



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Seção: Artigos Científicos

A autocontenção judicial no direito administrativo participativo: o caso das audiências públicas ambientais

*Judicial self-restraint in participatory administrative law: the case of environmental
public hearings*

Eduardo Fortunato Bim

Resumo: O aumento de previsões participativas dos cidadãos está gerando uma burocratização excessiva ou superprocedimentalização do processo decisório estatal, baseado em critérios subjetivos e no casuismo dos interesses dos impugnantes, desnaturando a função desses instrumentos ao lhes dar importância que não têm. O presente artigo discorre sobre tal tendência, com base no direito administrativo comparado estadunidense, especialmente sob o prisma de Vermont Yankee, cotejando-o com diversos precedentes envolvendo audiências públicas em matéria ambiental.

Palavras-chave: Autocontenção judicial; direito administrativo participativo; audiências públicas; direito ambiental; democracia participativa.

Abstract: The rise of participatory provisions of citizens in Public Administration is generating excessive bureaucratisation or overproceduralization of state decision making process based on subjective criteria and the casuistry of the interests of the impugned, distorting the function of these instruments to give them importance that do not. This paper discusses this trend, based on American administrative law, especially through the prism of Vermont Yankee.

Keywords: Judicial self-restraint; participatory administrative law; public hearings; environmental law; participatory democracy.

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2n1p37-70>

Artigo submetido em: outubro de 2014

Aprovado em: novembro de 2014

A AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO PARTICIPATIVO: O CASO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS AMBIENTAIS

*Eduardo Fortunato BIM**

Sumário: 1 Introdução; 2 A regra da participação administrativa (administração pública democrática): não orgânica, não vinculante e facultativa; 3 A autocontenção judicial em matéria participativa: o exemplo da Suprema Corte estadunidense em Vermont Yankee v. NRDC (1978); 4 Críticas às decisões judiciais sobre audiências públicas; 4.1 O caso da eleição do Conselho gestor da APA Costa Brava; 4.2 O caso do tombamento provisório do encontro das águas dos rios Negro e Solimões; 4.3 O emblemático caso das audiências públicas do Porto-Sul/BA; 5 Conclusão; 6 Referências bibliográficas.

1 Introdução

Recentemente, a democracia participativa vem ganhando corpo dentro da administração pública, dando origem a inúmeras previsões normativas de participação administrativa não orgânica (v.g. audiências e consultas públicas) no curso do processo decisório estatal.

Com a multiplicação desses instrumentos participativos no setor regulatório, no ambiental (licenciamento e criação de unidades de conservação) e no urbanístico (elaboração do plano diretor e fiscalização de sua implementação), dentre outros, houve um aumento da litigiosidade e da própria percepção sobre a importância das consultas e audiências públicas.

Esse salutar aumento da litigiosidade, entretanto, vem criando uma burocratização excessiva ou superprocedimentalização (overproceduralization) do processo decisório, baseado em critérios subjetivos e no casuismo dos interesses dos impugnantes, desnaturando a função desses instrumentos ao lhes dar importância que não têm no processo decisório estatal.

O objetivo desse estudo é analisar esse fenômeno através de uma teorização da participação administrativa em geral, da autocontenção judicial em matéria procedimental participativa e da análise de alguns casos, relativos exclusivamente a audiências públicas ambientais, nos quais o Judiciário enfrentou a questão.

2 A regra da participação administrativa (administração pública democrática): não orgânica, não vinculante e facultativa

A democracia participativa pode se manifestar politicamente mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular ou administrativamente por meio de conselhos,

* Procurador Federal, doutorando em Direito do Estado pela USP, mestre em direito constitucional pela UNIMEP e Professor de Direito Administrativo na FACAMP.

consultas ou audiências públicas, acompanhamento de reuniões de órgãos públicos, conferências etc.

Decorrente da constatação de que diversos dispositivos constitucionais mencionam a participação da sociedade em questões administrativas, fala-se hoje em direito administrativo de participação (ou participativo) ou em Administração Pública democrática.

Direito administrativo participativo é aquele no qual o cidadão tem a aptidão de colaborar com o processo decisório da Administração Pública. Essa participação pode ocorrer de diversas formas, tais como em conselhos, fóruns, em consultas ou audiências públicas.

A participação administrativa é *orgânica*, com a previsão de cidadãos – diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas – nos conselhos consultivos (v.g. Conselho da República) ou nos órgãos de decisão (em alguns casos também conhecida como cogestão, v.g., Conselho Nacional de Recursos Hídricos, Comitês de Bacia Hidrográfica¹), ou *não orgânica*, com a oitiva da população ou outros órgãos estatais sobre certos temas (v.g. assistindo reuniões de órgãos públicos, participando de consulta, oitivas, audiências, instrumentos negociais entre a Administração e o cidadão ou de outra forma, segundo prevê o artigo 33 da Lei 9.784/99 para matérias relevantes²).³

A participação cidadã também pode ser *vinculativa* ou *meramente consultiva ou opinativa*, mas somente poderá ser vinculativa quando estiver em jogo a participação política por meio do voto, com mobilização de todo o eleitorado, ou quando ela integrar órgãos deliberativos. Ao comentar o regime das audiências públicas na Lei 9.784/99, Thiago Marrara bem explicita isso ao reiterar, “tal como feito no tocante à consulta pública, que o particular não tem direito a dirigir a decisão da autoridade. Sob o ponto de vista jurídico, sua manifestação não é vinculante, senão meramente opinativa”(NOHARA; MARRARA, 2009, p. 243).⁴

¹ Lei 9.433/97, arts. 34, III, 39, IV. A representação dos cidadãos nesses órgãos do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos ocorre na condição de usuários dos recursos hídricos.

² “Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas”.

³ Em relação à participação orgânica, o STF decidiu que o membro do Ministério Público somente poderia participar de conselho como mero convidado, sem direito a voto (no caso, tratava-se de Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente) – como ocorre no CONAMA – ainda que defendesse os direitos correlatos à atribuição desse conselho (STF, Pleno, m.v., ADI 3.463/RJ, rel. Min. Ayres Britto, j. em 27/10/2011, *DJe* 06/06/2012).

⁴ Em relação às consultas públicas, foi enfático: “O dever de considerar e responder os comentários dos administrados não implica, porém, o dever de utilizar os argumentos contidos nessas manifestações para a tomada da decisão. O Poder Público não está obrigado a seguir os conselhos de um ou outro administrado. As contribuições recebidas em sede de consulta não são juridicamente vinculantes, senão

Por isso, Lord Carnwath, da Suprema Corte do Reino Unido, asseverou em *Walton v. The Scottish Ministers (Scotland)* (2012) que existe o direito de ser consultado, de fazer seus pontos de vistas conhecidos e considerados, mas “não o direito de ter esses pontos de vista examinados na audiência pública” (*public inquiry*) e nem “o direito de ditar o resultado” (*no right to dictate the result*) (parágrafo 114).

Trata-se de moderna tendência do direito público que, segundo Caio Tácito, marca

a transição do Direito Administrativo que, absorvendo a ação participativa dos administrados, valoriza o princípio da cidadania e coloca o indivíduo e a empresa em presença da Administração Pública, como colaboradores privilegiados para a consecução do interesse público (TÁCITO, 1997, p. 6).

Subjaz no direito administrativo participativo a modificação do conceito de cidadania, que varia conforme o sistema jurídico considerado, porque a cidadania é “uma ideia eminentemente política que não está necessariamente ligada a valores universais, mas a decisões políticas” (BENEVIDES, 2011). É no sistema jurídico estatal que se definirão o limite e o alcance da cidadania, porque ela é um conceito jurídico (ROCHA, 1997, p. 21), inclusive para concretizar aquela prevista no artigo 1º, II, da Constituição brasileira.

Essa cidadania (um dos fundamentos da República Federativa do Brasil) engloba o *direito de ter direitos bem como deveres*. Para Michel Rosenfeld, “a moderna cidadania implica certos direitos, incluindo direitos humanos, bem como certos deveres” (ROSENFELD, 2009, p. 221, tradução livre). Em outras palavras, a cidadania garante e outorga direitos ao mesmo tempo em que impõe deveres. Embora haja unanimidade em reconhecer que a cidadania também gera deveres, na prática se enfatizam quase que exclusivamente os direitos, esquecendo-se das responsabilidades (MENDONÇA, 2012, p. 123).

É importante realçar esse aspecto, uma vez que o não exercício dos deveres de cidadania pode levar à perda de direitos (GORCZEVKI; CUNHA, 2010, p. 186), inclusive os de participação. Tal constatação é fundamental, porque existem discursos embutidos em ações judiciais sobre o direito participativo na Administração Pública – especialmente o relativo à participação em audiências públicas –, que desconsideram diversos deveres do cidadão, como o de se informar, de se deslocar até a audiência pública, de ter que postar uma carta ou efetuar um protocolo para dirigir petição aos poderes públicos etc.

Qualquer do povo, inclusive estrangeiro, pode comparecer à audiência pública e oferecer sua contribuição em formato de crítica, sugestão ou pergunta,

meramente opinativas. [...] Repisando: o direito à análise da manifestação e a uma resposta fundamentada não corresponde a um dever de a autoridade seguir a manifestação formulada pelo particular” (NOHARA; MARRARA, 2009, p. 237).

independentemente de estar em pleno gozo de seus direitos políticos. Esse é o motivo pelo qual a audiência pública é espaço de cidadania (CAVEDON; DOMINGOS, 2004, p. 3797). Ressalte-se que a conotação de cidadão habilitado para participar nas audiências públicas tem sentido amplo, não se circunscrevendo apenas àquele detentor do direito de votar. Nelas se permite a “presença de qualquer pessoa ou entidade interessada no assunto objeto de discussão” (FURRIELA, 2002, p. 100).

Não somente as pessoas ou grupos diretamente afetados ou vinculados à proposta de regulamentação a ser promovida têm o direito de participar (*obvious party*), mas todos aqueles que se interessem pelo assunto, ainda que o processo decisório estatal não vá regulamentar direitos difusos.⁵ Por isso, Thiago Marrara doutrina que a audiência pública – instrumento participativo em evidência e objeto dos casos a serem analisados – é “voltada para pessoas físicas e jurídicas que não atuam no processo administrativo sob o *status* de interessado nos termos do art. 9º da LPA” (NOHARA; MARRARA, 2009, p. 238). A própria Lei 9.784/99 reconhece isso ao dizer, em relação às consultas públicas, que “os autos restarão acessíveis a quaisquer pessoas que queiram examiná-los” (NOHARA; MARRARA, 2009, p. 235), pessoas físicas ou jurídicas, na dicção do § 1º do artigo 31.

Esse novo espaço de cidadania, com o enfoque participativo, pode levar à falsa impressão de que qualquer violação a uma de suas manifestações faria a república ou a democracia ruir. No entanto, tal não ocorre. Pelo próprio fato de essa concepção de cidadania ter conteúdo muito amplo, não se pode entender que cada problema envolvendo algum direito que a ela se relacione – como o de participação, que pode ocorrer quando da realização de audiências públicas – seja considerado absoluto ou sagrado a ponto de não se admitir balanceamento com outros direitos republicanos e democráticos.

