONTROLE JUDICIAL DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL E MELHORES TECNOLOGIAS DISPONÍVEIS

ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA

alvaromirra@tjsp.jus.br

III Congresso Brasileiro da Magistratura e do Ministério Público para o Meio Ambiente

Proteção ambiental: a missão garantidora do Poder Judiciário e do Ministério Público

Abrampa – Associação Brasileiro do Ministério Público para o Meio Ambiente

Painel VI: Técnicas de Tutela do Meio Ambiente

Araxá, 09.08.2019

1. Atuação do Estado na área ambiental

- atuação do Estado: fundamental para a proteção do meio ambiente - controle e fiscalização das atividades degradadoras + implementação de programas de ação e políticas públicas ambientais.
- entendimento sobre a natureza, a forma e os meios de atuação do Estado: modificações ao longo do tempo - exercício de competência discricionária ou vinculada na ação administrativa ambiental.
- **nova visão: marco evolutivo** - CF/1988, art. 225, *caput*:
- *dever do Poder Público – e da coletividade – defender e preservar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras* → Estado: incumbência de adotar ações e programas (política ambiental do País, incluindo licenciamento ambiental) → atividade dos órgãos estatais = natureza compulsória = exigibilidade do exercício das competências ambientais estatais (KRELL, 2004; GOMES, 2003; MIRRA, 2004) → *dever fundamental*.
- *direito ao meio ambiente = direito fundamental* (terceira geração/dimensão); direito de defesa e prestacional (*abstenção e prestação positiva* do Poder Público na área ambiental) – MIRANDA, 2000; CANOTILHO; MOREIRA, 2007; FENSTERSEIFER, 2008; MIRRA, 2011.

2. Consequência da evolução constitucional na matéria

- principal consequência do quadro normativo constitucional: em alguns casos *retirar* e em outros *limitar* a discricionariedade do Estado na área ambiental (BENJAMIN, 2007; SARLET; FENSTERSEIFER, 2012):
- (a) não se admite que o Estado opte por não agir em defesa do meio ambiente - o Poder Público deve sempre agir (CANOTILHO, 2004; SARLET; FENSTERSEIFER, 2012; MORATO LEITE; AYALA, 2004; MACHADO, 2015; MILARÉ, 2015);
- (b) não se admite que o Estado atue de maneira insuficiente na proteção do meio ambiente - a proteção estatal deve ser adequada e eficiente (princípio da vedação da atuação insuficiente do Estado na área ambiental) SARLET; FENSTERSEIFER, 2012);
- (c) não se admite que o Estado retroceda no grau de proteção ambiental já alcançado – esfera legislativa e administrativa (princípio da não regressão ou da proibição de retrocesso ambiental) – GAVIÃO FILHO, 2005; SARLET; FENSTERSEIFER, 2012;

- (d) momento de agir: não se admite que o Estado postergue a adoção das medidas necessárias à proteção do meio ambiente (exercício do poder de polícia + implementação de políticas públicas ambientais - MIRRA, 2011);
- (e) modo de agir: exige-se do Poder Público que adote sempre a melhor alternativa sob o ponto de vista da preservação da qualidade ambiental - quando concedida certa liberdade de ação ao Poder Público, a escolha do Poder Público deve ser sempre a que melhor atenda à necessidade de preservação da qualidade ambiental (GOMES, 2003; FREITAS, 2013).
- **conclusão:** sistema jurídico brasileiro = limitação à liberdade de conformação dos poderes estatais na adoção das medidas relacionadas à tutela do meio ambiente (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012) → aumento das hipóteses em que o agir dos órgãos estatais se torna vinculado.

3. O posicionamento dos tribunais na matéria

- nova visão = encampada e aprofundada pela jurisprudência de muitos dos nossos tribunais; especialmente tribunais superiores – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

3.1. A atuação na defesa do meio ambiente como tarefa irrenunciável do Estado

- STF e STJ: atuação na defesa e na preservação da qualidade ambiental - CF (art. 225) e LPNMA (art. 2º, I e V) = tarefa *irrenunciável* do Estado (STF – Tribunal Pleno – ADI n. 3540/DF-MC – rel. Min. Celso de Mello – DJ de 03.02.2006; STJ – 2ª T. – REsp n. 1.071.741/SP – j. 24.03.2009 – rel. Min. Herman Benjamin) → proteção do meio ambiente = autêntica função pública - Poder Público não pode se desvencilhar, sob pena de descaracterização da própria existência do Estado (AGUILLAR, 2011, p. 28).

3.2. O controle e a fiscalização de atividades degradadoras como dever-poder de natureza vinculada e irrenunciável dos órgãos administrativos

- cumprimento do dever de controle e fiscalização das atividades potencialmente degradadoras → exercício do poder de polícia na área ambiental: o STJ – 2ª T. – REsp n. 1.071.741/SP – j. 24.03.2009 – rel. Min. Herman Benjamin: existe, a cargo dos órgãos administrativos, um “inequívoco dever-poder de controle e fiscalização ambiental, de natureza vinculada, indisponível, irrenunciável e imprescritível”, havendo sempre a necessidade de pronta e eficaz atuação do Estado na defesa não só do seu patrimônio como também dos bens que são de uso comum do povo (como o meio ambiente) → dever de controlar e fiscalizar o exercício de atividades degradadoras = tarefa **irrenunciável** e **vinculada** do Estado, não existindo qualquer liberdade para a Administração no sentido de exercer ou não a fiscalização.

