UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS
Pós-Graduação *stricto sensu* - Mestrado em Direito

ASPECTOS JURÍDICOS CONTROLÁVEIS DO AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL

Elisson Pereira da Costa

SANTOS
2011

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS
Pós-Graduação *stricto sensu* - Mestrado em Direito

ASPECTOS JURÍDICOS CONTROLÁVEIS DO AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL

Elisson Pereira da Costa

Projeto apresentado à Banca de Qualificação do programa de mestrado em Direito da Universidade Católica de Santos, como requisito parcial a obtenção do grau de Mestre em Direito, concentrado em Direito Ambiental.

Orientadora: Profª. Dra. Maria Luiza Machado Granziera.

SANTOS
2011

Aprovado em __/__/2011.

BANCA EXAMINADORA

_____
Examinador 1
Universidade Católica de Santos

_____
Examinador 2
Universidade Católica de Santos

_____
Examinador 3

Para

Deus que por sustentar a Terra sobre o nada revela a sua grandeza;

Osvaldo e Esméria, meus amados pais, que sequer imaginam o quão importantes são para mim;

Michelle, o amor da minha vida e eterna companheira.

RESUMO

O ordenamento jurídico brasileiro tutela o ambiente sadio e ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações de maneira ampla, alçando-o a categoria de direito fundamental previsto constitucionalmente. Um dos instrumentos para garantia desse direito é o poder de policia ambiental que se instrumentaliza por meio de um auto de infração que é o ato administrativo, pelo qual se inicia o processo administrativo ambiental para apuração de infrações e aplicação de penalidades. Uma vez expedido o auto, existe a possibilidade de seu controle que pode ser realizado tanto pela Administração Pública como pelo Poder Judiciário. Saber quais são os aspectos jurídicos controláveis do auto de infração ambiental é o objetivo da presente dissertação, sendo necessário para tanto investigar e definir o objeto de tutela do auto de infração ambiental, bem como seus atributos e elementos. O estudo propõe uma análise da situação de dois municípios localizados em uma área de proteção aos mananciais no Estado de São Paulo a fim de identificar como se dá o controle dos aspectos jurídicos do auto de infração ambiental na via administrativa. No que se refere ao controle jurisdicional são analisados casos emblemáticos levados aos tribunais brasileiros, para se demonstrar os novos parâmetros jurídicos utilizados pelo Poder Judiciário em suas decisões.

Palavras-chave: meio ambiente, poder de polícia, ato administrativo, infração, penalidades, Administração Pública, discricionariedade.

ABSTRACT

The Brazilian legal system protects the healthy and ecologically balanced environment for the present and future generations of way wide, taking it to the category of fundamental right constitutionally provided. One of the instruments to ensure that right is the environmental police power that exploits through a notice of violation which is the administrative act, whereby the administrative process begins for investigation of environmental violations and imposition of penalties. Once issued the notice of violation, there is the possibility of its control that can be performed either by Public Administration and the Judiciary. Know what are the controllable legal aspects of the environmental violation notice is the aim of this dissertation, being necessary to both investigate and define the object of protection of the environmental violation notice, as well as their attributes and elements. The study proposes an analysis of the situation of two municipalities located in a wellspring protection area in the State of São Paulo, in order to identify how is the control of the legal aspects of the environmental violation notice in the administrative way. With regard to the jurisdictional control are analyzed emblematic cases brought before the Brazilian courts, to demonstrate the new legal standards used by the judiciary in its decisions.

Key words: environmental, police power, administrative act, violations, penalties, Public Administration, discretion.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO..... 9

2. A TUTELA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE E O AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL..... 12

2.1. O artigo 225 da Constituição Federal e o sistema jurídico-normativo..... 12
2.2. O objeto de proteção do bem ambiental..... 16
2.2.1. O ambiente como direito fundamental..... 16
2.2.2. A natureza jurídica do bem ambiental 17
2.3. Princípios ambientais e o auto de infração ambiental 23
2.3.1. Desenvolvimento sustentável e o princípio do poluidor pagador 26
2.3.2. A precaução e o auto de infração ambiental 28
2.3.3. Natureza pública da proteção ambiental 29
2.3.4. O controle do poluidor por meio do auto de infração ambiental..... 31

3. O PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... 32

3.1. Instrumentos administrativos de prevenção ambiental 32
3.2. Competência administrativa em matéria ambiental 34
3.3. Polícia Administrativa e Polícia Judiciária Ambiental 41
3.4. O Poder de Polícia Ambiental..... 44
3.4.1. Conceito..... 44
3.4.2. Atributos do Poder de Polícia Ambiental 47
3.4.3. Instrumentos e legitimados..... 49
3.5. Poder de polícia ambiental em face da Administração Pública..... 51

4. ANÁLISE ESTRUTURAL DO AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL..... 60

4.1. A infração e a sanção administrativa ambiental 60
4.2. Auto de infração e processo administrativo..... 62
4.3. A natureza jurídica do auto de infração ambiental 63
4.4. O auto de infração ambiental no ordenamento jurídico brasileiro..... 66
4.5. Os atributos e requisitos do Auto de Infração Ambiental 69
4.6. A validade do auto de infração e a jurisprudência..... 75
4.6.1. Competência..... 76
4.6.2. Forma..... 78
4.6.3. Motivação..... 81
4.7. Convalidação do auto de infração ambiental: ato discricionário ou vinculado?..... 84

5. O CONTROLE JURISDICIONAL E ADMINISTRATIVO DO AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL..... 88

5.1. A atuação da Administração Pública municipal e o Poder Judiciário na temática ambiental 88
5.2. A extensão do controle administrativo e judicial sobre o auto de infração ambiental..... 93
5.2.1. O controle administrativo. 93
5.2.2. O controle jurisdicional..... 95
5.2.2.1. A doutrina tradicional e sua evolução..... 95
5.2.2.2. A juridicização da discricionariedade..... 98
5.2.2.3. O controle das omissões da Administração Pública. 105
5.3. A colisão de direitos fundamentais e a discricionariedade do Poder Judiciário..... 106

6. CONCLUSÕES..... 113

7. BIBLIOGRAFIA..... 117

Dados Internacionais de Catalogação
Sistema de Bibliotecas da Universidade Católica de Santos
SIBIU

C837a Costa, Elisson Pereira da
Aspectos jurídicos controláveis do auto de infração ambiental / Elisson Pereira da Costa; Orientador. Maria Luiza Machado Granziera - Santos : [s.n.], 2011.
121 f. ; 30 cm. (Dissertação de Mestrado) -Universidade Católica de Santos, Programa de Mestrado em Direito

1. Auto de infração. I. Orientador. Granziera, Maria Luiza Machado. II. Título.

CDU 34(043.3)

1 INTRODUÇÃO

A tutela do bem ambiental, com o advento da Constituição Federal de 1988, assumiu papel de extrema importância e para sua efetividade o direito apresenta uma série de instrumentos administrativos de prevenção ao dano ambiental.

Para observância do preceito constitucional de que todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado há a necessidade por parte do Estado da prescrição de normas impositivas de conduta para garantir a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Disso resulta o exercício do chamado poder de polícia ambiental definido neste trabalho como aquele exercido pela Administração Pública para condicionar os bens e atividades particulares e do próprio Estado, com vistas a defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

No exercício desse poder, a Administração Pública, utiliza como instrumento, dentre outros, o auto de infração ambiental, podendo aplicar as penalidades previstas na legislação.

O problema é que por vezes a Administração Pública exerce essa competência de maneira insatisfatória, ineficiente, equivocada ou ilegal o que enseja a atuação do Poder Judiciário.

Por outro lado, o Poder Judiciário ao controlar o auto de infração ambiental ainda se utiliza de critérios tradicionais, todavia essa tendência está em transformação e essa quebra de paradigma será vista ao longo do estudo.

Uma vez expedido um auto de infração ambiental é preciso investigar e responder os seguintes questionamentos: Quais são os elementos e características do auto de infração ambiental? Como se dá o controle administrativo do auto de infração ambiental? Como o Judiciário faz a análise de autos praticados com vício? Como se dá a questão do conflito de direitos na jurisprudência: meio ambiente ecologicamente equilibrado em contrapartida com a legalidade e o direito de propriedade ? É possível convalidar um auto de

infração ambiental? Quais vícios são convalidáveis? Existe possibilidade de autuação da Administração Pública em face das entidades de Direito Público?

Eis a proposta desse estudo: identificar os aspectos jurídicos do auto de infração ambiental que possibilitem entender como é que se dá o controle administrativo e jurisdicional sobre o mesmo.

Para o estudo aqui proposto, parte-se do geral para o particular, abordando o tema de modo abrangente, com a apresentação das premissas necessárias, entretanto sem perder o foco daquilo que constitui o objeto central do estudo: os aspectos jurídicos controláveis do auto de infração ambiental.

O desenvolvimento desse raciocínio divide o trabalho em quatro partes. O capítulo 2 aborda a relação do artigo 225 da Constituição com o auto de infração ambiental. Identifica-se também a natureza do bem e da proteção ambiental, bem como a aplicação dos princípios ambientais na temática do auto de infração.

Já o capítulo 3 trata do poder de polícia ambiental como instrumento de controle da Administração Pública. Procura-se saber a qual ente político está afeto o poder de polícia ambiental do qual decorre o poder de fiscalização. É apresentado um conceito de poder de polícia ambiental e a diferenciação entre a atuação das polícias administrativa e judiciária ambiental. Analisa-se, por meio de um caso concreto, a possibilidade do Poder Público expedir auto de infração em face das entidades da Administração Pública, direta e indireta.

Definido o objeto da tutela e o instrumento para efetivação da proteção ambiental passa-se no capítulo 4 ao estudo da estrutura do auto de infração ambiental, porém, preliminarmente aborda-se a infração administrativa na legislação brasileira. Em seguida, examina-se a natureza jurídica do auto de infração ambiental para, mais adiante, tratar especificamente dos atributos e requisitos do auto de infração ambiental, utilizando-se de conceitos trazidos do Direito Administrativo. Encerra-se o capítulo com a questão da validade do auto

de infração ambiental e a possibilidade de sua anulação e convalidação.

O último capítulo traz a temática do controle administrativo e judicial do auto de infração ambiental. Demonstra-se por meio de dados obtidos junto a dois municípios do Estado de São Paulo, localizados em áreas de proteção aos mananciais, como se dá o controle administrativo dos autos de infração ambiental expedidos pelas municipalidades.

Foram selecionados os municípios de São Bernardo do Campo e Santo André e a razão da escolha reside no fato de que as cidades estão localizadas em área de proteção aos mananciais do Estado de São Paulo.

Outro ponto de análise nesse capítulo é a extensão do controle jurisdicional sobre o auto de infração ambiental. Nesse passo, são analisadas decisões judiciais de tribunais estaduais e superiores, sendo algumas trazidas à colação para comentários e questionamentos.

Dois foram os critérios utilizados para a seleção dessas decisões. O primeiro é o da autoridade julgadora, por isso o enfoque maior é para os Tribunais de Justiça, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal e o segundo é o da repercussão dos casos.

A importância desse estudo é a busca pela identificação dos aspectos jurídicos controláveis do auto de infração ambiental - assunto não muito explorado pela doutrina ambientalista - e a maneira pela qual como isso se dá nos campos administrativo e judicial.

2 A TUTELA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE E O AUTO DE INFRAÇAO AMBIENTAL

2.1 O artigo 225 da Constituição Federal e o sistema jurídico normativo

A dinâmica jurídica proposta na teoria pura do direito traz a norma fundamental como pressuposição lógica-transcedental. A função desta norma fundamental é servir como base de validade objetiva da ordem jurídica positiva.[1] No presente estudo tomar-se-á como base a premissa de que o ordenamento jurídico encontra-se escalonado, tendo como norma superior a Constituição Federal.

Joeirando os dispositivos das Constituições Brasileiras, verifica-se que a temática ambiental nem sempre esteve presente na Lei Maior do país. A Constituição de 1824 não tratou de matéria na esfera ambiental, fazendo menção apenas no artigo 179, inciso XXIV, à proibição de indústrias contrárias à saúde dos cidadãos.

A Constituição de 1891 em seu artigo 34 (item 29º) de maneira ainda tímida abordou a questão ambiental ao determinar a competência para legislar sobre terras e minas de propriedade da União no rol de atribuições do Congresso Nacional.

Avanços, em termos de matéria ambiental, foram obtidos com a promulgação da Constituição de 1934 que em seu artigo 5°, inciso XIX, alínea "j" previu a competência privativa da União para legislar sobre bens do domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e a sua exploração.

Em 1937 com a nova Carta Constitucional manteve-se a competência da União para legislar sobre bens do domínio federal, minas, metalurgia, energia

[1] KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 4ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 226.

hidráulica, águas, florestas, caça e pesca e sua exploração, conforme disposto no artigo 16, inciso XIV. Além disso, estipulou-se, em seu artigo 134, a proteção e cuidados especiais aos monumentos históricos, artísticos e naturais, bem como as paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza.

A Constituição de 1946 conservou a competência legislativa da União sobre riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, floresta, caça e pesca, além de manter a defesa do patrimônio a defesa do patrimônio histórico, cultural e paisagístico de acordo com o disciplinado em seus artigos 5°, inciso XV, alínea “l” e artigo 175 , respectivamente.

Na Constituição de 1967, foram estabelecidas disposições similares ao acima mencionado, conforme disposto nos artigos 8°, inciso XVII, alíneas “h”e “l” e 172, parágrafo único. Já na Emenda Constitucional nº 1/69 essas disposições permaneceram inalteradas e nota-se a utilização do termo “ecológico” no artigo 172 no que se referia ao aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades.

No plano internacional a tutela do meio ambiente também é uma preocupação dos constituintes estrangeiros. A Constituição Alemã de 1949 dispõe, em seus artigos 74 e 75, acerca da proteção do comércio de produtos alimentares e estimulantes, assim como de artigos de consumo, forragens, sementes, plantas agrícolas, florestais, combate à poluição, eliminação de lixo e ruídos. Em Portugal, o artigo 66 da Constituição de 1976 afirma que todos têm direito a um ambiente de vida humano sadio e ecologicamente equilibrado. A Constituição da República Socialista Soviética de 1977 e a Chinesa de 1978 também asseguram a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado em seus artigos 18 e 11, respectivamente.

Constata-se que a trajetória do Direito Ambiental nas Constituições, de fato é algo peculiar, senão impressionante, uma vez que na história do Direito poucos valores ou bens passaram de um nada-jurídico ao ápice da hierarquia

normativa. [2]

Percebe-se então que a Constituição de 1988, das constituições brasileiras, foi a primeira a tratar do meio ambiente com um capítulo próprio, trazendo mecanismos para sua proteção e controle.

Passa-se então a análise do artigo 225 da Constituição e a inserção do auto de infração nesse dispositivo.

A Constituição de 1988 na norma contida no caput do artigo 225 estabelece 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.

Esse artigo pode ser observado sobre três aspectos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental; o dever do Estado e da coletividade em defender o meio ambiente para as presentes e futuras gerações e a prescrição de normas impositivas de conduta, inclusive normas-objetivo – visando assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.[3]

Esquematicamente o artigo 225 da Constituição Federal compreende três conjuntos de normas. O caput é a norma-princípio que revela o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. O § 1º, com seus incisos estatui os instrumentos de garantia da efetividade desse direito. Já os §§ 2º a 6º caracteriza um conjunto de determinações particulares, em relação a objetos específicos e setores.[4]

---

[2]BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, LEITE, José Rubens Morato (orgs.). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007. p.61.

[3] DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p.245.

[4] SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 8ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.52.

Destaque se dê ao § 3º do mesmo artigo 225 que determina que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Já no plano infraconstitucional há de se ressaltar a Política Nacional de Meio Ambiente, introduzida pela Lei 6.938/81 que impõe a necessidade de ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico. Além disso, a lei ordinária considera o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo.

Dentre os objetivos dessa política tem-se a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Além disso, o artigo 5º da Lei 6.938/81 traça que as diretrizes da Política Nacional do Meio Ambiente serão formuladas em normas e planos, destinados a orientar a ação dos Governos da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios no que se relaciona com a preservação da qualidade ambiental e manutenção do equilíbrio ecológico. Desse modo, as atividades empresariais públicas ou privadas serão exercidas em consonância com essas diretrizes.

Nesse sentido, atendendo ao mandamento constitucional e a Política Nacional de Meio Ambiente, a Lei 9.605/98 e o Decreto 6.514/2008 surgiram para dispor sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Percebe-se que, embora o texto constitucional não aborde expressamente o conceito de auto de infração ambiental, claro está que este como instrumento do exercício do Poder de Polícia Ambiental – conforme veremos mais adiante – possui seu fundamento de validade na Constituição Federal, na medida em que expressa uma das formas de defesa do meio ambiente pelo Poder Público.

2.2 O objeto de proteção ambiental

2.2.1 O ambiente como direito fundamental

A Declaração do Meio Ambiente de Estocolmo de 1972 proclama que a proteção e o melhoramento do meio ambiente humano é uma questão fundamental que afeta o bem-estar dos povos e o desenvolvimento econômico do mundo inteiro. [5]

No plano interno, com o advento da Constituição de 1988 o meio ambiente elevou-se à categoria de direito fundamental da pessoa humana, merecedor, portanto, de proteção.

Segundo Canotilho,

> A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados 'naturais' e 'inalienáveis' do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de fundamental rights colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, 'os direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até por vezes, mera retórica política', mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (Grundreschtsnormem).[6]

O Supremo Tribunal Federal ao tratar das gerações dos direitos fundamentais assim se manifestou:

> Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (STF – Pleno – MS n° 22 164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206, RTJ 164/158).

---

[5] Declaração do Meio Ambiente de Estocolmo de 1972. Acessado em 26/05/2011 às 11h45 min.

[6] CANOTILHO, J.J.Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2000, p.372.

No tocante ao direito a um meio ambiente saudável previsto na Constituição, a Corte Suprema consagrou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um típico direito de terceira geração. [7] Dúvidas, não pairam, portanto, quanto à inserção do direito ambiental como um direito fundamental constitucionalmente assegurado.

O direito ambiental deve ser entendido como um direito humano já que viver em um ambiente ecologicamente equilibrado e sadio é inerente às presentes e futuras gerações.

Nesse passo, destaca-se a manifestação de José Afonso da Silva para quem:

> O que o Direito visa a proteger é a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida. Pode-se dizer que há dois objetos de tutela, no caso: um imediato, que é a qualidade do meio ambiente; e outro mediato, que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população, que se vem sintetizando na expressão "qualidade de vida".[8]

Com efeito, é preciso definir com clareza o objeto de proteção do Direito Ambiental. Surge então o seguinte questionamento: qual a natureza jurídica do bem ambiental?

2.2.2 A natureza jurídica do bem ambiental

A Constituição Federal, conforme visto alhures, no artigo 225, caput, estabelece que todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerando-o como bem de uso comum do povo.

O artigo 2º da Lei 6.938/81 considera o meio ambiente como patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo. Já o artigo 3º da mesma Lei define o meio ambiente como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

---

[7] RTJ, 158/206
[8] SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional, op.cit, p.81.

A extensão desse conceito atinge os chamados meio ambiente natural, artificial e o cultural. O primeiro compreende a interação de todos os seres vivos com o ambiente físico em que vivem. O segundo é formado pelo espaço urbano construído, tais como edificações e espaços públicos abertos. O meio ambiente cultural compreende o valor histórico, artístico, turístico, arqueológico e paisagístico.[9]

Pode-se dizer que a o meio ambiente é o conjunto da interação entre o homem, flora, fauna, solo, água, ar, clima, paisagem, bens materiais e o patrimônio cultural. A tutela ambiental estende-se para o equilíbrio ecológico, bem como para o chamado ambiente "criado", constituído dos bens materiais e do patrimônio cultural.[10]

O Código Civil Brasileiro, na norma contida em seu artigo 99 classifica os bens públicos quanto à sua destinação como de uso comum do povo, uso especial e dominicais ou bens patrimoniais.

Os primeiros são aqueles que, por sua própria natureza ou imposição legal, destinam-se ao uso coletivo, tais como os rios e os mares. Os bens de uso especial são aqueles que estão afetados a um fim público, como os imóveis onde estão instaladas as repartições públicas e os cemitérios públicos. Já os bens dominicais constituem o patrimônio disponível da Administração Pública, como é o caso das terras devolutas e dos terrenos de marinha. [11]

Analisando estes conceitos será que se pode afirmar com absoluta certeza que os bens ambientais estão incluídos nessa classificação?

Por certo, a resposta a esta indagação há de ser investigada sob o ponto de vista do interesse envolvido. Quando se fala em interesse a primeira diferenciação que se apresenta é a existente entre privado e público.

---

[9] MILARÉ. Edis. Direito do ambiente: doutrina, prática jurisprudência, glossário. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.201.

[10] ROTA, Rosa. Gli interessi diffusi nell'Azione della pubblica amministrazione. Milano: Dott.A.Giuffrè Editore, 1998, p.89.

[11] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2003. p. 541.

Em linhas gerais, o interesse privado é aquele no qual o titular é o particular e, por outro lado, interesse público é aquele pertencente ao Estado. Ocorre que, entre esses interesses evidencia-se uma categoria denominada de transindividuais e que envolvem uma categoria determinável de pessoas (como os interesses individuais homogêneos e os interesses coletivos) ou são compartilhados por um grupo indeterminável de indivíduos como os interesses difusos. [12]

Para esse estudo a abordagem será sobre os interesses difusos, definidos pela norma contida no artigo 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor como interesses transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.[13]

Compreensível desse modo que o interesse difuso é aquele com objeto indivisível, sujeitos indeterminados e ligado por um vínculo fático. Assim, em consonância com o disposto no artigo 225, caput da Constituição, a garantia à sadia qualidade de vida decorrente de um meio ambiente ecologicamente equilibrado é indivisível e indeterminável, uma vez que é impassível de ser quantificada ou mensurada entre os membros da coletividade.

Dessa maneira, a expressão “bem de uso comum do povo” constante no mandamento constitucional, difere-se da classificação utilizada pelo Código Civil, à luz dos interesses envolvidos.

Como esclarece Maria Luiza Machado Granziera:

> A Constituição Federal, ao estabelecer o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, qualifica-o como bem de uso

---

[12] MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 44.