Os princípios do informalismo (ou formalismo moderado), do efetivo prejuízo, da proteção da boa-fé, da reserva legal, dentre outros, não podem ser negligenciados, mormente tendo em vista que esse exercício direto da democracia pelo povo é, na realidade, indireto e não tem efeito vinculante, visto que a democracia participativa é simplesmente a democracia representativa com alguns toques de auscultação popular específica. A democracia participativa integra a semidireta e acopla-se à democracia representativa, mas não representa a queda da democracia representativa. A democracia direta nunca existiu como exercício, por ser impraticável, com exceção, talvez, de organizações extremamente primitivas de convivência social.

Mesmo a democracia ateniense não era direta. José Afonso da Silva, apoiando-se na obra *Démocratie Directe*, de Yannis Papadopoulos, doutrina que a democracia

⁵ Na Resolução CNMP 82/2012, sobre as audiências públicas realizadas no âmbito do Ministério Público, fala-se em “qualquer cidadão” (art. 1º, § 1º). Na Deliberação Consema (SP) Normativa 01/2011, permite-se “a participação de qualquer pessoa” (art. 15).

ateniense não era tão direta quanto se costuma apregoar, tampouco teve peso na história dos regimes políticos, visto que já “era um regime passavelmente complexo e elaborado, incluindo diversas instâncias de decisão e contrapeso, assim como numerosos mecanismos de controle e de responsabilidade dos dirigentes” (SILVA, 2006, p. 186). Siddharta Legale Ferreira, com extrema lucidez, antes de constatar que “a democracia direta revela-se uma ficção intertemporal, uma fábula contada ao longo dos séculos”, aduz que não existe democracia semidireta, porque ela é a democracia representativa com algumas peculiaridades: instrumentos de participação popular, como o plebiscito e o referendo. Dessa forma, conclui que tais mecanismos não são da democracia direta, mas “instrumentos para atuação conjunta entre mandantes e mandatários e não uma atuação apenas dos mandantes: do povo” (FERREIRA, 2007, p. 113).

É falsa a impressão de que a democracia representativa, a reboque do poder legislativo, perdeu o brilho de outrora ou o espaço no discurso político, pois permanece como base de nosso sistema político. Além de haver previsão constitucional (“por meio de representantes eleitos” – CF, art. 1º, parágrafo único), não se podem desconhecer seus méritos. Os cientistas políticos recentemente têm enfatizado a importância, para o correto funcionamento da democracia, da existência de instâncias intermediárias de decisão, característica da democracia representativa.

Os defensores da democracia participativa máxima – os quais empregam o termo como sinônimo de democracia direta ou de algo que a ela se assemelha, o que é ainda impraticável – normalmente se apoiam no fato de que a sua implementação ocorreria com a adoção da democracia eletrônica (digital, *on-line*, virtual, ciberdemocracia ou *e-democracia*), porque têm a crença de que assim se viabilizaria a mobilização permanente.⁶

Entretanto, a concepção radical da participação suscita dois problemas básicos, conhecidos de longa data pela ciência política: (i) o da colheita da vontade popular e (ii) o de quem será responsável pela formulação das perguntas (MOISÉS, 1990, p. 51). Também se esquecem das tendências contramajoritárias de alguns direitos fundamentais e do fato de que algumas perguntas não podem ser respondidas de maneira maniqueísta (sim/não).

O problema adicional de colher a vontade popular de maneira verdadeiramente abrangente é o abismo digital, sendo impossível a mobilização permanente.

Quanto ao elaborador das perguntas, registre-se que na extinta União Soviética, por exemplo, foi realizado plebiscito em 1991, no qual a resposta no sim ou no não

⁶ Tal empolgação é acentuada porque “aqueles que entendem sobre tecnologia sabem pouco sobre democracia, e aqueles que entendem de democracia são deploravelmente ignorantes sobre tecnologia” (BARBER, 2006, tradução livre).

implicava em uma série de ambiguidades, tendo em vista a forma como a pergunta foi apresentada (BENEVIDES, 2003, p. 182-183). Em outras palavras, a depender do modo como se faz a pergunta, tanto faz responder sim ou não.

Outra consequência do questionamento sobre quem fará as perguntas ao povo é a ausência de consistência das respostas. Se for perguntado ao cidadão se ele quer mais direito à saúde, à educação, à moradia etc., certamente trará uma resposta positiva. No entanto, se a esses mesmos cidadãos for questionado se querem pagar mais tributos, provavelmente surgirão respostas inconsistentes. Celso Campilongo bem salienta este limite: a geração de mais discordância devido à maior participação, ou seja, quanto mais participação, mais dissenso. Ademais, *a participação está longe de significar o atendimento de todos os desejos ou satisfação de todas as necessidades, independentemente dos limites materiais ou estruturais que elas tenham* (CAMPILONGO, 2006, p. 231).

Merece referência a salutar advertência feita por Celso Campilongo, para quem os novos movimentos sociais trabalham sempre afinados com concepções democráticas:

Mas, mal ou bem, com todos os problemas da democracia representativa, o certo é que do ponto de vista da teoria política e da prática política, a democracia parlamentar, a democracia representativa foi capaz de institucionalizar regras que preservem as diferenças, que respeitem as minorias, que respeitem os direitos da oposição, ou que garantam variabilidade e alternância no exercício do poder.

Os chamados ‘novos movimentos sociais’ trabalham, muitas vezes, com a lógica da participação intensa e em bloco, a lógica da supressão do espaço das diferenças, a lógica de uma ação coletiva que se impõe pela unanimidade e não pelo respeito às diferenças e respeito à oposição. E é preciso, também, neste aspecto, levar em consideração as diferenças entre a participação direta inerente aos novos movimentos sociais e a tradição institucionalizada de participação política pela via partidária (CAMPILONGO, 2006, p. 232).

De forma inédita na história constitucional pátria, foi previsto o exercício do poder de maneira semidireta (art. 1º, parágrafo único) (MOISÉS, 1990, p. 7), mas se ressaltou que isso ocorreria nos termos de que dispõe a própria Constituição, que previu apenas três instrumentos políticos (art. 14)⁷ e alguns administrativos para tanto, sendo que a maioria deles precisa de intermediação legislativa (ou seja, da democracia representativa) para ser operado.

Portanto, a leitura correta da democracia participativa é aquela que a considera como *instrumento auxiliar da democracia representativa* e, como tal, não deve deformar os

⁷ O *recall* foi previsto nas Constituições estaduais de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Goiás, mas foi revogado pelas reformas constitucionais estaduais de 1898 (GO), 1910 (SC) e 1913 (RS). Cf. (BENEVIDES, 2003, p. 115).

institutos de participação nas decisões estatais, transformando-os em instrumentos do mito da democracia direta, como se eles representassem a vontade geral e vinculassem os poderes públicos. *A democracia participativa deve conviver com a representativa, sendo esta a regra e aquela a exceção, cujo exercício deve ocorrer dentro dos estritos parâmetros constitucionais, implicando, dessa forma, a exegese restritiva de seus instrumentos, ainda que previstos na Constituição.*

O reflexo dessa abordagem nos instrumentos de participação administrativa não orgânicos, como são as audiências públicas, é que eles não podem ser vistos como canalizadores da vontade geral e tampouco podem assumir funções vinculantes,⁸ mesmo que existisse lei nesse sentido. Com muito mais razão, isso se torna evidente quando é reconhecido que nem os instrumentos de participação política, que também encontram previsão expressa na Constituição, têm tal eficácia vinculante pacificamente reconhecida.

Embora exista doutrina defendendo que o plebiscito é vinculante, ao menos no sentido de reduzir o âmbito de atuação do parlamento (SOARES, 1998, p. 73, 89), *a lei que o regulamenta no Brasil não prevê tal efeito vinculante, cuja existência não é clara nem mesmo no plebiscito territorial, tal qual previsto em nossa Constituição.* Embora o plebiscito territorial seja uma das espécies de plebiscito, por esse modelo a regra seria pela não vinculação no caso dos Municípios, uma vez que basta mera consulta prévia (art. 18, § 4º), não falando a Constituição em consulta com aprovação.

Referendo é a consulta à população sobre decisão já tomada. Ele pode ser deliberativo, também conhecido como mandatário, ou consultivo (SILVA, 2006, p. 194). Quanto ao momento ele pode ser *constitutivo* (na fase de elaboração da lei) ou *ab-rogativo* (visando a confirmar ou não a lei) (FERREIRA FILHO, 1968, p. 126). O referendo consultivo não necessariamente influi na decisão a ser referendada, a não ser que o Estado, tendo em vista o resultado do referendo, altere-a. O referendo deliberativo ou mandatário influi na eficácia da decisão submetida ao escrutínio popular.

Entretanto, quando a Constituição ou – na ausência de regramento constitucional expresso – lei nacional reguladora não preveem o caráter deliberativo/mandatário do referendo, ele é consultivo, ou seja, não vinculante, pois essa deve ser a regra na democracia participativa, que apenas traz elementos participativos à democracia representativa. A comparação entre as Constituições Ibéricas é ilustrativa nesse sentido.⁹

⁸ Como bem destacado por Thiago Marrara (NOHARA; MARRARA, 2009, p. 237). Cf. nota 4.

⁹ Na Constituição espanhola de 1978, o único referendo previsto é o consultivo: “As decisões políticas de especial importância poderão ser submetidas ao referendo consultivo de todos os cidadãos” (art. 91, 1). Em Portugal, por outro lado, o referendo é vinculativo, porque está expressamente previsto na

No Brasil, o veto popular (uma espécie de referendo revocatório) foi derrubado em segundo turno de votação da Constituição de 1988 (BENEVIDES, 2003, p. 130), demonstrando que o constituinte tinha, aparentemente, resistência em acatar instrumentos vinculativos. O referendo deliberativo ou mandatário deve ser visto como exceção na ausência de regra constitucional que trate do assunto. Eventual vinculação do referendo se insere na discricionariedade do legislador, uma vez que não se veda tal vinculação, apenas se pende a favor de sua natureza consultiva.

A iniciativa popular é instrumento da democracia participativa que consiste na apresentação de projeto de lei ao legislativo, subscrito por um número mínimo de eleitores (CF, arts. 61, § 2º, 27, § 4º, e 29, XII). O projeto de lei apresentado pela iniciativa popular deve ser monotemático, circunscrevendo-se “a um só assunto” (Lei 9.709/98, art. 13, § 1º).

Os instrumentos da democracia participativa foram criados para aperfeiçoar a legitimidade das decisões estatais. Originalmente previstos para a participação na legislação – na qual a regra não é a vinculação –, estenderam-se recentemente, com substantivas alterações (reduções quanto à eficácia, vinculação e formalismo), para a esfera administrativa. Na esfera administrativa, diferentemente da legislativa, em regra não é o cidadão portador dos direitos políticos que participa, mas o cidadão daquela cidadania ampla prevista no artigo 1º, II, da CF.

É importante frisar que, mesmo com expressa previsão na Magna Carta, nos plebiscitos territoriais existe a intermediação da democracia representativa (por lei complementar federal, quando se tratar de estados-membros, ou por lei estadual, quando se tratar de municípios – CF, art. 18, §§ 3º e 4º). Se nem o Poder Constituinte abdicou da democracia representativa, o que dizer do legislador infraconstitucional, ou do intérprete, relativamente às audiências ou consultas públicas que, além de não terem previsão constitucional expressa, não contam com a presença dos cidadãos eleitores, aos quais a própria Constituição outorga poder para participar dos instrumentos da democracia semidireta?

