

Júlia Maria Plenamente Silva

*Procuradoria Geral do Estado
de São Paulo*

ju_ple@yahoo.com.br

O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO E O PROCESSO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL

RESUMO

O devido processo legal substantivo, princípio constitucional que tem por finalidade assegurar a realização dos princípios jurídicos do Estado Democrático de Direito, também se aplica ao Direito Ambiental, mais especificamente ao processo de licenciamento ambiental, instrumento destinado a assegurar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A origem do princípio e a sua evolução histórica são essenciais para verificar como ele apresenta-se hoje no ordenamento jurídico brasileiro, na qualidade de princípio integrante do regime jurídico-administrativo. Merece especial destaque, outrossim, o princípio da razoabilidade, por representar o conteúdo do devido processo legal substantivo. Neste artigo analisa-se o regime jurídico do qual se extrai o processo de licenciamento ambiental, bem como hipóteses de aplicação do devido processo legal ao instituto.

Palavras-Chave: devido processo legal substantivo; Licenciamento ambiental.

ABSTRACT

The substantive due process, constitutional principle that aims to ensuring the implementation of the legal principles of the Democratic State of Law, also can be applied to environmental Law, specifically the licensing process, instrument that ensure the fundamental right to an ecologically balanced environment. The origin of the principle and its historical evolution are essential to verify how it is established today in the Brazilian legal system, more specifically as a component of the legal-administrative regime. Deserves special attention, likewise, the reasonableness principle, because it represents the contents of the substantive due process. This article examines the legal framework from which to draw the licensing process, as well as cases for application of due process to the institute system of what the environmental licensing process is extracted, as well as the cases of the accomplishment of the due process of law to the environmental licensing process.

Keywords: due process of law; environmental license.

Anhanguera Educacional Ltda.

Correspondência/Contato
Alameda Maria Tereza, 2000
Valinhos, São Paulo
CEP 13.278-181
rc.ipade@aesapar.com

Coordenação
Instituto de Pesquisas Aplicadas e
Desenvolvimento Educacional - IPADE

Artigo Original
Recebido em: 8/5/2011
Avaliado em: 15/5/2011

Publicação: 11 de agosto de 2011

1. INTRODUÇÃO

O devido processo legal foi consagrado expressamente na Constituição da República de 1988. O texto constitucional destacou-o como direito fundamental no art. 5º, inciso LIV, tanto em sua acepção adjetiva, ou processual, quanto em sua acepção substantiva. O objeto do presente trabalho é o exame do devido processo legal em sua acepção substantiva, que não se refere ao processo em si, mas ao processo, em última instância, como forma de realização dos princípios jurídicos vigentes no Estado Democrático de Direito.

O direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, por sua vez, é garantido a todos perante a Constituição da República de 1988 (art. 225, *caput*), portanto, apesar de não se encontrar no rol do art. 5º, trata-se de direito fundamental do cidadão a ser garantido.

A própria Constituição, em seu art. 225, aponta, implicitamente, o licenciamento ambiental como instrumento para assegurar a efetividade desse direito. Isso porque o § 1º, inciso IV, do sobredito artigo prevê a necessidade de realizar-se o estudo de impacto ambiental, a ser exigido na forma da lei, para a instalação de obra ou atividade causadora de significativa degradação ambiental.

O estudo prévio de impacto ambiental é uma das etapas do processo de licenciamento ambiental, a ser exigida, conforme a Constituição, em casos de significativa degradação ao meio ambiente. Dessa forma, os casos que não vislumbrarem significativa degradação ao meio ambiente, ainda que raros, dispensam o estudo prévio de impacto ambiental, mas não o processo de licenciamento ambiental.

O licenciamento ambiental é, desse modo, instrumento destinado a assegurar o direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, ao qual deve ser aplicada, sem reservas, a cláusula do devido processo legal.

O objetivo do presente trabalho é verificar em que medida se aplica a cláusula do devido processo legal substantivo ao licenciamento ambiental, ou seja, qual é seu uso no campo do direito ambiental.

Para tanto, será necessário discorrer sobre a origem e a evolução histórica do devido processo legal e sobre a forma como o princípio se apresenta no regime jurídico-administrativo. Na análise dos princípios e regras que compõem o regime jurídico-administrativo, merecerá especial destaque o princípio da razoabilidade, por representar o conteúdo do devido processo legal substantivo.

Em seguida, será analisado o regime jurídico aplicável ao licenciamento ambiental e, por fim, serão examinadas as hipóteses em que se deve aplicar o devido processo legal substantivo a esse instituto.

2. DEVIDO PROCESSO LEGAL – ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O devido processo legal era concebido, inicialmente, como mera limitação às ações reais em favor dos nobres, mas foi erigido a “postulado maior de organização social e política dos povos cultos da era moderna”.¹ De acordo com sua acepção originária, servia apenas como garantia da regularidade do processo, mas, hoje, é “instrumento de garantia dos administrados em face das prerrogativas públicas”.²

O surgimento do devido processo legal remonta a 1215, época da edição da Carta Magna, em que a cláusula era prevista na expressão *law of the land*. O texto original da Carta estava redigido em latim, justamente para dificultar à maioria da população o acesso aos direitos ali garantidos, e “assegurava aos homens livres, notadamente aos barões vitoriosos e aos proprietários de terra, a inviolabilidade de seus direitos relativos à vida, à liberdade e, sobretudo, à propriedade, que só poderiam ser suprimidos através da ‘lei da terra’”. A lei da terra correspondia ao direito comumente aceito e sedimentado nos precedentes judiciais da *common law*.³

Em razão do surgimento da cláusula do devido processo legal, originalmente como lei da terra, sinônimo da *common law*, a doutrina discute a sua aplicação a países que não seguiram a tradição da *common law*, mas que consolidaram suas raízes no império da lei, como é o caso do Brasil. Por tal razão, aventa-se a possibilidade do princípio da igualdade fazer as vezes da cláusula do devido processo legal substantivo no direito brasileiro.⁴

Somente em 1354, com o Estatuto das Liberdades de Londres, sob o reinado de Eduardo III, é que a expressão *law of the land*, em latim *per legem terrae*, foi substituída por

¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.5.

² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. “Devido processo legal e o procedimento administrativo”. In: Revista dos tribunais. Cadernos de direito Constitucional e ciência Política, São Paulo, v. 22, p. 118, 1998.

³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. p. 7.

⁴ Tal hipótese é aventada por San Tiago Dantas, que considera o princípio da igualdade, conforme previsto no ordenamento jurídico brasileiro, cumpridor do mesmo papel que é conferido ao devido processo legal substantivo de origem norte-americana, pois estabelece que a lei deve ser compatível para todos, permitindo que o Poder Judiciário censure as discriminações arbitrárias, atentando, de todo modo, às distinções naturais existentes entre as coisas, aplicando-se, então, o princípio da proporcionalidade (Igualdade perante a lei e *due process of law*. Problemas de direito positivo: estudos e pareceres, 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004). No mesmo sentido, é o pensamento de Lúcia Valle Figueiredo, para quem a cláusula do devido processo legal material abriga a igualdade substancial. (“Estado de direito e devido processo legal”. In: Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, n.º 209, p. 10, jul./set. 1997).

due process of law, muito embora em outras leis a expressão inicial tivesse permanecido. Rodney Mott explica que as expressões eram utilizadas indistintamente.⁵

A expressão *due process of law* foi incorporada pelas colônias inglesas da América do Norte e foi consagrada, posteriormente, na Constituição que criava a federação norte-americana pelas 5ª e 14ª Emendas.⁶ Assim, nos Estados Unidos, a cláusula ganhou força e evoluiu para o conteúdo que possui atualmente, abrangendo não apenas as garantias formais do processo (*procedural due process*), mas também se voltando à observância de seus aspectos materiais referentes ao respeito ao direito dos cidadãos (*substantive due process*), de forma a consagrar a recém-conquistada independência do país.

Diferentemente do que se observava na Inglaterra, onde a lei da terra representava a superioridade do Parlamento, o devido processo legal, nos Estados Unidos, desenvolveu-se como a cláusula que representava a possibilidade de revisão judicial das normas jurídicas, tornando inválidas aquelas que estivessem em desacordo com a Constituição, destacando-se, desse modo, a superioridade do Poder Judiciário.

É importante frisar que a diferença apontada conduz a outra, referente ao princípio da legalidade. Nos Estados Unidos, o princípio da legalidade corresponde à supremacia da Constituição, que encontra seu fundamento último de validade nas decisões do Poder Judiciário. Já na Inglaterra, o princípio da legalidade decorre da força das leis do parlamento, produzidas com a aprovação da maioria.⁷

De acordo com Carlos Roberto Siqueira Castro, o princípio do devido processo legal representou uma “transformação de simples garantia processual em princípio substantivo e limitador do próprio mérito das decisões estatais”.⁸

No início, continua o autor, a Suprema Corte Americana conferia à cláusula conteúdo eminentemente processual, chegando até mesmo a lhe negar conteúdo substantivo. Invocando-se a Emenda Constitucional n.º 14, que garantia a existência de um processo, não apenas regular, mas também justo, surgiram as primeiras decisões judiciais voltadas ao devido processo legal em seu aspecto substantivo.⁹

O devido processo legal substantivo consolidou-se, todavia, tempos mais tarde, no início do século XX, por intermédio da jurisprudência norte-americana que visava estabilizar as relações econômicas e sociais e os problemas decorrentes dessas relações,

⁵ “Due process of law”. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1926, p. 3 e segs., apud CASTRO, Carlos Roberto Siqueira., O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, p. 8.

⁶ Ibid., p.8.

⁷ Ibid., p. 21.

⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. p. 27.

⁹ Ibid., p. 41-2.

buscando um ponto de equilíbrio entre as decisões estatais e a garantia dos direitos individuais fundamentais, especialmente a livre iniciativa privada, aplicando o denominado princípio da razoabilidade.

Citando a construção jurisprudencial da Suprema Corte Americana, Dinorá Grotti ensina que: “dessa forma, do ‘*procedural due process*’ evoluiu-se para o ‘*substantive due process*’, na análise do conteúdo, motivos, finalidade e efeitos dos atos governamentais”.¹⁰

3. DEVIDO PROCESSO LEGAL E REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

3.1. Noções introdutórias

A cláusula do devido processo legal, inicialmente concebida apenas em seu aspecto processual, dirigia-se à jurisdição penal, estendendo-se, posteriormente, à jurisdição civil e, por fim, aos processos administrativos. No âmbito do processo penal, o devido processo legal manifestou-se pela necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa, da igualdade das partes e da imparcialidade dos julgadores.

Estas garantias do contraditório e da ampla defesa também são aplicadas aos processos civil e administrativo, a seguir examinados, uma vez que são cláusulas gerais do devido processo legal e devem ser observadas em qualquer caso.

No ordenamento jurídico brasileiro, as garantias do contraditório e da ampla defesa estão previstas no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal e, confirmando o acima exposto, aplicam-se a qualquer espécie de processo, pois não são direcionadas apenas a “acusados em geral”, o que restringiria sua aplicação ao campo do processo penal, mas também aos “litigantes”, expressão mais abrangente, que interessa especialmente ao processo administrativo, no qual nem sempre haverá a figura do “acusado”, como ocorre no processo de licenciamento ambiental.

No que tange ao processo civil, a aplicação da cláusula foi impulsionada pela doutrina da publicização do processo, garantindo-se a igualdade formal das partes, assim como ocorreu no processo penal.

No campo do processo administrativo, a cláusula passou a ter como tradução específica os princípios da igualdade e moralidade, destacando-se sua importância como

¹⁰ “Devido processo legal e o procedimento administrativo”. In: Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, p. 119.

forma de controle da aplicação das normas limitadoras da liberdade e da propriedade, também denominadas de normas de poder de polícia, em especial no que tange ao seu conteúdo que muitas vezes traz conceitos jurídicos indeterminados que levam ao exercício da competência discricionária pela Administração Pública.¹¹

A atividade da Administração é considerada pela doutrina função administrativa.¹² Em termos gerais, função corresponde à atividade de um sujeito voltada aos interesses, de natureza mediata ou imediatamente pública, que maneja poderes e cumpre deveres para realizá-la. Na função administrativa, o interesse público é uma finalidade a ser alcançada imediatamente e deve estar previsto em lei, assim como é a conduta a ser desenvolvida pela Administração e pelos poderes a serem por ela utilizados como instrumentos para o exercício da função.

