XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA III

DANIEL FERREIRA

GUSTAVO ASSED FERREIRA

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito administrativo e gestão pública III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Daniel Ferreira, Gustavo Assed Ferreira, José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-296-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Administrativo. 3. Gestão Pública. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA III

Apresentação

O Grupo de Trabalho "Direito Administrativo e Gestão Pública III", reunido no XXV Encontro Nacional do CONPEDI na UNICURITIBA, resulta em um conjunto de artigos de destacada qualidade acadêmica e induvidoso relevo prático, fruto de estudos de mais de duas dezenas de pesquisadores das mais diversas regiões do país.

Afora o apuro intelectual dos artigos, cumpre ressaltar que os comunicados científicos e as discussões propiciaram debates de largo interesse e repercussão nas mais diversas searas do Direito Administrativo, envolvendo alunos de graduação, mestrado e doutorado, bem como professores e profissionais, que tiveram a oportunidade de apresentar suas contribuições de forma respeitosa e sob o signo de uma perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural. Os artigos ora publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS QUE RESULTAM NO COMBATE AOS ATOS DE CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA.

2. LEGALIDADE E REGULAÇÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

3. LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL.

4. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL ESTRUTURANTE DO DIREITO ADMINISTRATIVO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PARADIGMA EMERGENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA.

5. A PUGNA ENTRE O INTERESSE PÚBLICO E O INTERESSE PRIVADO EM FACE DO ARRANJO DEMOCRÁTICO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DESMITIFICANDO A PRIMAZIA AUTOCRÁTICA DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO.

6. O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO NO PROCESSO LICITATORIO E A CONTRATAÇÃO DIRETA DE ADVOGADOS.

7. PEQUENAS EMPRESAS E DESCONCENTRAÇÃO ADMINISTRATIVA.

8. REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS E AS NOVAS DISPOSIÇÕES DA LEI FEDERAL Nº 13.303/2016.

9. O TERCEIRO SETOR REGULAMENTADO: PRÁTICAS ADMINISTRATIVAS DE CIDADANIA E EFICIÊNCIA CONSTITUCIONAL APLICADA.

10. NULIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS REFERENTES AO TRÂNSITO.

11. O AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E AS POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO URBANO: UMA BREVE ANÁLISE SOBRE O CONTROLE PROCESSUAL JUDICIAL ACERCA DE SUA EFETIVAÇÃO.

12. A CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS REGULARIZAÇÕES FUNDIÁRIAS POR INTERESSE SOCIAL DA LEI 11.977 DE 2009.

13. PODERES E LIMITES DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO NO BRASIL.

14. O PODER DISCRICIONÁRIO DO ESTADO E SUAS VERTENTES. CASO CONCRETO: MODIFICAÇÃO DA ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL PARA A CONSTRUÇÃO DE CAMPO DE GOLFE - OLIMPÍADAS 2016.

15. TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA E A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL QUE INSTITUI O LICENCIAMENTO AMBIENTAL EXPRESSO.

16. O DIREITO DO SERVIDOR SER REINTEGRADO AO CARGO EM RAZÃO DA ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS EM PROCESSO CRIMINAL.

17. UM ENSAIO SOBRE A JUSTIFICATIVA DE APROFUNDAR OS ESTUDOS RELATIVOS AO IMPACTO DA FORMA POLÍTICA ESTATAL NA TENTATIVA DE IMPLEMENTAÇÃO DOS NOVOS MODELOS DE GESTÃO PÚBLICA.

18. A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE POLÍTICO À LUZ DA CRISE HÍDRICA NO ESTADO DE SÃO PAULO.

Como se pode perceber, trata-se de um conjunto de temáticas marcadas pela interdisciplinaridade e profunda contemporaneidade dos debates afetos à atividade administrativa e à gestão pública como um todo, inclusive com a potencial condição de apontar os rumos da pesquisa e das mais candentes discussões relacionadas ao Direito Administrativo na atualidade.

De nossa parte, sentimo-nos profundamente honrados em participarmos na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho, pelo que registramos a satisfação em podermos debater com todos os colegas autores e demais participantes.

Parabéns ao CONPEDI, pela qualidade do evento, e os nossos cumprimentos e agradecimentos a UNICURITIBA, pela afetuosa e impecável acolhida em todo o período desse relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito.

Prof. Dr. Daniel Ferreira – Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA

Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC

O PODER DISCRICIONÁRIO DO ESTADO E SUAS VERTENTES. CASO CONCRETO: MODIFICAÇÃO DA ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL PARA A CONSTRUÇÃO DE CAMPO DE GOLFE - OLIMPÍADAS 2016.

THE CONCRETE CASE: PROTECTION AREA OF ENVIRONMENTAL MODIFICATION FOR GOLF COURSE CONSTRUCTION - OLYMPICS 2016 .

Luis Gustavo Barbedo Coelho Montes De Carvalho
Francisco De Assis Oliveira

Resumo

A pesquisa visa sopesar o conceito e finalidade do poder discricionário como ato administrativo do Estado e suas vertentes, baseados nos princípios da administração pública e nos poderes dos agentes e a constante preocupação com a possibilidade de uso irrestrito e liberal (limitações), mesmo sob o viés coletivo e vinculado. Analisa a altercação do bem comum, do aproveitamento dos bens públicos, da intervenção do Estado na propriedade, em especial, ao caso em concreto da modificação de área de proteção ambiental para construção de um campo de golfe, haja vista a inserção do esporte (retorno) nas Olimpíadas de 2016.

Palavras-chave: Discricionariedade e ato administrativo, Bem público, Área de proteção ambiental

Abstract/Resumen/Résumé

The research aims to weigh the concept and purpose of discretion as administrative state act and its aspects, based on the principles of public administration and the powers of the agents and the constant concern with the possibility of unrestricted and liberal use (limitations), even under the bias collective and bound. Analyzes the altercation the common good, the use of public goods, the State intervention in the property, in particular the case in concrete environmental protection area modification to build a golf course, due to the insertion of the sport (return) the 2016 Olympics.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Discretion and administrative act, Public good, Environmental protection area

1. INTRODUÇÃO

A priori, verifica-se o ensejo de enfatizar o que se conhece como poder discricionário do Estado, ora com o escopo de aclarar sua logística e balizamento, bem como suas vertentes e formas de aplicação. Assim, dentre um mundo jurídico de pluralidades, a liberdade política e a discricionariedade precisam ser confrontadas com os direitos e os deveres do Estado, bem como se a utilização destas devem estar pautadas a partir de um aceite coletivo da sociedade.

