

## **O MÉTODO DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL.**

**Jeferson Nogueira Fernandes\***

### **RESUMO**

Este artigo jurídico trata da aplicação pela Administração Pública do método da ponderação na interpretação dos objetos a se submeterem ao licenciamento ambiental, tendo em vista os direitos existentes e aparentemente conflitantes, que o Poder Público deve dar uma adequada solução as possíveis colisões sem afastar a promoção necessária de cada direito fundamental existente no caso concreto submetido à Administração Pública, para o exercício desta hermenêutica jurídica necessário que o intérprete que, poderá conceder a licença ambiental utilize etapas que possam justificar a solução final que poderá a corresponder a outorga ou não da licença ambiental para implantação de determinada atividade ou empreendimento. Em sua elaboração foi utilizado o seguinte material: textos doutrinários, julgados e legislação nacional pertinente. A conclusão indica que: o método ou técnica da ponderação de interesse é de grande viabilidade na solução dos possíveis conflitos entre direitos fundamentais e através desta interpretação que é realizada pela Administração Pública se poderá outorgar ou não a licença ambiental aos objetos passíveis de licenciamento, vez que o método proporciona uma promoção graduada de todos os direitos que incidem nos casos concretos e que devem ser efetivados, pois correspondem a direitos essências da pessoa humana e por tal não podem ser afastados.

**PALAVRAS CHAVES:** PONDERAÇÃO; INTERPRETAÇÃO E LICENCIAMENTO  
AMBIENTAL.

---

\* Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito de Campos - Área de Concentração: Políticas Pública e Processo – Pós-graduado em Direito e Gestão Ambiental pela Faculdade de Direito de Campos – Advogado.

## **RIASSUNTO**

Questo articolo si occupa della giuridica l'applicazione da parte della Pubblica Amministrazione del metodo di ponderazione dei voti in sede di interpretazione degli oggetti di presentare le licenze ambientali, in modo diritti esistenti e apparentemente in conflitto, che il Potere Pubblico deve dare una soluzione adeguata possibili collisioni senza alienarsi la promozione Necessario diritto fondamentale di ogni esistente nel caso sottoposto al Governo per l'esercizio di ermeneutica giuridica necessario che l'interprete, può concedere una licenza ambientale utilizza passi che possano giustificare una soluzione definitiva che potrebbe incontrare la cessione o meno la licenza ambientale per uno spiegamento Particolare attività o impresa. Nella loro preparazione è stato utilizzato il seguente materiale: testi dottrinali, provato e pertinente legislazione nazionale. La conclusione indica che: il metodo o la tecnica della ponderazione degli interessi è molto redditizio e la soluzione di eventuali conflitti tra i diritti fondamentali e per mezzo di questa interpretazione, che si svolge da parte della Pubblica Amministrazione non poteva concedere la licenza o ambientali a cui gli oggetti di licenza, il tempo Che il metodo fornisce un laureato promozione di tutti i diritti che si concentrano su singoli casi e deve essere efetivados perché essi corrispondono alle essenze diritti della persona umana e per questo non può essere rimosso.

**CHIAVI DI PAROLE:** PONDERAZIONE; INTERPRETAZIONE E AMBIENTALI LICENZA.

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem como objetivo demonstrar que o licenciamento ambiental é um instrumento de gestão pública destinado a proteção ambiental que utiliza-se do método da ponderação de interesse e valores compatibilizar os direitos fundamentais incidentes em determinados casos, no qual para a implantação de uma atividade ou empreendimento dependa da outorga do Poder Público.

No desenvolver do trabalho foi demonstrado o que é o método ou técnica da ponderação e a forma de ser utilizada para que se evite a tomada de decisões arbitrárias sob

o fundamento da utilização do método, posteriormente a necessidade de compatibilização dos direitos que em real incidem nas atividades que dependem, para sua implantação da licença ambiental e que através dos métodos clássicos de interpretação jurídica não seria possível alcançar a efetividade necessária diante estes casos de difícil solução, pois em sua grande maioria são direitos fundamentais que aparentemente se colidem e que devem ser promovidos pelo Estado, vez que são essenciais para as pessoas humanas, mas que ao mesmo tempo não conseguem, tendo em vista que supostamente um direito estaria diante o conflito anulando o outro. Assim cabe ao Estado aplicar um método que ele consiga compatibilizar a existência de todos os direitos incidentes, impedindo o afastamento de um direito, que configuraria violação ao ordenamento jurídico essencial da pessoa humana, em prol de outro e este método de conciliação de direitos acredito ser a ponderação no exercício do licenciamento ambiental.

