

A RELEVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE À EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

THE RELEVANCE OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY TO THE ENFORCEMENT OF THE RIGHT TO AN ECOLOGICALLY BALANCED ENVIRONMENT

“O mundo é suficientemente grande para satisfazer as necessidades de todos, mas sempre será demasiado pequeno para a avareza de alguns” (**Mahatma Gandhi**).

Artigo recebido em 16/12/2017

Revisado em 05/02/2018

Aceito para publicação em 16/03/2018

Regina Vera Villas Bôas

Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Graduada (Direito), Mestre (Direito Privado – Civil) e Bi-Doutora em Direito Civil e em Direitos Difusos e Coletivos, todos pela PUC/SP. Professora e Pesquisadora dos Programas de Graduação e de Pós-graduação (lato e stricto sensu) na PUC/SP, onde coordena os Projetos de Pesquisas "Direito, Complexidade e risco" e "Fundamentos e efetividade da tutela dos Direitos", e integra o Projeto de Pesquisas em "Direito Minerário". Professora e Pesquisadora dos Programas de Graduação e Mestrado em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos no UNISAL/Lorena, integrando o Grupo de Pesquisas “Minorias, discriminação e efetividade de direitos” e o Observatório de Violência nas Escolas (UNESCO/UNISAL). Avaliadora do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais. Membro das Comissões de Direito Civil e Pessoa com Deficiência da OAB/SP. E-mail: regvboas@terra.com.br - <http://lattes.cnpq.br/4695452665454054>

Maurício Sirihal Werkema

Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Bacharel em Direito e Economia pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-Graduado em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas. Presidente da Comissão de Direito Minerário da OAB/MG. Advogado. E-mail: mwerkema@fwcadvogados.com.br - <http://lattes.cnpq.br/2233368785053469>

RESUMO: O artigo se refere ao princípio da proporcionalidade que é relevante ao Direito. Notadamente, para o direito ambiental ele assume papel de grande destaque. A doutrina alemã subdivide o princípio da proporcionalidade em três subprincípios: adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito, os quais se referem às etapas que são verificadas na aplicação da proporcionalidade e, estando os três subprincípios presentes, a proporcionalidade é considerada como aplicada, corretamente. O Estado tem a obrigação de proteger de maneira suficiente os direitos fundamentais, alcançando a

proporcionalidade, que no sentido positivo atine à proibição da proteção deficiente e que, no sentido negativo, se traduz na proibição do excesso, invocando a adequação do meio utilizado à restrição dos direitos, com a finalidade de alcançar uma necessidade, que deve ser indispensável e realizada pelo modo menos gravoso; e, por fim, a ponderação, atinente à proporcionalidade em sentido estrito, que compreende o direito fundamental, o menos restritamente possível. Pelo subprincípio da adequação, o Estado deve eleger uma medida restritiva de direitos fundamentais que se mostre apta e idônea para atingir o fim pretendido; pelo subprincípio da necessidade preconiza que a medida adotada é a exigida para atingir o fim, não sendo possível adotar uma outra medida menos restritiva; por derradeiro, a proporcionalidade em sentido estrito exige que entre o meio eleito e o fim pretendido exista uma relação de proporção, isto é, não se pode aceitar uma grande restrição para um fim de pouca importância. O princípio da proporcionalidade é muito importante à efetividade dos direitos fundamentais, o que é manifestado, inúmeras vezes, pela doutrina nacional e pelos julgados das Cortes do Poder Judiciário, notadamente envoltos da concretização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sempre, observando a proporcionalidade das medidas de restrição de outros direitos fundamentais necessárias à efetividade pretendida. Ilegítima a restrição de direito fundamental de um particular que não se mostra proporcional ao benefício gerado ao meio ambiente, da mesma maneira que é ilegítima aquela decisão que, a pretexto de não restringir direito fundamental de um particular, gera uma proteção insuficiente do meio ambiente.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da proporcionalidade. Subprincípio da adequação. Subprincípio da necessidade. Subprincípio da proporcionalidade. Meio ambiente sustentável.