Diferentemente do que ocorre nos instrumentos políticos – manifestação da vontade geral visando ao bem comum (interesse público ou nacional) –, nos instrumentos administrativos de participação popular o risco é maior de prevalecerem os interesses dos grupos, com tendências para o NIMBY – *not in my backyard* (não em meu quintal)

Constituição com tal propriedade. Introduzido pela revisão constitucional de 1989, o artigo 115, 1, da Constituição portuguesa dispõe que “os cidadãos eleitores recenseados no território nacional podem ser chamados a pronunciar-se directamente, a título vinculativo, através de referendo”.

–, e de pressionar o Estado com pedidos que extravasam o objeto do ato submetido às audiências ou consultas públicas.¹⁰

Nesse cenário é que se analisa a autocontenção judicial em matéria procedimental participativa, no qual a audiência pública não é idolatrada como a salvação da democracia por inserir um elemento participativo no processo decisório estatal. Não porque ela não seja importante, como o são as demais formas participativas, como a consulta pública, ouvidoria, participação em conselhos etc., mas por integrar a democracia participativa – exceção à democracia representativa, regra em nosso sistema político – e, *ipso facto*, dever ter leitura restritiva, precisando da intermediação legislativa para existir, uma vez que sua regra é ser facultativa (Lei 9.784/99, art. 32).

3 A autocontenção judicial em matéria participativa: o exemplo da Suprema Corte estadunidense em *Vermont Yankee v. NRDC* (1978)

A autocontenção judicial em matéria participativa não é novidade e decorre da obediência à lei – uma vez que só existe participação nos termos e limites da lei –, à discricionariedade administrativa, além da visão restritiva da democracia participativa, por esta ser exceção no modelo da democracia representativa. Em outras palavras, ela nada mais faz do que respeitar a separação de poderes, seja respeitando a escolha do Legislativo, seja a do Executivo, quando a lei lhes possibilitar opções.

Nos EUA, na década de 70, o *D.C. Circuit Court*, tribunal que julgava praticamente todas as causas relativas às agências federais, começou a acrescentar requisitos procedimentais não previstos no Administrative Procedure Act (APA) para o processo decisório informal (*notice-and-comment*).¹¹ Essas adições eram feitas com base em considerações de justiça ou para oportunizar uma participação significativa no procedimento.

A Suprema Corte (*Baltimore Gas & Electric Co. v. NRDC* – 1983), repetindo o seu posicionamento adotado poucos anos antes (*Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v.*

¹⁰ Rachel Biderman Furriela aduz que um dos problemas recorrentes das audiências públicas reside no fato de as comunidades ouvidas utilizarem “o espaço de uma audiência pública em que têm acesso a autoridades de governo para reivindicar atendimento das necessidades básicas (ex.: posto de saúde, escola, transporte público, luz, água), em vez de discutir o projeto sob análise” (FURRIELA, 2002, p. 105). Obviamente tal crítica não engloba as reivindicações decorrentes do impacto do empreendimento; o que se critica é o uso do empreendimento como pretexto para pedir atendimentos a necessidades que nada têm a ver com ele e, conseqüentemente, com a razão da realização da audiência pública. Por isso, a doutrina aduz que a audiência pública do licenciamento ambiental é o local no qual “os interessados poderão debater e levantar questões relevantes ao licenciamento em questão” (FARIAS, 2011, p. 79).

¹¹ O que o *D.C. Circuit Court* já havia sinalizado em *obter dictum* na decisão *American Airlines v. Civil Aeronautics Board* (1966) ele depois confirmou em diversas decisões, ainda que apenas de passagem, por exemplo, *Automotive Parts & Accessories Ass’n v. Boyd* (1968), *Mobil Oil Corp. v. FPC* (1973), *International Harvester Co. v. Ruckelshaus* (1973), *Portland Cement Ass’n v. Ruckelshaus* (1973), *O’Donnell v. Shaffer* (1974), *HBO, Inc. v. FCC* (1977).

Natural Resources Defense Council – 1978), decidiu que o *National Environmental Policy Act* (NEPA) não exige que as agências adotem qualquer estrutura interna de decisão (462 U. S. 100), validando ato da Nuclear Regulatory Commission (NRC), ex-*Atomic Energy Commission* (AEC), deixando consignado, também, que “as cortes geralmente não têm autoridade para impor procedimentos híbridos superiores àqueles contemplados pelas leis de regência” (*Baltimore Gas & Electric Co. v. NRDC* – 462 U. S. 92).

Tal entendimento foi mantido em *Pension Benefit Guaranty Corp. v. The LTV Corp.* (1990), no qual se consignou que “*Vermont Yankee* estabeleceu a regra geral de que os tribunais não são livres para impor às agências exigências procedimentais específicas que não têm base no APA” (496 U. S. 654).

O *leading case*, entretanto, foi *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council* (1978), no qual estavam em jogo duas decisões do *D.C. Circuit Court*,¹² que reviram atos da Comissão de Regulação Nuclear (NRC) e que, levadas à Suprema Corte, foram reformadas. Essa decisão é frequentemente considerada como uma das mais importantes decisões de direito administrativo estadunidense (LAWSON; BEERMANN, 2006, p. 4) ou sobre a interpretação do APA (METZGER, 2005, p. 1).

A análise deste caso é fundamental, pois mostra a tentativa de remodelar, via judicial, o processo participativo previsto em lei, no caso o APA, a partir de hiperintegrações hermenêuticas com o NEPA e outros *topoi* argumentativos, como são a natureza das questões debatidas (energia nuclear, meio ambiente etc.) e a participação popular plena ou significativa.

Quando a *Atomic Energy Commission* (atual *Nuclear Regulatory Commission*) resolveu deflagrar o processo decisório informal (*notice-and-comment*) para regular o impacto ambiental relativo às usinas nucleares, ela resolveu fazer uma audiência pública, embora o procedimento somente exigisse contribuições escritas. Ainda que houvesse a oportunidade de apresentar contribuições escritas por até 30 dias após a audiência pública, possibilitando a oportunidade de contraditar ou comentar os testemunhos e questões surgidas na audiência, a Comissão não possibilitou a prévia troca de informações sobre as provas e testemunhos (*discover*), o interrogatório (*cross-examination*) ou que os participantes propusessem questões para a mesa perguntar. Essa conduta representava uma espécie de desvio de recentes práticas da Comissão de Energia Atômica, que as admitiu em outros casos (METZGER, 2005, p. 13).

O argumento contra a audiência pública efetuada nesses moldes era que as experiências recentes haviam demonstrado que apenas por meio desses instrumentos

¹² *Natural Resources Defense Council Inc. v. United States Nuclear Regulatory Commission e Consumers Power Co. v. Aeschliman et al.* (1976).

(*discover, cross-examination* etc.) seria possível revelar possíveis preocupações levantadas pelo segundo escalão que não foram incluídas na avaliação ambiental ou em seus depoimentos aos servidores do primeiro escalão (METZGER, 2005, p. 14).

O *Justice Rehnquist* deixou absolutamente claro que as agências são livres para moldar as suas próprias regras procedimentais (“*free to fashion their own rules of procedure*”), salvo previsão constitucional ou circunstância extremamente imperiosa em contrário (435 U. S. 543) e que isso é “um princípio fundamental do direito administrativo” (435 U. S. 544).

Como as regras procedimentais estão no APA, a Corte decidiu que este estabeleceu o máximo de exigências procedimentais que o Congresso desejava que as cortes impusessem às agências federais ao conduzir o processo decisório; e, *enquanto as agências são livres para conceder garantias processuais adicionais de acordo com a sua discricionariedade, as cortes geralmente não são livres para impô-los, se as agências não escolheram garanti-los* (435 U. S. 520).

Vermont Yankee rechaçou a alegação do NRDC de que o APA (553, § 4º) previu patamares mínimos de participação e que o Judiciário poderia rotineiramente exigir mais do que esse mínimo, quando a norma a ser alterada pela agência tratasse de complexas questões técnicas ou fáticas ou questões de grande importância pública (435 U. S. 545). Para reforçar a sua argumentação, a Suprema Corte citou materiais legislativos sobre esse dispositivo do APA, concluindo que resta “pouca dúvida de que o Congresso quis que a discricionariedade das agências, e não dos tribunais, seja exercida para determinar quando dispositivos processuais extras devem ser empregados” (435 U. S. 546).

Reconhecendo que houve o mínimo participativo exigido pelo APA, a Suprema Corte advertiu que o tribunal não deve “afastar-se para além da província judicial para explorar o formato processual ou para impor à agência a sua própria noção de quais procedimentos são ‘melhores’ ou mais prováveis de favorecer algum bem público vago e indefinido” (435 U. S. 549).

A primeira característica de *Vermont Yankee*, como se viu, é o respeito à vontade do Congresso e, *ipso facto*, da lei, ainda que em face de previsões sobre a democracia participativa, como é o processo decisório das agências estadunidenses. Segundo Gary Lawson e Jack M. Beermann, “a ira da Suprema Corte foi especificamente dirigida às adições pelas cortes inferiores de procedimentos não exigidos por uma fonte positiva do direito” (LAWSON; BEERMANN, 2006, p. 17).

A segunda característica reside no reconhecimento de margem de discricionariedade para que a Administração Pública estabeleça sua própria normatização sobre a participação popular, desde que obedecido o mínimo previsto na lei. Adicionar

garantias processuais integra a discricionariedade da Administração, não devendo o Judiciário intervir na matéria sem clara base legal. Por isso, doutrina-se que o primeiro

princípio básico de *Vermont Yankee* é o de que o Congresso e as agências, e não os tribunais federais, devem decidir o apropriado nível de procedimento para as agências. Segundo, a Corte anunciou políticas fortes contra a imprevisibilidade e superprocedimentalização (*overproceduralization*) (LAWSON; BEERMANN, 2006, p. 17).

Essa lição já era conhecida de longa data no exterior e também no Brasil. Caio Tácito, ao tratar do controle judicial do poder discricionário, doutrinou que “não cabe ao juiz substituir a ação administrativa pelo arbítrio da toga. A ditadura judiciária será tão nociva quanto o descritério da Administração” (TÁCITO, 1997, p. 989).

Mesmo no controle concentrado de constitucionalidade, quando ainda não havia regulamentação da questão pelo Supremo Tribunal Federal das Leis 9.868/99 e 9.882/99, o Min. Ayres Britto, relator da ADI 3510 (Lei de Biossegurança), ao convocar a primeira audiência pública da Corte, decidiu que, na falta de estipulação legal sobre o regime da audiência pública a ser promovida pelo STF, se aplicaria o regime previsto no Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD), naquilo que fosse compatível.

Em outras palavras, na falta de previsão legal específica, embora houvesse discricionariedade para a escolha do regime aplicável, preferiu o Judiciário aplicar analogamente o regimento do Legislativo a criar sua própria regra. O Min. Ayres Britto teve a preocupação expressa de dizer que, na ausência de regulamentação legal, haveria que se ter um “parâmetro objetivo do procedimento de oitiva”, evitando-se criações de regras baseadas no casuísmo do caso concreto, preocupando-se com a segurança jurídica.

Posteriormente, as audiências públicas no STF foram regulamentadas pela Emenda Regimental 29/2009 (18/02/2009), que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator para “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria” (Regimento Interno, arts. 13, XVII, e 21, XVII).

