

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 8 – Números 30/31 – janeiro/dezembro 2009
Brasília-DF



Improbidade Administrativa

A improbidade administrativa e o controle do licenciamento ambiental à luz dos princípios constitucionais da Administração Pública. O caso das audiências públicas

Tiago Modesto Rabelo*

Sumário: 1 Introdução. 2 A Administração Pública. 2.1 Considerações iniciais. A função administrativa. 2.2 Princípios constitucionais administrativos. 3 O licenciamento ambiental. 3.1 Considerações iniciais: ato administrativo. 3.2 O meio ambiente. Licenciamento X Licença. 3.3 Natureza jurídica: licença ou autorização? Discricionariedade na concessão da licença? 4 A improbidade administrativa. 4.1 Considerações iniciais: corrupção. Os princípios da moralidade e da probidade administrativa. 4.2 Improbidade administrativa na Constituição Federal brasileira e a Lei Federal n. 8.429/1992. Abrangência subjetiva, espécies e sanções. 5 Controle da licença ambiental pela ação de improbidade administrativa. 5.1 Influência dos princípios norteadores da Administração Pública na administração ambiental. 5.2 O controle da discricionariedade exercido pelo art. 11 da Lei de Improbidade: possibilidade de controle do licenciamento ambiental pela ação de improbidade administrativa. 6 Problema de caso. Das audiências públicas. 7 Conclusão.

1 Introdução

Em razão das consequências decorrentes das constantes interferências no ecossistema, a sociedade passa a perceber a

* Tiago Modesto Rabelo é Procurador da República no Município de Marabá-PA.

importância da preservação ambiental. As inúmeras transformações ocorridas, tanto no seio social como no político, no meio econômico e no cultural, vêm contribuindo para o entendimento sobre a necessidade de se rediscutirem questões afetas ao meio ambiente e à preservação ambiental.

A utilização dos recursos naturais feita de maneira inteligente está circunscrita pelos princípios inerentes à dignidade da pessoa humana, em que o interesse econômico contrapõe-se, em relação de ponderação, ao interesse comum do meio ambiente e de sobrevivência do ser humano e do próprio planeta. Sobreleva-se a relevância da preservação ambiental, porque constitui, outrossim, papel fundamental no desenvolvimento econômico e social.

Por tais razões é que a Carta Magna de 1988 elevou à categoria de direitos fundamentais o meio ambiente ecologicamente equilibrado, entendido como um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, cabendo ao Poder Público e à coletividade a sua defesa e preservação. O direito constitucional ambiental, assim, fundamenta todas as normas que regem o ecossistema. Visando à preservação ambiental, o direito ambiental criou instrumentos de planejamento voltados para a preservação ambiental.

É o caso do licenciamento ambiental, importante instrumento de gestão do meio ambiente, por meio do qual a Administração Pública busca exercer o controle sobre as atividades humanas que nele interferem.

Dessa feita, a implantação, a operação ou a ampliação de empreendimentos e atividades que utilizam recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, ou daquelas que, sob qualquer forma, causem degradação ambiental, exige a realização de procedimento administrativo denominado licenciamento ambiental, com vistas a avaliar a viabilidade e as consequên-

cias da interferência no espaço ambiental, para, ao final, outorgar-se ou não a licença ambiental.

Trata-se, pois, de um dever-poder constitucionalmente previsto e conferido à Administração Pública, que dele se desincumbe por meio do competente procedimento administrativo. Desse modo, a atividade de licenciamento ambiental, compreendida como atividade tipicamente administrativa, submete-se, em observância ao arcabouço principiológico pertinente, às exigências constitucionais e legais.

Com efeito, no desempenho dos encargos administrativos o agente público não tem a liberdade de procurar outro objetivo, senão aquele prescrito no ordenamento. Toda atividade administrativa, mesmo que discricionária, circunscreve-se à finalidade pública prevista na norma, que deve ser interpretada à luz da Constituição Federal, notadamente dos princípios constitucionais relativos à tutela do meio ambiente.

Se o agente público deixa de exercer os deveres-poderes necessários à consecução dos fins sociais, que constituem única razão de ser da autoridade pública, tal importará em prática de ato ilícito e imoral – e, possivelmente, ímprobo.

O objetivo deste artigo é justamente demonstrar, ao considerar o licenciamento uma atividade tipicamente administrativa, que a administração ambiental está sujeita aos ditames constitucionais e legais da Administração Pública. Por essa razão, se atua em desobediência a esses preceitos, pode submeter-se aos mecanismos de controle existentes no ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso da ação de improbidade administrativa.

Configurada a improbidade administrativa, abre-se ensejo à aplicação das sanções previstas na Constituição Federal de 1988 e

na Lei n. 8.429/1992, mais conhecida como Lei de Improbidade Administrativa.

O tema em análise busca relacionar a utilização de institutos do direito administrativo aplicáveis ao direito ambiental, demonstrando que a ordem ambiental pode ser preservada por meio do controle exercido por uma área sobre a outra. O roteiro deste estudo foi desenvolvido de modo que contemplasse sistematicamente as noções fundamentais para a análise do tema, a saber: Administração Pública, princípios, improbidade administrativa e licenciamento ambiental; concluindo-se a abordagem com sucinta análise de problema de caso – as audiências públicas.

Serão tratadas num primeiro momento as noções gerais sobre as funções do Estado, dando-se ênfase à função administrativa e abordando-se os princípios sobre os quais está pautada toda e qualquer atividade que realiza.

Num segundo momento, será abordado o licenciamento ambiental. Tratar-se-á da noção de desenvolvimento sustentável; dos conceitos de licenciamento e licença ambiental, demonstrando que constituem instrumentos preservacionistas e limitadores da iniciativa privada; apresentar-se-ão alguns ensinamentos sobre os institutos do direito administrativo – como a licença e a autorização –, a fim de abordar polêmica a respeito da natureza jurídica da licença ambiental; em seguida, analisar-se-á relevante questão relativa à identificação da discricionariedade administrativa em relação ao licenciamento ambiental, passando pela explicação de que o estudo de impacto ambiental não vincula o procedimento licenciador.

A terceira parte deste estudo se aprofunda mais no direito administrativo, a fim de adentrar nas noções da improbidade administrativa. Nesse momento, abordar-se-ão a origem e o

alcance do termo improbidade, discorrendo sobre a corrupção, os princípios da probidade e moralidade administrativa, a abrangência subjetiva da Lei n. 8.429/1992, além de se evidenciar as espécies de improbidade.

Reserva-se ao capítulo seguinte a verificação da possibilidade de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos casos de má gestão ambiental, especificamente quando ocorre a violação aos princípios da função administrativa. Nesse capítulo, serão aduzidas considerações sobre a influência dos princípios da Administração Pública geral na administração ambiental, a fim de demonstrar a possibilidade de controle do licenciamento pelo art. 11 da Lei n. 8.429/1992.

Tais assuntos servem de base para o posicionamento tomado ao final deste estudo. Acredita-se ser o combate à improbidade valiosa arma para coibir, episodicamente, atos administrativos desviados, principalmente quando estamos diante de uma atividade delicada, que é a efetivação da defesa e proteção do meio ambiente.

Por fim, serão tecidas, em conclusão, algumas considerações acerca da análise de problema de caso, relativamente à questão das audiências públicas, de seu regramento à luz dos princípios constitucionais e da eventual – e excepcional – utilização da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, em face da violação de princípios constitucionais.

2 A Administração Pública

2.1 Considerações iniciais. A função administrativa

Compreender a Administração Pública significa, antes de qualquer coisa, entender o conceito de Estado sobre o qual repousa

a concepção moderna de organização e funcionamento dos serviços a serem prestados aos administrados.

Como já diziam os romanos: *ubi societas ibi jus* – “onde há a sociedade, aí estará o Direito”. E o Estado far-se-á presente. Dessa concepção, podemos extrair que qualquer grupo social, por mais rudimentar que tenha sido, pressupõe a existência de normas de convivência.

Imprescindível, pois, a criação de limites em relação ao alcance de interesses. Fez-se necessário o surgimento de um ente político com força dominante e soberana sobre a sociedade, capaz de garantir a ordem pública e ser um instrumento para a satisfação dos interesses da sociedade. Eis então que surge a figura do Estado, com seu conceito de nação politicamente organizada, composto basicamente de três elementos (povo, território e soberania).

Leciona Ferreira Filho (2005, p. 47) que, “segundo ensina a doutrina tradicional, Estado é uma associação humana (povo), radicada com base espacial (território), que vive sob o comando de uma autoridade (poder) não sujeita a qualquer outra (soberania)”.

Nas lições de Meirelles (2004, p. 64-65), é “todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas”.

A vontade estatal manifesta-se e se apresenta por meio dos poderes do Estado. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 2º, prevê de forma expressa os poderes do Estado: “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A cada um desses poderes foi atribuída uma função. Ao Legislativo cabe a função normativa; ao Executivo foi atribuída a função administrativa e ao Judiciário, a função jurisdicional.

Essas são as funções típicas dos respectivos poderes, no entanto, não podemos dizer que são exclusivas. O que há é uma preponderância, pois, embora tenham suas funções normais, podem desempenhar funções que materialmente deveriam pertencer a poder diverso, desde que haja autorização constitucional.

Segundo Mello (2004, p. 34), a função administrativa

é a função que o Estado, ou quem lhe faça às vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais vinculados, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Nas lições de Carvalho Filho (2004, p. 4), “é aquela exercida pelo estado ou por seus delegados, subjacente à ordem constitucional e legal, sob regime de direito público, com vistas a alcançar os fins colimados pela ordem jurídica”.

Trata-se da função de gerir os bens e interesses qualificados como coletivos de acordo com o Direito e a Moral, visando ao bem comum. Ao exercer a função administrativa, o Estado tem por fim promover a gestão dos bens, interesses e serviços públicos, os quais constituem patrimônio da coletividade. Logo, o ato praticado sem atender ao interesse da coletividade será ilícito e imoral, como veremos.

2.2 Princípios constitucionais administrativos

Os princípios, em sentido jurídico, representariam axiomas universais indicativos de proteção de direitos que toda sociedade organizada tem a obrigação de assegurar ao cidadão. Dessa forma, são entes fundamentais para a vida do direito e sua prática diária. A propósito disso, inúmeros são os conceitos que a doutrina emprega para definir o que sejam princípios jurídicos.

A título de ilustração, expõe-se o comentário tecido por Mello (1981, p. 230) acerca dos princípios em geral:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Amaral (2000), em seu trabalho, mencionando outros juslaboralistas, traz, respectivamente, os conceitos de Miguel Reale e De Plácido e Silva: “princípios são o conjunto de regras ou preceitos que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando a conduta a ser tida em uma operação jurídica”, e “são certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”.

Não basta, porém, saber o significado dos princípios, sendo fundamental, outrossim, compreender qual a natureza e a função que eles desempenham.

