

ASPECTOS DA DISCRICIONARIEDADE E DA PROPORCIONALIDADE NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL E A ANÁLISE DE PROJETOS EÓLICOS EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE*

ASPECTS OF DISCRETION AND PROPORTIONALITY THE ENVIRONMENTAL LICENSING AND ANALYSIS OF WIND PROJECTS IN PERMANENT PRESERVATION AREAS

*Victor Hugo Gurgel Costa***

*Sérgio Alexandre de Moraes Braga Junior ****

RESUMO:

No âmbito do Estado de Direito, marcado pela separação funcional do poder, a Administração Pública dispõe da discricionariedade administrativa como mecanismo de integrar o direito e permitir uma aproximação dos atos administrativos aos fatos sociais, conferindo-se-lhe dinamicidade na concretização normativa. No entanto, o Poder Público lidará com casos em que direitos fundamentais se encontram em estado de tensão, no que um desses direitos deverá ser mitigado em face do outro. Nesses casos, o administrador deverá lançar mão do exame da proporcionalidade com vistas a evitar excessos na restrição a um dos direitos fundamentais colidentes. Nesse cenário, e em face da tensão entre livre iniciativa e meio ambiente sadio durante o licenciamento ambiental, o artigo discutirá a natureza da licença ambiental sob a luz da discricionariedade e da proporcionalidade. Discutir-se-á, também, o caso específico da implantação de usinas eólicas em áreas de preservação permanente com fulcro no exame da proporcionalidade. Para tanto, a discussão a seguir serviu-se de uma técnica de pesquisa de cunho teórico pautada em uma análise de conteúdo sobre o ordenamento jurídico, informações técnicas e literatura jurídica. A análise desta temática demonstrou que as licenças ambientais dos parques eólicos deverão ser expedidas com vistas à mínima lesão possível a qualquer dos direitos fundamentais em colisão, cabendo ao órgão ambiental orientar-se pelo primado da qualidade de vida da coletividade.

* Artigo recebido em: 02/12/2015.

Artigo aceito em: 21/02/2016.

** Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, na Linha de Pesquisa “Constituição, Regulação e Desenvolvimento”. **Natal – RN, Brasil. E-mail: costa.vhg@gmail.com**

*** Docente vinculado ao Departamento de Direito Público na Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. **Natal – RN, Brasil. E-mail: sergioalexandrebraga@ig.com.br**

PALAVRAS-CHAVE: Separação funcional do poder; atos administrativos; concretização normativa; colisão de direitos fundamentais; proporcionalidade; licença ambiental.

ABSTRACT:

Under the rule of law, marked by functional separation of power, the Public Administration has the administrative discretion as a mechanism to integrate the right and allow an approximation of administrative acts to the social facts, giving up her dynamism in implementing rules. However, the Government will deal with cases where fundamental rights are in a state of tension, as one of those rights should be mitigated in the face of another. In such cases, the administrator must launch proportionality test hand in order to avoid excesses in the restriction to one of the conflicting fundamental rights. In this scenario, and in view of the tension between free enterprise and healthy environment when the environmental permit, the article will discuss the nature of the environmental permit under the light of discretion and proportionality. It will discuss also the specific case of the deployment of wind farms in permanent preservation areas with fulcrum in the examination of proportionality. Therefore, the following discussion served is a theoretical, research technique guided by a content analysis of the legal framework, technical information and legal literature. The analysis of this issue has demonstrated that the environmental licenses of wind farms should be issued with a view to the minimum possible injury to any of the fundamental rights collide, leaving the environmental agency guided by the primacy of the collective quality of life.

KEYWORDS: Functional separation of power; Administrative acts; Regulatory implementation; Collision of fundamental rights; Proportionality; Environmental license.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DA SEPARAÇÃO FUNCIONAL DO PODER

2.1 ATOS ADMINISTRATIVOS E A CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

2.2 LICENÇA AMBIENTAL: ATO ADMINISTRATIVO COM MISSÃO HARMONIZADORA

3 INTERPRETAÇÃO, DISCRICIONARIEDADE E PROPORCIONALIDADE: MECANISMOS DE CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA

3.1 DISCRICIONARIEDADE E PROPORCIONALIDADE NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

3.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROPORCIONALIDADE

4 EXAME DA PROPORCIONALIDADE: O CASO DAS USINAS EÓLICAS EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

4.1 LICENCIAMENTO AMBIENTAL E A TENSÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIVRE INICIATIVA E MEIO AMBIENTE SADIO

4.2 CAMINHOS PARA O LICENCIAMENTO AMBIENTAL CONFORME O EXAME DA PROPORCIONALIDADE

5 CONCLUSÃO

6 REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública, expressão do Poder Executivo na fundamental separação funcional do poder, atua mediante atos de diversas naturezas, dentre eles, os atos administrativos. Esses atos têm o condão de satisfazer aos interesses públicos ou individuais por meio da concretização normativa e permitem à Administração proximidade aos fatos sociais. Comparativamente ao processo legislativo, os atos administrativos conferem maior celeridade à atuação do Poder Público. Dentre as diversas espécies de ato administrativo, interessar-nos-á na discussão a seguir a licença ambiental, cuja natureza jurídica deverá ser compreendida de modo a servir de parâmetro para a condução do licenciamento ambiental.

Acerca da atuação administrativa, à luz da teoria estruturante do direito, importa aduzir que o administrador concretiza a norma de acordo com as balizas definidas pelo legislador. Nesse processo de concretização, a Administração Pública goza da discricionariedade, a qual lhe permite atuar conforme a conveniência e oportunidade diante do caso concreto e suas possíveis soluções justas. Contudo, haverá situações em que estas soluções expressam uma colisão de direitos fundamentais e surgirá, então, o impasse sobre como o intérprete deverá proceder: com margem de liberdade e subjetividade sob a égide da discricionariedade ou direcionado pelo exame da proporcionalidade, sopesando os direitos colidentes de forma objetiva. É o que ocorre no licenciamento ambiental, quando se verifica a tensão entre a livre iniciativa e a preservação ambiental.

No que tange à discricionariedade no licenciamento ambiental, surge o problema da ingerência indevida do Poder Público e do empresariado como fator que pode ser decisivo para a expedição da respectiva licença. Assim, de forma a evitar o tolhimento excessivo de qualquer dos direitos fundamentais em colisão no licenciamento ambiental, o teste da proporcionalidade se afigura mais apropriado para direcionar o intérprete em sua decisão.

Essa discussão assume relevância específica quando da implantação de usinas eólicas em área de preservação permanente, questão comum em estados do Nordeste brasileiro, como Ceará e Rio Grande do Norte. O órgão ambiental licenciador enfrentará este desafio devendo buscar os fundamentos que justifiquem tanto a implantação do empreendimento como a manutenção da integridade da área. Lançando mão do teste da proporcionalidade e suas submáximas – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, o órgão ambiental terá elementos substanciais para emitir uma decisão fundamentada e respeitante das garantias fundamentais.

Diante do cenário apresentado, a abordagem a seguir traçará um paralelo entre discricionariedade e proporcionalidade nas decisões da Administração Pública. Em linhas específicas, analisar-se-á a natureza jurídica da licença ambiental, procurar-se-á identificar o mecanismo interpretativo adequado a ser aplicado no licenciamento ambiental e, ao final, discutir-se-á o exame da proporcionalidade sobre a implantação de usinas eólicas em áreas de preservação permanente. Para o estudo desta temática, desenvolveu-se uma técnica de pesquisa de cunho teórico, procedendo-se a uma análise de conteúdo a partir da coleta e exame de dados de

natureza primária, como o ordenamento jurídico e as informações técnicas, e de natureza secundária, especialmente a literatura jurídica.

2 ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DA SEPARAÇÃO FUNCIONAL DO PODER

Consagrada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 2º, a separação funcional e harmônica dos Poderes também foi alçada à cláusula pétrea do ordenamento jurídico brasileiro (art. 60, §4º, III)¹. Fruto da Revolução Francesa do século XVIII, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), em seu artigo XVI, contribuiu significativamente para a consolidação do Estado de Direito ao estabelecer limitações aos poderes do governante por meio da garantia dos direitos e da separação dos poderes. Chega-se a creditar-lhe a origem do Direito Constitucional e do próprio Estado de Direito².

