

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

EUDES VITOR BEZERRA

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

MARIA LUIZA PEREIRA DE ALENCAR MAYER FEITOSA

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 Napolini 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 civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Eudes Vitor Bezerra, João Paulo Allain Teixeira, Maria Luiza Pereira De Alencar Mayer Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-302-3

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 Civil Constitucional.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

A teoria civilista, na contemporaneidade, encontra-se, cada vez mais, adstrita aos preceitos constitucionais, ao passo que nos dias atuais a constitucionalização do Direito Civil é tema recorrente na academia, nas pesquisas, nos trabalhos científicos, bem como em vários congressos de direito realizados no Brasil e no mundo.

No XXV CONGRESSO DO CONPEDI, que teve como tema “Cidadania e Desenvolvimento: O papel dos atores no Estado Democrático de Direito”, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito — CONPEDI em parceria com o Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, realizado na cidade de Curitiba (Paraná) entre os 7 a 10 de dezembro de 2016, não foi diferente, porquanto o Grupo de Trabalho (GT) de Direito Civil Constitucional I, serviu de palco para calorosos e profundos debates envoltos a constitucionalização do Direito Civil.

Acreditamos que democratização da informação e a amplo acesso à rede mundial de computadores, apresenta-se como um núcleo de estabilização da relação entre cidadãos e instituições, cidadãos e seus representantes, ou seja, fomenta uma junção das relações interpessoais alicerçadas pelos direitos fundamentais, fato que viabilizar o Direito Civil Constitucional ser posto em voga.

Nesse contexto, temas como liberdade de expressão e direito da personalidade; capacidade civil das pessoas com deficiência; direito de propriedade e desapropriação; eficácia dos direitos fundamentais; responsabilidade civil e a tutela da pessoa humana; responsabilidade dos notários e registradores públicos; dignidade da pessoa humana no contexto constitucional luso-brasileiro; paradigma libertário do “right to privacy” norte americano; concepção; nascimento e vida indesejada e a possibilidade de reparação; criogenia; curatela em matéria assistencial e pessoa com deficiência; importância dos princípios constitucionais na responsabilidade civil por danos materiais e morais; discricionariedade judicial; parentalidade e o parentesco e a manutenção das famílias contemporâneas; informação e poder: proteção dos dados pessoas na internet; naturalização da família; incapacidades no direito civil brasileiro e argentino; e, saúde mental, demonstram como a constitucionalização do direito civil vem sendo abordada no nosso país e no mundo.

Sendo que o diálogo em direito privado e os direitos fundamentais norteou os exímios artigos científicos que foram apresentados no XXV CONGRESSO DO CONPEDI e que compõe a presente obra.

Destarte, é para nós uma honra escrevermos o prefácio de um conjunto de aguerridos trabalhos científicos, seja pela profundidade, seja pela qualidade das pesquisas realizadas e apresentadas por alunos e docentes de diversos programas de pós-graduação em Direito do Brasil, motivo pelo agradecemos todos os autores que contribuíram para o desfecho da presente obra, cuja leitura convidamos.

Prof. Dr. Eudes Vitor Bezerra - Universidade Nove de Julho – Uninove

Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira - Universidade Católica de Pernambuco

Profa. Dra. Maria Luiza Pereira De Alencar Mayer Feitosa - Universidade Federal da Paraíba

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E SUA APLICAÇÃO EM DECISÕES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

DISCRETION JUDICIAL AND ITS APPLICATION IN DECISIONS IN ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS

Stephanie Ann Pantoja Nunes

Resumo

Enfrentando a questão do empoderamento do judiciário advindo do poder discricionário frente aos chamados casos complexos da teoria interpretativa de Dworkin, é que se desencadeia a presente análise, comparando o instituto da discricionariiedade judicial, com a discricionariiedade administrativa, trazendo à baila um caso concreto, que se inicia na esfera administrativa e posteriormente é judicializado, sendo no decorrer das discussões desviado de sua finalidade legal, sob a ótica do poder de polícia, promovendo assim o afastamento do que se tem por justiça construída por meio de um visão de Estado democrático de direito.

Palavras-chave: Discricionariiedade, Jusnaturalismo, Decisão, Interpretação, Efetividade

Abstract/Resumen/Résumé

Facing the question of the legal empowerment arising from discretionary power forward the so-called complex cases of interpretive theory Dworkin, it is that triggers this analysis, comparing the Institute of Judicial Discretion with administrative discretion, bringing up a specific case which starts at the administrative level and is subsequently judicialized, and in the course of discursões diverted from their lawful purpose, from the perspective of police power, thus promoting the removal of what has for justice built by a vision of a democratic state right.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Discretion, Natural law, Decision, Interpretation, Effectiveness

1 INTRODUÇÃO

O Direito é uma construção social, portando em seu âmago toda a carga cultural do povo que o forjou, quer partamos de uma visão contratualista, marxista ou foucaultiana, é impossível dissociar o direito da construção de uma determinada sociedade.

Neste sentido, os sistemas jurídicos pátrios de cada Estado trazem em seu bojo um contexto de lutas e conquistas sociais de seus cidadãos, sendo que cada Estado Nação detém sua construção histórica própria, e conseqüentemente sua supremacia legal outorgada pela soberania, defluindo daí a obrigação dos ordenamentos jurídicos, inclusive os Estados Democráticos de Direito que se diferenciam por refletirem os anseios e necessidades dos cidadãos que tutela.

