Número 20 – novembro/dezembro/janeiro - 2009/2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

REDUÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA POR MEIO DE PREVISIBILIDADE TÉCNICA

Sérgio Guerra
Mestre e Doutor em Direito. Professor de Direito Administrativo dos Cursos de Graduação e de Mestrado da Escola de Direito do Rio de Janeiro – Fundação Getulio Vargas.

Se, de um lado, a evolução das escolhas administrativas caminha para uma nova fase, que não nega a necessidade de se ampliar a atuação estatal executiva, e, de outro, sustenta-se haver incompatibilidade entre a fórmula que compõe a discricionariedade administrativa — oportunidade e conveniência — dependente de critério político com as reais necessidades cotidianas da sociedade pluriclasse, pode-se ter, como importante antídoto contra os riscos do arbítrio/tecnocracia, a ***previsibilidade técnica***. Vale dizer, o procedimento técnico, como novo conceito central do direito administrativo permite maior participação dos cidadãos, valorizando a relação jurídico-administrativa com o poder público.

No âmbito desta procedimentalização da concretização das políticas públicas estatais, a ***previsibilidade técnica***, como parâmetro mitigador dos riscos do arbítrio, é importante remédio contra as decisões casuísticas. A complexificação crescente da atividade administrativa contemporânea implica na consideração da escolha administrativa como instrumento funcionalmente ligado à criação de clareza e previsibilidade relativamente ao desenvolvido futuro das relações jurídicas administrativas.[1]

O relacionamento entre a Administração e o cidadão deixou de ser esporádico e instantâneo,[2] surgindo espaços para relações duradouras e continuadas. Isto é, "a decisão deve ser prospectivamente responsável,

[1] SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 461.
[2] Id., Ibid., p. 99.

levantando e estimulando, para esse efeito, as ***conseqüências previsíveis***",[3] de modo que a mesma seja ponderada "tanto quanto a seu valor intrínseco quanto a seu valor posicional no contexto da questão a ser solucionada".[4]

Esta previsibilidade das técnicas e dos mecanismos procedimentais que devem limitar a atuação das entidades administrativas pode conformar solução jurídica que ajude a impedir que a grande quantidade de atos normativos decorrentes da deslegalização venha a conduzir a uma insegurança jurídica insuportável.

Alguns cenários em que a previsibilidade técnica vincula a escolha administrativa são apresentados por Paulo Otero. O conteúdo vinculante é determinado por meio do recurso a ciências exatas ou não, dotadas de origem empírica e que expressam o fruto de uma avaliação do tipo científica visando a determinados fins. Segundo o autor,[5] pode ocorrer: (i) nos casos em que o administrador público acolha regras técnicas e científicas, autovinculando a futura atividade de seus órgãos; (ii) nas hipóteses em que as escolhas administrativas só possam ser feitas na seqüência de estudos técnicos e científicos que conduzam a resultados tendencialmente unívocos e que, portanto, não comportam valorações; (iii) na integração de conceitos jurídicos indeterminados que comportem a formulação de juízos de natureza ou conteúdo científico, e que, portanto, só podem ser concretizados por meio de critérios extraídos de tais ciências e (iv) no conjunto de operações materiais que, desenvolvidas no contexto das escolhas administrativas, traduzam o exercício de uma atividade profissional que obedece, em si e por si, a normas técnicas e científicas específicas.

Um caso concreto de "previsibilidade técnica" pode ser constatado nos votos e debates do julgamento da ADIN 3378-6-DF, acerca da constitucionalidade da lei que criou a compensação ambiental.

Em 18 de julho de 2000, com a edição da Lei nº 9.985 que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, e regulamentou o art. 225, §1º, I, II, III e VII, da CF, a adoção de medidas compensatórias ambientais passou a ser fator condicionante para o licenciamento de todo empreendimento causador de *significativo impacto ambiental*, assim considerado pelo órgão competente. Ademais disso, a Lei nº 9.985/2000, além de ter abrangido o leque de atividades sujeitas às medidas compensatórias, também ampliou a destinação dos recursos, possibilitando ou obrigando o empreendedor a apoiar a implantação e manutenção de Unidade de Conservação do Grupo de Proteção Integral.

A ordem de prioridade na aplicação dos recursos é aberta, permite ampla discricionariedade nas escolhas e envolve regularização fundiária e demarcação das terras; elaboração, revisão ou implantação de plano de manejo; aquisição de bens e serviços necessários à implantação, gestão, monitoramento e proteção da unidade, compreendendo sua área de amortecimento; desenvolvimento de estudos necessários à criação de nova unidade de conservação; e

---

[3] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 102.

[4] Id., Ibid.

[5] OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p 764.

desenvolvimento de pesquisas necessárias para o manejo da unidade de conservação e área de amortecimento.

Para alguns a decisão do Supremo teria agravado a situação dos empreendedores. Permitam-me discordar.

