

A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NO ESTABELECIMENTO DE CONDICIONANTES NA LICENÇA AMBIENTAL^{1*}

André Krull^P

INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscará verificar a possibilidade e as consequências da aplicação do princípio da proporcionalidade quando da escolha das condicionantes a serem impostas a determinado empreendimento durante o processo de licenciamento ambiental.

Na primeira parte do trabalho, será feita uma análise do princípio da proporcionalidade, passando, inicialmente, por uma análise terminológica, ante as divergências existentes na doutrina, em especial no que tange à lição de Humberto Ávila em seu “Teoria dos Princípios” e sua interface com a obra de Robert Alexy.

Vencida a questão terminológica, será objeto de análise as diferentes concepções do referido princípio, o que se fará tendo em vista novamente a visão dos dois autores acima referidos, entre outros que possam colaborar para a definição dos contornos desse relevante instituto. Para a melhor definição desses contornos, também serão analisados os marcos legais que se referem à proporcionalidade de maneira expressa e implícita.

Na segunda parte do trabalho, serão traçadas linhas gerais acerca do licenciamento ambiental. Também é das mais relevantes a análise a ser feita acerca das finalidades da licença ambiental, já que as conclusões a esse respeito se aplicarão, por extensão, às condicionantes presentes na licença.

1 In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3310, 24 jul. 2012.

2 ** Advogado, Mestre em Direito pela UFBA, Especialista em Direito Ambiental pela PUC-SP.

Em seguida, se voltará a atenção para o licenciamento ambiental e a escolha das condicionantes como campo de aplicação da discricionariedade administrativa, com as necessárias referências àquilo que se chama de discricionariedade técnica. O que se buscará é demonstrar a existência de determinada liberdade por parte da administração na tomada de algumas escolhas no processo de licenciamento para, só então, passar a delinear os limites de sua atuação.

Chegando a seu ponto fulcral, o presente estudo verificará como se relaciona o princípio da proporcionalidade com a escolha das condicionantes a serem impostas a um empreendedor quando da concessão das licenças ambientais. Primeiramente, buscando responder à seguinte pergunta: é possível aplicar, segundo as definições doutrinárias para o referido princípio, utilizar a proporcionalidade como referencial de legalidade das condicionantes?

Por meio de exemplos, será possível investigar a possibilidade e a necessidade da aplicação dos subprincípios da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – a situações envolvendo impactos ao meio ambiente e medidas mitigadoras impostas quando da concessão da licença.

Por fim, o presente estudo se voltará para o estudo da proporcionalidade como elemento mediador entre as condicionantes e as finalidades das mesmas, levando-se em conta que estas se confundem com as finalidades da própria licença ambiental.

Analisa-se assim a capacidade do princípio da proporcionalidade de funcionar, indiretamente, como um elemento limitador da discricionariedade administrativa, tão presente em todo o processo de licenciamento ambiental, mormente no que tange à escolha das condicionantes.

SOBRE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES TERMINOLÓGICAS

A “proporcionalidade” ganha tratamento diferente pela doutrina no que tange à sua classificação no universo das normas jurídicas. Ainda que inadvertidamente, e não por opção deliberada, boa parte da doutrina acaba referindo-se a este instituto como “princípio da proporcionalidade”.

Impende ressaltar que, por opção de referencial teórico, “princípio” aqui sera entendido como espécie de norma, como conceito oposto ao de “regra” e/ou ao de outras espécies normativas, sendo deixadas de lado quaisquer classificações que se afastem muito desse posicionamento, a exemplo daquelas que utilizam a dicotomia “princípio *versus* norma”.

Feita essa ressalva, cabe ainda advertir para o fato de que não se aprofundará a discussão sobre os critérios adequados para a distinção de princípios e regras, cabendo somente, neste item, identificar os motivos que levaram à opção pela terminologia adotada.