Tem-se que os princípios, ao lado das regras, são normas jurídicas. Não se trata de meros postulados jurídicos, vão mais além. Em verdade, são normas dotadas de positividade. Os princípios exercem, dentro do sistema normativo, um papel diferente do das regras. Estas, por descreverem fatos hipotéticos, possuem a nítida função de regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se enquadrem nas molduras típicas por elas descritas.

Tourinho (2004, p. 54) expressou o pensamento de Bobbio em relação à normatividade dos princípios jurídicos: “Os prin-

cípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. [...] Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais”.

Nesta linha de pensamento a mesma autora traz o posicionamento de Robert Alexy (*apud* TOURINHO, 2004, p. 55):

Os princípios, da mesma forma que as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas.

Compreendida a natureza dos princípios, faz-se mister tecermos breves comentários acerca das funções que eles exercem. Ressalta-se que inúmeras são as funções exercidas pelos princípios. A doutrina tradicional aponta três funções comuns aos princípios no direito em geral: fundamentadora, interpretativa e supletiva.

Em relação à primeira, exercem a importante função de fundamentar a ordem jurídica em que se inserem, fazendo com que todas as relações jurídicas que adentram ao sistema busquem suas bases na principiologia. A função orientadora da interpretação, por sua vez, decorre logicamente de sua função fundamentadora do direito. Se as leis são fundamentadas nos princípios, então devem ser interpretadas de acordo com eles, porque são os que dão sentido às normas. Os princípios servem, pois, de guia e orientação na busca de sentido e alcance das normas.

No que toca à função supletiva, encontra-se campo fértil à integração do Direito. Vale dizer, considerando-se a positividade e força normativa dos princípios, servem eles à colmatação dos espaços ou cláusulas abertas do ordenamento, de forma a oxigenar o sistema jurídico. Por serem dotados de eficácia irradiante e normatividade, espraíam-se pelo sistema, porque possuem aplicabilidade e eficácia direta e imediata em face dos poderes constituídos e,

portanto, da Administração Pública, mormente quando encerram normas reveladoras de direitos fundamentais.

Em relação ao direito administrativo, como não poderia ser diferente, os princípios estão presentes tanto em sua formação quanto na aplicação de suas normas.

Exercer uma função significa agir em busca de uma finalidade. Alguém age nos limites de seus poderes e deveres para alcançar o desígnio de outrem – o interesse público. Devido à natureza desses interesses, são conferidos à Administração direitos e obrigações que não se estendem aos particulares.

Mello (2004, p. 89) afirma que

Onde há função não há autonomia de vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adstrição a uma finalidade previamente estabelecida, e no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que, no caso, é o interesse público.

Com efeito, a Administração Pública ao exercer a função administrativa está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar os fins almejados.

Todo o ordenamento do direito administrativo está construído sobre o binômio “prerrogativas da Administração – direitos dos administrados” (MELLO, 2004, p. 87). Assim, para cumprir a função administrativa, sempre direcionada ao interesse público, o Estado se vale de prerrogativas que lhe são asseguradas por lei. Tais prerrogativas são os “poderes-deveres” que são atribuídos à Administração Pública para o cumprimento das finalidades que lhe são impostas. Por conseguinte, o uso

das prerrogativas somente é legítimo se utilizado na medida do indispensável ao atendimento dos interesses coletivos.

Toda vez que se omite no exercício de seus poderes é o interesse público que está sendo prejudicado. Nessa linha de pensamento, Di Pietro (2004, p. 71) afirma que “as pessoas administrativas não têm, portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização”.

Do exposto, resulta que o princípio da indisponibilidade do interesse público encontra-se em posição de proeminência em face do princípio da supremacia do interesse público. Antes de adentrar-se em sucinta análise dos demais princípios constitucionais da Administração, cumpre aferir que a supremacia do interesse público, como princípio que é, também se submete à relação de ponderação com outros princípios, em especial aqueles definidores de direitos fundamentais. Destarte, o núcleo essencial de tais direitos/princípios não pode simplesmente ser alijado em nome de suposta e absoluta supremacia, que, portanto, deve ser entendida em termos.

A Constituição dedicou um capítulo à Administração e dispôs no art. 37, *caput*, o rol dos princípios a serem observados pelos entes administrativos na sua atuação, os quais se constituem em regras de observância obrigatória e permanente, alcançando a Administração Pública direta e indireta de quaisquer dos poderes. O disposto no referido artigo constitucional é rol meramente exemplificativo; existem outros princípios que poderão ser invocados no âmbito da Administração Pública, sejam eles explícitos ou implícitos.

Consagra o art. 5º, inciso II, da CF que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Trata-se, pois, do postulado que expressa o

direito de liberdade do indivíduo. Dessa maneira, os particulares podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Ao contrário do que ocorre com os particulares nas relações de direito privado, à Administração Pública somente é dado fazer o que a lei previamente lhe autoriza. Trata-se do enunciado do *princípio da legalidade*, que, nas lições de Carvalho Filho (2004, p. 14), é a “diretriz básica da conduta dos agentes da Administração”.

Tourinho (2004, p. 65) assevera que “a tendência do atual Estado Democrático de Direito é considerar a legalidade numa dimensão muito mais ampla que a mera subordinação à lei, considerada no sentido estrito”. A ilustre autora entende que não deve ser considerado o simples sentido formal da lei. A legalidade, para ser alcançada, deve atentar para o espírito da norma jurídica inserida no ordenamento jurídico como um todo, ou seja, em seu sentido amplo.

O *princípio da impessoalidade* deve ser visto sob dois prismas distintos. Em relação aos administrados significa que a Administração Pública não poderá atuar discriminando pessoas de forma gratuita, a não ser que esteja presente o interesse público.

Com efeito, a Administração deve permanecer numa posição de neutralidade em relação às pessoas privadas. Conforme o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, a atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, sem discriminação nem favoritismo, constituindo um desdobramento do princípio da igualdade.

Em segundo lugar, as ações da Administração não devem ser imputadas à pessoa do administrador, que age apenas por delegação do Estado e em nome do povo. Nesse sentido, os atos praticados pela entidade não são imputados à pessoa que os pratica, mas à própria entidade estatal que manifesta sua vontade.

Para que haja a verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, vedando-se, por consequência, que sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros. Assim, na busca pelo alcance do fim público a que se dirige, a atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, sem nenhuma distinção, vedada, outrossim, a promoção pessoal de agentes ou autoridades.

Além de atender à legalidade e à impessoalidade, o ato administrativo deve ser praticado em consonância com a *moralidade administrativa*, a fim de dar plena legitimidade à sua atuação. Nessa linha de pensamento, a Administração deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral.

A moralidade é extraída do senso geral da coletividade, dos ideais difundidos na própria atividade administrativa. Dessa forma, não deve ser confundida com a moralidade íntima do administrador, mas com a ética profissional. Assim, não se trata de uma moral comum, mas de uma moral jurídica, a ética da instituição chamada Poder Público.

Com efeito, a atuação do Poder Público sem a observância dos valores morais vigentes no seu corpo social, desviada da finalidade legal ou motivada por interesses particulares implica violação ao princípio da moralidade.

Consequentemente, ao responsável pela prática de atos imorais, é cabível sua responsabilização com base na Lei n. 8.429/1992, que define nos seus arts. 9º a 11, de forma meramente exemplificativa, os atos de improbidade administrativa, notadamente aqueles que importem violação de princípios, objeto deste estudo (art. 11).

O art. 37, *caput*, prevê, ainda, o *princípio da publicidade*, do qual dimana o dever atribuído à Administração de dar total

transparência aos atos que praticar, pois, como regra geral, nenhum ato administrativo pode ser sigiloso. Tal princípio tem a função de assegurar os efeitos externos do ato, bem como propiciar o seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral, por meio dos meios constitucionais previstos.

A regra da publicidade somente pode ser ressalvada nos casos previstos pela própria Constituição (art. 5º, XXXIII).

O último princípio enunciado pela Lei Maior é o *princípio da eficiência*, que tem o condão de informar a Administração Pública, no sentido de aperfeiçoar os serviços e as atividades prestados, buscando otimizar os resultados e atender ao interesse público com adequação, eficácia e satisfação.

A eficiência não se confunde nem com a eficácia nem com a efetividade. A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na Administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a efetividade é voltada para os resultados obtidos com ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos (CARVALHO FILHO, 2004, p. 20).

Têm-se, ainda, os *princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, aos quais está a Administração Pública submetida.

Leciona Carvalho Filho (2004, p. 24) que “razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda, que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de uma forma um pouco diversa”.

Nesse sentido o princípio da razoabilidade implica dizer que a atuação administrativa deve estar pautada nos padrões normais de aceitabilidade; extravasando-os, seu comportamento estará eivado de vício.

Impõe-se que haja adequação entre os meios e os fins, de modo que os meios utilizados devem contribuir fielmente para que a finalidade legal seja alcançada.

Por tal razão é que o princípio estabelece limitações à discricionariedade administrativa. Na concepção de Di Pietro (2004, p. 80),

trata-se de princípio aplicado ao Direito Administrativo como mais uma das tentativas de imporem-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

Di Pietro (2004, p. 81), apresentando a posição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, afirma que

o que se pretende é considerar se determinada decisão, atribuída ao Poder Público, de integrar discricionariamente uma norma, contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos interesses públicos.

Já a proporcionalidade está contida na razoabilidade, pois, segundo Di Pietro (2004, p. 81) “o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar”. Seu fundamento, nas lições de Carvalho Filho (2004, p. 25-26), é o excesso de poder, uma vez que o “fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões, e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração”.

Enfim, o Poder Público, ao praticar atos, deverá utilizar os meios adequados (razoabilidade) na estrita medida do necessário (proporcionalidade) para alcançar os fins a que está submetido.

3 O licenciamento ambiental

3.1 Considerações iniciais: ato administrativo

O licenciamento ambiental é tarefa tipicamente administrativa, sujeita às normas de direito ambiental. No que concerne à interferência do direito administrativo sobre o instituto, de forma acertada asseveram Fiorillo e Rodrigues (1999, p. 210),

Diversas são as relações entre o Direito Ambiental e as ciências do nosso ordenamento. A disciplina de Direito Administrativo guarda estreito relacionamento com a ciência em tela, visto que inúmeros de seus institutos precisaram ser aproveitados, ainda que de modo revisado, na formação e desenvolvimento do Direito Ambiental.

A licença ambiental é modalidade de ato administrativo. Mesmo não havendo um conceito legal de ato administrativo, segundo os ensinamentos de Meirelles (2004, p. 147),

é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato resguardar, transferir, modificar e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

A despeito de não existir um consenso a despeito do exato conceito de ato administrativo, a doutrina é unânime ao concordar que é por meio dele que a Administração Pública faz valer suas vontades, ou seja, é o veículo pelo qual o Poder Público manifesta sua vontade, sempre visando satisfazer o interesse público.

