

Redução da Discricionariedade Administrativa por meio de Previsibilidade Técnica

Sérgio Guerra¹

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

No âmbito desta procedimentalização da concretização das políticas públicas estatais, a *previsibilidade técnica*, como parâmetro mitigador dos riscos do arbítrio, é importante remédio contra as decisões casuísticas. A complexificação crescente da atividade administrativa contemporânea implica a consideração da escolha administrativa como instrumento funcionalmente ligado à criação de clareza e previsibilidade relativamente ao desenvolvido futuro das relações jurídicas administrativas.²

O relacionamento entre a Administração e o cidadão deixou de ser esporádico e instantâneo,³ surgindo espaços para relações duradouras e continuadas. Isto é,

¹ Mestre e Doutor em Direito. Professor de Direito Administrativo dos Cursos de Graduação e de Mestrado da Escola de Direito do Rio de Janeiro – Fundação Getúlio Vargas.

² SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 461.

³ *Ibidem*, p. 99.

“a decisão deve ser prospectivamente responsável, levantando e estimulando, para esse efeito, as *consequências previsíveis*”,⁴ de modo que a mesma seja ponderada “tanto quanto a seu valor intrínseco quanto a seu valor posicional no contexto da questão a ser solucionada”.⁵

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

Alguns cenários em que a previsibilidade técnica vincula a escolha administrativa são apresentados por Paulo Otero. O conteúdo vinculante é determinado por meio do recurso a ciências exatas ou não, dotadas de origem empírica e que expressam o fruto de uma avaliação do tipo científica visando a determinados fins. Segundo o autor,⁶ pode ocorrer: (i) nos casos em que o administrador público acolha regras técnicas e científicas, autovinculando a futura atividade de seus órgãos; (ii) nas hipóteses em que as escolhas administrativas só possam ser feitas na sequência de estudos técnicos e científicos que conduzam a resultados tendencialmente unívocos e que, portanto, não comportam valorações; (iii) na integração de conceitos jurídicos indeterminados que comportem a formulação de juízos de natureza ou conteúdo científico, e que, portanto, só podem ser concretizados por meio de critérios extraídos de tais ciências e (iv) no conjunto de operações materiais que, desenvolvidas no contexto das escolhas administrativas, traduzam o exercício de uma atividade profissional que obedece, em si e por si, a normas técnicas e científicas específicas.

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

Em 18 de julho de 2000, com a edição da Lei nº 9.985 que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, e regulamentou o art. 225, § 1º, I, II, III e VII, da CF, a adoção de medidas compensatórias ambientais passou a ser fator condicionante para o licenciamento de todo empreendimento causador de *significativo impacto ambiental*, assim considerado pelo órgão competente. Ademais disso, a Lei nº 9.985/00, além de ter abrangido o leque de atividades sujeitas às medidas compensatórias, também ampliou a destinação dos recursos, possibilitando ou obrigando o empreendedor a apoiar a implantação e manutenção de Unidade de Conservação do Grupo de Proteção Integral.

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 102.

⁵ *Ibidem*.

⁶ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 764.

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

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

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

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

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

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

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

A decisão também seguiu na linha sustentada pelo Ministro Marco Aurélio de que o Administrador Público não pode ter um “passaporte para o absoluto”, uma discricionariedade insindicável e incontrolável. Assim, o *quantum* da com-

pensação passou a vincular-se ao *grau de impacto do empreendimento* (e não mais aos custos) apurado de acordo com o Estudo de Impacto Ambiental e seu relatório (RIMA), com possibilidade de amplo debate, permitindo transparência e *previsibilidade técnica*.

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

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

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

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