Pode-se dizer que este item específico para considerações terminológicas encontra seu principal motivo na obra de Humberto Ávila intitulada “Teoria dos Princípios”, a qual faz referência à inclusão de nova espécie normativa à tradicional classificação dúplice das normas em “normas regra” e “normas princípio”.³

Segundo o autor, a classificação tradicional não seria suficiente para abarcar todas as espécies de norma, considerando que os postulados seriam diferentes tanto das regras quanto dos princípios por algumas características, a saber: (a) aqueles não estariam no mesmo nível destas, já que sobre estas seriam aplicados; (b) os postulados teriam como destinatário o aplicador do direito, enquanto que as regras e princípio se destinariam ao poder público e aos contribuintes; (c) o modo de relacionamento possivelmente conflituoso das regras e princípios não se estenderia aos postulados, que se situariam num metanível, orientando a aplicação de princípios e regras.⁴

Enfim, para Ávila, a diferença básica reside no fato de que os princípios e as regras voltam-se para a regulação de comportamentos sociais e do próprio estado, enquanto que os postulados seriam nada mais que diretrizes aplicativas das espécies de normas que lhe seriam inferiores. Para o autor seria a proporcionalidade, então, um postulado, e não um princípio.

Ainda que se considerem relevantes as observações feitas acerca do presente tema, será tomada a opção pelo termo “princípio da proporcionalidade” em oposição à proposta de Ávila, já que se considera que a proporcionalidade,

3 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo : Malheiros, 2009.

4 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo : Malheiros, 2009. p. 124.

ainda que muitas vezes possa tomar os contornos apresentados de metanorma - influenciando a aplicação de outras normas - também pode ser aplicado como regulador de comportamentos sociais e do estado.

Desta forma, adota-se o posicionamento de que, ainda que se reconheça a contribuição dada pela lição de Ávila, delineando os contornos da proporcionalidade - que posteriormente serão reverenciados neste trabalho dada a sua relevância - será utilizado o termo “princípio da proporcionalidade”.

Ressalte-se estarmos tratando aqui de questão meramente terminológica, já que se reconhece na proporcionalidade algumas das características apontadas pelo autor. Tudo aquilo que ultrapassar a questão terminológica e interferir na concepção do que é “proporcionalidade” será tratado adequadamente adiante.

CONCEPÇÕES DE PROPORCIONALIDADE

Alguns exemplos Doutrinários

É certo que a proporcionalidade guarda relação com um valor de senso comum - e de grande recorrência em diferentes momentos históricos - com o qual não se confunde, que é a “proporção”, na sua acepção mais genérica. Ainda que a linguagem jurídica tenha suas especificidades, não se poderia utilizar tal termo se não houvesse alguma relação com a idéia geral de proporção, sob pena de inevitáveis confusões de sentido.

Em uma análise histórica, é possível encontrar a idéia de proporcionalidade reproduzida em diversos momentos, desde que se toma o direito como algo munido de uma utilidade para a comunidade reunida, que é a de prover o bem-estar. Também se podem encontrar referências à idéia de proporcionalidade nas lições de Bentham e seu utilitarismo, bem como no pensamento teleológico de Jhering.⁵ Talvez a mais célebre, e óbvia, referência histórica à proporcionalidade no direito é aquela contida na *iustitia vindicativa talionica*, regra comum nos tempos primitivos.⁶

Na moderna doutrina, a concepção de proporcionalidade pode variar de maneira a tornar-se irreconhecível se tomada em dois extremos distintos.

5 SANTIAGO, Willis. **Noções Fundamentais sobre o Princípio Constitucional da Proporcionalidade**. In: Leituras Complementares de Constitucional. Organizador: Marcelo Novelino Camargo. 2. ed. Salvador : Podivm, 2007. Capítulo IV.

6 **Ibidem**.

Para Gilmar Ferreira Mendes, por exemplo, o princípio da proporcionalidade identifica-se com o princípio da razoabilidade, conforme se pode notar do excerto abaixo ⁷:

(...) o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a posituação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Conforme se pode notar, o autor não traça contornos muito específicos para a proporcionalidade, identificando-a tanto com a razoabilidade quanto com a proibição de excesso que, salvo melhor juízo, constituem princípios de conteúdo próprio e que não se confunde com o princípio em estudo.

