1. CONTROLE

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

NOTA TAQUIGRÁFICA

2. ÓRGÃO JULGADOR	3. HORÁRIO	4. DATA
5ª TURMA	19:30	08/09/2003

5. PRESIDENTE	6. TAQUÍGRAFOS
DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA	MARIA DE FÁTIMA

7. RELATOR	8. REVISOR
DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE DE ALMEIDA	

9. PROCESSO / NÚMERO / PROCEDÊNCIA

AGREG Nº 1998 34 00 027682-0/DF

VOTO-VOGAL

O DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA: No que diz respeito às questões processuais, acompanho a eminente Relatora, permitindo-me não estender em considerações. Sintetizo meu pensamento citando o disposto no art. 796 do Código de Processo Civil, o qual diz que o processo cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente. Portanto, uma vez tomada decisão no processo principal, afasta a decisão que fora tomada em processo cautelar.

Diz o art. 558 do Código de Processo Civil que “o relator poderá a requerimento da agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto neste artigo às hipóteses do art. 520”.

No que se refere à possibilidade de lesão grave e de difícil reparação, conforme foi ressaltado pelo Desembargador Antônio Ezequiel, há um embate entre duas posições: de um lado, os que defendem o risco de lesão irreparável, principalmente ao meio ambiente, com a liberação da soja geneticamente modificada; de outro, há os interesses econômicos, que estariam sendo prejudicados com a protelação da definição da matéria. Esses interesses, num exame rápido, parecem ser de difícil ponderação e decisão por um deles, mas, no meu caso, não há necessidade de fazer essa ponderação e tomar o partido de um dos lados, em função do aspecto que passarei a examinar, que é o da “relevância de fundamentação”.

O aspecto “relevância de fundamentação” consta de um projeto de voto de mérito na apelação, que está preparado desde o ano passado e cuja antecipação requeri no dia 14 de fevereiro do corrente ano. Digo isto para afastar alegação, feita por uma das partes, de que

a protelação do julgamento seria devida a uma licença na qual permaneci até o final do mês de junho. Na verdade, o que ocorreu foi que no último dia, no dia em que eu entraria de licença, requeri a antecipação de meu voto. A questão de ordem foi submetida à Turma porque entendeu o então Presidente, Desembargador Antônio Ezequiel, que eu poderia ter antecipado voto no início do julgamento, mas uma vez suspenso, com seu pedido de vista, não era mais possível a antecipação. A questão foi submetida à Turma, mas como o Desembargador Federal Fagundes de Deus é impedido neste processo pelo fato de nele ter dado uma decisão na 1ª instância, quando Juiz Federal em Brasília, e não ter sido encontrado outro Desembargador no Tribunal que pudesse substituí-lo, ficou prejudicada (a questão de ordem), e eu não pude, com isso, apresentar o voto na apelação. Não estou preocupado, como se manifestou estar o Desembargador Federal Antônio Ezequiel, em revelar meu pensamento definitivo a respeito da matéria. Aliás, não é definitivo. Apresentando, aqui, o ponto de vista que está contido no projeto de voto na apelação, não quer dizer que amanhã não possa mudá-lo. Enquanto não se concluir o julgamento, posso mudar o ponto de vista, assim como também pode a Desembargadora Federal Selene de Almeida. É isso que prevê o Regimento.

Passo às razões pelas quais entendo restará examinada a matéria que declino como "relevância de fundamentos" para deferir ou negar os agravos regimentais. Digo eu neste texto:

> Projeto de voto na AC nº 1998.34.00.027682-0/DF
>
> Neste voto, busco fazer prevalecer em lugar da legalidade formal, a que se liga a interpretação por meio da subsunção e do dedutivismo lógico, a constitucionalidade material, que determina prevalência dos princípios e fins sobre a compreensão restritiva, literal, de disposições constitucionais isoladas. Alinho-me à posição de Paulo Bonavides, para quem, não obstante a resistência dos juristas do positivismo, aos quais "repugna suscitar questões valorativas acerca do que se legislou", o direito constitucional consagra, em definitivo, "a juridicidade dos princípios, transformados em paradigma e vértice da pirâmide normativa". Admito mais, com o eminente jurista, que, em caso de conflito, "o princípio é superior à regra; o princípio se aplica, a regra, não". Até a inauguração da *nova hermenêutica*, os *princípios gerais do Direito* "jaziam

como a mais frágil, subsidiária e insignificante das peças hermenêuticas do sistema", sendo na atualidade guindados à condição de coluna vertebral da Constituição. Formam hoje "o Everest da hierarquia constitucional"; "são os princípios muito mais densos e ricos de juridicidade que quaisquer outras normas em circulação no ordenamento jurídico da sociedade".[1]

I – **Meio ambiente e princípio democrático**

Constituição da República Federativa do Brasil

...