Para surpresa dos empreendedores, a denominada compensação ambiental não foi vinculada ao impacto ambiental a ser mitigado, e, sim, ao montante despendido pelo empreendedor na instalação do negócio. Apesar de tal cobrança objetivar a *compensação* dos danos causados ao meio ambiente pela implantação de empreendimentos de significativo impacto ambiental, o legislador utilizou-se do *valor* dos custos de implantação do empreendimento como base de cálculo.

Ou seja, quanto mais dispendiosa a implantação da planta (até mesmo para causar menos impacto), mais o empreendedor deveria pagar ao Governo.

Resumidamente, a norma se apoiava em algumas premissas: a) era devido um valor mínimo, a título de compensação ambiental (0,5%); b) a base para o montante desse valor era o investimento aportado; c) o órgão ambiental possuía uma "carta em branco", pois competia a ele decidir o valor (compulsoriamente superior àquele percentual).

Com a decisão do Supremo a situação mudou – e para melhor! E isso se deve aos calorosos debates provocados pelo voto divergente, de autoria do Ministro Marco Aurélio, cujo objetivo centrou-se na retirada do "cheque em branco" das mãos do Administrador Público, pois seria uma delegação imprópria, contrária, portanto, ao texto Constitucional de 1988; e, desvincular a compensação ambiental do valor do investimento, de modo que houvesse, sim, uma relação de causalidade entre o dano e a compensação (art. 225, §3º, CF).

Com as intervenções e proposta da lavra do Ministro Menezes Direito chegou-se a uma decisão majoritária de interpretação com redução de texto, que, em primeiro lugar, retirou as expressões *"não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento"* e *"o percentual"*, constantes do referido § 1º do art. 36. Com isso, deixou-se de aplicar, compulsoriamente, o percentual de 0,5% sobre todo e qualquer empreendimento de significativo impacto ambiental. Vale, a partir de então, uma análise, caso a caso, do valor devido sem que já se parta de um piso obrigatório.

A decisão também seguiu na linha sustentada pelo Ministro Marco Aurélio de que o Administrador Público não pode ter um "passaporte para o absoluto", uma discricionariedade insindicável e incontrolável. Assim, o *quantum* da compensação passou a vincular-se ao *grau de impacto do empreendimento* (e não mais aos custos) apurado de acordo com o Estudo de Impacto Ambiental e seu relatório (RIMA), com possibilidade de amplo debate, permitindo transparência e ***previsibilidade técnica***.

Na avaliação de impacto ambiental são idenitificados os aspectos positivos e os negativos de um empreendimento. Nos negativos são definidas as medidas mitigadoras, avaliando-se, ainda, a eficiência de cada uma delas. Daí, segundo a máxima de que o bom é inimigo do ótimo, o aplauso à decisão do STF, pois, considerando que alguns desses impactos não são passíveis de serem mitigados, como fonte alternativa, será devida uma compensação por meio da destinação de recursos para a manutenção de Unidades de Conservação ou criação de novas unidades.

Vale lembrar que remanesce o disposto no caput do art. 31 do Decreto nº 4.340, que veio a regulamentar diversos artigos da Lei do SNUC, entre eles o citado art. 36. No concernente à identificação dos empreendimentos obrigados à adoção de medidas de compensação foram estabelecidos alguns critérios para *vincular* essa atividade do órgão ambiental. Consoante disciplinado nesse ato regulamentar somente estariam sujeitos à medida compensatória os empreendimentos que potencialmente causem, no momento de sua implantação, impactos negativos não mitigáveis e passíveis de riscos que possam comprometer a qualidade de vida de uma região ou causar danos aos recursos naturais.

De acordo com o art. 32 do já citado Decreto nº 4.340/00, os órgãos licenciadores deverão instituir câmaras de compensação ambiental, com a finalidade de analisar e propor a aplicação da compensação ambiental, para a aprovação pela autoridade competente, *de acordo com os estudos ambientais realizados.*

Por fim, a decisão do STF reafirma a indispensável observância do devido processo legal (direito ao contraditório e a ampla defesa) no processo de apuração dos valores a serem fixados *proporcionalmente* ao impacto ambiental. Considerando a dificuldade de valoração do dano ambiental, somada à inexistência de critérios objetivos para a fixação do montante a ser destinado pelo empreendedor para efeitos de compensação ambiental - e utilização eficiente dos recursos financeiros – é bom ter em conta que o percentual a ser estipulado pelo licenciador, assim como o destino dos recursos, sempre serão passíveis de questionamentos na esfera administrativa ou, até mesmo, judicial, agora com maior chance de êxito.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

GUERRA, Sérgio. Redução da Discricionariedade Administrativa por Meio de Previsibilidade Técnica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 20, novembro/dezembro/janeiro, 2009/2010. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-20-NOVEMBRO-SERGIO-GUERRA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.