Willis Santiago acredita ser a proporcionalidade “o mais importante princípio jurídico fundamental, mas também um verdadeiro *topos* argumentativo, ao expressar um pensamento aceito como correto, por justo e razoável, de um modo geral, logo, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas”⁸.

Nota-se aí uma perspectiva diferente, a de reconhecer que, a despeito de se querer dar contornos jurídicos bem definidos à proporcionalidade, não deixa esta de ser também um *topos* argumentativo, e, como tal, suscetível de utilização ampla pelo intérprete das normas jurídicas.

A proposta de Ávila.

Segundo Humberto Ávila, a proporcionalidade é um postulado normativo aplicativo específico. Posicionados nesta mesma classe estão a Igualdade e a Razoabilidade. Para Ávila, a proporcionalidade como postulado em muito se diferencia da idéia geral de proporção, no que parece discordar da lição

7 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. Ed. São Paulo : Saraiva, 2008.

8 SANTIAGO, Willis. **Noções Fundamentais sobre o Princípio Constitucional da Proporcionalidade**. In: Leituras Complementares de Constitucional. Organizador: Marcelo Novelino Camargo. 2. ed. Salvador : Podivm, 2007. Capítulo IV.

de Gilmar Ferreira Mendes. Segundo o autor, o postulado aplica-se “apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais(...)”.⁹ Seriam esses três exames o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

Note-se que, dada a tendência classificatória de sua Teoria dos Princípios, Ávila procura delinear da maneira mais detalhada possível não só o conteúdo da proporcionalidade, mas também a sua forma de aplicação em relação a outras normas jurídicas, restringindo ao máximo as possibilidades de uso do instituto. Desta maneira, muito daquilo que na doutrina em geral se analisa sob o feixe da proporcionalidade, em Ávila acaba por ficar fora desse feixe, restando a análise sob outros postulados como o da igualdade e o da razoabilidade.

Para uma análise de proporcionalidade, segundo Ávila, é necessário que se faça 3 exames separadamente. Primeiramente, a adequação, que é a análise da capacidade de determinado meio para a promoção de uma finalidade. Trata-se de responder à seguinte pergunta: a utilização de determinado meio é capaz de colaborar na consecução do fim para o qual se volta?¹⁰ Outra análise a ser feita é a da necessidade, que diz respeito à análise – tomando como referencial o meio escolhido – da existência ou não de outro meio menos restritivo de direito fundamental para atingir um mesmo fim.¹¹ Por último, deve-se analisar ainda a proporcionalidade em sentido estrito, que leva em conta a “importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”¹². Não é mais que uma análise de custo *versus* benefício, por assim dizer.¹³

A concepção de Alexy.

Robert Alexy, em sua obra intitulada “Teoria dos Direitos Fundamentais”, também adota a tripartição da proporcionalidade em adequação, necessidade

9 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo : Malheiros, 2009. p. 162.

10 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo : Malheiros, 2009. p. 166.

11 Ibidem

12 Ibidem

13 Sobre essa mesma tripartição, Willis Santiago posiciona-se de maneira próxima, utilizando somente uma nomenclatura diferente para a dimensão da “necessidade”, preferindo os termos “exigibilidade” ou “máxima do meio mais suave”. O autor prefere também considerar essas três dimensões como princípios separados, menores, decorrentes da proporcionalidade.

e proporcionalidade em sentido estrito.

Em passagem valiosa para as pretensões do presente trabalho, o autor apresenta a proporcionalidade-adequação como forma para a escolha, por parte do estado, de uma determinada medida entre duas possíveis para a consecução de um determinado objetivo. Para tanto, traz o autor o seguinte esquema lógico:

(...)o Estado fundamenta a persecução do objetivo Z com base no princípio P1(...). Há pelo menos duas medidas, M1 e M2, para realizar ou fomentar Z, e ambas são igualmente adequadas. M2 afeta menos intensamente que M1 – ou simplesmente não afeta – a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio – P2 – exige.¹⁴

No caso acima, deve-se notar que, para o princípio P1 é totalmente irrelevante o meio escolhido, eis que ambos são igualmente adequados. Para P2, no entanto, a escolha de um dos meios pode acarretar uma restrição maior da sua capacidade de realização, o que impõe, por via da análise da necessidade, a adoção da medida M2, menos gravosa e igualmente adequada para a consecução do fim almejado.¹⁵

A PROPORCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal não inclui a proporcionalidade entre seus princípios fundamentais. Em verdade, não há na Carta Magna qualquer referência explícita ao referido princípio. Pode-se observar, no entanto, algumas referências à idéia de proporção, a exemplo do artigo 5º, inciso V, que trata do direito de resposta.