Art. 225. ***Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo*** *e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

...

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

...

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

...

Destaca-se, no limiar dessas disposições, a tipificação do meio ambiente ecologicamente equilibrado como *direito de todos* e, de forma enfática, como *bem de uso comum do povo*. Trata-se de duas expressões que remetem induvidosa e especificamente ao *princípio democrático*, ou *princípio da soberania popular*, "o mais

[1] *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 115,116,123 e 124.

excelso princípio de nosso ordenamento, condicionante tanto das regras políticas como jurídicas da Lei Maior". Em torno da democracia – ensina na mesma seqüência Paulo Bonavides – levanta-se, na doutrina, "um movimento de reorientação conceitual que intenta transformá-la em direito de quarta geração, o mais fecundo e subjetivo dos direitos políticos da cidadania, em escala de concretude".[2]

Não é casual a especificação do *princípio democrático* na disciplina do meio ambiente, logo no pórtico do respectivo capítulo. Em virtude desse indicador, exame que se faça de questões relacionadas com a matéria ambiental haverá de ter como ponto de partida a necessidade de atenção qualificada ao mencionado princípio. Inválida será conclusão interpretativa de normas constitucionais e infra-constitucionais que não tenha como referência a magna orientação de que nosso Estado *democrático* de direito tem como um de seus fundamentos a *cidadania* e de que *todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de* ***representantes eleitos*** *ou* ***diretamente***, nos termos da Constituição (art. 1º).

A necessidade de atenção qualificada ao *princípio democrático*, em matéria de meio ambiente, se impõe, de outra parte, em cumprimento à regra do devido processo legal: *ninguém será privado da liberdade ou de seus* ***bens*** *sem o devido processo legal* (art. 5º, LIV, da Constituição). Ora, na medida em que ao meio ambiente ecologicamente equilibrado atribui-se a qualidade de ***bem*** *de uso comum do* ***povo***, qualquer intervenção que possa significar privação, alteração ou restrição de seu gozo requer *devido processo*, com a participação do respectivo interessado, o povo (Enquanto o direito de propriedade é oponível *erga omnes*, assistindo ao proprietário a faculdade de excluir quem pretenda interferir na utilização do bem, em relação aos *bens de uso comum do povo* cabe ao usuário a pretensão de não ser excluído)[3].

Justifica-se esclarecer, para prevenir objeções, que *devido processo legal* não significa, restritivamente, qualquer processo previsto em lei, mas *devido processo de direito* ou *processo justo*, conclusão a que se chega emprestando relevância à utilização dos termos *due* (devido) e *law* (direito), que fazem parte daquela expressão no direito anglo-americano. No caso, referindo-se a um bem de uso comum do povo, *devido processo legal* é sinônimo de *devido processo democrático*, que corresponde a processo de decisão por meio de *representantes eleitos* ou *diretamente* pelo povo, usuário do bem.

Do ponto de vista intrínseco – que equivale ao conceito de *democracia* como *direito* – a garantia do devido processo legal tem objetivo próprio, abstrato e autônomo de promover a dignidade humana, elevando a pessoa da situação de *objeto* ou *coisa* à condição de *sujeito* e *cidadão*. O direito de ser ouvido e de ser informado é considerado distinto do direito a uma decisão correta, de modo que a preterição do devido processo tem conseqüências jurídicas próprias, independentes da questão material. Esta é a lição de prestigiado constitucionalista norte-americano, Laurence

[2] *Idem*, p. 116 e 127.
[3] LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. Porto Alegre: Sulina, 1954, p. 78.