3.2 O meio ambiente. Licenciamento X Licença

A problemática da qualidade de vida trouxe à baila a questão da conservação do meio ambiente, de modo que essa problemática veio a ingressar em nosso ordenamento ganhando *status* constitucional.

O art. 225 da Constituição Federal determina que

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.

Percebe-se que esse dispositivo não esboça o conceito de meio ambiente. O conceito normativo foi consagrado no art. 3º, inciso I, da Lei n. 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

De acordo com a legislação brasileira, o meio ambiente é considerado patrimônio público, ou seja, um bem de uso comum do povo essencial à qualidade de vida, razão pela qual deve ser necessariamente assegurado e protegido. Nas palavras de Milaré (2004, p. 480), “por ser de todos em geral e de ninguém em particular, inexistente direito subjetivo à sua utilização, que, à evidência, só pode legitimar-se mediante ato próprio de seu direto guardião – o Poder Público”.

A matéria ambiental possui como característica a interdisciplinaridade, que acaba conduzindo à inexatidão conceitual. Desse modo, não podemos falar em um conceito absoluto de meio ambiente, tendo em vista a sua contextualização com as diversas áreas do conhecimento.

A noção de que o meio ambiente constitui um direito que perpassa o caráter individual possui estrita relação com os princípios gerais de direito público da primazia do interesse público e sua indisponibilidade. O meio ambiente não pode ser encarado, portanto, como um simples sistema que integra a estrutura do mundo e da natureza, mas deve ser compreendido como condição necessária à sobrevivência humana na terra, circunscrita a um ideal de solidariedade que garantirá a continuidade da vida no planeta.

Com efeito, as atividades econômicas que possam causar intervenções no meio ambiente estão submetidas ao controle do Poder Público. O licenciamento ambiental, então, é um dos mais importantes meios de controle de que dispõe o Estado para verificar a regularidade e a possibilidade de intervenção projetada sobre o meio ambiente.

É bom que se diga que a tutela ambiental está orientada por especial principiologia, própria à ética intergeracional. Assim é que os princípios da precaução, prevenção, ubiquidade e do poluidor pagador, por exemplo, afiguram-se como fontes inspiradoras do microsistema de tutela processual coletiva, hábil a reconhecer e proteger o direito material relacionado ao meio ambiente.

Desse modo, certo é que a aplicação desses princípios relaciona-se intensamente com o licenciamento ambiental, uma vez que inserem na sua metodologia a prevenção e a precaução da degradação ambiental, ou seja, são informadores do licenciamento ambiental.

Fiorillo e Rodrigues (1999, p. 211) acreditam ser o licenciamento um “instrumento não jurisdicional de tutela ambiental com caráter preventivo”.

A Lei n. 6.938/1981, em seu art. 9º, inciso VI, estabelece que o licenciamento ambiental é um instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA). Segundo Fiorillo (2005, p. 81), “o licenciamento é um complexo de etapas que compõem o procedimento administrativo, o qual objetiva a concessão da licença ambiental”.

Desse conceito percebe-se que há uma distinção entre licenciamento e licença ambiental. A Resolução CONAMA n. 237/1997 definiu o licenciamento em seu art. 1º, inciso I, e no mesmo dispositivo, inciso II, trouxe também a definição de licença ambiental, *in verbis*:

Ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

O licenciamento, assim, não é um ato administrativo simples, mas sim um encadeamento de atos administrativos, razão pela qual possui caráter de procedimento administrativo.

Dessa forma, difere da licença ambiental, pois esta é o ato administrativo que outorga ou não a exploração da atividade ou empreendimento requerido pelo interessado. É, portanto, uma das etapas do procedimento administrativo denominado licenciamento ambiental.

A própria Constituição Federal exige a observância de determinados procedimentos obrigatórios para o licenciamento de atividades ou empreendimentos potencialmente poluidores. É o que ocorre com o estudo de impacto ambiental (EIA), previsto no art. 225, § 1º, inciso IV, e com a audiência pública, prevista na Resolução CONAMA n. 237/1997.

O licenciamento é regulado principalmente pela Resolução CONAMA n. 237/1997, que arrola no Anexo I as atividades e os empreendimentos sujeitos ao licenciamento do órgão competente. Por sua vez, o art. 10 da norma em questão estabelece um resumo do procedimento a ser observado no licenciamento ambiental.

Cumprir lembrar que o licenciamento é compreendido por três momentos distintos, que Fiorillo (2005, p. 84) denomina de “etapas distintas e insuprimíveis: a) outorga de licença prévia; b) outorga de licença de instalação; c) outorga de licença de operação”.

Essa subdivisão, segundo Dawalibi (2000, p. 181), “atende às peculiaridades do próprio licenciamento ambiental, procedimento cindido em três fases para melhor possibilitar a verificação dos riscos ao meio ambiente e do cumprimento das exigências técnicas por parte do interessado”.

Importa ressaltar que não é toda e qualquer atividade ou empreendimento que exige a obtenção da licença mediante o procedimento do licenciamento, mas somente aquelas que tenham potencial lesivo ou degradador do meio ambiente, bem como aquelas que façam uso dos recursos naturais na sua operacionalização.

Vale, por ora, tecer alguns comentários acerca do estudo de impacto ambiental e das audiências públicas, uma vez que constituem importantes instrumentos de proteção ao meio ambiente e etapas do licenciamento.

Fiorillo e Rodrigues (1999, p. 209) afirmam ser “um estudo que poderá, ou não, integrar o procedimento do licenciamento ambiental e que não tem um fim em si mesmo, mas, pelo contrário, busca, de um modo geral, orientar a outorga (e sua renovação) da licença ambiental”.

A já mencionada Resolução CONAMA n. 237/1997 conceitua genericamente os estudos de impactos ambientais, prevendo, no art. 6º, o conteúdo mínimo que o EIA deve conter; ao passo que a CF, em seu art. 225, § 1º, inciso IV, faz menção ao instituto, que será exigido, na forma da lei, ressaltando-se a importância de sua publicidade.

De acordo com Martinho e Mendonça (2006, p. 9), “ao lado do EIA aparece o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), com a função de explicar numa linguagem acessível ao público em geral o conteúdo do EIA”. Acrescentam Fiorillo e Rodrigues (1999, p.

221) que o RIMA “deve ser claro e acessível, devendo utilizar-se de todos os instrumentos necessários para que se possa compreender o conteúdo do EIA”.

A audiência pública, por seu turno, cuja finalidade é dar publicidade ao EIA-RIMA, pode ou não fazer parte do licenciamento, portanto, não possui cunho obrigatório. Por mais que a audiência pública possa ser considerada facultativa, tendo havido requerimento de qualquer interessado, torna-se obrigatória a sua realização, sob pena de a licença concedida ser considerada inválida. A audiência pública é uma decorrência do princípio da publicidade e, de certa forma, legitima o procedimento do licenciamento ambiental, à medida que permite – ou deve permitir – uma efetiva participação popular.

Desse modo, pode-se concluir que, mesmo que não haja requerimento expresso, a audiência pública seria exigível em hipóteses de evidentes e consideráveis impactos socioambientais decorrentes de empreendimentos lesivos ao meio ambiente. É que, em casos desse jaez, a audiência pública faz-se necessária como fator de legitimidade popular. Tais empreendimentos, assim, não prescindiriam do debate público profícuo, viabilizador da participação efetiva – com possibilidade de interferir – das comunidades afetadas. Exigência esta que, particularmente, não decorreria apenas da legislação regente da matéria, mas dos princípios constitucionais administrativos da publicidade, impessoalidade e moralidade, entre outros, cuja força normativa enseja aplicação direta e imediata, independentemente de eventual lacuna ou deficiência do ordenamento.

Se assim o é, caberia a todos os poderes constituídos o dever de atuação protetiva de tais princípios relacionados ao meio ambiente, em observância aos direitos fundamentais por eles tutelados, de

natureza transindividual. Daí a possibilidade de falar-se em sindicabilidade judicial, no particular.

Com efeito, o licenciamento constitui um dos mais importantes instrumentos de controle da PNMA, na medida em que é um meio de controle da ação humana de interferência no meio ambiente.

Assim, o licenciamento ambiental deve exigir do órgão licenciador uma análise rigorosa, pois uma ação descuidada pode gerar gravames irreparáveis ao meio ambiente. Sob esse prisma, se o órgão descarta de seu papel, em quaisquer das etapas, poderá, episodicamente, responder por ato de improbidade administrativa, dada a patente violação dos princípios antes mencionados.

3.3 Natureza jurídica: licença ou autorização?

Discricionariedade na concessão da licença?

Tratar sobre natureza jurídica significa questionar o regime jurídico ao qual o instituto jurídico está submetido.

De início, pode-se afirmar que não existe um consenso em relação à natureza jurídica da licença ambiental, mas os doutrinadores são unânimes ao entender que a licença ambiental é uma modalidade de ato administrativo. Assim, a divergência doutrinária existente é em relação a qual das modalidades de ato administrativo a licença ambiental está inserida. Alguns estudiosos a consideram como licença, outros, como autorização.

Para o direito administrativo, considera-se *autorização* o ato administrativo unilateral, discricionário e precário. É o que leciona Mello (2004, p. 402): “é o ato unilateral pelo qual a Administração discricionariamente faculta o exercício de atividade material, tendo como regra caráter precário”.

Por outro lado, considera-se *licença* o ato administrativo unilateral, vinculado e definitivo, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais estabelecidos. Assim, preenchido tais requisitos, a Administração Pública está obrigada a concedê-la. Daí seu caráter vinculado que a distingue da autorização.

Cabe, neste momento, identificar em qual dessas classificações está inserida a licença ambiental.

Machado (2004, p. 255) entende que “o sistema do licenciamento ambiental passa a ser feito pelo sistema de autorizações, conforme entendeu o texto constitucional”. No mesmo sentido é o entendimento de Fiorillo e Rodrigues (1999, p. 212):

No procedimento para outorga da licença ambiental, não se trata de ato vinculado. A exigência e imperatividade de cumprimento de determinados atos deste procedimento, EIA-RIMA, acabam por retirar a natureza de ato administrativo vinculado, à medida que permite que a Administração possua subsídios para não outorgar a licença requerida, mesmo que o empreendedor preencha os requisitos legais, motivando a sua decisão em critérios de potencial impacto do meio ambiente previsto no EIA-RIMA.

Os doutrinadores que entendem possuir natureza de autorização assim se posicionam, entre outros fatores, porque o ato autorizativo da atividade potencialmente poluidora tem caráter preventivo, baseado no estudo de impacto ambiental, e também porque se trata de ato sujeito à modificação, ao cancelamento ou à suspensão, na forma do art. 19 da Resolução CONAMA n. 237/1997 e art. 9º, inciso IV, da Lei n. 6.938/1981.

Por outro lado, há aqueles que a consideram como licença. Antunes (2004, p. 139), por exemplo, leciona “que a licença

ambiental, *in casu*, não pode ser entendida como se fosse uma simples licença de Direito Administrativo. Assim é porque as licenças de Direito Administrativo, uma vez concedidas, passam à condição de direito adquirido para aquele que as recebeu”.