Sob o viés de que a ideia de justiça se concretiza quando a Lei alcança as necessidades e anseios dos cidadãos que compõe determinada sociedade, compreende-se que o intérprete ao deparar-se com a norma, vê-se compelido a manejá-la a fim de atingir o conceito ideal de justiça universal.

Compete esclarecer que o presente ensaio, não pretende atacar ou discutir a existência do ativismo judicial ou o empoderamento do poder judiciário, tratando-se portanto, de análise isolada de caso concreto, mediante determinadas teorias hermenêuticas à luz da discricionariedade, quando da promulgação das decisões do intérprete.

Faz-se necessário informar, que no presente ensaio, observar-se-á um único caso e seus respectivos desdobramentos dentro da esfera judicial e administrativa, por meio das decisões interlocutórias proferidas até o presente momento.

Neste contexto, se elegeu alguns dos autores para se processar a análise das decisões no tocante a utilização dos conceitos e princípios que justificaram e motivaram o desfecho do caso.

A fim de facilitar a compreensão, haverá a divisão do presente ensaio em seis grandes secções, as quais compreendem: Introdução, Justificativa do Caso, Apontamentos Teóricos, Apresentação do Caso, Análise das Decisões e Considerações finais.

2 JUSTIFICATIVA DO CASO

Inicialmente, convém justificar que a escolha do caso concreto foi árdua, posto que a prática advocatícia na área do Direito Ambiental administrativa tem cada dia despontado como

terreno fértil para se verificar a aplicação da discricionariedade nas decisões, fenômeno esse que se deve não somente ao fato de tratar-se de uma área relativamente nova no Direito, mas ainda por se tratar de uma seara onde há ampla e crescente gama de legislação, as quais encontram-se esparsas no ordenamento, o que tem dificultado qualquer tentativa de uniformização nas decisões.

Há que se evidenciar que o Direito Ambiental padece ainda, de várias situações omissivas, as quais se estendem desde algumas conceituações básicas, à total falta de regramento de determinadas situações fáticas, o que sem dúvida, torna este ramo do direito um terreno fértil ao aparecimento da discricionariedade.

Ademais, se observa a própria prática do poder discricionário vinculado do administrador, como razão de análise a medida que ocasionam diversas situações relevantes, que do nosso ponto de vista poderia ser interpretada a luz dos casos complexos.

Neste sentido, o presente caso foi escolhido, em vista da complexidade adquirida pela presente demanda em análise, que a medida em que foram promulgadas as decisões viu-se cada vez mais distante do objetivo fim da regra ambiental que lhe disciplinava, deixando assim de atender aos ditames de efetividade normativa por força das decisões que se pautaram no poder de escolha das fontes a serem priorizadas.

3 APONTAMENTOS TEÓRICOS

É incontestável que o resultado prático dos casos, quando se pensa como causídica, é fundamental, vez que se buscou tutela do Estado para solução de uma lide, todavia, há que se priorizar na referida análise o procedimento percorrido pelas autoridades competentes para proferirem suas decisões ante o caso concreto, bem como sua postura frente a normatização e as lacunas que surgem no caso em análise.

Neste sentido, as nuances nas quais se desenrolaram o caso em comento, são decisões proferidas que mostram a grande importância que reside na prática da árdua tarefa do intérprete do direito junto à situação fática.

Inevitável, quando se parte de uma visão construtivista do Direito, pensá-lo de forma desatrelada do conceito de Justiça, ainda que se incorra no que WILSON, 2005 denominou de Crença em objetos abstratos, o que segundo o autor, deve ser evitado por se tratar de uma das armadilhas da linguagem que se caracterizaria por coisificar palavras que na verdade inexistem de forma prática concreta no mundo real, não passando de abstrações.

John Wilson assevera que alguns conceitos como justiça mesmo sendo abstrato por envolver fortes sentimentos adquirem de forma quase universal uma força de objeto concreto.

Desta forma, a ânsia por encontrar a justiça tem se desenrolado e fomentado grandes teorias e debates de cunho filosófico, político e científico.

No entanto, não se mostra como propósito do presente estudo sequer buscar por um conceito de justiça, por se entender que será válido para esta análise o que já compõe a maioria do imaginário comum do que se tem por justiça, mediante ao apoderamento de ideais como legalidade e moralidade, sob o viés positivista.

Neste sentido, cabe aqui evidenciar e pontuar como enfoque principal do presente o comportamento do interprete aplicador ou julgador frente a norma, sendo necessário ressaltar que não se pretende esgotar as possíveis posturas, desta feita foi eleita apenas algumas das posturas, que se julgou serem as mais relevantes sobre a ótica do caso a ser analisado.

Não se pode olvidar que o Sistema Jurídico Brasileiro evoca para si a Democracia, assentando-se sob a mesma a efetiva (e não meramente simbólica) soberania popular; ou seja, no poder de controle do povo sobre todos os agentes públicos, que são afinal seus servidores.” Postura defendida por COMPARATO 2010 e que coopera para o crescimento do afã de ‘justiça’ outrora comentado, o qual ronda não só o imaginário dos administrados como dos gestores, que ao depararem-se com a difícil missão de aplicação da norma, devem moralmente pautarem-se e socorrem-se ainda que de forma abstrata da legalidade.