Outro ponto em análise, se atém em referência aos bens públicos, do ambiente comum e da intervenção do Estado na propriedade, determinando em síntese o que a legislação pátria predispõe acerca do uso, gozo e fruição, sendo cediça a verificação da possibilidade negocial, das modificações das normas e do espaço, da acessibilidade, do interesse público e do que pensa sobre isso a coletividade. Abarca-se, para melhor entendimento, o caso concreto da altercação da área de proteção ambiental, buscando ecoar diversos questionamentos sobre o alvedrio político e as decisões confrontantes ao apelo ambiental, sociológico e jurídico. O caso concreto em verificação é acerca da liberação de espaço para a construção de um campo de golfe (olímpico) no município do Rio de Janeiro, mas precisamente no bairro da Barra da Tijuca.

A ideia central se codifica em entender o funcionamento do poder discricionário/vinculado, bem como seu embate enquanto a não ser permeável a todos que têm interesse ou não concordem com as modificações (ausências de fundamentação e justificativa), isto é, na instalação de um projeto arquitetônico de grandes proporções (campo de golfe e consectários), nas modificações acerca da mobilidade urbana, nos legados e nos investimentos, o que vêm trazer uma afetação *in loco*, pois a descaracterização e diminuição de área de proteção ambiental (APA), localizada no Parque Natural Marapendi, pelo Poder Público na seara Municipal, traz uma série de inquietações de quais métodos, escolhas e outorgas foram utilizadas.

Salienta-se que as áreas de proteção ambiental podem ter posse e domínios públicos ou privados, cabendo aos órgãos governamentais a fiscalização da ocupação e a exploração destas áreas, bem como o seu uso sustentável, controle de acesso, tudo com o escopo de não prejudicar o ecossistema da área, o que de certo envereda pela questão da cidadania urbana e seus congêneres.

Por fim, pauta a pesquisa acerca de uma APA específica, com todos os seus enfoques acerca do processo de desafetação, velocidade da desburocratização, mitigação

do meio ambiente e a discussão sobre a dicotomia que concerne em um ambiente protegido e sedimentado por longos anos, em contrário senso, a uma modificação por ato administrativo que segrega à preservação dos recursos ambientais ali existentes (fauna, flora, solo, recursos hídricos, entre outros) – fato que discorda os responsáveis pela Prefeitura –, tudo para a construção de um campo de golfe.

2. OS PRINCÍPIOS COLORÁRIOS DOS PODERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO BASE LIMÍTROFE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Os poderes da administração são determinados pelas prerrogativas determinadas aos agentes administrativos, tendo como natureza a instrumentalidade, conferidos pelo ordenamento jurídico à Administração com o enfoque de sedimentar os interesses da coletividade. Destarte, CARVALHO FILHO (pág. 42, 2007) conceitua os poderes administrativos como o conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins.

Ante a trazer à tona os poderes específicos, necessário se faz avocar em sentido *lato sensu* os limites aos poderes da Administração Pública, pois tais balizamentos buscam delimitar a forma de utilização pelos administradores, com a atuação sujeita aos parâmetros legais, fiscalização jurídica e correção administrativa ou judicial (Súmula 473[1] do STF) para os casos de abuso de poder (excesso ou desvio de finalidade).

Os limites de forma simplificada são baseados na preservação do interesse público e nos demais princípios atrelados ao ramo do direito público em comento, como princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sem derrocar outros reconhecidos pela prática e pela doutrina, ou seja, supremacia do interesse público, autotutela, indisponibilidade, segurança jurídica, razoabilidade e proporcionalidade. Traz-se a pesquisa alguns conceitos:

[1] De acordo com Súmula 473 do STF, pode se afirmar que: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles 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" acessado em 29/05/2016: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto .asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina. Neste condão, a administração pode anular seus próprios atos quando houver abuso de poder e desvio de finalidade, em decorrência da autotutela, sendo cediço, como dito alhures, que o Poder Judiciário pode anular os atos administrativos através de um controle de legalidade.

Do princípio da legalidade – Trata-se da conduta do agente da administração que deve ser regulada pela legislação, ou seja, deve ser autorizada por lei, sob pena de ser considerada atividade ilícita. Desta feita, afirma-se que *"La adminstración debe actuar ajustándose estrictamente a las regras de derecho. Si trangrede ditas reglas, La actividad administrativa se vuelve ilícita y eventualmente apareja responsabilidad"* (SAYAGUÉS LASO, 1974). Salienta-se que o Estado resta obrigado a preservar e respeitar as próprias leis que promulga. Neste caminho, LOPES MEIRELLES (pág. 83, 1993), traz um contraponto interessante baseado na assertiva que, enquanto os cidadãos no ambiente privado podem fazer tudo àquilo que não é vedado por lei, os agentes públicos, inclusive o administrador, só podem e devem atuar onde a legislação os legitimam.

Do princípio da impessoalidade – O princípio em voga se constitui em regra a elevar o administrador ao plano de aplicar seus esforços em favor de determinadas pessoas, estabelecendo presente o interesse público e o intervencionismo do Estado, desde que vedado o favorecimento de alguns em detrimentos de outros, ou seja, a intenção não é outra do que ser realmente impessoal, sem permitir que algum indivíduo tenha tratamento desigual. No tocante a positivação, vê-se que o princípio, inobstante a morfologia empregada, tem seu aporte na Lei nº 4.717/1965, art. 2º, alínea "e", onde se tem a normatização da ação popular (CRFB/1988, art. 5º, LXXIII) e a discussão do desvio de finalidade.

Do princípio da moralidade – Atrela-se a este princípio que o administrador público deve atuar dentro da ética e da responsabilidade erigida pelo cargo. Cabe explicitar que o comportamento do administrador deve ser averiguado tanto no campo externo com os administrados, bem como na seara interna frente aos próprios agentes públicos. Insurge-se que não se deve confundir moralidade com legalidade, pois quando a primeira ofender diretamente a lei também ofenderá ao princípio correlato da obrigação legal, entretanto, caso esteja o administrador balizado legalmente, outras ofensas poderão ocorrer, quiçá no campo ético, seja pela descriminação ou diversa forma de atuação irregular, caso que também poderá influenciar no princípio da impessoalidade. Não faltam instrumentos (p.ex.: ação popular e ação civil pública) para combater a ausência de moralidade da administração pública, permitindo aos cidadãos e aos órgãos fiscalizadores (p.ex.: Ministério Público) o uso de métodos que invalidem, cassem ou torne ilegítimo ato administrativo ofensivo, permitindo que a sociedade almeje a aplicação de valores morais hodiernamente, sob pena de medidas punitivas.