A separação de poderes constante na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão encontrou fundamento nos postulados de Montesquieu, o qual lecionou que a liberdade não combina com o abuso de poder, devendo o poder limitar o poder. Para tanto, necessária a não coincidência de poderes em uma única figura com fins de se assegurar o adequado exercício da liberdade³. Definiram-se, pois, em traços rígidos e herméticos, as figuras dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 out. 2014.

² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Contudo, as transformações do Estado de Direito e a crescente dinamicidade nas relações entre Estado e sociedade revelaram a insuficiência da clássica lição de Montesquieu. Em vista disso, Marcelo Neves aponta para a reformulação daquela concepção no sentido da colaboração e do controle recíproco entre os órgãos estatais, bem como sua releitura enquanto princípio da pluralidade e circularidade de procedimentos do Estado de Direito. Com vistas ao fortalecimento do Estado Democrático de Direito e de sua Constituição, o jurista preconiza uma repartição orgânica de competências e o controle interorgânico, justificando-se o princípio da divisão de poderes⁴. Em adição, Habermas já defendera uma nova institucionalização do princípio da separação de poderes, especialmente em razão da omissão do legislativo em exercer sua competência, transferindo-se responsabilidades para a Administração Pública e para o Judiciário⁵.

Destarte, em virtude da reformulação da concepção da separação funcional do poder, rechaçou-se o engessamento do exercício das funções apresentado por Montesquieu. Ao definir os elementos do Estado, Kelsen situa o “poder” ao lado do “território” e do “povo”; este poder é uno, ainda que distribuído entre legislativo, executivo e judiciário. Explica, também, que a chamada tripartição do poder consiste, em verdade, em dicotomia entre a “legis latio” (legislativo) e a “legis executio” (executivo e judiciário). Leciona o jurista que as competências deste segundo grupo consistem na elaboração de normas individuais com base nas normas gerais⁶.

⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**. Uma relação difícil. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Essa concepção kelseniana, especialmente em relação ao papel do poder executivo, coaduna com a explanação a seguir desenvolvida. De fato, a Administração Pública apresenta maior proximidade com os fatos sociais e atua de maneira imediata e concreta na satisfação dos interesses públicos, sem perder de vista as prescrições legais⁷. O exercício da função administrativa permite maior agilidade diante da dinamicidade dos fatos sociais em comparação com o procedimento legislativo. Com fulcro nas lições de Canotilho e Friedrich Müller, Vladimir França aponta que, diante da inesgotabilidade do texto normativo, cabe às funções administrativa e jurisdicional a concretização normativa dos enunciados dos textos legais. Nesse cenário, o jurista ainda ressalta a necessidade de um campo de liberdade para a administração pública tornar mais dinâmica e eficaz a satisfação do interesse público: a discricionariedade administrativa⁸. Na precisa síntese de Moreira Neto, a discricionariedade consiste em “condição de execução do interesse público insuficientemente definido numa lei”⁹.

2.1 ATOS ADMINISTRATIVOS E A CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

A literatura jurídica aponta que o exercício da função administrativa ocorre por meio dos atos da administração, considerados como toda atividade, jurídica ou não

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁸ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa**. No regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**. Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 22.

jurídica, que tem nascimento a partir da Administração Pública. Os atos da administração constituem gênero composto pela espécie dos atos administrativos, os quais são dotados do atributo da juridicidade por se submeterem ao regime jurídico administrativo, e conferem a concretude da função administrativa¹⁰. Cretella Júnior arremata que ainda compõem os atos da administração os chamados “atos de administração”, consistentes em operações de natureza material, técnicas ou técnico-administrativas, o que permite afirmar que a concepção de ato administrativo não deve depender exclusivamente da noção de Administração Pública¹¹.

A compreensão acerca da noção de ato administrativo encontra fundamento na separação funcional de poder e na existência – e obediência – a um regime jurídico administrativo. Mello e Cretella Júnior reconhecem a dificuldade em se obter uma definição pacífica de ato administrativo, inexistindo conceito que seja universalmente válido e excludente¹². Dentre os traços presentes nas diversas definições propaladas pela literatura jurídica, apresentam-se constantes o exercício de funções típicas do executivo e a juridicidade que estes atos devem observar.

Sucinta revela-se a definição de Di Pietro, para quem o ato administrativo consiste em “declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com a observância da lei, sob regime jurídico de direito público e

¹⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa**. No regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

¹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

sujeita a controle pelo Poder Judiciário”¹³. Observe-se, pois, nesta definição, o aspecto da sujeição do ato administrativo à lei, a qual deve figurar como ponto de partida daquele, sendo esta a tônica das conceituações sobre este comando administrativo. Orientados pela configuração do ato administrativo enquanto espécie de ato jurídico, Cretella Júnior e Meirelles situam a manifestação da vontade do agente público como condição do ato administrativo¹⁴.

Em face de todo o exposto, perspicaz se mostra a lição de Di Pietro¹⁵, para quem a função administrativa configura-se como parcial, concreta e subordinada. Parcial no sentido de que o órgão que exerce a função figura como parte nas relações jurídicas. A aplicação da lei aos casos concretos confere sua concretude. Já a sua subordinação se deve à sujeição a controle jurisdicional, além de atentar para a juridicidade de seus atos.

Por fim, acresça-se a contribuição de França ao elencar os princípios basilares do regime jurídico-administrativo. Conforme observado, os atos administrativos devem submeter-se à ordem jurídica vigente, donde o autor aponta os princípios da prevalência do interesse público sobre o interesse privado e da indisponibilidade do interesse público pela Administração. Caberá ao administrador definir o interesse público de acordo com a realidade social, o caso concreto em face da norma. Por sua vez, do princípio da indisponibilidade do interesse público decorrem os princípios da juridicidade administrativa – o qual congloba a legalidade, a impessoalidade (finalidade) e a proporcionalidade –, da igualdade dos

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 196.

¹⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

administrados perante a Administração, da moralidade administrativa, da publicidade, da eficiência e da responsabilidade do Estado¹⁶.

Logo, constata-se que os atos administrativos têm uma finalidade pública a ser perseguida e alcançada com dinamicidade e em proximidade com a realidade social, sem perder o norte do ordenamento jurídico ao qual se submete. A discricionariedade administrativa, fator que permite à Administração Pública executar suas funções com mais agilidade e autonomia, será abordada em momento oportuno. Por ora, cabe diferenciar os atos vinculados dos discricionários, em que naqueles a lei estabelece a “única solução possível” diante de determinada situação de fato, inexistindo margem de apreciação subjetiva.

Por outro lado, conforme leciona França, os atos discricionários decorrem da incapacidade do legislador em criar normas acolhedoras de todos os problemas enfrentados pela Administração Pública, abrindo-se espaço para que esta atue permeada por critérios de conveniência e oportunidade¹⁷. Cumpre esclarecer que, ainda que não haja atos inteiramente vinculados, todo ato administrativo tem um mínimo de vinculação, como ocorre acerca da indicação da competência, da forma e da finalidade dos atos administrativos materiais¹⁸.

2.2 LICENÇA AMBIENTAL: ATO ADMINISTRATIVO COM MISSÃO HARMONIZADORA

¹⁶ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa**. No regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

¹⁷ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa**. No regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa**. No regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Os atos administrativos apresentam-se sob diversas espécies, interessando à presente discussão a figura da licença. Consoante leciona Di Pietro, a licença constitui ato unilateral e vinculado que faculta o exercício de determinada atividade. Sua característica vinculante se deve à existência de requisitos legais a serem observados pelo requerente e, uma vez atendidos, caberá ao Poder Público a inevitável concessão da licença. Assim, diferentemente da autorização (em regra, discricionária e precária), a licença configura ato declaratório de direito preexistente¹⁹. Além de pontuar sobre as pretensões recíprocas entre Administração Pública e o particular, Meirelles trata da presunção de definitividade da licença, desde que obedecidas as condições impostas pelo instrumento, bem como não tenha havido ilegalidade no procedimento de expedição do ato ou, ainda, não decorra interesse público superveniente em sentido contrário²⁰.