Os poderes são, portanto, apenas servientes ao cumprimento do dever, por isso necessitam de limitação, de forma a vincular a conduta do administrador e a possibilitar o controle por parte do cidadão. Por essa razão, fala-se em dever-poder quando a Administração age com vistas à realização do interesse público.

Assim, cumpre afirmar que a existência do processo administrativo é um dever da Administração Pública, que permite aos cidadãos o controle das decisões públicas decorrentes da aplicação da lei que afetarão seu patrimônio. Celso Antônio Bandeira de Mello fornece a seguinte definição de processo administrativo: “procedimento administrativo ou processo administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo”.^{13,14}

No que interessa ao presente trabalho, cumpre frisar que o licenciamento ambiental é uma espécie de processo administrativo, por intermédio do qual a Administração exerce seu poder de polícia, limitando a propriedade e a liberdade dos indivíduos, em nome do interesse público correspondente à proteção do meio ambiente. Aplica-se a ele, genericamente, o regime jurídico administrativo, já que o direito ambiental é ramo do direito público, ainda que possua um conjunto de regras e princípios próprios que lhe garante autonomia científica.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 36, e FALZONE, Guido. *Il Dovere di buona amministrazione*. Milano, Giuffrè, 1953, p. 21.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. p. 477.

¹⁴ O autor utiliza indistintamente a expressão processo e procedimento, muito embora entenda haver distinção conceitual entre ambas (Ibid., p. 478). Não faz parte dos objetivos do presente trabalho discorrer sobre a existência de diferença ou identidade conceitual entre os termos processo e procedimento. Apenas se quer deixar clara a opção pela doutrina que considera os termos como identificadores de realidades distintas. Nesse sentido, o processo representa a relação jurídica entre o Estado e o cidadão, como instrumento a serviço da paz social, enquanto o procedimento representa o rito pelo qual o processo é desenvolvido. (FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 40-4. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 41).

Correspondem ao poder de polícia as intervenções gerais e abstratas do Poder Executivo, destinadas a ordenar o desenvolvimento da vida em sociedade, prevenindo e obstando o comportamento dos particulares que afrontem tal finalidade.¹⁵

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a expressão poder de polícia, em sentido amplo, abrange tanto os atos oriundos do Poder Legislativo como os oriundos do Poder Executivo. “Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos.”¹⁶

Relembrando os ensinamentos de Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca a importante distinção que deve ser feita entre liberdade e propriedade, e direito de liberdade e direito de propriedade. Os direitos correspondem a expressões dos bens jurídicos delineados pelo ordenamento jurídico, do que se conclui que não há medidas administrativas destinadas à limitação do direito de propriedade, pois o direito já nasce com a configuração que lhe foi admitida pelo ordenamento jurídico.¹⁷

Nessa mesma linha, sobre a atividade de polícia administrativa, é mister citar o seguinte trecho da obra de Clovis Beznos:

Assim, é atribuição específica da Administração, a execução das leis. Ora, a atividade administrativa que executa as leis delimitadoras dos perfis dos direitos albergados no sistema normativo, tal como ele é, no sentido de que concretiza a ação abstrata da lei, de desenhar os direitos individuais do sistema.¹⁸

A extensão da cláusula do devido processo legal ao processo administrativo ocorreu com a transformação do Estado em Estado Democrático, tema sobre o qual escreveu com maestria Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Na organização administrativa democrática o processo administrativo surge como uma forma de superação da atuação autoritária. É por ele, fundamentalmente, que o princípio da legitimidade do poder desempenhado por meio da atividade administrativa ganha densidade e foros de evidência e eficiência social e política. Mais ainda, é por meio do processo administrativo – em suas diferentes concepções, aplicações e demonstrações – que a legitimidade administrativa democrática concretiza e estampa os princípios da responsabilidade e da moralidade administrativas.¹⁹

O Estado Democrático de Direito também contribuiu para o surgimento da nova faceta da garantia do devido processo legal, que se tornou expressão de conteúdo material e não meramente formal, pois passou de uma garantia existente em face do juízo para garantia de igualdade de tratamento diante de qualquer autoridade, obrigando a manifestação fundamentada de suas decisões.

¹⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. p. 805.

¹⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. p. 809.

¹⁷ Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano, 1960, p. 533, apud Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo. p. 805.

¹⁸ BEZNOS, Clovis. Poder de polícia. São Paulo: Revista dos tribunais, 1979, p.71.

¹⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro”. In: Revista trimestral de direito público, n.º 17, p. 10, 1997.

A Administração Pública, não raras vezes, utiliza-se de sua competência discricionária para determinar o alcance da finalidade expressa na lei. O processo administrativo é, nesse contexto, um dever a ser cumprido pela Administração, com as garantias do devido processo legal, em especial de seu aspecto substantivo, como limite ao exercício da competência discricionária, garantindo o direito dos administrados à realização do interesse público previsto em lei.

Vale transcrever o pensamento de Lúcia Valle Figueiredo: “A aplicação do devido processo legal, em seu sentido substantivo, será o meio inesgotável para a garantia dos direitos individuais, coletivos e difusos, bem como para o correto exercício da função administrativa”.²⁰

Por fim, é indispensável, novamente, trazer à colação o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

É no “*modus procedendi*”, é, em suma, na escrupulosa adscrição ao “*due process of law*”, que residem as garantias dos indivíduos e grupos sociais. Não fora assim, ficariam todos e cada um inermes perante o agigantamento dos poderes de que o Estado se viu como consectário inevitável das necessidades próprias da sociedade hodierna.²¹

3.2. O princípio da razoabilidade

Dentre os inúmeros princípios e regras que compõem o regime jurídico administrativo, merece especial destaque neste trabalho o princípio da razoabilidade, por ser identificado pela doutrina e pela jurisprudência como o conteúdo do devido processo legal em sentido material, ou substantivo. A “justiça” de um processo encontra como medida o exame da razoabilidade (*reasonableness*) e da racionalidade (*rationality*),²² muito embora não haja na doutrina diferenciação satisfatória entre os dois termos.