Tribe, para quem "a audiência pode ser considerada como uma *forma de política* e como uma regra de direito, vista aqui como antítese do poder exercido sem responsabilidade para com aqueles que focaliza. Sob qualquer ponto de vista, a audiência representa uma valorizada interação humana na qual a pessoa afetada experimenta no mínimo a satisfação de participar da decisão que vitalmente lhe concerne, e talvez a particular satisfação de receber uma explanação do porquê a decisão está sendo tomada de uma certa forma. O direito de ser ouvido a respeito, e o direito de ser esclarecido do porquê são analiticamente distintos do direito de assegurar um resultado diferente; esses direitos de intercâmbio expressam a idéia elementar de que ser uma *pessoa*, em vez de uma *coisa*, é no mínimo ser *consultada* sobre o que está sendo feito com ela".[4]

É, pois, sob a estrela-guia do *princípio democrático*, o qual, como aqui sustentado, condiciona especialmente a interpretação das normas relativas ao meio ambiente, que deve ser examinado o disposto no art. 225, *caput* e § 1º, da Constituição, em que está incluída a regra de que incumbe ao poder público "**exigir, na forma da lei, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade**" (inciso IV).

II – **A CTNBio e a democracia representativa**

A Lei n. 8.974/95, a pretexto de cumprir o disposto nesse art. 225, § 1º, IV, da Constituição, delegou à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, em caráter conclusivo e vinculante, a tarefa de "identificar as atividades decorrentes do uso de OGM e derivados potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente e da saúde humana" para efeito da realização pública de estudo prévio de impacto ambiental. Admitindo, assim, que essas atividades são suscetíveis, em certos casos, de classificação como significativamente perigosas ao meio ambiente e à saúde humana e, como tal, passíveis de exigir estudo prévio de impacto ambiental, a referida lei deixou, entretanto, de estabelecer critérios básicos ou regras mínimas para o reconhecimento do que é *significativa degradação*. Houve delegação irrestrita (carta branca) à CTNBio para essa identificação. Com isto, mesmo abstraída a normatização

[4] "*From this perspective, the hearing may be considered both as a mode of politics, and as an expression of the rule of law, regarded here as the antithesis of power wielded without accountability to those on whom it focuses. Whatever its outcome, such a hearing represents a valued human interaction in which the affected person experiences at last the satisfaction of participating in the decision that vitally concerns her, and perhaps the separate satisfaction of receiving an explanation of why the decision is being made in a certain way. Both the right to be heard from, and he right to told why, are analytically distinct from the right do secure a different outcome; these rights to interchange express the elementary idea that to be a 'person', rather than a 'thing', is at least to be 'consulted' about what is done with one"* (*American constitutional law*. 2 ed, New York: The Foundation Press, Inc., 1988, p. 666).

por medida provisória, restou desatendido o princípio democrático, pela via representativa, e, especificamente, a determinação constitucional de que a exigência de EIA/RIMA se faça *na forma da lei*.

Na argumentação de Toshio Mukai, o legislador ordinário tanto poderia "determinar expressamente em que hipóteses legais haverá significativa degradação do meio ambiente (é um dos extremos)" como "conceder poder discricionário para a Administração decidir, em cada caso, quando julgue que poderá estar havendo ou não significativa degradação do meio ambiente (é o outro extremo da autorização constitucional)".[5] Com idêntico pensamento, Miguel Reale diz que "o legislador ordinário se viu perante uma alternativa: ou enumerava, analiticamente, todas as hipóteses de degradação do meio ambiente resultante do emprego de material genético; ou, então, instituía um sistema, mediante o qual tal degradação seria examinada *caso a caso*, com mais acerto e concretude. Foi por esta segunda via que optou o Governo Federal, ao promulgar a mencionada *Lei de Biossegurança*, cujo art. 7º determina que os órgãos de fiscalização do Ministério da Saúde, do Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária, do Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal, devem exercer suas competências '*observado o parecer técnico conclusivo* da CTNBio...'". Acrescenta que "a opção do legislador brasileiro foi no sentido de fazer prevalecer *critérios técnico-científicos*, aplicáveis na apreciação concreta de cada caso, ao invés de fazer uma enumeração abstrata de casos, que poderia ser incompleta ou não ajustável às características de cada hipótese ocorrente".[6]

Acontece que a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, ressente-se de suficiente legitimidade democrática e não possui independência para decidir a matéria em caráter conclusivo e vinculante, uma vez que *composta de membros designados discricionariamente pelo Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia*, sem controle do Poder Legislativo.

É evidente a vulnerabilidade dessa entidade decisória às pressões políticas e econômicas. Seus membros estão humanamente sujeitos, mais que nas agências reguladoras, a cooptação por grupos de interesses, justamente num setor econômico que envolve vultosos investimentos e lucros transnacionais. Não é preciso ir longe para constatar essa vulnerabilidade. Basta ver que no governo anterior era ostensivo o interesse da União, por meio do Poder Executivo - que designa os membros da entidade -, na liberação do cultivo da soja geneticamente modificada. Lembre-se que até houve veemente sustentação oral em favor da manutenção do ato da CTNBio, ao início do julgamento, pelo ilustre Sub-Procurador-Geral da União.