Do princípio da eficiência – Trata-se, em síntese, da qualidade do serviço prestado. A Emenda Constitucional nº 19/98 inclui no rol do *caput* do art. 37 da CRFB/1988, o princípio da eficiência, o qual possui o viés de permitir sejam avaliados os serviços da administração pública. Cumpre esclarecer que eficiência não se confunde com eficácia, nem muito menos com a expressão efetividade. A dicotomia existente posiciona uma espécie de início, meio e fim, ou seja, a eficiência esta para o início da atividade, em regra, acerca do modo pelo qual seguirá o procedimento e o desempenho da conduta do agente; A eficácia está no esteio dos meios e instrumentos que serão utilizados no exercício do ato, configurando-se premissa instrumental; Já a efetividade está para o resultado final que se espera da solução ou objetivo do mecanismo. Não restam silentes que as qualificações supracitadas devem caminhar paralelamente e simultâneas, todavia não devem ser cobradas como taxativas e eliminatórias, haja vista que a ausência de uma não derroca a presença de outras (p.ex.: um ato administrativo pode ser eficiente, mas não obtendo o resultado esperado, ser ausente de efetividade).

Do princípio da Indisponibilidade – A indisponibilidade em questão tem seu foco nos bens e nos interesses públicos (fato relevante ao presente estudo), pois estes não pertencem à administração, muito menos aos agentes envolvidos nos processos políticos, concursados ou empregados. Verifica-se que a titularidade destes direitos é da coletividade. Tal princípio se embate acerca da alienação dos bens de forma diferenciada ao que disponibiliza a legislação, por exemplo. Igualmente, não permite a subtração da necessidade de licitação para execução de serviços em prol da coletividade (salvo casos específicos).

Do princípio da Razoabilidade – Dentro da pesquisa e dos questionamentos em exame, o princípio da razoabilidade também traz força de sucedâneo as respostas que se necessita. Verifica-se pela etimologia da palavra que, razoabilidade advém daquilo que é razoável. Neste diapasão, perpetua-se que razoável está dentro daquilo que é aceitável, todavia, pode ser aceitável para alguns e inaceitável para outros. Talvez, o cerne do imbróglio é que a opinião e juízo de valor do administrador não possam ser colocados em conduta inaceitável, inclusive em seara judicial (desde que não contrário a *Lex*). Ao se trazer a baila à incongruência de um ato administrativo, não se quer dizer que se trata de ilegal, mas sim de ato potencial contrário a razoabilidade. Entretanto, caso a conduta seja maculada ou o ato esteja baseado em favorecimento pessoal ou de outrem, entendendo-se pela incongruência e, por si só, pela ausência de razoabilidade, advoga-se que os princípios da moralidade e impessoalidade também são atingidos. Os atos administrativos

precisam estar balizados pelo mínimo de aceitabilidade coletiva e social, arrostados pela licitude, pois atuar fora dos padrões mínimos ora explicitados sugere um vício estatal. Todavia, frente à vocação de que os Poderes devem ser independentes, mas harmoniosos entre si, é hialino que o Judiciário rechaça pedidos de incongruências e razoabilidade se o ato estiver eivado de legalidade. Com isso, não cabe, em regra, ao Poder Judiciário tratar do juízo de valoração dado pelo administrador, mas sim a verificação da conduta como forma de ofensa a razoabilidade e outros princípios.

3. DOS PODERES DOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS

O Estado está a serviço da coletividade, pois uma das suas principais atividades se baseia em disciplinar as relações sociais, fato que precisa ser realizado por seus maiores braços, ora denominados de agentes (elemento físico e volitivo).

Salienta-se que para a atuação destes agentes, faz-se necessário que o ordenamento jurídico tenha conferido prerrogativas, que acabam se tornando indispensáveis para que os fins públicos sejam colimados. Assevera-se que com as prerrogativas nascem os poderes (inerentes a cada cargo), bem como os deveres, os quais em conjunto são o liame da moderação do direito administrativo como ícone disciplinar dos agentes e seus atos. Cumpre-se identificar as espécies de poderes dos administradores públicos, quais sejam: poder discricionário e vinculado, poder hierárquico, poder normativo ou regulamentar, poder disciplinar e poder de polícia. Na presente investigação, abstrai-se de se comentar sobre todos os poderes citados, abrangendo neste momento somente o poder discricionário e vinculado, bem como o poder regulamentar.

Conceitua-se como poder discricionário aquele que o Direito concede à Administração Pública para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. Frisa-se que se pode distinguir o poder discricionário do poder vinculado, quando se verifica que no primeiro se tem uma maior liberdade de ação conferida ao administrador, pois se na prática para que um ato vinculado seja realizado, verificar-se-á a legislação permissível ao caso, ou seja, está adstrito a lei, e todos os seus elementos formadores; No caso do discricionário é regido pela liberdade e oportunidade dada ao administrador, desde que a lei lhe conceda essa faculdade.

Urge explicitar que nenhum ato é integralmente discricionário, pois verificado que o ato administrativo possui cinco elementos: competência, objeto, forma, motivo e finalidade, pode se dizer, ao se referir à competência, à forma e à finalidade, que o ato

será sempre vinculado (está subordinada ao que a lei impõe). No entanto, ao se falar nos elementos de objeto e do motivo, chega-se a conclusão que podem ser vinculados ou discricionários, dependendo do ato analisado.

Já o poder vinculado, como estabelece a própria nomenclatura, é aquele que a lei confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização. Ressalva-se, neste caso, que a Administração Pública está coligada aos dispositivos legais, não tendo opções de conveniência ou faculdade ao administrador. Nesta ideia, o indivíduo tem o direito subjetivo de exigir da autoridade à edição de determinado ato, sem necessidade de valoração ou juízo de valor por parte do administrador (frisa-se que não se falando em juízo de valor, a lei estabelece um único comportamento).

Destaca-se a existência do Poder Normativo, o qual conceba à administração pública exercê-lo com o escopo de expedição de decretos e regulamentos. Neste caminho, dividem-se os decretos e regulamentos em dois ícones: 1) decretos e regulamentos de execução (decretos regulamentares), que são aqueles que para validade dependem de lei anterior que os permitam ser editados, com objetivo de permitir a execução da lei, sempre dentro de limites previstos na legislação, sob pena de serem considerados ilegais, restando serem aferidos por um controle de legalidade; 2) decretos e regulamentos autônomos, que ao contrário dos regulamentares, não dependem de lei anterior para serem editados.

