



A POLÊMICA DA INDETERMINAÇÃO DE CONCEITOS NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ECOLÓGICO

*Luana Alves Gonçalves Pavan**

*João Luís Nogueira Matias***

Resumo

A dicotomia presente entre os Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Discricionariedade eventualmente conferida pelo legislador é tema que ainda divide os estudiosos da Ciência do Direito. Percebe-se uma forte divergência doutrinária quanto à atribuição ou não de certa margem de liberdade ao Poder Executivo quando da aplicação de conceitos vagos, o que demandaria maior atividade intelectual do administrador diante do caso concreto. No âmbito do Direito Ambiental, deve-se analisar com pormenor esta dualidade, sobremaneira se tendo em vista o bem jurídico tutelado, o meio ambiente, que se encontra, em inúmeras situações, vulnerável à ocorrência de danos irreversíveis.

Palavras-chave

Indeterminação no direito. Discricionariedade. Direito Ambiental.

Abstract

The dichotomy between indeterminate juridical concepts and any judicial discretion conferred by legislature is theme that still divides researchers of the Science of Law. It also indicates a strong doctrinal disagreement about the assignment or not a certain degree of freedom to the Executive, when there's the application of vague concepts. Certainly, this would require greater intellectual activity administrator before the case. Under the Environmental Law, we should analyze in detail this duality, exceedingly well considering the legal guardianship, the Environment, that is, in many situations, sensitive to the occurrence of irreversible damage.

Keywords

Indeterminacy in the Law. Discretion. Environmental Law.

* Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC/UFC.

** Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará – UFC. Juiz Federal da Seção Judiciária do Ceará. Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2000), Doutor em Direito público pela Universidade Federal de Pernambuco (2003) e Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo - USP (2009).

1. INTRODUÇÃO: O DIREITO E A LINGUAGEM: A BUSCA DO CONTEÚDO NORMATIVO

Quando se almeja pesquisar e entender o direito, percebe-se que o mesmo não é objeto bruto, empírico, sobre o qual se debruça, disseca e, por fim, aponta-se uma conclusão geral para toda a humanidade. O direito tem predicados distintos, dos quais emergem normas, instituições e práticas jurídicas que assinalam suas qualidades, entre as quais a expressão por meio da linguagem, veiculada em diversas formas de signos lingüísticos (fala, escrita, sinais gráficos etc.).

Assim como a linguagem, o direito possui um plano de existência virtual, como um sistema constituído pela sociedade, a pairar sobre esta, e ainda um plano de existência empírico, posto que depende do uso e da aplicação dos discursos pelos sujeitos.

O direito encontra sua forma de realização imediata no discurso, pois se explica por existir apenas como uma prática, que segue prévias e determinadas regras.

O discurso do direito reúne características objetivas aceitas pela maioria dos sujeitos, e que se identificam com toda a comunidade. É sobre estes itens em comum que o discurso jurídico funda sua realidade social, haja vista que adota e disciplina os institutos ou ações reais da sociedade, a exemplo da sucessão, responsabilidade civil, o cárcere, o dano ambiental, entre inúmeros outros.

Certo é que as normas jurídicas, produtos do processo de interpretação, não existem fora da linguagem, pois só se realizam por algum de seus meios de expressão. Ao aplicador do direito impõe-se buscar o conteúdo normativo que decorre da linguagem. A técnica legislativa contemporânea, típica de uma sociedade multifacetada, faz uso de conceitos indeterminados, que demandam processos mais complexos.

2. OS CONCEITOS IMPRECISOS E A DISCRICIONARIEDADE

O estudo sobre conceitos jurídicos indeterminados ou fluidos é indissociável de sua perspectiva empírica, qual seja, o ato administrativo considerado em si mesmo, como o instrumento mais imediato de concretização dos mandamentos legais. Sobre este tema, não seria absurdo tecer comentários sobre a (possível) atribuição de discricionariedade à atividade do administrador.

Sabe-se, desde as preliminares lições sobre o “direito de executar” que, por diversas vezes, o legislador reconhece uma “margem de liberdade” ao administrador no cumprimento das disposições legais, admitindo, assim, a discricionariedade administrativa.