A questão da cooptação de entidades administrativas por setores interessados na regulamentação não é nova, já tendo dado motivo, nos Estados Unidos, nos anos

[5] Parecer oferecido a propósito de consulta formulada pelas apelantes MONSANTO DO BRASIL LTDA e MONSOY LTDA.
[6] Parecer elaborado mediante consulta das apelantes MONSANTO DO BRASIL LTDA e MONSOY LTDA.

sessenta, a um movimento denominado *interesse público*, que perseguia a transparência e imparcialidade das agências reguladoras, por considerar-se que estavam nas mãos das empresas que deveriam controlar.[7]

Deixo de suscitar inconstitucionalidade do referido dispositivo (art. 1º da Lei n. 8.974/95) porque entendo possível dar-lhe interpretação conciliatória com a Constituição. Noutra oportunidade (decisão liminar no Agravo de Instrumento n. 2001.01.00.023273-6/DF) sustentei com suporte, inclusive, na doutrina de Paulo Afonso Leme Machado, que a CTNBio não tem, pela própria lei que a instituiu teleologicamente interpretada, competência *vinculante* para *dispensar* exigências destinadas "a proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente", que é sua finalidade ali declarada. Seu parecer só é conclusivo e vinculante na parte em que crie restrições, ou seja, as cautelas que estabeleça não poderão ser afastadas ou reduzidas, mas só mantidas ou ampliadas pelo órgão competente para a liberação do organismo geneticamente modificado. A dispensa do EIA/RIMA, no caso em apreciação, está na linha de proteção de interesses econômicos, não de interesses pertinentes à vida, à saúde ou ao meio ambiente. Assim, só haveria vinculação se a referida Comissão tivesse decidido que a alteração no meio ambiente, decorrente do cultivo da soja transgênica, é significativa, de modo a impor a realização do EIA-RIMA. Tendo concluído que não o é, a questão fica aberta a reapreciação por outros órgãos administrativos competentes (ex.: o CONAMA) e, na mesma direção, pelo Poder Judiciário.

A mencionada orientação está prevalecendo no Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, tanto que editou a Resolução n. 305, de 12 de junho de 2002, na qual é exigida Licença Especial de Operação para Liberação Comercial de OGM, sendo requisito para seu pedido, dentre outros, "parecer técnico prévio conclusivo da CTNBio, conforme previsto na legislação vigente de biossegurança". Desse entendimento participa o eminente Nelson Nery Júnior, ensinando que "o fato de a CTNBio não exigir o EIA/RIMA, em situações justificáveis do ponto de vista da biossegurança, não impede que o estudo seja exigido pelo CONAMA, desde que dentro de sua competência".[8]

Além do parecer da CTNBio – conclusivo e vinculante, reitere-se, na parte em que estabeleça cautelas – o CONAMA, nos termos da Resolução n. 305/02, levará em conta para o licenciamento: *a localização específica da atividade ou do empreendimento; a potencial degradação da qualidade ambiental; o efeito do empreendimento sobre as atividades sociais e econômicas; o tamanho e as características do empreendimento; a presença ou proximidade de parentes silvestres do OGM; a vulnerabilidade ambiental do local; a existência de licença ou pedido de licença ambiental anterior para atividade ou empreendimento da mesma construção*

[7] CARBONELL, Eloísa e MUGA, José Luis. *Agencias y procedimento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 102.

[8] *Rotulagem de alimentos geneticamente modificados*. Palestra proferida na Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA, São Paulo/SP, em 25.10.2001.

gênica naquela espécie ou variedade; os pareceres técnicos apresentados pelos interessados legalmente legitimados, nos termos da Lei n. 9.784/99.

III – **Determinação judicial do conceito de *significativa degradação ambiental***

A Lei n. 8.974/95 – seja repetido - não estabeleceu critérios para a identificação de "atividades decorrentes do uso de OGM e derivados potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente e da saúde humana", delegando, sim, essa tarefa, à CTNBio. A solução para conciliá-la, nesse aspecto, com a Constituição, é dar-lhe interpretação teleológica, de modo a considerar-se que o parecer da CTNBio só é conclusivo e vinculante quanto às cautelas recomendadas para proteger a vida e a saúde da pessoa, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente, uma vez que sua finalidade, conforme declarado pela própria lei, é tal proteção. As cautelas que estabeleça não poderão ser reduzidas, mas poderão ser ampliadas e reforçadas por outros órgãos competentes.