4. A ARBITRARIEDADE EM RELAÇÃO À DISCRICIONARIEDADE

Tendo em vista que a discricionariedade possui afeto a conveniência, oportunidade e liberdade do juízo de valoração do ato a ser praticado pelo administrador público, pode se afirmar que a questão volitiva não pode ser contrária a legislação ou forma de seus limites. Entrementes, se o agente a pretexto de agir com discricionariedade ofender a legislação ou se conduzir fora dos limites por ela proposto, tende a cometer arbitrariedade. Nesta esteira, diante de se estar frente ao poder-dever de agir, subentende-se que não se trata de mera faculdade, pois deve o agente público obrigatoriamente atuar: “Se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador publico é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade” (LOPES MEIRELLES, pág. 82/83, 1993).

Não obstante, nem sempre o poder é utilizado de forma adequada pelos administradores, inclusive sendo ponto de críticas hodiernamente, como, por exemplo, na

Obra Cidade Alta (BRUM, Capitulo 2, 2012) o qual trata da preocupação e da remoção das favelas; ou com condescendência na Obra Evolução Urbana do Rio de Janeiro (ABREU, 1987, pág. 126) que relata o seguinte texto sobre o papel do Estado (grifos nossos):

> "Numa área já totalmente ocupada, e onde os condicionantes físicos não mais permitiam a incorporação de novo locais ao tecido urbano, esse crescimento só foi possível mediante a ocupação intensiva do solo, ou seja, através da verticalização das construções. Isto, por sua vez, foi facilitado a partir de 1946. quando a prefeitura municipal – talvez devido a pressões das empresas imobiliárias – liberou o gabarito dos prédios de Copacabana para 8/10/12 andares, conforme a localização (...).

Elucida-se que as formas de abuso, que se transmutam em excesso de poder ou desvio, podem decorrer de algumas causas, isto é, quando o agente atua fora do limites de sua competência, ou, quando ainda dentro de sua competência, resolve afastar o interesse público e coletivo que é necessário ao alvitre de sua conduta. Portanto, define-se excesso de poder como exercício fora dos limites insculpidos para sua competência administrativa, ou quando exerce poderes invadindo atribuições de outro agente, bem como nos casos que realiza exercícios que a lei não lhe arrogou. Já o desvio de poder é a intenção de buscar alcançar um fim diverso do qual a lei atribui-lhe ou lhe permitiu, denominando também como desvio de finalidade, ora trazido pela Lei da Ação Popular em seu art. 2º, parágrafo único, alínea "e" (nº 4.717/1965).

Ao se falar de desvio de poder, trata-se provavelmente da conduta mais visível dos atos discricionários, sendo cediço que a prova contundente do desvio é dificultosa, haja vista que a "ilegalidade" vem dissimulada ou aleivosamente escondida sob o manto da perfeita "legalidade".

Nesta senda, BANDEIRA DE MELLO (1988) assevera que: "Trata-se, pois, de um vício particularmente censurável, já que se traduz em comportamento soez, insidioso. A autoridade atua embuçada em pretenso interesse público, ocultando dessarte seu malicio desígnio".

Ainda esclarece CRETELLA JÚNIOR (1978) que, ainda sem prova ou documento verossímil, na análise da conduta do agente e dos dados indicadores do desvio de finalidade, sobretudo à luz do objetivo inspirador, traz a tona a perspectiva de comprovar aquilo que salta aos olhos nus.

5. DA PROPRIEDADE E DA INTERVENÇÃO DO ESTADO

Primeiramente, define-se propriedade como um instituto de caráter político, o qual sofre limitações no direito positivo, para que o interesse privado não sobreponha aos interesses da sociedade. Salienta-se que o direito de propriedade é consagrado pela CRFB/1988 em seu art. 5ª, XXII, bem com a doutrina somada a legislação peculiar clarifica que a propriedade possui finalidade de exercer função social (CC, art. 1.228[2]).

Do mesmo modo, caso não haja ajustes aos fatores exigidos, o Estado intervirá na propriedade, fundamentando a utilização do principio da supremacia do interesse público, bem como pautando seu ensejo na finalidade da função social, a qual estabelece que "a propriedade deve ter como objetivo alcançar o bem estar social". Verifica-se que as modalidades de intervenção do Estado encontram-se divididas em servidão administrativa, requisição, ocupação temporária, limitações administrativas, tombamento e a desapropriação[3].

Neste momento, afirma-se que a intervenção do Estado na propriedade será toda ou qualquer atividade estatal que, amparada na lei, tenha como finalidade ajustar aos fatores exigidos pela função social a que está condicionada, conforme verificado linhas acima. A Constituição, ao mesmo tempo em que se garante o direito a propriedade, também condiciona a propriedade a sua função social (CRFB/1988, art. 5º, XXIII). Necessário se faz trazer a lume que, a CRFB/1988, em seu art. 182, § 2º, estabelece que

---

[2] Código Civil – "Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas" (...).

[3] Em síntese traz-se a finalidade das espécies de intervenção do Estado: 1) Na servidão administrativa o Poder Público utiliza a propriedade imóvel para permitir a execução de obras e serviços de interesse público, podendo ocorrer de forma bilateral (em conjunto) com o proprietário ou, até mesmo, por ordem judicial; 2) A requisição é a forma de o Estado utilizar bens móveis, imóveis ou serviços, dos administrados, desde que necessite por razão de perigo iminente; 3) Já a ocupação temporária ocorrerá toda vez que houver necessidade da propriedade imóvel ser retida pelo Poder Público com o fito de executar obras, reparos e quaisquer serviços públicos que lhe seja proveniente; 4) As limitações públicas são determinações que o Poder Público impõe ao proprietário como obrigações (positivas, negativas ou permissivas), com o objetivo de incutir as propriedades a sua função social exigida; 5) O tombamento é realizado pelo Poder Público para proteger o patrimônio cultural, sendo aplacado que essa intervenção não permitirá ao proprietário, de forma livre e por seu interesse, usar e fruir do seu bem (móvel ou imóvel); 6) No caso da desapropriação, verifica-se a transferência para o poder Público da propriedade de terceiro, desde que reste comprovado caso de utilidade púbica ou de interesse social. O procedimento de desapropriação será trabalhado, em regra, por duas fases, ou seja, inicia-se pela etapa declaratória, a qual o Poder Público manifesta sua vontade de futura desapropriação; e, termina na fase expropriatória ou executória, quando se é utilizado às providências e medidas para definir a referida transferência do bem