[13] O artigo 81, parágrafo único da Lei 8.078/90 assim estabelece:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

> comum do povo. Há que verificar o sentido desse uso comum, que não deve ser confundido com aquele que vigora para os bens públicos de uso comum. Além disso, em relação aos bens ambientais, nem todos eles pertencem ao domínio público.[14]

Meio ambiente e bem ambiental não são expressões sinônimas. O primeiro é o *macrobem*, de categoria difusa, natureza pública, imaterial e abstrata ao passo que o segundo considerado como *microbem* integra o ambiente e possui natureza concreta, como por exemplo, as florestas e as águas.[15]

Nesse sentido, preleciona Edis Milaré:

> Se o meio ambiente, em seu todo, é um bem "maior" e difuso – por conseguinte intangível -, os seus componente vêm a ser bens "menores" e, em contrapartida, concretos e tangíveis. Por isso, esses últimos que configuram objeto precípuo do Direito do Ambiente e da Gestão Ambiental, áreas que operam com concretudes.[16]

O interesse que paira sobre o macrobem é público. O bem de interesse público comporta tanto bens públicos, quanto bens privados, subordinados a uma disciplina jurídica específica e destinados à consecução de uma finalidade pública.

O meio ambiente como macrobem, insere-se exatamente nessa categoria, uma vez que seus elementos formadores (microbem) podem ser públicos, como privados, entretanto ambos são subordinados à consecução de um fim público, qual seja, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.[17]

Voltando à nomenclatura utilizada pelo Código Civil, podemos dizer que os bens públicos apresentam como características a inalienabilidade, a impenhorabilidade e a imprescritibilidade, características estas que na verdade

---

[14] GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito ambiental. São Paulo: Atlas, 2009. p. 10.

[15] BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. Função Ambiental. In: Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão. Org. Antonio Herman Vasconcelos Benjamim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 9-82.

[16] MILARÉ. Edis. Direito do ambiente: doutrina, prática jurisprudência, glossário, op.cit., p.199.

[17] OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de; GUIMARÃES, Romero Flávio. Direito, meio ambiente e cidadania: uma abordagem interdisciplinar. São Paulo: Madras, 2004, p. 51.

os distinguem dos bens privados.

No caso dos bens públicos fica claro que o seu titular é o Estado, por outro lado, os bens difusos pertencem à coletividade e isso fica claro na hipótese de uma condenação ao ressarcimento do dano ocorrido em um bem de natureza pública e a outro de feição difusa. No primeiro caso, objeto da arrecadação será destinado ao Estado, ao passo que no segundo, em princípio, será destinado ao fundo criado pela Lei 7.347/195 – Fundo de Defesa de Direitos Difusos – ou mesmo a fundos estaduais.[18]

O bem ambiental é aquele de uso comum do povo, conforme o estatuído no artigo 225, caput da Constituição, sobre o qual paira um interesse difuso e é isso que o difere dos bens de uso comum do povo definidos no Código Civil. Nestes, o domínio sempre será do Poder Público e o que prevalece é a destinação pública no sentido de sua utilização efetiva pela coletividade, naquele nem sempre, haja vista a possibilidade de existência de uma área de floresta localizada em terreno particular.

Evidencia-se então que um bem ambiental pode estar sob domínio privado como no exemplo acima aludido, porém não se pode olvidar que existe um interesse difuso sobre ele com aparo constitucional. O bem ambiental é de uso comum, podendo ser privado ou público, sempre lembrando que o interesse sobre ele é difuso, uma vez que atinge toda a coletividade.

Edis Milaré nesse aspecto enuncia:

> Visto que o meio ambiente não existe senão em seus constitutivos, não paira dúvida de que estes últimos, mesmo que objeto de propriedade privada, estão sujeitos ao controle da qualidade ambiental porque, esta sim, é inalienável e inseparável do bem comum.[19]

José Afonso da Silva ao tratar da natureza do patrimônio ambiental preleciona:

---

[18] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro.4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 53.

[19] MILARÉ. Edis. Direito do ambiente: doutrina, prática jurisprudência, glossário, op.cit., p.200.

> São bens de interesse público, dotados de um regime jurídico especial, enquanto essenciais à sadia qualidade de vida e vinculados, assim, a um fim de interesse coletivo.[20]

Trazendo à baila novamente o Código Civil, invoca-se o artigo 1.228 que trata das disposições gerais acerca da propriedade. Neste dispositivo, o legislador é claro ao estabelecer que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados a flora, fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Como se vê, uma propriedade particular pode possuir bens ambientais que por imposição legal devem ser preservados o que leva à conclusão de que nem todos os bens ambientais são bens públicos de uso comum do povo, de acordo com a definição do Código Civil.

Nesse sentido, esclarecedor o posicionamento de Álvaro Luiz Valery Mirra:

> O que pode eventualmente ser apropriado, o que pode eventualmente ser utilizado pelos particulares, sobretudo para fins econômicos, são determinados elementos corpóreos que compõem o meio ambiente e os bens ambientais (como as florestas, os solos, as águas, em certos casos os exemplares da fauna e da flora, determinados bens móveis e imóveis integrantes do patrimônio cultural), e, mesmo assim, de acordo com condicionamentos, limitações e critérios previstos em lei e desde que essa apropriação ou utilização dos bens materiais não leve à apropriação individual (exclusiva) do meio ambiente como bem imaterial.21

Celso Antonio Pacheco Fiorillo ao tratar do assunto comenta:

> Sensível a esses fatos, o legislador constituinte de 1988 trouxe uma novidade interessante: além de autorizar a tutela dos direitos individuais, o que tradicionalmente já era feito, passou a admitir a tutela de direitos coletivos, porque compreendeu a existência de uma *terceira espécie de bem:* o bem ambiental. Tal fato pode ser verificado em razão do disposto no art.225 da Constituição Federal,

---

[20] SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional, op.cit, p.84.

[21] MIRRA, Álvaro Luiz Valery. O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, n.15, p. 63/64.

> que consagrou a existência de um bem que não é público nem, tampouco, particular, mas sim de uso *comum* do povo.[22]

Sendo assim, considera-se adequada a classificação que divide os bens ambientais em privados, públicos (de uso comum do povo, uso especial e dominiais) e bens de uso comum (incluindo-se o meio ambiente como *macrobem* e o bem ambiental como *microbem*).[23]

O bem ambiental haja vista o interesse difuso que paira sobre ele deve ser protegido pela coletividade, pelo indivíduo e também pelo Poder Público o que reforça a indissolubilidade entre o Estado e a sociedade civil no que se refere ao meio ambiente.

Esclarecido o objeto de tutela do Direito Ambiental, fica claro que o auto de infração ambiental trata na prática da proteção tanto do macro quanto do micro bem ambiental. Um auto de infração ambiental emitido em razão de um derramamento de óleo no mar por um navio petroleiro, por exemplo, tem como objetivo tutelar tanto o meio ambiente marinho abstratamente considerado (macrobem), como o bem ambiental, qual seja a porção de água marinha efetivamente atingida (microbem).

2.3 Princípios ambientais e o auto de infração ambiental

O artigo 225 da Constituição Federal traz em seu bojo uma série de princípios aplicáveis ao Direito Ambiental. De fato, não existe unanimidade na doutrina quanto à classificação e enumeração dos princípios que regem o Direito Ambiental.

Na verdade, como as regras que constituem o Direito Ambiental em sua maioria são de natureza pública, há uma variedade de princípios de outros ramos do direito que incidem sobre a matéria, tais como princípios

---

[22] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro, op.cit., p. 5.

[23] BENATTI, José Heder. O meio ambiente e os bens ambientais. In: RIOS, Aurélio Virgílio Veiga, IRIGARAY, Teodoro Hugueney (orgs.). O direito e o desenvolvimento sustentável: Curso de Direito Ambiental. Brasília: Peirópolis, 2005. p. 211.

constitucionais – muito embora os princípios de direito ambiental sejam constitucionais – administrativos e de direito público. [24]

Nesse diapasão Michel Prieur ao tratar do fenômeno da ambientalização do direito, anota que:

> Na medida em que o ambiente é a expressão de uma visão global das intenções e das relações dos seres vivos entre eles e com seu meio, não é surpreendente que o Direito do Ambiente seja um Direito de caráter horizontal, que recubra os diferentes ramos clássicos do Direito (Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Internacional) e um Direito de interações, que se encontra disperso nas várias regulamentações. Mais do que um novo ramo do Direito com seu próprio corpo de regras, o Direito do Ambiente tende a penetrar todos os sistemas jurídicos existentes para os orientar num sentido ambientalista.[25]

A definição do que seja princípio para o direito é de fundamental importância para o presente estudo. Mais uma vez, variados são os conceitos apresentados pela doutrina jurídica, sendo que alguns serão destacados a seguir.

Para Miguel Reale os princípios são:

> verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, como tais admitidas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.[26]

Depreende-se dessa primeira conceituação que os princípios são alicerces que fundamentam o sistema jurídico, além de se constituírem como vetores indicativos para soluções interpretativas de forma a harmonizar lógica e racionalmente o sistema normativo, razão pela qual a violação de um princípio apresenta maior gravidade do que a ofensa a própria norma. [27]

Fica evidente que os princípios consistem em afirmações objetivas, de

---

[24] MUKAI, Toshio. Direito ambiental sistematizado. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.p. 27-28.
[25] PRIEUR, Michel. Droit de l'environnement. Paris: Dalloz, 1984, p.17.
[26] REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito**.** São Paulo: Saraiva, 1998, p. 299.
[27] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo. 26ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 53.

elevado teor axiológico, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser e na qualidade de verdadeiras normas jurídicas são dotados de vigência, validez e obrigatoriedade.[28]

Dentro da concepção kelseniana adotada para esse estudo na qual a Constituição Federal é o ápice do ordenamento jurídico, há de se investigar agora definição do chamado princípio constitucional.

Celso Bastos entende que :

> Os princípios constituem idéias gerais e abstratas, que expressam em menor ou maior escala todas as normas que compõem a seara do direito. Poderíamos mesmo dizer que cada área do direito não é senão a concretização de certo número de princípios, que constituem o seu núcleo central. Eles possuem uma força que permeia todo o campo sob seu alcance. Daí por que todas as normas que compõem o direito constitucional devem ser estudadas, interpretadas, compreendidas à luz desses princípios. Quanto os princípios consagrados constitucionalmente, servem, a um só tempo, como objeto da interpretação constitucional e como diretriz para a atividade interpretativa, como guias a nortear a opção de interpretação.[29]

Vê-se que os princípios constitucionais configuram a síntese dos valores mais relevantes do ordenamento jurídico e influenciam todo o sistema ao indicar o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos pelo intérprete da norma. Essa idéia de sistema baseia-se na harmonia de partes que devem conviver sem atritos.[30]

Conforme assinalado anteriormente não existe uma uniformidade entre os autores quando o assunto é a sistematização dos princípios ambientais e como visto dada a multidisciplinariedade do Direito Ambiental a gama de princípios aplicáveis nessa temática é assaz considerável.

Os princípios aplicáveis à Administração Pública e previstos no artigo 37, caput, da Constituição, por exemplo, são aplicáveis em sua totalidade ao

---

[28] BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional**.** 11ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 229.

[29] BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 57.

[30] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição**.** São Paulo: Saraiva, 1996. p. 142-143.

Direito Ambiental. Princípios como legalidade, eficiência, publicidade, moralidade, impessoalidade, supremacia do interesse público sobre o privado, indisponibilidade são inerentes à autuação da Administração Pública Ambiental.

Dentre os princípios informadores do Direito Ambiental Maria Luiza Machado Granziera destaca os seguintes: meio ambiente como um direito humano, desenvolvimento sustentável, prevenção, precaução, cooperação, reparação integral, informação, poluidor pagador, usuário pagador e acesso equitativo aos recursos naturais.[31]

Já Edis Milaré elenca como princípios ambientais o do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana, solidariedade intergeracional, natureza pública da proteção ambiental, prevenção e precaução, consideração da variável ambiental no processo decisório das políticas de desenvolvimento, controle do poluidor pelo Poder Público, poluidor pagador, usuário pagador, função socioambiental, participação comunitária e cooperação entre os povos.[32]

Tomando-se como base os autores acima citados, destaca-se para o estudo do auto de infração ambiental os princípios do desenvolvimento sustentável, poluidor pagador, prevenção, precaução, natureza pública da proteção ambiental e controle do poluidor pelo Poder Público.

2.3.1 Desenvolvimento sustentável e o princípio do poluidor-pagador

O Princípio 13 da Conferência de Estocolmo sobre meio ambiente, realizada em 1972 prescreve que com o fim de se conseguir um ordenamento mais racional dos recursos e melhorar assim as condições ambientais, os Estados devem adotar um enfoque integrado e coordenado de planejamento de seu desenvolvimento, de modo a que fique assegurada a compatibilidade

---

[31] GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito ambiental, op. cit., p.51-65.
[32] MILARÉ. Edis. Direito do ambiente: doutrina, prática jurisprudência, glossário, op.cit., p.761-777.

entre o desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente humano em benefício de sua população.[33]

A Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 adotou em diversos dispositivos o conceito de desenvolvimento sustentável, enfatizando a necessidade de que o desenvolvimento econômico inclua a proteção ao meio ambiente.

Uma das maneiras de assegurar o cumprimento do princípio do desenvolvimento sustentável é por meio do controle das atividades potencialmente poluidoras o que se dá por meio da fiscalização e exercício do poder de polícia ambiental com conseqüente aplicação de penalidades veiculadas pelo auto de infração ambiental.

Nessa esteira, o princípio do poluidor pagador previsto no Princípio 16 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, em linhas gerais impõe ao poluidor o dever de arcar com os custos sociais que acompanham a atividade econômica.

Esse princípio pode ser visto sob duas óticas, a primeira concernente ao conjunto de ações adotadas para a prevenção do dano pelo empreendedor e a segunda no tocante a responsabilidade administrativa, penal e civil pela eventual ocorrência de dano, conforme determinado no artigo 225, §3° da Constituição Federal.[34]

Salutar é a consignação do princípio do poluidor pagador dentre os objetivos da Política Nacional de Meio Ambiente que preconiza nas normas contidas no inciso VII, do artigo 4° e §1° do artig o 14 da Lei 6.938/1981 a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos

---

[33] Declaração do Meio Ambiente de Estocolmo de 1972. In [Internet] http://www.mma.gov.br. – Acessado em 26/05/2011 às 11h45 min.

[34] GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito ambiental, op. cit., p.65.

ambientais com fins econômicos.[35]

É nessa órbita que esse princípio apresenta implicação prática no tema, uma vez que, em determinadas situações o empreendedor que poluir poderá ter contra si lavrado um auto de infração ambiental.

2.3.2 A precaução e o auto de infração ambiental

O Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 informa que com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.[36]

Dentre as características do princípio da precaução destacam-se a incerteza do dano ambiental, tipologia do risco ou da ameça, obrigatoriedade do controle do risco para a vida e o meio ambiente, os custos das medidas de prevenção e a implementação imediata das medidas de prevenção.[37]

No âmbito do direito interno brasileiro, além da previsão constitucional do artigo 225, o princípio em comento encontra guarida no artigo 54, §3°, da Lei 9.605/1998 ao tratar do crime de poluição, apenando aquele que deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

Como se vê, a implementação desse princípio constitui em obrigação da Administração Pública que por força do artigo 37, caput da Constituição Federal obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade,

---

[35] Lei 6.938/1981, art. 4°, VII e 14, §1°.

[36] Declaração do Meio Ambiente de Estocolmo de 1972. In [Internet] http://www.mma.gov.br. – Acessado em 26/05/2011 às 11h45 min.

[37] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 11ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 64-67.

moralidade e eficiência.

Nos dizeres de Paulo Affonso Leme Machado:

> Contraria a moralidade e a legalidade administrativas o adiamento de medidas de precaução que devem ser tomadas imediatamente. Violam o princípio da publicade e o da impessoalidade administrativas os acordos e/ou licenciamentos em que o cronograma de execução de projetos ou a execução de obras não são apresentados previamente ao público, possibilitando que os setores interessados possam participar do procedimento das decisões.[38]

Fica claro que a aplicação prática desse princípio dentro da temática do auto de infração ambiental refere-se ao exercício do poder de polícia do Estado, pois a expedição de um auto de infração ambiental de suspensão de atividade potencialmente poluidora, por exemplo, objetiva de fato prevenir um dano ecológico.

2.3.3 Natureza pública da proteção ambiental

Conforme já assinalado, o artigo 225, caput, da Constituição de 1988 prescreve que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo, pairando sobre ele um interesse difuso o que alcança toda a coletividade.

Dentre os princípios informadores da Política Nacional do Meio Ambiente, prevista na Lei 6.938/1981, um deles é a ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo.

Desse modo, a proteção ambiental reveste-se de natureza pública decorrência dos princípios da supremacia do interesse público sobre o estatal e privado, bem como da indisponibilidade do interesse público.

---

[38] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro, op. cit., p.67.

Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello ao comentar sobre o princípio da indisponibilidade do interesse público preconiza:

> A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuser a *intentio legis*.[39]

Ao transportar essa conceituação para o Direito Ambiental, depreende-se que como bem de uso comum do povo, o bem ambiental goza de proteção de natureza pública e, por conseguinte deve o Estado tutelá-lo.

Essa tutela, por sua vez, é feita com base na supremacia do interesse público sobre o privado, uma vez que para satisfação do interesse público em certas situações será onerado o interesse privado. Em matéria ambiental, deverá sempre prevalecer a opção que melhor atender o interesse da coletividade – a dizer, o meio ambiente.

O princípio em comento reconhece que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não é resultante de uma prerrogativa privada, mas tão somente da fruição em comum e solidária do mesmo ambiente com todos os seus bens.[40]

Dada a natureza pública da proteção ambiental fica mais uma vez clara a relação desse princípio com o objeto desse estudo, uma vez que para se fazer valer a manutenção da ordem pública ambiental, o auto de infração mostra-se instrumento adequado para alcance desse mister. Percebe-se, pois, a responsabilidade do Poder Público pela preservação do meio ambiente.[41]

---

[39] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo, op.cit., p. 73-74.
[40] MILARÉ. Edis. Direito do ambiente: doutrina, prática jurisprudência, glossário, op.cit., p.764.
[41] Nesse sentido, a jurisprudência assim já se manifestou: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Dano ambiental – Ente estatal, encarregado da fiscalização que, no caso de faute du service, pelo menos em razão de culpa, fica obrigado a responder solidariamente pelo prejuízo causado ao

2.3.4 O controle do poluidor por meio do auto de infração ambiental

Uma das incumbências do Poder Público, comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, estipuladas na Constituição Federal de 1998 na norma contida no inciso VI do seu artigo 23 é a proteção ao meio ambiente e o controle da poluição em todas as suas formas.

Além disso, o § 1º, inciso V do artigo 225 da Constituição Federal, estabelece que para garantir efetividade ao direito do meio ambiente ecologicamente equilibrado incumbe ao Poder Público controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

A Lei 7.437/1985 que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico em seu artigo 5 º, § 6° dispõe que os órgãos públicos poderão firmar compromissos de ajustamento de conduta com agentes poluidores a fim de cessar atividades nocivas ao meio ambiente.

O que se depreende da leitura desses dispositivos é a obrigação do Poder Público no controle do poluidor. Mas como isso se realiza?

Uma das maneiras desse controle será por meio do exercício do poder de polícia ambiental que será abordado com mais profundidade no próximo capítulo. O auto de infração ambiental como instrumento desse poder tem papel de extrema relevância, pois uma das formas de aferir o controle do poluidor pelo Poder Público é por meio das autuações por esse expedido.

---

meio ambiente. (AgIN 2005.013288-3 - 1ª Câm. De Direito Público – TJSC – j. 25.08.2005 – v.u. – rel. Des. Vanderlei Romer.)

3 O PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 Instrumentos administrativos de prevenção ambiental

O desenvolvimento sustentável apresenta-se como um compromisso do presente para com o futuro da humanidade. Um dos principais objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente é a compatibilização do desenvolvimento econômico com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.

A tutela ambiental como visto anteriormente, é uma questão fundamental e para sua efetivação o direito apresenta uma série de instrumentos administrativos de prevenção ao dano ambiental.

A Constituição de 1988 em seu artigo 225, para assegurar esse direito prevê para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente o estudo prévio de impacto ambiental.

Além disso, o texto constitucional determina a promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente, bem como a incumbência do Poder Público de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

No tocante à legislação ordinária, a norma contida no artigo 9º, da Lei 6.938/1981 elenca os seguintes instrumentos da Política Nacional do Meio ambiente: o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental; zoneamento ambiental; avaliação de impactos ambientais; licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras; incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental; criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipal, tais

como áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas; sistema nacional de informações sobre o meio ambiente; cadastro técnico federal de atividades e instrumento de defesa ambiental; penalidades disciplinares ou compensatórias não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental; instituição do Relatório de Qualidade do Meio Ambiente, a ser divulgado anualmente pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA; garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes; cadastro técnico federal de atividades potencialmente poluidoras e/ou utilizadoras dos recursos ambientais e os instrumentos econômicos, como concessão florestal, servidão ambiental, seguro ambiental dentre outros.

Diferente do que ocorre em outras áreas do Direito, no que tange a defesa e proteção do meio ambiente, a norma constitucional estimula a intervenção estatal.

Fica a cargo do Estado atentar para que a legislação ambiental seja eficaz na tutela do meio ambiente. Os deveres do Poder Público, constitucionalmente previstos no artigo 225, consistem em direitos públicos subjetivos, exigíveis a qualquer tempo pelos cidadãos.[42]

A par dos instrumentos administrativos imperiosa é a lembrança da Lei 7.347/1985 que institui a ação civil pública ambiental de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e a bens e direitos de valor histórico, artístico, estético e paisagístico.

Trata-se de instrumento que inegavelmente reforçou a noção da *res communes ommnium* dos bens ambientais, que sobrepõe, inclusive a sua conotação de *res publica*, valorizando a participação popular na gestão dos problemas que poderiam ser considerados apenas como competência do Estado.[43]

---

[42] ANTUNES, Paulo Bessa. Dano ambiental: uma abordagem conceitual. 1ªedição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.65-68

[43] SILVIA-SÁNCHEZ, Solange S. Cidadania ambiental: novos direitos no Brasil. São Paulo: Humanitas/FFLCH/USP, 2000, p. 86.

Para o estudo do auto de infração ambiental interessa analisar o exercício do poder de polícia como um dos instrumentos de controle de atividades potencialmente poluidoras ao meio ambiente.

3.2 Competência administrativa em matéria ambiental

Tema objeto de discussões em matéria ambiental é a competência administrativa, isso porque normalmente acompanha a competência legislativa correspondente, sendo esta última, todavia, bastante complexa no sistema pátrio, incluindo conceitos de competência privativa, comum, concorrente, suplementar e remanescente, conforme artigos 22, incisos IV, XII, XIV e XXVI, 23, incisos III, IV, VI, VII e XI, 24, incisos VI, VII e VIII, 24, § 2º e 25, § 1º todos da Constituição Federal.