Compete, no entanto, esclarecer que a legalidade neste contexto se desenrola quando há busca pela efetividade do *mens legis*, ou seja se objetiva que a norma atinja a finalidade a que se propôs.

É cediço que, quer se adote a corrente do positivismo ou do jusnaturalismo jurídico, haverá que se enfrentar em um dado momento a situação de decidir sobre a questão concreta através de normas criadas e pautadas por conceitos abstratos, sendo esta subsunção tarefa árdua, que dependendo do grau de instrumentalização do intérprete que pode atingir fins totalmente diverso do supostamente pretendido pela norma ou ao menos lhe fazer a verossimilhança objetivando alçar os patamares de justiça.

Neste contexto, do intérprete frente a norma se considera interessante trazer à baila o que preceitua KAUFMANN 2002 ao abordar a filosofia da existência frente as situações de fronteira, onde o autor explica que: O homem só atinge a verdadeira e própria existência quando se coloca, decido, perante as situações limites, quando as insere, com sentido, nos seus planos e no seu agir e quando assim, pela transformação da sua consciência de si próprio, se torna completamente ele mesmo. É isto que está em causa na filosofia da existência: ela exorta o homem a resistir ao impulso da fuga para um mero ‘vegetar’ incaracterístico, na medida em que ele se decide pelas suas próprias possibilidades e, deste modo, atinge a realização de si próprio. (KAUFMANN,2002.p.41).

Verifica-se, portanto, que é próprio do Ser a busca por solução, sendo mais patente a presente questão quando transposto ao Direito, daí na mesma obra KAUFMANN· tecer duras críticas aos juristas que frente as limitações do Direito se portam de forma eminentemente jusnaturalistas ou eminentemente positivistas, pois segundo ele os primeiros pecam por subvalorizar a norma, enquanto os outros erram por confiar em demasiado nelas, considera assim, tais posturas extremadas como uma perversão do Direito pelo poder político, o que sem dúvida para o autor não seria Direito, compreensão que aqui se estenderá para a busca pela justiça, que por sua vez não será alcançada nem nos moldes mínimos, quando há distorções.

Interessante, ainda que divergente é evocar a definição Dworkiniana de Direito à qual seria estabelecida pela atitude interpretativa, neste sentido, dispõe que: É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. (...). A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter. (DWORKIN, 1999,p.449).

É impossível dar prosseguimento ao presente ensaio, sem enfrentar um breve retorno a hermenêutica jurídica, sendo inicialmente válido mencionar DWORKIN,2000 que ao elaborar sua análise frente ao que denominou de casos controversos, trouxe a discussão o valor, para indicar em suma que a melhor interpretação da norma não é realizada de forma isolada e sim considerando o seu histórico, a tradição que ela está vinculada, e seu propósito, isto é, o objetivo perseguido pela norma.

Há que se verificar ainda, que o autor admite a possibilidade de lacunas no Direito, no entanto de posse faz uma leitura diferente acerca do preenchimento das mesmas, sendo que inicialmente já nega a possibilidade de repostas certas.

Indispensável é anotar que DWORKIN,1999 reconhece que a aceitação do direito como integridade, daí reconhecer a dificuldade enfrentada pelo julgador comum criando para tanto seu a famosa figura do juiz Hércules onde: Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade. É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor. Um juiz verdadeiro, porém, só pode imitar Hércules até certo ponto. (DWORKIN.1999,p.292).

Desta sorte, para Dworkin o Juízo hercúleo se diferenciaria dos demais, posto que estaria sempre disposto a apresentar os argumentos em favor da melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. Neste sentido, há que se evocar “(...) o direito como integridade consiste numa abordagem, em perguntas mais que em respostas, e outros juristas e juízes que o aceitam dariam respostas diferentes das dele (Hércules) às perguntas colocadas por essa concepção de direito.” (DWORKIN,1999.p.287)

Cumprido frisar que a discricionariedade judicial se desenvolve frente a evolução das mais diversas acepções da corrente do positivismo e na aceitação de lacunas que para alguns podem devem ser preenchidas pelo julgador.

Neste sentido, é inegável que um grande marco do pensamento positivista, foi a contribuição trazida por HANS KELSEN,2014, que em sede da Teoria Pura do Direito ao apregoar o afastamento da moral da legalidade, objetivou alcançar a Norma Pura através da eliminação do que o autor denominou de elementos metajurídico.

Desta forma, Kelsen considerava a moral como ligação a sociologia jurídica, que ligada ao *ser*, sendo que o Direito seria ligado ao *dever ser*. Daí porque moral e direito estariam em campos opostos, muito embora pudessem coexistir.

É cediço que para Dworkin, o pensamento positivista seria reduzido e a interpretação normativa em normas e regras, caso fossem desconsiderados os princípios, e ficando sujeito a discricionariedade do intérprete, o que não é aceito pelo autor, como já se pontuou no presente estudo Dworkin não aceita a ocorrência de casos sem reposta.

Posição divergente a esta acima, é a adotada por Hart por considerar que o julgador não somente pode, como deve decidir com discricionariedade ao se frente a norma jurídica ou quando a mesma não existir no caso concreto. Sendo válido ratificar que entende o ordenamento jurídico como sendo incapaz de promover todas as respostas, através da aplicação sistemática lógica, pela busca da integralidade do Direito.