a propriedade urbana somente venha a cumprir a sua função social quando atendida as exigências fundamentais de ordenação da cidade (plano diretor), ou seja, resta cristalino que poderá ocorrer à divergência entre o proprietário e o plano diretor do município, haja vista interesses distintos. Destaca-se que ao município é licito intervir na propriedade, ora estabelecendo medida imperativa para que o proprietário adéque a propriedade ao correspondente aproveitamento do solo urbano, podendo estabelecer a ordem de não edificar, subutilizar ou utilizar. Não se fala em incompetência acerca da manipulação da propriedade pelos municípios em face da exigência e competência exclusiva da União para legislar sobre o direito a propriedade (CRFB/1988, art. 22, I a III). Entretanto, no que diz respeito à competência para legislar sobre as restrições e o condicionamento ao uso da propriedade se abarca a todos: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (vide – art. 24 da Constituição em vigor). Apenas como elucidação, a intervenção do Estado na propriedade pode admitir duas formas básicas, aqui definidas como restritiva e supressiva. A intervenção restritiva tem por finalidade restringir a utilização do proprietário, sem sua retirada. Salienta-se que o proprietário não poderá se utilizar do bem de forma imperiosa (padrão), guardado os limites exigidos pela intervenção – conservar-se-á a propriedade em sua esfera jurídica. As espécies de intervenção restritivas são a servidão administrativa, a requisição, a ocupação temporária, as limitações administrativas e o tombamento. Já no caso da intervenção supressiva o Estado, utilizando o princípio da supremacia do interesse público, é aquela que transfere coercitivamente, pelo instituto da desapropriação, a propriedade de terceiro, em nome do interesse público.

A desapropriação se trata de procedimento administrativo com possível vertente de transformação em procedimento judicial, onde o Poder Público visa transferir a propriedade (poderá ter como objeto qualquer bem móvel ou imóvel dotado de valoração patrimonial), desde que arcando com a indenização e pagamento ao proprietário expropriado. Ademais, só se pode considerar legitima se estiverem presentes seus pressupostos utilidade pública[4], necessidade e o interesse social (CRFB/1988, art. 5º, XXIV c/c Decreto-Lei nº 3.365/1941 [utilidade pública] c/c Lei nº 4.131/1962 [interesse social[5]]). Todavia, quanto aos bens públicos, faz-se mister a possibilidade de

[4] A utilidade pública decorre da transferência do bem que se afigura conveniente para a Administração; A necessidade pública é aquela proveniente de situações de emergência, cuja solução exija a desapropriação do bem.

[5] E o interesse social é consubstanciado pelas hipóteses de função social, no qual o Poder Público tem por objetivo neutralizar de alguma forma às desigualdades coletivas.

desapropriação, porém possui alguns limites e condições, sendo hialino que a possibilidade expropriatória pressupõe a direção vertical das entidades federativas. Portanto, os bens desapropriados se integram ao patrimônio Público, mas são divididos quanto sua utilização em definitivos (uso irrestrito pelo Poder Público) e provisórios (desfrutado por terceiro, nos casos de desapropriação por zona; desapropriação urbanística; nos eventos de interesse social; e, confisco). Pelo exposto, pode se dizer que o Estado poderá intervir na propriedade privada toda vez que se tratar de interesse público, iminente perigo público ou utilidade pública, porém necessita se avaliar os fundamentos, atender os requisitos e possuir um grau de fiscalização que possibilite não permitir atos que não sejam movidos pelo interesse público.

6. DO BEM PÚBLICO

Etimologicamente a expressão "bem público"[6] é utilizada tanto para falar do bem do Estado (sob o domínio público – administração e regulação), como para explicitar sobre o bem/espaço que é usuário da coletividade. Neste franco de hipóteses, conceitua-se bem público como a aglutinação de bens móveis ou imóveis, destinados ao uso pelo Poder Público ou, ainda sim, permitidos a utilização direta ou indireta da coletividade social, regulamentados e administrados por uma administração legítima e pautada no regime público. Apenas para considerações, emite-se, deste regime político que permeia o Estado a submeter as suas vontades os bens situados em seu território, a figura do "domínio eminente", o qual permite exatamente ao Estado investir e sobrepor às questões de interesse social, utilidade e necessidade pública sobre os bens privados. Destaca-se que os bens públicos, os bens privados e, ainda, os bens considerados "*adéspotas*[7]" - que não se sujeitam ao regulamento de propriedade (p. ex.: ar), se sujeitam ao poder estatal.

[6] O *codex* civilista pátrio estabelece em seu art. 98 (atualizando e aperfeiçoando o que continha no art. 65 do Código Civil de 1916) o conceito atinente à expressão "bem público", como se vê: "Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem". Clarifica ainda o art. 99, do mesmo diploma legal, que são bens públicos: "I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades".

[7] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Forense, 1989.

6.1 Determinadas Características dos bens públicos

Abarca-se a princípio a questão sobre a alienação do bem público. Desta forma, "alienar é transferir a outrem, por ato voluntário, o domínio de alguma coisa". Assim, quando se fala em bem público, o objeto dessa transferência é um item, bem móvel ou imóvel, que integra o acervo patrimonial da administração direta, indireta ou da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios. Resta exímio que os bens públicos também possam ser vendidos, doados, permutados, dados em pagamento, etc., ou seja, quando passam do patrimônio de uma entidade pública para o de outra entidade (pública ou privada, pessoa física ou jurídica). Todavia, tendo em vista que os atos de alienação não são idênticos àqueles que se operam na esfera privada, tem se um desafio conceitual e prático. Destarte, o Estado pode alienar os bens públicos em razão de vários motivos: captação de recursos, pagamento de dívidas, necessidade de atender a programas sociais, assistenciais, habitacionais, filantrópicos, atrair investimentos privados (atrair indústrias), reordenar os núcleos urbanos, otimizar a qualidade de vida dos habitantes de uma cidade, intervir no domínio econômico, etc. Essas razões podem ter um suporte ideológico, quando a intenção de alienar atinge setores inteiros da economia, bem como podem ser afetadas por concepções filosóficas e econômicas, modelos de gestão e visões inovadoras sobre a função da propriedade pública. Destaca-se também a classificação, ante a dividi-los entre públicos e privados. Nota-se que não há completa equivalência entre os elementos caracterizadores da propriedade pública e da propriedade privada, pois confuso se verifica, haja vista que muitos acreditam que "bem público" é sinônimo de "bem do povo" ("bem comum"). Entretanto se torna uma temeridade em um País sem tradição cultural de preservação do patrimônio, "bem do povo" parece significar "bem de ninguém", onde ali poder-se-ia realizar quaisquer coisas.