Vale destacar, para efeito de análise histórica, que no Estado de São Paulo, em 1976, o Decreto 8.468 disciplinou sobre a competência ambiental estadual delegando à CETESB – Companhia Ambiental do Estado de São Paulo, atualmente denominada agência ambiental, o exercício da competência no que se refere à prevenção e o controle da poluição do meio ambiente.[44]

As competências administrativas (ou de execução de tarefas) são aquelas que atribuem ao Poder Público o desempenho de atividades concretas.

A competência para o exercício do poder de polícia ambiental é comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no âmbito de suas atribuições e envolve atos de zelar, cuidar, proteger, impedir, proporcionar, preservar,

---

[44] O DECRETO 8.468/1976, atualizado em 2009 pelo DECRETO 54.487, estabelece em seu artigo 6º dentre as várias competências da CETESB a fiscalização de emissão de poluentes feitas por entidades públicas e privadas, além da possibilidade de aplicação de penalidades. Consigne-se que, em 07.08.2009, entrou em vigor a Lei 13.542, que criou a "Nova CETESB". A agência ambiental paulista ganhou uma nova denominação e novas atribuições, principalmente no processo de licenciamento ambiental no Estado. A sigla CETESB permaneceu e a empresa passou a denominar-se oficialmente Companhia Ambiental do Estado de São Paulo. No que se refere a competência para fiscalização o artigo 2º da lei 13.542/2009 manteve a possibilidade da CETESB fiscalizar e aplicar penalidades.

fomentar, combater, registrar e estabelecer.[45]

Desse modo, fundamental a lembrança do princípio da cooperação. Para Maria Luiza Machado Granziera,

> cooperar é agir conjuntamente, somar esforços. Na luta contra a poluição e a degradação do meio ambiente, e considerando que, por sua natureza, os recursos naturais não se submetem necessariamente às fronteiras políticas, cabe aos Estados que os compartilham atuar de forma ordenada, mesmo no que se refere às ações internas, para evitar a ocorrência de danos, assim como para racionalizar as medidas de proteção que se fizerem necessárias.[46]

Já prevendo as possíveis disputas na partilha da competência material, o constituinte trouxe a possibilidade de Lei complementar ao artigo 23 da Constituição, para fixar normas de cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Ocorre que tal Lei não foi elaborada ainda e qual a conseqüência disso?

Suponha-se uma situação concreta de um desmatamento em mata ciliar de um pequeno rio por um determinado morador de Curitiba. Por esse mesmo fato, o cidadão poderá ser autuado pelo IBAMA, órgão estadual paranaense e pelo Município. Com a Lei complementar as coisas se simplificariam, pois a área de fiscalização seria dividida, as pessoas políticas trocariam informações e o infrator não teria o injusto ônus de ter, por um só fato, de responder a três procedimentos administrativos.[47]

A questão, assim, está em saber, em cada caso concreto de competência administrativa comum, a qual ente político, precipuamente, está afeto o poder de polícia ambiental, do qual decorre o poder de fiscalização ambiental.

---

[45] HORTA, Raul Machado. O meio ambiente na legislação ordinária e no direito constitucional brasileiro. Revista brasileira de estudos políticos, n.80. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1995, p. 21-42.

[46] GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito ambiental, op. cit., p. 58.

[47] FREITAS, Vladimir Passos de. A constituição federal e a efetividade das normas ambientais. 3ªedição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 77.

O assunto encontra na doutrina ambientalista o entendimento majoritário no sentido de que a competência comum prevista no artigo 23, incisos VI e VII, da Constituição Federal acarreta a possibilidade de indistinta atuação dos entes estatais.

Tal fato em certas situações gera conflito entre os entes federativos especialmente pelo fato de inexistir no ordenamento jurídico pátrio Lei complementar, segundo determina o parágrafo único do mesmo artigo 23, fixando a maneira pela qual será realizada essa cooperação de ações.

Ao analisar o exercício da competência administrativa em matéria ambiental, destaca Paulo de Bessa Antunes que

> um dos pontos mais relevantes do tema é o exercício do poder de polícia ambiental que, em termos práticos, se desdobra na fiscalização e no licenciamento ambiental. Nestes dois pontos se materializam... os conflitos entre os diferentes entes administrativos... visto que não são raras as divergências e, até mesmo, atitudes contraditórias entre agências de controle ambiental..." [48]

Minoritariamente sustenta-se que a competência comum não se confunde com indistinção de atribuições, uma vez que, nas hipóteses previstas no artigo 23, busca a Constituição Federal que sejam alcançados os fins públicos por meio da união de esforços entre os entes estatais, o que não pode ser atingido sem a definição de esferas de atuação, na medida em que a conjugação de forças depende de uma atuação coordenada.

Sobre o tema, esclarece Luís Roberto Barroso:

> Ao falar em competências comuns, quer a Constituição significar que determinadas matérias são de responsabilidade tanto da União, como dos Estados e dos Municípios, cabendo a todos eles atuar. (...) Note-se que, embora as competências sejam comuns, em princípio não há superposição de atribuições. São esferas distintas, autônomas de atuação.[49]

---

[48] ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 11ª edição. Rio de Janeiro: Lumem Juris, pág. 78.
[49] BARROSO, Luís Roberto. Revista Forense n.º 317, p. 170.

Paulo Régis Rosa da Silva estabelece critérios quanto ao impacto causado no meio ambiente para interpretar a regra do artigo 23 do texto constitucional:

> a) matérias de interesse local, isto é, que não extrapolem os limites físicos do Município, devem ser administradas pelo Executivo Municipal;
>
> b) quando a matéria extrapola os limites físicos do Município, ou seja, quando os seus efeitos não ficam confinados à sua área física, ou envolvam mais de um Município, desloca-se a competência do Executivo Municipal para o Executivo Estadual;
>
> c) nas hipóteses em que as matérias envolvam problemas internacionais de poluição transfronteiriça ou duas ou mais unidades federadas brasileiras, a competência será do Executivo Federal. [50]

Mostra-se necessário, a fixação de parâmetros aptos a disciplinar a repartição de competências para o exercício da fiscalização ambiental, questão esta que passa pela adequada compreensão das configurações e implicações da tormentosa relação existente entre as atribuições de fiscalizar e licenciar.

Cuidou a Política Nacional de Meio Ambiente - PNMA (Lei n.º 6.938/81) de definir parâmetros para a repartição da competência em sede de licenciamento ambiental, conferindo ao Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA o exercício dessa tarefa, que restou concretizada com a edição da Resolução CONAMA nº 237/97.

Não obstante tal contexto normativo, cumpre destacar que este tema ainda é bastante polêmico na doutrina e na jurisprudência nacional, especialmente em virtude da ausência de Lei Complementar regulamentando as competências previstas no art. 23 da Constituição Federal de 1988. [51]

---

[50] SILVA, Paulo Regis Rosa. Repartição constitucional de competências em matéria ambiental. Revista do Ministério Público, n. 27. p. 198. Porto Alegre: Nova Fase, 1992.

[51] O Tribunal Regional Federal da 1° Região adotou, e m um de seus julgados, a abrangência do impacto ambiental como determinante para o licenciamento ambiental, salientando que "sendo o impacto da obra meramente local, é razoável que o órgão estadual do meio ambiente conduz o processo de licenciamento" (TRF1°R. Processo n. 2005.010.003.786.59, 6° Turma, 28.11.2005: Desembargadora Federal Maria Isabel Galotti Rodrigues). Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça adotou a teoria do interesse preponderante para determinar a competência do licenciamento ambiental, ainda exclamando a tese da dúplice competência, expondo em um de seus julgados: "existem atividades e obras que terão importância ao mesmo tempo para a Nação e para os Estados e, nesse caso, pode até

Tanto a mencionada Resolução CONAMA n° 237/97 quanto o artigo 10 da Lei n.º 6.938/81 tratam da definição de critérios para a definição de competência em sede de licenciamento ambiental, objetivando, aqui, a noção de preponderância do interesse. Porém, silenciou a legislação no que se refere à competência para exercer a fiscalização das atividades poluidoras do meio ambiente.[52]

A citada omissão da lei, segundo a doutrina majoritária, não impede a compreensão adequada da questão, eis que a repartição de competência em sede de licenciamento ambiental seria o ponto de partida para a definição de parâmetros para o exercício da função de fiscalização.

Como assinalado por Flávio Dino, o plexo licenciar-fiscalizar-punir é indivisível [53]. É possível, portanto, afirmar a existência de uma espécie de vinculação entre a atividade de licenciamento e a fiscalização ambiental, com a prevalência da atuação fiscalizatória do órgão que seria competente para proceder ao licenciamento da atividade em relação aos danos causados pelo descumprimento das regras relacionadas ao exercício de seu poder de polícia.

Cumpre destacar ainda, que a Política Nacional do Meio Ambiente conferiu ao IBAMA a atribuição não apenas de apresentar ao CONAMA propostas de normas e critérios para o regramento de licenciamento ambiental (art. 8º, inciso I), mas também de exercer atividades supletivas – de licenciamento e fiscalização – em relação aos demais entes componentes do SISNAMA.

---

haver duplicidade de licenciamento" (Processo n. 2003.0159.7545, 1° Turma, 17.2.04, Relator Ministro José Delgado).

[52] Ressalta-se que no Estado de São Paulo, a lei 13.542/2009, em matéria de competência ambiental unificou e centralizou o licenciamento, além de manter a função de órgão fiscalizador de atividades consideradas potencialmente poluidoras na estrutura da CETESB – Companhia Ambiental do Estado de São Paulo.

[53] COSTA, Flávio Dino de Castro e. "A competência para multar na nova lei ambiental". Revista de Direito Ambiental, São Paulo: ano: 3, nº 11, p.7/14, jul./set. 1998.

Desse modo, compete à citada autarquia federal exercer atividade supletiva, em sede de licenciamento ou fiscalização, inclusive para apreciar a aplicação dos critérios, normas e padrões de qualidade ambiental no bojo dos procedimentos de licenciamento ambiental conduzidos pelos entes estaduais e municipais de meio ambiente.

Destaca-se ser pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido da manutenção dos atos fiscalizatórios do IBAMA exercidos sob o fundamento de sua competência supletiva, ainda que o licenciamento esteja a cargo de outro ente federativo.[54]

Porém, para tanto deve ser respeitada a prevalência na atuação fiscalizatória do ente responsável pelo licenciamento, podendo o IBAMA – enquanto órgão supletivamente responsável – apenas atuar quando a entidade ordinariamente competente for inepta, inerte ou omissa.

Ademais, cumpre ressalvar que a legislação não outorgou aos Estados a competência para acompanhar e fiscalizar a atuação dos entes municipais de meio ambiente como responsáveis pelo licenciamento de empreendimentos e atividades de impacto local, prerrogativa exclusivamente conferida ao IBAMA.

A discussão persiste, entretanto, em relação às hipóteses em que a atividade não seja licenciável, inexistindo, portanto, órgão responsável pelo licenciamento, como por exemplo, quando a infração ambiental decorre de atividade não admitida pelo ordenamento jurídico.

Sustenta-se na doutrina que, nestas hipóteses, deve ser adotado o entendimento segundo o qual a competência para agir, em matéria ambiental,

---

[54] Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Licenciamento estadual ou municipal. Competência fiscalizatória do Ibama. AGA nº 200304010031973/SC. Relator: Juiza Federal Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 26/03/03.
Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Licenciamento estadual. Competência fiscalizatória do Ibama. Apelação nº 200851110002991/RJ. Relator: Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund. Rio de Janeiro, 16/03/10.

é conferida de forma comum a todos os entes, adotando-se assim o critério da preponderância do interesse.

Dessa maneira, ao IBAMA é conferida a prevalência sobre as infrações que atinjam bens da União, unidades de conservação federal (atribuição ora a cargo do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio[55]) e matérias afetas à sua competência material privativa.

Aos Municípios é outorgada a fiscalização dos danos de impacto local, sendo a atribuição dos Estados reservada à competência residual, nos termos do artigo 25, §1º, da Constituição Federal de 1988.

Os atuais posicionamentos divergentes anteriormente destacados e os conflitos verificados entre os entes federativos quando do exercício da competência administrativa em matéria ambiental, ao menos em parte poderão ser dirimidos em breve.

Isto porque tramita no Congresso Nacional um Projeto de Lei Complementar, proposto pelo Deputado Sarney Filho e já aprovado na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, que visa fixar normas para a cooperação entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no que se refere à proteção do meio ambiente e combate à poluição (art. 23, inciso VI), à proteção das florestas, fauna e flora (art. 23, inciso VII), proteção às paisagens naturais notáveis (art. 23, inciso III), conforme determina o parágrafo único do artigo 23 da Constituição de 1988. [56]

O projeto de Lei detalha as competências administrativas específicas da União, Estados e dos Municípios. Assim, empreendimentos e atividades serão licenciados por um único ente federativo, sendo facultado a manifestação dos demais afetados pela iniciativa. Na ausência de órgão ambiental capacitado

---

[55] Lei 11.516, de 28/08/2007.

[56] O Projeto de Lei Complementar - PLC n.º 12/2003, originário da Câmara dos Deputados foi aprovado pelo Senado Federal no dia 26 de outubro de 2011 e aguarda a sanção presidencial.

nas esferas estadual ou municipal caberá a União desempenhar as ações administrativas demandadas nessas localidades até a sua criação.

A proposta de alteração legislativa estabelece que o órgão responsável pelo licenciamento deve exercer a competência fiscalizatória, atribuindo ao mesmo a lavratura de auto de infração ambiental e a instauração do processo administrativo para apuração de infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada.

No mais, cumpre ressaltar que a mesma proposta legislativa inova ao estabelecer a possibilidade de exercício da atribuição comum de fiscalização pelos demais entes federativos, porém, na hipótese de lavratura de infração ambiental por dois ou mais órgãos ambientais, em decorrência do mesmo fato ilícito, deverá prevalecer apenas o lavrado pelo órgão originariamente detentor da atribuição de licenciamento ou autorização, como previsto na norma, considerando-se nulo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que não detenha tal atribuição.

Assim sendo, caso o projeto de Lei complementar acima destacado seja convertido em lei, restará ratificado o entendimento majoritário da doutrina no sentido da possibilidade de exercício da atribuição comum de fiscalização por todos os entes federativos.

3.3 Polícia administrativa e polícia judiciária ambiental

A palavra polícia é oriunda do grego *politéia* – de polis (cidade) inicialmente assumiu o significado de ordenamento jurídico do Estado, com sentido de a arte de governar. Mas foi em Roma que o termo *politia* adquiriu a feição de ação governamental com intuito de manter a ordem pública, tranqüilidade e paz interna e posteriormente passou a indicar o órgão estatal incumbido de zelar sobre a segurança dos cidadãos.[57]

---

[57] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal 1. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994, p.163.

Variadas são as classificações da polícia, sendo ela dividida quanto ao lugar onde desenvolve sua atividade em terrestre, marítima ou aérea. No tocante à exteriorização em ostensiva ou secreta. Quanto à organização pode ser leiga ou de carreira. Por fim, quanto ao seu objeto a polícia pode ser dividida em administrativa, de segurança e judiciária.[58]

Distinção adequada a ser feita para o estudo do poder de polícia ambiental e por conseqüência do auto de infração é aquela entre polícia administrativa e judiciária. Em linhas gerais a administrativa é preventiva e a judiciária repressiva. Todavia, a questão não é tão simples quanto se apresenta, conforme será tratado a seguir.

A Constituição Federal no §4° do artigo 144 dispõe que as polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

O Código de Processo Penal Brasileiro, na norma contida em seu artigo 4° prevê que a polícia judiciária é aquela exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração de infrações penais e de sua autoria.

A diferença primeira que se estabelece é entre a polícia judiciária e a investigativa. Dessa maneira, a polícia judiciária é aquela exercida pela Polícia Militar na repressão da atividade delituosa – isso não implica necessariamente dizer que o seu trabalho é somente de reprimenda, já que pode atuar, conforme ser verá adiante na prevenção também -, enquanto que a investigação das infrações penais compete à polícia civil. Destaca-se também que a denominação polícia judiciária não significa dizer ser esta órgão integrante do Poder Judiciário.

---

[58] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal 1, op.cit, p.174.

Quando o assunto é meio ambiente, salutar esclarecer que a polícia judiciária é a responsável pela apuração de ilícitos penais ambientais. Álvaro Lazzarini ao comentar o artigo 195, parágrafo único da Constituição do Estado de São Paulo conclui:

> a Polícia Militar, principalmente pelas suas unidades especializadas, pode fazer *a prevenção, a repressão* das infrações florestais, *inclusive o respectivo inquérito*, salvo quando o fato ocorrer em terras da União ou tiver repercussão interestadual ou internacional, cabendo então o inquérito, e só ele, à Polícia Federal, que detém exclusividade na função, enquanto que a Polícia Civil poderá, concorrentemente com a Polícia Militar e ressalvada a competência da Polícia Florestal, efetuar o inquérito sobre as infrações penais florestais, *não lhe cabendo missões preventivas*, administrativas, por falta de previsão legal, em nível constitucional e infraconstitucional.[59]

Como se vê, a polícia judiciária está ligada a apuração das infrações penais ambientais que, em sua maioria, estão delineadas na lei 9.605/1998 também conhecida como lei de crimes ambientais.

Já a polícia administrativa tem como objetivo investigar o ilícito administrativo, tanto de forma repressiva quanto preventiva. A polícia judiciária incide sobre as pessoas e rege-se pelo direito processual penal enquanto que a administrativa afeta bens, direitos ou atividades sendo regulada pelo Direito Administrativo.[60]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao comentar acerca da Administração Pública em sentido objetivo anota que

> A polícia administrativa compreende toda atividade de execução das chamadas limitações administrativas, que são restrições impostas por lei ao exercício de direitos individuais em benefício do interesse coletivo. Compreende medidas de polícia, como ordens, notificações, licenças, autorizações, fiscalizações e sanções.[61]

Anota-se que no caso do Estado de São Paulo, assim como em outras unidades da federação, a Polícia Militar também exerce atividades de polícia

---

[59] LAZZARINI, Álvaro. Proteção do meio ambiente pela polícia militar. Brasília: Revista de informação Legislativa, a.29, n. 116, p.153-162.
[60] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, op.cit., p. 112.
[61] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, op.cit., p. 60.

administrativa, inclusive impondo multas aos infratores, por meio da chamada Polícia Florestal. Não há de fato óbice para tal mister, conforme assevera Vladimir Passos de Freitas:

> Pois bem, ao meu ver nada impede que a Polícia Militar, por seus batalhões especializados, exerça atividades típicas de polícia administrativa. A uma porque o art. 6° da Lei da Po lítica Nacional do Meio Ambiente não contém qualquer vedação a respeito, inclusive o inc. V leva à conclusão de que a Polícia Militar insere-se entre os órgãos locais de fiscalização. A outra, porque os órgãos ambientais típicos podem formalizar convênios com a Polícia Militar para que esta exerça atividades de polícia administrativa.[62]

Desse modo, o controle realizado pelo Judiciário sobre os atos praticados pela polícia judiciária caberá ao órgão que detêm a competência criminal segundo as normas de organização judiciária, no tocante a apreciação dos atos cometidos pela polícia administrativa a competência será da justiça civil ou fazenda pública nas localidades em que houver.

O exercício do Poder de Polícia relaciona-se com a atividade exercida pela polícia administrativa. Assim, por exemplo, o embargo de uma obra potencialmente poluidora é incumbência da polícia administrativa, doutro lado a destruição ou danificação de floresta considerada de preservação permanente, prevista no artigo 38 da Lei 9.605/1998 é crime a ser apurado e reprimido pelas polícias judiciária e investigativa.

3.4 O poder de polícia ambiental

3.4.1 Conceito

A conceituação do Poder de Polícia Ambiental exige necessariamente o adequado entendimento da conceituação de poder de polícia desenvolvido pelo Direito Administrativo.

O poder de polícia, conforme ensina Edis Milaré, vem evoluindo através

---

[62] FREITAS, Vladimir Passos de. Direito administrativo e meio ambiente. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2002, p.61.

das práticas do Direito no decorrer da história, sob a influência da transição do Estado liberal para o Estado do bem estar social. Da polícia geral passou-se às polícias especiais, cuja atribuição peculiar é cuidar da elaboração e aplicação das normas que regulam determinados negócios do Estado e interesses da comunidade. [63]

O artigo 78 do Código Tributário Nacional traz a definição legal do que seja poder de polícia ao dispor:

> Considera-se poder de polícia atividade da Administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.[64]

Hely Lopes Meirelles define o poder de polícia como a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado[65].

Nesse mesmo sentido é a manifestação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[66] e José dos Santos Carvalho Filho.[67] O conceito trazido pelos autores refere-se ao poder de polícia como mecanismo utilizado pela Administração Publicar para frear o abuso de direitos individuais cometidos pelo cidadão.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello a expressão poder de polícia pode ser tomada em sentido mais restrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao

---

[63] MILARÉ. Edis. Direito do ambiente: doutrina, prática jurisprudência, glossário, op.cit.,p. 822.
[64] Código Tributário Nacional, art.78.
[65] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 26ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 123.
[66] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, op.cit., p. 111.
[67] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 19 ª edição. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2008, p. 68.

desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Esta acepção mais limitada responde à noção de polícia administrativa.[68]

Marçal Justen Filho ao tratar do assunto faz uma relação entre a atuação estatal, a autonomia privada e a satisfação dos direitos fundamentais, apresentado a seguinte definição para o poder de polícia:

> O poder de polícia administrativa é a competência administrativa de disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e proporcionalidade.[69]

Ao comentar o fundamento do poder de polícia Diógenes Gasparini afirma:

> O fundamento da atribuição de polícia administrativa está centrado num *vínculo geral,* existente entre a Administração Pública e os administrados, que autoriza o condicionamento do uso, gozo e disposição da propriedade e do exercício da liberdade em benefício do interesse público ou social. Alguns autores chamam-no de *supremacia geral* da Administração Pública em relação aos administrados.[70]

No tocante ao direito ambiental, Paulo Leme Afonso Machado define Poder de Polícia Ambiental como

> a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina o direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza[71].

Conforme Vladimir Passos de Freitas expõe

> Outrora, a visão deste poder confinava-se na defesa da sociedade contra os excessos individualistas. Atualmente, o alcance é outro,

---

[68] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo, op.cit., p.815.
[69] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 393.
[70] GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127-128.
[71] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro, op. cit., p. 309-310.