ABSTRACT: The article refers to the principle of proportionality which is relevant to Law, where it is particularly relevant in the field of environmental law. German law subdivides the principle of proportionality into three subprinciples: suitability, necessity or enforceability and proportionality in the narrower sense, which refer to the phases encountered in the application of proportionality, and, when the three subprinciples are present, proportionality is deemed to have been applied correctly. The State has the obligation of adequately protecting fundamental rights, attaining proportionality, which in the positive sense refers to the prohibition of deficient protection, and, in the negative sense, translates into the prohibition of excesses, invoking the conformity of the means used to restrict rights, with the objective of fulfilling a necessity, which must be indispensable and achieved through the least prejudicial path. And, finally, the weighting relative to proportionality in the stricter sense,

which involves fundamental right, in the least restrictive manner possible. According to the principle of suitability, the State must choose a measure to restrict fundamental rights which is sufficient and effective to achieve the intended purpose; according to the principle of necessity, the measure adopted is required in order to attain the desired end, where it is not possible to adopt some other less restrictive measure; and thirdly, proportionality in its strictest sense demands that there must be a relation of proportion between the chosen means and the intended purpose, in other words, one cannot accept a major restriction for a purpose of lesser importance. The principle of proportionality is very important to the enforcement of fundamental rights, which is often expressed by the national legal framework and by the judgments of the Judicial Courts, significantly involving the application of fundamental rights to an ecologically balanced environment, always observing the proportionality of the measures of restriction of other fundamental rights required for the intended implementation. It is unlawful to restrain the fundamental right of a private person in a manner which does not represent proportionality to the benefit created for the environment, just as it is unlawful to adopt a decision which, under the pretext of not restricting the fundamental right of a private person, leads to insufficient protection of the environment.

KEY WORDS: Principle of proportionality. Subprinciple of suitability. Subprinciple of necessity. Subprinciple of proportionality. Sustainable environment.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Proporcionalidade e direito. 3. Estrutura e aplicação do princípio da proporcionalidade. 4 A dupla face do princípio da proporcionalidade. 5 O princípio da proporcionalidade e o direito ambiental. 6 Conclusão. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo reflexiona sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade na preservação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo a pessoa humana na centralidade das reflexões. O agir hermenêutico destaca que o desenvolvimento humano saudável é inspiração e motivação das fontes jurídicas, entre outras, impondo necessidade da proteção dos direitos fundamentais do homem, garantindo a manutenção do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, além da concretização da justiça social.

O texto trata da relação entre proporcionalidade e direito, corroborando as reflexões propostas, e trazendo à baila estudos mais detidos a respeito do princípio da

proporcionalidade, da sua estrutura e das maneiras como pode ser aplicado na esfera do direito, além de identificar a dupla face deste princípio, quais sejam a proibição de excesso e proibição de insuficiência.

Na esfera do direito ambiental, o artigo colaciona doutrinas e julgados sobre o princípio da proporcionalidade, trazendo à baila situações em que são investigados os subprincípios da adequação, da necessidade ou da exigibilidade e/ou da proporcionalidade em sentido estrito, todas concernentes às etapas despontadas na aplicação da proporcionalidade, de um lado, aflorando pequenas imperfeições no tratamento do princípio, do outro lado, destacando-se que ele vem sendo corretamente aplicado, na esfera jurídica.

2 PROPORCIONALIDADE E DIREITO

A doutrina jurídica, com frequência, identifica a proporcionalidade como um vocábulo do âmbito do direito, reconhecendo aquilo que é proporcional como aquilo que é justo, e o que é desproporcional com o desmedido, injusto e/ou arbitrário. Lembra-se, todavia, que os significados dos respectivos vocábulos - proporcional e justo - podem ser utilizados com significados distintos, tanto na linguagem popular, como na coloquial e, também, na jurídica.

Thomas Poole (2010, p.14) afirma que a ideia de proporcionalidade já estava presente nas antigas e clássicas teorias da justiça, nas quais ela (proporcionalidade) assumia papel central. O autor revela que a investigação do pensamento de Platão e Cícero mostra que a proporcionalidade era uma questão central nas teorias da justiça destes pensadores, além de ser importante para o direito público.