A lei revela discricionariedade no ato administrativo ao circunscrever casos em que se omite de delimitar, objetivamente, a situação de fato, corriqueiramente recorrendo à utilização de expressões eivadas de conceitos fluidos ou imprecisos, tais como “situação urgente”, “significativo impacto ambiental”, “relevante interesse público”. Todavia, quando descreve objetivamente a situação de fato, pode conferir certa liberdade ao administrador quanto ao comando da norma. Esta relativa liberdade enseja-lhe realizar um processo de intelecção, no qual o administrador verifica a conveniência de praticar ou não um ato, a ocasião adequada para fazê-lo, ou mesmo, a melhor opção quanto à forma que recobrirá o mesmo.

Ressalte-se, por ora, que nem sempre a competência discricionária do agente administrativo decorrerá da descrição imprecisa, por meio de conceitos fluidos, da hipótese da norma. Em consonância com o postulado por Bandeira de Mello¹, enquadram-se também como geradoras de discricionariedade administrativa (i) a hipótese da norma, quando da ausência de indicação explícita do pressuposto de fato; (ii) o comando da norma, na medida em que legitima alternativas de conduta para que o agente opte pela mais adequada ao caso concreto, e por último (iii) a finalidade da norma, tendo em vista que esta sempre se reporta a valores, ou seja, a conceitos plurissignificativos, que podem existir em graus diferentes a depender do contexto social em que um fato se insira. O grande doutrinador aponta esta última causa normativa geradora de discricionariedade como a “diretriz para a intelecção dos outros elementos da estrutura lógica da norma”, frente à sua inerente qualidade valorativa, essencialmente fluida, posto que direcionador ou otimizador da conduta mais adequada.

2.1. Do abismo intransponível entre a discricionariedade e os conceitos indeterminados

Ao contrário do que preceituam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, Celso Antônio Bandeira de Mello considera excessivo sustentar que os conceitos indeterminados ou fluidos só apresentem tal característica quando considerados em abstrato, pois, às vistas do mundo real, sempre ganhariam consistência e univocidade suficientes para vincular o procedimento a ser adotado. Segundo os pensadores espanhóis, a questão suscitada pelos conceitos indeterminados resume-se a um problema de interpretação, definível pelo Poder Judiciário, e não acarretam liberdade decisória ao administrador. Paralelamente, para os mesmos autores, “a discricionariedade cinge-se à liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas – indiferentes jurídicos – tendo em vista que a decisão a ser adotada se

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. 10. tir. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 19-36.

fundamenta em critérios extrajurídicos, não incluídos na lei e remetidos ao julgamento subjetivo da Administração”².

A técnica dos conceitos jurídicos indeterminados é comum em todas as esferas do Direito, porém a matéria ganha complexidade quando se trata de normas do Direito Administrativo, já que a aplicação inicial desses conceitos é feita pela Administração. No entanto, não se deve confundir essa aplicação prévia com o uso de poder discricionário³. O mesmo se verifica nos órgãos executivos ambientais, que, diante de dispositivos pouco esclarecedores sobre determinados pressupostos de fato, incumbem-se de realizar um processo de inteligência que os permita alcançar a finalidade da lei.

Em posicionamento semelhante a Eduardo García De Enterría e Tomás-Ramon Fernández situa-se José Gomes Canotilho, quando adere à tese de que a concretização de conceitos indeterminados constitui uma tarefa de interpretação no sentido do apuramento da solução correta prevista em lei⁴.

No mesmo sentido preceituou Afonso Queiró, ao afirmar que a existência de imprecisões no texto não é atributiva, por si só, de discricionariedade, resultando esta somente de vontade expressa do legislador. Os conceitos vagos seriam decorrentes da impossibilidade prática, ou dificuldade técnica, do legislador ao enunciar, de forma cristalina o suficiente, as circunstâncias de fato em que os órgãos executivos exercerão as suas competências⁵. Por conseguinte, origina-se que, para estes órgãos, antecede o dever de *interpretar* ao de executar.