Por fim, tendo em vista, que a técnica da ponderação não pode ser utilizada em abstrato, mas somente através de hipóteses ou casos concretos, vez que necessita das tensões conflitantes para que o intérprete possa graduar a efetividade de cada direito, utilizei a jurisprudência como exemplo para analisar como a Administração deveria exercer o licenciamento das atividades que se demonstram com aparentes conflitos de direitos e que somente através do Judiciário é que foi possível uma razoável e proporcional decisão e que poderia ser evitada caso o Executivo tivesse ponderado no momento da outorga da licença ambiental.

## **2. O MÉTODO DA PONDERAÇÃO NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL**

A utilização do método da ponderação no licenciamento ambiental é a forma com que a Administração Pública pode graduar ao máximo possível cada direito fundamental em aparente conflito, diante a intenção da implantação de alguma atividade ou empreendimento e a proteção ambiental, pois estes conflitos não conseguem ser resolvidos pelos métodos tradicionais da hermenêutica jurídica. Assim a ponderação visa contribuir com as interpretações tradicionais para compatibilizar os direitos existentes, através do método ocorre uma complementação na solução dos casos que se apresentam de difícil

solução, tendo em vista os diversos direitos fundamentais envolvidos e que devem ser efetivados.<sup>1</sup>

No que tange ao licenciamento ambiental posso identificar diversos direitos fundamentais, que podem estar no mesmo caso buscando efetividade e conseqüentemente aparentam estar em colisão, e todos estes direitos, econômicos e sociais, que também buscam efetivação vão supostamente de encontro ao direito fundamental ao ambiente sadio e equilibrado, até porque considerando o conceito de impacto ambiental<sup>2</sup> qualquer ação humana provoca algum tipo de impacto, diferenciando somente o seu grau de alteração ambiental, daí a importância do Poder Público conduzir e controlar a forma que as condutas humanas serão realizadas, e esta é a função do licenciamento ambiental, pois este é um dos instrumentos que o Poder Público pode controlar as atividades que causam algum grau de impacto ambiental e que possivelmente possam poluir o ambiente e causar sua degradação e também é um dos meios da coletividade ter conhecimento das atividades que possivelmente serão implantadas e que conseqüentemente causaram impactos ao ambiente, de forma que possam manifestar positivamente ou não sobre as mesmas. As aparentes colisões entre direitos fundamentais são de grande monta, vez que posso observar conflitos entre os direitos ao ambiente equilibrado e sadio e o direito ao desenvolvimento, seja ele social ou econômico, sendo este aparente conflito o que mais acontece, por se tratar de direitos que a princípio parecem ser inconciliáveis, mas que devem ser efetivados de forma conjunta, pois são dois direitos fundamentais e por tal essencial à pessoa humana. A partir desta necessidade de efetivação de todos os direitos essenciais, deve o intérprete diante de

---

<sup>1</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.217-218.

<sup>2</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Meio Ambiente, Resolução 01 de 17 de fevereiro de 1986, Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental. Disponível em: <<http://www.conama.org.br>>. Acesso em 18 de out. 2007. Art. 1º Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

II - as atividades sociais e econômicas;

III - a biota;

IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;

V - a qualidade dos recursos ambientais.

um aparente conflito, buscar conjugar os interesses envolvidos<sup>3</sup> para que através de uma interpretação jurídica estabelecer um grau de restrição aos direitos colidentes.<sup>4</sup> Canotilho afirma que além de um controle das possíveis atividades e empreendimentos impactantes e que conseqüentemente possam causar degradações ambientais e necessário existir uma interligação que integre os interesses dos que desejam a implantação dos objetos impactantes com os do Poder Público e da coletividade que será obrigada a conviver com as conseqüências boas e ruins advindos da implantação e por tal situação deve existir meios que possibilitem um permanente acompanhamento por parte de todos os interessados, principalmente da coletividade, nas análises que possibilitaram a compatilização dos direitos fundamentais aparentemente conflitantes e a seu monitoramento. Assim acredita o autor português que a técnica da ponderação de interesses e valores é a melhor forma de contribuir para a interpretação destas normas que a princípio parecem inconciliáveis. A partir desta nova forma de interpretação jurídica, com a inclusão dos aspectos ambientais e no dever de preservação ambiental e ao mesmo tempo o de promover a efetivação de outros direitos também fundamentais, altera-se toda a interpretação jurídica existente anteriormente ao nascimento destas normas ambientais, no qual a sua efetivação caminha a formação do Estado Democrático de Direito Ambiental.<sup>5</sup>

Com isso importante apresentar o objetivo da técnica da ponderação e como ela age diante de possíveis colisões de direitos existentes nas atividades e empreendimentos que buscam a outorga do Poder Público para sua implantação, contribuindo para a interpretação

---

<sup>3</sup> LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 5ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 491.

<sup>4</sup> LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 5ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 413.