José Roberto Pimenta Oliveira afirma que na doutrina administrativista é comum associar a razoabilidade à demonstração de racionalidade na produção jurídico-administrativa.²³

Carlos Roberto Siqueira Castro refere-se ora a “razoabilidade” ou “racionalidade”, ora a “razoabilidade” e “racionalidade”, não deixando claro seu entendimento sobre serem ou não sinônimos. Leva a crer o autor que a racionalidade é

²⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.º 209, p. 18, 1997.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. p. 480.

²² BARROSO, Luis Roberto. “Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional”. In: Revista dos tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo, v. 23, p. 66, 1998.

²³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 154.

um atributo da razoabilidade ao qualificar como razoável o que é revestido de racionalidade e plausibilidade.²⁴

Entendemos ser dispensável, ao exame da razoabilidade, a racionalidade, pois esta última é pressuposto lógico de um exame razoável, bem como de toda atividade de aplicação do direito. Talvez, esse seja o motivo pelo qual os autores já citados consideram razoabilidade um sinônimo de racionalidade.

Ultrapassada a questão acerca da racionalidade, prossegue-se no exame específico do princípio da razoabilidade. Carlos Roberto Siqueira Castro relaciona devido processo legal substantivo com princípio da razoabilidade, porém são conceitos idênticos, já que dispõe ser o devido processo legal substantivo um “amálgama entre o princípio da ‘legalidade’ (*rule of law*) e o da ‘razoabilidade’ (*rule of reasonableness*) para o controle da validade dos atos normativos e da generalidade das decisões estatais”.²⁵

Segundo Luis Roberto Barroso:

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça [...]²⁶. Esta razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade interna, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins [...]²⁷. De outra parte, havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional.²⁸

O autor identifica, como se observa em boa parte da doutrina, o princípio da razoabilidade com o da proporcionalidade, no sentido de que o princípio da proporcionalidade corresponde ao por ele denominado de exame da “razoabilidade interna”.

O mesmo sentido é observado no pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o princípio da proporcionalidade é um aspecto específico – por merecer destaque próprio – do princípio da razoabilidade, pois ambos os princípios são extraídos da mesma matriz constitucional correspondente ao princípio da legalidade.²⁹

Carlos Roberto Siqueira Castro, novamente, entende que o princípio da proporcionalidade traduz “o dever jurídico do intérprete e aplicador do direito de

²⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. cap. IV.

²⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, p.65.

²⁶ “Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional”. In: Revista dos tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política, v. 23, p.69.

²⁷ “Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional”. In: Revista dos tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política, v. 23, p.70.

²⁸ “Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional”. In: Revista dos tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e ciência política, v. 23, p.71.

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, p.111.

guardar e buscar sempre a almejada 'justa medida' no trato intersubjetivo".³⁰ E mais adiante:

Proporcionalidade encerra, assim, a orientação deontológica de se buscar o meio mais idôneo, mais equitativo e menos excessivo nas variadas formulações do Direito, seja na via da legislação ou posituação das normas jurídicas, da administração pública dos interesses sociais, da aplicação judicial dos comandos normativos e, ainda, no campo das relações privadas, a fim de que o reconhecimento ou o sacrifício de um bem da vida não vá além do necessário ou, ao menos, do justo e aceitável em face de outro bem da vida ou de interesses contrapostos.³¹

Fazendo um cotejo entre o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade, Carlos Roberto Siqueira Castro afirma que, em decorrência dos componentes histórico e teórico, existem singularidades que os diferenciam, embora ambos sejam institutos de controle de eventuais abusos e excessos em face do exercício de direitos.³² Contudo, mais adiante em sua obra, o autor identifica proporcionalidade com "inteligência razoável".³³ Por fim, conclui sua obra afirmando que tanto o princípio da razoabilidade quanto o da proporcionalidade compõem o devido processo legal.³⁴

No mesmo sentido, está o pensamento de José Roberto Pimenta Oliveira, que entende haver "fungibilidade material e funcional" entre a razoabilidade e a proporcionalidade na ordem jurídica, embora possua a razoabilidade conteúdo jurídico mais amplo. Para o autor, a razoabilidade sugere mandados de otimização, enquanto a proporcionalidade racionaliza a aplicação da razoabilidade. Ambas são por ele classificadas como princípios gerais de direito e, no que interessa ao direito administrativo, são princípios gerais da atividade administrativa.³⁵

Todavia, encontram-se, na doutrina, vozes dissonantes como a de Virgílio Afonso da Silva, para quem, em sentido técnico-jurídico, razoabilidade não é sinônimo de proporcionalidade. Para o autor, o fato de terem objetivos semelhantes, qual seja, o de controlar a atividade legislativa ou executiva, não autoriza que os conceitos sejam tratados como sinônimos, pois o controle de cada um é feito de forma diversa. Continua seu raciocínio afirmando que a diferença entre ambos é tanto de origem quanto estrutural, pois enquanto atribuiu-se a formação do princípio da razoabilidade ao direito norte-

³⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, p. 198.

³¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. p. 199.

³² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. p. 212-3.

³³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. p. 218.

³⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. p. 410.

³⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. p.544-5.

americano e inglês, o princípio ou regra da proporcionalidade³⁶ encontra suas raízes no direito alemão. Quanto à estrutura, comenta que a proporcionalidade é mais racional e mais ampla por exigir um exame de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, enquanto a razoabilidade é mais retórica, por se limitar ao exame da relação meio-fim dos atos estatais.³⁷

Entende-se, aqui, que a razoabilidade não se confunde com a proporcionalidade, uma vez que são instrumentos de controle diferentes. A razoabilidade é o resultado do senso comum. Será razoável à medida que, para atingir a finalidade legal, representar o que é decorrente da razão humana em determinada oportunidade histórica, desde que haja correspondente no ordenamento jurídico. Já a proporcionalidade, buscando identificar qual valor consagrado no ordenamento jurídico deve prevalecer, é obtida pelo exame de critérios objetivos, consistentes nos três testes acima apontados de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Dessa forma, tanto o princípio da razoabilidade quanto o da proporcionalidade compõem o devido processo legal substantivo, na medida em que são espécies de controle complementares, derivados do princípio da legalidade. Todavia, ao que interessa ao presente trabalho, será examinado apenas o princípio da razoabilidade, pois bastará o exame da finalidade da norma para a verificação do cumprimento do devido processo legal em sentido material, sem necessidade de utilização dos testes da proporcionalidade.

Com a razoabilidade, busca-se o alcance da finalidade da norma, esta tida como produto da interpretação sistemática dos princípios e das regras do ordenamento jurídico. Com base nesse entendimento, é possível afirmar que o devido processo legal substantivo corresponde à garantia de aplicação das normas do sistema jurídico, servindo a Constituição como primeiro fundamento. Tal pensamento corresponde à aplicação da noção de princípio da legalidade em sentido amplo, pois, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, é inadmissível que se busquem critérios fora do sistema jurídico para se determinar a finalidade da norma.³⁸

Verifica-se, portanto, que o próprio sistema jurídico, composto de princípios e regras, fornece os elementos a serem eleitos como critérios para a determinação da

³⁶ Aqui, o autor reconhece, adotando a teoria de Robert Alexy utilizada para diferenciar entre as normas jurídicas os princípios das regras, que a proporcionalidade é uma regra, já que a sua aplicação é sempre constante, o que não ocorre com os princípios, que são mandados de otimização, a serem aplicados na medida do possível, conforme o caso concreto. Entretanto, o autor reconhece que, pelo fato do conceito de princípio não ser unívoco, a teoria de Alexy fornece apenas um dos conceitos, e que, no direito brasileiro, embora haja difusão da teoria de Alexy, ainda prevalece na doutrina o conceito de princípio como disposição fundamental, proporcionalidade também pode ser entendida como princípio. (SILVA, Virgílio Afonso da. "O proporcional e o razoável". In: Revista dos tribunais, p. 25-6, 2002.)

³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. "O proporcional e o razoável". In: Revista dos tribunais, p. 23-50.

finalidade prevista em lei. O princípio da razoabilidade, nesse sentido, nada mais é do que um valor reconhecido juridicamente para que se alcance a finalidade legal. Ao exame da razoabilidade, é inevitável o exame da legalidade, pois o que a razoabilidade busca é identificar se a situação concreta corresponde à finalidade da lei.

Como fundamento, encontra-se o pensamento do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello:

É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme à finalidade da lei. Onde, se padecer deste defeito, será, necessariamente, violadora do princípio da finalidade. Isto equivale a dizer que será ilegítima, conforme visto, pois a finalidade integra a própria lei. Em conseqüência, será anulável pelo Poder Judiciário, a instâncias do interessado.

Fácil é ver-se, pois, que no princípio da razoabilidade fundamenta-se os mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (arts. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados).³⁹

No regime jurídico administrativo, os princípios da legalidade e da razoabilidade decorrem do exercício da função administrativa, que é instrumentalizada pelo processo administrativo, conforme já visto anteriormente. O princípio da legalidade aplicável à Administração encontra fundamento no art. 37 da Constituição Federal. Já o princípio da razoabilidade não é encontrado de maneira expressa na Constituição Federal, porém é previsto na legislação infraconstitucional que trata do processo administrativo federal, Lei n.º 9.784/99, em seu art. 2º, o que não impede que seja considerado um princípio constitucional implícito.

Pretende-se demonstrar, com isso, que somente há que se falar em princípio da razoabilidade como conteúdo jurídico do devido processo legal em sentido material, após a análise detida do princípio da legalidade em sentido amplo. Entende-se, dessa forma, acertado o pensamento de Carlos Roberto Siqueira Castro, inicialmente apontado, que o devido processo legal substantivo representa um elo entre o princípio da legalidade e o da razoabilidade. Dessa forma, estabelecendo uma relação indissociável entre princípio da legalidade e o da razoabilidade, é possível ao Poder Judiciário, que em grande parte ainda se mostra reticente, o controle do “mérito” dos atos administrativos sem transbordar os limites da legalidade, já que esta deve ser entendida no sentido amplo aqui adotado.

³⁸ Márcio Cammarosano em O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa (Belo Horizonte: Fórum, 2006) ressalta a importância de serem adotados apenas valores incorporados pelo sistema jurídico para fixar o conteúdo jurídico dos princípios.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. p. 109.

4. LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Entende-se por licenciamento ambiental o processo administrativo mediante o qual o Poder Público controla as atividades econômicas que degradam o meio ambiente, impondo condições e limites ao exercício de tais atividades.⁴⁰ Trata-se, portanto, de instrumento não jurisdicional de tutela ambiental com caráter preventivo. Representa o exercício da função administrativa, devendo seguir, como já afirmado, os princípios e as regras do regime jurídico administrativo. Identifica-se, enquanto função administrativa, com o instituto do poder de polícia estatal, tendente a uma decisão final consistente na expedição ou não de uma licença ambiental.

Para Edis Milaré:

O licenciamento ambiental constitui importante instrumento de gestão do ambiente, na medida em que, por meio dele, a Administração Pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico.⁴¹

O art. 225, *caput*, da Constituição Federal determina que o Poder Público e a coletividade têm a obrigação de atuar na defesa e na preservação do meio ambiente tendo em vista o direito das gerações presentes e futuras.

Assim, decorre da Constituição Federal a exigência de proteção do meio ambiente por parte do Poder Público. E também está determinada na Constituição a competência para o cumprimento de tal obrigação, extraída da análise do art. 23, inciso VI, que cuida da competência material dos entes federativos, dispondo que será comum a todos a execução, entre outras, das seguintes atividades: “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”.

Todos os entes da Federação, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios são competentes para estabelecer mecanismos de proteção ao meio ambiente, entre os quais se inclui o licenciamento ambiental, cumprindo o dever que lhes foi imposto pelo art. 225 da Constituição Federal.