Com os fundamentos constitucionais da livre iniciativa e da preservação ambiental²¹, o licenciamento ambiental, na precisa lição de Coutinho e Farias, deve figurar como instrumento que possibilite a coexistência entre o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente, por meio do exercício do poder de polícia do Estado²². Antes mesmo do advento da Constituição Federal de 1988, o

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. No mesmo sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

²¹ Acerca dos fundamentos constitucionais da livre iniciativa, destaquem-se o artigo 1º, inciso IV, artigo 5º, inciso XXII e artigo 170, caput, incisos II e IV, e parágrafo único. Dentre os fundamentos constitucionais da proteção ao meio ambiente, merecem realce o artigo 225, artigo 170, incisos III e VI, art. 5º, inciso XXIII e artigo 186, inciso II.

²² COUTINHO, Ana Luísa Celino; FARIAS, Talden. Natureza jurídica da licença ambiental. In: **Prima Facie**. Revista da pós-graduação em ciências jurídicas. João Pessoa, v. 4, n. 6, p. 86-107, jan./jun. 2005.

“licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras” já despontava como instrumento da Política Nacional de Meio Ambiente (art. 9º, VI)²³. A despeito da própria Política Nacional do Meio Ambiente e da Resolução CONAMA nº 237/1997²⁴, seu efetivo disciplinamento, especialmente na questão de competências, ocorreu com a lei complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011.

Esta lei complementar definiu o licenciamento ambiental como o “procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental” (art. 2º, I)²⁵. Em estado de tensão (ou coexistência) em face do crescimento econômico (livre iniciativa) e da preservação ambiental, o procedimento de licenciamento ambiental tem como ato final a emissão da licença ambiental, ato administrativo disciplinador do exercício das atividades utilizadoras dos recursos ambientais e que sejam efetiva ou potencialmente capazes de provocar degradação ambiental, conforme se extrai da Resolução CONAMA nº 237/1997 (art. 1º, III)²⁶.

Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/4508/3393>>. Acesso em: 20 set. 2014.

²³ BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 4 out. 2014.

²⁴ A resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997, editada pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), versa sobre procedimentos, etapas e competências acerca do licenciamento ambiental. No entanto, o disciplinamento da competência em matéria ambiental trasladou de diploma legal com a edição da lei complementar nº 140/2011. As demais disposições, não revogadas pelo novel instrumento, ainda servem de parâmetro para o licenciamento ambiental.

²⁵ BRASIL. **Lei complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011**. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp140.htm>. Acesso em: 4 out. 2014.

²⁶ BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997**. Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento

A concessão da licença ambiental, embora reflita o direito à livre iniciativa, obriga o beneficiário a observar suas condicionantes com vistas à garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Esse ponto de contato (e de tensão) entre direitos fundamentais tem gerado questionamentos acerca da natureza jurídica da licença ambiental. Conforme acentua José Afonso da Silva, as licenças ambientais consistem em atos administrativos de controle preventivo de atividades de particulares no exercício de seus direitos, o qual deverá observar os requisitos estabelecidos em favor da proteção ambiental²⁷.

A partir desta concepção, cabe a remissão àquela definição de que a licença constitui ato vinculado posto que declaratório de direito subjetivo preexistente. A doutrina tem promovido o confronto entre a natureza vinculada da licença ambiental, assim como ocorre com as licenças em geral, e uma possível natureza discricionária. Repise-se que o argumento em favor da natureza vinculada decorre da obrigatoriedade à Administração Pública em conceder a licença ambiental se atendidos pelo requerente os requisitos postos pela legislação disciplinadora do licenciamento ambiental e pelo órgão ambiental competente.

Por outro lado, diante da negativa do estudo ambiental à execução da atividade, o aspecto vinculante não deveria incidir de imediato. É o que defendem Coutinho e Farias em artigo específico ao tema da natureza jurídica da licença ambiental. Na hipótese aventada, os autores defendem a discricionariedade do Poder Público para sopesar, de acordo com a conveniência e oportunidade em face do caso concreto, a preponderância da preservação do meio ambiente ou do

ambiental. 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=237>>. Acesso em: 04 out. 2014.

²⁷ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

desenvolvimento econômico, sempre à luz do desenvolvimento sustentável. Neste sentido, a licença ambiental apresentaria uma natureza *sui generis*, a revelar-se em conformidade com o caso concreto²⁸. Esta questão, no entanto, exige uma discussão ainda mais apurada, haja vista a colisão entre direitos fundamentais exigir o exame da proporcionalidade, sem evitar-se por completo o uso da discricionariedade. Este tema ainda será abordado nos capítulos seguintes.

Outra discussão, em perspectiva diversa, acerca da natureza jurídica da licença ambiental é apresentada por Dantas²⁹, desta vez em razão da definitividade do ato administrativo. Conforme anteriormente apontado, salvo nas hipóteses excepcionais de anulação, cassação ou revogação, a licença goza da presunção de definitividade. No entanto, no caso das licenças ambientais (especialmente as de operação³⁰), o jurista observa a mitigação desta presunção em razão dos prazos de validade exigirem a contínua renovação da licença. Logo, ferir-se-ia seu aspecto definitivo com certa precariedade. Proclamando, pois, uma natureza híbrida da licença ambiental, o jurista aduz com pertinência que a licença ambiental é “definitiva enquanto dure”. Nesse sentido, Milaré aponta a estabilidade temporal da licença ambiental, o que não deve ser confundido com precariedade³¹.

²⁸ COUTINHO, Ana Luísa Celino; FARIAS, Talden. Natureza jurídica da licença ambiental. In: **Prima Facie**. Revista da pós-graduação em ciências jurídicas. João Pessoa, v. 4, n. 6, p. 86-107, jan./jun. 2005. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/4508/3393>>. Acesso em: 20 set. 2014.

²⁹ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito ambiental de conflitos**. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2012. 463f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, 2012.

³⁰ A Resolução CONAMA nº 237/1997 elegeu três tipos de licenças configuradoras do procedimento de licenciamento ambiental, quais seja a Licença Prévia, a Licença de Instalação e a Licença de Operação. Salvo disciplinamento legal próprio da esfera governamental, estas licenças devem ser requeridas em sequência e na ordem apresentada, sendo a Licença de Operação a que permite o efetivo funcionamento da atividade e, em razão de seu prazo de validade, deve ser periodicamente renovada.

³¹ MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. A gestão ambiental em foco. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

3 INTERPRETAÇÃO, DISCRICIONARIEDADE E PROPORCIONALIDADE: MECANISMOS DE CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA

Consoante assinalado anteriormente, cabe à Administração Pública, assim como ao Judiciário, conferir concretização normativa a partir do texto da lei, promovendo a criação do direito. Este apontamento revela a construção da Teoria Estruturante do Direito desenvolvida pelo jurista alemão Friedrich Müller. Esta teoria, a qual tem dentre seus fundamentos a distinção entre norma e texto normativo, ressalta que a construção da norma jurídica ocorre no caso específico pelo operador do direito: a concretização da norma significa a construção da norma. Neste sentido, Müller demonstra que a normatividade concreta consiste na interdependência entre teoria e prática, na co-implicação entre prática e doutrina jurídicas³². Isso justifica a defesa de que o texto normativo deve ser o ponto de partida e referência para o intérprete, mas não a completude da norma jurídica.

Corroborando a concepção normativo-estruturante de Friedrich Müller, Canotilho reitera a distinção entre norma e texto normativo, em que a concretização normativa se funda na interpretação do texto da norma e no elemento de concretização resultante da investigação do recorte da realidade social (domínio normativo). O processo de concretização da norma exige, pois, um esforço hermenêutico do intérprete, cujo elemento primário deverá ser o texto normativo aliado à mediação de seu conteúdo semântico. O jurista português também realça o método hermenêutico-concretizador, o qual pressupõe uma relação entre o texto e o

³² MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

contexto com a mediação criadora do intérprete (círculo hermenêutico). Ademais, ressalta que, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a concretização normativa pode ocorrer em diferentes níveis dos âmbitos legislativo, judicial ou administrativo³³.