<sup>5</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: GRAU, Eros Roberto. e CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Estudos de Direito Constitucional, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 106. Não se trata apenas de policiar os perigos das “instalações” ou das “atividades”, mas também de acompanhamento todo do processo produtivo e de funcionamento sob um ponto de vista ambiental. A imposição de um direito ambiental integrativo obriga, em segundo lugar, à passagem de uma compreensão monotemática para um entendimento multitemático que obriga a uma ponderação ou balanceamento dos direitos e interesses existentes de uma forma substancialmente inovadora. Assim, a concepção integrativa obrigará a uma avaliação integrada de impacto ambiental incidente não apenas sobre projectos públicos ou privados isoladamente considerados, mas sobre os próprios planos (planos directores municipais, planos de urbanização). Isto implica uma notável alteração das relações entre as dimensões ambientais e as dimensões urbanísticas. Em terceiro lugar, um direito de ambiente integrativo produz conseqüências no modo de actuação dos instrumentos jurídicos do Estado de Direito Ambiental.

das normas, de forma que se possa privilegiar o ambiente, mas sem deixar de efetivar outros direitos de suma importância para a pessoa humana.

A técnica da ponderação visa contribuir para com os outros métodos de interpretação jurídica, possibilitando que exista uma norma ideal para determinado caso concreto, no qual surgirá com a solução das colisões entre direitos. É através da inclusão de valores e interesses que o intérprete observará e efetivará a melhor norma possível para determinado caso concreto. Configura-se em um processo hermenêutico que visa balancear todos os elementos importantes existentes no caso aparentemente sem solução, através da hermenêutica tradicional<sup>6</sup>, pois devido à obrigação da norma ser corresponde ao fato faz com que se tenha para determinado caso diversas soluções, mas em todas é necessário o afastamento absoluto de algum direito fundamental que não pode ser afastado, muito pelo contrário que deve ser efetivado, pois tem a mesma força normativa, e ao mesmo tempo são válidas, pois advém de uma interpretação jurídica aceita e que também concordam que os direitos fundamentais devem ser efetivados e não podem ser afastados. Desta forma a hermenêutica tradicional não consegue dar uma resposta adequada para casos que conflitam direitos fundamentais.<sup>7</sup> Com isso é uma técnica ou um método de auxílio que tem por objetivo quantificar a melhor porção de efetividade das normas aparentemente em conflito, através de critérios estabelecidos e fundamentados, evitando que a técnica abra espaço para decisões arbitrárias na solução dos casos que devem ser ponderados e que não se observa uma solução adequada pela hermenêutica tradicional. Desta forma não só mais a

---

<sup>6</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: CARBONELL, Miguel. (Org). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 137. Desde luego, no de todas: no de aquellas que puedan resolver-se mediante alguno de los criterios al uso, jerárquico, cronológico o de especialidad.

<sup>7</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto. A Nova Interpretação Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar: 2003, p. 55. De Forma muito geral, a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para os casos difíceis (do inglês *hard cases*), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre a premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso. e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 261. O vocábulo ponderação, em sua acepção mais correta, significa a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentem em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, em que medida cada um deles deverá ceder ou quando seja o caso, qual deverá prevalecer.

correspondência entre o fato e a norma será utilizada na interpretação, mas também os princípios e outros valores que não são formados a partir de conteúdos fechados, alcançando ao final uma solução proporcional e razoável de efetivação dos direitos existentes.<sup>8</sup> Segundo Ávila a ponderação é um método que irá dar uma delimitação as normas que não tem sua abrangência bem definida, auxiliando o intérprete na demarcação ideal diante de um caso concreto e podendo ser utilizados também a balancear os argumentos a favor e contra os direitos aparentemente conflitantes, visando ao final obter a gradação ideal para o caso conflituoso.<sup>9</sup> No ramo do Direito Ambiental estas indefinições são vastas como: “preservar”, “proteger” e ainda não só palavras, mas também expressões indefinidas, tipo: “atividades potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”. Estas indefinições devem no caso concreto ser delimitado para a situação que necessita de solução e a técnica da ponderação é atualmente uma das formas de ser obter uma definição que possa delimitar a abrangência da norma indeterminada.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: CARBONELL, Miguel. (Org). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 137. De las distintas acepciones que presenta el verbo “ponderar” y el sustantivo “ponderación” en el lenguaje común, tal vez la que mejor se ajusta al uso jurídico es aquella que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas. (...) Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor. ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 130-131. A ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos e elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins, de interesses. Para este trabalho é importante registrar que a ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil para a aplicação do Direito. É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios. Isso fica evidente quando se verifica que os estudos sobre a ponderação invariavelmente procuram estruturar a ponderação com os postulados de razoabilidade e de proporcionalidade e direcionar a ponderação mediante utilização dos princípios constitucionais fundamentais. Nesse aspecto, a ponderação, como mero método ou idéia geral despida de critérios formais ou materiais, é muito mais ampla que os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.