> mais dilatado. O Estado possui um papel mais efetivo na promoção do bem-estar social e estabelece normas limitadoras para alcançar este objetivo, que não se restringe à ordem pública, mas também à ordem econômica e social. A própria expressão poder de polícia vai cedendo terreno a outra, mais branda, ou seja, limitações administrativas.[72]

Como se vê, o Estado no exercício do poder de policia intervêm na propriedade e liberdade dos indivíduos, para restringir a atividade dos particulares e assim conseguir os objetivos da preservação ambiental e da sustentabilidade do desenvolvimento.

3.4.2 Atributos do poder de polícia ambiental

Dos conceitos expostos, pode-se dizer que três são os atributos do poder de polícia administrativa e que coincidem com o ambiental, quais sejam: discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade.

Discricionariedade é a margem de liberdade que a lei outorga ao administrador público para que ele mediante critérios de oportunidade (momento) e conveniência (adequação) possa dentre as várias alternativas previstas escolher a mais adequada à situação em concreto.[73]

No capitulo 5 será desenvolvida uma análise acerca da juridicização da discricionariedade administrativa, apresentando algumas novas tendências doutrinárias sobre esse conceito.

Um exemplo da discricionariedade administrativa na legislação ambiental é encontrado na Lei 6.894/1980 que dispõe sobre a inspeção e fiscalização da produção e do comércio de fertilizantes, corretivos, inoculantes, estimulantes ou biofertilizantes, destinados à agricultura.

---

[72] FREITAS, Vladimir Passos de. Direito administrativo e meio ambiente, op.cit., p.88.

[73] Ao comentar sobre o Poder de Polícia em matéria ambiental Marcelo Dawalibi enfatiza que não há dúvidas de que os atos de polícia podem ser tanto discricionários quanto vinculados conforme a lei que os regule, no entanto o exercício do Poder de Polícia não é discricionário, mas obrigatório. Para o autor, nunca a Administração Pública poderá deixar de exercer a Polícia Administrativa, alegando que o Poder de Polícia é discricionário.

A Lei elenca na norma contida no artigo 5° uma série de sanções administrativas, deixando a critério da autoridade administrativa, aplicar a penalidade de multa isolada ou cumulativamente. Essa opção dada à autoridade administrativa chama-se discricionariedade.

Já a auto-executoriedade é a possibilidade que a Administração Pública tem de com os próprios meios, colocar em execução suas decisões sem precisar recorrer previamente ao Judiciário. Exemplo de aplicação prática desse atributo é suspensão de atividade de um “ferro velho” localizado em área de proteção aos mananciais e que está funcionando sem as devidas licenças ambientais.

Neste caso, havendo previsão legal para tal mister deve a Administração Pública ambiental exercer o poder de polícia, lavrando por conseguinte o auto de infração ambiental.

A coercibilidade, por sua vez, consiste na possibilidade de utilização de medidas coativas quando na situação concreta o particular resiste. Em matéria ambiental pode-se exemplificar uma situação prevista na Lei 7.661/1998 que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro.

Esta Lei dá prioridade para a proteção de manguezais. Sendo assim, suponha-se que um comerciante destrua vegetação em zona de mangue e construa um estabelecimento destinado à venda de mercadorias. Lavrado o auto de infração existe a previsão legal para a demolição da obra que será feita pela própria Administração Pública Ambiental.[74]

Importante consignar que no exercício dessa faculdade estatal há o controle contra o chamado abuso de poder, manifestado nas espécies excesso e desvio. O administrador público agirá com excesso quando extrapolar o limite de sua competência legal, ou seja, a medida necessária e com desvio quando buscar um fim diverso do interesse público.

---

[74] FREITAS, Vladimir Passos de. Direito administrativo e meio ambiente, op.cit., p.91.

3.4.3 Instrumentos e legitimados

Vale destacar que o poder de polícia ambiental instrumentaliza-se, por meio do auto de infração, com a imposição das medidas elencadas no artigo 3º do Decreto 6.514/2008: advertência, multa, apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora e demais produtos e subprodutos objeto da infração, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração, destruição ou inutilização do produto; suspensão de venda e fabricação do produto; embargo de obra ou atividade e suas respectivas áreas; demolição de obra; suspensão parcial ou total das atividades e restritiva de direitos.

Percebe-se então, que o exercício do Poder Público manifesta-se sobretudo na participação nas atividades sociais, resguardando-as da ambição individual.

Como Poder Público, a finalidade do Estado não é apenas a de assegurar a liberdade individual e a proteção da propriedade privada, porém, através desta unificação, permitir que o indivíduo consiga obter um tipo de existência que ele isoladamente jamais alcançaria. A prática deste poder impõe-se como um dever do Estado, por isso sua característica de um dever que se reveste em poder.[75]

Outro aspecto de interesse para o estudo do auto de infração é o referente aos legitimados ativos e passivos do exercício do poder de polícia ambiental. A expressão do poder de polícia como instrumento condicionador exercido pelo Estado leva a necessidade de se investigar quem o exerce e contra quem ele é exercido.

Com efeito, a visão tradicional do direito administrativo leva de imediato

[75] DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico, op. cit., p. 254.

à conclusão de que o poder de polícia somente pode ser exercido pela Administração Pública, sendo vedado ao particular exercê-lo, sob pena de cometimento do tipo penal de exercício arbitrário das próprias razões, previsto no artigo 345 do Código Penal Brasileiro.

Em matéria ambiental, é parte legítima para lavrar o auto de infração ambiental os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitanias dos Portos, do Ministério da Marinha, conforme determinado no artigo 70, § 1º da Lei 9.605/1998.

Desse modo, o exercício do poder de polícia ambiental é incumbência tanto da Administração Pública direta quanto da Indireta. Assim, uma autarquia municipal poderá exercer poder de polícia ambiental, desde que haja previsão legal para tanto.

Como exemplo pode-se citar a CETESB – Companhia Ambiental do Estado de São Paulo, sociedade de economia mista, que na qualidade de órgão do delegado do Governo do Estado de São Paulo no campo do controle da poluição tem como, dentre as suas diversas atribuições, fiscalizar e impor penalidades.[76]

Outro caso é o Serviço Municipal de Saneamento Ambiental de Santo André – Semasa, autarquia municipal criada para executar a gestão ambiental deste município.[77]

Indagação interessante nesse momento é aquela que diz respeito ao legitimado passivo do exercício do poder de polícia ambiental. Pelo que foi abordado anteriormente é pacífico o entendimento de que o poder de polícia é voltado para o condicionamento de bens e atividades individuais.

Não há dúvidas de que o particular quando comete uma infração

[76] Lei 13.542/2009, art. 2°, V.
[77] In [Internet]: www.semasa.gov.br - Acessado em 21/01/2011 às 11h50min.

administrativa ambiental estará sujeito ao exercício desse poder, mas será que o Poder Público está subordinado a essas restrições e condicionamentos assim como o particular ? É o que será visto a seguir.

3.5 Poder de polícia ambiental em face da Administração Pública

O artigo 37 da Constituição de 1988 estabelece que a Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No plano infraconstitucional, a Lei 9.784/199, que regula o processo administrativo no âmbito federal, a Administração Pública é obrigada a observar os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Para esse tópico merece especial destaque a impessoalidade. O princípio da impessoalidade ou finalidade pública determina que o administrador público, não pode beneficiar e nem prejudicar pessoas determinadas no exercício de sua função administrativa. Trata-se de uma regra a ser observada em duas situações distintas: em relação ao administrado e em relação à própria Administração pública.

No que se refere aos administrados, a impessoalidade significa que a Administração Pública não poderá atuar discriminando pessoas de forma gratuita, a não ser aquelas que venham privilegiar o interesse público, ou seja, a Administração Pública deve permanecer numa posição de neutralidade em relação às pessoas privadas.

A atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, sem discriminação nem favoritismo, constituindo assim um desdobramento do princípio geral da igualdade, consoante dispõe o artigo 5º, caput, Constituição Federal de 1988.

No tocante à própria Administração Pública temos que a responsabilidade dos atos administrativos praticados deve ser imputada não ao agente e sim à pessoa jurídica – Administração Pública direta ou indireta.

Segundo o art. 37, § 6.º, da Constituição, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Com isso, pode-se dizer que na atuação administrativa as pessoas políticas, bem como as entidades da Administração indireta devem nas relações entre elas atuar de forma impessoal. Sendo assim, vislumbra-se perfeitamente possível a expedição de autos de infrações entre essas entidades no exercício do Poder de Polícia ambiental.

Surgem então as seguintes questões: Um município pode autuar o Estado quando do cometimento de infração administrativa ambiental? e o Estado pode sancionar uma sociedade de economia mista federal? A União pode autuar o Município?

A Constituição Federal traz nas normas contidas nos artigos 23 e 24 regras de competência administrativa e legislativa. Na sistemática constitucional, a União, os Estados, Distrito Federal e os Municípios, tem competência comum, chamada também de administrativa, para proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, preservar as florestas, a fauna e a flora, registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios, proteger o meio ambiente e combater a poluição em quaisquer de suas formas.

No tocante a competência legislativa, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre, florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais,

proteção do meio ambiente e controle da poluição; proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico e responsabilidade por dano ao meio ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

No âmbito da legislação concorrente, conforme as disposições dos parágrafos do artigo 24 do texto constitucional, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

Essa competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados, sendo certo que na ausência de lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

Vale lembrar que, a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário. Por oportuno registre-se que aos Municípios compete legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

A Lei 6.938/81 na norma contida em seu artigo 6º prescreve que os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA.

O Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, conforme dito acima foi instituído pela Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, regulamentada pelo Decreto 99.274, de 06 de junho de 1990 tem a seguinte estrutura[78]:

- Órgão Superior: O Conselho de Governo
- Órgão Consultivo e Deliberativo: O Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA
- Órgão Central: O Ministério do Meio Ambiente - MMA

[78] In [Internet]: http://www.mma.gov.br – Acessado em 26/05/2011 às 9h05 min.

- Órgão Executor: O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA
- Órgãos Seccionais: os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental;
- Órgãos Locais: os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições;

A atuação do SISNAMA é feita mediante articulação coordenada dos Órgãos e entidades que o constituem, observado o acesso da opinião pública às informações relativas às agressões ao meio ambiente e às ações de proteção ambiental, na forma estabelecida pelo CONAMA.

Cabe aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a regionalização das medidas emanadas do SISNAMA, elaborando normas e padrões supletivos e complementares.

Os Órgãos Seccionais prestarão informações sobre os seus planos de ação e programas em execução, consubstanciadas em relatórios anuais, que serão consolidados pelo Ministério do Meio Ambiente, em um relatório anual sobre a situação do meio ambiente no País, a ser publicado e submetido à consideração do CONAMA, em sua segunda reunião do ano subsequente.

Os Estados, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, elaboração normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, observados os que forem estabelecidos pelo CONAMA. Já os Municípios, observadas as normas e os padrões federais e estaduais, também poderão elaborar as normas relativas aos Estados.

Sendo, em matéria ambiental os três entes legislam e podem exercer poder de polícia, e para o atendimento da determinação constitucional do artigo 225 e das incumbências do Poder Público ali expostas, não se vislumbra óbice para que um ente exerça a fiscalização sobre o outro.

Logo, é possível que a Administração Pública direta exerça o poder de

polícia sobre as entidades da Administração Indireta, bem como de um ente sobre o outro, desde que, evidentemente respaldado em lei.

Essa opinião encontra respaldo no magistério de Paulo Affonso Leme Machado que assim discorre:

> Não haverá quebra de autonomia constitucional se um órgão federal agir contra um órgão estadual ou este contra aquele, desde que tenham sua ação respaldada na legislação: por exemplo, um organismo ambiental estadual pode multar uma empresa pública federal ou apreender-lhe instrumentos.[79]

Porém, quanto ao ponto de vista jurídico o autor acima citado entende haver dificuldade no exercício do poder de polícia levado a efeito por um órgão da Administração direta contra outro da Administração indireta.

De fato, existe essa dificuldade. No entanto, para ilustrar a possibilidade do exercício do poder de polícia em ambiental em face da Administração Pública, vêm à baila caso emblemático levado aos Tribunais e que aborda a questão objeto deste estudo: o acidente ocorrido em 18 de janeiro de 2000, no Estado do Rio de Janeiro, na Baia de Guanabara.

Em virtude de um problema originado em uma das tubulações da Refinaria Duque de Caxias (Reduc), da Petrobras, foram lançados, segundo dados noticiados pela imprensa, algo em torno de 1,3 milhões de litros de óleo cru na Baía de Guanabara.

Na hipótese em concreto, ocorrido o acidente, a Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras impetrou mandado de segurança contra o Município do Rio de Janeiro, pleiteando a suspensão da exigibilidade de multa, bem como a desconstituição do ato administrativo, sob o fundamento de incompetência do órgão ambiental municipal para lavratura de auto de infração em casos de derramamento de óleo proveniente de navio, uma vez que referida competência é atribuída à Capitania dos Portos do Ministério da Marinha, pelo

---

[79] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro, op. cit., p. 312.

artigo 14, § 4º, da Lei 6.938/81, combinado com os artigos 1 º, 2 º e 3 º, da Lei nº 5357/67, vigentes à época do evento.

O juiz singular denegou a segurança, ao fundamento de que o cerne da questão em debate cingia-se a competência ou não do ente Municipal para a prática do ato atacado contra a Petrobras, sociedade de economia mista federal.

A decisão monocrática enfatizou que o caso concreto era uma situação de repressão e não de prevenção, concluindo pela legitimidade do ato expedido pela Municipalidade.

O acórdão proferido em sede de Apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro estabeleceu que a multa imposta pela autoridade municipal, em razão do vazamento de substância oleosa é possível, pois à época vigia a lei 3.357/1967, lei 69.38/1981 e DECRETO 3.179/99 que determinariam a competência concorrente da União, dos Estados e dos Municípios para fiscalizar e punir as questões de dano ambiental.

Levado o caso ao Superior Tribunal de Justiça[80], o Ministro Luiz Fux se manifestou no sentido de que o caput do artigo 14 da Lei 6.938/81 preceitua que as penalidades previstas em legislação federal, estadual ou municipal e, seu § 2º determina que a atuação federal só ocorrerá quando omissa a autoridade estadual ou municipal:

> Art. 14- Sem prejuízo das penalidades previstas pela legislação federal, estadual ou municipal , o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:
>
> (...)
>
> § 2°. No caso de omissão da autoridade estadual ou municipal, caberá ao Secretário do Meio Ambiente a aplicação das penalidades pecuniárias previstas neste artigo.

[80] Recurso Especial nº 673.765 - RJ (2004/0109031-2)

O voto do Ministro acima citado expôs que o § 4°, do mesmo dispositivo legal, vigente à época da ocorrência do dano ambiental, tão-somente prescrevia outras penalidades, remetendo a fiscalização à Capitania dos Portos em estreita cooperação com diversos outros órgãos de proteção ao meio ambiente estaduais ou federais.

A decisão da Corte Superior deixou claro que o referido § 4°, do art. 14, da Lei n.° 6.938/81, não exclui a competência fiscalizatória e sancionatória dos órgãos estaduais de proteção ao meio ambiente, mas, ao contrário, consoante o art. 2°, da Lei n.° 5.357/67, reforçou-a. A ratio do art. 14, da Lei n.º 6.938/81 está em que a ofensa ao meio ambiente pode ser bifronte atingindo as diversas unidades da federação.

De fato, foi indicado no caso em tela que a aplicação de multa na hipótese de dano ambiental decorre do poder de polícia e encontra fundamento na Lei nº 6.938/81, sem prejuízo de ser fato gerador objetivo quanto à responsabilidade, o que a torna devida, independentemente da ocorrência de culpa ou dolo do infrator no seu atuar.

Conforme asseverado na decisão do Superior Tribunal de Justiça, a competência da Capitania dos Portos não exclui, mas complementa, a legitimidade fiscalizatória e sancionadora dos órgãos estaduais de proteção ao meio ambiente.

Portanto, ficou claro no caso levado ao Judiciário de que a multa aplicada pelo ente da Administração direta em face da sociedade de economia mista era legítima.

Com efeito, o estado democrático de direito impõe o respeito às leis, Constituição e aos direitos individuais do cidadão, razão pela qual o exercício do poder de polícia ambiental deve levar em consideração a restrição aos direitos individuais do cidadão, entretanto imperioso também condicionar condutas do próprio Poder Público, sob pena de ofensa ao princípio da impessoalidade e consequentemente a Constituição.

Isto implica dizer que o poder de polícia ambiental, deve ser entendido também como a função de polícia exercida pelo Estado condicionadora dos bens e atividades particulares e do próprio Estado, com vistas a defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Esse poder não é um serviço público prestado pelo Estado, trata-se, na verdade de uma faculdade estatal para controlar a si mesmo e os particulares. Por conseguinte, não seria lógico e razoável a Administração Pública ficar isenta de controle apenas porque ostenta tal qualidade, pelo contrário, já que a Administração Pública tem como um dos seus princípios balizadores a autotutela.

Aliás, o Estado quando do exercício de atividade econômica, seja para imperativo da segurança nacional ou por motivos de interesse público, conforme disciplina o artigo 173 da Constituição, pode exercer atividades potencialmente poluidoras, haja vista o caso anteriormente narrado.

Nesse aspecto quando o texto constitucional disciplina a ordem econômica, inclui dentre os seus princípios a defesa do meio ambiente. Não existe indicativo de que esse dispositivo seja aplicável apenas aos particulares, já que estes possuem como atividade preponderante o exercício de atividade econômica. Pelo contrário, trata-se de mandamento dirigido também ao Estado Brasileiro.

Não se pode olvidar que o Estado, tanto como prestador de serviço público e sobretudo como explorador de atividade econômica pode exercer atividade potencialmente poluidora.

Conforme afirma José Afonso da Silva, instrumentos de participação do Estado na economia são a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades estatais ou paraestatais, como são as subsidiárias daquelas.[81]

Apenas a título exemplificativo, vale destacar que o Ministério do Planejamento e Orçamento[82] e Gestão que tem como missão promover o planejamento participativo e a melhoria da gestão pública para o desenvolvimento sustentável e socialmente includente do país, informa em sua base de dados a existência de mais de 100 estatais que exploram atividade econômica nos mais diversos setores da economia brasileira, dentre as principais destacam-se: a) setor de energia elétrica: Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobras, Furnas - Centrais Elétricas S/A, Eletrobras Termonuclear S/A – Eletronuclear; b) setor de petróleo: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras, Liquigas, Transpetro, Gaspetro, c) setor de transportes hidroviário: Companhia Docas dos Estados (CODESP, CODEBA, CODESA...) e d) setor de transportes: Infraero, Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU).

Vê-se, pois que o Estado Brasileiro atua nos mais diversos setores da economia e em atividades potencialmente poluidoras, sendo certo a necessidade de controle dessas atividades para atendimento do disposto no artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

Diante desse quadro, o exercício do Poder de Polícia Ambiental deve ser um instrumento de controle da Administração sobre seus próprios atos, haja vista que a proteção ambiental é direito fundamental, assegurado pelo artigo 225 da Constituição Federal.

---

[81] SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 10ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p.736

[82] In [Internet]: http://www.planejamento.gov.br- Acessado em 27/04/2011 às 22h30 min.

4 ANÁLISE ESTRUTURAL DO AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL

4.1 A infração e a sanção administrativa ambiental

Esse tópico tem como objetivo tão somente apresentar a sistemática legal da infração administrativa ambiental no Direito Ambiental brasileiro, sem adentrar nos pormenores de cada infração e respectivas sanções.

O objetivo aqui é identificar à luz da legislação pátria quais as infrações e sanções administrativas são veiculadas por meio do auto de infração ambiental.

A Constituição na norma contida no artigo 225, §3º, determina que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

O diploma legal regulamentador desse dispositivo constitucional é a Lei 9.605/1998 que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Ademais, o Decreto 6.514/2008 trata do processo administrativo para apuração dessas sanções.

Celso Antonio Bandeira de Mello ao discorrer sobre as infrações administrativas afirma que a infração administrativa é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa. Já a sanção administrativa é a providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é da alçada da própria Administração.[83]

---

[83] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo, op.,cit., p. 841.

A Lei 9.605/1998 e o Decreto 6.514/2008, nos artigos 70 e 2°, estabelecem que a infração administrativa ambiental é toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

De fato, o artigo 70 representa uma norma infracional em branco regulamentada pelo Decreto 6.514/2008. Assim, a Lei e o Decreto delineiam como sanções das infrações administrativas previstas nos artigos 24 a 92 do Decreto a advertência, multa, apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; destruição ou inutilização do produto; suspensão de venda e fabricação do produto; embargo de obra ou atividade; demolição de obras; suspensão parcial ou total de atividades e restritiva de direitos, dentre outras.

Questão controversa e necessária para o debate é a referente ao âmbito de aplicação da Lei 9.605/1998 e do Decreto 6.514/2008.

Como já abordado no capítulo anterior do presente trabalho não é pacífica o tema relativo às competências ambientais, sendo assim surge um questionamento a ser respondido: Na ausência de Lei estadual ou municipal, é possível esses entes federativos aplicarem tais instrumentos normativos?

A resposta a essa questão há de ser afirmativa, uma vez que a tutela do meio ambiente pelo Estado ou Município não pode deixar de ser exercida por falta de previsão legal emanada por esses entes.

Entretanto, como será visto no capítulo referente ao controle jurisdicional e administrativo há municípios que deixam de expedir auto de auto de infração, simplesmente em virtude da ausência de regulamentação local para tal mister.

Na verdade, tanto a Lei como o Decreto são normas gerais ambientais, razão pela qual é possível a sua utilização por determinado Estado ou Município da federação. Portanto, tais pessoas políticas podem expedir seus autos de infração com base apenas na lei federal.

4.2 Auto de infração e processo administrativo

Antes de se adentrar as questões da natureza, atributos, requisitos e validade do auto de infração há de se anotar que o auto de infração é o instrumento que inicia o processo administrativo para apuração de infrações ambientais.

O Decreto 6.514/2008 criou um capítulo específico acerca do processo administrativo federal para apuração de infrações ambientais com objetivo de dar unidade às normas legais esparsas que versam sobre procedimentos administrativos em matéria ambiental, bem como, nos termos do que dispõe o art. 84, inciso VI, alínea “a”, da Constituição, disciplinar as regras de funcionamento pelas quais a Administração pública federal, de caráter ambiental, deverá pautar-se na condução do processo.

Com efeito, o processo administrativo ambiental, segundo o artigo 95 do Decreto acima aludido, será orientado pelos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, bem como pelos critérios mencionados no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.[84]

Dessa maneira, o auto de infração insere-se no contexto do processo administrativo ambiental, na medida em que constatada a ocorrência de infração, será lavrado o respectivo auto, do qual deverá ser dada ciência ao autuado,

---

[84] O artigo 2º da lei 9.784/1999 determina que nos processos administrativos serão observados critérios de: atuação conforme a lei e o direito, probidade, decoro e boa-fé; atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei; impulsão de ofício e vedação de aplicação retroativa de nova interpretação da lei.

assegurando-se o contraditório e a ampla defesa, conforme determina o artigo 96 do Decreto em comento.