Assim, ao se falar no uso deste bem, avocam-se especialmente os institutos de afetação e desafetação. Afetar é atribuir a um bem público, de uso comum ou especial, uma destinação específica, ou seja, bem afetado é aquele consagrado a uma finalidade. Isso pode decorrer tanto do destino natural do bem (como o mar, o rio, as estradas, praças, etc. – afetação natural), como da lei ou de um ato administrativo que o aplique a certo fim específico (afetação jurídica). Para que um bem possa ser alienado, precisa perder essa característica, ou seja, precisa ser desafetado (frisa-se que nem todo bem público pode ser). Enquanto afetados, os bens públicos são inalienáveis. A desafetação, capaz de fazer desaparecer essa limitação, depende de circunstâncias de fato

e de direito, pois com ela as coisas passam para a classe de bens “dominiais” (única porta de saída para o patrimônio alheio). Neste ponto, acredita-se que existe a possibilidade de desafetar qualquer bem, bastando que sejam tomadas providências jurídicas (aprovação de uma lei) - A lei desafetadora tem que se espelhar na realidade das coisas ou constituirá ato ilegítimo e anulável. Tal ensejo é eivado de crítica, pois existem bens que são inalienáveis enquanto mantida a destinação útil pela qual foram construídos (p. ex. bibliotecas públicas). Nasce com tudo isso, a “discricionariedade administrativa”, a qual acaba se permitindo uma elasticidade, tendente a abusos e dilapidações patrimoniais. Inobstante a discussão sintética do princípio da legalidade, impessoalidade e moralidade, existem casos que o administrador público invoca o interesse público para privilegiar justamente o interesse privado. Tal engodo releva uma série de impropérios e argumentações sutis com o fito de justificar desculpas (como a geração de empregos, o desenvolvimento urbano e até a defesa do meio ambiente).

Como já alertado, a ideia é passar uma aparência de valores verdadeiros para atingir finalidades divergentes, que ao invés de abarcar a coletividade como um todo, agracia pequenos grupos ou particulares. Assim, não basta acenar com um proveito coletivo remoto irrealizável, pois se torna preciso ter bases para demonstrá-lo e assegurar a efetividade (fim que se destina). Deste modo cabe trazer a pesquisa, de forma singela, as modalidades de alienação, haja vista a possibilidade de se valer de institutos civilistas (com adaptações para atender as peculiaridades do bem e do alienante) ou de institutos próprios do direito público. Entre os primeiros estão à venda, a permuta, a doação e a dação em pagamento; e, no último, encaixam-se a investidura, a legitimação de posse, a concessão de domínio e a retrocessão. No âmbito de programas de desestatização surgem também institutos diferentes, delimitados por regras especiais. Estas modalidades possuem mecanismos de autocontrole e de controle não jurisdicional, além da atividade de fiscalização de diversos entes, como o Legislativo, o Tribunal de Contas e, em especial, o Ministério Público. Entretanto, também se faz presente o controle jurisdicional, no qual o Poder Judiciário tem o dever de dizer o direito aplicável (fato primordial é quando há o embate com o dogma da discricionariedade).

Neste condão, atribui-se aos atos de alienação a necessária figura de motivação, pois a alienação não pode ser desmotivada, o que permite em caso contrário, o controle jurisdicional, através dos instrumentos judiciais de tutela de interesses difusos e coletivos que permitem a Administração, ao Cidadão, ao Ministério Público, as Associações e

outros legitimados, ingressarem em juízo com ações que se embatem aos atos irrefletidos ou mal arquitetados (p.ex.: ação civil pública).

7. DO ESTUDO SOBRE O CASO CONCRETO: A DIMINUIÇÃO DA ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL (APA) MARAPENDI PARA A CONSTRUÇÃO DE UM CAMPO DE GOLFE – DOGMA DA DISCRICIONARIEDADE?

Após ser verificada a questão abrangente e legal do Direito Administrativo com base da pesquisa em aprofundamento, sem a intenção de esgotar o tema, adentra-se ao caso em concreto e nos seus questionamentos. Analisando todo o cotejo exposto, reflete-se sobre os atos do Poder Público em confronto com a legislação em vigor, analisando a mitigação dos direitos ambientais da área de proteção em comento (APA – Barra da Tijuca – Rio de Janeiro/RJ - Marapendi), bem como a questão social e o meio ambiente envolvido, permitindo um maior aprimoramento dos instrumentos de controle (sazonal) ambiental e seus consectários. O que se quer com a inquietude, bem como com a análise da necessidade da construção de um campo de golfe em uma área de proteção ambiental, é despertar nos abrangidos acerca da preservação da saúde e do meio ambiente, as nuances do próprio direito administrativo e ambiental, a importante verificação constitucional, os efeitos e eficácia, o tema e infortúnios regionais, o interesse da sociedade - a dignidade coletiva, a utilidade pública, a necessidade, e o questionamento do beneficiamento de particulares (quiçá uma minoria abastada no caso em concreto - que pratica golfe ou tem interesse no lucro de empreendimentos que participaram do escambo).

Como dito alhures, a descaracterização e diminuição de área de proteção ambiental – APA – Barra da Tijuca – Rio de Janeiro/RJ, dentro de um recorte do espaço social, seja com a justificativa de desenvolvimento econômico, abarcado como mitigação para afastar os princípios do Direito Ambiental, ou por não dizer, a própria tutela do meio ambiente pelo Estado, traz à necessidade de compreender diversas considerações acerca dos aspectos relevantes pertinentes as questões do meio ambiente, bem como as questões sociais e políticas derivadas das interferências (intervencionismo). Outrossim, entender o que é bem público, quais foram os limites do juízo de valor do administrador, as premissas das questões de interesse social e de utilidade pública, bem como a fundamentação do ato discricionário pode trazer a pesquisa respostas contundentes.