Cabe ainda fazer referência ao artigo 5º, incisos XLVI e XLVII que estabelecem limitações ao poder punitivo do estado. No XLVI nota-se a manifestação da proporcionalidade em sentido estrito, eis que a idéia de individualização da pena diz respeito à relação entre a gravidade do crime cometido – levadas em conta as circunstâncias pessoais do acusado – e a

14 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5.ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros, 2008. p. 118-119

15 Ibidem.

dureza da pena aplicada. No inciso XLVII, há uma manifestação clara da proporcionalidade em sua dimensão da necessidade: ora, a proibição de determinadas penas se dá, entre outros motivos, por serem estas consideradas demasiadamente restritivas de direitos fundamentais para alcançar as funções da pena.

Também se pode ver manifestada a proporcionalidade nas normas atinentes ao direito tributário, especialmente no que tange ao princípio da capacidade contributiva (proporcionalidade em sentido estrito) e à vedação do confisco (necessidade).

Demonstrando de forma indubitosa a inclusão do referido princípio no rol contido na Carta Magna, recorre-se à ADIn nº 1.407-2/DF, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, publicado no D.J. de 24.11.2010, de onde se extrai o seguinte excerto:

(...) O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquele que veicula a garantia do substantive due process of law – acha-se vocacionaado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

Nota-se então que a proporcionalidade não constitui somente uma construção da doutrina estrangeira e que teve boa aceitação entre os doutrinadores brasileiros, mas também um valor inserido na constituição – reconhecido e aplicado pela jurisprudência dos tribunais superiores – e que, desta forma, deve ser observado em sua mais ampla dimensão na atuação do estado perante os particulares.

O LICENCIAMENTO AMBIENTAL

A FINALIDADE DO LICENCIAMENTO

A definição de licenciamento ambiental pode ser encontrada na resolução conama 237/97 que trata do tema, já em seu artigo 1º, I, como sendo

o procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais

consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso

Segundo Bessa Antunes, o licenciamento ambiental é ao lado da fiscalização, a principal manifestação do poder de polícia ambiental exercido pelo poder público. “Trata-se de um mecanismo cuja função é enquadrar as atividades causadoras de impacto sobre o meio ambiente, o que pode ser feito por meio de adequação ou de correção de técnicas produtivas e do controle da matéria prima e das substâncias utilizadas.”¹⁶

Erika Bechara, em sua tese de doutorado apresentada à PUC-SP em 2007, assim define o licenciamento ambiental:

Trata-se de típico instrumento de prevenção de danos ambientais, visto que é nesse procedimento que o órgão ambiental licenciador verifica a natureza, dimensão e impactos (positivos e negativos) de um empreendimento potencialmente poluidor, e, a partir de tais considerações, condiciona o exercício da atividade ao atendimento de inúmeros requisitos (chamados de condicionantes) aptos a eliminarem ou reduzirem ao mínimo os impactos ambientais negativos.¹⁷

Trata-se de processo administrativo, voltado para a concessão de licenças ambientais, que possui a principal função de permitir e regular o exercício de determinada atividade, a fim de que a mesma, caso seja ambientalmente viável, seja exercida da maneira mais adequada possível com base nas regras e princípios extraídos da legislação ambiental.

Pode-se identificar, deste modo, que a licença ambiental nada mais é que um meio que restringe a atividade econômica, tendo como finalidade a proteção da qualidade ambiental, procurando diminuir significamente os impactos decorrentes da referida atividade. Boa parte desse papel mitigador de impactos se dá através das condicionantes, as quais serão estudadas no item subsequente.