Argumentam que não se trata de uma licença administrativa pura e simples, pois apresenta características próprias. Desse modo, a licença ambiental tem algumas peculiaridades. Primeiro, possui três subespécies, conforme analisamos anteriormente, e segundo, há a exigência do estudo de impacto ambiental e respectivo RIMA, além da audiência pública.

A essa corrente, alinha-se Milaré, que, após afirmar que não existem atos inteiramente vinculados ou discricionários, existindo apenas preponderância dessas características, conclui que não há equívoco do legislador ao utilizar a expressão licença. O autor não nega a faculdade de juízos de valor da Administração sobre a viabilidade da atividade ou do empreendimento, mas entende que possui natureza de licença, pois a Administração está obrigada a conceder o requerimento do interessado se este preencher os requisitos ambientais exigidos, desde que sejam atendidos os “pressupostos legais relacionados com a defesa do meio ambiente e com o cumprimento da função social da propriedade” (MILARÉ, 2004, p. 486).

Acreditamos que a licença ambiental deve ser considerada ato administrativo – autorização –, por conseguinte, discricionário e precário. Nesse sentido, para que uma licença seja concedida, não é suficiente que o interessado preencha os requisitos exigidos pelo órgão competente para licenciar, exige-se mais, é necessário que a Administração faça uma análise rigorosa dos resultados obtidos no EIA-RIMA, que servirá de elemento motivador da decisão de concessão ou não da licença ambiental.

A redação do art. 9º, inciso IV, da Lei n. 6.938/1981 prevê “a revisão da atividade efetiva ou potencialmente poluidora” e, do mesmo modo, o art. 10, § 1º, que fala em pedido de renovação de licença, indicando assim que se trata de autorização. Tanto o termo “renovação” quanto “revisão” indicam que a Administração pode intervir para controlar a qualidade da atividade licenciada. Não, há, por conseguinte, o caráter de definitividade. Dessa maneira, a partir do momento em que a atividade ou o empreendimento passa a degradar o meio ambiente de modo a desequilibrá-lo, a licença anteriormente concedida poderá ser revogada.

De outro lado, sob a ótica do licenciador, mesmo sendo discricionária, tal não significa que a atividade administrativa encontra-se infensa ao controle judicial, uma vez que, no que interessa ao presente, a discricionariedade também se submete, por óbvio, às amarras constitucionais, devendo circunscrever-se, portanto, aos princípios da Constituição Federal, notadamente aqueles afetos à Administração Pública e ao meio ambiente.

Destarte, não só a lei, mas a Constituição mesma, por seus princípios, estabelece as diretrizes que permitirão aos agentes públicos desempenharem suas funções, de forma a observar os fins a que estão atrelados.

A prática de atos administrativos por parte da Administração, portanto, está submetida a toda essa normativa.

Em relação aos atos vinculados, a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada, porque a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato.

Por outro lado, quando as circunstâncias e a matéria tratada permitem, o ordenamento procura prever com maior precisão pos-

sível as situações fáticas e suas soluções, com as quais se depararão os agentes públicos. Ocorre que o legislador é incapaz de apresentar normas em que, em seu seio, estejam presentes todos os elementos de fato a serem enfrentados pela Administração Pública.

Assim, existirá, não raras vezes, espaço para o administrador optar por um comportamento adequado à resolução do problema posto, ou melhor, para fazer uma apreciação subjetiva do caso concreto, sustentado por critérios de conveniência e oportunidade.

Assim é que Mello (2004, p. 394) conceitua os atos discricionários como aqueles “atos que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles”.

Trata-se de liberdade de escolha sempre adstrita aos fins colimados na lei e emoldurada pela Constituição Federal. Se a Administração ultrapassar esses limites, a sua atuação será arbitrária.

Ademais, malgrado haver certa margem de liberdade na qual o administrador pratica o ato de acordo com juízo de conveniência e oportunidade, a discricionariedade não pode prescindir de requisitos e limites, isso porque não existem atos puramente discricionários.

Os atos da administração revestem-se de maior ou menor carga discricionária, de acordo com a parcela de liberdade concedida pela lei ao administrador. Assim, todo ato administrativo, mesmo os tipicamente discricionários, revestem-se de alguma carga vinculada no que concerne à sua finalidade, que deve ser sempre a de alcançar o interesse público, e à competência legal de quem o pratica.

A discricionariedade existe, então, relacionada aos motivos (oportunidade e conveniência) e ao objeto (conteúdo) do ato. Nunca há uma liberdade total, o que há é exercício de juízo de discricionário quanto à ocorrência ou não de situações que justificam certos comportamentos da Administração (conveniência) e opções discricionárias quanto ao comportamento mais indicado para atingir o interesse público (oportunidade).

Mello (2004, p. 400), com suas sábias ponderações, conclui que “Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir de modo que torne possível o alcance do desiderato normativo”.

Como defendemos anteriormente, a licença é um ato administrativo autorizativo, portanto discricionário e precário. É a licença ambiental “ato discricionário *sui generis*”, porque a discricionariedade para conceder ou não a licença é sempre restringida, por exemplo, pelo EIA-RIMA.

Assim, o estudo de impacto ambiental integra o processo do licenciamento ambiental e constitui-se em um limite à discricionariedade administrativa.

Com vistas a relacionar os temas abordados, cumpre verificar, em síntese, que, justamente no campo da atividade discricionária, vislumbra-se a necessidade de rígido controle da atividade estatal, de forma a evitar abusos. De outro giro, ausência de previsão normativa vinculante de determinados comportamentos não necessariamente se confunde com ausência de norma, e não se deve esquecer que princípio também é norma. Outrossim, parece correto concluir que no campo afeto à atuação discricionária, de grande relevo afigura-se a utilização da técnica de colmatação relativa aos princípios, cuja eficá-

cia normativa direta exige especial atenção, visto que são estes mesmos, os princípios, que constituem os vetores e parâmetros limitadores da atividade discricionária.

Sabe-se que em caso de atividade ou empreendimento efetiva ou potencialmente poluidor ou causador de degradação ambiental o EIA não pode ser dispensado. A dispensa imotivada ou em fraude deve ser considerada falta grave do servidor que a dispensar, em razão de violação à Constituição Federal.

Por outro lado, não havendo possibilidade de degradação do meio ambiente, é faculdade da Administração exigir ou não o EIA, logicamente que de forma fundamentada, cujas razões podem ser contrastadas judicialmente em face dos parâmetros e limites da discricionariedade. Daí a necessidade de que o faça em ato administrativo claramente fundamentado. Nessas situações, o órgão deve adotar as medidas previstas no parágrafo único do art. 3º da Resolução CONAMA n. 237/1997.

O que não pode ocorrer por parte da Administração é abuso ou arbitrariedade, pois, sendo o meio ambiente patrimônio público, os cidadãos e o Ministério Público poderão compelir judicialmente a realização do estudo de impacto ambiental por parte do Poder Público.

Interessante analisar, nesse momento, a vinculação do EIA-RIMA à outorga da licença ambiental, caso o estudo de impacto ambiental seja exigido pelo órgão competente.

Fiorillo (2005, p. 83), analisando a possibilidade ou não de outorga da licença ambiental com base no EIA-RIMA, leciona,

Deve-se observar que a existência de um EIA-RIMA favorável condiciona a autoridade à outorga da licença ambiental, existindo, dessa feita, o direito de o empreendedor desenvolver sua atividade econômica. Temos nessa hipótese o único caso de uma licença ambiental

vinculada. De fato, se a defesa do meio ambiente é limitadora da iniciativa privada (art. 170, VI), e existem danos àquele, não haverá razão para que o empreendimento não seja desenvolvido.

Por outro lado, se o EIA-RIMA mostra-se desfavorável, totalmente ou em parte, caberá à Administração, segundo critérios de conveniência e oportunidade, avaliar a concessão ou não da licença ambiental, porquanto, como já foi realçado, o desenvolvimento sustentável é princípio norteador da preservação do meio ambiente e do desenvolvimento da ordem econômica. Essa possibilidade retrata uma discricionariedade *sui generis*. Evidentemente, a concessão da licença deverá ser fundamentada, atacando cada um dos pontos que se mostraram impactantes ao meio ambiente, sob pena de ferir o preceito contido no art. 37 da Constituição Federal.

Concordamos parcialmente com esse posicionamento, sendo ele justificável, em parte, pelo princípio do desenvolvimento sustentável, que visa garantir o equilíbrio entre a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico.

De todo modo, a Administração não possui liberdade plena para decidir pela outorga ou não da licença ambiental. É por tal razão que essa licença é um “ato discricionário *sui generis*”, porquanto o EIA-RIMA deverá servir de elemento preponderante na formação de sua opinião.

Outrossim, pensamos que, se o EIA é desfavorável, as razões justificadoras do órgão licenciador deverão ter a aptidão suficiente para infirmar as conclusões do EIA, de forma que permita ampla avaliação das razões administrativas, a fim de viabilizar oportuno controle do motivo, o que revela, nesse caso, estar-se diante de relevante hipótese de sindicabilidade de ato discricionário regrado.

Ao contrário, se o EIA é favorável, deve-se considerar importante aspecto pragmático, de destacada relevância. É que o princípio da imparcialidade do ente responsável pela elaboração do EIA

carece de efetividade, pois os estudos são custeados quase sempre pelos empreendedores, enquanto os órgãos de controle se desdobram a fim de exercer a atividade fiscalizatória. Tal constatação parece conduzir à conclusão contrária à do citado autor. Vale dizer, nem mesmo o resultado favorável do EIA deve significar, como regra, direito adquirido do empreendedor ou obrigatoriedade da concessão da licença. Ademais, se contrário fosse, exsurge perigosa válvula de escape para eventuais órgãos licenciadores descomprometidos com a preservação ambiental, pois bastaria a concessão da licença EIA favorável, que, ademais, é custeada pelo empreendedor.

Não há que se falar, enfim, em vinculação, porque o órgão licenciador apenas se vincula ao interesse público ambiental, que nem sempre se coaduna com os resultados do EIA, geralmente produzido por ente cuja imparcialidade pode estar comprometida. Não é por outra razão que o EIA obviamente pode ser objeto de impugnação, seja pelo órgão licenciador, seja pelos demais órgãos de controle, judicial ou extrajudicialmente.

4 A improbidade administrativa

4.1 Considerações iniciais: corrupção. Os princípios da moralidade e da probidade administrativa

A análise da corrupção se mostra relevante na medida em que esta configura uma das faces do ato de improbidade. Tratar de improbidade administrativa no direito brasileiro significa refletir, também, sobre os atos de corrupção, tendo em vista a sua conectividade com o plano da imoralidade administrativa. Dessa forma, ressalta-se que não é possível entender os contornos da improbidade administrativa sem compreender, em linhas gerais, o fenômeno da corrupção.