Indispensável, ao presente estudo é a inserção da leitura realizada pelo professor STRECK, 2015 que ao ponderar sobre o tema estabelece análise acerca dos casos complexos e hermenêutica jurídica verificando o problema de validade do discurso jurídico, abrindo-se assim margem para existência da Discricionariedade Judicial, sendo que sua análise, não seria bem-vinda nos sistemas democráticos, como no caso brasileiro, nestes termos desenvolve o autor o presente raciocínio: Para mim, entretanto, o principal problema aparece quando procuramos determinar como ocorre e dentro de quais limites deve ocorrer a decisão judicial. Ambas as teorias apostam na vontade do intérprete para resolver o problema, gerando a discricionariedade judicial. Ora, evidente que tais teorias sofrem de um letal deficit democrático. Pergunto: como justificar,

legitimamente, uma decisão tomada pelo poder judiciário? Isso tais teorias não respondem. E nem poderiam responder, uma vez que essa dimensão dos acontecimentos fica fora de seu campo de análises. Dizendo de outro modo – e venho insistindo nesse ponto – essa problemática da “validade da explicitação da compreensão” (portanto, da validade da interpretação) deve ser analisada a partir da destruição do método que é proporcionada por Gadamer. Com efeito, não há nisso um deficit de metodologia ou de racionalidade. Essa ruptura não significou um ingresso na irracionalidade ou no relativismo filosófico. Muito pelo contrário. Assim como a integridade em Dworkin, a hermenêutica está fundada na autoridade da tradição, que pode ser autêntica e inautêntica, além da importância do texto (que, em Gadamer, é um evento, como já demonstrei em Verdade e Consenso). Gadamer deixa claro que a ausência do método não significa que se possa atribuir sentidos arbitrários aos textos. À medida que a interpretação sempre se dá em um caso concreto, não apenas fica nítida a impossibilidade de cisão entre *quaestio facti* e *quaestio júris*. A hermenêutica não trata apenas da faticidade; ela não apenas explica como se dá o sentido ou as condições pelas quais compreendemos. Na verdade, por ela estar calcada na circularidade hermenêutica, fato e direito se conjunam em uma síntese, que somente ocorre concretamente, na *applicatio* (lembramos sempre que não se cinde conhecimento, interpretação e aplicação). Se interpretar é explicitar o que compreendemos, a pergunta que se faz é: essa explicitação seria o locus da validade? Se verdadeira essa assertiva – e creio que não é – então estaríamos diante de outro problema: o que fazer com a *quaestio facti*? (STRECK,2015.p.4)

Interessante ainda trazer ao presente estudo a resposta dada pelo Prof. LENIO,2015 acerca da problemática deixada, argumentando a partir da hermenêutica filosofia, valendo-se da teoria interpretativa de Dworkin, nos termos que: Não há dúvida de que uma teoria jurídica democrática deve se preocupar com a validade normativo-jurídica do concreto juízo decisório. O que não se pode concordar é que, para alcançar esse juízo decisório, são possíveis juízos discricionários, o que reforça (ria) novamente o solipsismo interpretativo. Numa palavra: a questão da validade reside na circunstância de que não podemos simplesmente confundir essa validade com uma espécie de imposição ontológica (no sentido clássico) nas questões com que se ocupam determinados campos do conhecimento científico. Também não podemos mais pensar a validade como uma cadeia causal sucessiva que tornaria verdadeiro um determinado conjunto de proposições jurídicas. A validade é o resultado de determinados processos de argumentação em que se confrontam razões e se reconhece a autoridade de um argumento. E que fique bem claro que o reconhecimento da autoridade de um argumento não está ligado a uma imposição arbitrária. Pelo contrário, a hermenêutica é incompatível com qualquer tipo de arbitrariedade. Como afirma Gadamer – ao proceder a reabilitação da autoridade da tradição: “o reconhecimento da autoridade está sempre ligado à ideia de que o que a autoridade diz não é uma arbitrariedade irracional, mas algo que pode ser inspecionado principalmente. É nisso que consiste a essência da autoridade que exige o educador, o superior, o especialista”. Em consequência, devemos primeiro compreender o problema da validade como uma questão que pode ser amplamente

desenvolvida pela ciência e pela lógica. Mas não há dúvida de que aqui também reaparece certo tipo de pressuposto que está sempre presente para produzir o campo comum de interação próprio para troca de argumentos. (STRECK,2015.p. 6)

Importante pontuar que STRECK prossegue sua análise trazendo à baila Heidegger como representante do neokantismo fazendo distinção, entre norma e ciência o que não tem relevância ao presente estudo, sendo que se priorizou uma breve reflexão sobre a busca pela validade da norma, a qual norteia a construção da discricionariedade, tanto em Hart como Dworkin, relevante aqui verificar a relação de interação entre o agente intérprete e a norma a ser interpretada.

Arrematando a presente discussão acerca de uma possível solução, novamente é interessante se valer de KAUFMANN,2002 que traz como solução aos casos complexos a árdua busca pelo consenso intersubjetivo por meio do discurso filosófico através do que o autor denomina de princípio da tolerância.