Não tendo, assim, o parecer da CTNBio caráter vinculante, na parte em que dispensa o EIA/RIMA para efeito do cultivo da soja geneticamente modificada, é necessário enfrentar a questão, diretamente, à luz do disposto no art. 225, § 1º, IV, da Constituição. A possibilidade de afirmar, nesta sede de julgamento, se o cultivo da soja geneticamente modificada é ou não suscetível de causar *significativa* (conceito indeterminado) degradação ambiental, de modo a exigir ou não EIA/RIMA, é o que será examinado em seguida.

Impõe-se incursão no capítulo doutrinário dos *conceitos indeterminados*, para mostrar que a determinação de tais conceitos, conforme as opiniões mais autorizadas, é suscetível de controle judicial. Na doutrina alemã, a determinação do conceito indeterminado não é atividade discricionária imune a tal controle; não se subordina aos juízos de conveniência e oportunidade, peculiares à discricionariedade. No representativo pensamento de Eduardo García de Enterría, que se filia a essa doutrina, a luta contra as imunidades do poder administrativo traduz-se na busca de critérios para o controle da discricionariedade, o controle dos atos políticos e o controle do poder normativo da Administração. A luta pelo controle da discricionariedade, designada como *verdadeiro cavalo de Tróia no direito administrativo de um Estado de Direito*, operou-se nas seguintes etapas: a) reconhecimento de que em todo ato discricionário há elementos regrados, suscetíveis de sindicância judicial; b) inclusão da finalidade do ato administrativo entre os aspectos sindicáveis, graças à vigorosa teoria do desvio de poder; c) admissão do controle dos fatos determinantes do ato; d) por último, distinção entre discricionariedade e operação com o que os juristas alemães denominaram *conceitos jurídicos indeterminados* (conceitos de valor e conceitos de experiência, como *justo preço, utilidade pública, urgência, circunstâncias excepcionais, ordem pública* etc). A medida concreta para aplicação do conceito jurídico indeterminado a um caso particular não é estabelecida pela lei, mas "é um erro comum e tradicional, e de

penosas conseqüências para a história das garantias jurídicas, confundir a presença de conceitos dessa natureza, nas normas que a Administração há de aplicar, com a existência de poderes discricionários".[9]

A peculiaridade dos conceitos jurídicos indeterminados – ensina o renomado autor – consiste em que, numa situação concreta, diferentemente da discricionariedade, não pode haver mais que uma solução adequada (existe ou não existe utilidade pública; dá-se ou não uma perturbação à ordem pública; o preço é ou não justo). Não há possibilidade de meio-termo. O processo de concretização de um conceito jurídico indeterminado "não pode ser nunca um processo volitivo de discricionariedade ou de liberdade, mas um processo de julgamento ou estimação que há de ater-se, necessariamente, por uma parte, às circunstâncias reais que hão de ser qualificadas e, por outra, ao sentido jurídico preciso pretendido pela lei, com a intenção de que a solução possível seja só uma". Assim – conclui – tomando-se como referência o par de conceitos *regrado-discricionário*, pode-se dizer que o processo de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados é um processo regrado, porque não admite mais que uma solução justa e um resultado da interpretação e aplicação da lei (subsunção de dados às suas categorias). Não há liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou de decisão entre indiferentes jurídicos em razão de critérios extrajurídicos, que é próprio das faculdades discricionárias. A funcionalidade imediata desta fundamental distinção consiste em que, na presença de um conceito jurídico indeterminado, cabe com perfeita normalidade a fiscalização jurisdicional de sua aplicação.[10]

Há quem considere extremada essa posição em função da solução única dada a ambas as categorias de conceitos indeterminados – os de experiência e os de valor. A divergência, entretanto, é apenas quanto à segunda categoria de conceitos (os de valor), admitindo-se em relação a estes a possibilidade de mais de uma solução administrativa plausível e, em conseqüência, a redução dos limites do controle judicial. Relativamente aos conceitos de experiência – que é o caso em apreciação -, é aceito plenamente tal controle.[11] Na opinião de Maria Sylvia Zanella di Pietro, nos conceitos de experiência ou empíricos, "a discricionariedade fica afastada, porque existem critérios objetivos, práticos, extraídos da experiência comum, que permitem concluir qual a única solução possível. Quando a lei usa esse tipo de expressão é porque quer que ela seja empregada no seu sentido usual. É o caso de expressões como caso fortuito ou força maior, jogos de azar, premeditação, bons antecedentes. Suponha-se que a autoridade administrativa se recuse a aceitar a alegação de força maior para liberar um particular da obrigatoriedade de dar cumprimento ao contrato; não há dúvida de que a matéria é de pura interpretação e pode o Poder Judiciário rever a decisão administrativa, porque ela está fora do âmbito da discricionariedade".[12]