Duas lições são extraídas da regulamentação das audiências públicas pelo STF. A primeira é que o Tribunal buscou, na ausência de dispositivos claros sobre a matéria, parâmetros objetivos para a participação popular. A segunda é que o próprio Supremo reconhece o amplo espaço da discricionariedade na ausência de parâmetros legais claros – como *Vermont Yankee v. NRDC* – ao regulamentar a matéria adotando posicionamentos, não raras vezes, contestados em audiências públicas realizadas pelo Executivo¹³ e, principalmente, deixando claro que casos omissos serão resolvidos pelo

¹³ Como a escolha das pessoas que serão ouvidas, que é competência da autoridade convocante da audiência pública, no caso do Supremo, o Ministro que presidirá a audiência pública (RI-STF, art. 154,

Ministro que convocar a audiência (RI-STF, art. 154, parágrafo único, VII), ou seja, pela própria autoridade convocante e com base em sua discricionariedade, e não com base em algum critério melhor ou mais provável de favorecer algum bem público vago e indefinido.

A autocontenção judicial é necessária para que o Judiciário não crie ou altere o procedimento com base em seus próprios parâmetros e torne a separação de poderes desnecessária, ao substituir as funções do Legislativo e do Executivo, criando insegurança jurídica. Como alertou a Suprema Corte estadunidense em *Vermont Yankee*,

se os tribunais continuamente revissem os procedimentos das agências para determinar quando a agência empregou procedimentos que eram, na opinião da corte, perfeitamente adaptados para alcançar o que a corte entende como o ‘melhor’ ou ‘correto’ resultado, o controle judicial seria totalmente imprevisível (435 U. S. 546).

A criatividade judicial não se expressa apenas por decidir sem base legal, buscando a analogia, mas também pela integração de diplomas legais imiscíveis, ainda que em parte, ao se criar uma nova fase ou audiências não previstas na legislação de regência. Por isso, o Judiciário brasileiro pura e simplesmente nega estabelecer novas fases processuais com previsão em lei processual genérica.

Como decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Se não há previsão na Lei 8.112/90 para o oferecimento de alegações finais pelo acusado antes do julgamento, não cabe acrescentar nova fase no processo para tal fim com base na lei genérica.”¹⁴ Tal entendimento foi mantido em julgados sucessivos da Terceira Seção do STJ¹⁵, vedando, veementemente, a aplicação da Lei 9.784/99 no processo administrativo disciplinar (PAD) para criar uma fase de alegação final não prevista pela Lei 8.112/90.

Se a aversão à criação de nova fase ocorre quando a Lei 9.784/99 prescreve que as alegações finais são obrigatórias, com tanto mais razão deve ocorrer com a criação de consultas e audiências públicas, que são fases facultativas no processo administrativo, segundo expressa dicção dos artigos 31 e 32 (“órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública”/“poderá ser realizada audiência pública”). Maria Sylvia Zanella Di Pietro é categórica nesse sentido: “a

parágrafo único, III), não existindo nenhuma obrigatoriedade de fazer o sorteio ou escolher com base na ordem de inscrição. Interessante notar que tal solução também é adotada pelo Legislativo, particularmente pela Câmara dos Deputados, cujo Regimento Interno prevê: “Art. 256. Aprovada a reunião de audiência pública, a Comissão selecionará, para serem ouvidas, as autoridades, as pessoas interessadas e os especialistas ligados às entidades participantes, cabendo ao Presidente da Comissão expedir os convites”.

¹⁴ STJ, 3ª S., v.u., MS 8.209/DF, rel. Min. Felix Fischer, j. em 12/06/2002, DJ 05/08/2002, p. 200.

¹⁵ STJ, 3ª S., v.u., MS 12.937/DF, rela. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 13/12/2010, DJe 01/02/2011; STJ, 3ª S., v.u., MS 7.453/DF, rel. Min. Paulo Gallotti, j. em 24/09/2003, DJ 04/10/2004, p. 207.

audiência pública também não é prevista em caráter obrigatório, ficando sua realização a critério da autoridade” (DI PIETRO, 2012, p. 692). Antes de dizer que leis específicas poderão determinar a obrigatoriedade de realização de audiência pública, Thiago Marrara aduz que “a audiência pública constitui, a princípio, uma atividade discricionária do Poder Público” (NOHARA; MARRARA, 2009, p. 242).¹⁶

A integração com a legislação geral obviamente não é proibida, sendo aconselhada em alguns casos, como a existência ou não de efeito suspensivo de um recurso administrativo,¹⁷ prazo para decisão de requerimento administrativo¹⁸ ou mesmo para recorrer,¹⁹ neste último com previsão de alcance generalizante firmada pela própria Lei 9.784/99 (art. 59, *caput*). A integração cancelada pela jurisprudência ocorre quando se trata de questão que obrigatoriamente deva ser resolvida e não possua previsão legal que o faça.²⁰

Entretanto, a participação popular administrativa, exceção à regra da democracia representativa, não é algo que deva necessariamente ocorrer ou existir, sendo elemento eventual no processo decisório. Quando a participação popular for compulsória, ela decorre de expressa previsão legal, além de, em alguns casos, poder ser realizada de diversas formas, integrando a discricionariedade administrativa essas formas de realização da democracia participativa administrativa.

Ainda é atual a lição de Hamilton, em *O Federalista*, nº 78, no sentido de que, se os juízes, no processo de interpretação da lei ou da constituição,

tentarem substituir o julgamento por vontade, as consequências serão as mesmas da predominância de seus desejos sobre os dos legisladores. Se tal procedimento fosse válido, não seria necessário que os juízes deixassem de pertencer ao Poder Legislativo (HAMILTON; MADISON; JAY, 1984, p. 579).

Nem considerações de justiça natural são capazes de adicionar requisitos procedimentais não escritos em normas. A *House of Lords* (transformada em 1º de outubro de 2009 em *Supreme Court of the United Kingdom*), no famoso caso *Bushell v. Secretary of State for the Environment* (1980), recusou a paralisação da construção de

¹⁶ O mesmo entendimento é aplicado para a consulta pública: “O ato de abertura da consulta é um ato predominantemente discricionário” (NOHARA; MARRARA, 2009, p. 233).

¹⁷ STF, Pleno, v.u., MS 25.477/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 11/02/2008, DJe 02-05-2008; STF, Pleno, v.u., MS 24.163/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 13/08/2003, DJ 19/09/2003, p. 16.

¹⁸ STF, Pleno, v.u., MS 24.167/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 05/10/06, DJ 02/02/2007, p. 75. Anteriormente, o STJ estipulava um prazo de 60 dias para decidir questões de anistia, segundo paradigma traçado pela própria legislação de regência da matéria (Lei 10.559/2002, art. 12, § 4º). Cf., nesse sentido, STJ, 1ª S., m.v., MS 9.190/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. em 12/11/2003, DJ15/12/2003, p. 175.

¹⁹ STF, Pleno, v.u., MS 24.095/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 01/07/2002, DJ23/08/2002, p. 71.

²⁰ Como visto, (i) a decisão administrativa não pode ficar pendente de ser proferida para sempre, (ii) o efeito no qual um recurso é processado interfere na validade do decreto desapropriatório expedido antes de seu julgamento, (iii) deve-se saber qual é o prazo para interpor um recurso administrativo, sob pena de admiti-lo *ad eternum* e nunca encerrar o processo administrativo.

mais dois novos trechos de uma autoestrada, porque seria ilegal a negativa do delegado do Secretário de Estado de não permitir o interrogatório (*cross-examination*) oral das testemunhas do Departamento de Estado, na audiência pública (*local public inquiry*) prevista no processo decisório, com base na contestação dos critérios de previsão existentes em documentos oficiais, como o *Red Book*. Alegava-se a violação ao procedimento justo (*fair procedure*) no processo decisório. Ressalte-se que foi permitido o depoimento de especialistas e críticas à metodologia empregada, apenas não sendo o interrogatório dos representantes do Departamento de Estado (STOTT; FELIX, 1997, p. 136).

A Suprema Corte Inglesa também se recusou a impor requisitos procedimentais não previstos no processo decisório – mesmo que isso envolvesse impactos ambientais – sem lei e com base em cláusulas abertas, ainda que fundamentais para o sistema jurídico do país, como é a do *fair procedure*. Ela estava “consciente de desnecessidade de se “super-judicializar” (*over-judicialise*) o procedimento e não estava convencida que, ainda que em processos judiciais, o interrogatório era o único meio justo de verificar os elementos de fato relevantes” (CARROL, 2007, p. 347, tradução livre).

Apesar do expresse respaldo constitucional (a participação em matéria ambiental é direito constitucional na França), a jurisprudência francesa se recusa a admitir formas participativas não previstas em lei, reconhecendo a exclusividade do papel do legislador nessa seara.

Em *leading case* (CE, 3 oct. 2008, nº 297931), no qual reconheceu o *status* constitucional da Carta do Meio Ambiente, o Conselho de Estado francês decidiu que somente o legislador detém poder para regular as modalidades do direito de participação do cidadão garantido pela Carta, anulando o decreto *sub judice*, porque este interveio nesse domínio, usurpando o domínio da lei. A última instância do contencioso administrativo francês estabeleceu, dessa forma, que o direito fundamental de participação ambiental²¹ somente poderia ser regulado pelo legislador. Se somente o legislador pode dispor sobre a matéria, resta claro que o Judiciário não pode, exceto se se tratar de questão que obrigatoriamente deva ser resolvida e não possua previsão legal que o faça.

A criatividade judicial em impor participação em situações nas quais a legislação não a exige tem como efeito colateral indesejado ainda a perda de eficiência do processo decisório, tendo em vista o seu prolongamento. Esse aspecto é pouco explorado até mesmo pelos que tratam do tema da participação, mas não pode ser negligenciado como se a participação fosse um fim em si mesmo, estando isolada no sistema, e não

²¹ É importante lembrar que na França a Constituição foi alterada (*Loi Constitutionnelle* 2005-205) para incluir em seu preâmbulo o respeito aos direitos e deveres constantes da Carta do Meio Ambiente (*Charte de l'environnement*) de 2004, que prevê o direito de participação da elaboração de decisões públicas que afetam o meio ambiente (art. 7º).

tivesse efeitos colaterais danosos, especialmente em relação à eficiência procedimental, princípio constitucional expresso da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*).²²

Em relação ao instrumento participativo administrativo consulta pública, Thiago Marrara aduz que sua realização, no regime geral da Lei de Processo Administrativo, deve ser motivada, uma vez que “pode tornar o processo mais lento, mais demorado”, além de ser custosa aos cofres públicos e, *ipso facto*, à sociedade em geral ao dispendar recursos humanos. Por isso, doutrina que “não pode a Administração lançar mão de expedientes de participação popular que não colaboram efetivamente com o processo” (NOHARA; MARRARA, 2009, p. 232, 234).

Luísa Cristina Pinto e Netto cita como inconvenientes “a redução da eficiência em virtude do prolongamento do caminho da decisão” (argumento de José Manuel Sérvulo Correia) e que a participação acaba “complicando e alongando o processo de decisão” (argumento de João Baptista Machado) (NETTO, 2009, p. 120). Aduz que tal preocupação se alastra por diversos países, citando ainda a doutrina italiana, que reconhece “uma tensão entre participação e a necessidade de assegurar a celeridade, a certeza de definição da relação jurídica substancial” (NETTO, 2009, p. 125). Conclui que, mesmo sendo a participação fundamental,

nela não se compreende um direito a “dilatar o procedimento”. Como escreve Eberhard Schmidt-Assmann, é errôneo considerar que a tutela efetiva dos direitos fundamentais exige uma ampliação cada vez mais complexa do procedimento a ponto de retardar ao máximo a atuação administrativa, desnaturando o procedimento em uma “oportunidade para a dilação” (NETTO, 2009, p. 127).