7.1 Do histórico ambiental *versus* os questionamentos hodiernos

Em humilde análise histórica, o Direito Ambiental sempre esteve presente nas Políticas Públicas no Brasil, desde os idos 1972, havendo uma busca em harmonizar as relações ambientais em prol da sociedade, aglutinando os interesses dos organismos Federais, Estaduais, Municipais e outras entidades. Através do relatório denominado *Brudtland* ("Nosso Futuro Comum") – na década de 80, onde foram abordadas às Políticas de desenvolvimento e as suas relações ambientais (não se esquecendo dos temas constitucionais [1988]). Na CRFB/1988, conforme preceitua o art. 225, o Poder Público possui a responsabilidade de controlar a produção, emprego e comercialização de métodos e técnicas, bem como substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; bem como promover a saúde ambiental em todos os níveis educativos e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

Explicita-se que a expressão "meio ambiente" consta da Constituição Federal de 1988, em diversos artigos (art. 5º, LXXIII - ação popular), 23 e 24 (quando se atribui competência), art. 129, III, (em relação à atribuição do Ministério Público), art. 170 (em se tratando de ordem econômica), art. 200, VIII (competência do sistema único de saúde - SUS). Nesta obliquidade, resta estabelecido que todos deveriam possuir direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de detê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Ademais, além da Lei que cria a Política Nacional de Diretrizes (nº 6.938/81), o legislador derivado trouxe a aplicabilidade da Lei nº 9.605/1998, instituindo os crimes ambientais para qualquer um que venha praticar crime contra o Meio Ambiente, entre outras. Justifica-se, então, entender a criação da APA (área de proteção ambiental), em especial a que surge no município do Rio de Janeiro/RJ, no bairro da Barra da Tijuca. As primeiras propostas de proteção ambiental para a região (onde se encontra a área objeto do caso em concreto), datadas de 1930, alavancam a Reserva Biológica de Jacarepaguá, que gera, vide atos contínuos como os realizados em 1959, uma maior proteção, verificada pelo Governo da Guanabara (avoca-se, daí, que o escopo sempre foi pela mantença da preservação do local); Em 1991 tornou-se Área de Proteção Ambiental do Parque Zoobotânico de Marapendi – "APA MARAPENDI", a qual foi ratifica em 1992 pelo Plano Diretor da Cidade.

Faz-se mister que para se "construir" em uma APA, nas décadas passadas, além do estudo de impacto ambiental, cabia tão somente a apresentação de propostas viáveis

de estímulo à “educação pública”, restando por bem à construção então (somente) de escolas públicas (que no estudo do caso em concreto, verifica-se nos condomínios mais remotos criando naquela região – APA MARAPENDI), tudo como meio de compensação. Com a modificação da legislação, para que se consiga uma autorização para construção em uma APA, além do necessário (p.ex.: estudo de impacto ambiental), aparece outra figura denominada de “replantio dobrado”, haja vista que o Ministério do Meio Ambiente entendeu por justo que a aplicação da educação pública, voltada para o ensinamento do bioma, trazia um retorno pequeno e demorado. Em aplicando a proposta do “replantio dobrado” das mudas nativas que pudessem sofrer com a devastação no local em crise, não se teria abrangência muito superior. Acerca da APA em análise, por ser tratar de área de manguezal, restinga, contendo diversos biomas frágeis e espécies raras, transborda a questão legal e permissão legislativa, ora por enaltecer uma relação supra, haja vista toda a biodiversidade encontrada no local que necessita de preservação. Neste momento, se prevê que os impactos causados pelo empreendimento em construção (campo de golfe), após a diminuição e descaracterização da APA - MARAPENDI, não possuem a princípio ligação direta às questões de gerar “líquidos poluentes - despejos e efluentes, resíduos sólidos, além de emissões atmosféricas, ruídos e o potencial de risco” (explosões e incêndios) – considerados impactos ambientais relevantes. Entretanto, algumas atividades causam danos ao meio ambiente na sua própria instalação (p. ex: o próprio campo de golfe), pois a retirada de arvoredos, manguezais, criação de alagamentos, etc., derrocam em síntese o equilíbrio e toda a atividade ao meio ambiente ali existente (apesar de aparecer alguns escólios ditos pelos representantes da Prefeitura que a área já estava degradada, portanto o que ocorre com a instalação do campo de golfe é uma espécie de socorro a todas as espécies que lá existiam).

É importante lembrar que as licenças ambientais estabelecem as condições para que a atividade ou o empreendimento cause o menor impacto possível ao meio ambiente. Por isso, qualquer alteração deve ser submetida a novo licenciamento, com a solicitação de “Licença Prévia”. Notadamente, o licenciamento ambiental vem, então, como um importante instrumento de gestão da Administração Pública, onde por meio dele é exercido o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, bem como é através dele que existe a conciliação do desenvolvimento econômico com o uso dos recursos naturais, de modo a assegurar a sustentabilidade do meio ambiente, nos seus aspectos físicos, socioculturais e econômicos.

Em pesquisa junto a Prefeitura do Rio de Janeiro (http://www.rio.rj.gov.br/web/smac/licenciamento-ambiental-municipal - acessado em 14/10/2015), explicita-se que o licenciamento ambiental é um dos instrumentos de gestão ambiental da Secretaria Municipal de Meio Ambiente - SMAC, (Decreto n.º 28.329 de 17/08/2007), para licenciar planos, programas, projetos e obras, localização, construção, instalação, modificação, operação e a ampliação de atividades e empreendimentos, bem como o uso e a exploração de recursos ambientais de qualquer natureza. Destarte, tendo em vista o desejo da construção do campo de golfe, foram criadas pela Prefeitura do Rio de Janeiro as Leis complementares 113 e 114/2012[8], com o fito de descaracterizar e diminuir a área de proteção ambiental (APA) e modificar o gabarito da região acerca de construção de prédios com maiores andares. Em pequena análise o Ministério Público vem (como *dominus litis)*, através de diversos mecanismos (ações judiciais), reverter o quadro que entende ser avassalador.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme aludido, o Estado detém poderes e segmentos estruturais a qual se divide seu poder geral. Tais poderes se encontram na função administrativa que trata a atividade estatal para realizar seus fins. Assim, parte de tal função a forma de sua caracterização, mas precisamente o ponto nevrálgico do estudo do Direito Administrativo, compreendido, então, como o ato administrativo manifesto de vontade. Para corroborar e fundamentar os atos administrativos se deve buscar alicerce nos princípios de Direito Administrativo. Neste tempo, verifica-se que o agente público pode agir de forma discricionária (faculdade) e deve agir de forma vinculada (imperiosa) - espécies de poderes dos administradores públicos. Todavia, avoca o trabalho uma linha tênue entre agir com discricionariedade e ofender a legislação, pois pode o administrador se conduzir fora dos limites por ela proposto (arbitrariedade), inobstante ao que determina a lei, tendo em vista as questões de motivação, interesse público e social, ou a criação enfadonha da existência de tais pressupostos.