Em conformidade com esses ensinamentos, bastante pertinente se mostra a lição de França ao aduzir que a “criação do direito abrange tanto o seu ‘nascimento’ no legislativo como sua manutenção e concretização no jurisdicional e no administrativo”³⁴. Deste modo, o legislador elabora a norma conferindo as balizas ao intérprete para o processo de concretização conforme as ponderações de Friedrich Müller e Canotilho. Nesse sentido, França prossegue ao asseverar que Administração Pública, em seu mister de concretizar um provimento normativo, diante da necessidade de dinamismo da ação estatal, emprega critérios de conveniência e oportunidade, os quais conferem ao administrador certa margem de liberdade no caso concreto³⁵. Todavia, cumpre ressaltar que esta liberdade deve encontrar amparo nos limites traçados pela lei reguladora da expedição dos atos discricionários³⁶.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

³⁴ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa**. No regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

³⁵ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa**. No regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000. Moreira Neto dedicou uma obra tratando da aproximação entre política e direito e versando sobre a inter-relação entre discricionariedade e a legalidade e legitimidade, esta como reflexo do interesse público. Em sua lição, o jurista dispõe sobre um “resíduo de apreciabilidade” para justificar a margem liberdade – ou melhor, discricionariedade – para a atuação do poder estatal, o qual não poderia agir mecanicamente, sem responsabilidade sobre as consequências de seus atos. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**. Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. No mesmo sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

Tornando à questão interpretativa do texto normativo, importa destacar sua relevância como fator prévio à discricionariedade, de modo a assegurar que a atuação subjetiva do administrador encontra pertinência com a norma. Acresça-se que, em havendo uma única interpretação possível, estar-se-á diante de um ato vinculado. Portanto, a discricionariedade pressupõe duas ou mais soluções justas, soluções possíveis e válidas, apresentadas pelo texto normativo³⁷. Não por outra razão que França acentua que a aplicação do juízo de oportunidade, a apreciação política do caso concreto e a seleção das soluções jurídicas mais convenientes e oportunas exigem o esgotamento da interpretação³⁸.

Neste embate entre liberdade e vinculação do aplicador do direito, em nome do Estado Democrático de Direito, mas também Estado intervencionista, importa trazer à tona a contribuição de Dantas. O jurista, em tese acerca da colisão de direitos fundamentais, analisa que primeiramente o intérprete deverá tentar harmonizá-los e, em caso de insucesso, proceder ao exame da proporcionalidade. Contudo, exaurida a objetividade do sopesamento e mantido o impasse, não haverá outro caminho que não a discricionariedade, orientada pelas convicções, história e ideologia do intérprete. No entanto, além de atender aos limites traçados pela lei (inclusive pelo texto da norma), o aplicador do direito deverá tecer sólidos fundamentos em razão de sua decisão³⁹. Trasladando à esfera do ato administrativo,

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa**. No regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

³⁸ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa**. No regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

³⁹ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito ambiental de conflitos**. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2012. 463f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, 2012.

cumprir observar que a motivação do ato se revela essencial à observância aos princípios do regime jurídico-administrativo e, por conseguinte, à sua validade.

3.1 DISCRICIONARIEDADE E PROPORCIONALIDADE NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

O exame da natureza jurídica da licença ambiental, efetuado no capítulo anterior, apontou um hibridismo entre ato vinculado e ato discricionário, o qual apenas se delineará conforme o caso concreto. Esta tese, aventada por Coutinho e Farias, reflete a expressão da árdua missão do licenciamento ambiental em compatibilizar a livre iniciativa e crescimento econômico e a preservação ambiental. Nessa linha, uma vez atestada a inviabilidade ambiental da atividade, a partir da discricionariedade no caso concreto o órgão ambiental optará, fundadamente, por um ou outro direito fundamental.

A questão da discricionariedade no licenciamento ambiental assume traços bastante relevantes em razão de suas implicações. Trata-se de moeda com problemas em suas duas faces. De um lado, conforme bem salientado em documento da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República sobre licenciamento ambiental, ocorre o fenômeno da “discricionariedade ideológica” enquanto ferramenta para negar empreendimentos, especialmente em consequência dos excessos do princípio da precaução⁴⁰. Esta pauta encontra-se profundamente discutida por Dantas, com quem se observa que o direito

⁴⁰ BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Assuntos Estratégicos. **Licenciamento ambiental**. Documento para discussão. Versão preliminar. Brasília: 2009. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/portuguese/pdfs/11_Licenciamento_ambiental1.pdf>. Acesso em: 22 set. 2014.

fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não se revela absoluto “prima facie” ante aos demais direitos fundamentais⁴¹. Milaré acrescenta que o licenciamento ambiental não deve figurar como um “obstáculo teimoso ao desenvolvimento”, haja vista seu perfil compatibilizante no sentido do pleno desenvolvimento⁴². Como forma de mitigar este problema, propõe-se a proteção à discricionariedade do técnico ambiental, o qual, uma vez fundamentando devidamente suas decisões, não poderá ser pessoalmente responsabilizado civil, penal ou administrativamente⁴³.

Por outro lado, os órgãos ambientais encontram-se sujeitos a pressões advindas do Poder Público, principalmente quando o mesmo ente público se confunde nas figuras do proponente e do licenciador, elemento este consubstanciador do autolicensing⁴⁴. Esta ausência de imparcialidade do agente público em decorrência de pressões políticas pode ser observada em duas grandes obras do Governo Federal licenciadas pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), quais sejam a transposição do Rio São Francisco e a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. Propõe-se, em face desse problema, a aprovação de regras legais que racionalizem, simplifiquem e

⁴¹ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito ambiental de conflitos**. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2012. 463f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, 2012.

⁴² MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. A gestão ambiental em foco. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

⁴³ BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Assuntos Estratégicos. **Licenciamento ambiental**. Documento para discussão. Versão preliminar. Brasília: 2009. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/portuguese/pdfs/11_Licenciamento_ambiental1.pdf>. Acesso em: 22 set. 2014.

⁴⁴ DIAS, Gilka da Mata. **Cidade sustentável**: fundamentos legais, política urbana, meio ambiente, saneamento básico. Natal: Editora do Autor, 2009.

deem transparência ao licenciamento ambiental como forma de mitigar a ingerência política indevida sobre este processo administrativo⁴⁵.

Diferentemente do que fora simplificado por Coutinho e Farias, Dantas aponta o momento devido ao afloramento da discricionariedade. Em linhas gerais, ao versar sobre a colisão de direitos fundamentais, o autor aponta que deve a discricionariedade ocorrer em momento final, quando esgotada a análise objetiva do caso⁴⁶. Em razão da natureza conflituosa do direito ambiental, o qual reclama a harmonização entre o meio ambiente e outros direitos fundamentais (como livre iniciativa e propriedade), o licenciamento ambiental – enquanto intervenção do Poder Público – exigirá o teste da proporcionalidade.

Em face do exposto, resta, pois, a questão de qual mecanismo o intérprete deverá aplicar quando da expedição da licença ambiental. Afinal, deve prevalecer a análise objetiva do caso concreto por meio do exame da proporcionalidade ou permitir-se-á a evidência da discricionariedade do agente público diante das soluções que lhe afigurem justas? Ainda que trilhem caminhos dissonantes, em que a proporcionalidade tolhe a liberdade do intérprete e a discricionariedade abre margem à sua subjetividade, ambas as ferramentas apresentam características relevantes que as aproximam, o que lhes pode permitir uma conciliação⁴⁷.

⁴⁵ BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Assuntos Estratégicos. **Licenciamento ambiental**. Documento para discussão. Versão preliminar. Brasília: 2009. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/portuguese/pdfs/11_Licenciamento_ambiental1.pdf>. Acesso em: 22 set. 2014.

⁴⁶ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito ambiental de conflitos**. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2012. 463f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, 2012.