16 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 11. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008.

17 BECHARA, Erika. **Uma contribuição ao aprimoramento do instituto da compensação ambiental previsto na lei 9.985/2000**. [online] Disponível em http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5490. Acesso em 10/07/2010.

O PAPEL DAS CONDICIONANTES

Condicionantes ambientais são exigências feitas ao longo do processo de licenciamento, e ainda quando da concessão da licença, voltados para a mitigação ou compensação dos impactos ambientais decorrentes de um determinado empreendimento ou atividade.

A previsão legal dessas exigências encontra-se na resolução conama 237/97, em seu artigo 1º, inciso II, norma que conceitua licença ambiental:

Art. 1º - Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:
 II - Licença Ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, **estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica**, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

A dicção legal aponta no sentido de que o órgão ambiental estabelece, por meio das condicionantes, as condições, restrições e medidas de controle ambiental a serem obedecidas pelo empreendedor, sem as quais a sua atividade sequer poderia ser exercida. O descumprimento dessas condicionantes pode acarretar sanções diversas, entre as quais a cassação da licença e, conseqüentemente, a interrupção das atividades da atividade licenciada.

Segundo Erika Bechara, em excerto já citado no item anterior, a licença, por meio dessas medidas “condiciona o exercício da atividade ao atendimento de inúmeros requisitos (chamados de condicionantes) aptos a eliminarem ou reduzirem ao mínimo os impactos ambientais negativos”.¹⁸

Percebe-se então que a finalidade das condicionantes praticamente confunde-se com a função do licenciamento ambiental, que é o de garantir adequada proteção ao meio ambiente em relação a uma atividade potencial ou efetivamente degradadora.

18 BECHARA, Erika. **Uma contribuição ao aprimoramento do instituto da compensação ambiental previsto na lei 9.985/2000.** [online] Disponível em http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5490. Acesso em 10/07/2010.

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA ESCOLHA DAS CONDICIONANTES

A concessão da licença ambiental, ainda que verificados os critérios legais existentes, ocorre mediante ato discricionário da administração pública. Isso porque somente o órgão ambiental competente é capaz de avaliar a viabilidade e as condições suficientes para que o empreendimento possa funcionar adequadamente.

Outro fator relevante para a existência dessa discricionariedade é o uso pela legislação de conceitos jurídicos indeterminados, conforme salienta Andreas Krell, em artigo acerca do tema:

Muitas decisões administrativas ligadas ao licenciamento de atividades capazes de causar impactos ambientais envolvem juízos discricionários, no lado do mandamento da norma, bem como na sua hipótese, e trabalham com conceitos jurídicos indeterminados. Assim, a competência de declarar que há ou não um “impacto ecológico significativo”, uma “degradação ambiental” ou um “risco à saúde pública” é, em primeiro momento, do Poder Executivo na sua função de aplicar a lei.¹⁹

Exemplo não utilizado pelo autor, mas igualmente elucidativo é o da escolha das condicionantes ambientais. A instalação de um determinado equipamento, por exemplo, que gere uma diminuição das emissões de particulados na atmosfera, poderá ser exigida pelo órgão ambiental. Caberá somente a este, portanto, decidir que espécie de equipamento deverá ser instalado, para que se atinja uma redução satisfatória na emissão do poluente que se queira evitar. Aí estaremos, a um só tempo, diante de questões valorativas e técnicas que não podem ser vencidas com base em critérios legais objetivos.

Impende salientar que se trata, o licenciamento ambiental, de processo capaz de gerar restrições a direitos fundamentais previstos na Constituição, como bem observa Bessa Antunes:

o Licenciamento ambiental é atividade diretamente relacionada ao exercício de direitos constitucionalmente assegurados, tais como o direito

19 KRELL, Andreas. *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 57.

de propriedade e o direito de livre iniciativa econômica que deverão ser exercidos com respeito ao meio ambiente²⁰.