Por mais que este procedimento de inteligência do administrador envolva necessariamente elementos subjetivos e ainda intervenham elementos pessoais e autônomos, esta “liberdade interpretativa” nunca poderá se confundir com o poder discricionário da Administração. Ainda assim estar-se-á diante do domínio vinculado⁶.

No âmbito do Direito Administrativo, o tema dos conceitos indeterminados possuem a peculiaridade de que, nos tribunais, o juiz tem a função de fiscalizar se a “Administração” deu a correta interpretação e aplicação de tais conceitos. A interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados pela Administração constituem, portanto, uma atividade estritamente vincu-

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDÉZ, Tomás-Ramon apud PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Adequabilidade Normativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, jul./set. 2008, Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 19 mar. 2012.

³ *Ibidem*.

⁴ CANOTILHO, José Gomes apud SOUSA, António Francisco de. **Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra, 1994, p.91.

⁵ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues apud SOUSA, António Francisco de. **Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra, 1994, p.94.

⁶ *Ibidem*.

lada à lei. Admitir qualquer margem de apreciação a favor da mesma significaria alargar o campo da discricionariedade ao Tatbestand legal e com isso se estaria a aplicar um grave golpe nas garantias do cidadão que o Estado de Direito não admite.”⁷

2.2. Da Discricionariedade Gerada da Indeterminação de Conceitos

Bandeira de Mello, sob prisma diverso, desconsidera que, no âmbito de inteligência de todos os casos concretos, determinadas expressões legais ganhariam densidade o suficiente para “dissiparem, por inteiro, dúvidas sobre a aplicabilidade ou não dos conceitos indeterminados”. Isto se justifica pelo fato de que, em inúmeros casos, admite-se mais de um entendimento, interpretação ou providência, sem incorrer em violação do direito pátrio, como em noções de “pobreza”, “degradação ambiental”, “urgência”. Estes conceitos vagos, como outros tantos, são suscetíveis de coexistirem em graus e medidas variáveis, em casos concretos, ensejando objetiva certeza, em outros, reconhecendo como admissíveis pela lei duas ou mais opiniões conflitantes. Portanto, não se pode afirmar que “um entendimento divergente do que se tenha será necessariamente errado, isto é, objetivamente reputável como incorreto”. Há neste argumento a tese pela qual o tema dos conceitos legais fluidos seria ínsito ao da discricionariedade.

O doutrinador brasileiro corrobora sua tese com o postulado de Bernatzik, segundo o qual,

Existe um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou inexatidão da conclusão atingida. Pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade, e que os outros tenham uma opinião falsa⁸.

Induvidosamente, Bandeira de Mello pressupõe, em seu entendimento, uma liberdade intelectual que o direito faculta ao administrador, diante de conceitos indeterminados. Sob esta perspectiva, o procedimento de interpretação da lei estaria sendo atribuído também à Administração, ao invés de reservá-lo unicamente ao Poder Judiciário. Para a subsunção de um dispositivo legal, excetuando os de caráter vinculado, o órgão executivo poderia praticar um *ato de inteligência*, se diante de conceitos vagos, ou um *ato de volição*, em que verificaria o mérito do ato (conveniência e oportunidade), se em presença da discricionariedade tradicional.

⁷ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Adequabilidade Normativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº15, julho/agosto/setembro, 2008, Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 19 mar. 2012.

⁸ BERNATZIK apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit. p. 31.

2.3. Discricionariedade Técnica

Não se olvida também da doutrina que expõe a noção de “Discricionariedade Técnica”. No estudo do tema controle judicial dos atos e decisões oriundos de órgãos ambientais, a discricionariedade administrativa assume relevância imensurável, na medida em que veicula pronunciamentos que constituem decisões administrativas técnicas, resultantes, portanto, do exercício de uma discricionariedade técnica.