⁴⁷ No julgamento da Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 101-DF, o ministro Eros Grau aproximou substancialmente a proporcionalidade (ponderação) e a discricionariedade, apontando indistintamente que ambos se tratam de escolha subjetiva estranha a juízos de legalidade. A crítica do jurista aponta, pois, que a ponderação consiste em dupla discricionariedade, ocorrente tanto na criação de uma

O traço mais marcante que aproxima proporcionalidade e discricionariedade reside no fato de que ambas pressupõem duas ou mais soluções justas no caso concreto, cujas nuances e peculiaridades orientarão o intérprete em seu processo de escolha. Nesta escolha, por sua vez, será determinante o papel da fundamentação, desenvolvida mediante argumentação, sem a qual a decisão restará ilegítima e, conforme a teoria dos motivos determinantes, inválida⁴⁸. Ademais, diante da colisão de direitos fundamentais, o exame da proporcionalidade permitirá ao intérprete identificar os meios adequados para a solução do caso, os quais poderão também embasar uma decisão discricionária. É o que se depreende da análise de França, para quem a razoabilidade e a proporcionalidade pressupõem que o ordenamento jurídico permite uma multiplicidade de meios para a sua concretização, o que acaba por exigir a discricionariedade do administrador, o qual não pode violar a ordem jurídica vigente⁴⁹.

hierarquia axiológica entre os princípios como na alteração do valor comparativo desses princípios diante de outro caso concreto. Conferir:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 101-DF**. Requerente: Presidente da República. Intimados: Presidente do Supremo Tribunal Federal,... Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 24 de junho de 2009. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 1 nov. 2014. De fato, o intérprete (administrador ou magistrado) não estará isento do afloramento de suas convicções diante da norma, podendo sua escolha ser margeada por aspectos subjetivos. Todavia, deve-se ressaltar que a necessária e devida fundamentação pelo decisor, tanto na ponderação como na discricionariedade, alivia a carga de subjetividade, ideologias e pressões diversas na concretização da norma.

⁴⁸ Reconhecendo a naturalidade da colisão de princípios em uma ordem pluralista e dialética, Barroso assevera que as concessões recíprocas no caso concreto deverão primar por um resultado socialmente desejável e com o mínimo sacrifício dos direitos em oposição. Ressalta, no entanto, que a argumentação deve figurar enquanto controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação, com vistas a evitar o ativismo judicial e argumentações de traços meramente lógico ou moral. Conferir: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁴⁹ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa**. No regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

No sentido de uma conciliação possível, Dantas⁵⁰ defende que, diante da colisão de direitos fundamentais, promover-se-á uma tentativa de harmonizá-los de modo a não tolher a aplicação de qualquer dos direitos em pauta. Impossível a harmonização, o exame da proporcionalidade definirá qual direito deverá prevalecer no caso concreto, permitindo uma análise objetiva e fundamentada no sentido da efetiva justificação da medida adotada. Não sanado o conflito mediante este exame – os chamados “casos de impasse” –, abrir-se-á margem à discricionariedade do intérprete.

Comumente direcionada a decisões do Judiciário, a máxima da proporcionalidade também deverá figurar como referência na tomada de decisões pela Administração Pública, a qual lida cotidianamente com situações de colisão de direitos, a exemplo do licenciamento ambiental. Ademais, em cada etapa, cada escolha, cada decisão, o aplicador do direito deverá fundamentar suas opções, mediante o desenvolvimento da argumentação, ainda que tenha sofrido a natural influência de aspectos intrínsecos como suas convicções pessoais. De fato, a redução da esfera de aplicação de um direito fundamental não prescinde da necessária motivação, sob pena de se incorrer em excesso de poder. Em complemento, observe-se que a subdimensão da proporcionalidade em sentido estrito prescreve que o sacrifício de um direito fundamental exige a relevância do direito com ele colidente.

Cumprido ressaltar, ao final desta seção, que a discricionariedade, ainda que colocada no plano final do processo de decisão da administração pública, exerce importante função no delineamento da separação funcional do poder. Repise-se sua

⁵⁰ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito ambiental de conflitos**. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2012. 463f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, 2012.

importância na aproximação entre Administração Pública e sociedade, entre administrador e administrados, em que aquele goza de margem subjetiva para decidir tempestivamente e em conformidade com as peculiaridades do caso concreto. Acresça-se que a discricionariedade consiste em mecanismo conferido por prescrição legal, em que esta se revela conformadora do respectivo ato administrativo.

Contudo, a proporcionalidade consiste em instrumento conformador do regime jurídico-administrativo brasileiro. Posicionando a discricionariedade orientada no sentido da finalidade pública⁵¹, em que meios e fins devem interagir na devida proporção, Di Pietro e Mello apontam limites à discricção da Administração Pública para que se obtenham providências adequadas⁵². Assim, sob a luz da proporcionalidade, constata-se que o exercício válido das competências administrativas pressupõe extensão e intensidade correspondentes ao cumprimento da finalidade pública⁵³.

Observe-se, pois, que a discricionariedade administrativa encontra limites justamente em função da proporcionalidade que o ato administrativo deve alcançar. Por esta razão, a presente discussão optou pelo caminho trilhado por Dantas, conferindo-se relevo ao exame da proporcionalidade sem relegar a discricionariedade administrativa.

3.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROPORCIONALIDADE

⁵¹ Moreira Neto ressalta o aspecto teleológico da discricionariedade, em que deve haver pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e a finalidade pública perseguida, de outro, impondo-se limites à discricção. Conferir: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**. Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

A compreensão da tensão envolvendo os direitos ao desenvolvimento econômico e ao meio ambiente sadio exige o entendimento da estrutura das normas de direito fundamental. Consoante lição de Alexy, a teoria dos direitos fundamentais estrutura-se sobre as noções de princípios e regras, em que a natureza daqueles permite a colisão de princípios antagônicos sem anulação de um em face de outro. Nesse sentido, compreendem-se os princípios como “mandamentos de otimização”, os quais podem ser satisfeitos em graus variados, de acordo com o caso concreto e em uma relação de precedência condicionada quando em colisão⁵⁴.

Guerra Filho vislumbra a proporcionalidade enquanto procedimento apto à aplicação dos princípios, cabível para solucionar questões de acordo com o caso concreto. Para tanto, ao se concretizarem os princípios acolhidos pela Constituição, deve-se permitir a integração do maior número possível de pontos de vistas da questão a ser decidida, cabendo ao intérprete colocar as opiniões divergentes em comunicação⁵⁵, o que se torna possível com a máxima da proporcionalidade⁵⁶. Em consonância, Alexy ressalta que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade⁵⁷.

⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁵⁵ Nesse sentido, relevante destacar o posicionamento de Leite, para quem o magistrado, quando da utilização do princípio da proporcionalidade, deve sofrer o máximo de pressões sociais possível e utilizá-las criticamente como bases para a ponderação. Conferir: LEITE, Marcelo Santos. A influência dos grupos de pressão na interpretação constitucional. In: **Revista de direito constitucional e internacional**, n. 48, jul./set. 2004.

⁵⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011

Importante para a preservação dos direitos fundamentais, o reconhecimento e emprego do princípio da proporcionalidade revelam-se necessários ao bom funcionamento de um Estado Democrático de Direito⁵⁸. Em convergência, Scholler conclui que a referência à proporcionalidade encontra-se no princípio do Estado de Direito, vinculando-se leis e legislador aos direitos fundamentais⁵⁹. Ainda nessa perspectiva, Bonavides ressalta que a observância da proporcionalidade independe de explicitação no texto constitucional em razão de natureza e essência pertinente ao Estado de Direito⁶⁰. No que tange à vinculação do legislador, Hesse acentua que, quando da concretização da Constituição, a limitação dos direitos fundamentais não carece de limites, devendo-se respeitá-los em sua essência⁶¹. Dimoulis e Martins, orientados pelo constitucionalismo alemão, tratam do “direito constitucional de colisão” enquanto modalidade de limite ao exercício dos direitos fundamentais, evidentemente por não ser possível o pleno exercício simultâneo de direitos colidentes. Apontam que, de acordo com a Teoria dos Limites dos Limites (Schranken-Schranken), a limitação dos direitos fundamentais conhece suas próprias limitações, vedando-se a proibição do exercício do direito além do necessário para o alcance do propósito perseguido⁶².

⁵⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

⁵⁹ SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. **Interesse Público**, São Paulo, ano 1, n. 2. São Paulo: Notadez, abr./jun. 1999.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁶¹ HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1996.