Willis Santiago Guerra Filho (2007, p. 54-55) leciona que as raízes do vocábulo proporcionalidade se encontram na Grécia e em Roma: na noção grega “*métron*”, que abrange a “ideia de comportamento reto” e “*hybris*”, que abarca a ideia de comportamento desarrazoado, extravagante; na noção romana, o pretor definia as obrigações de reparar a partir da proporcionalidade.

Thomas Poole (2010, p. 15-16) leciona que a proporcionalidade e o direito sempre estiveram imbricados, e que a proporcionalidade só experimenta desenvolvimento teórico mais robusto, no século XIX, no direito germânico, cujas bases estão no “*ius civile*”, o que o torna herdeiro direto da tradição jurídica romana.

Afirma Guerra Filho (2007, p. 58-59) que na antiga Prússia a proporcionalidade aparece de maneira mais viva dentro do direito administrativo (o chamado, à época, de “direito de polícia”). Antes mesmo de se utilizar os termos “proporcional” ou “princípio da

proporcionalidade”, a doutrina passa a defender que o Estado, no exercício de seu regular poder de polícia, só poderia limitar os direitos dos indivíduos na exata medida em que tal limitação (privada) se revelasse necessária para a consecução de uma finalidade que beneficiasse a todos (pública).

Coube ao Tribunal Constitucional Alemão, por intermédio de sua jurisprudência, elevar a proporcionalidade do campo do direito administrativo para o plano constitucional, estabelecendo “...de forma incisiva que o referido princípio e a correlata ‘proibição de excesso’ (*Übermassverbot*) enquanto regra condutora abrangente de toda a atividade estatal decorrente do princípio do Estado de direito possui estrutura constitucional”. (GUERRA FILHO, 2007, p. 64).

De fato, é na interpretação das normas constitucionais que a proporcionalidade encontra seu *locus* privilegiado. A rigor, a aplicação da proporcionalidade decorre do próprio Estado de Direito, ou melhor, do Estado Constitucional no qual a garantia dos direitos fundamentais ganha especial relevo. Significa dizer que tais direitos só podem ser restringidos de forma proporcional ao benefício permitido por essa restrição.

A força normativa e política da Constituição reforçam a garantia e a necessidade da salvaguarda dos direitos fundamentais e a proporcionalidade assume, então, uma especial dimensão. Sua aplicação é uma exigência constitucional de proteção dos direitos fundamentais, de tal sorte que muito mais do que uma simples técnica ou método, ela se revela como um verdadeiro princípio.

3 ESTRUTURA E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

De início, extrai-se divergentes opiniões dos doutrinadores acerca da natureza jurídica da proporcionalidade: o vocábulo se refere a um princípio ou uma regra?; existe algum dispositivo constitucional que a prevê, mesmo que não expressamente?

Dworkin (2010, p. 36) faz distinção entre regra e princípio e, ao atacar o positivismo jurídico, notadamente aquele concebido por Hart, o jurista norte-americano alega que este é um “*modelo de e para um sistema de regras*”, sendo que o direito, em muitas ocasiões se vale de outros padrões jurídicos que não são regras. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada; descritos os fatos, uma regra jurídica será ou não aplicável (válida) a eles. Já os princípios, igualmente dotados de força normativa, não possuem, como as regras, uma consequência jurídica imediata (validade ou não) diante dos fatos. Os princípios têm, ao

contrário das regras, uma dimensão de peso e importância e, conjuntamente com as regras, conferem unidade e coerência ao ordenamento jurídico.

Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 43-44) entende que a busca por um dispositivo constitucional específico que justifique a aplicação da proporcionalidade no direito brasileiro será infrutífera, pois a sua exigência para solução de hipóteses de colisão entre direitos fundamentais decorreria da própria estrutura destes direitos. A proporcionalidade seria a própria maneira de se aplicar a otimização dos direitos fundamentais que se revestem da estrutura de princípios dada por Alexy. Continua afirmando Silva (2002, p. 43-44) que a teoria de Alexy propaga que a proporcionalidade é uma regra, *“pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações”*.