Depreende-se da análise dos dispositivos do Decreto 6.514/2008 que é o auto de infração que dá início ao processo administrativo ambiental. Sendo assim, eventual irregularidade no auto de infração pode gerar conseqüências no processo administrativo, culminando até a nulidade.

Daí a necessidade de se estudar os aspectos jurídicos do auto de infração ambiental, pois, como se verá nesse capítulo, os casos levados ao Poder Judiciário, em sua maioria, envolvem questionamentos quanto a atributos ou requisitos do auto.

4.3 A natureza jurídica do auto de infração ambiental

Conceituação de importância relevante para o tema é a relativa à natureza jurídica do auto de infração ambiental. Antes, porém, há de se distinguir os termos natureza e regime jurídico.

Natureza jurídica e regime jurídico não são expressões sinônimas. Em linhas gerais, quando se fala em natureza jurídica de determinado instituto o objetivo é identificar a sua localização dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Já o regime jurídico consiste no conjunto de direitos e obrigações a que este instituto está submetido.

Desse modo, em primeiro lugar é preciso localizar o auto de infração na ordem jurídica nacional. Para tanto, iniciar-se-á pelo conceito de ato administrativo, instituto objeto de estudo do Direito Administrativo.

A teoria geral do direito informa que as manifestações de vontade de um sujeito que acarretam efeitos jurídicos podem ser chamadas de ato jurídico. O Estado, por sua vez, para alcance dos seus fins desenvolve suas atividades, por intermédio de seus agentes, cujos atos que expedem produzem efeitos

jurídicos. Esses atos são na verdade atos jurídicos, definidos como atos administrativos.

A conceituação do ato administrativo oferece uma série de alternativas doutrinárias e legais, tendo em vista seu alcance, tais como: ações e declarações administrativas unilaterais, individuais e gerais, com efeitos diretos e indiretos; declarações administrativas unilaterais e bilaterais e gerais, com efeitos diretos e indiretos; declarações administrativas unilaterais, bilaterais, individuais e gerais, com efeitos diretos; declarações administrativas unilaterais, individuais e gerais, com efeitos diretos e declarações administrativas unilaterais e individuais com efeitos diretos.[85]

O entendimento adotado no presente estudo é de que o ato administrativo é uma declaração de vontade objetiva da Administração Pública, unilateral e individual com efeitos diretos sobre o administrado. Trata-se de uma manifestação unilateral que objetiva constituir, confirmar, alterar ou desconstituir a relação jurídica estabelecida entre a Administração e os administrados ou entre seus próprios órgãos.[86]

Essa expressão “manifestação de vontade” pode levar a idéia de vontade como um fator subjetivo do administrador o que não reflete a prática, pois as decisões administrativas não são tomadas sob um enfoque particularizado e sim objetivo, como uma das conseqüências do princípio da impessoalidade que norteia as atividades da Administração brasileira [87]

Percebe-se então que o ato administrativo, de forma singela, é aquele expedido pela Administração Pública, com base na lei, no exercício de função administrativa com vistas à satisfação do interesse da coletividade.

---

[85] DROMI, Roberto. El acto administrativo. 3ª edição. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina. 1997.p. 12-14.

[86] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 97.

[87] MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.159.

É nesse contexto que se insere o auto de infração ambiental, como um ato administrativo emanado da Administração Pública ambiental, para tutela do meio ambiente e via de conseqüência do bem comum. Mas não é só isso. No universo do ato administrativo há ainda a necessidade de se enquadrar o auto de infração ambiental.

Com efeito, a vontade do administrador público na expedição do auto de infração ambiental deve ser pautada nos critérios objetivos definidos na lei, sem levar em consideração proposições de ordem pessoal ou subjetiva.

Variadas são as classificações apresentadas pela doutrina administrativista acerca das espécies do ato administrativo, sendo que para este tópico do trabalho será utilizada a proposição de Hely Lopes Meirelles que agrupa os atos administrativos em espécie, combinando critérios de forma, de que se reveste o ato, com os dos efeitos a que visa.

O referido autor propõe para os atos administrativos espécies segundo o fim imediato a que se destinam e o objeto a que encerram, a saber: atos administrativos normativos, ordinatórios, negociais, enunciativos e punitivos. [88]

Interessa para a análise do auto de infração ambiental a conceituação de ato administrativo punitivo que é aquele que contêm uma sanção imposta pela Administração àqueles que infringem disposições legais.

O ato punitivo, no tocante à relação jurídica da Administração Pública com seus administrados, tem como fundamento o poder de império do Poder Público.

Mas e quanto ao regime jurídico do auto de infração ambiental?

Conforme dito alhures, regime jurídico de um determinado instituto, em linhas gerais, é o conjunto de direitos e obrigações a que ele se submete.

---

[88] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, op., cit., p. 170.

No caso do auto de infração ambiental, as regras aplicáveis são as definidas na Lei 9.605/1998 e no Decreto 6.514/2008. Logo, a sistemática do auto de infração, segue normas de direito público.

Dentro do contexto aqui apresentado pode-se conceituar o auto de infração ambiental como o ato administrativo, expedido sob regime jurídico de direito público, de espécie punitiva, apto a veicular as infrações administrativas ambientais definidas na lei.

4.4 O auto de infração ambiental no ordenamento jurídico brasileiro

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, reunida em Estocolmo de 5 a 16 de junho de 1972, e, atenta à necessidade de um critério e de princípios comuns que ofereçam aos povos do mundo inspiração e guia para preservar e melhorar o meio ambiente humano proclamou que a proteção e o melhoramento do meio ambiente humano é uma questão fundamental que afeta o bem-estar dos povos e o desenvolvimento econômico do mundo inteiro, um desejo urgente dos povos de todo o mundo e um dever de todos os governos.

Em atendimento essa proclamação, em 1981 o Brasil com fundamento nos incisos VI e VII do art. 23 e no art. 225 da Constituição, estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente, por meio da Lei 6.938.

O artigo 4°, inciso VII, da referida Lei traça os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente dentre os quais à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Para o cumprimento dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, foi promulgada a Lei 9.605/1998 que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Cumpre consignar que somente 10 (dez) anos após a promulgação da Lei houve a expedição do Decreto 6.514/2008 que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações.

Dessa forma, a Lei 9.605/1998 ao tratar do auto de infração ambiental estabelece no § 1º do artigo 70 os funcionários de órgãos ambientais integrantes do do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitanias dos Portos, do Ministério da Marinha como autoridades para lavrar o auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo competente para tanto.

Mais adiante na norma contida no artigo 72 da Lei em comento o legislador elencou as sanções a serem aplicadas, em razão do cometimento de infrações administrativas ambientais.

Observa-se desse modo que a Lei pouco prescreveu acerca do auto de infração o que por um lado está correto, já que tal mister é matéria afeta ao instrumento regulamentador da mesma.

A crítica que se faz nesse sentido é que a regulamentação da lei veio somente 10 (dez) anos após a sua edição. Nesse ínterim, os processos administrativos ambientais seguiram a sistemática prevista na Lei 9.784/1999 que dispõe acerca do processo administrativo no âmbito federal. Mas e a disciplina do auto de infração? Como ficou?

Essas são respostas que serão abordadas no próximo capítulo têm extrema relevância na análise do auto de infração ambiental, tendo em vista que algumas questões foram levadas à apreciação do Poder Judiciário por conta da falta de instrumento regulamentador da lei.

Como é sabido, o Decreto, espécie normativa prevista no artigo 59 da Constituição Federal, têm como função regulamentar a lei e foi exatamente isso que fez o Decreto 6.514/2008 que trata do auto de infração ambiental a partir do seu artigo 94.

Importante observar que o auto de infração ambiental está inserido no Capítulo referente ao processo administrativo para apuração de infrações ambientais.

Assim, o Decreto elenca em seu artigo 95 que o processo será orientado pelos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, bem como pelos critérios mencionados no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Não é outra senão essa a tônica do auto de infração ambiental que deverá a observância, além desses princípios dos previstos na Constituição Federal, tais como contraditório e ampla defesa. Aliás, o artigo 96 do Decreto determina que constatada a ocorrência de infração administrativa ambiental, será lavrado auto de infração, do qual deverá ser dado ciência ao autuado, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa.

Conforme será visto adiante, o auto de infração possui atributos e requisitos que devem ser observados sob pena do cometimento de ilegalidade pela Administração Pública.

A inobservância dessas condições, conforme será visto no próximo capítulo, proporciona a discussão judicial do caso e em determinadas situações a invalidação do auto.

Eis, portanto, o panorama doutrinário e legal do auto de infração ambiental. Passa-se agora para uma parte de extrema importância que é a relativa aos atributos (características) e requisitos (elementos) do auto de infração ambiental.

4.5 Os atributos e requisitos do auto de infração ambiental

A inserção do estudo acerca dos atributos e requisitos do auto de infração ambiental neste trabalho dá-se por dois motivos.

Em primeiro lugar, como mencionado anteriormente, o auto de infração é um ato administrativo e por isso é importante em matéria ambiental identificar quais são as características e elementos de um auto de infração ambiental.

O outro motivo é o fato de que muitos casos, envolvendo auto de infração ambiental, são discutidos no âmbito do Poder Judiciário e as decisões giram em torno da validade do auto de infração, assunto que passa necessariamente pelo exame dos atributos e requisitos do mesmo.

Para o exame dos atributos e requisitos do auto de infração ambiental mais uma vez há a necessidade de buscar respaldo nos conceitos trazidos pelo Direito Administrativo.

Frisa-se nesse passo que não se apresentará um estudo minucioso acerca do tema ato administrativo, apenas a conceituação dos atributos e requisitos para melhor compreensão das decisões judiciais que serão analisadas.

Nesse diapasão, importante frisar que existe diferença entre os atributos e os requisitos do auto de infração ambiental. Em linhas gerais, os atributos estão relacionados com as características do auto de infração ao passo que os requisitos constituem os elementos estruturais daquele.

Não existe uma unanimidade entre os administrativistas no que toca aos atributos do ato administrativo, porém a maioria elenca como característica do ato administrativo os seguintes: presunção de legitimidade, imperatividade e a autoexecutoriedade.

A presunção de legitimidade impõe a observância do ato com os ditames

legais. Por essa razão pode-se afirmar que o ato presume-se legal até prova em contrário. Essa presunção vem acompanhada da veracidade do ato que é a compatibilidade deste com os fatos ocorridos na hipótese concreta.

A imperatividade, também por alguns chamada de coercibilidade, significa que os atos administrativos são cogentes, obrigando a todos que se encontram em seu círculo de incidência, ainda que o objetivo a ser por ele alcançado contrarie interesses privados. [89]

O atributo pelo qual a Administração pode colocar em prática suas decisões sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário é a autoexecutoriedade.

Quanto a esse aspecto vale aqui a menção de decisão interessante do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema autoexecutoriedade. No caso levado à Corte Superior o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA propôs ação civil pública na qual buscava a demolição de um edifício reputado irregular à luz das leis ambientais vigentes.

Tanto a primeira como a segunda instâncias entenderam que a demolição de obra é sanção administrativa dotada de auto-executoriedade, razão pela qual seria despicienda a ação judicial que busque incidência.

O Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, entendeu que mesmo que a Lei 9.605/1998 autorize a demolição da obra como sanção às infrações administrativas de cunho ambiental, a verdade é que existe forte controvérsia acerca de sua auto-executoriedade (demolição da obra).

A Corte Superior afirmou em sua decisão que revestida ou não a sanção do referido atributo, a qualquer das partes (Poder Público e particular) é dado recorrer à tutela jurisdicional, porque assim lhe garante a Constituição da República - notadamente quando há forte discussão, pelo menos em nível

[89] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo, op. cit., p. 111.

doutrinário – acerca da possibilidade de a Administração Pública executar *manu militari* a medida.[90]

Nesse aspecto, discorda-se da decisão acima aludida no sentido de que a tutela do meio ambiente seria mais eficaz no caso de adotar o entendimento de que a Administração Pública ambiental pode, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, executar as sanções administrativas previstas na Lei 9.605/1998 e Decreto 6.514/2008.

No direito estrangeiro Roberto Dromi identifica mais duas características presentes nos atos administrativos: estabilidade e impugnabilidade. A estabilidade é a proibição de revogação em sede administrativa dos atos que criam, reconhecem ou declaram um direito subjetivo, uma vez notificados ao interessado, salvo se extingam ou alterem o ato em benefício do mesmo. Já a impugnabilidade significa que todo ato administrativo regular ou irregular é impugnável administrativamente por via de recursos ou reclamações. [91]

Nesse passo, há de se entender que essas duas características estão presentes no ordenamento pátrio, embora a doutrina não as mencione. A estabilidade pode ser encontrada no artigo 54 da lei 9.784/1998 ao prever que o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Na legislação ambiental, a impugnabilidade é reconhecida na leitura do artigo 96 do Decreto 6.514/2008 que expressamente dispõe que constatada a ocorrência de infração administrativa ambiental, será lavrado auto de infração, do qual deverá ser dado ciência ao autuado, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa.

Sendo assim, para o estudo do auto de infração ambiental este trabalho adota as seguintes características para o mesmo: presunção de legitimidade,

---

[90] Recurso Especial nº 789.640 – PB (2005/0167537-1)
[91] DROMI, Roberto. El acto administrativo, op. cit., p. 75-76.

imperatividade, autoexecutoriedade, impugnabilidade e a estabilidade.

No que diz respeito aos elementos ou requisitos do ato administrativo, a Lei 4.717/1965 que regula sobre a ação popular indica quais os atos considerados nulos para efeito de lesão ao patrimônio público e assim, de certa maneira, elenca os elementos do ato administrativo, quais sejam: competência, forma, objeto, motivo e finalidade. [92]

O agente competente é aquele a quem a lei determina a prática de determinado, ou seja, o ato administrativo somente pode ser editado por quem tem competência legal. Somente quando a lei estabelecer o ato poderá ser delegado ou avocado pelo agente.

Para o auto de infração ambiental, o artigo 70, § 1º da Lei 9.605/1998 estabelece que são autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitanias dos Portos, do Ministério da Marinha.

Conteúdo ou objeto pode ser definido como o efeito jurídico que cada ato administrativo é apto a produzir. No caso de um auto de infração ambiental pode ser a multa, advertência, apreensão, destruição de produto, dentre outras, previstas no artigo 3º do Decreto 6.514/2008.

---

[92] O artigo 2º da Lei 4.717/1965 dispõe que são nulos os atos praticados por incompetência do agente, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade.
A incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou. O vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato. A ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo. A inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido. O desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Forma é a maneira pela qual o ato administrativo exterioriza-se o que engloba o conjunto de formalidades que esse ato deve possuir. No caso do auto de infração ambiental o Decreto 6.514/2008, na norma contida em seu artigo 98 prevê que deverá ser lavrado em impresso próprio, com a identificação do autuado, a descrição clara e objetiva das infrações administrativas constatadas e a indicação dos respectivos dispositivos legais e regulamentares infringidos, não devendo conter emendas ou rasuras que comprometam sua validade.

Motivo é a exposição das razões de fato e de direito que servem de fundamento para o ato administrativo. Expor as razões de fato significa que o administrador público deve descrever de forma pormenorizada, com todas as circunstâncias, o que aconteceu no caso concreto.

O pressuposto ou razão de direito corresponde à indicação do dispositivo legal em que se baseia o ato praticado pela Administração Pública, isto porque, o artigo 37 caput da Constituição Federal de 1988 elenca a legalidade como um dos princípios de observância obrigatória da Administração Pública.

O motivo não se confunde com a motivação que é a exposição de motivos, ou seja, a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existem.

Para punir, a Administração deve demonstrar a prática da infração. A motivação diz respeito às formalidades do ato, que integram o próprio ato, vindos sob a forma de “consideranda”; outras vezes, está contida em parecer, laudo, relatório, emitido pelo próprio órgão expedidor do ato ou por outro órgão, técnico ou jurídico, hipótese em que o ato faz remissão a esses atos precedentes.[93] Quer-se dizer com isso, portanto, que a motivação é a explicação das razões de fato e de direito que fundamentam o ato expedido.

---

[93] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, op., cit., p.204.

Destaca-se que a Lei 9.784/1999 impõe como regra para a Administração Pública a motivação dos atos administrativos, informando que ela deve ser explícita, clara e congruente.[94]

Além disso, o Decreto 6.514/2008 prevê a motivação como um dos princípios do processo administrativo para apurar infrações ambientais, em seu artigo 95.

No caso do auto de infração ambiental é fundamental que o agente que expede o ato atente para que a motivação esteja perfeitamente descrita sob pena do cometimento de nulidade. Conforme será visto no próximo tópico deste capítulo, um dos vícios mais comuns cometidos pela Administração Pública ambiental é a motivação equivocada na lavratura do auto de infração.

O fim ou finalidade do ato administrativo é, em sentido amplo, a satisfação do interesse público e no aspecto estrito o resultado específico que se pretende com determinado ato.

Desse modo, em matéria ambiental toda vez que o agente público lavrar um auto de infração há o interesse público de tutela do meio ambiente com vista a garantir a sadia qualidade de vida para presentes e futuras gerações.

---

[94] O artigo 50 da Lei 9.784/1999 estabelece:
Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
V - decidam recursos administrativos;
VI - decorram de reexame de ofício;
VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.
§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.
§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.
§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

Além disso, em cada caso concreto, a autoridade competente para lavrar o auto de infração ambiental tem um fim específico qual, seja, a aplicação de uma advertência, multa, destruição de coisas, embargo ou demolição.

4.6 A validade do auto de infração e a jurisprudência

Ao tratar da validade e invalidade do ato administrativo, preleciona Antonio Carlos Cintra do Amaral que

> Tanto o juiz quanto o agente administrativo criam o Direito. A diferença entre a decisão judicial e o ato administrativo está no fato de que a primeira pode transitar em julgado, tornando-se definitiva e irrecorrível, enquanto o segundo é sempre suscetível de controle judicial.
>
> Ao aplicar a norma legal ao caso concreto, o juiz tem uma razoável margem de discricionariedade. Raramente ele se depara com uma norma que contenha uma única solução de aplicação possível. Mas isso não quer dizer que ele tem a liberdade de ultrapassar a "moldura" legal. Sua escolha está limitada por essa "moldura". Assim também ocorre com o agente administrativo. Se o agente administrativo escolhe uma solução que não esteja contida na "moldura" legal, o ato por ele praticado pode ser anulado. Ou seja: pode ter sua validade descontituída por via judicial. Se o juiz escolhe uma solução não contida na "moldura"legal, pode ter sua decisão reformada pelos tribunais.[95]

Perfeição, validade e eficácia são vocábulos que dizem respeito ao tema da aptidão do ato a produzir o resultado para o qual foi lavrado. Perfeito é o ato que cumpriu todas as fases relativas à sua formação. Validade relaciona-se com o atendimento de todas as exigências legais, para que os efeitos do ato sejam reconhecidos na ordem jurídica. Eficácia é a produção dos efeitos jurídicos do ato.[96]

O auto de infração ambiental deve satisfazer todos os requisitos relativos à competência, forma, objeto, motivo e finalidade sob pena de ser praticado

---

[95] AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Validade e invalidade do ato administrativo. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, janeiro/fevereiro/março, 2007. In [Internet]: http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp. - Acessado em 05/04/2011 às 15h15 min.

[96] MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno, op., cit., p. 165.

com vício e conseqüente ser declarado nulo.

No estudo aqui proposto as decisões judiciais adiante analisadas serão aquelas que dizem respeito ao plano de validade do auto de infração ambiental.

Como será visto, é comum o debate envolvendo os elementos do auto de infração ambiental e em determinadas situações privilegia-se a forma em detrimento da tutela do meio ambiente. A reflexão e proposta a serem feitas é a da necessidade do estabelecimento de novos paradigmas no tocante à temática aqui tratada.

A anulação de um auto de infração ambiental decorre em razão do cometimento de alguma ilegalidade pela Administração Pública. No âmbito do Direito Ambiental, tomando-se como base o artigo 2º da Lei 4.717/1965, os vícios do auto de infração são aqueles relativos ao sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade.

Este trabalho analisou para o estudo desses aspectos decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça a partir do ano de 2008 e o que se pode constatar é que a maioria dos vícios cometidos pela Administração Pública ambiental quando da expedição de autos de infração estão relacionados à competência, forma e motivação.[97]Passa-se a seguir a análise de cada uma delas.

4.6.1. Competência

No caso da competência o que tem se levado aos Tribunais é a verificação se o agente que lavrou o auto tem suas atribuições definidas na lei para tal mister.

Caso interessante decidido pela Corte Superior foi o relativo à

[97] Mais adiante foi analisada uma decisão do ano de 2003 do Tribunal de Justiça de São Paulo. A justificativa é a situação peculiar do caso.

competência do técnico ambiental do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA para lavratura de auto de infração ambiental para apreensão de produtos agrotóxicos.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu que no exercício do poder de polícia ambiental, o técnico ambiental não possuía competência funcional para lavratura do referido auto, função típica do analista ambiental.

Na hipótese concluiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região que falecendo competência funcional ao servidor autuante, deve ser anulado o auto por ele lavrado, lembrando que a competência para a prática do ato administrativo constitui pressuposto de validade do mesmo.

Isto porque a autuação foi promovida em 16.11.2005, após a publicação da Lei 10.410/2002 e anteriormente à medida provisória 304/2006, convertida na Lei 11.357/2006 que ampliou os poderes legais do técnico ambiental.

O Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial decidiu que a Lei 9.605/1998 confere a todos os funcionários dos órgãos ambientais integrantes do SISNAMA o poder para lavrar autos de infração ambiental o que ocorreu com a portaria 1.273/1998, entendimento que coaduna com a Lei 11.516/2007, referendando a atribuição do exercício das atividades de fiscalização aos titulares dos cargos de técnico ambiental.[98]

A Corte Superior não vislumbrou ilegalidade e por conseqüência vício de incompetência, na delegação de competência permitida pelo artigo 70, §1º da Lei 9.605/1998, por meio de portaria.

Em outro caso semelhante questionou-se o exercício do poder de polícia da Polícia Militar Ambiental do Estado de Santa Catarina para lavratura de auto de infração ambiental.[99]

---

[98] Recurso Especial nº 1.057.292 – PR (2008/0103122-2)
[99] Recurso Especial nº 1.109.333 – SC (2008/0278940-2)

Na hipótese em comento, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a Polícia Militar Ambiental do Estado de Santa Catarina têm competência para lavratura do auto de infração, conforme previsão dos artigos 70 da Lei 9.605/1998 e 17-Q da Lei 6.938/1981 (autoriza o IBAMA a celebrar convênios com os Estados, os Municípios e o Distrito Federal para desempenharem atividades de fiscalização ambiental).