<sup>9</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 57. Afirma o autor que “atividade de ponderação de regras verifica-se na delimitação de hipóteses normativas semanticamente abertas ou de conceitos jurídicos-políticos, como Estado de Direito, certeza do Direito, democracia. Nesses casos o intérprete terá de examinar várias razões contra e a favor da incidência da regra, ou investigar um plexo de razões para decidir quais elementos constituem os conceitos jurídicos-políticos.” e BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto. A Nova Interpretação Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar: 2003, p. 91. O exemplo mais evidente dessa situação é dado pelas regras que contêm conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas de indeterminação de outra natureza – como “mulher honesta”, “relevante interesse social”, dentre outros. Nessas hipóteses, muitas vezes é possível superar o conflito externo da regra com outras normas dependendo do sentido que se atribua ao conceito jurídico indeterminado nela contido.

<sup>10</sup> ANTUNES, Paulo Bessa. Direito Ambiental, 7ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 58.

Agora para ser aplicar a técnica em comento necessário anteriormente definir quem pode exercer esta técnica de interpretação jurídica. Para Sarmento a técnica deve ser exercida pelo Poder Judiciário quando ocorrer a necessidade de restringir direitos que não foram pelo Poder Legislativo e afirma ainda que a Administração Pública também estaria legitimada a exercer esta técnica em alguns casos.<sup>11</sup> O licenciamento ambiental é um dos casos em que a Administração Pública deve exercitar esta técnica de interpretação, vez que durante o licenciamento ocorrem diversos conflitos entre direitos fundamentais e que necessitam de solução adequada, pois é através do licenciamento ambiental que acontece a reunião de informações, técnicas ou não, sobre a implantação de uma atividade ou empreendimento, inclusive opiniões divergentes da própria coletividade sobre a efetivação dos direitos em colisão. Após a reunião e estudo de todos os aspectos de diversas naturezas é que a Administração Pública toma uma decisão<sup>12</sup> obtida pela ponderação, graduando cada direito existente para ao final outorgar ou não a licença para o exercício da atividade ou empreendimento.

Acredito evidente que a Administração Pública poderá e deverá utilizar desta técnica para a solução dos conflitos de direitos que tenha que resolver nas suas determinadas competências, pois esta também é intérprete das normas jurídicas existentes, o que legitima a mesma a utilizar a ponderação no licenciamento ambiental e em outros procedimentos necessários. Peter Häberle afirma que todos os que vivem a Constituição automaticamente são intérpretes das normas jurídicas e que inexiste uma relação que venha a legitimar quem pode e quem não pode interpretar as normas jurídicas de um país.<sup>13</sup> Com

---

<sup>11</sup> SARMENTO, Daniel. Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Público. In: SARMENTO, Daniel e Galdino, Flavio (orgs). Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 294. A doutrina e a jurisprudência dominantes, no Brasil e no Direito Comparado, admitem também a realização de restrições a direitos fundamentais operadas no caso concreto, através de ponderação de interesses feitas diretamente pelo Poder Judiciário, em casos de conflitos entre princípios constitucionais não solucionados previamente pelo Legislativo, ou quando o equacionamento da questão empreendido por ele se revele inconstitucional. Em algumas hipóteses, tem-se aceitado até mesmo a ponderação de interesses feita diretamente pela Administração Pública.

<sup>12</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 27. Ponderação, nesse sentido, é a atividade pela qual se avaliam não apenas enunciados normativos ou normas, mas todas as razões e argumentos relevantes para o discurso, ainda que de outra natureza (argumentos morais, políticos, econômicos etc.) e LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 5ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 501.

<sup>13</sup> HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional, Porto Alegre – RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13. Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente



isso todos podem como devem utilizar a técnica da ponderação para solucionar possíveis conflitos que as técnicas tradicionais não conseguem apresentar uma solução adequada de efetivação normativa.

A aplicação da ponderação no licenciamento ambiental deve seguir por fases para que possa ocorrer um acompanhamento de todos aspectos importantes. Estas fases são apresentadas por Ana Paula Barcellos em sua obra, no qual tem por objetivo particionar a técnica da ponderação em três fases próprias para no final obter uma solução com o maior grau de efetivação dos direitos envolvidos e aparentemente conflitantes e diminuir a possibilidade de decisões arbitrárias. Vou expor estas fases no que se refere à matéria ambiental e mais especificadamente no licenciamento ambiental que necessita da utilização da técnica para alcançar a maior efetividade da proteção ambiental sem afastar outros direitos da mesma importância.