O administrador, como sabido, não é o senhor dos bens que administra, cabendo-lhe tão somente praticar os atos que beneficiem o verdadeiro titular: o povo (ALVES e GARCIA, 2004, p. 3). Ocorre que, em relação à esfera administrativa, nem todos os atos são realizados em observância aos preceitos do direito e da moral administrativa. Nesse sentido, não são raras as vezes em que o agente público se corrompe em nome do interesse privado.

E essa seara em que está inserida a corrupção, nas sábias lições de Alves e Garcia (2004, p. 7), “indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma”.

Alves e Garcia (2004, p. 11) acreditam que “o poder de decisão, sempre que outorgado a um agente público, trará consigo a semente do abuso, que pode ou não florescer”.

Um dos efeitos da corrupção administrativa é a ofensa ao princípio da moralidade administrativa, o que vem a ser séria afronta jurídica à própria Constituição Federal, que, no *caput* do seu art. 37, estabelece os parâmetros de uma sadia condução do Estado. Por essa razão, a ofensa ao princípio da moralidade na Administração Pública é uma conduta corrupta por excelência, ou seja, um ato desviado de improbidade administrativa.

Nesse sentido, devemos prestigiar a possibilidade de responsabilização de todos aqueles que desempenham esse múnus público, tendo em vista que a perspectiva de ser descoberto e julgado, com a consequente efetividade das sanções cominadas, atua como elemento inibidor à prática dos atos de corrupção. Assim, o combate à corrupção está diretamente entrelaçado à perspectiva de efetividade das sanções cominadas.

Em relação à Administração Pública, trataremos a corrupção como uma das manifestações da improbidade administrativa. Nessa linha de pensamento, Pazzaglini Filho, Elias Rosa e Fazzio Júnior (1999, p. 39) têm entendimento esclarecedor quando afirmam ser a improbidade administrativa “o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano)”.

A moralidade, segundo Figueiredo (2002, p. 56), corresponde “ao conjunto de regras de conduta da Administração, que, em determinado ordenamento jurídico, são consideradas os *standards* comportamentais que a sociedade deseja e espera”.

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. A concepção de boa administração pautada em um conceito de moralidade objetiva traz consigo a ideia de que há diferença entre a moral comum (subjativa) e a moral administrativa (objetiva). Conforme observam Alves e Garcia (2004, p. 81),

enquanto a moral comum direciona o homem em sua conduta externa, permitindo-lhe distinguir o bem e o mal, a moral administrativa o faz em sua conduta interna, a partir das idéias de boa administração e de função administrativa, conforme os princípios que regem a atividade administrativa.

Ademais, “enquanto a moral comum consubstancia o conjunto de valores ordinários entre membros de determinada coletividade, possuindo maior generalidade e abstração, a moral administrativa toma como parâmetros os valores subjacentes à atividade estatal” (ALVES e GARCIA, 2004, p. 84).

Destarte, a moralidade é um princípio de observância obrigatória em qualquer conduta administrativa. Em razão desse preceito obrigatório, seja na atuação vinculada, seja na discricionária, deve-se ter sempre a ética (o dever de boa administração) como baliza de orientação.

É no âmbito da atuação discricionária que a moralidade administrativa mais contribui. Segundo Tourinho (2004, p. 76),

Sabe-se que a discricionariedade não se constitui em um poder conferido ao administrador público para agir conforme sua vontade subjetiva no âmbito da Administração Pública. Em verdade, a discricionariedade, visa possibilitar um melhor atendimento do interesse público, uma vez que nem sempre na formulação da hipótese legal poderá o legislador apontar qual o melhor caminho a ser seguido para o alcance ideal do interesse público.

É na atuação discricionária que a Administração tem maior liberdade, em face das várias alternativas colocadas à sua disposição, mas isso não significa que o administrador deve afastar-se da moralidade administrativa.

Via de consequência, se no exercício da atribuição discricionária, o agente público deixar de observar as regras morais, deverá certamente ocorrer a correção, por meio do controle exercido pelo Poder Judiciário e pela responsabilização do administrador por improbidade administrativa.

Nem sempre será fácil a identificação desse senso moral em determinada sociedade, uma vez que os valores e padrões de conduta adotados são variáveis no tempo e no espaço. O problema maior, contudo, não é a identificação da ausência da moralidade, mas a sua prova em juízo para fins de controle do Judiciário. Destarte, será a razoabilidade/proporcionalidade o crivo ade-

quando para o exercício do controle da moralidade, conforme se verificará no capítulo seguinte.

Ao lado do princípio da moralidade, há o da probidade administrativa, o qual tem a função de diminuir a incidência de atos administrativos discricionários, na medida em que estabelece a regra da noção da boa e melhor administração, ou seja, escolha dos meios adequados, coerentes e proporcionais à satisfação de seus fins e alcance do interesse público. Assim, “a adoção do princípio da probidade administrativa no ordenamento jurídico valoriza a implementação prática do princípio da moralidade administrativa” (MARTINS JÚNIOR, 2002, p. 100-101).

A probidade administrativa estabelece um dever funcional a ser observado na atuação administrativa. Um dever funcional inserido na relação jurídica que liga o agente à Administração e terceiros à Administração, ou seja, firma relação interna e externa para que uma boa administração seja exercida.

Não é, evidentemente, toda e qualquer ilegalidade comportamental que pode configurar improbidade. Nem mesmo toda imoralidade administrativa traduz improbidade, o que significa dizer que a patologia aqui tratada requer uma gradação dos deveres públicos, da normativa incidente à espécie e das respostas sancionatórias cabíveis. Somente o processo interpretativo poderá definir, concretamente, um ato ímprobo, o que não impede o reconhecimento de preceitos abstratos e objetivos para os operadores jurídicos.

Assim, quando a imoralidade consiste em atos de improbidade, o diploma regulador, a Lei n. 8.429/1992, prevê as hipóteses configuradoras da falta de probidade na Administração. No entanto, nem todo ato ímprobo representa violação à moralidade; dessa forma, admite-se que pode ocorrer ato de improbidade sem

que haja conduta desonesta, como ocorre nas hipóteses do art. 10 da Lei n. 8.429/1992, que admite a modalidade culposa.

4.2 Improbidade administrativa na Constituição Federal brasileira e a Lei Federal n. 8.429/1992.

Abrangência subjetiva, espécies e sanções

A improbidade administrativa apresenta-se quando o agente rompe com o compromisso de obediência aos deveres inerentes à sua função. Para Martins Júnior (2002, p. 113),

significa servir-se de função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou de outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os deveres do cargo.

O art. 37, § 4º, da CF/88 dispõe que os atos de improbidade administrativa importarão em determinadas sanções, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Percebe-se que, desde a promulgação desse dispositivo, há preocupação por parte do Legislativo em punir os atos de improbidade administrativa. No entanto, a Constituição lançou mão de uma norma em branco, uma vez que seu próprio texto menciona “na forma e gradação previstas em lei”.

A improbidade é, no bojo da Lei n. 8.429/1992, em sintonia com o art. 37, § 4º, da Carta de 1988, má gestão dos interesses públicos, seja por desonestidade, seja por ineficiência. A improbidade compreende, pois, três tipos básicos de atos detalhados em tipos sancionadores abertos, em branco, na própria Lei n. 8.429/1992: a) aqueles que comportam enriquecimento ilícito no exercício ou em razão das funções públicas; b) aqueles que produzem lesão ao

erário; c) aqueles que atentam contra os princípios que presidem a Administração Pública.

Qualquer dessas categorias típicas produz lesão aos princípios constitucionais que dominam a Administração Pública e às regras diretamente incidentes à matéria.

Ao passo que o art. 37, § 4º, da Constituição Federal nos dá algumas sanções a serem aplicadas, como já especificadas, o legislador ordinário, pela Lei n. 8.429/1992, ampliou as sanções aplicáveis. A Constituição não era autoaplicável, desse modo, até a edição dessa lei, apenas eram puníveis os atos que implicassem enriquecimento ilícito, sendo cabíveis, em sede judicial, somente o sequestro e a perda de bens, além de eventuais sanções penais.

No entanto, adveio a Lei de Improbidade Administrativa, que elasteceu o rol previsto na Constituição Federal. Não inovou apenas no plano conceitual, dilatou o âmbito de incidência dos bens e dos interesses tutelados e dos responsáveis pela prática do ato de improbidade, uma vez que a nova ordem exige sanções mais compatíveis e coerentes com a tutela do bem jurídico violado.

Ressalte-se que nisso não há nada de inconstitucional. Nada impede que sejam impostas outras formas de punição, desde que, obviamente, não atentem contra os preceitos constitucionais previstos.

A delimitação subjetiva da Lei n. 8.429/1992 está prevista logo em seu primeiro artigo. Tal dispositivo enumera os órgãos ou entidades que podem ser sujeitos passivos de improbidade administrativa.

A lei define ainda como autores do ato de improbidade o agente público (arts. 1º e 2º) e os terceiros (art. 3º).

A LIA, acertadamente, estabeleceu o conceito de agente público de modo que abrangesse toda e qualquer pessoa que sirva

ao Poder Público. Na lição de Tourinho (2004, p. 143), para assim ser considerada, a atividade realizada deve possuir natureza estatal (requisito de ordem objetiva) e a pessoa deve estar investida na atividade (requisito de ordem subjetiva). Assim, abarcou toda pessoa que se envolva com a Administração Pública.

A lei definiu esse conceito com base nos sujeitos passivos. Como assevera Pazzaglini Filho (2002, p. 23), contemplaram-se todas as pessoas que possuem ligação com os sujeitos passivos arrolados no art 1º.

Destarte, tem-se um conceito bastante amplo daquele que pode praticar o ato de improbidade, abrangendo não só as pessoas que possuem vínculo com a Administração, mas também aquelas que se beneficiam da ação ímproba.

Nesse sentido, o art. 3º prevê que as disposições da Lei n. 8.429/1992 “são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

O terceiro beneficiário é o particular, estranho ao serviço público, que pratica o ato de improbidade em conluio com o agente público. Nessa ordem, “graças a este dispositivo, todo aquele que não esteja incluído na definição de agente público dos arts. 1º e 2º, e seu parágrafo único, mas que direta ou indiretamente seja beneficiado com a ação ilícita, pode ser enquadrado nos termos da lei de improbidade” (MATTOS NETO, 1997, p. 162).

A Lei n. 8.429/1992 reprime três modalidades de atos de improbidade: atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). Em seguida, enumera as sanções respectivas.

Em cada um desses artigos a lei trouxe, exemplificativamente, algumas situações que podem ser caracterizadas em seu âmbito de abrangência.

O *enriquecimento ilícito* é consequência de atos de corrupção, sendo, na dicção do art. 9º, resultado de qualquer ação ou omissão que permita a aferição de vantagem patrimonial indevida por parte do agente, no exercício de cargo, mandato, emprego ou atividade nos entes mencionados no art. 1º. A lei censura ações ou omissões daqueles que se aproveitam da função pública para angariar vantagem indevida a que não faz jus, pois é contrária à legalidade ou à moralidade administrativa.