Diferentemente, Humberto Ávila (2011, p. 25) entende a proporcionalidade como um postulado normativo aplicativo, afirmando que todos, postulados, princípios e regras, funcionam de maneira diferente, em virtude de: 1) não se situam no mesmo nível, já que regras e princípios significam normas objeto da aplicação; e postulados são normas orientadoras da aplicação de outras normas; 2) seus destinatários são distintos: regras e princípios se dirigem primariamente ao Poder Público e aos contribuintes; ao hermenêuta e aplicador do direito são dirigidos os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito; 3) dialogam distintamente com as outras normas: regras e princípios estão em igual nível do objeto, razão pela qual estão em reciprocidade de comunicação, nos modos preliminarmente complementar (princípios) e no decisivo (regras); como os postulados encontram-se em um meta-nível são orientadores da aplicação de ambos: princípios e regras, ausente a necessidade de conflituosidade com outras normas. Para o autor, a interpretação dos objetos culturais está sujeita a condições essenciais, que determinam as do objeto, condições estas conhecidas como postulados, os quais podem ser hermenêuticos, quando são destinados ao entendimento geral do Direito e, aplicativos quando a sua aplicação correta designar a função estrutural da sua aplicação.

Apesar de despicienda, a busca da proporcionalidade em dispositivos constitucionais é bastante coerente com a doutrina de Paulo Bonavides (2013, p. 450) que afirma que o princípio da proporcionalidade anima o parágrafo 2º, do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, que trata dos direitos e garantias que possuem fundamentos no Estado de Direito e dos princípios consagrados por este, consagrando a unidade constitucional inviolável. Pode-se afirmar que, atualmente, o princípio da proporcionalidade é uma verdade do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito, sendo considerado, também, como uma regra que tolhe a ação ilimitada do Poder

do Estado, no quadro de juridicidade dos sistemas legítimos de autoridade. Lembra-se que o princípio permite o próprio alargamento dos limites do Estado, ao legislar sobre matéria, abrangente do exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, direta ou indiretamente, impondo proclamar a força cogente de sua normatividade.

Entende Mendes (1994, p. 469-475) que a proporcionalidade faz com que a própria legalidade assuma uma nova feição, tornando-se uma garantia da “legalidade proporcional” - na medida em que além desta legitimidade relativa aos meios utilizados e aos fins que o legislador persegue -, e uma imperiosa necessidade de investigação da adequação de referidos meios à consecução dos desejados objetivos e da real necessidade da realização da investigação.

Miguel Carbonell (2008) afirma que o princípio da proporcionalidade nos oferta correta medida da legalidade de um ato. Pensa que os direitos absolutos não existem, tal qual é impossível ao ordenamento jurídico suportar todas as restrições aos direitos, mesmo que os fins desta restrição se mostrem como benéficos¹.

Extrai-se do pensamento de Carbonell uma questão interessante sobre a maneira e as exigências relativas à limitação dos direitos, a partir da não identidade entre o discurso sobre o princípio da proporcionalidade e o discurso conservador que limita o alcance dos direitos fundamentais. Informa o autor que referido princípio se reporta à técnica de interpretação que objetiva proteger os direitos questionados, ampliando bastante o seu objetivo de proteção, e entendendo que todos os direitos são compatíveis entre si. Acrescenta, ainda, que o princípio da proporcionalidade pode ser considerado, atualmente, como aquele que realiza o “limite dos limites”, relativamente aos direitos fundamentais e, pressupondo barreiras que afastam interferências, no âmbito destes direitos.

A doutrina alemã subdivide o princípio da proporcionalidade em três subprincípios: adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito, acentuando

¹ La cuestión que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos. El discurso sobre el principio de proporcionalidad no empata ni de lejos con el discurso conservador que quiere ver siempre limitados los derechos fundamentales; por el contrario, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible. De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos.

que são etapas a serem verificadas na aplicação da proporcionalidade, que podem garantir a aplicação correta da proporcionalidade ao estarem todos presente na situação apreciada.