O intérprete deve a princípio durante a primeira fase apontar os enunciados normativos que se encontram em conflito para que possa ter uma panorâmica dos direitos conflitantes. Em matéria ambiental e no licenciamento ambiental, tem inicialmente os enunciados do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 que determina que cabe ao Poder Público e a Coletividade a proteção ambiental, informando que tanto a Administração Pública no exercício de suas atividades de controle ambiental quanto à coletividade tem o dever e não a escolha pela proteção ambiental.<sup>14</sup> Posteriormente devem ser apontados outros enunciados constitucionais que tratam diretamente da questão ambiental, como o próprio artigo 170, VI no qual normatiza que a ordem econômica para ser adequada deve ser desenvolvida através da proteção ambiental. Após identifico outros enunciados constitucionais que vão complementar a primeira fase, como os artigos 22, 23, 24 e 30 que distribui as competências dos entes federativos na proteção ambiental. Em uma segunda etapa ainda da primeira fase deve-se identificar os enunciados constitucionais que aparentemente estão em conflito com os identificados pela proteção ambiental. Desta forma

---

vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

<sup>14</sup> MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 188-189. De outra parte, deixa o cidadão de ser mero titular (passivo) de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e passa também a ter a titularidade de um dever, o “de defendê-lo e preservá-lo”. Estabelece-se, nesse ponto, claramente uma relação jurídica do tipo denominado em doutrina “função”.

posso propor o artigo 170 da Constituição Federal de 1988, no qual visa a desenvolver uma adequada ordem econômica fundada na livre iniciativa, o direito a saúde do artigo 196, da moradia do artigo 6º e tantos outros.

Para Ana Paula Barcellos, nesta fase deve o intérprete se preocupar em não confundir os interesses com os enunciados normativos a serem identificados e os já identificados. Desta forma os interesses só são válidos para esta fase se ele puder ser apresentado por um enunciado correspondente.<sup>15</sup> Incorreta será a utilização da técnica da ponderação se não puder ter uma correlação entre o enunciado e o interesse e principalmente os enunciados tem de ser jurisdicionado e é a partir da identificação destes é que o intérprete no licenciamento ambiental deve identificar também os princípios que estão envolvidos e também podem estar em aparente conflito. Na segunda fase deve o intérprete reunir os fatos relevantes incidentes no caso concreto e que aparentemente encontra-se em conflito e após esta identificação, inicia-se a terceira fase que é a compatibilização dos enunciados normativos extraídos do caso concreto e dos fatos relevantes para que se possa obter uma solução, com a efetivação dos direitos fundamentais incidentes na medida adequada ao caso.

É claro que a identificação feita acima torna a técnica muito abstrata e de pouco entendimento, vez que falta um elemento essencial para a utilização da ponderação que é um caso concreto, pois sem este os enunciados e princípios podem se apresentar de forma diferente quando analisados para todos os casos possíveis, até porque é diante dos possíveis e aparentes conflitos existentes nos casos concretos é que o interprete poderá ter uma visão do grau de conflituosidade que deve ser solucionada, conforme afirma Luis Prieto Sanchís.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 96-97. Em outras palavras, é comum que a primeira coisa a captar a atenção de quem esteja examinando o caso sejam as conveniências dos envolvidos, seus interesses e, de forma geral, a justiça ou injustiça de suas pretensões. Não obstante isso, quando se vai iniciar a primeira fase da ponderação, interesses genericamente considerados só podem ser levados em conta se puderem ser reconduzidos a enunciados normativos explícitos ou implícitos.

<sup>16</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: CARBONELL, Miguel. (Org). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotá, 2003, p. 147. Lo que ocurre es que la ponderación resulta un procedimiento idóneo para resolver casos donde entran en juego principios tendencialmente contradictorios que en abstracto pueden convivir sin dificultad, como pueden convivir – es importante destacarlo – las respectivas leyes que constituyen una especificación o concreción de tales principios.

### 3. A PONDERAÇÃO NOS CASOS CONCRETOS.

Para ter um melhor entendimento da técnica utilizarei alguns julgados que tratam de aparentes conflitos de direitos, em especial o direito ambiental, sendo um julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul<sup>17</sup>, no qual o conflito é sobre o interesse pela desativação de um lixão, contra o Município de Tapes, tendo em vista que o autor demonstrava que o respectivo lixão causava danos ambientais. Acontece que o Município em sua defesa afirma que o lixão corresponde a um aterro controlado e que encontra-se legalmente instalado, pois detém licença ambiental outorgada pelo órgão ambiental competente e cumpria as exigências condicionantes da licença, que correspondem ao depósito somente de lixo doméstico, conforme foi determinado. Ficou ainda comprovado durante o tramite processual que a situação do “lixão” era ruim e que a municipalidade não fazia uma adequada disposição do lixo o que veio a comprovar que o mesmo estava causando danos ambientais, mas em contrapartida o Município também não detinha outro local adequado e legalizado para o depósito dos resíduos coletados na cidade e não tendo outro local o lixo ficaria sem ser recolhido e conseqüentemente ficaria alocado pelas ruas da cidade sem ser coletado. É límpido que diante desta situação existe um conflito de direitos, e que através da técnica da ponderação pode ser resolvido. Primeiramente deve-se adotar as fases existentes na técnica, no qual inicialmente identifica-se diante do caso dois enunciados normativos que é da preservação do ambiente equilibrado e sadio que obriga que a atividade seja imediatamente suspensa e o enunciado que trata do direito a saúde de cunho eminentemente social, sendo dever do Estado a sua promoção e que ficaria sem efetivação caso o lixão fosse desativado.