O art. 225, em seu § 1º, estabelece ainda, especificamente, incumbências ao Poder Público para a realização do dever de proteger e defender o meio ambiente, dentre as quais observa-se a exigência do licenciamento ambiental dos seguintes incisos:

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

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

⁴⁰ FARIAS, Talden. Licenciamento ambiental – aspectos teóricos e práticos. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 19.

⁴¹ MILARÉ, Edis. “Direito do ambiente”. 5.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, p. 406.

Para se concluir pela exigência do licenciamento ambiental, tais incisos devem ser interpretados sistematicamente, ou seja, partindo-se de todo o ordenamento jurídico, em especial da Constituição Federal e da legislação anterior por ela recepcionada.

Dessa forma, deve-se analisar a Lei n. 6.938 de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, prevendo, em seus arts. 9º, IV, e 10, o licenciamento ambiental como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente para as atividades potencial ou efetivamente causadoras de impacto ambiental,⁴² regulamentado pela primeira vez pelo revogado Decreto federal n. 88.351/83.

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente cuida do licenciamento como instrumento de gestão ambiental, cuja finalidade é promover o desenvolvimento sustentável e a melhoria contínua na qualidade de vida das pessoas.

O art. 1º, inciso I, da Resolução n. 237/97 do CONAMA, que regulamenta os aspectos do licenciamento ambiental estabelecidos na Política Nacional do Meio Ambiente, ainda que com alguma imprecisão terminológica, trata o licenciamento ambiental como *procedimento administrativo*.

Antônio Inagê Assis de Oliveira afirma que o Estado do Rio de Janeiro foi o primeiro a prever a regulamentação do licenciamento ambiental, por meio do Decreto-lei n. 134, de 16 de junho de 1975.⁴³ Andréas Joachin Krell cita que o Decreto federal n. 1.413, de 14 de agosto de 1975, foi o primeiro a mencionar o poder de Estados e Municípios para criar sistemas de licenciamento que definissem a localização e o funcionamento de indústrias com forte potencial de degradação ambiental.⁴⁴

O Estado de São Paulo promulgou a Lei n. 9.97/76, que trata do controle da poluição, estabelecendo as licenças de instalação e funcionamento.

Seguindo-se à Constituição Federal, algumas Constituições estaduais estabeleceram disposições a respeito do licenciamento ambiental, como as do Amazonas, do Mato Grosso, de Minas Gerais e de São Paulo.

Foi produzido, ainda, regramento infraconstitucional e infralegal a respeito da matéria (Decreto n. 99.247/90, Resolução CONAMA n. 237/97, Resolução CONAMA n. 23/94⁴⁵ e Lei n. 11.105/2005⁴⁶).

⁴² Ressalte-se apenas que a redação do caput do art. 10 da Lei n.º 6.938/81 foi dada pela Lei n.º 7.804/89 e, portanto, após a Constituição Federal. Todavia, a previsão genérica do licenciamento como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente veio com o texto original da lei, em 1981.

⁴³ Introdução à legislação ambiental brasileira e licenciamento ambiental. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 292, apud Talden de Farias, Licenciamento ambiental – aspectos teóricos e práticos, p. 33.

⁴⁴ KRELL, Andréas J. Discricionariedade administrativa e proteção ambiental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 111.

⁴⁵ Dispõe sobre o licenciamento ambiental em relação a petróleo e gás natural.

No Município de São Paulo, as licenças ambientais e o respectivo licenciamento foram previstos na Resolução n. 61, de 5 de outubro de 2001, do CADES - Conselho Municipal do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, instituído nos termos dos arts. 22 da Lei n. 11.426, de 18 de outubro de 1993, como órgão consultivo e deliberativo em questões referentes a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, construído e do trabalho, em todo o território do Município de São Paulo.

5. O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO E O PROCESSO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Considerando que o devido processo legal em seu conteúdo substantivo exige, como anteriormente afirmado, o exame conjunto do princípio da legalidade em sentido amplo e da razoabilidade, será analisado, agora, qual o seu alcance com relação ao processo de licenciamento ambiental.

A finalidade do licenciamento ambiental é estabelecer limitações à liberdade e à propriedade dos indivíduos em nome do interesse público identificado em lei como a proteção ao meio ambiente. Para tanto, deverão ser consideradas pelo administrador as especificidades do caso concreto, ora estabelecendo um procedimento mais simplificado, ora mais elaborado, alcançando, assim, a plenitude na proteção ao meio ambiente. A seguir, serão analisados dois exemplos, um deles requer a utilização de um procedimento mais ágil, e outro, a atuação mais rigorosa e contundente por parte do Poder Público.

O art. 12, § 3º, da Resolução n. 237/97 do CONAMA traz a seguinte disposição: “Deverão ser estabelecidos critérios para agilizar e simplificar os procedimentos de licenciamento ambiental das atividades e empreendimentos que implementem planos e programas voluntários de gestão ambiental, visando a melhoria contínua e o aprimoramento do desempenho ambiental”.

Pode-se dizer que o referido dispositivo da Resolução tomou o cuidado de aplicar o devido processo legal substantivo em matéria de licenciamento ambiental, uma vez que, como já visto, se a finalidade da previsão o licenciamento ambiental no ordenamento jurídico está na defesa e na preservação do meio ambiente, acertada é a disposição que prevê o processo de licenciamento ambiental mais ágil e simplificado nos casos em que as atividades ou os empreendimentos a serem desenvolvidos consistirem em planos gestão ambiental.

⁴⁶ Dispõe sobre o licenciamento em relação aos organismos geneticamente modificados.

É, portanto, medida razoável e que também respeita o princípio da igualdade, o estabelecimento de tratamento diferenciado para as atividades ou os empreendimentos que, ainda que causadores de impacto ambiental (pois de outro modo não seria necessário o licenciamento), têm por finalidade única a gestão ambiental.