3.1 Discricionariedade administrativa e Discricionariedade.

Compete aqui uma breve inserção sobre o instituto da discricionariedade o qual já se verificou não goza de um assentimento unânime e pacífico na teoria, mas do qual é reconhecido por todos o viés trabalhado, ainda que em alguns casos não como uma saída válida de resposta.

Neste compasso, resumidamente há se estabelecer alguns fundamentos para discricionariedade aqui trabalhada, que primeiramente deve se pautar na dualidade advinda dos norteadores legais e fáticos.

Os norteadores legais seriam aqueles onde se terá análise e decisão proferida por agentes da administração pública vinculados ao poder executivo orientados e vinculados especificamente por norma legal¹ no tocante a limitação e uso do poder decisório discricionário vinculado ante a análise dos casos concretos.

Compete ainda, esclarecer que há o poder de decisão nos processos administrativos e que o mesmo não se opera quando de lacuna ou omissão da lei, posto que ao administrador somente é permitido o que está previamente prescrito em lei sendo-lhe vedado operar na ausência desta.

Não se pode olvidar que a discricionariedade mesmo na seara administrativa não pode se confundir com arbitrariedade, adquirindo assim grande importância quanto aos limites que lhes são impostos, quando da promulgação do ato administrativo que devem obedecer ao

¹ Cabe apenas esclarecer que os processos administrativos seguem a regra do princípio da motivação previsto explicitamente no art. 37 da CF e 50 da Lei nº 9784/99.

binômio conveniência e oportunidade, provenientes da margem de liberdade que é conferida ao agente.

Importante ressaltar que os atos administrativos podem ser submetidos à apreciação judicial quanto a legalidade dos atos. Sendo válida aqui pontuar o princípio da inafastabilidade da jurisdição claramente instituído na Constituição Federal através do artigo 5º, inciso XXXV², que dispõe sobre o direito de ação, bem como evidenciar sua presença na Lei nº 9784/99 que rege curso dos processos administrativos federais e especificamente através dos artigos 48 e 49³.

4 APRESENTAÇÃO DO CASO

Trata-se de processo administrativo punitivo que corre junto ao Instituto Brasileiro de Meio Ambiente-IBAMA sob o nº 02004000023/2007-94, sendo lavrado auto de infração por efetuar desmatamento de 08 (oito) hectares de mata nativa, sendo aplicada multa no valor de R\$12.000,00 (doze mil reais), em face do autuado, na mesma ocasião foi estabelecido o embargo da área nos moldes legais de praxe, importante esclarecer aqui que o autuado não se encontrava no local da infração, e que a fiscalização obteve através de terceiros a informação de que a área degradada pertenceria ao autuado, no entanto, compete informar que o autuado por sua vez é dono de área vizinha à desmatada.

Ao receber o Auto de Infração - AI apresentou suas alegações e posteriormente foi condenado e executado, efetuando o pagamento integral do AI adimplindo assim totalmente a responsabilidade administrativa decorrente do dano.

Ocorre que, já em sede de cobrança da responsabilidade civil a ser adimplida por meio de Plano de Recuperação de Área Degradada-PRAD, foi apurado no curso do processo administrativo que a área não lhe pertencia, e que haveria impedimento para implementação do PRAD, sendo susgado o processo até regularização do CAR e apresentação de registro de imóveis da área em nome do autuado.

Neste momento processual, se iniciou o patrocínio da presente causa, de posse da legislação que norteia o caso⁴ se adentrou junto ao órgão ambiental com pedido de exclusão do

² XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

³ Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência. Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

⁴Art. 15-B do Dec. Lei 6514/08: **Art. 15-B. A cessação das penalidades de suspensão e embargo dependerá de decisão da autoridade ambiental após a apresentação, por parte do autuado, de documentação que**

nome do autuado do rol de embargados do IBAMA dada a comprovada ilegitimidade passiva do mesmo para figurar na listagem, tal requerimento foi negado.

Desta sorte, permaneceu a restrição de embargo em nome do autuado, razão pela qual se buscou a tutela jurisdicional por meio de ação cautelar inominada com pedido de antecipação de tutela que correu na Justiça Federal Pará sob o nº 0019722-04.2014.4.01.3900, sendo deferida liminarmente tutela parcial, no sentido de compelir o IBAMA a prosseguir com a análise do PRAD mesmo frente a falta de CAR.⁵

Interessante notar nesta decisão que o juízo singular ao se deparar com o presente caso, detém a análise perfunctória de toda a legislação que norteia aplicação do CAR deixando de verificar a situação de ilegitimidade levantada.

Novamente, já em sede de IBAMA, há nova análise em cumprimento a decisão judicial, sendo novamente apurado pelo analista que inexistente possibilidade de implementação de PRAD pelo autuado, dado o fato de não possuir a posse nem a propriedade da área em questão.

Já em sede de mérito da cautelar o juiz, julgo procedente apenas o pedido sucessório formulado na inicial para o fim de conceder a medida cautelar nos estritos termos em que concedida a medida liminar que restou confirmada. E por fim concedeu prazo de 15 (quinze) dias para a conclusão da análise do plano de recuperação apresentado pelo requerente da ação.

5 ANÁLISE DAS DECISÕES

No caso em comento houveram várias decisões interlocutórias das quais se promoverá análise de seus *decisum* sob o enfoque da Discricionariedade. Há que se ressaltar no primeiro momento será considerada apenas a decisão administrativa, ressaltando que não se promoverá análise da decisão que manteve o Auto de Infração, sendo relevante para o estudo apreciar apenas as decisões de sustação e indeferimento do PRAD.