Com isso a Administração Pública que tem a competência para o licenciamento ambiental deverá evitando que uma situação equivalente a esta chegue ao Judiciário, identificar todos os possíveis conflitos que irão advir da necessidade pela outorga da licença e para tal deverá apontar todos enunciados que envolvem os direitos aparentemente

---

<sup>17</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento Nº 70008935074, Quarta Câmara Cível, Relator: Des. Vasco Della Giustina, j. 18/08/2004, Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 26 de out. de 2007.

conflitantes, inclusive observando se um aterro sanitário controlado poderia atender as necessidades da cidade e ainda como este deve ser desenvolvido. Assim estará exercendo desta forma a primeira etapa da técnica da ponderação, para que a mesma tenha um parâmetro dos direitos que estão envolvidos com aquela atividade ou empreendimento que busca a licença ambiental para sua implantação.

Depois do apontamento dos enunciados normativos que incidem no caso concreto que possivelmente encontram-se em conflitos e que carece da técnica da ponderação, tem-se início a segunda etapa que é o apontamento dos fatores relevantes que o caso demonstra. Daí que tal técnica somente é válida diante de um caso concreto ou então através da criação de uma situação hipotética para a utilização da técnica, vez que necessita de fatos relevantes para que se possam concluir as fases da ponderação.<sup>18</sup> Ocorre que a identificação dos enunciados normativos e dos fatos relevantes é realizada de forma separada para que em um próximo momento possa reuni-los. Importante é que o intérprete sabia qual fato é relevante e quais não são para a aplicação da técnica. Desta forma Ana Paula Barcellos, afirma que os fatos relevantes são considerados através de dois fundamentos<sup>19</sup>, sendo o primeiro o que é visto pelo senso comum advindo da sociedade através de seu desenvolvimento, tradições. Assim um determinado fato que é relevante para determinada sociedade pode não ser tão relevante em outra sociedade, vez que é a própria sociedade que afirma o que é relevante ou não. Para o licenciamento ambiental municipal os apontamentos dos fatos relevantes pela sociedade são de fundamental importância, vez que esta é que deve ser a responsável na identificação dos objetos a serem licenciados. O outro fundamento para o apontamento dos fatos relevantes é o próprio enunciado normativo que traduz que determinados fatos por si só, independentes dos aspectos da sociedade, já são relevantes, pois o ordenamento jurídico determinou desta forma. São estes fatos que deverão posteriormente colaborar para que se determine qual o grau de efetividade de cada enunciado normativo aparentemente em tensão. Finalizando a fase, o intérprete deve visualizar todas ou a maioria das possíveis resoluções para o caso através da

---

<sup>18</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 115-116.

<sup>19</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 116-117.

compatibilização entre os enunciados e os fatos relevantes identificados. Estas soluções terão de equilibrar os direitos aparentemente conflitantes através da restrição em concreto de alguns em prol de outros.<sup>20</sup>

No exemplo exposto do Município de Tapes no Rio Grande do Sul, identifiquei dois fatos relevantes, o primeiro corresponde ao fato que a atividade da forma como está implantada está causando danos ambientais e que deve ser suspensa até que seja implantada de forma adequada e o segundo fato relevante significa que se não tiver local a ser depositado o lixo o mesmo ficará espalhado pelas ruas, podendo causar o aumento do número de doenças. Todos os dois fatos se enquadram em enunciados normativos, conforme os artigos 196 e 225 da Constituição Federal, desta forma aponto as seguintes alternativas que surgem através da interpretação tradicional: Primeiramente deve ser interrompida o descarte de resíduos sólidos no local, tendo em vista que o referido lixão está causando danos ao ambiente e ao próprio homem e a permanência do mesmo vai de encontro ao direito fundamental de se ter um ambiente sadio e equilibrado e pensando nisso é que a juíza a quo sentenciou a ação suspendendo o exercício do lixão.<sup>21</sup> Outra possibilidade que também poderia ser utilizada, tendo em vista que o Município não tem outro local para o depósito de lixo e ainda pelo fato que caso seja suspensa a atividade, todo o lixo da cidade ficaria pelas ruas e conseqüentemente causaria o aumento dos casos de doenças, que violaria do direito fundamental a saúde, justificando a permanência do funcionamento do “lixão”, mesmo causando a degradação ambiental.