Para os fins desta lei, é indiferente que o ato praticado seja lícito ou ilícito. Segundo Martins Júnior (2002, p. 217), “incide sobre ambas as situações, porque é intolerável o uso anormal e antiético da função pública para se enriquecer, mesmo agindo licitamente, sem embargo de que outras conseqüências jurídicas poderão advir da prática do ato ilícito”.

A segunda modalidade de improbidade administrativa é a *lesão ao erário* ou o prejuízo ao patrimônio público, que configura a ruí­nosa gestão do patrimônio público.

Insera-se nessa categoria, na forma do art. 10, a conduta do agente, ativa ou omissiva, dolosa ou culposa, que revela perda, desvio, apropriação, malbarateamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º da lei.

Como bem assinala Martins Júnior (2002, p. 238), “a tônica central do art. 10, é fornecida pela compreensão da noção de perda patrimonial, que é o efeito do ato comissivo ou omissivo do agente, e se expressa na redução ilícita de valores patrimoniais”.

Por fim a lei traz o ato de improbidade que constitui *atentado aos princípios da Administração Pública*.

O dever jurídico de observar os princípios regentes da atividade estatal está expresso no art. 4º da Lei n. 8.429/1992. Tal preceito é uma consequência direta da norma constante no art. 37, *caput*, da Constituição Federal e é integrado pelo art. 11 da Lei de Improbidade, que alcança todos os princípios aos quais está submetida a atividade estatal, inclusive aqueles implícitos.

Martins Júnior (2002, p. 260) discorre que o art. 11 é a grande novidade do sistema repressivo da improbidade administrativa. Aduz o autor que a tutela específica do art. 11 é dirigida às bases axiológicas e éticas da Administração, realçando o aspecto da proteção de valores imateriais integrantes de seu acervo.

O agente público, na qualidade de gestor público, deve atuar com estrita observância aos deveres que lhe são inerentes. A inobservância desses padrões, seja na atuação vinculada, seja na discricionária, levará à incidência do art. 11, caso o agente tenha agido dolosamente. Nesse sentido, o caso concreto deve demonstrar a intenção do agente em violar o ordenamento jurídico e a grave ofensa aos deveres éticos para que haja configuração da conduta ilícita prevista nesse dispositivo.

Quanto à sua característica de residualidade, na concepção de Pazzaglini Filho (2002, p. 101), por exemplo, “pode-se dizer que a norma do art. 11 constitui soldado de reserva, configurando-se pelo resíduo na hipótese da conduta ilegal do agente público não se enquadrar nas duas outras categorias de improbidade”.

Ademais, ressalta-se que as condutas listadas no art. 11 são exemplificativas, como ocorre nas hipóteses dos arts. 9º e 10.

Quanto às sanções, o art. 12 se encarrega de explicitá-las. Assim, tem-se que os agentes ímprobos poderão ver suspensos seus direitos políticos; ser afastados da função pública que exercem; perder os bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio; ser obrigados ao ressarcimento integral do dano, ao pagamento de multa civil, além de serem proibidos de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio.

Cumpra, por fim, apenas salientar que tais sanções não necessitam ser aplicadas cumulativamente, o que permite melhor individualização da responsabilidade e prestigia a razoabilidade e o senso de equidade que devem nortear as aplicações das penas, notadamente quando se trata de atos exclusivamente lesivos a princípios previstos no art. 11 da LIA.

5 Controle da licença ambiental pela ação de improbidade administrativa

5.1 Influência dos princípios norteadores da Administração Pública na administração ambiental

Como visto, a administração ambiental pode ser encarada como a parcela da Administração Pública encarregada da efetivação da legislação ambiental e da aplicação das diretrizes nela estabelecida, com a finalidade de proteger o meio ambiente e melhorar a qualidade ambiental.

A base das atividades da gestão ambiental está desempenhada na estrutura administrativa descrita no art. 6º da Lei n. 6.938/1981, que trata do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), cuja finalidade é estabelecer uma estrutura organizacional formada

pelo conjunto de órgãos e instituições de diversos níveis do Poder Público, incumbidos na gestão ambiental do Brasil.

Uma das atitudes fundamentais da administração ambiental consiste no exercício do poder de polícia, a fim de controlar as atividades particulares (função preservacionista) e efetivar a política ambiental da Administração Pública.

A conduta do administrador público ambiental manifesta-se por atos administrativos ambientais, como é o caso da licença ambiental.

A Administração só pode atuar conforme a lei e em consonância aos princípios. Pazzaglini Filho (2000, p. 113) afirma que atuar conforme a lei significa “atuar não só em conformidade com a norma jurídica aplicável a determinada situação, mas também em conformidade com o ordenamento jurídico como um todo e, conseqüentemente, com os princípios constitucionais”.

Destarte, ainda que seja no exercício da competência discricionária o administrador deve atentar para os limites impostos pela norma, sejam regras, sejam princípios. Interessante ressaltar que o licenciamento, mesmo sendo atividade discricionária, obedece a determinados requisitos estabelecidos por lei, como o estudo de impacto ambiental, o RIMA e a audiência pública.

O princípio da impessoalidade exprime o “dever de o agente público se conduzir, no trato da coisa pública, de forma objetiva e imparcial, imune aos liames políticos e pessoais, tendo por único propósito o interesse público” (PAZZAGLINI FILHO, 2000, p. 113).

Nessa ordem, ao mesmo tempo em que as ações da Administração não devem ser imputadas à pessoa do administrador, não poderá atuar discriminando particulares. Tourinho (2004, p. 83) assevera que é no campo da discricionariedade que muitas

vezes verificamos a violação a este princípio, pois “não são raros os administradores públicos que, diante da possibilidade de escolha conferida por lei, deixam de objetivar o atendimento do interesse público para se aterem à satisfação de interesses pessoais determinados”. À vista disso, a administração ambiental não poderá praticar ato sem que permaneça numa posição de neutralidade em relação às pessoas privadas.

Com efeito, a moral administrativa ambiental impede que o administrador aja agredindo o meio ambiente, pois é seu dever atuar pela sua preservação.

O princípio da publicidade, outrossim, implica que os atos administrativos, em regra, sejam públicos para garantir a transparência na gestão administrativa e ensejar o seu controle. Em relação à aplicação desse princípio na administração ambiental, ensina Sobrane (1999, p. 53) que “todas as licenças, autorizações e permissões devem ser publicadas para que possam ter validade. *Se o agente deixa propositadamente de dar publicidade a um ato de natureza ambiental, incorrerá nas sanções da Lei de Improbidade*”.

Já o princípio da eficiência significa que a gestão administrativa do meio ambiente deve ser sempre direcionada ao atendimento mais adequado ou eficaz do interesse público.

Decerto, na concessão da licença ambiental, o agente deve decidir se a outorga ou não, sopesando a preservação do meio ambiente e o desenvolvimento econômico, a fim de possibilitar o desenvolvimento sustentável.

Esse princípio possui grande relevância para avaliar se a atividade discricionária foi ou está sendo exercida eficazmente, isto é, a atividade discricionária é limitada pelo princípio *in casu*.

Em relação ao princípio da motivação, “todo administrador tem o dever de justificar seus próprios atos, motivando a decisão tomada, e indicando as razões pelas quais procedeu dentre as plausíveis, daquela maneira” (BELLO FILHO, 2000, p. 68).

E imprescindível a exposição dos motivos na concessão da licença ambiental, haja vista que a exteriorização dos motivos da outorga ou da negativa visa garantir o controle interno e externo do ato, para fins de verificar se foi atendido o interesse público.

Outrossim, importante ressaltar que o Poder Público deverá utilizar os meios adequados na estrita medida do necessário para alcançar os fins a que se destina. Trata-se dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, os quais constituem limitações à atividade discricionária. Com efeito, se o ato praticado for manifestamente inadequado para atingir o objetivo legal, a Administração terá ultrapassado os limites da discricionariedade.

Percebemos, então, que esses princípios são norteadores de toda administração ambiental, principalmente no que concerne ao licenciamento ambiental. Dessa forma, sábias são as palavras de Fiorillo e Rodrigues (1999, p. 216):

Assim, além dos princípios normais que influenciam a formação do direito ambiental, temos que diante do licenciamento ambiental, deverá haver uma imperativa incidência dos princípios do direito administrativo, porque tal ato, ainda que com um formato revisitado, possui um enraizamento atávico que o liga ao direito administrativo e seus princípios.

Com efeito, a administração ambiental deve em todos os seus atos, além de obedecer aos princípios e normas peculiares do direito ambiental, observar obrigatoriamente os princípios regentes da Administração Pública para servir com objetividade o interesse público, ou seja, o direito à proteção do meio ambiente.

5.2 O controle da discricionariedade exercido pelo art. 11 da Lei de Improbidade: possibilidade de controle do licenciamento ambiental pela ação de improbidade administrativa

As questões ambientais interessam sobremaneira à coletividade, sendo de extrema importância para as presentes e futuras gerações; sendo assim, a Constituição elevou à categoria constitucional a proteção do meio ambiente, incumbindo ao Poder Público e à coletividade o dever de defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Contudo, não são raras as vezes que os interesses particulares, movidos por ambições, deixam de observar esse dever conferido constitucionalmente para satisfazerem seus interesses pessoais.

A esse respeito, escreve Sobrane (1999, p. 49):

O Poder Público deve assumir postura protetora do meio ambiente, isentando-se dos interesses particulares para decidir com imparcialidade as questões que lhe são submetidas, devendo agir com cautela e prudência para não se transformar também em agente degradador, em cumplicidade com o interessado.

Assim, o administrador ambiental deve pautar sua conduta no princípio da juridicidade, cumprindo rigorosamente as determinações legais e regulamentares, em observância aos preceitos constitucionais, administrativos e ambientais.

Todavia, atuando em desacordo com os princípios regentes estará o agente incorrendo em prática de atos de improbidade administrativa, na forma da Lei n. 8.429/1992. A prática de ato atentatório a tais princípios pode causar, basicamente, a invalidação do ato administrativo licença, bem como a ação de improbidade administrativa.

A mera invalidação apenas impede a continuidade da agressão ao meio ambiente, não permitindo, por outro lado, o retorno do *status quo ante*. Por essa razão é que defendemos a punição do agente administrador ambiental que pratica algum ato no procedimento do licenciamento ambiental em desacordo com o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, com essa medida, o princípio da prevenção, norteador da atividade ambiental, será efetivado, porquanto a punição pessoal do administrador que lesa o meio ambiente ao atuar desonestamente gera o temor da repreensão.

Bello Filho (2000, p. 71) aduz que “este aspecto simbólico permite uma atuação no subconsciente do administrador para que atue em conformidade com a lei, sob pena de lhe ser aplicada a lei de improbidade administrativa. Funciona, assim, como mecanismo de coibição de práticas ilegais futuras”.