Tendo em vista as decisões, pode-se concluir que a questão envolvendo competência do agente ambiental para lavratura de auto, tem como cerne identificar quem são os funcionários dos órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, previstos na Lei 9.605/1998.

Em havendo instrumento legal autorizador (seja portaria ou convênio) o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a legalidade na expedição do auto de infração, pois o respaldo é encontrado na Lei 9.605/1998.

De fato, há de se pensar que a tutela judicial do meio ambiente deve ser feita em consonância com os ditames do artigo 225 da Constituição e conforme toda sistemática legal ambiental; exatamente o que foi feito pelo Superior Tribunal de Justiça nos dois casos anteriormente analisados.

Em matéria ambiental, deve-se privilegiar a proteção ao meio ambiente em detrimento da forma pela qual a competência dos agentes fiscalizadores é definida, já que as Leis 9.605/1998 e 6.938/1981 atribuíram a todos integrantes do SISNAMA tal mister, permitindo, inclusive a delegação por meio de portaria e celebração de convênios.

4.6.2 Forma

Em continuação a abordagem jurisprudencial do tema passa-se agora para análise de uma decisão que trata do elemento “forma” do auto de infração ambiental.

O princípio da legalidade, expresso no artigo 37, caput, da Constituição

determina que a Administração Pública deve expedir seus atos de acordo com o estatuído na lei.

Pois bem. Trata-se de princípio também de observância obrigatória em matéria ambiental. Mas será que a falta de um requisito formal do auto de infração ambiental é suficiente a ensejar a anulação de uma autuação?

O caso a ser comentado é de um auto de infração lavrado contra um transportar de produtos florestais que não preencheu um campo específico da autorização para transportes de produtos florestais (ATPF) - local onde deveria vir especificado o número da nota fiscal relativa ao produto transportado.[100]

Analisando a legislação ambiental não existe um ilícito administrativo apto a punir um transportador de madeira que não específica o número da nota fiscal do produto na autorização de transporte do mesmo.

Todavia, o interessante é que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que cabível para o presente caso a não aplicação do princípio da legalidade estrita. E como isso foi feito?

O raciocínio expresso na decisão da Corte Superior é de que o artigo 70 da Lei 9.605/1998 considera como infração administrativa ambiental toda e qualquer ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

Além disso, existe um ilícito penal – não administrativo – previsto no artigo 46, parágrafo único da mesma lei que classifica como crime, o transporte, sem licença válida outorgada pela autoridade competente.

Dessa maneira, combinando os dois artigos – um que trata de infração administrativa e outro de ilícito penal – o Superior Tribunal de Justiça conferiu toda sustentação legal necessária para caracterização da infração

[100] Recurso Especial nº 985.174 – MT (2007/0211094-8)

administrativa, sob o argumento de que não há ofensa a legalidade estrita.

Trata-se de fato de decisão surpreendente, pois rompe com o paradigma da estrita legalidade, defendida entre os administrativistas, segundo o qual o administrador somente pode fazer o que a lei determina ou autoriza.

Mas a decisão abordou outro aspecto relevante, qual seja, se o preenchimento incorreto da autorização para transportes de produtos florestais (ATPF), deixando-se de especificar o número da nota fiscal relativa ao produto transportado, a torna inválida ou não.

No acórdão, a Corte Superior manifestou-se que no âmbito tributário o entendimento adotado é de que o preenchimento incorreto de guias relativas ao recolhimento de tributos não constitui motivo suficiente para aplicação de sanções administrativas, desde que não haja prejuízo para a Fazenda Pública.

Mas será que foi essa a direção para o caso envolvendo matéria ambiental?

Não. O Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento do juízo de primeiro grau que decidiu que o preceito que determina o correto preenchimento do formulário da autorização é uma formalidade essencial do ato administrativo que permitiu o exercício da atividade potencialmente degradante do meio ambiente, razão pela qual a exigência de exatidão dos dados permite uma correta fiscalização e avaliação do impacto da atividade madeireira. O juízo a quo ainda se manifestou no sentido de que isso é absolutamente fundamental no planejamento de políticas públicas para o setor.

O acórdão da Corte Superior, por derradeiro, consignou que em matéria ambiental, falhas no preenchimento da autorização para transporte de produtos florestais (ATPF), como por exemplo, a ausência de especificação do número da nota fiscal, além de implicar severas dificuldades à atividade fiscalizatória, faculta a ocorrência de fraudes e, em conseqüência, a degradação do meio ambiente.

Depreende-se da análise desse caso que o Superior Tribunal de Justiça adotou posicionamento de extrema importância no campo jurídico ambiental na medida em que se manifesta em prol da necessidade de observância das políticas públicas ambientais.

4.6.3 Motivação

Outro vício de discussão no Poder Judiciário relativo ao auto de infração ambiental é o relativo à motivação. A falta de motivação ou a identificação defeituosa do que aconteceu na realidade levam invariavelmente à anulação do auto o que afeta a adequada tutela do meio ambiente.

Uma análise errônea ou desarrazoada da situação fática e da indicação do dispositivo legal aplicável ao caso concreto por parte do agente competente para lavrar o auto de infração ambiental impõe em determinadas situações a necessidade de sua anulação, ficando o poluidor isento de pena, embora o dano ambiental tenha se efetivado.

Nos dois casos a seguir comentados a Corte Superior anulou o auto de infração ambiental por falhas do agente na motivação do mesmo.

O primeiro arresto trata de questionamentos sobre a infração ambiental e formalidades do auto de infração por compra de pássaro silvestre em determinada feira.[101]

Na ocasião a Corte Superior considerou que o auto de infração constitui ato administrativo punitivo decorrente do exercício do Poder de Polícia da Administração Pública.

O problema trazido à discussão refere-se a motivação do auto de infração ambiental, pois o agente público utilizou fundamentação legal

[101] Agravo.Regimental no Recurso Especial nº 1.048.353-SP (2008/0079734-9)

inaplicável ao caso concreto.

Da leitura do caso concreto, verifica-se que o agente público lavrou o auto, indicando dispositivo legal referente a comércio de animais, com base na Lei 5.197/1967 que dispõe sobre a proteção à fauna, quando na verdade a conduta melhor se enquadraria no artigo 70 da Lei 9.605/1998, já que aquele adquire um único animal não poderia ser considerado como comerciante.

É por essa razão que deve a Administração Pública capacitar seus agentes para que esse tipo de situação não ocorra, pois por conta de uma imperfeição do auto de infração o infrator ficou impune, isso porque não cabe ao Judiciário substituir o fundamento legal aposto no auto de infração ambiental.

O interessante desse caso é que a Corte Superior apontou todo o equívoco cometido pela Administração Pública Ambiental, além de ter indicado como deveria ter sido expedido o auto, o que não é comum em decisões judiciais.

Outro caso que envolve temática semelhante decidido pelo Superior Tribunal de Justiça é o referente a embargo de uma construção de obra em área de proteção aos mananciais.[102]

No arresto acima mencionado foi determinada a anulação do auto de infração de embargo em razão da falta de embasamento legal o que impossibilitou o exercício de defesa do autuado.

Mas o interesse pela decisão é que a Corte Superior fez a análise sob o ponto de vista dos requisitos do ato administrativo e sob o argumento de que o auto de infração não atendia a técnica administrativa houve a anulação do embargo, isto porque o agente público não preencheu devidamente os campos para lavratura do mesmo.

---

[102] Recurso Especial nº 447.639 – PR (2002/0086766-8)

Vale ainda, o comentário acerca de uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e que envolve o elemento motivo do auto de infração ambiental.[103]

No caso em comento, o auto de infração de multa ambiental por poluição atmosférica foi anulado em primeira instância e mantida essa decisão pelo Tribunal.

A questão versava sobre eventual poluição cometida pela Petrobras nas proximidades da cidade de Cubatão, por emissão de odores característicos de gás sulfídrico e mercaptanas na atmosfera.

Ocorre que o órgão ambiental emitiu o auto de infração ambiental sem comprovação técnica da fonte geradora do dano apurado. A motivação do auto de infração ambiental deu-se porque a empresa já cometara infrações idênticas.

O dano ambiental – poluição – de fato foi comprovado por perícia técnica, no entanto o equívoco na motivação do auto de infração emitido pelo órgão ambiental, no caso a CETESB, fez com que o Judiciário nas duas instâncias anulasse a multa. A motivação, portanto, precária e genérica constante no auto de infração levou a sua anulação.

Daí mais uma vez a necessidade de afirmar que a Administração Pública Ambiental deve criar condições técnicas adequadas para que os seus agentes, devidamente capacitados, possam atuar de forma eficiente, pois no caso relatado a obra era irregular, porém teve seu auto de embargo anulado, em razão de falhas formais em sua lavratura.

Nesse diapasão, vale mencionar o entendimento de Maria Luiza Machado Granziera que preconiza

[103] Apelação Cível n°131.896-5/7-00 – SP.

> Se o agente administrativo não estiver devidamente informado sobre os procedimentos administrativos que se encontram sob sua responsabilidade, pouco adiantarão os esforços da Administração Pública na implementação da política ambiental. Se houver certeza de que o auto de infração será anulado pelo Judiciário ou pela própria Administração, por não ter sido corretamente preenchido, cada vez menos haverá a preocupação com a observância das leis, até porque as medidas destinadas a evitar a poluição aumentam os custos de qualquer empreendimento ou atividade.[104]

4.7 Convalidação do auto de infração ambiental: ato discricionário ou vinculado?

Outro aspecto a ser abordado é o referente à possibilidade de convalidação do auto de infração ambiental, prevista na lei 9.784/1999 e Decreto 6.514/2008.

A questão a ser respondida neste tópico é acerca da obrigatoriedade da Administração pública ambiental convalidar o auto de infração, ou seja, a convalidação é um ato vinculado ou discricionário?

Para esse estudo será utilizado o conceito de convalidação de Maria Silvia Zanella Di Pietro, para quem

> Convalidação ou saneamento é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado.[105]

A Constituição de 1998, como já dito em outra ocasião, tem como um dos princípios da Administração Pública, a legalidade. Sendo assim, a ofensa a um dispositivo legal, considerada abstratamente, sempre aparecerá como prejudicial ao interesse público.

Por outro lado, no caso concreto podem surgir situações em que, apesar do ato ser irregular, a sua manutenção pode ser útil ao interesse

---

[104] GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito ambiental, op., cit., p.598-599.
[105] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, op., cit., p. 235.

público.

Sob o ponto de vista legal, dois são os instrumentos que tratam da convalidação, a Lei 9.784/1999[106] e o Decreto 6.514/2009[107]. Em ambos instrumentos, a lei apresenta a convalidação como uma faculdade da Administração Pública. Isso sob o ponto de vista da interpretação gramatical da norma. Mas será que, em matéria ambiental, essa é a interpretação mais adequada?

Não é pacífico na doutrina administrativista a questão envolvendo a obrigatoriedade ou discrição em convalidar o ato ilegal. Weida Zancaner, ao tratar da convalidação e invalidação dos atos administrativos entende que

> Só existe uma hipótese em que a Administração Pública pode optar entre o dever de convalidar e o dever de invalidar segundo critérios discricionários. É o caso de ato discricionário praticado por autoridade incompetente. Destarte, nestes casos pode a Administração Pública, segundo um juízo subjetivo, optar se quer convalidar ou invalidar o ato viciado.
> Excluída esta hipótese, em todos os demais casos não há falar em discrição, pois ou a Administração está perante o dever de invalidar, ou perante o dever de convalidar, ou impedida de uma ou outra medida.
> A Administração deve invalidar quando o ato não comporta convalidação. Deve convalidar sempre que o ato comportá-la.[108]

---

[106] O artigo 55 da Lei 9.784/1999 dispõe que em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

[107] O artigo 99 do Decreto 6.514/2008 determina que o auto de infração que apresentar vício sanável poderá, a qualquer tempo, ser convalidado de ofício pela autoridade julgadora, mediante despacho saneador, após o pronunciamento do órgão da Procuradoria-Geral Federal que atua junto à respectiva unidade administrativa da entidade responsável pela autuação. Constatado o vício sanável, sob alegação do autuado, o procedimento será anulado a partir da fase processual em que o vício foi produzido, reabrindo-se novo prazo para defesa, aproveitando-se os atos regularmente produzidos. Já o artigo 100 do DECRETO estabelece que o auto de infração que apresentar vício insanável deverá ser declarado nulo pela autoridade julgadora competente, que determinará o arquivamento do processo, após o pronunciamento do órgão da Procuradoria-Geral Federal que atua junto à respectiva unidade administrativa da entidade responsável pela autuação. Nos casos em que o auto de infração for declarado nulo e estiver caracterizada a conduta ou atividade lesiva ao meio ambiente, deverá ser lavrado novo auto, observadas as regras relativas à prescrição.

[108] ZANCANER, Weida. Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos. 2ª edição. São Paulo:Malheiros, 1993, p.57.

Em matéria ambiental, Maria Luiza Machado Granziera exemplifica o caso acima mencionado da seguinte maneira

> Já em matéria de auto de infração ambiental, nem sempre é possível a convalidação que se opera normalmente em outros campos. Se o agente autuante lavrar o auto de infração sem possuir competência funcional para esse ato, a nulidade pode ser irremediável, na medida em que a situação descrita no auto pode modificar-se logo em seguida à lavratura e o agente competente não pode atestar a sua ocorrência, se não a tiver efetivamente presenciado.[109]

Da análise das doutrinas acima colacionadas depreende-se que a regra estabelecida pela legislação ambiental não é segura, na medida em que deixa ao arbítrio do administrador público a convalidação do auto de infração de ambiental com vício sanável. [110]

A análise a ser feita deve levar em consideração o interesse público tutelado, qual seja o meio ambiente, e neste, caso não deve haver espaço para atuação discricionária do administrador público.

Nesta hipótese, a negativa em sanar o vício de um auto de infração ambiental passível de convalidação assemelha-se ao cometimento de uma nova infração ambiental.

De fato, como apontado acima existem situações em que cometido o ato com vício já não é mais possível convalidar. Imagine-se uma situação de um auto, por emissão irregular de gases poluentes, emitido por agente incompetente. Em questão de pouco tempo os gases dissipam-se na atmosfera e a convalidação desse auto torna-se inútil, pois por ocasião da lavratura do novo auto de infração será impossível a constatação da irregularidade caso está tenha sido cessada pelo infrator.

---

[109] GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito ambiental, op., cit., p. 596.

[110] Weida Zancaner na obra já citada afirma que excluída a hipótese do ato praticado por sujeito incompetente em que o administrador tem a opção de convalidar todos os demais casos na há falar em discrição, pois ou a Administração está perante o dever de invalidar, ou perante o dever de convalidar.

A justificativa para a convalidação é o princípio da segurança jurídica e o da legalidade. O objetivo da convalidação, além de restaurar a legalidade é estabilizar a relação jurídica entre a Administração Pública e o administrado.

A convalidação visa evitar a desconstituição dos atos ou relações jurídicas que podem ser albergados pelo sistema normativo se sanados os vícios que os maculam.[111]

Como já apontado, o tema da convalidação em matéria ambiental assume uma feição diferenciada, pois, dependendo da situação fática, nem sempre será útil a convalidação de um auto de infração.

No entanto, quando for constada a possibilidade de convalidação pelo administrador público, em matéria ambiental, não há espaço para liberdade, ou seja, convalidar não é uma mera faculdade do Poder Público e sim um dever, pois o que está em discussão é a efetiva proteção do meio ambiente.

Nesse sentido, Weida Zancaner esclarece

> Por sua vez, a convalidação se propõe obrigatória quando o ato comportá-la, porque o próprio princípio da legalidade – que predica a restauração da ordem jurídica após a convalidação - , entendido finalisticamente, demanda respeito ao capital princípio da segurança jurídica.[112]

Portanto, respondendo à pergunta apresentada nesse subtópico, sempre que possível imperiosa é a convalidação do auto de infração praticado com vício, não havendo opção discricionária da Administração Pública em convalidar.

---

[111] ZANCANER, Weida. Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos, op., cit., p.59.

[112] ZANCANER, Weida. Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos, op., cit., p.100.

5 O CONTROLE JURISDICIONAL E ADMINISTRATIVO DO AUTO DE INFRAÇAO AMBIENTAL

5.1 A atuação da Administração Pública e do Poder Judiciário na temática ambiental

Para o presente estudo, no tocante a atuação da Administração Pública, foi analisada a situação de dois municípios da Grande São Paulo, localizados em área de proteção aos mananciais: São Bernardo do Campo e Santo André.

Conforme será demonstrado, os dois municípios apresentam situações extremamente opostas no tocante à fiscalização ambiental.

Primeiramente será apresentada a situação da cidade de São Bernardo do Campo. Localizada a sudoeste da Região Metropolitana de São Paulo, São Bernardo do Campo é uma das integrantes da região do Grande ABC. Possui um território de 408,45 km², sendo 118,21 km² em zona urbana, 214,42 km² em zona rural, além de ter 75,82 km² pertencentes à represa Billings. O meio ambiente está muito caracterizado em seu território, já que 53,7% de sua área são de proteção aos mananciais. [113]

A Secretaria de Gestão ambiental, do Município de São Bernardo do Campo, tem, dentre outras atribuições, a competência para efetuar a fiscalização ambiental.

No entanto, nessa pesquisa, pode-se constatar que o município de São Bernardo do Campo ainda não expede auto de infração ambiental, ficando tal atribuição a cargo da polícia militar ambiental e da CESTESB – Companhia Ambiental do Estado de São Paulo.[114]

---

[113] In [Internet]: www.saobernardo.sp.gov.br – Acessado em 08/06/2011 às 9h22min.

[114] A informação foi obtida por meio de entrevista pessoal com a Secretária Adjunta da Secretaria de Gestão Ambiental do Município de São Bernardo do Campo engenheira Patrícia Lorenz Vicente.

Sendo assim, a omissão da Administração Pública ambiental municipal é suprida pela atuação do Estado, por meio da CESTESB. Mais adiante será abordada a questão da omissão da Administração Pública e a posição do Poder Judiciário nas questões ambientais.

Para se ter uma idéia da atuação da CETESB, em todo o Estado de São Paulo que possui 645 municípios[115], em matéria de fiscalização ambiental, no ano de 2010 foram realizadas 40.753 inspeções técnicas em fontes poluidoras do meio ambiente e, em decorrência dessa ação, foram lavrados 7.397 autos de advertência e aplicadas 2.061 multas.[116]

No caso da região do grande ABC, a CETESB, emitiu 577 autos de infração no ano de 2010, sendo 197 de imposição de penalidade de advertência para os municípios de São Caetano, Santo André, Rio Grande da Serra, Ribeirão Pires e Mauá e 233 para São Bernardo do Campo e Diadema. No tocante a penalidade de multa foram 92 para os municípios de São Caetano, Santo André, Rio Grande da Serra, Ribeirão Pires e Mauá e 45 para São Bernardo e Diadema.[117]

O problema que se identifica nessa situação é o de que, diante da omissão municipal em cumprir com seu dever de fiscalização ambiental, o Estado acaba, também, por não suprir essa falta do município, pois sua agência ambiental atua em todo o território que é formado por uma área de 248.808,8 quilômetros quadrados. Fica evidente que o resultado disso é uma atuação ineficiente da Administração Pública Ambiental na tutela do meio ambiente.

---

[115] In [Internet]: www.saopaulo.sp.gov.br – Acessado em 08/06/2011 às 15h35min.
[116] In [Internet]: www.cetesb.sp.gov.br – Acessado em 08/06/2011 às 15h35min.
[117] Informação recebida por email pela agência ambiental da CETESB abc1: abc1@cetesbnet.sp.gov.br. Os dados foram fornecidos pela socióloga Maria de Lourdes Pinheiro Simões.

Situação um pouco diferente é a encontrada no município de Santo André, vizinho à São Bernardo do Campo, também localizado em área de proteção aos mananciais.

No caso de Santo André, o Município possui uma Secretaria específica para atuação na área de proteção aos mananciais, denominada Secretaria de Gestão de Recursos Naturais de Paranapiacaba e Parque Andreense.

A Secretaria de Gestão de Recursos Naturais de Paranapiacaba e Parque Andreense foi criada por meio do projeto de lei n.º 9.121, de 31 de março de 2009. A pasta é a responsável pela Administração de 56% do território da cidade e compreende, além da histórica vila ferroviária de Paranapiacaba, a área de proteção e preservação de mananciais da cidade.[118]

Para essa região a Prefeitura desenvolve trabalhos específicos na gestão ambiental, tais como: educação, extensão, licenciamento, fiscalização e controle ambiental, além de atendimento e orientação técnica específica para a população residente nessa área de proteção aos mananciais.

O orçamento destinado para a realização dessas ações soma o montante de R$ 4.316.233,00 (quatro milhões, trezentos e dezesseis mil e duzentos e trinta e três reais).

Todas essas ações são compiladas em um documento denominado Sumário de Dados, disponível a qualquer cidadão na página eletrônica do Município. Os dados disponíveis foram publicados no ano de 2008, tendo como base o período compreendido entre 2006 e 2007.

No tocante as atividades específicas de fiscalização e controle ambiental, essas ações incluem: horas de vôo de helicóptero para fiscalização; operações especiais e vistorias conjuntas, certificado de conclusão de obra, notificação de limpeza pública e de obra irregular, embargo e demolição de obra irregular, multa por infração ambiental e advertência ambiental.

Interessa, para esse estudo, os dados relativos às multas e advertências por infração ambiental. Assim, no período acima descrito, foram aplicadas 204

[118]In [Internet]: www2.santoandre.sp.gov.br/page/19 – Acessado em 10/06/2011 às 9h44min.

multas e 300 advertências ambientais. Já no ano de 2010 foram emitidas 128 multas e 144 advertências ambientais.[119]

Pode-se observar com esses dados que no caso de Santo André, a Administração Pública local, tem atuado, mas para isso, além de implantar uma política ambiental específica para o Município criou uma estrutura razoável para realização das ações de fiscalização ambiental.

Outro ponto importante é o orçamento reservado para gestão dessas atividades. É fato notório que sem reserva de dotação orçamentária para ações voltadas a tutela do meio ambiente não como o Poder Público realizar fiscalização ambiental eficiente.

Ao longo dos anos as ações de educação e extensão ambiental intensificaram-se o que levou à diminuição da aplicação de multas e advertências ambientais.