Certamente a perda de eficiência do processo decisório estatal não pode justificar a aniquilação da participação prevista em lei, mas é um valor que deve ser levado em conta na análise do caso, guiando o aplicador do Direito a solução que harmonize os valores em jogo, mormente a consideração de eventual convalidação e a adição de segurança ao processo decisório com decisões prospectivas. Essa consideração se torna mais importante em um contexto no qual a duração razoável do processo constitui um direito fundamental (CF, art. 5º, LXXVIII).

A autocontenção judicial em matéria procedimental evita a dilação do procedimento sem base legal (legalidade e eficiência), prestigia a democracia – globalmente considerada (regra da democracia representativa, exceção da participativa), bem como

²² Luísa Cristina Pinto e Netto, ao reconhecer que as virtualidades positivas da participação procedimental “paradoxalmente se fazem acompanhar de riscos” e podem “gerar efeitos indesejados, desequilibrando a equação”, adverte que as potencialidades da participação “não devem obscurecer a necessidade de seu estudo crítico” (NETTO, 2009, p. 119-120).

a separação de poderes – e realiza seus valores, motivo pelo qual ela conta com a chancela de diversas cortes supremas de nações democráticas.

4 Críticas às decisões judiciais sobre audiências públicas

Não são poucas as decisões judiciais que criam a exigência de participação, mormente mediante consultas e audiências públicas, sem que haja base legal para tanto, baseadas em princípios e/ou expressões lacônicas da Constituição ou de instrumentos não normativos.

4.1. O caso da eleição do Conselho Gestor da APA Costa Brava

Criticável a decisão do TRF da 4ª Região, que simplesmente manteve sentença que ordenava a realização de audiência pública para que fossem escolhidos os novos membros do conselho gestor de Área de Proteção Ambiental. Além de tal sentença e acórdão serem desprovidos de qualquer base legal,²³ certamente a audiência pública não teria aptidão de resolver o eventual problema na escolha das entidades representantes da sociedade civil e da população residente no conselho gestor da Área de Proteção Ambiental (Lei 9.985/00, art. 15, § 5º), o que seria a concretização do princípio da participação na gestão ambiental.

Ao ser confrontado por embargos de declaração para esclarecer qual era a base legal da audiência pública, o juiz novamente se esquivou, rejeitando os embargos, de determinar as bases legais de tal medida, provavelmente porque ela não existe. Em grau de apelação, o TRF da 4ª Região manteve tal decisão, sem gastar uma só palavra sobre a fundamentação legal da audiência pública determinada pelo juízo *a quo*.²⁴

Tão impressionante quanto (i) desviar a função da audiência pública como instrumento de auxílio no processo decisório da Administração Pública, (ii) ignorar que não existe decisão em audiências públicas, (iii) confundir a participação (representação) no Conselho Gestor com a eleição dos critérios para a nomeação nesse Conselho e (iv) pretender eliminar a discricionariedade administrativa para a eleição de tais critérios, é sacar, sem base legal, a necessidade de audiência pública para “estabelecer os critérios de composição do Conselho Gestor da APA Costa Brava”.

²³ Constatou da sentença: “A fria análise da paridade numérica entre entidades privadas e órgãos públicos no Conselho Gestor da APA Costa Brava não comprova equilíbrio representativo do colegiado, especialmente em razão de que dele foram excluídas muitas das associações de moradores do local. De registrar, outrossim, que as exigências da municipalidade para a representação e integração do Conselho não podem ser extremamente formalistas a ponto de impedir a participação da comunidade. [...] Por fim, invalidado o Decreto Municipal 5.878/2010, deverá a municipalidade convocar audiência pública para estabelecer os critérios de composição do Conselho Gestor da APA Costa Brava, observando-se o princípio da participação comunitária, nos termos do presente *decisum*. As conclusões da audiência pública deverão ser publicadas em periódico local, com base no princípio da publicidade. (2ª Vara Federal de Itajaí/SC, ACP 5003317-27.2010.404.7208/SC, j. em 19/09/2011).

²⁴ TRF da 4ª Região, 3ª T., v.u., AC 5003317-27.2010.404.7208, rel. Des. Fed. Eduardo Thompson Flores Lenz, j. em 01/03/2012, DE 16/02/2012.

4.2 O caso do tombamento provisório do encontro das águas dos rios Negro e Solimões

Nas adjacências do encontro das águas dos rios Negro e Solimões, um dos cartões postais de Manaus/AM, almejava-se construir um porto. Esse desiderato foi obstado pelo tombamento (provisório), efetuado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), desse encontro das águas, paisagem passível de tombamento.²⁵

A legislação de regência do tombamento é o Decreto-Lei 25, de 30 de novembro de 1937, efetivando-se indubitavelmente por meio de procedimento administrativo (ARAÚJO, 2012, p. 1111; DI PIETRO, 2012, p. 146; TELLES, 1992, p. 63, 79),²⁶ no qual não existe previsão de realização de audiências e/ou consultas públicas.

O Estado do Amazonas propôs ação anulatória contra a União e o IPHAN (0000780-89.2011.4.01.3200 – 7ª Vara Federal – Ambiental e Agrária) para que o tombamento provisório fosse nulo, dentre outros motivos, por não ter havido consultas e audiências públicas.²⁷ O juízo acatou esse argumento.²⁸

Na fundamentação da sentença, constam vários argumentos para a imposição das consultas e audiências públicas previstas na Lei 9.784/99.

O primeiro deles é que a ampla defesa e do contraditório “devem ter sua abrangência amplificada quando se tratar de um bem ambiental cuja relevância seja suprarregional, quiçá supranacional”, “de modo que se faz necessária uma discussão mais ampla acerca de seu tombamento” via audiências e consultas públicas. O segundo,

²⁵ CF, art. 216, V, c/c DL 25/37, art. 1º, § 2º, e Portaria 11/1986, da extinta Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – SPHAN, atual IPHAN.

²⁶ Mesmo quem discorda do tombamento como procedimento administrativo, vendo esse como ato, reconhece que ele “*resulta* necessariamente de procedimento administrativo” ou “é o ato final do processo administrativo que a lei exige para o fim de apurar corretamente os aspectos que conduzem à necessidade de intervenção na propriedade para a proteção do bem tombado” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 797, 801).

²⁷ Importante notar que essa não era a única ação sobre a questão, havendo ainda as ACP 0010007-40.2010.4.01.3200 e 0000011-81.2011.4.01.3200. Todas as decisões tomadas nesses processos foram liminarmente suspensas pelo STF na Rcl 12.957/AM, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 07/05/2012, DJe 09/05/2012.

²⁸ Constatou do dispositivo:

“[...] – Ante o exposto, julgo parcialmente procedentes os pleitos requeridos pelo Autor, nos termos do artigo 269, I, do CPC, para anular o Procedimento nº 1.599-T-10-Tombamento do Encontro das Águas dos Rios Negro e Solimões, no Estado do Amazonas, tão somente com efeitos a partir do ato que decidira pelo Tombamento Provisório, inclusive, até que sejam realizadas as audiências públicas, pelo menos um em cada município diretamente afetado, nos termos da fundamentação, conforme art. 32 e seguintes da Lei 9.784/99, bem como viabilizadas consultas públicas na forma aludida no artigo 31 e seguintes da Lei 9.784/99. – Indefiro o pedido de condenação do Autor em litigância de má-fé. – Nos termos da fundamentação, antecipo os efeitos da tutela, concedendo desde logo os efeitos da nulidade decretada, a contar da intimação desta sentença ao IPHAN. – Sem custas e honorários.” (E-DJF1 12/08/2011, p. 770).

desdobramento do primeiro, resume-se à possibilidade de o Judiciário controlar a discricionariedade do ato via proporcionalidade, cujo desrespeito “vem acompanhado também do desrespeito aos outros princípios constitucionais, como no presente caso, ao da informação e participação”.

Continua a sentença, explicando a questão posta: “A discussão cinge-se na necessidade, adequação e proporcionalidade de suprimir do referido procedimento audiências e consultas públicas”. Em outras palavras, tratam-se das audiências e consultas públicas como se elas fossem algo que foi suprimido do processo de tombamento provisório, enquanto na verdade elas nunca fizeram parte do processo de tombamento, segundo a sua legislação de regência (DL 25/37 e Portaria SPHAN 11/1986).

Por isso, na sentença se insiste na necessária aplicação subsidiária da Lei 9.784/99, havendo-se que superar a leitura literal, já que essa daria “às audiências públicas e consultas públicas um caráter de instrumento discricionário”. Na visão da sentença,

deve-se buscar o sentido teleológico da norma, qual seja a possibilidade de uma decisão administrativa mais segura e fundamentada, de modo que, tratando-se de um bem cuja importância transcende, inclusive, os limites regionais, como é o Encontro das Águas, impõe-se oportunizar a participação da sociedade, órgãos, institutos e outros interessados no processo de tombamento.

Ademais, elas “nada mais são que instrumentos utilizados para dar efetividade aos princípios ambientais da participação e informação, os quais se encontram expressamente previstos no Princípio nº 10 da Declaração do Rio/92 (Eco/92)”.

Para o magistrado, a realização desses instrumentos participativos viabilizaria a participação dos interessados, nos quais se incluem comunidades ribeirinhas, dando “efetividade ao artigo 216, § 1º, da Constituição Federal”. Tal dispositivo constitucional cita que a promoção e a proteção do patrimônio cultural brasileiro serão feitas pelo poder público com a “colaboração da comunidade”:

§ 1º O Poder Público, com a *colaboração da comunidade*, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. (destacou-se)

Em suma, a decisão pega a expressão *com a colaboração da comunidade* e traz para o processo decisório de tombamento – uma das modalidades de proteção do patrimônio cultural brasileiro – sua própria visão do conceito ao impor, via decisão judicial, consultas e audiências públicas.

Esqueceu-se que a colaboração da comunidade não necessariamente impõe audiências e consultas públicas; talvez nem necessariamente se trate de participação

administrativa, mas, se assim for, há outros meios participativos possíveis, *v.g.*, tais como a participação em conselhos, as ouvidorias e a educação patrimonial.

A expressão *colaboração da comunidade* pode sair do âmbito da participação do cidadão na Administração Pública para significar, por exemplo, que a sociedade deve ajudar na preservação do patrimônio cultural brasileiro através dos ônus que ele causa ao proprietário do imóvel (membro da comunidade), no sentido de arcar com uma restrição parcial ao uso do seu próprio bem ou mesmo de eventualmente ser desapropriado.²⁹ Talvez isso tenha levado Paulo Affonso Leme Machado a doutrinar que “os constituintes colocaram tanto o Poder Público como a comunidade como responsáveis pela promoção e proteção do patrimônio cultural” (MACHADO, 2009, p. 949), fazendo analogia com o artigo 225, que conclama a sociedade na proteção do meio ambiente.