- mais: orientação do STJ = não basta adoção pelo órgão ambiental de uma ou algumas das providências postas à sua disposição pela lei para o controle e a fiscalização – órgão encarregado do controle e da fiscalização = todas as medidas necessárias para a proteção do meio ambiente, sob pena de caracterização da responsabilidade civil do Estado, em caráter solidário com o degradador, por omissão no dever de controle e fiscalização (responsabilidade objetiva, solidária, mas de execução subsidiária).
- ideia básica: existe não só o dever da Administração de controlar e fiscalizar o exercício de atividades potencialmente degradadoras, mas também o dever de atuar de modo diligente e eficiente na proteção do meio ambiente → **vedação da atuação insuficiente da Administração** em matéria ambiental, sob pena de responsabilização do Estado na esfera civil.

- consequência: admissão, na jurisprudência, da ampliação do controle pela via judicial tanto das ações como das omissões do Poder Público no exercício do controle e da fiscalização em matéria ambiental:
- se se retira ou se se limita a liberdade do Poder Público (i) quanto a agir ou não agir na defesa do meio ambiente, (ii) quanto ao momento em que o Poder Público deve agir, (iii) e quanto ao modo de ação → aumenta o espaço de controle da atuação do Poder Público, inclusive pela via judicial.
- quanto menor o espaço de liberdade de atuação do Poder Público, maior a vinculação na sua atuação e, conseqüentemente, mais ampla a possibilidade de controle pela via judicial → entendimento firmado nos últimos anos pelos nossos tribunais e especialmente pelo STF e pelo STJ.

3.3. Controle judicial de legalidade ampla no licenciamento ambiental

- controle judicial no âmbito dos atos e procedimentos administrativos em matéria ambiental = controle de *legalidade ampla* e não apenas de legalidade estrita.
- STJ – reconhece que a tendência atual da doutrina e da jurisprudência é no sentido de admitir a possibilidade de controle judicial da legalidade ampla dos atos administrativos em matéria ambiental (STJ – 2ª T. – REsp n. 938.484/MG – j. 08.09.2009 – rel. Min. Herman Benjamin).
- origem do julgado: acórdão do TJMG (TJMG – 2ª Câmara Cível – Ap. Cív. n. 1.0194.03.031452-1/004 – j. 14.02.2006 – rel. Des. Caetano Levi Lopes) → doutrina do Dr. Paulo Márcio da Silva (MP/MG) a respeito do controle de legalidade ampla em tema de direitos difusos e coletivos.

- controle judicial de legalidade “ampla” dos atos e procedimentos administrativos em matéria ambiental:
- fundado não apenas na lei em sentido estrito como também na totalidade do sistema jurídico-ambiental, nos valores fundamentais do ordenamento jurídico e nos princípios gerais do direito ambiental → Min. Herman Benjamin: se o ato administrativo afronta o sistema jurídico-ambiental, seus valores fundamentais e seus princípios basilares, esse ato não pode prevalecer.
- o controle de legalidade ampla: não apenas as regras dispostas na lei para a prática de cada ato – também os princípios fundamentais do direito ambiental (princípio da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador, da função socioambiental da propriedade, do desenvolvimento sustentável, da informação e da participação, da proibição de retrocesso) + princípios gerais do direito administrativo; ainda: repercussão da atividade licenciada para o aquecimento global e as mudanças climáticas (G. Wedy) => elementos a serem considerados pelo administrador público na concessão do licenciamento e passíveis de controle pela via judicial.

- controle judicial de legalidade ampla:
- (i) controle da discricionariedade administrativa em matéria ambiental = hipóteses em que ainda há algum espaço de liberdade para o administrador (“discricionariedade técnica”);
- (ii) controle do conteúdo de atos e procedimentos administrativos ambientais;
- (iii) controle de conceitos jurídicos indeterminados utilizados em matéria ambiental;
- (iv) controle da viabilidade de determinadas atividades e empreendimentos potencialmente degradadores, sob o ponto de vista da relação custo-benefício dos empreendimentos em termos ambientais.
- *licenciamento ambiental*: controle de legalidade ampla = abrange prescrições técnicas para a realização de cada empreendimento (condicionantes técnicas) – abrange a *discricionariedade técnica*, onde existe maior liberdade para a Administração.

- discricionariedade técnica não isenta Poder Público de controle → exigências técnicas → finalidade básica e fundamental do licenciamento ambiental = garantir que o desempenho da atividade licenciada se faça com a preservação da qualidade ambiental (Marchesan, Steigleder, Cappelli, 2008; Farias, 2015).