Com a Constituição de 1988 consolidou-se o dever de observância dos princípios, imposto a toda e qualquer atividade de gestão de tais interesses, seja esta vinculada ou discricionária.

O exercício da atividade discricionária não significa que se pode praticar o ato com base na conveniência e oportunidade pessoal do administrador. Ao revés, entre as alternativas possíveis, ele deve escolher aquela que melhor se ajuste ao interesse da coletividade, em consonância com os princípios regentes da atividade administrativa ambiental.

Com isso, os atos do Poder Público destinados ao controle, à fiscalização e à proteção do meio ambiente devem ser praticados com observância dos princípios constitucionais, sob pena de o ato praticado ser eivado de improbidade administrativa, pois que lesivo ao dever de atuação protetiva de princípios e direitos fundamentais.

Segundo Sobrane (1999, p. 50), em tese, todos os dispositivos que listam atos de improbidade podem ser aplicados às questões ambientais.

Inicialmente, destaca-se que a improbidade pode resultar não apenas de ação, mas também de omissão do administrador público. Nesse sentido, a ausência de licença para funcionamento da atividade implica ofensa ao princípio da legalidade. Da mesma forma, a omissão quanto a um ato do procedimento, como a audiência pública, poderá infirmar o devido processo do licenciamento ambiental, por vício de publicidade, sujeitando o agente à improbidade e aos termos da LIA.

A primeira espécie de improbidade, conforme já vimos, caracteriza-se pela corrupção ambiental. O art. 9º dispõe que constitui ato de improbidade administrativa o ato de agente que auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, função, mandato ou emprego, importando em enriquecimento ilícito.

Esse é o posicionamento dos autores Pazzaglini Filho e Bello Filho, que apresentam exemplo que configura tal situação. Para Pazzaglini Filho (2000, p. 118-119), “o agente público que, mediante o recebimento de propina, expede licença para implantação de indústria em zona de reserva ambiental, infringe este dispositivo”.

A segunda espécie admitida pela lei busca reprimir condutas que causem prejuízo ao erário. Assim, o agente encarregado da tutela do ambiente que, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, acarretar dano ao erário incorrerá nas sanções impostas no art. 12, inciso II, da LIA.

Acredita-se, assim, ser possível a aplicação dos arts. 9º e 10 ao agente público ambiental. Todavia, entendemos que o terreno

fértil para a aplicação da Lei de Improbidade no âmbito da atuação das agências ambientais é o art. 11 da referida lei, isto é, nos casos que importam em violação aos princípios constitucionais.

O art. 11 funciona como norma de reserva, isto é, incide para os casos que não acarretam lesão ao erário nem importam enriquecimento ilícito do agente público que pratica o ato. Ademais, tem a finalidade de fazer prevalecer os deveres salientados no art. 4º da LIA, bem como os princípios constitucionais, punindo a prática de ato que importe apenas na violação destas normas, mesmo que não cause prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito do agente.

Em matéria ambiental, a violação dos deveres e princípios supracitados, como vimos, pode levar à invalidação do ato e à responsabilização do agente público. Segundo Sobrane (1999, p. 52), “o agente público não pode autorizar a investida contra o meio ambiente contrariando dispositivos legais ou praticando ato sem observância da finalidade estatuída na lei”.

Verificada a inobservância por parte da autoridade pública de norma que deveria ser respeitada, o ato é viciado e, portanto, passível de invalidação, imputando-se ao agente as sanções relativas ao ato ímprobo, na forma do art. 11 da LIA.

Cumprido salientar, outrossim, que ao agente licenciador, por redobradas razões, impõe-se o dever especial de bem conhecer as posturas ambientais e, em conformidade a elas, agir imparcialmente. E se lhe retiram a imparcialidade ou autonomia, sobre este deverá recair as sanções da LIA.

Enfim, acredita-se ser possível o controle dos atos administrativos discricionários no âmbito da gestão ambiental, especificamente aqueles praticados no procedimento do licenciamento ambiental, na medida em que é possível punir pessoalmente as autoridades

envolvidas no licenciamento que tenham praticado atos ímprobos, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, sendo possível, ainda, a tipificação nos arts. 9º e 10.

Apenas registre-se que a utilização de tal instrumento afigura-se episódica e excepcional, sob pena de, sob outra ótica, incorrer-se em demasiado cerceamento da liberdade e autonomia do agente público.

6 Problema de caso. Das audiências públicas

Estabelecidas as premissas explicitadas ao longo deste trabalho, cabe analisar, sucintamente, a possibilidade de utilização da ação civil pública por ato de improbidade administrativa como instrumento de controle e forma de implementação do dever de atuação protetiva das normas e dos princípios constitucionais afetos especificamente às audiências públicas, como etapa do licenciamento ambiental.

O procedimento relativo à realização de audiências públicas encontra-se regido pela Resolução n. 09/1987 do CONAMA e, em âmbito estadual, pela Lei n. 5.887/1995, que institui a Política Estadual de Meio Ambiente.

Referida legislação, no particular, assegura a participação popular e o direito à informação, por meio das audiências públicas, mediante consulta à população interessada, antes da expedição da licença prévia para a implantação de projeto ou atividade, pública ou privada, que possa colocar em risco o equilíbrio ecológico ou provocar significativa degradação do meio ambiente. O que se dá especialmente por meio da ampla divulgação da realização das audiências públicas e do conteúdo do estudo e relatório de impacto ambiental – EIA/RIMA.

A Lei n. 5.887/1995 estabelece que a divulgação, para fins de solicitação da audiência pública, deve dar-se, no mínimo, por meio de nota resumida, publicada em jornal de circulação local (art. 92, § 2º). A Resolução n. 09/1987/CONAMA, em seu § 2º, art. 2º, da mesma forma, preconiza que o edital deverá ser publicado na imprensa local.

Atentando-se ao princípio da publicidade, o art. 103, § 5º, do ato normativo citado prevê:

A realização das audiências públicas será sempre precedida de *ampla divulgação*, assegurada pela publicação de, no mínimo, *três* vezes consecutivas, no *Diário Oficial* e nos jornais de grande circulação no Estado, através de nota contendo todas as informações indispensáveis ao conhecimento público da matéria.

As audiências públicas destinam-se a fornecer informações sobre o projeto e seus impactos socioambientais, bem como a possibilitar a discussão e o amplo debate sobre o EIA/RIMA, visando transmitir informações fundamentais acerca do mencionado estudo, por meio de linguagem acessível a todos os segmentos da população, de modo que se conheçam as vantagens e desvantagens do projeto, bem como todas as consequências ambientais decorrentes de sua implantação.

Outrossim, de maior relevo se afigura o objetivo de promoção de espaço público de discussão, de forma a ensejar a efetiva participação popular, com possibilidade de interferência substancial nas tomadas de decisões, que, ao fim e ao cabo, dizem respeito à sociedade.

O § 4º do art. 103 da Lei n. 5.887/1995, por seu turno, dispõe:

Comparecerão obrigatoriamente à audiência pública, os servidores públicos responsáveis pela análise e licenciamento ambiental, os representantes de cada especialidade da equipe multidisciplinar que elaborou o RIMA, o requerente do licenciamento ou seu represen-

tante legal e o representante do Ministério Público, que para tal fim deve ser notificado pela autoridade competente, com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

Tal dispositivo visa propiciar condições à legítima e suficiente transmissão de toda e qualquer informação do interesse das comunidades afetadas. De outro giro, em defesa do interesse público primário, possibilita e viabiliza as análises técnicas necessárias a propiciar efetiva fiscalização e controle do procedimento ambiental, pelos órgãos para tanto legitimados.

Nessa linha, é que o regimento das audiências públicas deve prever prazo satisfatório para as manifestações do Ministério Público e da sociedade, de forma que assegure as prerrogativas e funções institucionais garantidas constitucionalmente, e respeitar o princípio da equidade, entre outros. Só assim é que se implementa a efetiva participação popular em condições de interferir na tomada de decisões, objetivo principal da consulta prévia, que se deve afigurar muito mais participativa do que meramente informativa.

Ademais, a publicidade do EIA-RIMA deve dar-se na área de influência direta e indireta do empreendimento, antes da realização das audiências públicas, permitindo, nos termos da legislação ora mencionada, a participação informada da população a ser atingida. Não basta, assim, apenas a divulgação formal, uma vez que a população pode não ter acesso a ela.

O licenciamento, como visto, é um processo complexo, sendo assim, as consequências da atividade ou do empreendimento devem ser amplamente debatidas. Destarte, a realização da audiência pública deve pautar-se por algumas premissas, senão vejamos.

A audiência não é um mero ato informativo, mas um processo participativo de produção de conhecimento, com procedimentos adequados, hábeis a viabilizar conhecimento e consenso acerca das

consequências positivas e negativas do empreendimento pela população afetada. É um processo, portanto, de tomada de decisões.

Cumpra primar pelo estabelecimento de um diálogo genuíno entre ambas as partes, caracterizado pela comunicação e pelo entendimento. A informação pertinente, clara, oportuna e imparcial deve subsidiar a adoção de qualquer decisão produzida no processo de consulta.

A consulta, enquanto processo mutuamente acordado, deverá compor-se por eventos de natureza diversa (reuniões, oficinas, seminários, assembleias etc.), segundo decidam as partes, e sempre com a disposição de tempo suficiente e recursos próprios para a sua execução.

Não basta, assim, haver mera e formal participação na consulta. Por meio de procedimentos adequados, devem estar presentes indivíduos e instituições representativos dos povos potencialmente atingidos, em condições de debater e interferir. Importante é que as pessoas que simbolizam a instituição política representativa, em cada caso, tenham poder e vez para falar e participar, em sentido material, da tomada de decisão.

Outrossim, o Estado deve fazer-se presente como principal interlocutor durante o processo de consulta, de forma que garanta que o processo deva reconhecer e potencializar a autonomia dos povos. Cumpra considerar que o processo de consulta prévia servirá sempre para informar e amadurecer decisões do Estado e dos povos interessados, em contínua interlocução.

Também não se pode perder de vista que a audiência pública implica a necessidade de acordar um plano de consulta antes de qualquer outra medida. Assim, deve haver definição mínima e detalhada do objetivo do processo, ou seja, do conteúdo da con-

sulta; dos procedimentos a serem aplicados; dos interlocutores legítimos de ambas as partes; do tempo e dos recursos necessários para sua adequada execução, assim como sua origem; além dos procedimentos a serem seguidos.

A informação deve ser pública, de fácil acesso e compreensão, permanente, durante todo o processo, imparcial e prévia a qualquer decisão. É essencial que a população atingida direta e indiretamente tenha conhecimento efetivo dos possíveis riscos, incluindo os impactos sociais, ambientais e de salubridade. Nessa esteira, o processo necessariamente exige trabalho de acompanhamento de grupo de profissionais assessores que possam garantir a compreensibilidade da informação nele circulante. Ademais, o local deve ser adequado a abrir oportunidade ao debate e à ampla participação popular.