⁶² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Nas aplicações do mandamento da proporcionalidade, adotam-se as máximas parciais da “adequação”, “exigibilidade” (ou “necessidade”) e “proporcionalidade em sentido estrito”. A adequação significa que o meio empregado deverá ser apto a proporcionar o alcance do propósito perseguido. De fato, diante da colisão de direitos fundamentais, ao Poder Público não cabe limitar um direito em detrimento de outro sem empregar meios que justifiquem a limitação. A necessidade consiste na adoção do meio menos gravoso, aplicação de um meio adequado e que cause o menor prejuízo possível ao direito fundamental a ser limitado⁶³. Esta fase consiste na chamada “vedação do excesso”.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito configura o mandamento do sopesamento propriamente dito, avaliando-se se a medida interventiva adotada em prol de um princípio justifica a limitação do princípio com ele colidente. Na precisão de Scholler, observada a relação entre meios e fins, deverá haver, pois, uma “cuidadosa ponderação dos bens em pauta, devendo ser priorizada, na avaliação da medida restritiva, a posição jurídico-constitucional mais importante”⁶⁴. Bastante elucidativa se mostra a síntese de Alexy, para quem, uma vez justificada a importância da satisfação do princípio colidente, deve-se avaliar se sua relevância justifica a afetação ou a não satisfação do outro princípio⁶⁵.

⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

⁶⁴ SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. **Interesse Público**, São Paulo, ano 1, n. 2. São Paulo: Notadez, abr./jun. 1999.

⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011

4 EXAME DA PROPORCIONALIDADE: O CASO DAS USINAS EÓLICAS EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

A matriz elétrica brasileira vem passando por uma progressiva remodelação e diversificação de suas fontes, especialmente impulsionadas após a crise do setor no início dos anos 2000. Parte desses avanços se deve ao significativo incremento da geração eólio-elétrica, fonte considerada pouco poluente em razão da ausência de emissão de gases tóxicos ou causadores do efeito estufa, sobressaindo-se nesse cenário a região Nordeste do Brasil, com 75% (setenta e cinco por cento) da capacidade instalada nacional de geração por fonte eólica. Rio Grande do Norte e Ceará, que juntos contribuem com aproximadamente 55% (cinquenta e cinco por cento) da capacidade eólica instalada no País, têm em seu litoral as áreas mais propícias para o aproveitamento da energia eólica⁶⁶. Bastante importante para a geração eólio-elétrica, o litoral potiguar e cearense é marcado e conhecido por suas dunas e lagoas exuberantes, de relevância turística e ambiental.

Nos termos da lei federal nº 12.651, de 25 de maio de 2012, as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais, bem como a vegetação nativa protetora de dunas, são consideradas áreas de preservação permanente (APP) (art. 4º, II e VI)⁶⁷.

⁶⁶ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Capacidade Instalada por Estado. In: _____. **Banco de informações de geração**. 2015. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/ResumoEstadual/ResumoEstadual.cfm>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

⁶⁷ BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm>. Acesso em: 30 out. 2014. A lei federal nº 12.651/2012, em seu artigo 3º, inciso II, define área de preservação permanente como a “área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”.

O regime de proteção das áreas de preservação permanente definido pela referida lei estabelece a obrigação de manutenção da vegetação situada em APP. Contudo, este regime prevê hipóteses excepcionais de intervenção ou supressão nos casos de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental, conforme definição da própria lei. Interessar-nos-á, nesta discussão, a hipótese de utilidade pública, especificamente a que se refere às obras de infraestrutura destinadas às concessões e aos serviços públicos de energia. Observa-se, pois, de acordo com o “novo código florestal”, a permissibilidade de instalação de parques eólicos em áreas de preservação permanente em razão do enquadramento como obra de utilidade pública.

4.1 LICENCIAMENTO AMBIENTAL E A TENSÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIVRE INICIATIVA E MEIO AMBIENTE SADIO

Conforme acima observado, o legislador enfrentou a colisão entre meio ambiente e livre iniciativa quando da edição da lei federal nº 12.651/2012. Ao definir o regime de proteção das áreas de preservação permanente, procurou-se harmonizar a preservação de espaços especialmente protegidos com o desenvolvimento de atividades de relevância pública, esta com margem para concessões de serviço público. Ainda que nos casos de utilidade pública o legislador tenha sinalizado a preferência pelas obras relativas aos serviços de energia, a Administração Pública, revestida na figura do órgão ambiental licenciador, não estará isenta de lidar com a colisão de direitos fundamentais.

O “novo” código florestal permite ao órgão ambiental duas soluções justas quando do licenciamento ambiental de usinas eólicas em áreas de preservação permanente: expedição da licença com fulcro na utilidade pública e no crescimento econômico local, ou o indeferimento do pedido em face da relevância ambiental da área de preservação permanente em questão ou que os danos gerados não justifiquem a obra. A definição ocorrerá de acordo com os delineamentos do caso concreto e, de acordo com a máxima da proporcionalidade, a limitação de um dos direitos fundamentais colidentes deverá passar por aferição objetiva e fundamentada.

Necessidade humana básica, o acesso à eletricidade vem-se tornando em elemento cada vez mais indispensável às mínimas atividades cotidianas, no que se pode chamar de crescente “escravização” à energia elétrica. Componente do “mínimo existencial”, cuja compreensão se revela mutável com a evolução tecnológica, social e cultural, o acesso à energia elétrica pode ser considerado um direito fundamental com base no princípio da dignidade humana, insculpido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Na ótica da eletricidade enquanto vetor do crescimento econômico, e atentando para este enquanto um dos pilares do desenvolvimento, visualiza-se sua contribuição para a garantia do desenvolvimento nacional, este configurando um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Indispensável se mostra, para tanto, a livre iniciativa como fundamento do Estado e da ordem econômica, conforme reconhecido pelos artigos 1º, inciso IV, e art. 170, caput, da Constituição Federal.

O crescimento econômico de uma nação também depende essencialmente da segurança de sua matriz elétrica, donde decorre a inevitável busca pela

expansão da matriz e a diversificação de suas fontes (incluindo o apelo à energia eólica), bem como a aposta no desenvolvimento de fontes de energia locais. Além de estimular o crescimento do produto interno bruto (PIB), uma matriz elétrica segura permitirá a atratividade de indústrias e serviços e fomentará a geração de empregos. Aliadas a esse fator, a diversificação e redistribuição espacial das fontes de energia, em respeito às peculiaridades locais, abre caminho para o crescimento de regiões atrasadas economicamente ou com baixa diversidade de atividades econômicas. É o que pode ocorrer com a região do Mato Grande, no Rio Grande do Norte, em que a maciça implantação de usinas eólicas potencializa o incremento da indústria e dos serviços nos municípios que a compõem.

Todavia, a humanidade não pode nem deve ser concebida separadamente do meio onde habita. Deve-se abandonar a tradicional visão antropocêntrica na qual o ser humano distancia-se do meio ambiente e inexistente qualquer relação entre ambos. Em verdade, de modo completamente oposto ao que se pensava, seus atos têm reflexos sobre si mesmo e sobre a coletividade. Assim, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida implica, primordialmente, o próprio direito à vida e à dignidade. Um ambiente insalubre, degradado ou com recursos naturais escassos atenta contra as garantias essenciais do ser humano, atingindo tanto o atendimento às necessidades fisiológicas básicas como o exercício da livre iniciativa.

Portanto, urge uma compreensão ampla, complexa e completa de desenvolvimento, em que se leve em consideração não apenas o aspecto econômico (crescimento do PIB), como também a perspectiva da inclusão social (redução das desigualdades sociais) e da sustentabilidade ambiental. Neste sentido,

uma sociedade somente será conduzida ao desenvolvimento a partir da integração entre a promoção de liberdades, a justiça social e a preservação ambiental, conforme ensinam Amartya Sen e Ignacy Sachs. O economista indiano defende uma perspectiva desenvolvimentista especialmente orientada no sentido da qualidade de vida global pautada pelo desfrute de liberdades, e o economista polonês, em consonância, apregoa o desenvolvimento direcionado pela diversidade de configurações socioeconômicas e culturais, valorizando-se a promoção do desenvolvimento endógeno, com ênfase na observância das características próprias da sociedade e de seus valores locais⁶⁸. Neste tom, Sachs ainda propugna o atendimento simultâneo dos critérios de relevância social, prudência ecológica e viabilidade econômica para o desenvolvimento⁶⁹.