---

[9] *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3 ed, Madri: Editorial Civitas, 1995, p. 34.
[10] *Idem*, p. 38.
[11] Cf. COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista PGE/SP*, jun/1988, p. 79-108.
[12] *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991, p. 93.

Esse poder de controle é mais forte quando se trata de conceitos indeterminados empregados pela Constituição. Refere-se Humberto Theodoro Júnior à "cada vez mais freqüente atribuição aos juízes de poderes, erigindo-os em guardiões da constitucionalidade e da legalidade da atividade dos demais poderes públicos". Acrescenta que "se assiste hodiernamente, como bem frisa *Canotilho*, a *um trânsito silencioso de um 'Estado-legislativo-parlamentar'* para um '*Estado jurisdicional executor da Constituição*'. Trata-se de fenômeno que se verifica pelo fato de cada vez mais as normas encerrarem conceitos indeterminados e abertos, o que exige maior atuação dos juízes na interpretação e na criação do Direito. Neste contexto, segundo lembra *Paulo Otero*, observa-se, com efeito, *um crescente papel protagonizador do juiz na densificação e concretização interpretativa do sentido de tais conceitos e, conseqüentemente, do próprio Direito.* Donde advertir *Neumann* que se caminha para uma verdadeira *perversão do Estado de Direito em Estado Judicial.* Há, com efeito, uma hipervalorização do papel do juiz que o torna supremo em relação aos demais poderes do Estado...".[13]

No mesmo sentido, Mauro Cappelletti entende que, "inevitavelmente, o tribunal investido da árdua tarefa de atuar a Constituição é desafiado pelo dilema de dar conteúdo a enigmáticos e vagos preceitos, conceitos e valores (tarefa, claro está, altamente criativa), ou considerar como não vinculante justamente o núcleo central das Constituições modernas, vale dizer, a parte dos textos constitucionais relativa à salvaguarda dos direitos fundamentais do homem em face do poder público".[14]

A legitimidade do Poder Judiciário para essa tarefa vem da própria Constituição e, além disso, suas decisões são tomadas mediante ampla discussão contraditória, em diversos graus, de modo que não há falar, no caso em apreciação, na pretensão de suprir a falta de legitimidade da CTNBio com a mesma falta de legitimidade do juiz. De acordo com Maria Maura Martins Moraes Tayer, citando Ana Paula de Barcellos (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 232), são fatores da legitimidade do Poder Judiciário para decisões da espécie: "a) o Judiciário foi criado pela própria Constituição, derivando dela sua autoridade e comando, juntamente com o Executivo e o Legislativo, o Poder Político Nacional; b) os órgãos de cúpula do Judiciário são formados pela vontade conjunta de Executivo e Legislativo, o que lhes confere considerável grau de representatividade; c) aos magistrados é assegurado um conjunto de prerrogativas capazes de proporcionar uma situação de independência; d) a atividade jurisdicional desenvolve-se sempre com fundamento e limite na norma jurídica, fruto de uma manifestação majoritária. Junte-se a isso que o Judiciário tem o dever de prestar contas de suas decisões publicamente, motivando-as explícita, racional e logicamente (o que não ocorre com as deliberações puramente políticas); e) a decisão judicial, em regra, não veicula uma vontade única e final, já que será revista por órgãos superiores, assegurando oportunidades de correção de eventuais erros; f) o processo jurisdicional é mais participativo do que

[13] A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, v. 8, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 43-44.
[14] *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Antonio Fabris Editores, 1999, p. 68.

qualquer outro processo público, uma vez que às partes é assegurado amplo contraditório; g) os grupos minoritários, ainda que não tenham acesso ao processo político, sempre terão acesso ao Judiciário para a preservação de seus direitos".[15]

Possível, assim, o controle judicial da determinação dos conceitos, particularmente os de experiência, resta saber se é razoável excluir o cultivo de organismos geneticamente modificados da categoria de atividades potencialmente causadoras de *significativa* degradação ambiental.