A discricionariedade técnica foi sintetizada, por diversos autores, sob o paradigma de que “não há poder discricionário, nem vinculação legal”. Sob esta premissa, não haveria remissão da lei para normas técnicas, inexistindo portanto uma vinculação, de modo que a Administração se guiaria por certas regras técnicas. Note-se que o administrador iria, por sua livre vontade, nor-tear-se por determinadas regras técnicas. Não obstante não se tratar de dispositivo vinculado, não se constata a genuína discricionariedade, uma vez que a Administração não tem liberdade de escolha entre várias soluções legalmente possíveis; seu único dever, direcionador, é o da boa administração. Esta última inegavelmente incorre em danosa insegurança jurídica.

Pela peculiaridade que revestiria cada expressão legal eivada de discricionariedade técnica, afirma-se ainda que seu controle judicial seria bastante precário ou dificultoso, pois,

O controle da discricionariedade técnica não pode, assim, envolver o mérito, salvo por erro de fato, irrazoabilidade de contradição (que seria o excesso de poder) ou por violação da lei. [...] Quando a ordem jurídica se remete a questões técnicas complexas de difícil compreensão ou de impossível reprodução probatória (por sua característica intrínseca), o juiz deve se contentar com o ‘juízo do tolerável’, ou seja, uma decisão motivada da Administração (já que o estado da arte ainda não permitiu a certeza absoluta).⁹

Cumpre-se ressaltar que esta tese não encontra qualquer respaldo legal, por inúmeras razões. Primeiramente, em consonância com a doutrina portuguesa, entende-se que só permanece a classificação de dever da Administração vinculada ou livre, ambas modalidades estabelecidas em lei. Inconcebível é a tentativa doutrinária de inovar, criando uma terceira hipótese de dever da Administração, que agiria por seu livre critério e, ainda à margem do controle jurisdicional. Junte-se a isso um elemento muito simples: a possibilidade de o juiz, se não contar com expertise em determinado tema, requisitar a oitiva de peritos, os quais esclarecerão os fatos sobre os quais decidirá.

⁹ SOUTO apud TEIXEIRA, José Elaeres Marques. Controle Judicial Das Decisões Do Cade. *Revista do IBRAC*, vol. 12, nº 06/2005, p. 173-188.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro compartilha desta visão ao lembrar que a discricionariedade técnica pode proporcionar lesão ou ameaça de lesão a direito, ensejando, portanto, a correção judicial. A jurista reitera e explicita a sua posição:

Aliás, tenho entendido que, entre os conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei, os conceitos técnicos são precisamente os que menos geram discricionariedade, pelo simples fato de que a indeterminação pode desaparecer com a manifestação do órgão técnico. No direito brasileiro, os peritos são considerados auxiliares da Justiça e, com a sua manifestação, o Poder Judiciário pode transformar em determinado um conceito que, na lei, aparece como indeterminado. Se a definição feita por ato administrativo for incorreta e causar dano ou ameaça de dano, ela pode ser invalidada pelo Judiciário¹⁰.

Cabe aqui fazer referência, por exemplo, ao procedimento de licenciamento ambiental. Esta medida administrativa analisa, de forma preventiva, certos projetos e atividades de particulares ou do Poder Público, que, em geral, afetam as condições ambientais de alguma forma ou mesmo geram degradações.

Como se sabe, a licença ambiental é concedida por meio de uma autorização, considerada por muitos um instrumento precário, posto que sempre sujeito a revisões. Atualmente, entretanto, parece mais oportuno questionar, em cada caso, sobre a concreta margem de liberdade que as leis concedem aos órgãos ambientais, evitando-se generalizações descabidas¹¹.

No decorrer do processo de licenciamento ambiental, a Administração estabelece certas condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, seja pessoa física ou jurídica, em acordo com a Resolução nº 237 no CONAMA. Cristalina é a conclusão de que, dentre os critérios estabelecidos na licença ambiental, bem como durante sua análise para concessão/renovação ou não da autorização, provavelmente se encontrarão expressões legais, ou vigentes em resoluções, que orientem a adoção de medidas técnicas pelo órgão ambiental, no estudo de cada caso concreto. Entretanto, estas prerrogativas dos órgãos ambientais, assim como de qualquer outra instituição da Administração Pública, são plenamente atacáveis judicialmente, ainda que por respeito ao direito fundamental de se postular em juízo.