Partindo desse mesmo raciocínio, chega-se à conclusão inversa quando são observadas as normas sobre licenciamento ambiental específicas para o meio ambiente urbano. O Estatuto da Cidade prevê, em suas diretrizes gerais, o estabelecimento de normas que regulem o equilíbrio ambiental como forma de execução da política urbana (art. 1º, parágrafo único, da Lei n.º 10.257/2001).

Dessa forma e de acordo com o que foi visto acerca do devido processo legal substantivo, no que tange ao licenciamento ambiental, as atividades e os empreendimentos que se destinarem à execução da política urbana deverão receber tratamento diferenciado, o que não significa tratamento simplificado, como recomenda a Resolução n.º 237/97 do CONAMA.

Um exemplo a ser citado é o das operações urbanas consorciadas, instrumento jurídico da política urbana previsto no Estatuto da Cidade, nos arts. 32 a 34. Segundo o art. 32 da Lei n.º 10.257/2001, “lei municipal específica, baseada no plano diretor, poderá delimitar área para aplicação de operações consorciadas”, as quais são consideradas pelo § 1º deste artigo “o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.” Entre as medidas previstas, encontra-se a modificação dos índices e das características de parcelamento, o uso e a ocupação do solo, além da alteração das normas edilícias, sempre com a preocupação voltada ao impacto ambiental decorrente de tais alterações na área escolhida (art. 32, § 2º, inciso I).

Assim, no caso das operações urbanas consorciadas, como o impacto ambiental é produzido em virtude de uma série de mudanças ocorridas simultaneamente em determinada área, as exigências para o licenciamento ambiental devem ser maiores do que aquelas feitas para atividade ou empreendimento isolado, como a construção de uma fábrica às margens de uma rodovia, em área fora do perímetro urbano.

A lei específica que cria determinada operação urbana consorciada também deveria criar condições específicas para o licenciamento ambiental na área da operação, mas, infelizmente, não é isso o que ocorre. De forma genérica, no Município de São Paulo encontra-se menção à necessidade de licenciamento ambiental, acompanhado de Estudo

Prévio de Impacto Ambiental (EIA) para operações urbanas no anexo I na Resolução n.º 61 do CADES, já citada, a qual também dispõe, em formato de fluxograma, sobre os procedimentos a serem adotados para a obtenção da licença ambiental, que são divididos entre aqueles que exigem Estudo de Impacto Ambiental (EIV) e aqueles que exigem Estudo de Viabilidade Ambiental (EVA), em seu anexo II.

Analisando as leis específicas que regulam as operações urbanas consorciadas na cidade de São Paulo, somente na Lei municipal n.º 11.774/95, que trata da Operação Urbana Água Branca, encontra-se dispositivo referente ao licenciamento ambiental, que refere-se mais especificamente ao Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA), assim transcrito, embora sem precisão técnica quanto ao uso dos termos: “Art. 13, § 15º As propostas de operação urbana cujas áreas forem superiores a 10 ha (dez hectares) exigirão a elaboração de Impacto sobre o meio ambiente e Relatório de Impacto de Vizinhança – RIV”.⁴⁷

As leis referentes às demais operações urbanas consorciadas não fazem qualquer menção ao processo de licenciamento ambiental.⁴⁸ Encontrou-se apenas referência a aspectos referentes ao licenciamento ambiental no Prospecto da Operação Urbana Água Espraiada, documento que traz as características gerais do instrumento, mas que não possui força de instrumento normativo, razão pela qual não é o meio apropriado a dispor sobre licenciamento ambiental e, mais, sequer traz hipótese de um processo de licenciamento diferenciado.

Assim, a ausência de previsão específica acerca do licenciamento ambiental em áreas destinadas a operações urbanas consorciadas torna impossível a atuação do poder público municipal no exercício do poder de polícia ambiental que lhe foi conferido pela Constituição (art. 23, inciso VI) de forma a cumprir a cláusula do devido processo legal em seu conteúdo substantivo. Isso ocorre porque a natureza da atividade a ser realizada exige um processo de licenciamento mais minucioso, única forma de se atingir a finalidade legal de proteção ao meio ambiente.

O licenciamento ambiental, por ser espécie de processo administrativo, permite que todos os entes federativos possam legislar no âmbito de seu território, conforme prevê expressamente o art. 23, inciso VI da Constituição Federal. O artigo em referência trata do exercício da competência administrativa material, que garante ao ente federativo a autonomia veiculada no art. 18 da Constituição Federal, em nome do princípio federativo.

⁴⁷ Disponível em: <<http://www.prefeitura.sp.gov.br>>. Acesso em: 3 fev. 2009 (15h30).

⁴⁸ Lei n.º 12.349/97 (Operação urbana Centro), Lei n.º 13.260/2001 e Decreto n.º 44.845/2004 (Operação urbana Água Espraiada), Leis n.º 11.732/95, n.º 13.769/2004 e suas alterações posteriores (Operação urbana Faria Lima).

Nesse sentido, é mister citar os ensinamentos de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Se o processo administrativo, instrumentalizador das condutas administrativas e somente utilizado para a garantia dos direitos subjetivos do cidadão e do administrado em geral, não fosse inserido no espaço de competência própria e autônoma de cada entidade federada, como se ter que auto-administração dessa pessoa estaria garantida? Como dizer autônoma para organizar a sua própria administração quem não dispõe de autonomia política para legislar sequer sobre o processo a ser seguido no exercício dessa matéria?⁴⁹

Não se ignora, contudo, que o art. 23 da Constituição Federal refere-se à competência administrativa comum dos entes federativos para a execução de atividades materiais de defesa do meio ambiente e combate à poluição, as quais deverão seguir os critérios e as diretrizes fixadas na Lei n.º 6.938/81, instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente, norma geral, editada pela União, nos termos do art. 24, inciso VI, da Constituição Federal, que estabelece a competência concorrente dos entes federativos para legislar sobre proteção ao meio ambiente entre outros aspectos ambientais. Entretanto, observa-se que o exercício da função administrativa, conforme anteriormente explanado, dá-se em submissão à lei, de forma que os entes federativos somente poderão exercer a competência material que lhes foi outorgada pelo art. 23 da Constituição Federal se houver uma lei autorizando a atuação Estatal. Trata-se, portanto, de competência legislativa implícita, decorrente da interpretação lógica e sistemática do texto constitucional como condição necessária à execução das atividades arroladas no art. 23, que não se confunde com a competência legislativa concorrente prevista no art. 24 da Constituição Federal.