Discute-se a natureza jurídica da licença ambiental, sendo inúmeras as tentativas de posicioná-la na tradicional classificação dos atos administrativos. Melhor é reconhecer a sua característica *sui generis*, eis que apesar de ser chamada licença, tem caracteres discricionários bastante marcantes, enquanto que não se trata tampouco de autorização, já que não possui caráter precário.

A discricionariedade do ato da licença não reside somente na concessão ou não da mesma, mas também nas suas características, entre as quais destaca-se a importância das condicionantes. Aí também há, por parte do órgão ambiental estatal, uma discricionariedade na escolha das mesmas. A grande implicação prática dessa questão é que as condicionantes exigíveis podem tornar uma atividade outrora vantajosa em totalmente desvantajosa. Um rol muito extenso e oneroso de condicionantes pode tornar simplesmente inviável a realização de uma obra ou a prática de determinada atividade.

Pergunta-se então: qual o limite da discricionariedade do estado na escolha das condicionantes ambientais?

A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NA ESCOLHA DAS CONDICIONANTES

DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO

Conforme já visto, as condicionantes presentes na licença ambiental constituem meio de atingir a proteção do meio ambiente almejada pelo poder público. Agora cabe verificar a possibilidade ou não da utilização da proporcionalidade como elemento de limitação sobre a liberdade de escolha das condicionantes ambientais por parte do poder público.

Do ponto de vista do direito positivo, é necessário verificar a existência de um imperativo ou permissivo legal no sentido da aplicação da proporcionalidade. Para isso, vale recorrer à conclusão anterior de que a proporcionalidade é um instrumento consagrado na Constituição Federal, podendo ser vista como um direito fundamental, na medida em que funciona

como instrumento de efetivação e de proteção de outros direitos fundamentais de conteúdo materialmente definido. Parece, então, que há uma ordem imperativa da Constituição no sentido da aplicação da proporcionalidade.

Diante desse status, não se pode negar ao empreendedor que, ao ver limitada a sua livre iniciativa, bem como o uso de sua propriedade, tenha direito à aplicação do multicitado princípio.

Do ponto de vista lógico, será possível a aplicação da proporcionalidade caso sejam pertinentes e viáveis as análises das três vertentes ou dos três princípios intrínsecos a ela, quais sejam a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

No caso da licença ambiental, no que tange às condicionantes, é possível analisar, sem maiores problemas, a adequação de uma delas na consecução dos fins almejados, senão, vejamos. Imagine-se a instalação de uma indústria em área rural, em cujo entorno reside um grupo de pessoas, formando uma comunidade agrícola, e que esta indústria tenha como externalidade a emissão de níveis consideráveis de ruído. Para esta situação, uma condicionante comum é a colocação de vegetação específica no entorno, ou entre a planta da indústria e a comunidade, para a formação de uma barreira natural capaz de dissipar os ruídos emitidos no período de funcionamento. Isolar acusticamente as paredes do prédio de onde emanam os ruídos também é uma medida possível de ser exigida pelo órgão ambiental. Note-se que, neste caso é possível verificar a adequação de ambas as medidas, concluindo-se que qualquer uma das duas poderia vir a ser adotada.

Em relação à necessidade, também não há nenhum impeditivo lógico à sua verificação. Tomemos o mesmo exemplo usado no parágrafo anterior, e imaginemos que o órgão ambiental resolva propor como medida a substituição de todo o maquinário da indústria por um maquinário de última geração, que emita ruídos em nível 50% menor que as máquinas antigas. Sem dúvida essa exigência constitui uma ingerência direta na prática da atividade econômica do empreendedor, sendo possível analisar a existência ou não de outra medida, igualmente eficaz, capaz de reduzir a emissão de ruídos nos mesmos 50% e que interfira menos na viabilidade econômica da atividade praticada.

Neste caso, a exigência do maquinário novo somente se justificaria – e assim poderia ser imposta – caso inexistisse qualquer outra medida que

pudesse ser adotada pela empresa, capaz de promover o mesmo benefício ambiental. Caso se verificasse, por exemplo, capacidade equivalente de redução do ruído pelo revestimento acústico do prédio, e que esta medida custaria somente a quarta parte da exigência mais onerosa, estaria aí limitada por um critério de proporcionalidade a discricionariedade do poder público na escolha da primeira opção.