A *significativa degradação* é um conceito que se opõe ao de *degradação insignificante* ou *irrelevante*. Não é a degradação anormal, grave, extraordinária ou incomum, mas a *significativa*, que exige estudo prévio de impacto ambiental. A interpretação dos conceitos fluidos, também chamados de indeterminados, "se faz contextualmente, ou seja, em função, entre outros fatores, do plexo total de normas jurídicas".[16] A própria CTNBio, ao estabelecer medidas alternativas de acompanhamento do cultivo da soja transgênica, reconheceu, implicitamente, que há potencialidade de degradação ambiental. Não teriam sentido tais medidas diante de uma atividade *insignificante* ou irrelevante e, se não é *insignificante*, é de algum significado, logo, *significativa*. O caráter significativo da referida atividade para o meio ambiente foi oficialmente reconhecido, também, pela Resolução n. 237/97 e pela atual Resolução n. 305, de 02 de junho de 2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, ao sujeitarem a licenciamento ambiental a introdução de espécies exóticas e/ou geneticamente modificadas.

Poder-se-á objetar, invocando a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, que a propósito de qualquer determinação conceitual, como, no caso, do que é *significativa degradação ambiental*, há uma *zona de certeza positiva*, uma *zona de certeza negativa* e uma *zona intermediária* ou *de penumbra*, devendo o Poder Judiciário respeitar o entendimento da Administração situado na zona cinzenta. De fato, o mestre Celso Antônio não faz aquela distinção entre duas classes de conceitos e entende que em relação a qualquer conceito indeterminado – ex.: "urgente", "interesse público", "pobreza", "velhice", "relevante", "gravidade", "calvície" – poderão surgir situações paradigmáticas ou típicas, afirmativas ou negativas, "porém, em outras tantas, mesmo recorrendo-se a todos os meios mais além aduzidos para delimitar o âmbito de uma expressão vaga, ter-se-á de reconhecer que não se poderia rechaçar como necessariamente falsa nenhuma dentre duas opiniões conflitantes sobre o mesmo tópico". Nesse intervalo duvidoso, ou seja entre a zona de certeza positiva e a zona de certeza negativa, desassiste ao Judiciário o poder de substituir o juízo administrativo.[17] Acontece que tal orientação, se apropriada para o comum das situações relacionadas com o poder discricionário da Administração, aqui deve ser

[15] *Efetivação judicial das normas constitucionais sobre reforma agrária*. Dissertação de Mestrado defendida na Universidade Federal de Goiás, 2002, p. 133.
[16] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional.* São Paulo: Malheiros, 1993, p. 30.
[17] *Idem*, p. 23 e 24.

invertida, levando a prevalecer, na dúvida, solução que viabilize a participação popular e melhor preserve os interesses ambientais (no caso, a realização de EIA/RIMA), seja em função do princípio democrático (princípio fundamental), cuja aplicação é especialmente determinada pela Constituição em matéria de meio ambiente, seja em função do princípio da precaução (ligado ao direito à vida), de que resulta a máxima *in dubio pro natura*, ambos os princípios, especialmente o primeiro, prevalecendo, na hierarquia constitucional, sobre o princípio da liberdade de iniciativa (princípio geral da atividade econômica).

Em resumo, considero que, na ausência de solução legislativa válida ou na interpretação da lei, o juiz pode e deve aplicar diretamente a Constituição, concretizando o conceito (indeterminado) de *significativa degradação ambiental* e, realizando essa tarefa, concluirá que a atividade de cultivo de produtos transgênicos é potencialmente causadora de *significativa* degradação do meio ambiente, de modo a exigir a realização de EIA/RIMA.

IV – **O EIA/RIMA (audiências públicas) e a democracia direta**

A solução pela realização de EIA/RIMA, além do mais, abre a porta à participação popular na decisão em referência, por meio das audiências públicas, com o que se atende ao princípio democrático. Reconhece-se o descrédito que subsiste em relação às audiências públicas como instrumento de promoção da democracia direta. Dir-se-á que *o povo não sabe opinar nessa matéria*, principalmente pelo seu caráter altamente técnico e científico. É essa, entretanto, uma posição autoritária e pessimista, que desconhece a democracia como processo de constante experiência e aprendizado[18]. Não se ignora o fenômeno da alienação das massas populares, a que se refere o multicitado Paulo Bonavides, mas, como aconselha o mestre, deve ser alimentada a esperança de gradativa incorporação dessas massas ao processo político, o que será factível, principalmente, se algum dia vingar a idéia, já sustentada, de que os veículos de comunicação de massa sejam tratados, à semelhança do meio ambiente, como bens de uso comum do povo.[19]