3. JUDICIALIZAÇÃO E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

¹⁰ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009.

¹¹ KRELL, Andréas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 59.

Durante o estudo de um fato jurídico, indissociáveis são os procedimentos de interpretação e classificação do mesmo na sociedade, como destaca MacCormick, “o raciocínio jurídico depende de provas de fatos, sobre os quais se vai julgar” (MacCormick, 1995:86-98). Acerca dos fatos, apresentam-se dois tipos de teses: questões primárias e questões secundárias.

Primeiramente, insurgem questões sobre a existência empírica dos fatos, sendo este um dos instrumentos de defesa elementares que se constata em juízo. Ao se conjecturar a respeito de fatos no âmbito do “direito ambiental” em juízo, foco do presente trabalho, percebe-se a recorrência de se questionar sobre a ocorrência ou não de danos ao meio ambiente.

Concomitantemente a isto, temos questões secundárias, relacionadas à interpretação e classificação dos fatos. Inegavelmente, “os mesmos fatos empíricos podem ser irrelevantes ou criminosos, a depender de sua classificação, ou circunstâncias tuteladas pelo direito”; entretanto, tal classificação só pode ser examinada em juízo.

Partilhamos da doutrina de José Reinaldo de Lima Lopes¹², segundo o qual, dirimidos os pontos iniciais (nunca totalmente conclusivos), a respeito da ocorrência ou não de um evento, todas as atenções se voltam para as questões secundárias. Constatado o dano, as suspeitas sobre as circunstâncias, sujeitos e responsabilidades permearão todo o processo, em que deverão ser produzidas provas para instruírem o raciocínio do órgão julgador.

Somente no âmbito do Judiciário será possível a adução concreta de relevância de um fato para o direito, ou seja, a averiguação dos fatos mediante a análise de provas que darão razões para se primar por uma versão em detrimento de outra.

Na análise da ordem jurídica, percebe-se que há uma profusão de conceitos indefinidos ou elásticos, em que há uma variação do grau de precisão que apresentam. Nestes, conforme suscitado anteriormente, poderão caber interpretações divergentes pelo aplicador.

Há uma primeira impressão pejorativa que pode emergir dos conceitos jurídicos indeterminados, tendo-os como margem de arbítrio para executor ou magistrado. Não obstante a isto, a elasticidade conceitual é imprescindível para a evolução do direito na sociedade, uma vez que resta totalmente impossibilitada a probabilidade de o legislador abarcar todos os casos de uma mesma natureza. Se assim o fizesse, o Poder Legislativo acabaria por engessar o ordenamento jurídico e proporcionar uma deformidade deste com o mundo dos fatos, com o passar do tempo. Harmonizando o “dever ser” e o “ser”, a existência de conceitos indeterminados “permite disciplinar adequa-

¹² LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei**: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno. São Paulo, Edesp, 2004, p.31.

damente a vida social em sua rica diversidade, o que só é possível a partir de noções largas e indefinidas¹³”.

A respeito da vagueza, esses conceitos serão sempre passíveis de determinação, sempre que reclamados em casos concretos. Ao aplicador caberá, indistintamente, fundamentar o contexto e as circunstâncias fáticas que lhe convenceram, apoiando-se em parâmetros objetivos, presentes no ordenamento jurídico e na realidade da sociedade. Isto porque, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, em verdade, os conceitos legais indeterminados postulam uma única solução justa, estando portanto vinculados a cada caso concreto.

Conforme preceituam García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, “trata-se de conceitos com os quais as leis definem pressupostos de fato ou áreas de interesses ou de atuação perfeitamente identificáveis, ainda que o façam em termos indeterminados, que logo terão que se concretizarem no momento da aplicação”.

Neste ínterim, demonstra-se claramente que o Princípio da Legalidade não é absoluto nem o único necessário na aplicação do direito. Apesar de este princípio ter sido glorificado outrora pelo Estado Liberal, atualmente, o direito tem como pilar de sustentação o Princípio da Juridicidade, cujo valor que emerge é o da segurança jurídica. Neste novo contexto, deve-se averiguar não apenas a legalidade de um ato, mas também se sua aplicação coaduna com o interesse público, de acordo com os princípios gerais do direito. Caso contrário, tais atos estariam eivados de uma legalidade apenas aparente.