Por fim, ainda na mesma situação hipotética, é possível analisar também a proporcionalidade em sentido estrito, senão, vejamos. Imaginemos que o órgão ambiental imponha ao empreendedor o revestimento das paredes de seu empreendimento com determinado material importado e de alto custo que reduza as emissões sonoras em 55%. Imaginemos que o proprietário possua, já instalado, um revestimento capaz de reduzir em 50% a chegada dessas emissões ao ambiente externo. Aqui, cabe a indagação sobre a existência ou não de uma proporção entre os custos imputados ao empreendedor em relação aos benefícios obtidos pela comunidade.

Nessa situação, a análise não se faz tão facilmente, sendo necessário verificar a adequação dos níveis de ruído à legislação ambiental vigente. Admitindo-se que ambas as medidas fossem suficientes para manter o ruído em níveis legalmente aceitáveis, seria árdua a tarefa do estado de comprovar que pequena diferença no resultado se justificaria diante do abismo existente entre os custos das duas medidas – manutenção ou troca do revestimento.

A despeito da resposta *prima facie* aos problemas apresentados como exemplos, é certo que não resta dúvida também sobre a possibilidade lógica de aplicação da proporcionalidade em relação às condicionantes impostas ao empreendedor no bojo da licença ambiental.

A PROPORCIONALIDADE A FINALIDADE DA LICENÇA COMO LIMITE À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

O exercício do poder de polícia do órgão licenciador na escolha das condicionantes se dá de modo a mitigar o máximo possível a intensidade dos impactos negativos causados ao meio ambiente. Trata-se, de outro ponto de vista, da tentativa de consagrar, em maior grau possível, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que encontra-se previsto na Constituição Federal, em seu artigo 225.

Deve-se atentar para o fato de que a referida norma jurídica tem caráter principiológico, senão, vejamos:

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.

Essa constatação implica na seguinte conclusão: limitar a atuação do estado, ainda que discricionária, no sentido da proteção do meio ambiente, significa limitar um princípio referente a direito fundamental, o que, necessariamente, deverá se dar quando este estiver atuando em oposição a outro, como, por exemplo, o já referido princípio da livre iniciativa.

Diante de uma colisão de princípios, cogita-se então da aplicação da proporcionalidade como metanorma, como postulado²¹, como máxima²², ou seja, como norma aplicável sobre normas jurídicas.

Manoel Jorge e Silva Neto, em seu Curso de Direito Constitucional, recorre à lição de J.J. Gomes Canotilho para afirmar que a proporcionalidade em sentido estrito confunde-se com a pragmática da ponderação ou lei da ponderação. Decorre da análise do espaço de discricionariedade semântica presente no sistema jurídico.²³

Parece que, no caso em tela, a discricionariedade vai além das questões de natureza linguística ou semântica. Há, na escolha das condicionantes, uma gama de possibilidades e soluções técnicas capazes de mitigar os danos causados ao meio ambiente, pelas quais pode transitar quase que livremente o órgão licenciador.

O autor percebe também a relação que a proporcionalidade é capaz de criar entre direitos na atividade de ponderação, afirmando que

o juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins. Em outras palavras, 'os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa justa medida'.²⁴

21 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo : Malheiros, 2009. p. 166.

22 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5.ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros, 2008.

23 SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro : Lumen Juris. 2006. p.111.

24 Ibidem.

Nesse caso, a proporcionalidade funciona como um elo entre o princípio que quer defender o órgão ambiental com a imposição das condicionantes (precaução; prevenção; poluidor-pagador; etc.) e o princípio afetado referente ao particular responsável pelo empreendimento licenciado, mormente relacionado à propriedade e à livre iniciativa da atividade econômica.