Esse fato, aliado a previsão orçamentária razoável para aplicação em ações de gestão ambiental, permite ao Poder Público municipal, cumprir o papel determinado no artigo 225 da Constituição Federal.

Apesar desse esforço do município andreense, isso não reflete a realidade dos demais municípios do Estado de São Paulo. A falta de previsão orçamentária específica, aliada a estrutura deficiente e ausência de técnicos especializados em matéria ambiental torna precária a gestão ambiental municipal.

Cumpre ainda consignar que o processo para a cobrança das multas ambientais no âmbito municipal também é lento e como, em sua maioria, os infratores possuem baixa renda, as multas não são pagas, embora inscritas em dívida ativa. Ao final, tem-se a aplicação de um auto de infração ambiental que na prática não é cumprido.

No âmbito federal, a União, por meio da Procuradoria-Geral Federal, órgão da Advocacia-Geral da União, está concentrando esforços na cobrança dos 500 maiores devedores do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos

[119] Essa informação foi obtida junto a entrevista realizada com a Gerente de fiscalização ambiental, bióloga Débora Maria Duarte Stefanelli.

Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Eles respondem por 30% do passivo com o órgão, estimado em aproximadamente R$ 15 bilhões. A maior parte da lista é composta por produtores rurais, multados por desmatamento irregular.[120]

Da análise desses dados, depreende-se que ainda há muito a ser feito, principalmente no âmbito municipal no tocante ao aparelhamento do Poder Público.

No que diz respeito ao Poder Judiciário, o que se pode observar nessa pesquisa é a tendência à discussão de políticas públicas ambientais nas sentenças e a preocupação das Cortes Brasileiras em aprofundar os estudos sobre temas ambientais.

O Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, promoveu um encontro de juízes federais no Superior Tribunal de Justiça para discussão da jurisprudência ambiental.[121]

O presidente da Corte Superior, Ari Pargendler, destacou que o Superior Tribunal de Justiça julga mais litígios sobre temas ambientais do que todas as altas cortes da América Latina somadas.

Trata-se de um dado extremamente relevante, pois, conforme afirmado pelo presidente do Superior Tribunal de Justiça nesse encontro, o juiz é um implementador das normas jurídicas, e não pode ficar ausente diante de um contexto de ameaça à biodiversidade e busca de um desenvolvimento sustentável.

---

[120] In [Internet]: www.agu.gov.br – Acessado em 10/06/2011 às 14h46min: O Ibama responde pela maior parte dos R$ 23 bilhões devidos às 155 autarquias - entre elas as agências reguladoras e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) - e fundações federais. Este ano, os 180 procuradores encarregados pelas ações de cobrança conseguiram arrecadar apenas R$ 206,6 milhões desse montante, que não inclui contribuições previdenciárias. Desse total, R$ 174 milhões devidos ao órgão ambiental. No valor também estão incluídos R$ 8,1 milhões pagos em um programa especial aberto este ano para o parcelamento de taxas e multas devidas a esses órgãos.

[121] No dia 23 de março de 2011 o Conselho Nacional de Justiça promoveu o 1º Encontro Nacional dos Juízes da Fazenda Pública e Federais com Competência Ambiental.

O ministro Herman Benjamin proferiu a palestra inicial do evento, destacando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre direito ambiental.

Dentre os vários temas em discussão mereceu destaque o conceito de função ecológica da propriedade; a ponderação de valores protegidos por uma área de preservação permanente e o direito à habitação; a aplicação da boa-fé objetiva no direito ambiental no sentido de não caber indenização por restrições ambientais que existiam antes da aquisição da propriedade; limitação à responsabilidade do Estado em casos de loteamentos irregulares ou clandestinos, que deve ser subsidiária e o reconhecimento do direito ao silêncio, ao descanso e ao sono, diante da poluição sonora, e ao patrimônio cultural, inclusive quando estabelecido por convenções internacionais.[122]

Como se vê, o Poder Judiciário sempre criticado pela sua morosidade, entretanto, no que se refere ao meio ambiente assume uma posição interessante, de atualização e aprofundamento para uma melhor prestação jurisdicional.

5.2 A extensão do controle administrativo e judicial sobre o auto de infração ambiental

5.2.1 O controle administrativo

O auto de infração ambiental, como todo ato administrativo, está sujeito a controle a ser exercido pelo Poder Judiciário ou pela própria Administração Pública que o expede.

Com efeito, a expedição de um auto de infração ambiental constitui em exercício de função administrativa exercida pela Administração Pública

[122] O ministro Herman Benjamin explicou que a vastidão da jurisprudência do STJ sobre matéria ambiental não decorre da busca dos juízes em interferir nas políticas públicas, mas da lei. “O juiz, no Brasil, não cria obrigações de proteção ao meio ambiente, elas jorram da lei. Não precisamos de juízes ativistas, o ativismo é da lei e da Constituição”, afirmou.

Ambiental.

No exercício dessa função, há a possibilidade de controle da Administração Pública sobre os seus próprios atos o que se denomina autotutela, além do controle a ser exercido pelo Poder Judiciário.

O objetivo de ambos os controles é garantir que a Administração Pública Ambiental aja em conformidade com os princípios estabelecidos na ordem jurídica tais como legalidade, impessoalidade, moralidade, motivação, publicidade, poluidor-pagador, desenvolvimento sustentável, dentre outros.

O controle que a Administração Pública exerce sobre o auto de infração ambiental é ilimitado, uma vez que diz respeito tanto com relação à observância dos requisitos legais para expedição do ato - é o chamado controle de legalidade – quanto ao mérito do auto de infração em si que se refere aos aspectos discricionários do auto, quais sejam, a oportunidade e a conveniência na expedição do mesmo.

Conforme dito anteriormente, essa possibilidade de controle que a Administração Pública Ambiental exerce sobre o auto de infração decorre do seu poder de autotutela, reconhecido pelo Poder Judiciário por meio das Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal e Lei 9.784/1999.[123]

---

[123] A Súmula 346 do Supremo Tribunal Federal assim dispõe: A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos. Acerca da autotutela a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal preconiza: A Administração pode anular sues próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

O artigo 53 da Lei 9.784/1999 ao tratar da autotutela dispõe: A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

5.2.2 O controle jurisdicional

5.2.2.1 A doutrina tradicional e sua evolução

No tocante ao controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos, tradicionalmente, pode ser conceituado como aquele exercido somente sobre os aspectos de legalidade acerca do mesmo. Consoante será visto a seguir a doutrina jurídica mais recente mudou alguns aspectos desse entendimento.

A Constituição Federal, ao estabelecer que nenhuma lesão ou ameaça à direito ficará excluída da apreciação do Poder Judiciário consagra o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, sendo competente para o exercício de tal controle os Tribunais que compõem o Poder Judiciário.

O controle jurisidicional da Administração Pública constitui importante instrumento em defesa da cidadania colocado à disposição dos administrados e nas palavras de Jessé Torres Pereira Júnior

> falar de controles sobre a Administração Pública é falar de cidadania, se se acolher, como própria e devida, a ética humanista, que põe o homem como princípio e fim de todos os esforços e empreendimentos rumo à construção do que o art. 3º, I, de nossa Carta Fundamental denomina de 'sociedade livre, justa e solidária'.[124]

Ao comentar sobre o controle jurisdicional sobre os atos administrativos, Seabra Fagundes expõe que

> A finalidade essencial e característica do controle jurisdicional é a proteção do indivíduo em face da Administração Pública. Esta, como órgão ativo do Estado, tem freqüentes oportunidades de contato com o indivíduo, nas quais lhe pode violar os direitos, por abuso ou erro na aplicação da lei.[125]

---

[124] PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. Controle Judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável. 2ª edição. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2006, p. 16.

[125] FAGUNDES, M. Seabra. O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 113.

O que se perseguirá nesse sentido é verificar a possibilidade da quebra do paradigma trazido pelo Direito Administrativo de que o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos de cunho ambiental circunscreve-se tão somente quanto aos aspectos da legalidade.

Em matéria ambiental, conforme já explanado no presente estudo, a defesa do meio ambiente é um dever do Estado previsto na norma contida no artigo 225 da Constituição, razão pela qual a adoção de medidas administrativas e a implementação de políticas públicas nesse sentido são, por assim dizer, matérias de ordem pública.

Via de conseqüência, não há que se falar em liberdade plena do administrador público ambiental, com base em critérios de conveniência e oportunidade, quando o objetivo é a tutela de um direito fundamental - o meio ambiente.

A proposta que aqui se apresenta é a de analisar o alcance e o papel do Poder Judiciário na tutela do meio ambiente. A indagação que se faz nesse capítulo é aquela acerca de qual o limite da discricionariedade administrativa quando o tema é o meio ambiente? Na tentativa de responder essa questão, ao longo desse capítulo serão trazidas à colação algumas decisões judiciais que servirão de indicativo para saber qual o rumo está tomando a jurisprudência ambiental.

A tutela dos interesses difusos, tais como o meio ambiente, é vista por parte da doutrina com certas reservas jurídicas e políticas. Sob o aspecto jurídico a idéia clássica do trinômio ação-jurisdição-processo há de ser repensada quando o tema é a proteção de direitos metaindividuais, uma vez que essa estrutura atende à solução de litígios intersubjetivos.[126]

---

[126] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos, conceito e legitimação para agir. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 123.

Isto porque, a Constituição de 1988 instaurou a concepção da democracia participativa na gestão da coisa pública, com a possibilidade de participação da coletividade na política ambiental.

Não há dúvidas de que o Poder Judiciário tem como objeto a solução de controvérsias, mas o que se questiona é a possibilidade de adentrar no mérito de políticas públicas ambientais, seja porque a Administração Pública foi omissa ou por atuar de forma equivocada ou desmedida na implementação dessas políticas.

O alerta feito pela doutrina, principalmente administrativista, é o de que em situações como essa há o risco de desequilíbrio na tripartição de poderes com o superdimensionamento do Judiciário.

Acerca dessa situação, Rodolfo Camargo Mancuso afirma

> É dizer, em matéria de tutela aos interesses difusos, é extremamente delicada a posição do Poder Judiciário: se este entende que se trata de assunto a ser primeiro dirimido em sede legal ou administrativa, esses interesses riscam de ficar sem tutela rápida e eficaz; se, ao contrário, outorga a tutela jurisdicional, mesmo que para tal tenha que criar a solução para o caso concreto, dir-se-á que o Judiciário desbordou de suas atribuições e rompeu o equilíbrio frente aos outros Poderes.[127]

De fato, o Poder Judiciário quando tutela o meio ambiente continua exercendo sua atividade jurisdicional, porém de forma diversa da encontrada para a solução de conflitos entre particulares; o que muda (ou deve-se mudar) é a forma e a extensão da prestação jurisdicional.

Como explanado anteriormente, a posição tradicional da doutrina administrativista é aquela no sentido de que ao Poder Judiciário é vedado o controle do mérito do ato administrativo, logo, segundo essa orientação, não pode o juiz penetrar nas esferas de conveniência e oportunidade de um ato que seria de atribuição exclusiva do Executivo, sob pena de violação do princípio da

---

[127] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos, conceito e legitimação para agir, op. cit., p. 125.

separação dos poderes.

Há de se observar que o mérito de um determinado ato administrativo não se confunde com a discricionariedade conferida pela norma. Desse modo, a lei confere liberdade ao agente público para que este exerça da melhor maneira a sua atribuição, até porque é impossível a lei prever todas as situações fáticas. Logo, só se pode falar em mérito quando diante do caso concreto subsiste parcela de competência discricionária. Do contrário, o administrador público ambiental tem competência vinculada.

Tradicionalmente a doutrina ao apresentar os aspectos controláveis de um determinado ato administrativo traça como diretriz a regra de que competência, forma e finalidade são requisitos vinculados ao passo que objeto e motivo seriam discricionários.

Como será no próximo item o argumento utilizado pela doutrina moderna é o de que todos os atos são vinculados ao Direito, entretanto em distintos graus o que resulta diferentes graus de controle ao exercício do controle jurisidicional.

5.2.2.2 A juridicização da discricionariedade administrativa

Um dos temas importantes na análise do controle jurisdicional do auto de infração ambiental é o relativo ao exercício da discricionariedade administrativa, isto porque essa questão é comumente levada para decisão do Poder Judiciário.

Vasco Pereira da Silva ao discorrer sobre a discricionariedade elucida

> A maior capacidade de auto-determinação de que goza a Administração Pública não significa menor responsabilização pelos seus actos mas, pelo contrário, implica um acréscimo de fiscalização jurisdicional. Entendido o poder discricionário como modo de realização do direito, e não enquanto liberdade de escolha extra-jurídica, daqui resulta necessariamente uma

maior amplitude do controlo jurisdicional.[128]

A existência da discricionariedade justifica-se em razão do princípio da eficiência na organização dos serviços públicos prestados pela Administração Pública.

A expressão discricionariedade nos séculos XVI a XVIII expressava a soberania estatal entendida, inclusive como sinônimo de arbitrariedade do poder da Administração Publica.

Com o advento do Estado de Direito essa idéia de discricionariedade entendida como arbitrariedade tornou-se incompatível, uma vez que o seu exercício passou a ser balizado pela lei.

Sendo assim, a discricionariedade passa a ser exercida dentro dos limites da lei e, consequentemente, o controle do Poder Judiciário sobre os atos discricionários estaria restrito aos aspectos de legalidade e não quanto ao mérito.

Nesse caminho da juridicização da discricionariedade administrativa, quatro são as teorias acerca do controle do Poder Judiciário: a dos elementos do ato administrativo, a do controle de parâmetros implícitos na lei, o do desenvolvimento de conceitos jurídicos indeterminados e a da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais.

O enfoque para esse tópico será acerca do desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais.

Isto porque, modernamente, a doutrina entende que não mais se discute a possibilidade de controle jurisdicional dos atos discricionários. Nesse sentido, Gustavo Binenbojm elucida:

---

[128] PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Em busca do acto administrativo perdido. Lisboa : Almedina, 2003, p.89.

> De fato, sendo a margem de discricionariedade um poder jurídico, passou-se a entender que o controle jurisdicional é sempre possível, ainda quanto a atos ditos discricionários, sendo a questão antes de intensidade e critérios da sindicação.[129]

Antes, porém, cumpre conhecer as duas primeiras teorias. A primeira estabelece que o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos discricionários circunscreve-se tão somente aos aspectos da legalidade.

A segunda teoria, deu-se com o desenvolvimento do controle a partir de parâmetros implícitos na lei, sustentando que a discricionariedade deve ser entendida como um dever de atender a finalidade da lei.[130]

Essa idéia foi aprofundou-se com a teoria dos motivos determinantes, segunda a qual a Administração Pública vincula-se ao motivo indicado como fundamento de seu ato. A teoria dos motivos determinantes é admitida no Brasil tanto sob o ponto de vista legal como pela jurisprudência.[131]

O Superior Tribunal de Justiça, nesse sentido, já decidiu que a margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida a Administração Pública, na pratica de ato discricionário não a dispensa do dever de motivação.[132]

Todavia, a atual doutrina e timidamente a jurisprudência, tem passado a admitir a análise do ato discricionário com base em princípios jurídicos, tais como a razoabilidade, proporcionalidade e moralidade.

A idéia hoje desenvolvida pela doutrina é a análise da discricionariedade de acordo com os graus de vinculação do ato, consoante sua densidade

---

[129] BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro:Renovar 2006, p.199.

[130] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Discricionariedade e controle jurisdicional. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p.15.

[131] O artigo 50 da Lei 9.784/1999 determina que a motivação deve ser clara, explícita e congruente.

[132] Mandado de Segurança, nº 9.994/DF, 13.06.2005.

normativa. Os atos passam a ser vinculados por regras, conceitos jurídicos indeterminados e diretamente por princípios.[133]

No tocante aos conceitos jurídicos indeterminados que são aqueles que requerem do intérprete da norma uma valoração, o controle jurisdicional pode ser pleno ou parcial. Na hipótese de incerteza ou penumbra, é parcial, do contrário será pleno.

Como exemplo de como se dá essa interpretação, pode-se citar o conceito de significativa degradação do meio ambiente, para exigibilidade do estudo do impacto ambiental, previsto no artigo 225 da Constituição de 1988, embora se sujeitando a uma apreciação técnica, poderia ser refeita pelo juiz, em substituição aquela produzida pelas autoridades ambientais.

Já com relação ao controle por princípios, a idéia central é de que quando um ato é praticado de forma desproporcional, o Poder Judiciário reconhecerá que essa desproporcionalidade não configura mérito, e por isso, admite-se o seu controle não havendo se falar em ofensa a Separação dos Poderes.

Nesse sentido, Luis Roberto Barroso, ao tratar da constitucionalização do direito, entende possível o controle judicial do ato administrativo, além dos aspectos de legalidade, assim elucidando que

> O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade) e não de seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade, permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a

[133] BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização., op.cit., p. 207-208.

> contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz.[134]

A jurisprudência brasileira já tem se manifestado no sentido de que a discricionariedade atribuída ao Administrador deve ser usada com parcimônia e de acordo com os princípios da moralidade, razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de desvirtuamento.[135]

Ao tratar da tutela de direitos fundamentais - o que inclui o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à saída qualidade de vida – a jurisprudência pátria têm adotado a tese de afirmação dos direitos fundamentais identificados diretamente com o conceito de mínimo existencial, ou seja, reconhecido um direito social do indivíduo, deixa de ser ato discricionário a sua concretização, tornando-se ato vinculado passível de controle pelo Poder Judiciário.

Uma hipótese de aplicação prática dessa teoria seria a saúde que é um direito de todos e dever do Estado, por via de conseqüência não se configura poder discricionário realizar o artigo 196 da Constituição Federal de 1988, pelo contrário trata-se de prestação de natureza vinculada.

Apenas à título exemplificativo de como é possível o Judiciário exercer controle além dos aspectos legais do ato, há de se trazer à colação julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, envolvendo o interesse difuso de assistência social à população de rua.[136]

A discussão do julgado gira em torno da possibilidade de ingerência do Poder Judiciário sobre a gestão de recursos destinados ao bem estar social.

No arresto em comento, a conclusão é a de que em se tratando de atendimento social, com previsão na Constituição Federal de 1988, a

---

[134] BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 376.

[135] Recurso Especial nº 79.761 – DF

[136] Apelação Cível 61.146-5/0 - SP

determinação para implementação de políticas públicas nesse sentido, não caracteriza ingerência no Poder Executivo.

Dessa forma, o julgado consigna que ao se pleitear tratamento digno a determinados cidadãos se está pleiteando tratamento digno a todo e qualquer cidadão, além de se estar pleiteando em favor do indiscutível direito do cidadão ao bom governo, também insculpido em norma constitucional.

Mais adiante em sua decisão o Judiciário afirma que na hipótese concreta nada mais foi feito do que " dizer o Direito", função precípua daquele poder e mais, existindo norma constitucional determinando que seja prestado o atendimento social não há que se falar em opção da Administração, pois a liberdade do administrador cessa ante o texto expresso da lei.

Utilizando essa orientação jurisprudencial como guia, pode-se afirmar que em matéria ambiental a situação em nada se difere. Os mandamentos constitucionais previstos no artigo 225 não ensejam opção ao Administrador Público Ambiente. Afinal, o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado é norma de aplicação imediata.[137]

Nesse sentido, Álvaro Luiz Valery Mirra preconiza

> Não há que se falar, portanto, em ingerência indevida do Poder Judiciário na esfera de competência do Poder Executivo. Comprometedora do princípio da separação dos Poderes, quando condena a Administração Pública ao cumprimento de obrigações de fazer consistente no tratamento de esgotos e do lixo urbano, na implementação de área natural protegida já criada e na adoção de

[137] Apelação Cível 27682-DF 1998.34.00.027682-0. Nesse sentido, assim se manifestou o Tribunal: A Constituição brasileira, no artigo 5º, § 1º, ao dispor que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, levanta a questão de como conciliar normas sem eficácia imediata com a regra de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Quando a norma do direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe assegurem aplicabilidade, nos casos em que a aplicação do direito pelo juiz importar infringência à competência reservada ao legislador, ou ainda quando a Constituição expressamente remeter a concretização do direito ao legislador, estabelecendo que o direito apenas será exercido na forma prevista em lei - o princípio do § 1º do art. 5º da CF haverá de ceder. O artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal é uma norma-princípio, estabelecendo um mandato de otimização, uma determinação para que se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.

> medidas para a conservação e a restauração do patrimônio cultural, pois em verdade, quem age em iniciativas dessa natureza, é a sociedade organizada e o juiz, ao ser provocado, exerce sua atribuição precípua e específica de aplicar a lei aos casos concretos.[138]

É preciso entender, que em situações como essa, o Poder Judiciário não está a criar uma política pública, mas tão somente compelir o administrador público ambiental a implementar o que está previsto no texto constitucional, o que de certo modo influi nas diretrizes políticas do Estado, porém longe disso dizer que houve rompimento na separação dos Poderes.

Na verdade, o que se propõe é uma nova visão sobre o conceito de discricionariedade no sentido de que o magistrado ao decidir o faça da melhor forma o que deve ser buscado junto aos princípios e valores que permeiam o ordenamento jurídico.[139]

Isso implica dizer que a Administração Pública está duplamente vinculada: à Lei e ao Direito. Disso resulta que os graus de vinculação à juridicidade variam de acordo com a estrutura das normas jurídicas aplicáveis.

O conceito de legalidade, tão ligado a idéia do controle de atos discricionários e vinculados, não se limita mais a mera atuação administrativa, antes corresponde à subordinação ao Direito, na sua globalidade, daí a razão pela defesa do controle jurisdicional por princípios quando o assunto é a matéria ambiental.[140]

---

[138] MIRRA, Álvaro Luiz Valery. O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, n.15, p. 80.

[139] VIERA, Oscar Vilhena. Discricionariedade judicial e direitos fundamentais. In [Internet]: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/oscar_vilhena/ - Acessado em 29/04/2011 às 19h35 min.

[140] PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Verde cor de direito:lições de direito do ambiente. Lisboa:Almedina, 2002, p.77.

5.2.2.3 O controle das omissões da Administração Pública Ambiental

Outro aspecto objeto de controle e que possui relevância para o estudo do auto de infração ambiental é o caso das omissões da Administração Pública.