No decorrer da subsunção de conceitos técnicos (supostamente atributivos de discricionariedade técnica) pelo administrador, seja no proceder à interpretação da lei ou mesmo ao conhecimento de um fato (juízo de constatação de uma realidade), pode haver certo grau de dificuldade. Entretanto, aduz Sérvulo Correia, “o tribunal não pode, pois, recusar-se a apreciar a prova produzida sobre o assunto, sob pena de privar o recorrente da garantia constitucional de impugnabilidade dos actos administrativos”¹⁴. Caso houvesse omissão jurisdicional, diante da recusa de controle jurisdicional de tais conceitos, isto representaria a violação de um dever, cuja gravidade é de se aferir pelos interesses em causa.

António Francisco de Sousa vai além ao asseverar que, “nos casos de discricionariedade técnica, não só é seguro que existe apenas uma solução correta, como essa única solução correta pode ser, pelo menos, amplamente, controlada pelo tribunal”. Resultante da palavra do legislador, direta ou indi-

¹³ BERGEL apud LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno**. São Paulo, Edesp, 2004.

¹⁴ CORREIA, Sérvulo apud SOUSA, António Francisco de. **Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra, 1994, p. 90.

retamente, toda atividade administrativa estará subordinada ao controle dos tribunais, órgãos naturais de controle da observância da lei, exceto quando determinado ato estiver excluído do controle jurisdicional por uma autorização legal discricionária¹⁵.

Dissonante da doutrina majoritária ao defender a discricionariedade decorrente da existência de conceitos jurídicos indeterminados, Bandeira de Mello desconsidera a necessidade de apreciação judicial para a correção de uma conduta tomada pela Administração, vez que esta teria optado por uma dentre outras interpretações cabíveis em um mesmo caso concreto. O aparato jurisdicional só seria pertinente para reparar violações de direito, o que se poderia verificar quando o Poder Executivo não se mantivesse no campo significativo da aplicação do conceito ou o tivesse desconhecido, por exemplo.

4. CONCEITOS INDETERMINADOS NA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL

Ao se colacionar as premissas apresentadas sobre as circunstâncias de aplicação de conceitos indeterminados no ramo do Direito Ambiental, deve-se proceder com extremada cautela, em razão do caráter eminentemente geracional da proteção ao meio ambiente. Em novas palavras de Canotilho, em uma perspectiva globalista, “como o patrimônio natural não foi criado por nenhuma geração e como, dentro de uma geração, se deve assegurar igualdade e justiça ambientais, o direito ao ambiente de cada um é também um dever de cidadania na defesa do ambiente”.¹⁶

A compreensão dos problemas do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sob este postulado globalista, suscita a proteção do ambiente como premissa que não deve abranger apenas sistemas jurídicos isolados, mas também sistemas jurídicos políticos, internacionais e supranacionais, se estruturando uma responsabilidade global quanto às exigências de sustentabilidade ambiental¹⁷. Esta visão indiscutivelmente pressupõe elevados níveis de educação ambiental e, em contrapartida, um sistema fiscalizatório eficaz, alicerces fundamentais para a criação e a manutenção de uma consciência ecológica.

4.1. A Concepção Integrativa do Meio Ambiente no Processo Legislativo

A existência de um Estado Constitucional Ecológico pressupõe uma atuação integrada no meio ambiente, culminando no que Canotilho chama

¹⁵ SOUSA, António Francisco de. Op. cit., p. 101.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri (Org.). **Estado de Direito Ambiental**: tendências. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 34.