Sobre o tema, merece destaque a lição de Paulo Affonso Leme Machado ao tratar de competências federal e estadual:

Importa distinguir que a norma geral federal não invade a competência do Estado ao se fazer presente no procedimento de autorização. A norma federal – por ser genérica – não deverá dizer qual o funcionário ou o órgão incumbido de autorizar (matéria típica da organização autônoma dos Estados), mas poderá dizer validamente quais os critérios a serem observados com relação à proteção ao meio ambiente.⁵⁰

Desse modo, para que o Município possa promover o licenciamento ambiental, é mister que edite lei, dispondo de forma específica sobre o procedimento a ser adotado, seguindo o conteúdo fixado pela lei de Política Nacional do Meio Ambiente, que instituiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente. Promover o licenciamento ambiental com base apenas em normas genéricas, que não atentem, minimamente, para não perderem o caráter de generalidade e abstração, à realidade a ser aplicada, é descumprir, na origem, a cláusula do devido processo legal em seu aspecto substantivo e, em última análise, o direito fundamental à proteção do meio ambiente.

⁴⁹ “Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro”. In: Revista trimestral de direito público, p. 12.

6. CONCLUSÕES

1. A origem e a evolução do devido processo legal estão ligadas a movimentos históricos conducentes ao Estado de Direito e, posteriormente, ao Estado Democrático de Direito, garantidores do direito dos cidadãos em face das decisões estatais. Dessa forma, observa-se íntima relação entre o devido processo legal e a proteção aos direitos fundamentais do cidadão.

2. O contraditório e a ampla defesa, erigidos a direito fundamental do cidadão na Constituição de 1988, fazem parte do que se pode denominar regime jurídico geral do processo, eis que são aplicáveis a todas as espécies de processos, quais sejam, penal, civil e administrativo.

3. No âmbito do processo administrativo, a feição assumida pelo devido processo legal relaciona-se aos princípios da igualdade e da moralidade. A idéia de processo administrativo está intimamente ligada à de função administrativa, objeto de estudo do direito administrativo, pois se trata de um dever imposto à Administração Pública que permite aos cidadãos o controle das decisões estatais que afetarão seu patrimônio.

4. Nesse sentido, o licenciamento ambiental identifica-se como uma espécie de processo administrativo que instrumentaliza o exercício do poder de polícia administrativa em matéria ambiental.

5. No exercício de seu poder de polícia, a Administração Pública promove limitação à liberdade e à propriedade dos indivíduos, utilizando-se, muitas vezes, da competência discricionária prevista em lei. Dessa forma, o devido processo legal, em seu aspecto substantivo, deverá servir ao administrador como parâmetro para atingir o interesse público proclamado pelo ordenamento jurídico, legitimando a existência do processo.

6. O princípio da razoabilidade corresponde ao conteúdo jurídico do devido processo legal substantivo. A racionalidade é antecedente lógico para a aplicação do princípio da razoabilidade, assim como para a aplicação de qualquer norma do ordenamento jurídico, razão pela qual se descarta o uso das expressões como sinônimas.

7. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade possuem as seguintes características que os aproximam, por um lado, na condição de gênero: são espécies de controle, derivam do princípio da legalidade em sentido amplo e compõem o conteúdo do devido processo legal substantivo. Possuem, por outro lado, as seguintes características

⁵⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro, 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 278-9.

que os diferenciam enquanto espécies e que não os levam à identidade: enquanto a razoabilidade decorre de um exame subjetivo em busca da finalidade da norma, amparado pelo sistema jurídico, a proporcionalidade exige a adoção de critérios objetivos, que levam à ponderação entre princípios pontuais do ordenamento jurídico.

8. O licenciamento ambiental é o processo que deve ser observado, enquanto modalidade de exercício da função administrativa, para a expedição ou não de uma licença ambiental. Submete-se, por ser função administrativa, a todos os princípios e regras que integram o regime jurídico-administrativo. Ademais, o regime jurídico-administrativo deve ser observado por se encontrar o direito ambiental inserido no gênero maior que é o direito público, ressalvado o regime próprio que lhe é aplicável considerando seu objeto de estudo autônomo: as normas jurídicas que dispõem sobre a preservação e a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

9. Para que o processo de licenciamento ambiental cumpra o devido processo legal, é mister que sejam observadas as atividades a serem licenciadas, de modo que se garanta, por um lado, o procedimento mais ágil e simplificado àquelas que tiverem por finalidade a proteção ao meio ambiente e, por outro lado, o procedimento mais elaborado e detalhado para as atividades que representarem maior sacrifício ao meio ambiente.

10. Os entes federativos somente conseguirão atuar de forma eficaz, garantido o caráter substantivo do devido processo legal, se exercerem a competência material fixada pela Constituição de forma plena.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 11.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. **Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e ciência política**, São Paulo, v. 23, p. 65-78, 1998.
- BEZNOS, Clovis. **Poder de polícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- CAMMAROSANO, Márcio, **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- DANTAS, San Tiago. **Igualdade perante a lei e due process of law**. Problemas de direito positivo: estudos e pareceres. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

- FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental, aspectos teóricos e práticos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- FALZONE, Guido. **Il Dovere di buona amministrazione**. Milano: Giuffrè, 1953.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direito público – estudos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- _____. Estado de direito e devido processo legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.º 209, p. 7-18, jul./set. 1997.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Devido processo legal e procedimento administrativo. **Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e ciência política**, n.22, p. 118-28, 1998.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006. Disponível em: <<http://www.prefeitura.sp.gov.br>>. Acesso em: 3 fev. 2009 (15h30).
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n.17, p. 5-33, 1997.
- SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 23-50, 2002.
- SIRVINKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL Terence. **Licenciamento ambiental**. Niterói: Ímpetus, 2007.

Júlia Maria Plenamente Silva

Mestre em Direito Urbanístico-Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procuradora do Estado de São Paulo.