Álvaro Luiz Valery Mirra ao tratar do tema preconiza que

> Na prática forense, como se sabe, não são raros os julgados que tem entendido que a adoção de medidas administrativas de preservação de bens e recursos ambientais e de medidas tendentes a implementar políticas ambientais é tarefa privativa do administrador público, a quem competiria, com exclusividade, apreciar a oportunidade e a conveniência de determinadas escolhas, de natureza eminentemente política e técnica, e o momento adequado para fazer essas escolhas, sobretudo diante da realidade administrativa e financeira própria de cada ente federado, de cada esfera de governo, em determinado momento. Consequentemente, segundo essa visão tradicional, ao Poder Judiciário estaria proibida a interferência nessas opções inerentes ao poder de Administração, sob pena de invadir competência própria do Poder Executivo e violar o princípio constitucional ou garantia institucional – da separação dos poderes.[141]

Sobre esse assunto o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou de forma interessante, diante de uma omissão da Administração Pública em um caso envolvendo obras de recuperação do meio ambiente.[142]

Na oportunidade, a relatora, Ministra Eliana Calmon em face da omissão da Administração Pública em realizar obras de recuperação do meio ambiente, concedeu uma tutela especifica para a sua realização.

O voto em comento questiona se pode o Poder Judiciário, diante da omissão do Executivo interferir nos critérios de conveniência e oportunidade da

---

[141] MIRRA, Álvaro Luiz Valery.Proteção do Meio Ambiente: a omissão do Poder Público e o papel social do Poder Judiciário no controle da Administração Pública. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, n.30, p. 36.

[142] Recurso Especial nº 429.579 – GO

Administração para dispor sobre a prioridade da realização de obra pública voltada para a reparação do meio ambiente, impondo-lhe a imediata obrigação de fazer.

A posição adotada foi no sentido de que provada a erosão que causa dano ao meio ambiente e põe em risco a população, exige-se do Poder Público uma posição no sentido de fazer cessar as causas do dano e também de recuperar o que já foi deteriorado.

O interessante dessa manifestação é que a Ministra deixou consignado que a idéia de que o controle sobre os atos da Administração Publica deve ser feito em sua acepção mais ampla, incluindo o político e a opinião publica.

Outro ponto relevante da decisão foi a ordem para que a Administração Pública providenciasse de imediato as obras necessárias a recomposição do meio ambiente, reduzindo a zero a opção do administrador.

Como se vê, em matéria ambiental, amadurece a tese do controle das omissões da Administração Publica, possibilitando ao Poder Judiciário a determinação da implantação pelo Poder Público da política publica necessária diante do caso concreto.

5.3 A colisão de direitos fundamentais e a atuação do Poder Judiciário

Assunto de extrema relevância no direito é o que envolve o debate acerca da colisão de direitos fundamentais na temática do auto de infração ambiental.

A razão da inserção desse assunto no estudo reside no fato de ao longo da análise das decisões judiciais evidenciou-se a aparição dessa temática às vezes como matéria principal e em outras oportunidades como pano de fundo.

Como já visto, no tópico referente à validade do auto de infração ambiental e a jurisprudência, existem situações em que direitos fundamentais

são colocados em conflito, tais como a legalidade e o meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida. Para esse item será trazida a discussão acerca das decisões judiciais, envolvendo a construção da usina hidrelétrica de Belo Monte.[143]

Na hipótese da usina hidrelétrica de Belo Monte conflita a necessidade de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e a garantia de uma sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações com a valorização da ordem econômica e a prestação do serviço de distribuição de energia elétrica para a comunidade. Como é que isso se resolve, tendo em vista os autos de infração levados à discussão no Judiciário?

Dentre os princípios de interpretação constitucional, merece destaque o princípio da concordância prática ou harmonização que nas palavras de Canotilho

> o campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a idéia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.[144]

Assim, como existe unidade na Constituição Federal e inexiste hierarquia entre princípios constitucionais, busca-se com o princípio da concordância uma harmonização entre os princípios a fim de evitar o sacrifício de um em relação ao outro.

No caso em análise, o argumento do Poder Executivo a favor da necessidade de geração de energia na região norte do país, para

---

[143] Existem 10 ações civis públicas tramitando na Justiça Federal do Pará. Para o presente estudo foram analisadas todas essas decisões, porém neste tópico a ação judicial trazida à baila é a de número 968-19.2011.4.01.3900, ainda sem decisão.

[144] Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, op., cit.,p. 228.

desenvolvimento da economia e população ali residente é plenamente justificável. No entanto, o que se questiona é a opção feita pelo Poder Público para geração dessa energia.

As perguntas a serem feitas são as seguintes: o modelo energético – hidrelétrica – é o mais adequado e eficaz para o país? Ao fazer essa escolha o administrador público atuou em observância aos princípios constitucionais do artigo 37? O Judiciário pode emitir uma decisão sobre a política pública adotada pelo Executivo?

O embate trazido à baila é novamente o referente à discricionariedade administrativa que, nos casos de decisão judicial, envolvendo direitos metaindividuais deve ser entendida de maneira diferenciada.

A esse respeito Norma Sueli Padilha preconiza que

> A problematicidade da decisão judicial em casos de confronto de direitos metaindividuais, tais como o direito fundamental de preservação ambiental, é de tal forma complexa, que supera, em muito, as dificuldades postas a todo julgador diante de confrontos de direitos individuais, ante os quais já não se pode prescindir do domínio dos problemas de interpretação.[145]

O julgador nos casos difíceis como o aqui tratado para emitir sua decisão não utilizará do mecanismo da simples subsunção da norma ao caso em concreto, devendo atuar com certa margem discricionariedade.

Ao comentar sobre o controle jurisdicional dos atos praticados à título de descrição pelo administrador público, Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que

> Para ter-se como liso o ato não basta que o agente alegue que operou no exercício de discrição, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe abria. O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ele desenvolvida, verificar, em exame de *razoabilidade* se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades *em abstrato* abertas

[145] PADILHA, Norma Sueli. Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p.56

> pela lei, revelou-se, *in concreto*, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada. Em conseqüência desta avaliação, o Judiciário poderá concluir, em despeito de estar em pauta providência tomada com apoio em regra outorgada de discrição, que, naquele caso específico submetido a seu crivo, à toda evidência a providência tomada era incabível, dadas as circunstâncias presentes e a finalidade que animava a lei invocada. Ou seja, o mero fato de a Le, *em tese,* comportar o comportamento profligado em juízo não seria bastante para assegurar-lhe legitimidade e imunizá-lo da censura judicial.[146]

É exatamente esse o posicionamento que deve se pautar o Judiciário em casos de extrema complexidade como é o da construção da usina de Belo Monte.

No caso de Belo Monte e em outros casos difíceis há de se entender como possível na decisão judicial a discussão das políticas públicas ambientais não implantadas pelo Poder Executivo. O controle dessas omissões leva o julgador a exercer certa parcela de discricionariedade.

Importante ressalvar que isso não implica em substituição da discricionariedade administrativa pela judicial, o que se quer dizer é que existe a possibilidade de discussão de políticas públicas nas decisões judiciais.

Sendo assim, no caso da hidrelétrica de Belo Monte para geração de energia, não seria mais adequado a energia eólica já que o Brasil é um país continental com potencial nesse sentido?

Como se vê, embora essa decisão esteja dentro da discricionariedade administrativa é possível afirmar que não atendeu ao princípio da eficiência previsto no artigo 37 caput da Constituição Federal, razão pela qual é possível esse tipo de questionamento ser levado à discussão judicial, pautando-se na falta de razoabilidade do Poder Público.

No caso de Belo Monte, as decisões judiciais caminham nesse sentido, tanto é que a liminar da última ação civil pública ao analisar o *periculum in mora* para a suspensão das obras fez menção expressa ao fato de que o início

---

[146] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo, op., cit., p. 954.

das obras afetarão não só o meio ambiente, dada a supressão de vegetação, mas também populações inteiras, as quais poderão, por tempo indeterminado, restar privadas de serviços essenciais básicos.[147]

Verifica-se na decisão em comento a opção pela prevalência do direito fundamental a um meio ambiente ecologicamnte equilibrado e sadio à qualidade de vida das populações diretamente afetadas.

Nesse passo, vale trazer à baila comentário do então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, em discurso proferido no Encontro Interestadual do Ministério Público e da Magistratura para o Meio Ambiente, realizado em Araxá, em abril de 2002.

No referido Encontro o Ministro ao comentar uma determinada ação direta de inconstitucionalidade de uma lei estadual do Paraná sobre normas de fiscalização e controle do uso de agrotóxicos assim se manifestou:

> Mas, pela primeira vez, então se pôs o que seria freqüente em várias outras ações diretas, sobre leis ambientais, que é a colisão inevitável entre os reclames de interesses empresariais prejudicados pela vigência, pela eficácia, da Lei ambiental e o valor constitucional da proteção do meio ambiente. E desde então se resolveu que, em tais casos, na medida mesmo em que o dano ao meio ambiente é com grande freqüência um dano por natureza, por definição, irreversível, a opção há de ser em favor, essa opção provisória do julgamento da medida cautelar há de inclinar-se a favor da proteção do meio ambiente, ainda que com a eventualidade de gerar prejuízos, reparáveis pelas vias adequadas, de interesses privados.[148]

A proposição delineada na doutrina para o controle a ser exercido pelo Poder Judiciário com base em determinados parâmetros. Dessa maneira, o controle judicial será realizado de acordo com uma ordem de prioridades que, segundo Gustavo Binenbojm seria a seguinte:

> 1º) o juiz deverá dar preferência à proteção do sistemas de direitos fundamentais, como uma das expressões de sua

[147] In [Internet]: http://www.prpa.mpf.gov.br – Acessado em 28/04/2011 às 12h42 min.

[148] Soares, Júnior, Jarbas; Galvão Fernando. Direito ambiental na visão da magistratura e do Ministério Público. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 585.

> posição de centralidade no ordenamento jurídico brasileiro (controle mais severo);
> 2º) o juiz deverá dar preferência ao grau de objetividade do relato normativo (controle tanto mais brando quanto menor o grau) aplicável ao caso;
> 3º) o juiz deverá dar preferência tanto à legitimidade de investidura da autoridade, em relação as matérias políticas (controle mais brando), como à especialização técnico-funcional da autoridade, em relação às matérias que demandem *expertise* e experiência (controle mais brando), conforme o caso;
> 4 º) o juiz deverá considerar, ainda, o grau de participação social no processo de tomada da decisão, como fator a ensejar um controle mais brando.[149]

Essas novas diretrizes estabelecidas para o julgador favorecem a conciliação entre o princípio da separação dos poderes e o controle judicial do auto de infração que estará afeto ao Direito em sua globalidade o que inclui, princípios, segurança jurídica e direitos fundamentais.

Com isso, nenhum núcleo de poder fica isento do controle do cidadão pela via jurisdicional. Nesse sentido Paulo Magalhães da Costa Coelho elucida

> O controle jurisdicional-constitucional da administração pública no Estado Social de Direito não pode ser simplesmente uma investigação do cumprimento de formalidades extrínsecas da lei, senão, e principalmente, um controle substancial da não-violação e da implantação, pela administração, dos grandes vetores constitucionais.[150]

No caso da Usina de Belo Monte, as decisões do Poder Judiciário, levaram em conta em três desses parâmetros, quais sejam, o grau de restrição imposto a direitos fundamentais, o de tecnicidade da matéria e o de participação social.

Ademais, ainda que se discorde da interpretação diferenciada para casos que envolvam direitos metaindividuais, vedando a possibilidade do controle judicial, é relevante levar em consideração o fato de que a política pública ambiental é definida na lei, logo, em havendo omissão ou afronta às diretrizes estabelecidas na legislação, comete-se ilegalidade passível de

---

[149] BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização., op.cit., p.238

[150] COELHO, Paulo Magalhães da Costa. Controle jurisdicional da administração publica. São Paulo:Saraiva, 2002, p. 212.

controle pelo Poder Judiciário, conforme a já consolidada súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.[151]

O Judiciário em casos difíceis como o aqui analisado deve atuar com valoração e razoabilidade para justificar a sua decisão, não bastando a aplicação da máxima interpretativa da subsunção da norma ao caso concreto.

Depreende-se, pois, a necessidade de conciliação entre a ordem econômica, também prevista constitucionalmente, com a defesa e preservação do meio ambiente o que se dá por meio da juridicidade constitucional ambiental que tem como foco a proposta de um desenvolvimento sustentável.[152]

O conceito clássico de que objeto e motivo são elementos discricionários não sujeitos a controle não deve mais prevalecer, tendo em vista que o sistema vinculação-discricionariedade foi substituído por um esquema multifatorial que compõem um quadro de diferentes graus de vinculação da Administração Publica.

O estabelecimento desses novos parâmetros para o controle jurídico-funcional do Poder Judiciário possibilita que todos os aspectos do auto de infração ambiental são controláveis, tanto atributos como requisitos.

---

[151] A Súmula 473 do STF assim dispõe: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

[152] PADILHA, Norma Sueli. Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.159.

6 CONCLUSÕES

1. A Constituição traz na norma contida em seu artigo 225 instrumentos para a proteção e controle do meio ambiente. Dentre eles o licenciamento e a fiscalização ambiental, exercida, por meio do poder de polícia que se instrumentaliza pelo auto de infração ambiental.

2. O bem objeto de tutela pelo texto constitucional é o bem ambiental (macro e microbem) assim definido como o de uso comum, podendo ser público ou privado, porém sobre o qual paira um interesse difuso o que alcança toda a coletividade. O auto de infração ambiental na prática trata da proteção tanto do macro quanto do microbem ambiental.

3. Uma das maneiras da multidisciplinariedade do Direito Ambiental se manifestar é por meio da aplicação dos princípios. A tutela do meio ambiente reveste-se de natureza pública daí o motivo da aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como um dos vetores interpretativos para o estudo do auto de infração ambiental.

.

4. A Administração Pública no exercício de atividades potencialmente poluidoras também está sujeita ao exercício do Poder de Polícia Ambiental, tendo em vista a aplicação do princípio da impessoalidade que deve reger as relações entre as entidades administrativas.

5. O exercício do poder de polícia ambiental é um instrumento de controle da Administração sobre seus próprios atos, haja vista que a proteção ambiental é direito fundamental, assegurado pelo artigo 225 da Constituição, não havendo ilegalidade na autuação entre os entes da federação em sede de aplicação de auto de infração ambiental.

6. O poder de polícia ambiental pode ser definido como aquele exercido pela Administração Pública para condicionar os bens e atividades particulares e

do próprio Estado, com vistas a defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

7. O auto de infração ambiental pode ser definido como o ato administrativo, expedido sob regime jurídico de direito público, de espécie punitiva, apto a veicular as infrações administrativas ambientais definidas na Lei.

8. Os atributos ou características do auto de infração ambiental no ordenamento jurídico brasileiro são: presunção de legitimidade, imperatividade, autoexecutoriedade, estabilidade e a impugnabilidade.

9. A análise estrutural do auto de infração ambiental deve ser feita de acordo com os seguintes elementos: competência, objeto, forma, finalidade e motivo.

10. É possível, em matéria ambiental, para fins de proteção ao meio ambiente e aplicação das penalidades definidas na lei, a delegação de competência por meio de portarias e convênios.

11. A Administração Pública Ambiental deve criar condições técnicas adequadas para que os seus agentes sejam, devidamente capacitados, a fim de que possam atuar de forma mais eficiente no exercício da fiscalização ambiental.

12. Em material ambiental, a convalidação de atos praticados com vício não se configura faculdade do Poder Público, pelo contrário é um dever, pois o objeto em discussão é a proteção ao meio ambiente.

13. Para que o município exerça uma fiscalização ambiental satisfatória há a necessidade da conjugação de três fatores: previsão orçamentária destinada a ações de gestão ambiental; implantação de política ambiental específica para o município e criação de estrutura, com pessoal especializado

para as ações de fiscalização ambiental.

14. A Administração Pública Federal tem envidado esforças para executar as cobranças, inscritas em dívida ativa, oriundas de multas ambientais aos devedores do IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis.

15. As Cortes Superiores Judiciais Brasileiras tem começado a adotar o controle jurisdicional por princípios em matéria ambiental. É possível o controle jurisdicional ser exercido além dos limites da legalidade, por meio de adoção de critérios de razoabilidade na prolação da decisão judicial o que não está a ferir a Separação dos Poderes.

16. A discricionariedade em matéria ambiental deve ser entendida como margem de liberdade dentro do Direito e em conseqüência disso amplia a possibilidade de controle jurisdicional o que inclui o sistema de princípios.

17. Quatro são os parâmetros que podem ser utilizados pelo Poder Judiciário no controle sobre o auto de infração ambiental: proteção dos direitos fundamentais, grau de objetividade da norma, tecnicidade da matéria e efetiva participação social.

18. O Poder Judiciário Brasileiro na busca de uma melhor prestação jurisdicional no que se refere à matéria ambiental tem promovido seminários para capacitação dos juízes o que demonstra a preocupação com o tema.

19. Não há liberdade plena para o Administrador Público ambiental quando o objetivo é a tutela do meio ambiente, pois este é um direito fundamental, assegurado pela Constituição.

20. O Poder Judiciário ao decidir acerca de políticas públicas ambientais está na verdade a compelir a Administração Pública a cumprir o que está determinado na Constituição Federal.

21. O Judiciário em casos difíceis deve atuar com valoração e razoabilidade para justificar a sua decisão, não bastando a aplicação da máxima interpretativa da subsunção da norma ao caso concreto.

22. A tutela de direitos metaindividuais deve ser interpretada de modo diferenciado, possibilitando assim um grau mais intenso de controle jurisdicional.

23. Existe a possibilidade de controle judicial nas hipóteses de omissão da Administração Publica ambiental, pois neste caso há afronta ao texto constitucional o que permite o Judiciário atuar.

24. O estabelecimento de novos parâmetros para o controle jurídico-funcional do Poder Judiciário possibilita um controle amplo sobre os aspectos do auto de infração ambiental.

25. A nova dimensão do controle jurisdicional sobre os atos administrativos repercute no auto de infração ambiental, tornando vinculado todos os seus elementos.

7 BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Validade e invalidade do ato administrativo. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, 2007.

ANTUNES, Paulo Bessa. Dano ambiental: uma abordagem conceitual. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

_____, Direito Ambiental. 12ª edição. Rio de Janeiro: Lumem Juris, ano 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo. 26ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____, Discricionariedade e controle jurisdicional. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição**.** São Paulo: Saraiva, 1996.

_____.Revista Forense n.º 317, p. 170.

_____.Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

BENATTI, José Heder. O meio ambiente e os bens ambientais. In: RIOS, Aurélio Virgílio Veiga, IRIGARAY, Teodoro Hugueney (orgs.). O direito e o desenvolvimento sustentável: Curso de Direito Ambiental. Brasília: Peirópolis, 2005.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconvelos. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, LEITE, José Rubens Morato (orgs.). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. Função Ambiental. In: Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão. Org. Antonio Herman Vasconcelos Benjamim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro:Renovar 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional**.** 11ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CANOTILHO, J.J.Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 19 ª edição. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2008.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. Controle jurisdicional da administração publica. São Paulo:Saraiva, 2002.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. A competência para multar na nova lei ambiental. Revista de Direito Ambiental, São Paulo: ano: 3, nº 11, p.7/14, jul./set. 1998.

DAWALIBI, Marcelo. Poder de polícia em matéria ambiental. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, n.14.

DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

DROMI, Roberto. El acto administrativo. 3ª edição. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina. 1997.

FAGUNDES, M. Seabra. O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro.4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

FREITAS, Vladimir Passos de. Direito administrativo e meio ambiente. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. A constituição federal e a efetividade das normas ambientais. 3ªedição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito ambiental. São Paulo: Atlas, 2009.

HORTA, Raul Machado. O meio ambiente na legislação ordinária e no direito constitucional brasileiro. Revista brasileira de estudos políticos, n.80. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1995, p. 21-42.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 4ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LAZZARINI, Álvaro. Proteção do meio ambiente pela polícia militar. Brasília: Revista de informação Legislativa, a.29, n. 116, p.153-162.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 11ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos, conceito e legitimação para agir. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 26ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MILARÉ. Edis. Direito do ambiente: doutrina, prática jurisprudência, glossário. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, n.15.

_____Proteção do meio ambiente: a omissão do poder público e o papel social do poder judiciário no controle da Administração pública. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, n.30.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo . Curso de direito administrativo. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MUKAI, Toshio. Direito ambiental sistematizado. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de; GUIMARÃES, Romero Flávio. Direito, meio ambiente e cidadania: uma abordagem interdisciplinar. São Paulo: Madras, 2004.

PADILHA, Norma Sueli. Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

_____ Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Em busca do acto administrativo perdido. Lisboa: Almedina, 2003.

_____Verde cor de direito: lições de direito do ambiente. Lisboa: Almedina, 2002.

PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. Controle Judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável. 2ª edição. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2006.

PRIEUR, Michel. Droit de l'environnement. Paris: Dalloz, 1984.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROTA, Rosa. Gli interessi diffusi nell'Azione della pubblica amministrazione. Milano: Dott.A.Giuffrè Editore, 1998.

SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 8ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. Curso de direito constitucional positivo. 10ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SILVA, Paulo Regis Rosa. Repartição constitucional de competências em matéria ambiental. Revista do Ministério Público, n. 27. p. 198. Porto Alegre: Nova Fase, 1992.

SILVIA-SÁNCHEZ, Solange S. Cidadania ambiental: novos direitos no Brasil. São Paulo: Humanitas/FFLCH/USP, 2000.

SOARES, JÚNIOR, JARBAS; Galvão Fernando. Direito ambiental na visão da magistratura e do Ministério Público. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal 1. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

VIERA, Oscar Vilhena. Discricionariedade judicial e direitos fundamentais.http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/oscar vilhena/ - Acessado em 29 de abril de 2011 às 19h35 min.

ZANCANER, Weida. Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos. 2ª edição. São Paulo:Malheiros, 1993.

Declaração do Meio Ambiente de Estocolmo de 1972. In [Internet] http://www.mma.gov.br. – Acessado em 26/05/2011 às 11h45min.

In [Internet]: www.semasa.gov.br – Acessado em 21/01/2011 às 11h50min.
In [Internet]: http://www.mma.gov.br - Acessado em 26/05/2011 às 13h
In [Internet]: http://www.planejamento.gov.br - Acessado em 27/04/2011 às 22h30 min.
In [Internet]:: http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp - Acessado em: 05/04/2011às 15h15 min.

In [Internet]: www.saobernardo.sp.gov.br - Acessado em 08/06/2011 às 9h22min.

In [Internet]: www.saopaulo.sp.gov.br - Acessado no dia 08/06/2011 às 15h35min.

In [Internet]: www.cetesb.sp.gov.br - Acessado no dia 08/06/2011 às 15h35min.

1In [Internet]: www2.santoandre.sp.gov.br/page/19 - Acessado em 10/06/2011 às 9h44min.

In [Internet]: www.agu.gov.br - Acessado em 10/06/2011, às 14h46min.

In [Internet]: http://www.prpa.mpf.gov.br – Acessado em 28/04/2011 às 12h42 min.