¹⁷ Ibidem.

de direito integrado do meio ambiente. Este, ainda que não esteja bem conceituado, implicaria notoriamente na avaliação integrada de impactos ambientais, cujo combate não se reduziria apenas à defesa isolada dos componentes ambientais naturais (ar, luz, água, flora, fauna) ou dos componentes humanos (patrimônio cultural, natural e construído, poluição, paisagens), mas compreenderia uma proteção global e sistemática. Decorre desta concepção integrada as múltiplas compreensões subjacentes à expressão “meio ambiente”, referente não só ao meio ambiente natural, mas ao meio ambiente como “conjunto de sistemas físicos, químicos, biológicos e as suas relações, e dos factores económicos, sociais e culturais com efeito directo ou indirecto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do homem”¹⁸.

Outra consequência da instauração do Direito Ambiental Integrativo seria a necessidade de um conhecimento mais amplo, multidisciplinar, que enseje uma ponderação dos direitos e interesses existentes em empreendimentos públicos e privados, e precipuamente em planejamentos, programas e planos relacionados ao meio ambiente.

Pertinente notar que, em um primeiro momento, a conexão de conhecimentos multidisciplinares durante a elaboração dos planos diretores, programas ou planejamentos nacionais, deve ter incidência imediata na atividade legislativa, que deve proceder com demasiado apreço na apuração de conceitos e expressões, bem como na vinculação e atribuição de discricionariedade ao ato que recobrirá a finalidade da norma.

Ressalte-se que a compreensão multitemática, se presente no Poder Legislativo, possibilitaria o acompanhamento produtivo e de funcionamento de um dispositivo legal. Não se trata de verificar se a *mens leges* estaria sendo cumprida ou não, mas de averiguar se os conceitos empregados no teor do mandamento legal estão verdadeiramente coadunando com o interesse público, que sempre será o de proteger o bem maior de todas as gerações: o meio ambiente.

Desta feita, reincide a premissa de que, para evitar a maior parte dos imbróglis doutrinários, deve-se retornar às lições propedêuticas, ou melhor, às bases de existência e sustentação de determinada norma. Somente esta, a norma fundamental poderá dar validade jurídica aos diversos atos administrativos dela decorrentes, ainda que revistam diferentes fatos.

4.2. A Concepção Integrativa do Meio Ambiente nos tribunais

O direito integrativo do meio ambiente teria, em terceiro plano, interferências relevantes no “modo de atuação dos instrumentos jurídicos do

¹⁸ Idem, p. 36.

Estado de direito ambiental”¹⁹ e, por conseguinte, na atividade desenvolvida nos tribunais pátrios, tendo em vista que “a ponderação de direitos e interesses em uma perspectiva multitemática é, por sua natureza, mais complexa e conflitual”.

A qualificação em matéria ambiental do estado-juiz, sem dúvidas, proporcionaria a diminuição dos questionamentos à legitimação dos julgadores para apreciarem temas bastante específicos. Entretanto, não se defende uma utopia mascarada de projeto, segundo a qual todo o Poder Judiciário se debruçaria sobre o estudo do meio ambiente em termos técnicos, para além dos próprios parâmetros legais.

Sob a perspectiva do direito, existe o dever primário do Estado proporcionar a criação de um comunitarismo ambiental e de efetivar a responsabilidade ambiental, como decorrência da necessidade de preservação do meio ambiente. A toda à sociedade é estendido o mesmo dever. Em todo esse processo, exigida é a participação ativa do cidadão. Seria este o conjunto de deveres fundamentais ecológicos. Um nível elevado de conscientização ambiental será viabilizado pelo Compartilhamento de Responsabilidade ou Responsabilidade Comum (“*shared responsibility*”) entre Estado, empresas, associações, cidadãos e diversos grupos de cooperação no amparo do ambiente. A concretização de tais deveres passa, de forma necessária, pela atuação do Poder Judiciário.

A adoção desta conduta de responsabilização, ou dever fundamental ecológico, implicaria na necessidade de supedâneo constitucional, que disciplinaria a existência deste dever sem incorrer em violações a outros direitos fundamentais, o que demonstra a efetiva importância do Poder Judiciário na efetivação do direito ao meio ambiente sadio.