- prescrições técnicas = devem ser adequadas e suficientes para atingir a finalidade do licenciamento ambiental → princípio da vedação da atuação insuficiente da Administração + aplicação dos princípios da prevenção e da precaução na decisão do órgão administrativo quanto às exigências técnicas formuladas.

- **portanto**: órgão ambiental deve exigir do empreendedor a adoção de providências técnicas que sejam adequadas e suficientes ao cumprimento da finalidade do licenciamento – parâmetros de atuação: princípios da prevenção e da precaução = exigência do emprego pelo empreendedor da **melhor tecnologia disponível** (Marchesan, Steigleder, Cappelli, 2008), independentemente do custo dessa medida – sobretudo quando se estiver diante de empreendimentos potencialmente causadores de grande impacto socioambiental.

- obrigação do emprego da melhor tecnologia disponível = *obrigação implícita em todo processo de licenciamento ambiental*, independentemente de exigência expressa do órgão ambiental ou do órgão competente para o licenciamento (Loubet, 2014; Silveira, 2016).
- possibilidade de controle pela via judicial do licenciamento ambiental na eventualidade de as prescrições técnicas previstas pelo órgão ambiental não serem adequadas ou suficientes para a proteção do meio ambiente, inclusive pelo não emprego da melhor tecnologia disponível.
- controle de legalidade ampla do licenciamento => atinge aspectos da discricionariedade técnica da Administração, à luz de princípios do direito ambiental (vedação da atuação insuficiente do órgão público licenciador, prevenção e precaução) = inclusive para verificar se a exigência de adoção da melhor tecnologia disponível foi imposta ao empreendedor ou foi observada pelo empreendedor → não só no momento da concessão das licenças, mas também após o licenciamento (monitoramento do exercício da atividade) e independentemente da expiração do prazo de validade da licença – Farias, 2015 – **ausência de direito adquirido ao exercício da atividade como inicialmente licenciada** (STJ – 1ª T. – AgInt no REsp 1283547/SC – j. 23.10.2018 – rel. Min. Regina Helena Costa; STJ – 2ª T. – AgInt no REsp 1419098/MS – j. 15.05.2018 – rel. Min. Assusete Magalhães) + **impossibilidade de se invocar o fato consumado para atividades que após o licenciamento se revelam perigosas ou efetivamente degradadoras** (STF – 2ª T. – RMS 23.544-AgRg – rel. Min. Celso de Mello + Súmula n. 613 do STJ).

- *Portanto: inviável afastar o controle, pela via judicial, a respeito da exigência da adoção da melhor tecnologia disponível pelo empreendedor, como condição para a concessão das licenças ambientais e como condição para o prosseguimento das atividades já licenciadas, seja em razão de a melhor tecnologia disponível se apresentar como uma cláusula (obrigação) implícita em todo processo de licenciamento, seja em razão da necessidade de o Poder Público, no licenciamento ambiental, pautar a sua atuação nos princípios da prevenção e da precaução e na exigência de agir sempre de maneira diligente e eficiente no controle das atividades potencialmente degradadoras, em vista da preservação do meio ambiente (STF e STJ).*
- ressalva: o emprego da melhor tecnologia disponível não garante a viabilidade da atividade sob o ponto de vista ambiental – desmistificação da tecnologia como solução para os problemas ambientais – mesmo com utilização da melhor tecnologia disponível, a atividade ou empreendimento pode não ser licenciado = matéria passível de controle pela via judicial.

- **4. CONCLUSÕES**

- (a) jurisprudência atual: efetivo controle do exercício das atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente = tarefa irrenunciável do Estado (STF e STJ) - órgãos competentes devem atuar de maneira eficiente e diligente no controle e na fiscalização das atividades degradadoras → redução da liberdade de atuação da Administração em matéria de proteção do meio ambiente → aumento das hipóteses em que o agir dos órgãos estatais se torna vinculado, inclusive no âmbito do licenciamento ambiental → ampliação do espaço de controle judicial.
- (b) o controle judicial de legalidade no âmbito do licenciamento ambiental = controle de legalidade ampla = verificação se o licenciamento está em conformidade com o sistema jurídico-ambiental, seus valores fundamentais e seus princípios basilares (STJ).

(c) mesmo quando se admite certa liberdade de ação ao órgão administrativo – p.ex.: condicionantes técnicas do licenciamento (discricionariedade técnica): possibilidade de controle, pela via judicial, quanto à adequação e suficiência das condicionantes técnicas, à luz dos princípios da vedação da atuação insuficiente do poder público em matéria ambiental, da prevenção e da precaução => inclusive no tocante à necessidade de imposição ao empreendedor da adoção da melhor tecnologia disponível para evitar danos e degradações ambientais (independentemente do custo), seja no momento da concessão das licenças ambientais, seja no desenvolvimento posterior da atividade licenciada.

- ressalva: o emprego da melhor tecnologia disponível, embora importante, não garante a viabilidade da atividade sob o ponto de vista ambiental – matéria passível de controle judicial