Dever inerente ao processo decisório, a colaboração da comunidade deve ser efetuada mediante previsão legal, tratando-se de norma não autoaplicável, embora possa haver colaboração voluntária sem base legal, como parece ser o caso da Educação Patrimonial,³⁰ que não deixa de ser um caso de participação social não orgânica.

Sem contar com o seguinte argumento de ordem pragmática: se essa colaboração da comunidade é sinônimo de direito administrativo da participação via audiências e consultas públicas, então todos os tombamentos pós-Constituição de 1988 seriam inválidos.

²⁹ “O tombamento é sempre uma restrição parcial, não impedindo ao particular o exercício dos direitos inerentes ao domínio; por isso mesmo, não dá, em regra, direito a indenização; para fazer jus a uma compensação pecuniária, o proprietário deverá demonstrar que realmente sofreu algum prejuízo em decorrência do tombamento. Se, para proteger o bem, o Poder Público tiver que impor restrição total, de modo que impeça o proprietário do exercício de todos os poderes inerentes ao domínio, deverá desapropriar o bem e não efetuar o tombamento, uma vez que as restrições possíveis, nesta última medida, são as que constam da lei, nela não havendo a previsão de qualquer imposição que restrinja integralmente o direito de propriedade” (DI PIETRO, 2012, p. 146).

³⁰ A Educação Patrimonial é uma forma participativa de proteção do patrimônio cultural, na qual as pessoas se reúnem para debater sobre o patrimônio cultural. O IPHAN tem como principal iniciativa nesse sentido as *Casas do Patrimônio*, projeto no qual essa autarquia transforma seus imóveis ou outros lugares em ambientes de interlocução local, promovendo, pelo viés da educação patrimonial, o diálogo e a participação cidadã na construção das políticas de patrimônio cultural. O Regimento Interno do IPHAN prevê que as Casas do Patrimônio são espaços de “interlocução, acesso à informação e gestão participativa da política de patrimônio, visando estabelecer novas formas de relacionamento do IPHAN com a sociedade e com o poder público, conferindo transparência e ampliando os mecanismos de gestão da preservação do patrimônio cultural” (art. 100, parágrafo único do Anexo da Portaria Ministro da Cultura 92, de 5 de julho de 2012).

Caso realmente se entenda que a colaboração da comunidade é sinônimo de participação administrativa orgânica, o IPHAN³¹ já a implementou, pelo menos de uma forma, através do *Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural*.

Integra a estrutura organizacional do IPHAN, como órgão colegiado, o Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural (Decreto 6.844/09, art. 3º, I, b), que é presidido pelo Presidente do IPHAN e composto pelos membros previstos no artigo 7º.³² Esse Conselho tem como função “examinar, apreciar e decidir sobre questões relacionadas ao tombamento, ao registro de bens culturais de natureza imaterial e à saída de bens culturais do País e opinar acerca de outras questões relevantes propostas pelo Presidente” (Decreto 6.844/09, art. 11). A necessidade de seu parecer consta expressamente da Portaria SPHAN 11/1986 (arts. 18 e 19).

A participação do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural no processo de tombamento não consta apenas em atos infralegais, mas decorre da lei, contando com a expressa manifestação do legislador. O DL 25/37 prevê a remessa do processo de tombamento, quando impugnado (tombamento compulsório), ao Conselho Consultivo, que preferirá decisão a respeito (art. 9º, 3).

Paulo Affonso Leme Machado chama a atenção ao fato de que a “ideia de participação da comunidade na proteção do patrimônio cultural concretizada no Conselho Consultivo mostra um pioneirismo marcante na história do direito da participação no País” (MACHADO, 2009, p. 967).

Se a colaboração da comunidade insculpida no § 1º do artigo 216 da CF significa Administração Pública democrática, não existe motivo para impor mais participação além daquela já prevista pela lei para a proteção do patrimônio cultural promovida pelo IPHAN mediante a participação de diversos setores sociais em seu Conselho

³¹ Antigo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, criação provisória por ato de Getúlio Vargas (13/04/1936), com estrutura definitiva dada pela Lei 378/37 e ratificado no DL 25/37. Com a edição do Decreto 66.967/1970 (art. 14) há a alteração do nome para Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). Posteriormente o Decreto 84.198/1979 transforma o IPHAN em Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN). Em 16 de abril de 1990, a Lei 8.029 autoriza a constituição do Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural (IBPC), sucedendo a Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (art. 2º, § 1º), com a natureza de autarquia federal, tendo sua estrutura regimental efetivada, realmente, pela Lei 8.113/1990 cf. TELLES (1992, p. 23-27). Posteriormente, com a MP 610/94 (art. 6º), houve o resgate do nome Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN).

³² I – um representante, e respectivo suplente, de cada uma das seguintes entidades, que serão indicados pelos respectivos dirigentes: a) Instituto dos Arquitetos do Brasil – IAB; b) Conselho Internacional de Monumentos e Sítios – ICOMOS/BRASIL; c) Sociedade de Arqueologia Brasileira – SAB; d) Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA; e) Ministério da Educação; f) Ministério das Cidades; g) Ministério do Turismo; h) Instituto Brasileiro dos Museus – IBRAM; e i) Associação Brasileira de Antropologia – ABA;

II – treze representantes da sociedade civil, com especial conhecimento nos campos de atuação do IPHAN.

Consultivo do Patrimônio Cultural (DL 25/37, art. 9º, 3 c/c Decreto 6.844/09, arts. 3º, I, b e 7º).

Para Adriana Zandonade, a adoção da colaboração da comunidade na redação final do § 1º do artigo 216 da CF, em contraposição a referência dos trabalhos da constituinte a “respaldados por conselhos representativos da sociedade civil”, “não significou a rejeição do princípio da participação popular na amplitude inicialmente definida” (ZANDONADE, 2012, p. 91). Em outras palavras, para essa doutrinadora, a colaboração da comunidade ainda significa a participação em conselhos que representem a sociedade. De fato, isso é o que ocorre, por exemplo, no IPHAN, com diversos segmentos sociais ligados à proteção do patrimônio cultural com assento no Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural.

A sentença prolatada no processo 0000780-89.2011.4.01.3200 simplesmente impôs a própria visão do magistrado sobre o § 1º do artigo 216 da CF, ignorando que, se ela procedesse, (i) todos os tombamentos do país seriam inválidos, o que traria a questão do próprio significado da expressão *colaboração da comunidade*, e (ii) que existe participação da comunidade no processo de proteção do patrimônio cultural brasileiro, no âmbito federal, por meio do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, além da Educação Patrimonial. Em suma, o magistrado usurpou a competência do Legislativo e a discricionariedade do Executivo, que regulamentou a participação no processo de tombamento, sob o pretexto de interpretar o § 1º do artigo 216 da CF.

4.3 O emblemático caso das audiências públicas do Porto-Sul/BA

Mais emblemático é o caso Porto-Sul/BA, no qual ajuizou-se ação civil pública para que fossem realizadas as audiências ambientais adicionais à prevista pelo órgão ambiental federal (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA). Tratava-se de pedido do Ministério Público Federal (MPF) para a realização de audiências públicas nos municípios afetados pelo empreendimento (Porto Sul) a ser licenciado, além da já realizada em Ilhéus/BA, local do empreendimento.

O pedido foi efetuado, porque se considerou insuficiente a realização de uma única audiência pública, ainda que realizada no município do empreendimento.

O pedido de liminar na ACP 0005023-64.2011.4.01.3301 (Vara Federal Única de Ilhéus/BA) foi negado pelo magistrado de primeiro grau, mas, em Agravo de Instrumento 0009759-03.2012.4.01.0000 ele foi monocraticamente deferido pelo TRF da 1ª Região, pelos seguintes fundamentos:

- (i) dever de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225, *caput*), que instrumentaliza o princípio da precaução e o da prevenção,

exigindo-se, na forma da lei, a prevenção de potencial desequilíbrio ambiental;³³

(ii) a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), que fala da compatibilização entre o desenvolvimento e o equilíbrio ecológico, da avaliação de impacto ambiental e do licenciamento, concluindo pela prevenção do dano à sua reparação;³⁴

(iii) insiste que a atuação do poder público deve se orientar pelo princípio da precaução, adotado no Brasil e com *status* de regra de direito internacional.

E conclui afirmando que

girando a controvérsia em torno de questão relativa à preservação do meio ambiente [...] afigura-se manifesta, na hipótese em comento, a legitimidade da pretensão deduzida pelo douto Ministério Público Federal, no sentido de realizarem-se audiências públicas, tanto quanto necessário forem.

E que

o poder discricionário do órgão ambiental, no tocante à realização de audiência pública, limita-se àquelas hipóteses em que a sua atuação se opere independentemente de provocação, sendo que, quando solicitado (por entidade civil, pelo Ministério Público ou por 50 ou mais cidadãos), referida audiência pública possui caráter obrigatório.”

Isso traria a obrigatoriedade de se realizar quantas audiências um dos legitimados quisessem.

³³ “[...] na medida em que a pretensão deduzida pelo douto Ministério Público Federal encontra-se em sintonia com a tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), e que já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o *princípio da precaução* (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, torna-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a consequente *prevenção* (pois uma vez que possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada), exigindo-se, inclusive, na forma da lei, a implementação de políticas públicas voltadas para a prevenção de potencial desequilíbrio ambiental.”

³⁴ “Com esta inteligência, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, no Brasil (Lei nº 6.938, de 31.08.81) inseriu como objetivos essenciais dessa política pública “a compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico” e “a preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida”(art. 4º, incisos I e VI). Dentre os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, exigem-se “a avaliação de impactos ambientais” e “o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras” (art. 9º, III e IV), estabelecendo-se, ainda, que “a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidoras, bem como os capazes sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente e do IBAMA, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional” (art. 10 e respectivo parágrafo 4º, com a redação dada pela Lei nº 7.804, de 18/07/89).

Em outras palavras, para a decisão do TRF da 1ª Região o dever de proteger o equilíbrio ambiental mais o princípio da precaução aparentemente eliminam o poder discricionário do órgão ambiental quanto ao número de audiências a serem realizadas, obrigando-o a realizar tantas quantas forem requeridas pelos legitimados listados no artigo 2º da Resolução CONAMA 09/87. Prevê esse dispositivo normativo que o órgão do meio ambiente promoverá a realização de audiência pública “sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos” (art. 2º, *caput*).

Levada a questão, sob o estreito prisma da suspensão de segurança (o que complica generalizações sobre o mérito da decisão em si), ao Superior Tribunal de Justiça, este manteve a decisão do TRF da 1ª Região basicamente pelos mesmos motivos.³⁵ No voto constou que não haveria grave lesão à economia pública porque a decisão

apenas determina a realização de audiências públicas com a participação da população local envolvida e que sofrerá os efeitos daquele empreendimento. Nesse contexto, e à vista do princípio da precaução, o interesse público parece estar melhor protegido pela decisão impugnada do que pela suspensão dos seus respectivos efeitos.

Com base no meio ambiente ecologicamente equilibrado e no princípio da precaução impôs-se uma leitura distorcida das audiências públicas no processo de licenciamento ambiental.

Há um consenso de que existe a obrigatoriedade de realizar a audiência pública, integrante do licenciamento ambiental, quando requerida pelos legitimados do artigo 2º da Resolução CONAMA 9/87. Entretanto, esse consenso não tem o alcance do decidido pelo Des. Fed. Souza Prudente no AI 0009759-03.2012.4.01.0000 e cancelado pelo STJ no AgRg na SLS 1.552/BA.