O fundamento principal para indeferir o PRAD se deu pela suposta existência de sobreposição no CAR da área degradada e ilegitimidade ativa apresentante. Nota-se, que a

regularize a obra ou atividade. (Incluído pelo Decreto nº 6.686, de 2008). **Art. 18.(...)** § 1º O órgão ou entidade ambiental promoverá a divulgação dos dados do imóvel rural, da área **ou local embargado e do respectivo titular em lista oficial**, resguardados os dados protegidos por legislação específica para efeitos do disposto no inciso III do art. 4º da Lei nº 10.650, de 16 de abril de 2003, especificando o exato local da área embargada e informando que o auto de infração encontra-se julgado ou pendente de julgamento. (Incluído pelo Decreto nº 6.686, de 2008). Instrução Normativa nº 02/2014 MMA (CAR).

⁵ Compete informar que o pedido liminar foi somente o levantamento preventivo do embargo ou a exclusão preventiva do nome do autuado do rol dos embargados, razão pela qual houve embargos que não foram providos. Para mais informações vide decisões do processo disponível: processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=83d0252d938565a7aee8815e51ba6b30&trf1_captcha=2smh&enviar=Pesquisar&proc=00197220420144013900&secao=PA.Acesso30/07/2015.

legislação é clara no sentido de que todo aquele que incorre na prática de dano ambiental deve repará-lo, o que somente pode ser feito quando da realização de PRAD.

Importa aqui frisar que nos presentes autos o autuado em questão já foi considerado o infrator ambiental, sendo a fase seguinte reparar o dano, vez que já houve o pagamento do auto.

É cediço que o procedimento de reparação do dano deve ser submetido a análise no tocante sua viabilidade técnica, implementação e efetividade, por técnicos junto ao órgão ambiental.

Em que pese a utilização do poder discricionário administrativo, se verifica que na análise dos critérios legais de viabilidade técnica do projeto inexistem margem legal de escolha, sendo obrigatório quando do preenchimento dos requisitos legais de finalidade da norma a implementação do projeto pelo órgão, que tem o dever de fiscalizar sua correta execução pelo infrator, que ao promover a recuperação da área degradada nos moldes legais, promoverá o levantamento do embargo da área, e conseqüentemente a liberação de pendências cadastrais no tocante a embargo ambiental em seu nome.

No contexto acima, se verifica que a Discricionabilidade do julgador se desenrola no presente caso, quando o mesmo a detrimento do que fora outrora analisado nos autos quanto a legitimidade do autuado, pugna pela reanálise e aplicação dos critérios de exigibilidade formais, que ao retornarem a discussão, neste dado momento processual passaram a conturbar o processo, em detrimento aos critérios de efetividade e finalidade do ato administrativo, posto que o embaraço de legitimidade culminou na falta de análise do projeto e conseqüentemente na ausência da reparação da área degradada.

Neste sentido, compete aqui resgatar que a finalidade do PRAD é a efetiva recuperação da área degradada, sendo que nesta fase processual não mais se trabalha a punição do Infrator, posto que já fora apenado pela via própria, neste caso o pagamento da multa.

Desta forma, ao se verificar a promulgação de decisão administrativa, que objetiva tão somente a paralisação da implementação e efetividade do objetivo fim de norma legal, unicamente pautada em critérios formais, já dantes superados, a mesma extrapola e deixa de atender a seu propósito.

Compete aqui, ressaltar que não prevê legislação que todo o PRAD apresentado e analisado pela administração deva ser recebido e implementado por esta, existem critérios de ordem técnica que podem culminar em seu indeferimento e não implementação.

Todavia, no caso em estudo o agente deixa de promover a análise dos critérios de ordem técnica para buscar os de ordem formal, o que foge completamente dos moldes do processo, que por ser um ato administrativo deve obedecer e seguir em seu mais alto grau os

primados da eficiência e eficácia pautados na estrita legalidade com objetivo fim de cumprimento da norma, por meio do atingimento de sua finalidade.

Ao negar seguimento na análise do projeto, a primeira decisão administrativa se justifica ainda sob fundamento de exigibilidade normativa, trazida pelo novo código florestal que obriga todo o proprietário de área rural a cadastrá-la⁶, alegando que a falta de tal documento impediria o prosseguimento do PRAD.

Nesta situação, a questão foi submetida a apreciação do judiciário compete aqui lembrar que, mais que uma decisão há aqui também um ato administrativo, existindo, portanto, critérios específicos quando de sua apreciação pelo judiciário, sendo valido pontuar os ensinamentos DI PIETRO, 2009: Pode-se, pois, concluir que a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja apreciação a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva. E a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito. (DI PIETRO, 2009.p.205).