No que toca às áreas de preservação permanente, deve-se levar em consideração, primeiramente, a elevação do meio ambiente sadio à condição de direito fundamental pelo artigo 225 da Constituição Federal. Ademais, o inciso III deste artigo prescreve o dever ao Poder Público de “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos”, devendo-se incluir neste quadro a figura das APP⁷⁰. A parte final deste dispositivo ainda define a proibição a qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem a proteção daqueles espaços. Deste modo,

⁶⁸ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento includente, sustentável e sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

⁶⁹ SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento includente, sustentável e sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

⁷⁰ Ainda que a legislação pátria não tenha expressamente definido as áreas de preservação permanente como espaço territorial especialmente protegido, a exemplo do que fizera a lei federal nº 9.985/2000 em relação às unidades de conservação, a literatura jurídica reconhece tal natureza àquelas áreas, tal como fizera Milaré ao defini-las como espaço territorial especialmente protegido lato sensu. Conferir: MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. A gestão ambiental em foco. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

constata-se que a Constituição Federal limita a exploração das áreas de preservação permanente, ainda que esta exploração seja permitida pelo regime de proteção estabelecido pela lei federal nº 12.651/2012.

Caberá, pois, ao órgão ambiental licenciador definir a extensão da exploração das áreas de preservação permanente, em observância tanto aos ditames constitucionais como legais. Com vistas a evitar uma perigosa discricionariedade do órgão licenciador – sujeito a pressões advindas do Executivo e de empresários –, Costa e Guimarães sugerem a definição, por via legal, de “percentuais de explorabilidade” da área conforme a natureza do ambiente, observadas suas características, fragilidade e importância ambiental⁷¹. Estes percentuais permitiriam a exploração das áreas de preservação permanente de acordo com aquelas hipóteses excepcionais previstas em lei sem deixar de assegurar a integridade dos atributos essenciais da APP. Neste mister, recordar-se-á da definição legal de área de preservação permanente, segundo a qual estes espaços possuem uma ampla função mais que estritamente natural, posto que também fundamentalmente social⁷².

Trilhando caminho diverso, Dantas defende que a proteção da APP apenas deverá ocorrer se nela existir vegetação, argumentando que sem esta não haveria

⁷¹ Inspirado no regime de proteção da reserva legal, os “percentuais de explorabilidade” teriam como universo uma área de preservação permanente específica e os percentuais seriam definidos conforme a natureza da área. Deste modo, de acordo com as características ambientais, a lei definiria qual o percentual da APP a ser protegido de modo a não comprometer a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção, conforme preconiza a Constituição Federal.

⁷² COSTA, Victor Hugo Gurgel; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. Limites à intervenção em área de preservação permanente (APP) do Nordeste: um olhar jurídico sobre o horizonte eólico do Ceará e do Rio Grande do Norte. In: XAVIER, Yanko Marcius de Alencar; ALVES, Fabrício Germano; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar (org). **Direito das energias renováveis e desenvolvimento**. Natal: EDUFRN, 2013. A definição trazida pela lei federal nº 12.651/2012, artigo 3º, inciso II, expressa a função ambiental de “assegurar o bem-estar das populações humanas”, corroborando com o escopo constitucional da busca pela sadia qualidade de vida.

mais função ecológica a justificar a aplicação da norma protetiva⁷³. Discordamos deste posicionamento, posto que a preservação de mananciais, por exemplo, deverá ocorrer ainda que inexistente a vegetação originalmente protetiva, haja vista a relevância daquele recurso natural para funções ecológicas e qualidade de vida. Ora, se a lei prevê a proteção de áreas no entorno de lagos e lagoas naturais⁷⁴, é porque esses corpos hídricos têm relevância ambiental que justifique a proteção da vegetação circundante. Assim, a ausência de vegetação em seu entorno, comumente em razão da ação antrópica, por si só não elimina os necessários cuidados com a área em questão⁷⁵.

Portanto, o crescimento econômico e a livre iniciativa não devem distanciar-se da preservação ambiental no intento de se promover o desenvolvimento em sua acepção ampla. Em face do exposto, sem sequer adentrar na controversa discussão acerca dos direitos dos animais, além de distanciar-se da proposta de uma vã intocabilidade do meio ambiente, resta justificada a necessidade da configuração de um ambiente sadio e que proporcione qualidade de vida à coletividade.

⁷³ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito ambiental de conflitos**. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2012. 463f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, 2012.

⁷⁴ BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm>. Acesso em: 30 out. 2014.

⁷⁵ Essa discussão remete-nos a uma analogia com a seara penal, onde ninguém pode se beneficiar da própria torpeza: permitir a exploração da APP em razão da ausência de vegetação beneficiaria a degradação prévia do ambiente. Nesse sentido, salutar a abordagem de Machado na qual a vegetação e sua respectiva área “são objeto de preservação não só por si mesmas, mas pelas suas funções protetoras das águas, do solo, da biodiversidade [...], da paisagem e do bem-estar humano”. Conferir: MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 735.

4.2 CAMINHOS PARA O LICENCIAMENTO AMBIENTAL CONFORME O EXAME DA PROPORCIONALIDADE

Tanto a garantia de acesso à energia elétrica como o meio ambiente sadio são essenciais à qualidade de vida. Diante da colisão entre a livre iniciativa e a preservação do meio ambiente, traduzidos respectivamente na implantação de usinas eólicas e na proteção das APP, o órgão ambiental deverá proceder ao exame da proporcionalidade quando do licenciamento ambiental e da possível expedição da licença⁷⁶. Conforme apontado no capítulo anterior, o exame da proporcionalidade reveste-se das máximas parciais da adequação, da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, em um primeiro momento, dever-se-á questionar se a expedição da licença ambiental se mostra adequada ao exercício da livre iniciativa e aos reflexos econômicos positivos consequentes. Conforme já demonstrado, a permissão para o exercício da livre iniciativa, com a implantação das usinas eólicas, trará benefícios econômicos não apenas para o empreendedor, mas também potencializa o crescimento econômico local em função da atração de indústrias e de serviços correlatos à energia e a consequente criação de empregos. Logo, a expedição da licença ambiental ao empreendedor configura meio adequado ao exercício da livre iniciativa e ao fomento ao crescimento econômico.

⁷⁶ Tangenciando a questão energética ao discutir o princípio da precaução, e diante da constatação de que não há fontes absolutamente limpas, Dantas assevera que “é de fazer incidir a máxima da proporcionalidade, aplicando-a ao caso concreto, de acordo com as peculiaridades do local onde se vai produzir a energia. Conferir: DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito ambiental de conflitos**. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2012. 463f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, 2012. p. 242.

Atestada a adequação do meio empregado pela Administração Pública, verificar-se-á o cuidado com a vedação do excesso (máxima da necessidade). Questionar-se-á, então, se a expedição da licença ambiental visa a mitigar os efeitos adversos sobre o meio ambiente, procurando lesá-lo minimamente. Durante o licenciamento ambiental, quando da análise da licença prévia, o órgão competente procede à análise da viabilidade ambiental do empreendimento⁷⁷. Ademais, em todas as fases do licenciamento ambiental, condicionantes ao exercício da atividade são estabelecidas; estudos ambientais definirão medidas mitigadoras, exige-se a renovação periódica da licença de operação e a atividade ainda se submeterá à fiscalização pelo órgão competente. Assim, partindo-se ainda do pressuposto da regularidade do licenciamento, a expedição da licença ambiental permissiva à geração eólica-elétrica, conquanto em APP, poderá resultar em menor prejuízo ao direito lesado.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito levará o intérprete à reflexão sobre a preferência pela livre iniciativa – orientada pela segurança energética e pelo crescimento econômico – e se isto justificará a intervenção na área de preservação permanente. Alimentado pela base informacional lançada ao longo deste capítulo, o intérprete será orientado pelas particularidades do caso concreto e então concluirá se a limitação de um dos direitos fundamentais encontra-se justificada pela relevância da satisfação do direito com aquele colidente. Assim, a decisão pela expedição ou não da licença ambiental deverá avaliar as características específicas do empreendimento eólico (demanda por equipamentos e mão de obra, potencial de

⁷⁷ BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997**. Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental. 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=237>>. Acesso em: 04 out. 2014.

geração, alternativas locacionais), a relevância da APP atingida (compreende um manancial estratégico? Trata-se de ecossistema que abriga espécie ameaçada de extinção?) e as demandas sociais da comunidade afetada pelo empreendimento (a região carece de vocações econômicas? A usina conflitará com atividades paralelas, como o turismo?).