Ao abordar a importância da atuação do Poder Judiciário, Canotilho suscita alguns instrumentos processuais ambientais fundamentais, como o Mandado de injunção ecológico no Estado Constitucional Ecológico, como meio de se reconhecer o direito a normas concretizadoras e, em contrapartida, extinguir inequívocos déficits de exequibilidade. Ainda com escopo de reconstruir as possibilidades de legitimação ativa nas ações de responsabilidade, o Estado Constitucional Ecológico deverá, primeiramente, dinamizar as mencionadas ações de reparação de danos ao meio ambiente para, como objetivo final, abrir a oportunidade de, pelo menos, as associações não governamentais agirem subsidiariamente na defesa do ambiente, quando o Estado for omissivo ou optar por forma de atuar inadequada.

5. CONCLUSÕES

¹⁹ Idem, p. 37.

A realização máxima dos institutos jurídicos é demonstrada em um plano de existência empírico, pois o direito como prática reúne características comuns da sociedade, essenciais para a adequada subsunção da lei. Neste procedimento, percebe-se que o estudo da linguagem no Direito se configura imprescindível para interpretar e elaborar normas jurídicas. Na busca do conteúdo normativo inserido nos dispositivos legais, encontram-se conceitos indeterminados, que demandam análises mais detalhadas.

A análise minuciosa dos conceitos indeterminados é imprescindível na seara da subsunção da norma, precipuamente para que a vagueza não implique em insegurança jurídica aos administrados.

Ainda que haja divisão da doutrina especializada, principalmente acerca da existência ou não de discricionariedade atribuída pela elasticidade conceitual, demonstrou-se evidente que a qualidade do ato administrativo a ser praticado sempre decorrerá de lei. Portanto, cristalina é a adução de que, em regra, um conceito indeterminado, no plano abstrato, adquire concretude diante de cada situação jurídica do mundo real.

Deste modo, prima-se pela necessidade de certa indeterminação para o ordenamento jurídico, com objetivo de possibilitar a evolução do direito, sem a necessidade de se editar leis constantemente.

Bastante questionada perante os tribunais, a tese da Discricionariedade Técnica se apresenta intimamente relacionada ao Direito Ambiental, posto que muitas vezes se recorre a profissionais especializados para facilitar a adoção de certo procedimento em detrimento de outro. Haveria neste caso a limitação do controle judicial, em face de uma qualidade discricionária, eminentemente concedida pela simples existência de termos técnicos?

Diante de tantos questionamentos acerca da submissão ou não dos atos administrativos ao controle judicial, reitera-se que somente nesta esfera haverá a verificação da ocorrência ou não de um fato danoso para o direito e, conseqüentemente, para toda a sociedade. No caso do Direito Ambiental, subentende-se que os danos sofridos por seu bem tutelado importam em graves conseqüências para as atuais e futuras gerações, razão pela qual é imperiosa a inafastabilidade do Judiciário de atos administrativos ambientais.

Inegável, portanto, a necessidade primeira de uma atividade eminentemente protecionista, a partir de instrumentos de fiscalização ambiental. A adoção destes métodos proporciona a apuração antecipada dos danos ambientais, bem como de seus causadores, que responderão nos domínios civil, penal e administrativo, concomitantemente.

Por sua vez, a atuação do Judiciário, que deve permear as relações jurídicas em matéria ambiental, necessita, em contrapartida, de uma atividade

legislativa com maior apreço às expressões terminológicas para atender as necessidades ambientais e evitar lacunas na lei.

A emersão do dever fundamental ecológico para o Estado, por sua vez, requer instrumentos processuais de acesso facilitado, que possibilite o ingresso subsidiário de associações, quando constatada a omissão do Estado. Ousa-se incluir neste rol de ações ambientais remodeladas em sua legitimidade ativa, a ação penal subsidiária da pública, em se tratando de crimes ambientais, diante de procedimentos não elucidados pelo Estado em seu prazo legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri (Org.). **Estado de Direito Ambiental: tendências**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009.

KRELL, Andréas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 59.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Edesp, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. 10. tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Adequabilidade Normativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, julho/agosto/setembro, 2008, Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 19 mar. 2012.

SOUSA, António Francisco de. **Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra, 1994.