Pelo princípio da adequação o Estado elege uma medida restritiva de direitos fundamentais apta e idônea ao atingimento do fim pretendido. O princípio da necessidade preconiza que a medida adotada é a exigida para atingir o fim, não sendo possível adotar uma outra medida menos restritiva. A proporcionalidade em sentido estrito exige que entre o meio eleito e o fim pretendido haja uma relação de proporção, isto é, não se pode aceitar uma grande restrição ao fim de pouca importância, conforme explica Guerra Filho ao afirmar que “*pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superam as desvantagens*”.

4 A DUPLA FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A proporcionalidade surge na sua faceta de proibição de excesso, que se refere à restrição de atividade estatal limitadora de direitos fundamentais individuais. A própria evolução do conceito de Estado trata de revesti-lo de uma dupla face, ou seja, em um Estado marcado pelo ideário liberal, os direitos a serem protegidos por um ordenamento, em sua maioria, são de feição individual, o que revela que embora alguns direitos fundamentais - liberdade e a propriedade - não possam ser considerados como meros direitos privados, eis que sua preservação é benéfica para toda a sociedade, ambos têm, ao menos em sua concepção clássica, um caráter individual.

Como o próprio avanço do constitucionalismo, outros direitos, de feição coletiva, se colocam como fundamentais e, aqueles entendidos como meramente individuais, assumem uma dimensão coletiva, eis que de interesse de toda a sociedade; as funções dos direitos fundamentais não mais se limitam à condição de direitos subjetivos contra os atos do Poder Público, constituindo, antes, “*decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos*”, de tal sorte que estes direitos ganhem, garantias negativas dos interesses individuais, o que é considerada outra acepção positiva de concretização de fins (direitos) constitucionalmente consagrados (Ingo Sarlet, 2008, p. 64).

Percebe-se que a proporcionalidade, conseqüentemente, não deve ser vista como mera proibição do excesso estatal, mas sim, como a proibição da garantia insuficiente do direito pelo Estado. Se não se pode tolerar a medida (lei) que atinge de maneira desproporcional um

direito porque o atingiu de maneira excessiva, igualmente, não se pode aceitar que uma medida faça a proteção de um direito tornar-se insuficiente.

Na medida em que a proporcionalidade se revela como um princípio que confere integridade ao direito, seu exame pode ser realizado em sua dupla dimensão, considerando que o controle argumentativo do atendimento das exigências da proibição de excesso e da insuficiência não se realizam isoladamente, notadamente quando diante do controle da aplicação de deveres de proteção, presente o potencial de afetação de bens de terceiros, em matéria penal, diante da dimensão defensiva de direitos pessoais. A proporcionalidade implica o não exagero e a não insuficiência na atuação dos objetivos do Estado (SARLET, 2008, p. 64).

De fato, observada a proporcionalidade como um princípio que confere integridade ao direito, torna-se possível a realização de uma análise bidimensional deste princípio, ratificando os ensinamentos de Ingo Sarlet, que apoiado na doutrina de Juarez Freitas, afirma que o princípio da proporcionalidade deve ser apreendido de tal maneira, que consiga estimular o Estado a equilibrar o seu agir, evitando excessos e insuficiências – ambos violadores em potencial do princípio - no conseguimento dos seus objetivos.

5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O DIREITO AMBIENTAL

A doutrina ambientalista não efetua maior investigação acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade. As poucas incursões acerca do tema acabam por se limitar ao campo da responsabilidade penal ambiental e não discutem o tema em sua efetiva dimensão de proteção dos direitos individuais.

Tendo em vista que o meio ambiente é continente na humanidade, imperiosa é a compreensão de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tal como disposto no artigo 225 da Constituição, deve ser incorporado ao catálogo de direitos fundamentais. As doutrinas contemporâneas têm admitido um “esverdear” da Teoria Constitucional e dos direitos fundamentais, acolhendo “*novos conceitos e valores ecológicos*” (SARLET e FENTERSEIFER, 2014, p. 44).