Retornando à discussão acerca da natureza jurídica da licença ambiental, uma vez atestada a viabilidade ambiental do empreendimento eólico em área de preservação permanente, o ato administrativo restará vinculado. Por outro lado, uma vez comprovada a nocividade do empreendimento, a expedição da licença não decorrerá meramente de ato discricionário. Neste caso, a licença ambiental será concedida não com base no interesse da Administração Pública, posto que haverá de se justificar a intervenção na APP por meio das reais virtudes que poderão advir com a usina eólica⁷⁸. Trata-se de colisão de direitos fundamentais diretamente ligados à qualidade de vida da coletividade, e a decisão do Poder Público deverá ocorrer no sentido da mínima lesão possível a qualquer dos direitos.

5 CONCLUSÃO

A discricionariedade administrativa consiste em mecanismo que permite à Administração Pública ajustar-se com contemporaneidade aos fatos sociais, com

⁷⁸ Cumpre assinalar, conforme esclarecido por Costa e Guimarães, que os órgãos ambientais do Ceará e do Rio Grande do Norte têm expedido as licenças ambientais aos empreendimentos eólicos observando estritamente o critério de utilidade pública. Quando a questão é levada ao Judiciário, aqueles pesquisadores demonstraram que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região também tem se limitado ao referido critério, não aprofundando a discussão acerca da colisão de direitos fundamentais. Conferir: COSTA, Victor Hugo Gurgel; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. Limites à intervenção em área de preservação permanente (APP) do Nordeste: um olhar jurídico sobre o horizonte eólico do Ceará e do Rio Grande do Norte. In: XAVIER, Yanko Marcus de Alencar; ALVES, Fabrício Germano; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar (org). **Direito das energias renováveis e desenvolvimento**. Natal: EDUFRN, 2013.

decisões orientadas pelo caso concreto, porém balizadas pela norma. Dependente de fundamentação, o ato administrativo discricionário caracteriza-se pela margem de liberdade ao administrador para optar entre uma ou outra solução justa de acordo com a conveniência e oportunidade do caso. Todavia, haverá casos em que a discricionariedade deverá ser deslocada em razão da necessidade de se proceder ao exame da proporcionalidade nas situações em que a Administração Pública estiver diante da colisão de direitos fundamentais. Essa opção se deve à busca pela vedação do excesso na atividade administrativa no sacrifício de um dos direitos fundamentais. Apesar da tentativa de conferir maior objetividade no trato dessas questões, sabe-se que o intérprete e aplicador do direito não estará totalmente isento de suas pré-compreensões e ideologias quando diante do caso concreto.

Este cenário encontra-se presente no palco do licenciamento ambiental, haja vista esse procedimento colocar em rota de colisão duas garantias fundamentais e que devem, em verdade, caminhar juntas no sentido do pleno desenvolvimento e da qualidade de vida: a livre iniciativa e o meio ambiente sadio. Apesar da tensão brotada no seio do licenciamento ambiental, o Poder Público deverá prezar pela harmonização entre ambas as garantias, evitando restringir desmedidamente qualquer deles em face do outro. Deste modo, conclui-se que, uma vez descumpridos os requisitos necessários à obtenção da licença ambiental, esta não poderá ser considerada um ato administrativo de natureza discricionária.

Passando ao específico caso da implantação de usinas eólicas em áreas de preservação permanente, observa-se que o regime de proteção dessas áreas, conforme a lei federal nº 12.652/2012, prevê a possibilidade de intervenção nesses espaços em razão de critérios excepcionais. Nesse sentido, a interpretação do novo

Código Florestal permite chegar à conclusão de que as APP podem sofrer intervenções em razão da implantação de usinas eólicas, haja vista configurar a hipótese de utilidade pública. No entanto, o órgão ambiental licenciador deverá estabelecer limites a essas intervenções de modo a não sacrificar por completo o espaço protegido em foco. Ao órgão competente caberá, então, sopesar quais benefícios advirão com o empreendimento em face da preservação ambiental.

De acordo com o exame da proporcionalidade e suas submáximas, o primeiro passo consistirá em verificar se a licença ambiental figurará como meio adequado ao fomento da livre iniciativa e apto a promover o desenvolvimento. Conforme constatado, o empreendimento eólico-elétrico revela-se adequado a criar novos cenários à indústria, aos serviços correlatos e ao emprego, propiciando o crescimento econômico tanto local como nacional. Ademais, a contribuição para a segurança energética e uma possível universalização do acesso à energia elétrica realça a relevância da expedição da licença ambiental.

Passada a avaliação da adequação e sua comprovação, o exame da necessidade importará para que, ao se garantir o direito à livre iniciativa, evite-se restrição abusiva ao direito colidente, a preservação ambiental. Essa fase, caracterizada pelo primado da vedação do excesso, demonstrou que o órgão ambiental competente, no exercício de suas atribuições, dispõe de mecanismos para mitigar os impactos dos aerogeradores na APP na qual deverá inserir-se, como a definição de condicionantes à implantação do empreendimento e a necessidade de renovação da licença de operação.

Por fim, chegando-se à proporcionalidade em sentido estrito, a resposta à indagação sobre a relevância de um direito justificar supressão do outro residirá nas

peculiaridades do caso concreto, as quais dirão em que sentido deverá decidir a Administração Pública. Assim, a base informacional relativa tanto ao empreendimento eólico como à proteção da APP e os efeitos de cada caminho conduzirão o órgão ambiental em sua definição. Aspectos de relevância econômica, social e ambiental deverão fundamentar a decisão final, sob pena de esta ser considerada ilegítima.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Capacidade Instalada por Estado. In: _____. **Banco de informações de geração**. 2015. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/ResumoEstadual/ResumoEstadual.cfm>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997**. Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental. 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=237>>. Acesso em: 04 out. 2014.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 out. 2014.

_____. **Lei complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011**. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp140.htm>. Acesso em: 4 out. 2014.

_____. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 4 out. 2014.

_____. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012.** Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm>. Acesso em: 30 out. 2014.

_____. Presidência da República. Secretaria de Assuntos Estratégicos. **Licenciamento ambiental.** Documento para discussão. Versão preliminar. Brasília: 2009a. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/portuguese/pdfs/11_Licenciamento_ambiental1.pdf>. Acesso em: 22 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 101-DF.** Requerente: Presidente da República. Intimados: Presidente do Supremo Tribunal Federal,... Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 24 de junho de 2009. 2009b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 1 nov. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

COSTA, Victor Hugo Gurgel; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. Limites à intervenção em área de preservação permanente (APP) do Nordeste: um olhar jurídico sobre o horizonte eólico do Ceará e do Rio Grande do Norte. In: XAVIER, Yanko Marcius de Alencar; ALVES, Fabrício Germano; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar (org). **Direito das energias renováveis e desenvolvimento.** Natal: EDUFRRN, 2013.

COUTINHO, Ana Luísa Celino; FARIAS, Talden. Natureza jurídica da licença ambiental. In: **Prima Facie.** Revista da pós-graduação em ciências jurídicas. João Pessoa, v. 4, n. 6, p. 86-107, jan./jun. 2005. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/4508/3393>>. Acesso em: 20 set. 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito ambiental de conflitos.** O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos

fundamentais. 2012. 463f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, 2012.

DIAS, Gilka da Mata. **Cidade sustentável**. Fundamentos legais, política urbana, meio ambiente, saneamento básico. Natal: Editora do Autor, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa**. No regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2.

HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEITE, Marcelo Santos. A influência dos grupos de pressão na interpretação constitucional. In: **Revista de direito constitucional e internacional**, n. 48, jul./set. 2004.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. A gestão ambiental em foco. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**. Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**. Uma relação difícil. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento incluyente, sustentável e sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. **Interesse Público**, São Paulo, ano 1, n. 2. São Paulo: Notadez, abr./jun. 1999.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.