E mais à frente esclarece a mesma autora que: Com relação aos atos vinculados, não existe restrição, pois, sendo todos os elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade e reconhecer que essa conformidade inexistiu. Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível mas terá que respeitar a discricionariade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei. (DI PIETRO,2009.p.201)

Feito os esclarecimentos acima, há que se analisar a decisão judicial liminar que se fundamentou nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade da medida, após análise da

⁶ Ver mais em lei nº 12.651/2012. Art. 29. É criado o Cadastro Ambiental Rural - CAR, no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente - SINIMA, registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento. § 1º A inscrição do imóvel rural no CAR deverá ser feita, preferencialmente, no órgão ambiental municipal ou estadual, que, nos termos do regulamento, exigirá do proprietário ou possuidor rural: (Redação dada pela Lei nº 12.727, de 2012). I - identificação do proprietário ou possuidor rural; II - comprovação da propriedade ou posse; III - identificação do imóvel por meio de planta e memorial descritivo, contendo a indicação das coordenadas geográficas com pelo menos um ponto de amarração do perímetro do imóvel, informando a localização dos remanescentes de vegetação nativa, das Áreas de Preservação Permanente, das Áreas de Uso Restrito, das áreas consolidadas e, caso existente, também da localização da Reserva Legal. § 2º O cadastramento não será considerado título para fins de reconhecimento do direito de propriedade ou posse, tampouco elimina a necessidade de cumprimento do disposto no art. 2º da Lei nº 10.267, de 28 de agosto de 2001. 3º A inscrição no CAR será obrigatória para todas as propriedades e posses rurais, devendo ser requerida no prazo de 1 (um) ano contado da sua implantação, prorrogável, uma única vez, por igual período por ato do Chefe do Poder Executivo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm. Acesso 30/07/2015.

legislação aplicável acrescentando ao debate o Decreto Estadual nº 7830/2012⁷ e Instrução Normativa MMA nº 02/2014⁸, o que permitiu ao magistrado verificar que a situação de regulamentação, implementação e cobrança do CAR seria na verdade de *vacation legis*, não se aplicando, portanto, a exigibilidade prevista no Código Florestal, desta forma ordena o prosseguimento da análise do PRAD.

Interessante é evidenciar que o julgador jurisdicional ao se deparar com a presente situação que poderíamos denominar a grosso modo de situação limite, racionaliza ponderando sobre a legislação aplicável evidenciada transitoriedade da norma que regula o CAR, se fundamenta nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para decidir ultrapassar questões de mera formalidade para atingir o fim e efetividade da norma que seria a reparação da área degradada.

Desta feita, o presente caso voltou a esfera administrativa, para prosseguimento da análise, a autarquia federal por sua vez em obediência a liminar promoveu o seguimento do PRAD, ocorre que novamente não ultrapassou as questões formais, posto que não identificou novamente a titularidade da área como do autuado, notificando o autuado para apresentar comprovação válida da titularidade da área.

Compreende aqui informar que houve decisão terminativa de primeira Instância mantendo a liminar por seus próprios fundamentos, conferindo ao IBAMA prazo de quinze dias para concluir análise do PRAD.

Ocorre que, houve a interposição de embargo de declaração face a decisão judicial assim como agravo e apelação, restando este último recurso pendente de análise pelo TRF 1ª até a presente data, a autarquia ambiental por sua vez, promoveu indeferimento do PRAD por falta de comprovação da titularidade da área pelo autuado.

Compete aqui esclarecer de posse das teorias acima preceituadas, há que se pontuar que este caso não guarda em si grau elevado de complexidade, sendo a escolha pelo mesmo realizada a partir da verificação de que não se atendeu a quaisquer objetivos. O caso guarda em si a peculiaridade de que até o presente momento não houve a reparação do dano, ainda que reste evidente o *animus* do autuado em repará-lo.

Não se pode olvidar, neste sentido, que a lei traz alternativas como reposição florestal ou reparação em área alternativa a ser informada pelo órgão ambiental, porém a decisão

⁷Decreto que Regulamenta o CAR.

⁸Instrução Normativa do Ministério do Meio Ambiente que disciplina e implementa o CAR começando, portanto, a fluir o prazo do art.29, §3º do código florestal.

administrativa, não enfrenta a questão se limitando a negar seguimento ao PRAD apresentado sem facultar alternativa ao autuado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deve-se observar que em nenhum momento se buscou esgotar o tema, mas apenas suscitar o debate em virtude de sua importância crescente na atualidade tendo em vista a necessidade atual que se tem de buscar instrumentos capazes de fomentar a efetividade dos direitos.

A existência de um espaço para interpretação normativa é inegável para quaisquer correntes do direito ao se depararem com a subsunção, sendo impossível o intérprete abster-se da prática hermenêutica, que em alguns casos abriga e perfaz-se na verdade em discricionariedade.

É verdade que a discricionariedade é tida por alguns como a grande fomentadora do ativismo judicial e frequentemente acusada de gerar o “império dos enunciados assertóricos que se sobrepõe à reflexão doutrinária.”(STRECK,2015.p.19) , o que se transmuta em uma conduta de isolamento segundo o professor.