Da mesma forma a Administração Pública no exercício do licenciamento ambiental deverá identificar os fatos relevantes que a atividade ou empreendimento irão proporcionar a partir da sua implantação e estes fatos são obtidos com o auxílio da coletividade que será a parte que suportará os efeitos oriundos da implantação, como o

---

<sup>20</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 122-123. Nesta segunda fase, e sempre que isso seja possível, o intérprete deverá cogitar de todas as possibilidades fáticas por meio das quais as diferentes soluções indicadas pelos grupos normativos da primeira fase podem ser realizadas, desde a que atende mais amplamente às suas pretensões, até a que as restringe de forma importante, na linha exemplificada acima. Cada uma dessas soluções, na verdade, corresponde a uma norma possível, isto é, a uma possibilidade normativa a ser extraída do conjunto de enunciados pertinentes no caso.

<sup>21</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento Nº 70008935074, Quarta Câmara Cível, Relator: Des. Vasco Della Giustina, j. 18/08/2004, Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 26 de out. de 2007.

aumento das oportunidades de emprego e conseqüentemente o aumento da riqueza e ao mesmo tempo surgirá efeitos negativos, como a diminuição da qualidade ambiental e outros fatores ambientais necessários à pessoa humana. Com isso a Administração Pública deverá analisar todos estes fatores de modo que possa compatibilizá-los, exercendo um equilíbrio entre eles.

Com a identificação de todos os elementos necessários, enunciados e fatos relevante, e soluções advindas da interpretação tradicionais, que não conseguem dar uma solução adequada ao caso, o intérprete deve ir para a terceira fase que corresponde ao uso da técnica da ponderação, de modo que possa combinar os enunciados e fatos e dar um grau de efetividade da cada um e conseqüentemente possa solucionar a questão efetivando todos os direitos existentes e que aparentemente estão em conflito.

Três compromissos são necessários nesta fase do processo ponderativo para que a sua decisão seja legítima. Com isso a decisão tem de ser universal, outro compromisso corresponde que deve existir uma concordância prática dos enunciados conflitantes e essencial que o intérprete observe o núcleo dos direitos fundamentais envolvidos e que respeite na sua interpretação este núcleo. A universalização ocorre quando a Administração Pública, responsável pela interpretação do processo de licenciamento ambiental, adota uma decisão que seja entendida por toda a sociedade. Desta forma os argumentos devem ser compreendidos e claros, não sendo possível uma interpretação fundada para determinada parcela da sociedade.<sup>22</sup> Importante também é que a decisão seja universal ao ponto que possa generalizar para outras situações semelhantes. No que se refere à concordância prática é o dever de harmonizar os enunciados em conflito de modo que não ocorra uma exclusão absoluta em prol de outro enunciado. A partir daí o intérprete deve adotar a decisão que melhor harmonizar os enunciados conflitantes<sup>23</sup>, e finalizando devem ser identificados os núcleos essenciais dos direitos fundamentais envolvidos na questão, pois a ponderação não deve excluir nenhum enunciado normativo de forma absoluta, mas sim dar

---

<sup>22</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 126-127.

<sup>23</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 136.

um grau de efetivação para cada direito existente e aparentemente conflitante, até porque os direitos envolvidos são direitos essenciais para as pessoas humanas.<sup>24</sup>

Retornando ao caso do Município de Tapes<sup>25</sup>, sobre o depósito de resíduos sólidos em local licenciado, mas que ao mesmo tempo estava causando degradação ambiental. Vejo que o Tribunal ao julgar o recurso interposto visando suspender os efeitos da liminar conseguida em primeira instância, fez um processo ponderativo, pois não adotou nenhuma das possíveis decisões oriundas da interpretação tradicional, mas sim preferiu adotar uma decisão que evitasse um mal maior para a coletividade, requisitando a realização de estudos técnicos para valorizar o tamanho do dano ambiental e ao mesmo tempo concedendo um prazo ao Município para que pudesse implementar um adequado sistema de depósito de resíduos sólidos.

O julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul demonstrou que o julgador preferiu adotar a técnica da ponderação para a solução do conflito existente, vez que efetivou os direitos fundamentais envolvidos de forma que a coletividade não ficasse desguarnecida de nenhum dos seus direitos essenciais e para tal foi cumprida todas as fases da técnica da ponderação, pois a decisão é universal, vez que foi utilizada de forma

---

<sup>24</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 142-143.

<sup>25</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento Nº 70008935074, Quarta Câmara Cível, Relator: Des. Vasco Della Giustina, j. 18/08/2004, Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 26 de out. de 2007. “A situação pode ser contornada, com diligência do juízo originário, determinando-se a realização de estudo técnico no local, por perito da confiança da Magistrada, ainda que de maneira expedita, com a concessão de prazo para a Municipalidade, no caso de conclusão técnica no sentido da contaminação do solo, para adequar o processo de tratamento do lixo urbano, ou mesmo para designar local alternativo para o depósito do material. Mas a solução adotada pelo juízo de primeiro grau, da forma posta, inviabiliza qualquer atitude preventiva da Administração, que ver-se-á obrigada a manter nas ruas, por tempo indeterminado, ocasionado, isso sim, um agravamento na já delicada questão ambiental narrada na inicial da demanda popular.