No licenciamento ambiental, se o mero pedido justificasse a realização de tantas audiências públicas quantas requeridas, ainda que o órgão ambiental já tivesse deliberado pela sua realização, haveria o caos no processo de licenciamento. Se o órgão ambiental já deliberou pela realização da audiência pública – evento acidental no processo de licenciamento ambiental, sendo obrigatória, em termos participativos, a fase de comentários (Resolução CONAMA 1/86, art. 11, § 2º) –, não há que se falar em aplicação compulsória da segunda parte do artigo 2º da Resolução CONAMA 9/87. Nesse cenário, a solicitação dos legitimados perderia o objeto em termos de levar a realização obrigatória da audiência pública. A leitura literal do § 2º desse mesmo

³⁵ “PEDIDO DE SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR. LICENÇA AMBIENTAL. AUDIÊNCIAS PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. Em matéria de meio ambiente vigora o princípio da precaução que, em situação como a dos autos, recomenda a realização de audiências públicas com a participação da população local. Agravo regimental não provido” (STJ, CE, v.u., AgRg na SLS 1.552/BA, rel. Min. Ari Pargendler, j. em 16/05/2012, DJe 06/06/2012).

artigo (“No caso de haver solicitação de audiência pública e na hipótese do Órgão Estadual não realizá-la, a licença não terá validade”) é completamente desarrazoada. Ele é apenas uma garantia de que deve haver audiência pública quando solicitada (se nenhuma for realizada pelo órgão ambiental), não que deve haver mais audiências públicas além da(s) decidida(s) de ofício pelo órgão ambiental.

A exegese levada a cabo no caso Porto Sul/BA pelos órgãos jurisdicionais significaria um sem número de audiências (tantas quantas forem requeridas), o que já demonstra a sua desarrazoabilidade. Ademais, esse entendimento ignora não apenas a razoabilidade, a prudência interpretativa, como também a leitura sistemática com o próprio § 5º do mesmo artigo. Este preceitua que *poderá* haver mais de uma audiência pública sobre o mesmo projeto e respectivo RIMA “em função da localização geográfica dos solicitantes e da complexidade do tema”. Claro que tais análises (localização geográfica dos solicitantes e complexidade do tema) são efetuadas pelos órgãos ambientais, em sua avaliação discricionária.

Pragmaticamente, é certo o risco de uso indevido da audiência pública para obstar ou prolongar o processo decisório do licenciamento ambiental, caso prevaleça o entendimento de que o pedido por alguns dos legitimados deflagraria a necessidade de realização de mais audiências públicas, além da(s) realizada(s) pela Administração Pública. Poderia haver um uso indevido desse instrumento da Administração Pública democrática por causa da síndrome NIMBY ou mesmo da existência de maus intencionados, desvirtuando a finalidade das audiências públicas.

Alguns poderão dizer que não haveria esse risco porque os legitimados não requereriam audiências públicas a esmo. Ocorre que ninguém ousaria tentar tal tese requerendo tantas audiências; começariam roubando uma flor do jardim, nos dizeres de Eduardo Alves da Costa no famoso trecho de seu poema “No Caminho, com Maiakóvski”. Às vezes o pedido pode começar com ordem judicial, como ocorreu em 15/01/2013 na ACP 5018535-51.2012.4.04.7200/SC, tramitando na Justiça Federal de Florianópolis. Nessa ação foi deferida liminar ordenando que se façam *pelo menos* duas audiências públicas, sem gastar uma só palavra sobre elas no relatório ou na fundamentação.

Ademais, não se pode perder de vista que a criatividade judicial em impor mais participação nas situações em que a legislação não exige tem ainda como efeito colateral indesejado a perda de eficiência do processo decisório, tendo em vista o seu prolongamento.

A Administração Pública pode efetuar mais do que uma audiência pública para tratar da matéria, ainda que a sua realização seja facultativa. Entretanto, a interação do cidadão com o Estado via audiência pública é apenas um dos meios participativos possíveis, podendo-se admitir uma única audiência pública ou mesmo não prorrogar o

seu funcionamento. O fato de a audiência pública ser obrigatória, ainda que mediante pedido, não tem a capacidade de multiplicar o número de audiências públicas, realizando-se uma por cidade, comunidade, vila, bairro, Estado-membro etc.

No próprio TRF da 1ª Região existe exemplo do reconhecimento da discricionariedade administrativa para realizar o número de audiências, rechaçando a possibilidade de o juiz substituir o critério administrativo para estabelecer a quantidade de audiências a serem realizadas. Com efeito, decidiu a Corte Especial do TRF da 1ª Região:

[...] II – Ao determinar a realização de grande quantidade de audiências públicas, a decisão de primeiro grau invade a esfera de competência da administração pública, pois cabe ao IBAMA, órgão responsável pela realização das políticas públicas nacionais ligadas ao meio ambiente, decidir, com base nos critérios de conveniência e oportunidade, a quantidade, o local e momento propício para a sua realização.³⁶

Em relação à criação de unidades de conservação, o TRF da 4ª Região também foi peremptório em dizer que o número de audiências públicas estaria sobre o crivo discricionário da autoridade ambiental, não sendo exigido sequer pela Resolução CONAMA 9/87:

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. CRIAÇÃO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO. ALEGAÇÃO DE FALHAS NOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS PREPARATÓRIAS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. EFEITO SUSPENSIVO CONCEDIDO PELA DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. CONFIRMAÇÃO. Não há obrigatoriedade da realização de audiências públicas em todos os municípios atingidos. Inteligência dos dispositivos da Lei nº 9.985/00 e da Resolução nº 9 do Conama.³⁷

A respeito do assunto no direito estrangeiro, a legislação colombiana ambiental – bastante avançada em termos participativos – preceitua que nos casos de projetos lineares, entendidos como sendo os oleodutos (linhas de duto de hidrocarbonetos), linhas de transmissão elétrica, corredores viários e ferrovias, poderão ser realizadas até 2 (duas) audiências públicas em lugares que se encontram dentro da área de influência do projeto, a juízo da Administração Pública (Decreto colombiano 330/07, art. 11).

Há indiscutível discricionariedade administrativa para avaliar o número de audiências públicas a serem efetuadas, caracterizando indevida interferência judicial a determinação de sua realização em número superior ao estabelecido pelo órgão

³⁶ TRF da 1ª Região, CE, AR na SL ou STA 2009.01.00.069492-2, rel. Des. Fed. Jirair Aram Meguerian, j. em 25/03/2010, e-DJF1 26/04/2010, p. 40. Embora seja complicado generalizar, uma vez que baseado em pedido de suspensão de segurança, a decisão é bem assertiva.

³⁷ TRF da 4ª Região, 3ª T., v.u., AI 2005.04.01.022658-6, rel. Des. Fed. Fernando Quadros da Silva, j. em 12/12/2006, D.E. 14/02/2007. Também não exigindo a realização de audiências públicas em todos os municípios atingidos, cf. TRF da 4ª Região, Corte Especial, AGVSS 2004.04.01.041192-0/SC, rel. Des. Fed. Vladimir Passos de Freitas, j. em 28/03/2005, DJ 06/04/2005.

ambiental sem que haja clara demonstração da ilegalidade da recusa em promover audiências públicas adicionais.

Para reforçar a presença da discricionariedade administrativa na escolha do número de audiências públicas a serem realizadas, além do argumento de ordem pragmática (impossível fazer tantas audiências públicas quantas forem requeridas), passe-se à análise do argumento lastreado no princípio da precaução e da conservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ver-se-á que as considerações são bem parecidas com as premissas que levaram ao julgamento de *Vermont Yankee*, uma vez que há hiperintegrações hermenêuticas do princípio da precaução e outros *topoi* argumentativos, como a proteção do meio ambiente e a prevenção do dano ambiental.

Quanto ao princípio da precaução, é importante frisar que ele serve para resolver questões nas quais surgem dúvidas científicas, aconselhando um não fazer nesses casos. Ocorre que o caso do Porto Sul não se relaciona com incertezas científicas, ainda mais porque as audiências públicas requeridas judicialmente não focavam a convocação de especialistas – que poderiam ter participado da audiência realizada em Ilhéus ou ter enviado suas considerações na fase dos comentários – mas a dos moradores de outras cidades. Vale lembrar que, em regra, na seara ambiental, ante a complexidade do bioma, “a prova pericial é necessária sempre que a prova do fato depender de conhecimento técnico”.³⁸ Mas nada disso estava em jogo, apenas a neutralidade ou mesmo apatia científica da realização de mais audiências públicas sem vez de somente uma, realizada no município que abrigará o empreendimento.

De qualquer modo, apenas para argumentar, se sempre for dada prevalência ao princípio da precaução,³⁹ haveria mau funcionamento de uma das funções do Estado, a de ponderar os interesses em jogo. Depois de afirmar que os poderes do Estado “devem respeitar o princípio da proteção ambiental na interpretação das normas jurídicas, na ponderação de interesses e no exercício da discricionariedade”, o administrativista alemão Rolf Stober aduz que

A função central do Estado consiste em pôr em equilíbrio os conflitos ou interesses econômicos e ecológicos. Esta obrigação de concordância prática exclui a interpretação da proteção ambiental como fim prioritário. A *suprema linha de orientação tem de ser que a atuação econômica geral é tolerável pelo ambiente* (STOBER, 2012, p. 201-202).

³⁸ STJ, 2ª T., v.u., REsp 1.060.753/SP, rela. Mina. Eliana Calmon, j. em 01/12/2009, DJe 14/12/2009.

³⁹ Ainda que o princípio da precaução seja sempre encarado como gerando um dever de não fazer (abstenção), como se manter o *status quo* fosse uma atitude de precaução ambiental, ignorando os seus riscos.

Quanto ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225, *caput*), parece que tal direito não poderia criar audiências públicas, ainda mais além do patamar mínimo previsto na legislação de regência. Se realizar mais audiências públicas, sobre o mesmo RIMA, melhorasse automaticamente a proteção ao meio ambiente ou fosse tão fundamental a sua proteção, nossa legislação ambiental sobre licenciamento seria inconstitucional ao deixar nas mãos do órgão ambiental ou de alguns legitimados a decisão para a realização ou não desse fundamental instrumento de proteção ao meio ambiente. Não se pode perder de vista que a audiência pública no licenciamento ambiental com EIA/RIMA é apenas mais um meio participativo, além de ser secundário (a primazia são dos comentários), e que, no caso, ela foi realizada, mas não em número considerado suficiente pelo autor da ACP 0005023-64.2011.4.01.3301.

Por fim, foi citado que o direito ambiental prefere a prevenção do dano à sua reparação como motivo para justificar audiências públicas adicionais. Ocorre que a prevenção do dano à sua reparação não é privilégio do direito ambiental, mas da responsabilidade civil em geral. Não é de hoje que houve a quebra do paradigma da tutela reparatoria, classicamente prevista no direito civil francês (CC de Napoleão, art. 1.142⁴⁰), que foi substituída pela inibitória. Não sendo especificidade do direito ambiental, é complicado dizer que isso suprimiria a discricionariedade da autoridade pública em escolher o número de audiências públicas. A prevenção do dano ambiental é apenas estimada, sendo função do licenciamento ambiental, não de uma de suas etapas eventuais isoladamente consideradas (audiência pública), ainda mais uma etapa facultativa e que já havia sido realizada no local com maior impacto, o da cidade na qual ocorrerá o empreendimento.