[8]1) PLC 113 - Libera a área da APA para a construção do CAMPO DE GOLFE. (http://mail.camara.rj.gov.br/…/d1a9ef42c5d3dfeb03257aae004a…); 2) PLC 114 - Aumenta o gabarito da região. (http://mail.camara.rj.gov.br/…/fbdfaadfca75d0b903257aae0047…)

Resta esclarecido que o Estado, por meio de atos administrativos e poderes limitados pela legislação, possui capacidade de controlar os bens públicos, privados e anômalos (*"adéspotas")*, inclusive sob possibilidade de intervenção estatal na propriedade, através dos institutos da afetação e da desafetação. Assim, abarcam-se no caso concreto (acerca da altercação da área de proteção ambiental) diversas inquietudes e questionamentos do poder estatal, bem como suas relações sócio-políticas e econômicas, frente às decisões confrontantes ao Direito Ambiental e a preocupação jurídica de liberação de espaço protegido para a construção de um campo de golfe (desafetação da área).

Ressalva-se que a área de proteção ambiental (APA) é uma unidade de conservação destinada a proteger e conservar a qualidade ambiental e os sistemas ali contidos, prescindindo de uma maior necessidade de aprofundamento no licenciamento ambiental específico da área em alume, invocando o que preceitua a Lei 6.938/81, as resoluções nº 42/2012, 237/1997 e 01/1986 do CONAMA, bem como a Lei Complementar 140/11 - que fixa normas de cooperação entre as três esferas da Administração Pública (Federal, Estadual e Municipal).

Cumpre ratificar que o licenciamento ambiental é o instrumento de gestão da Administração Pública que exerce o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, com a conciliação do desenvolvimento econômico com o uso dos recursos naturais, de modo a assegurar a sustentabilidade do meio ambiente. Com tal definição, resta a pergunta de qual foi o interesse da sociedade na construção de um campo de golfe?

Outro ponto a ser enfrentado, atém-se a apreciação de que o município do Rio de Janeiro possui dois campos de golfe, situados na Gávea e no Itanhangá, estando no máximo a 15 (quinze) km da área (APA) em apreço. Afirma-se que, ambos os campos já existentes, possuem nível internacional (apesar de vetados pela comissão olímpica), ou seja, resta a pergunta: por que não evitar danos na área de preservação ambiental com investimentos direcionados aos campos mencionados?

Destaca-se também que a legislação pátria vem há muito tempo dar sentido a uma maior proteção ambiental, ou seja, caracterizando um desejo social de maior controle, o que nos permite avocar a Constituição Federal (1988) em seu art. 225. Entretanto, um dos fundamentos do Estado brasileiro é a livre iniciativa, isto é, o direito a todos de perseguir uma atividade econômica, de empreender, a fim de assegurar a todos a possibilidade de uma existência digna. Outro ponto, é que o Estado reconhece que a dignidade humana é

servida pela existência a um meio ambiente equilibrado. Por isso, os dois pontos acabam em conflito, pois ao se perseguir uma atividade econômica, encontra-se com a possibilidade de causar impactos ao meio ambiente, colisão que se desregrada, pode ser irreversível.

Pontua-se que a desconstituição da área de proteção (APA) traz prejuízo à existência de um histórico de proteção (legislação anterior), ou seja: qual a intenção do Poder Público em convencer a sociedade da necessidade de implantação de uma "estrutura" (no caso em tela, um campo de golfe – esporte não considerado entre os 10 [dez] mais praticados no País), sobre uma área de proteção ambiental? Quais foram os métodos delimitados sobre o tema e que permitiram discorrer sobre o anseio da sociedade?

Com a diminuição e descaracterização da APA, mas precisamente com a construção do campo de golfe, estão sendo utilizados diuturnamente diversos milhões de litros de água, ora para irrigar o solo (grama) 24 horas por dia, seja para a confecção de diversos lagos (dentro do campo de jogo), causando novo infortúnio e embate a dignidade da coletividade que sofre com a falta de água na região. É ponto de embate que serão utilizados para a mantença da grama, pesticidas ou agrotóxicos, o que não coaduna com a preservação daquela área e das outras limítrofes.

Por fim, a intenção não é de esgotar o tema ou de trazer respostas, malgrados por opinião única e dotada de sentimentos volitivos, mas sim de permitir questionar o poder discricionário, o ato administrativo, os princípios que o norteiam, a intervenção do Estado na propriedade, a alienação, a desafetação, a legislação complementar (poder regulamentar) e, especialmente, o caso concreto da construção do campo de golfe em área de preservação, tudo frente ao interesse social, utilidade pública e sob o enfoque da perspectiva da coletividade.

REFERÊNCIAS:

ABREU, Maurício de Almeida. **A Evolução Urbana do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: IPLANRIO/ZAHAR, 1987.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BRUM, Mário. Cidade Alta – **Histórias, memórias e estigma de favela num conjunto habitacional do Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: Ponteio, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DIDIER JR, Fredie. **Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil, in Negócios Processuais,** Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coord. Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____, **O Desvio de Poder**, in RDA 172, 1988.

LASO, Enrique Sayagués. **Tratado de Derecho Administrativo**. Daniel Martins: Motevidéu, 1974.

MELO, Maria José Campos de. **Área de Proteção Ambiental – APA: Movimento Social Urbano e Educação Ambiental em Belém.** Universidade do Amazonas – UNAMA. Belém: 2009 – Disponível em: (http://www.unama.br/editoraunama/images/stories/livro/area-de-protecao-ambiental.pdf).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PANASOLO, Alessandro; PETERS, Edson Luis. **Reserva Legal e Áreas de Preservação Permanente**. Paraná. Ed. Juruá: 2015.

SILVA FILHO, José Carlos L. da. **Sistema de Gestão ambiental aplicado a prefeituras: uma nova possibilidade de gestão pública.** Porto Alegre: UFRGS, Curso de Pós- Graduação em Administração, Mestrado em Gestão da Tecnologia e da Produção, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto,; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. **Litigância de interesse público e execução comparticipada de políticas públicas**. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 224. Out/2013.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Juspodivim, 2015.

Disponível em:
http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTextoasp?servico=jurisprudênciaSumula&pagina

http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/3/browse?value=%C3%81rea+de+prote%C3%A7%C3%A3o+ambiental+(APA)%2C+Brasil&type=subject - GANEM, Roseli Senna; VIANA, Maurício Boratto (Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa,2005-08) **APAS federais no Brasil**.

http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/3/browse?value=%C3%81rea+de+prote%C3%A7%C3%A3o+ambiental+(APA)%2C+Brasil&type=subject - GANEM, Roseli Senna (Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados, 2008) **Conservação da biodiversidade em áreas urbanas**.