“Vale registrar que a situação não é recente, tendo os documentos acostados pelo próprio autor popular noticiado que os problemas ambientais decorrentes da má administração do aterro sanitário remontam à década de 80, não se vislumbrando, ao menos num juízo de verossimilhança, risco de dano irreparável. Essa a solução que melhor atende à lógica do razoável, e viabiliza a adoção de medidas para solucionar o problema até o julgamento do mérito da ação.

“Com tais considerações, por presentes os pressupostos do art. 558 do CPC, defiro o efeito suspensivo requerido pelo agravante, ao fim de sustar os efeitos da liminar concedida na instância originária.”(fls. 157/159).

semelhante no Município de Niterói<sup>26</sup> no estado do Rio de Janeiro e, além disso, o julgador adequou sua decisão as outras fases da ponderação que demonstrei acima. Ainda no julgado do Município de Tapes vislumbro que o magistrado julgador estabeleceu um equilíbrio dos direitos envolvidos, pois a suspensão das atividades do lixão iria causar um dano maior do que o aquele que possivelmente existia. E ao final mantém intacto o núcleo dos direitos fundamentais envolvidos, tendo em vista que evita o surgimento de doenças por conta da falta de recolhimento de lixo e seu depósito pelas ruas e ao mesmo tempo manter o núcleo do direito ao ambiente sadio quando requisita a realização de estudos ambientais para averiguar os danos ambientais existentes para que se possa tomar uma decisão em definitivo.

No licenciamento ambiental realizado pela Administração Pública esta deverá também utilizar os parâmetros da terceira fase da técnica da ponderação, pois sua decisão final pela outorga ou não da licença ambiental deverá ser universal, ter uma concordância prática e preservar os núcleos dos direitos fundamentais envolvidos e que aparentemente encontram-se em colisão.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.**

A partir do que foi exposto acima vejo que a técnica da ponderação é perfeitamente adequada para os processos de licenciamento ambiental, pois não é somente uma técnica de interpretação que pode ser utilizada pelo Poder Judiciário, mas sim por todos os que vivem e interpretam o ordenamento jurídico, incluindo a Administração Pública que tem a competência de proteger o ambiente e controlar as atividades e/ou empreendimentos que possam de alguma forma utilizar de recursos ambientais ou que a sua implementação venha a causar algum impacto ou degradação ambiental.

Desta forma o licenciamento ambiental tem uma função subjetiva que é a de balancear os direitos fundamentais inseridos objetos a serem licenciados a ponto de ter que efetivá-los na maior proporção possível, mas sem restringi-los em absoluto e através da

---

<sup>26</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Agravo de Instrumento nº 2007.002.01035, Vigésima Câmara Cível, Relator: Des Marco Antonio Ibrahim, j. 18/01/2007. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>> . Acesso em: 26 de out. 2007.



técnica da ponderação vejo como o melhor método de se alcançar a efetivação destes direitos de forma equilibrada preservando todos os direitos que aparentemente se apresentam em conflito com o direito ao ambiente sadio e equilibrado.

Com isso cabe a Administração Pública na utilização desta técnica adotar todas as fases apresentadas para ter uma decisão racional e proporcional para cada caso, devendo suas decisões serem universais, terem uma concordância prática e respeitar os núcleos dos direitos fundamentais de forma que possam preservá-los intactos. A adoção das fases da técnica irá proporcionar uma decisão adequada e motivada, no qual afastará qualquer possibilidade de arbitrariedade por parte do agente público licenciante.

## **5. REFERÊNCIAS.**

ANTUNES, Paulo Bessa. Direito Ambiental, 7ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto. A Nova Interpretação Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar: 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL, Conselho Nacional de Meio Ambiente, Resolução 01 de 17 de fevereiro de 1986, Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental. Disponível em: <<http://www.conama.org.br>>. Acesso em 18 de out. 2007.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Agravo de Instrumento nº 2007.002.01035, Vigésima Câmara Cível, Relator: Des Marco Antonio Ibrahim, j. 18/01/2007. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>> . Acesso em: 26 de out. 2007.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento Nº 70008935074, Quarta Câmara Cível, Relator: Des. Vasco Della Giustina, j. 18/08/2004, Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 26 de out. de 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: GRAU, Eros Roberto. e CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Estudos de Direito Constitucional, São Paulo: Malheiros, 2003.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional, Porto Alegre – RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 5ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: CARBONELL, Miguel. (Org). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trota, 2003.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Público. In: SARMENTO, Daniel e Galdino, Flavio (orgs). Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.