[18] Presente a uma reunião do Conselho Nacional de Saúde, tive oportunidade de ouvir discussão a respeito do funcionamento dos conselhos municipais de saúde, dizendo-se que acabam se transformando em uma mera burocracia, sem utilidade prática, porque os conselheiros, geralmente, não estão preparados para opinar sobre as questões que lhes são apresentadas, limitando-se a acompanhar a opinião de alguém que ali está para defender interesses político-partidários. No auditório, uma pessoa comentou que esse fato não justifica a extinção dos referidos conselhos, pois, no mínimo, permitem o aprendizado da participação popular e, nas suas palavras, *democracia aprende-se atirando no pé*. A essa sua observação acrescentei que *democracia aprende-se, às vezes, dando flechada no pé*, já que, naquele caso, tratava-se de um município situado em longínquo interior do Estado do Amazonas.

[19] Cf. COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. *In Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 149-166.

O cultivo da soja transgênica não se restringe a uma questão de competência científica, tendo também implicações sociais e políticas, para as presentes e futuras gerações, do que é exemplo a possibilidade de criação de monopólio transnacional na produção e comercialização de sementes e agrotóxicos, manietando a organização produtiva tradicional. É reducionismo enfocar a questão – como pretendem os interesses econômicos – apenas pelo ângulo da saúde dos consumidores. Calha a advertência de Fábio Konder Comparato quando diz que "os reflexos econômicos da distribuição em massa de produtos transgênicos podem ser catastróficos para os agricultores mais pobres. Como salienta uma publicação das Nações Unidas, cerca de um bilhão e quatrocentos milhões de agricultores em todo o mundo reutilizam para plantio as sementes de colheitas passadas. Eles podem ficar inteiramente nas mãos das poucas empresas transnacionais que vendem sementes transgênicas, pois estas em regra só germinam uma vez".[20] Esses outros aspectos a serem considerados para o licenciamento de produto geneticamente modificado exigem, especialmente, informação ao povo e decisão pelo povo.

Em artigo publicado a propósito de "um operário de esquerda[21] ter sido democraticamente eleito, com uma maioria esmagadora e sem precedentes, para a Presidência da República do Brasil", Marilena Chauí coloca a questão do saber e da participação popular na tomada de decisões políticas. Diz que "a ideologia da competência afirma que aqueles que possuem determinados conhecimentos têm o direito natural de mandar e comandar os que supostamente são ignorantes, de tal maneira que a divisão social das classes aparece como divisão entre dirigentes competentes e executantes que apenas cumprem ordens. Essa ideologia, dando enorme destaque à figura do *técnico competente*, tem a peculiaridade de esquecer a essência mesma da democracia, qual seja, a idéia de que os cidadãos têm direito a todas as informações que lhes permitam tomar decisões políticas, porque são todos politicamente competentes para opinar e deliberar, e que somente após a tomada de decisão política há de se recorrer aos técnicos, cuja função não é deliberar nem decidir, mas implementar da melhor maneira as decisões políticas tomadas pelos cidadãos e por seus representantes".[22] Não é sem razão que se diz que a *discricionariedade técnica* "permanece sendo um obstáculo à participação dos cidadãos na Administração e ao contraste pleno da atividade administrativa".[23]

Conclusão

Cumprirá o presente voto divergente, no mínimo, ao permitir a interposição de embargos infringentes, a importante função de propiciar a discussão da matéria em mais uma instância colegiada, com o que, ainda que em caráter supletivo, amplia-se o debate, realizando o processo judicial um de seus relevantes objetivos nos tempos atuais, que é o de servir de instrumento ao debate democrático.

[20] *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2 ed, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 433.
[21] Conforme noticiado pela imprensa, o Presidente da República teria dito não admitir o qualificativo de *esquerdista*.
[22] A mudança a caminho. *Folha de S. Paulo,* ed. 03.11.2002, p. A3.
[23] Bucci, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 266.

> Não diria que este seja um voto totalmente em prol do *verde* (símbolo do meio ambiente), nem do *amarelo* (do ouro, da riqueza ou da atividade econômica), mas é um voto que prestigia o *verde-amarelo*, a participação popular, a cidadania.

Dou provimento aos agravos regimentais, acompanhando o Desembargador Federal Antônio Ezequiel, inclusive no detalhe relativo à representação feita pela Associação Civil Greenpeace.