Na verdade, a decisão judicial do TRF da 1ª Região no caso Porto Sul/BA criou audiências públicas adicionais, em detrimento da discricionariedade do órgão ambiental em promovê-las, com base em cláusulas tão abertas que tornam difícil relacioná-las com a específica previsão das audiências públicas no processo de licenciamento ambiental.

Acabou-se por consagrar a visão que torna impossível a previsão do controle jurisdicional a ser praticado nessa seara, já que admitir que sejam efetuadas tantas audiências públicas quanto requeridas seria impraticável, abrindo precedente perigoso para a segurança jurídica e para o oportunismo processual administrativo. Como alertou a Suprema Corte estadunidense, em *Vermont Yankee*, são necessários

⁴⁰ “Toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos em favor do interessado, no caso de inexecução por parte do devedor” – tradução livre. Interessante notar que foi na própria França que tal paradigma foi superado, pela criação pretoriana das *astreintes*. Posteriormente a própria Lei francesa 91-650, de 09/07/1991 reformou o processo de execução e positivou as *astreintes* em seu artigo 33: “Qualquer juiz pode, mesmo de ofício, impor multa pecuniária para assegurar a execução de suas decisões.” (tradução livre)

parâmetros precisos e seguros para controlar os procedimentos empregados pelos órgãos e entidades públicos, porque,

se os tribunais continuamente revissem os procedimentos das agências para determinar quando a agência empregou procedimentos que eram, na opinião da corte, perfeitamente adaptados para alcançar o que a corte entende como o 'melhor' ou 'correto' resultado, o controle judicial seria totalmente imprevisível (435 U. S. 546).

5 Conclusão

A participação do cidadão na Administração Pública é conhecida como direito administrativo de participação (ou participativo) ou Administração Pública democrática, fenômeno que vem se consolidando nos variados tipos de processo decisório estatal.

Entretanto, o direito administrativo de participação tem limites no modelo de democracia representativa adotado no Brasil, em regra sendo facultativo, não vinculante e tendo como finalidade auxiliar o processo decisório estatal via coleta de opiniões e críticas ou integrando os cidadãos em órgãos públicos. Ele trabalha com um conceito amplo de cidadania, que vai além do direito de votar, mas que também gera deveres para quem quiser facultativamente participar, como se deslocar até o local no qual será viabilizada a participação.

Apesar de ter suporte na democracia participativa, em regra os instrumentos administrativos de participação, como os políticos, necessitam de previsão/intermediação legislativa, não podendo ser sacados diretamente da Constituição ou de princípios. Não se pode obrigar a autoridade administrativa a realizar audiências públicas com fundamento direto na Magna Carta ou, por exemplo, no princípio da participação, aniquilando a discricionariedade administrativa expressamente reconhecida em cláusula geral do direito administrativo (Lei 9.784/99, art. 32). Ademais, a exigência de utilização dos instrumentos participativos deve sofrer exegese restritiva por ser exceção na democracia representativa. Ainda que tais instrumentos se embasem na ideia de democracia participativa, essa ainda é exceção, e como tal, deve ser lida de maneira estrita, nunca ampla. De qualquer modo, em regra a participação administrativa necessita intervenção do legislador, prevendo-a ou densificando a sua forma quando prevista na Constituição.

Deve-se ter sempre em mente que os instrumentos participativos consultas e audiências públicas são facultativos na teoria geral do direito administrativo (Lei 9.784/99, arts. 31 e 32).

Essa contextualização é fundamental para a compreensão da autocontenção judicial que deve guiar o Judiciário ao lidar com questões da democracia participativa na

Administração Pública, especialmente as audiências públicas, vítimas de um assédio no Judiciário sem precedentes.

Não são poucas as tentativas de exigir sem base legal a audiência pública, baseada em retórica hermenêutica que ignora a insuficiência da invocação do princípio da participação para criar modalidades participativas e que não é a importância dos bens em jogo que cria a obrigatoriedade de audiência pública. No caso ambiental, já se chegou ao extremo de entender que a audiência pública era obrigatória, ainda que sem requerimento, “em hipóteses de evidentes e consideráveis impactos socioambientais decorrentes de empreendimentos lesivos ao meio ambiente. É que, em casos desse jaez, a audiência pública faz-se necessária como fator de legitimidade popular” (RABELO, 2009, p. 317).

A tendência de algumas decisões judiciais de impor participação ou mais participação em processos decisórios administrativos além do que preceitua a legislação de regência, com base em cláusulas vagas e abertas (v.g. princípio da participação, da precaução, do meio ambiente ecologicamente equilibrado ou em outra cláusula constitucional), vai de encontro à autocontenção que deve existir na matéria, como bem delineado em *Vermont Yankee v. NRDC*.

Não apenas a Suprema Corte estadunidense, em *Vermont Yankee v. NRDC*, entendeu que adições procedimentais participativas não deveriam ser efetuadas por considerações de justiça (como a *House of Lords*, atual *Supreme Court of the United Kingdom*, em *Bushell v. Secretary of State for the Environment*) ou para atingir melhor participação, como o Supremo Tribunal Federal, ao convocar a primeira audiência pública da Corte (ADI 3510), buscou parâmetro objetivo para seguir (analogia com o RI da Câmara dos Deputados), evitando criar critérios participativos não previstos no ordenamento. Em uma segunda fase, o STF regulou a participação em suas audiências públicas em seu regimento interno, mostrando grande discricionariedade ao fazê-lo.

Os instrumentos de participação na Administração Pública devem sofrer leitura restritiva, devendo se circunscrever ao âmbito da discricionariedade do órgão ou entidade, não porque não sejam importantes, mas porque eles fazem parte da democracia participativa, exceção à democracia representativa – regra em nosso sistema político. Essa leitura restritiva necessariamente leva à autocontenção judicial na matéria, preservando os espaços de escolha discricionária do legislador e/ou administrador, sendo sempre iluminada pela necessidade de intermediação legislativa para a existência dos instrumentos participativos, bem como da sua compulsoriedade, uma vez que a regra em nosso sistema é a facultatividade não apenas da audiência pública (Lei 9.784/99, art. 32), mas da consulta pública e demais instrumentos participativos (Lei 9.784/99, arts. 31, 33 e 35).

Adotar postura diferente abre precedente perigoso para a segurança jurídica e para o oportunismo processual administrativo. Como alertou a Suprema Corte estadunidense, em *Vermont Yankee*, são necessários parâmetros precisos e seguros para controlar os procedimentos empregados pelos órgãos e entidades públicos, porque,

se os tribunais continuamente revissem os procedimentos das agências para determinar quando a agência empregou procedimentos que eram, na opinião da corte, perfeitamente adaptados para alcançar o que a corte entende como o 'melhor' ou 'correto' resultado, o controle judicial seria totalmente imprevisível (435 U. S. 546).

A criatividade judicial em matéria participativa não está amparada por norma alguma, violando o princípio constitucional da legalidade e cláusula pétrea da separação de poderes, bem como a gênese facultativa dos institutos de participação administrativa não orgânica, como são as consultas e audiência públicas, tal como plasmado nos artigos 31 e 32 da Lei 9.784/99.

6 Referências bibliográficas

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5a ed. 2a tir. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARBER, Benjamin. The uncertainty of digital politics: democracy's uneasy relationship with information technology. *Harvard International Review*, Cambridge: Harvard University, v. 23, I, p. 42-47, 2006. Disponível em: <<http://hir.harvard.edu/media/the-uncertainty-of-digital-politics>>. Acesso em: 17 abr. 2011.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A Cidadania Ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. 3a ed. 5ª reimp. São Paulo: Ática, 2003

_____. Cidadania e direitos humanos. In: *Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/iea/textos/benevidescidadaniaedireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Democracia direta dos cidadãos na criação e efetivação dos direitos. In: *XIX CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS: república, poder e cidadania*. Florianópolis, 25-29 set. 2005. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2006.

CARROL, Alex. *Constitutional and Administrative Law*. 4ª ed. London: Pearson Education Limited, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVEDON, Fernanda de Salles; DOMINGOS, Silvia. A audiência pública como instrumento de participação pública e acesso à informação nos processos decisórios de licenciamento ambiental: espaço de cidadania ambiental? *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo: IBAP, no 27, p. 3797-3811, set./out., 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FERREIRA, Siddharta Legale. Democracia direta vs. Representativa: uma dicotomia inconciliável com algumas reinvenções. *Direito Público*, São Paulo: IOB Thomson, nº18, p. 111-136, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1968.

FURRIELA, Rachel Biderman. *Democracia, Cidadania e Proteção do Meio Ambiente*. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2002.

GORCZEVKI, Clovis; CUNHA, Camila Santos da. A cidadania no Estado democrático de direito – a necessária concretização da cidadania participativa como condição imperiosa de reconhecimento do novo cidadão. In: CECATO, Maria Aurea Baroniet al., *Estado, Jurisdição e Novos Atores Sociais*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*, por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. Trad. de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

LAWSON, Gary; BEERMANN, Jack M. Reprocessing Vermont Yankee. In: *Working Paper Series, Public Law & Legal Theory*, Boston: Boston University School of Law, n. 06-25, p. 1-56, ago. 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=926349>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

MARRARA, Thiago. Da instrução. In: NOHARA, Irene Patrícia, MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo: Lei no 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 212-311.

MENDONÇA, Felipe. *A evolução do conceito jurídico de cidadania no panorama democrático do Século XXI*. 2012. 176 fls. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

METZGER, Gillian. The store of Vermont Yankee: a cautionary tale of judicial review and nuclear waste. *Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers*. 2005, Paper

0592. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/columbia_pllt/0592>. Acesso em: 25 mar. 2013.

MOISÉS, José Álvaro. *Cidadania e Participação: ensaio sobre o plebiscito, referendo e a iniciativa popular na nova Constituição*. São Paulo: Cedec; Marco Zero, 1990.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Participação Administrativa Procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

RABELO, Tiago Modesto. A improbidade administrativa e o controle do licenciamento ambiental à luz dos princípios constitucionais da administração pública. O caso das audiências públicas. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília: ESMPU, no 30-31, ano 8, p. 297-357, jan./dez. 2009.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Cidadania e Constituição (as cores da revolução constitucional do cidadão). *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, nº 19, p. 19-37, 1997.

ROSENFELD, Michel. *The Identity of the Constitutional Subject: selfhood, citizenship, culture and community*. New York: Routledge, 2009.

SILVA, José Afonso da. Democracia participativa. *Cadernos de Soluções Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, v. 2, p. 183-214, 2006.

SOARES, Marcos A. S. *O Plebiscito, o Referendo e o exercício do poder*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

STOBER, Rolf. *Direito Administrativo Econômico Geral*. Trad. António Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2012.

STOTT, David, FELIX, Alexandra. *Principles of Administrative Law*. London: Cavendish Publishing Limited, 1997.

TÁCITO, Caio. Controle judicial da administração pública no direito brasileiro. In: *Temas de Direito Público (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 981-1012, v. 1.

_____. Direito administrativo participativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 209, p. 1-6, jul./set. 1997.

TELLES, Antonio A. Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: RT, 1992.

ZANDONADE, Adriana. *O Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012.