Cada uma dessas premissas está atrelada ao ideal maior de garantia de participação popular e diz respeito aos princípios supraenunciados, notadamente o da supremacia e indisponibilidade do interesse público, legalidade, impessoalidade, publicidade e moralidade.

Assim, se o agente público responsável pelo licenciamento da atividade ou empreendimento insiste em proceder à margem da legislação pertinente, descumprindo-a reiteradamente – no que se refere a quaisquer das etapas do licenciamento ambiental, como a audiência pública –, de forma, por exemplo, que desvirtue o real objetivo da audiência, transmutando-a em ato meramente informativo, poderá, episódica e excepcionalmente, submeter-se aos rigores da LIA, devendo responder como incurso no art. 11 do citado diploma.

Se assim se comporta, dolosamente, frustrando o escopo normativo principiológico pertinente, por certo que se afigura possível lançar mão de tal instrumento de controle, com vistas

a reafirmar a eficácia normativa dos princípios que porventura restem violados, especialmente, em casos desse jaez, o da legalidade (finalidade), publicidade, impessoalidade e indisponibilidade do interesse público e, por vezes, moralidade.

No entanto, é de se ter a máxima cautela, ponderando-se adequadamente, caso a caso, a necessidade de assegurar observância aos princípios lesados e garantir a higidez do devido processo de licenciamento ambiental – em prol da preservação do meio ambiente, de um lado, e, de outro, primando pela integridade do espaço de discricionariedade (regrada) reservado ao agente público no desempenho de suas atribuições.

7 Conclusão

A função administrativa é toda atividade desenvolvida pela Administração (Estado) para a satisfação dos interesses da coletividade. Portanto, é em nome do interesse público que deve agir, e, assim, ao exercer a função administrativa, está adstrita ao cumprimento de determinadas finalidades.

Para a consecução dos fins a que se destina, o Estado se vale de prerrogativas que lhe são conferidas por lei. Trata-se dos poderes e deveres que lhe são atribuídos para o cumprimento de suas finalidades. Nessa ordem, o uso de tais prerrogativas somente é legítimo se utilizado na medida do indispensável ao atendimento dos interesses coletivos.

O exercício da atividade administrativa é limitado por algumas restrições que lhe são impostas ao lado das prerrogativas. A submissão dos princípios administrativos consagrados na Constituição Federal de 1988 e em todo o ordenamento jurídico brasileiro é uma dessas restrições, a que está obrigada a observar. Dessa feita,

no desempenho da função administrativa, o Poder Público está obrigado a atentar para os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, proporcionalidade, razoabilidade, autotutela, supremacia do interesse público, indisponibilidade do interesse público, ente outros.

Viu-se que a administração ambiental é encarada como parte da Administração Pública e, como tal, está submetida aos ditames legais e às normas que regem toda a atividade administrativa, de sorte que devem ser observadas suas peculiaridades. À vista disso, é tida como a parcela da Administração Pública encarregada da efetivação da legislação ambiental e da aplicação das diretrizes nela estabelecidas, com a finalidade de defender e preservar o meio ambiente e melhorar a qualidade ambiental.

Em razão da relevância do bem jurídico tutelado – o meio ambiente –, a Constituição Federal impôs ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo. À vista desse preceito, a CF impôs a todos aqueles que fizerem uso dos recursos naturais a obrigação de zelo para com o meio ambiente.

Dada a importância da preservação, faz-se mister que o uso do meio ambiente seja feito de forma planejada. Isso implica o desenvolvimento de uma política ambiental voltada para o planejamento sustentável, com vistas a assegurar a compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a proteção da qualidade ambiental.

Daí a importância dos instrumentos existentes no ordenamento pátrio que permitem a intervenção na ordem econômica com a finalidade de gerir o padrão de desenvolvimento. Mostramos o licenciamento ambiental, e suas etapas, como um desses meios destinados ao planejamento ambiental.

Pôde-se observar que, pelo licenciamento, a Administração Pública, no uso de suas atribuições, estabelece condições e limites para o exercício de determinadas atividades, por tal razão é que constitui um importante meio de controle de que dispõe o Estado para verificar a possibilidade e a regularidade de intervenção projetada sobre o meio ambiente.

Trata-se de um procedimento complexo, composto por etapas, que objetiva a concessão da licença ambiental. Esta, por seu turno, é uma das etapas do procedimento, pela qual, mediante ato administrativo, é outorgada a intervenção do meio ambiente.

Afirmamos que a licença ambiental possui natureza de ato administrativo discricionário e precário, portanto, de autorização. Demonstrou-se que, por ser ato discricionário e para que uma licença seja concedida, não basta o preenchimento pelo interessado dos requisitos exigidos pelo órgão competente, é necessário que a Administração faça uma análise rigorosa dos resultados obtidos no EIA-RIMA e em todo o procedimento licenciador, os quais servirão de elemento motivador da decisão de concessão ou não da licença ambiental.

Aliás, a prova maior da discricionariedade a respeito do licenciamento é a natureza não vinculada do EIA-RIMA para o administrador. O EIA-RIMA, portanto, serve de elemento preponderante na formação da opinião do administrador, atuando como fator de restrição da discricionariedade.

A discricionariedade é uma prerrogativa conferida à Administração com o escopo de propiciar o atendimento da finalidade legal no caso concreto. Com o objetivo de proporcionar a escolha do melhor caminho, a lei atribui certa margem de liberdade ao administrador. Isso significa que, entre as alternativas pos-

síveis, deve escolher aquela que melhor se ajuste ao interesse da coletividade e não aos fins privados.

Como esclarecido, os atos do Poder Público destinados ao controle, à fiscalização e à proteção do meio ambiente, enfocados aqueles que concernem ao licenciamento ambiental, devem obedecer aos princípios e às normas peculiares do direito ambiental, além de observar obrigatoriamente os princípios regentes da atividade administrativa, para servir com objetividade o meio ambiente.

Assim, o administrador ambiental deve pautar sua conduta nos princípios regentes de sua atividade. Todavia, atuando em desacordo com os princípios regentes da Administração e com as normas peculiares do direito ambiental, estará o agente incorrendo em prática de atos de improbidade administrativa, na forma da Lei n. 8.429/1992.

Concluiu-se que a lei de improbidade pode ser utilizada para reparar eventuais ilegalidades ou desvirtuamento de princípios.

Enfim, defendeu-se ser possível o controle dos atos administrativos discricionários no âmbito da gestão ambiental, especificamente aqueles praticados no procedimento do licenciamento ambiental, na medida em que é possível punir pessoalmente as autoridades envolvidas no licenciamento que tenham praticado atos ímprobos, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, sendo possível, ainda, a tipificação nos arts. 9º e 10.

Enfatizou-se que, entre os atos de improbidade administrativa, o art. 11 da Lei n. 8.429/1992 veio a exercer um controle principiológico de toda atividade administrativa, inclusive discricionária. Isso porque, caso haja violação aos princípios que norteiam a Administração Pública, mesmo – e principalmente – no exercício da competência discricionária, caberá incidência do referido artigo,

responsabilizando-se, pessoalmente, o administrador público, com aplicação das sanções previstas no art. 12, inciso III. Não é somente o ato que será atacado, mas também o seu responsável, observadas as devidas cautelas.

Por fim, em conclusão, fixada as premissas, buscou-se evidenciar a possibilidade excepcional e episódica de utilização da ACP por ato de improbidade, em razão da violação de princípios, mesmo em sede de audiência pública, etapa específica do licenciamento ambiental, em que o licenciador, predominantemente, atua com discricionariedade, o que não dispensa, em observância ao princípio da juridicidade, o respeito aos princípios constitucionais administrativos e ambientais.

Referências

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2004.

AMARAL, Julio Ricardo de Paula. Princípios de processo civil na Constituição Federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 46, 1^o out. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/771/principios-de-processo-civil-na-constituicao-federal>>. Acesso em: 12 set. 2006.

ANTUNES. Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BELLO FILHO, Ney de Barros. Aplicabilidade da lei de improbidade administrativa à atuação da administração ambiental brasileira. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 5, n. 18, p. 57-79, abr./jun. 2000.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1931. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 set. 1981. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Leis/L6938org.htm>>. Acesso em: 30 set. 2008.

_____. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 jun 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 6 out. 2008.

_____. Resolução CONAMA n. 001, de 23 de janeiro de 1986. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para o Relatório de Impacto Ambiental – RIMA. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 fev. 1986. 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/conama>>. Acesso em: 3 set. 2008.

_____. Resolução CONAMA n. 237, de 19 de dezembro de 1997. Dispõe sobre os procedimentos e critérios utilizados no licenciamento ambiental e no exercício da competência, bem como as atividades e empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 dez. 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/conama>>. Acesso em: 21 out. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2004.

COSTA, Humberto Pimentel. *Corrupção e improbidade administrativa*. Disponível em: <<http://www.mp.al.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2008.

DAWALIBI, Marcelo. Licença ou autorização ambiental? *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 5, n. 17, p. 179-187, jan./mar. 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 1 v.

ELIAS ROSA, Márcio Fernando; FAZZIO JÚNIOR, Waldo; PAZZAGLLNI FILHO, Marino. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FERNANDES, Flávio Sátiro. Improbidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, n. 210, p. 171-181, out./dez. 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MACHADO. Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARTINHO, Luciana Toledo; MENDONÇA, Andréa Lasmar de. Um estudo sobre o licenciamento ambiental. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo: APRODAB, a. 2, v. 35, p. 7-14, jan./fev. 2006.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade Civil por improbidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, n. 210, p. 159-170, out./dez. 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MILARÈ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Luís Carlos Silva de. *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2000.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre ambiente e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: 1992. Disponível em: <<http://www.fatma.sc.gov.br>>. Acesso em: 3 nov. 2008.

OSORIO, Fábio Medina. Observações sobre improbidade dos agentes públicos à luz da Lei 8.429/92. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 86, n. 740, p. 96-115, jun. 1997.

_____. Observações acerca dos sujeitos do ato de improbidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 87, n. 750, p. 69-85, abr. 1998.

_____. As sanções da Lei 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 88, n. 766, p. 88-98, ago. 1999.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Princípios constitucionais e improbidade administrativa ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 5, n. 17, p. 112-122, jan./mar. 2000.

_____. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOBRANE, Sérgio Turra. A lei de improbidade administrativa e sua utilização para a proteção das florestas brasileiras. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 4, n. 16, p. 49-55, out./dez. 1999.

SOUZA, José Carlos Rodrigues de. Improbidade administrativa e meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 4, n. 14, p. 83-90, abr./jun. 1999.

SPECK, Bruno Wilhelm. Corrupção, prevenção e controle. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br/index.html>>. Acesso em: 15 out. 2008.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. *Discricionariedade administrativa: ação de improbidade e controle principiológico*. Curitiba: Juruá, 2004.