De posse dos conceitos e pontos trabalhados pela teoria positivista no presente, há que se apropriar da moderação, nos casos concretos, para que se possa alçar limites ao judicial responsável. Interessante é o fecho trazido pelo por STRECK: A defesa de um ativismo judicial informado por estes contornos, nem de longe, inspira uma lógica de supremacia do Poder Judiciário ou da discricionariedade judicial ilimitada. O discurso jurídico – e principalmente o discurso judicial – deve ser respaldado por uma adequada teoria da justificação judicial, capaz de conferir parâmetros de racionalidade e razoabilidade ao processo de decisão. Neste sentido, a pretensão de correção do discurso jurídico, certamente, não gravita em torno da unidade de solução justa, mas sim na consecução de decisões racionalmente adequadas, implementadoras dos princípios constitucionais e da vontade da Constituição. Ambos os pensadores conferiam ao magistrado ampla margem de liberdade para decidir os casos concretos: pela perspectiva kelseniana, a validade de uma decisão judicial decorre apenas do fato de ter sido proferida por quem detinha competência segundo o ordenamento jurídico e corresponde a um ato político do juiz, alheio ao campo científico do Direito e pertencente ao mundo da prática jurídica; pelo ângulo da teoria analítica hartiana, o ordenamento jurídico é lacunoso e os juízes dispõem de poder para criar o Direito, devendo ser reconhecido o caráter criativo e construtivo da atividade jurisdicional ante os chamados “casos difíceis” e repudiada a tese da função meramente declarativa da jurisdição. O ocaso do positivismo jurídico é associado à derrota dos regimes autoritários (fascismo e nazismo) bem como às desumanidades praticadas na 2ª Guerra Mundial sob o amparo da legalidade formal. Após esse momento histórico, as reflexões sobre eticidade e a incidência dos valores e princípios

passam a ocupar com maior ênfase o pensamento jurídico, abrindo-se espaço para novas reflexões no campo do Direito, onde se incluem a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de sua relação com os valores e regras. Ainda que não possua grande valor científico, tendo em vista seu alto grau de generalidade, a expressão “pós-positivismo” ou “neopositivismo” pretende designar os principalmente no que se refere à rígida separação entre o Direito e a Moral. Dentre as teorias críticas ao positivismo jurídico, destacamos alguns aspectos do pensamento de Ronald Dworkin quanto à aplicação do direito. Ao sustentar, por exemplo, que as decisões judiciais não devem se amparar em argumentos de política, mas de princípios, e que, mesmo nos casos difíceis, o juiz deve descobrir quais são os direitos das partes e não criar novos direitos, o jurista norte-americano marca sua distinção teórica com o positivismo jurídico ao elaborar uma proposta de superação das fórmulas positivistas a respeito do papel do julgador. (STRECK, 2015,p.36)

Há que se verificar que não foi atingido *in concreto* o objetivo da norma, qual seja a reparação do dano e conseqüente levantamento do embargo, por força do poder discricionário do agente administrativo que ao se deparar com a situação, escolheu seguir e evocar condicionantes formais de instrumentalidade do processo em detrimento do objetivo fim do ato administrativo.

Não cabe aqui valorar ou emitir juízo de valor sobre a decisão promulgada e a solução dada ao caso. No entanto, os critérios de efetividade, moralidade e legalidade perfazem o conceito de justiça aqui trabalhado, sendo necessário depreender-se do caso em análise sua observância.

A situação *sub judice*, conforme evocado pelo próprio magistrado em sua decisão ao suspender a exigibilidade do CAR como condicionante para prosseguimento e análise do PRAD é de *Vacatio Legis*, desta forma, supriu a decisão judicial ao opinar pelo prosseguimento do PRAD, pautando-se na razoabilidade e proporcionalidade, objetivando assim garantir que agente administrativo pudesse superar os critérios formais e assim prosseguisse com a análise material do PRAD, no entanto, a decisão judicial restou silente quanto a incompetência do autuado, sendo que ao promover a análise do caso a autoridade administrativa esbarrou novamente no critério formal, frente a razoabilidade e proporcionalidade, pugnando pelo formalismo deixando assim de perseguir o objetivo fim da norma.

Desta experiência, não resta dúvida que é no judiciário onde há maior liberdade e persecução pela *mens legis*, posto que a discricionariedade do juiz, ainda que para alguns não deva ser a resposta mais adequada a ser implementada em um Estado Democrático de Direito frente a separação de poderes, pode ainda ser considerada como mecanismo de solução nos casos concretos.

Por fim, espera-se ter ao menos perpassado alguns dos conceitos mais basilares do tema em questão, que se mostra de uma irradiação tamanha que tem norteadores tão complexos que suscitam constantemente a discussão, quer seja em meio acadêmico, político, filosófico e social.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COMPARATO. Fabio Konder. Rumo à Justiça. In. **Direitos Humanos**. São Paulo. Saraiva, 2010.p.93.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Manual Direito Administrativo**, 22^a. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 205.

DWORKIN, Ronald. M. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes.1999.p. 492

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Parte dois – O direito como interpretação – Cap. 5 – Não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos?

KAUFMANN, Arthur. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. Introdução – Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica, p. 41/179.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes.2014.

STRECK. Lenio.Luiz. **O Problema da Decisão Jurídica em Tempos Pós-Positivistas**. In. *Novos Estudos Jurídicos*. Ano 2. V.14.2009. p.3/26. 2º quadrimestre. Disponível em:www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1766/1406.Acesso 3/07/2015.

WILSON, John. **Pensar com conceitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 39/40.

Lei n° 9784/99.

Disponível:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

Lei n° 12.651/2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso 30/07/2015.

TRF1 disponível:processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=83d0252d938565a7aee8815e51ba6b30&trf1_captcha=2smh&enviar=Pesquisar&proc=00197220420144013900&secao=PA.Acesso 30/07/2015.