Defende ainda o autor que “A opção feita pelo legislador ou o executivo deve ser passível de prova no sentido de ter sido a melhor e única possibilidade viável para a obtenção de certos fins e de menor custo ao indivíduo.”²⁵

Ainda que não se pretenda discutir mais a fundo este tema no presente trabalho, deve ser vista com cautela a posição adotada pelo professor Manoel Jorge quanto à necessidade do poder público de fazer prova sobre as escolhas tomadas no seu âmbito discricionário. Isso porque, conforme se sabe, o ato administrativo goza de presunção de legalidade e legitimidade, razão pela qual o particular deverá suportar o ônus de demonstrar – administrativamente ou em juízo – a ilegalidade ou o abuso nos deveres impostos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proporcionalidade é, reconhecidamente, na doutrina e na jurisprudência, um valor caro ao nosso ordenamento, na medida em que relaciona-se com alguns dos instrumentos basilares do estado democrático de direito, tais quais o devido processo legal substancial e a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade.

Ainda que se possa discutir questões de natureza terminológica, optando-se por um dos termos utilizados pela doutrina – “máxima”, “postulado”, “princípio” – não se pode deixar de conhecer o conteúdo próprio da proporcionalidade, e a possibilidade de sua aplicação tanto sobre questões de natureza fática, quanto sobre questões de natureza normativa.

A licença ambiental, possui natureza *sui generis* em relação à classificação tradicional dos atos administrativos, eis que esta possui, a um só tempo, caracteres de autorização e de licença. A existência de uma relevante parcela de discricionariedade no seu bojo faz com que se torne possível – e imperativa

25 SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro : Lumen Juris. 2006. p.110.

em virtude de seu caráter normativo e protetivo de direitos fundamentais – a aplicação da proporcionalidade como instrumento de definição dos limites dessa discricionariedade.

A definição precisa dos referidos limites, no entanto, somente pode se dar tendo em conta a finalidade do licenciamento ambiental. Essa finalidade protetiva do direito difuso ao meio ambiente equilibrado, confunde-se com a finalidade das condicionantes inseridas na licença, já que estas limitam a atividade econômica de modo a mitigar ou evitar eventuais impactos ambientais negativos.

É nas condicionantes que se manifesta de maneira mais marcante a discricionariedade existente nas licenças ambientais, razão pela qual é possível uma maior influência do princípio em estudo sobre elas, sendo definitiva a sua aplicação no sentido de evitar abusos do poder público sob o argumento da proteção de interesses coletivos *lato sensu*.

Em termos práticos, essa limitação deve se dar pela aplicação dos sub princípios contidos na proporcionalidade: verificando-se a adequação das condicionantes à consecução dos fins específicos almejados, cabendo ao poder público demonstrá-la; verificando-se a necessidade, pelo que se deve sempre preferir condicionantes que, comparadas a outras possíveis, provoquem uma maior restrição de direitos fundamentais; observando a proporcionalidade *strictu sensu*, pelo que os benefícios de uma determinada exigência devem justificar as restrições impostas aos particulares.

Dessa forma, somente devem ser consideradas aquelas condicionantes que: (1) Sejam capazes de promover os fins gerais e específicos de determinada licença ambiental concedida; (2) Sejam escolhidas na falta de opções igualmente eficazes, ao mesmo tempo, menos onerosas do ponto de vista da restrição a direitos fundamentais; (3) Promovam uma restrição a direito que seja devidamente compensada por um relevante benefício, de intensidade semelhante à da restrição infligida.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5.ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros, 2008

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 11. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo : Malheiros, 2009.

BECHARA, Erika. **Uma contribuição ao aprimoramento do instituto da compensação ambiental previsto na lei 9.985/2000.** [online] Disponível em http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5490. Acesso em 10/07/2010.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. [online] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 04/07/2010.

BRASIL. Resolução CONAMA n° 237 de 1997. [online] Disponível em <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em 04/07/2010.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 10. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2009.

KRELL, Andreas. Discricionariedade **Administrativa e Proteção Ambiental.** Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. Ed. São Paulo : Saraiva, 2008.

SANTIAGO, Willis. **Noções Fundamentais sobre o Princípio Constitucional da Proporcionalidade.** In: Leituras Complementares de Constitucional. Organizador: Marcelo Novelino Camargo. 2. ed. Salvador : Podivm, 2007. Capítulo IV.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro : Lumen Juris. 2006.