A proibição de proteção insuficiente do direito ao ambiente, focada mais detidamente do que a proibição do excesso das medidas destinadas a assegurar esse direito, podem restringir indevidamente outros direitos fundamentais (SARLET e FENTERSEIFER, 2014, p. 275).

Atualmente, diante das doutrinas que admitem o modelo de Estado Socioambiental, urge sejam feitas análises cuidadosas da aplicação da proporcionalidade na proteção do meio ambiente. Isso porque, se é certo que o Estado tem a obrigação de atuar para garantir à coletividade a fruição de um meio-ambiente ecologicamente equilibrado, sendo-lhe vedado a omissão ou atuação insuficiente na preservação deste direito fundamental, também é certo que a atuação do Estado não pode ser desproporcional ao ponto de que, em nome do meio ambiente, sejam cometidos excessos injustificados.

Considerando-se que a dimensão ambiental assumiu em nosso tempo, papel central nas políticas públicas, não é exagero dizer que a nova fronteira do princípio da proporcionalidade é o direito ambiental.

Tem-se, então, por não constitucional, a lei que, a propósito de preservar o meio ambiente, escolha um mecanismo inadequado, desnecessário ou desproporcional em sentido estrito, para tal fim.

Carvalho, Cardoso e Santiago (2013, 431- 469), apoiados na jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, afirmam a ocorrência de *bis in idem* decorrente da falta de delimitação entre ilícitos administrativos e penais, em matéria ambiental, na legislação brasileira, relativamente a exigência de duas penas (*bis in idem*), configurando nítida ofensa ao princípio da proporcionalidade. Lembram que referido Tribunal (STC 154/1990; STC 177/1999) relaciona aos fundamentos do princípio *non bis in idem*, na sua perspectiva material, o princípio da proporcionalidade, determinando, assim, que a sanção administrativa e a pena cominada e/ou aplicada sejam ajustadas à gravidade da infração administrativa e/ou delito perpetrado. A imposição simultânea da pena e da sanção administrativa ao mesmo sujeito, pela prática da mesma infração aponta reação jurídica excessiva, violando o princípio de proporcionalidade.

Lembram, ademais, Carvalho, Cardoso e Santiago (2013, 431- 469), que o Tribunal Constitucional espanhol, muda a sua orientação a partir da sentença nº 2, de 16 de janeiro de 2003, provocando alterações na aplicação do princípio em discussão, relativamente seara ambiental, no Brasil, ao reconhecer que o princípio *non bis in idem* constitui um direito fundamental do cidadão, que não pode ser sancionado duplamente, quando presente a tríplice identidade. Referida sentença inova quando invoca o princípio da proporcionalidade como fundamento material à proibição do *bis in idem*, afirmando que a finalidade dessa garantia é afastar “reação punitiva desproporcional”, na medida em que o excesso punitivo faz desaparecer a garantia de previsibilidade das sanções, criando uma sanção alheia ao juízo de proporcionalidade, feito pelo legislador, materializando a imposição de sanção, não prevista

pela lei. Tudo isso a apontar a conexão material do princípio da proporcionalidade ao princípio da legalidade, relativamente à segurança jurídica, realizada pelo Tribunal Constitucional Espanhol, lembrando a existência de “*dupla reação ou reação desproporcionada do ordenamento sancionador que materializa uma sanção não prevista legalmente, atentando contra a necessária segurança jurídica*”.

Nesse passo, se o parágrafo 3º, do artigo 225 da Constituição expressa que as “*condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*”, como invocar a proporcionalidade?

A proporcionalidade é o princípio que confere integridade e coerência ao ordenamento, criando a “legalidade proporcional”, de modo a poder sugerir uma dependência das responsabilidades civil, penal e administrativa em matéria ambiental. Todavia, havendo casos em que a identidade entre os ilícitos administrativos e penais seja absoluta, a dupla exigência de penas pode configurar um excesso desproporcional e, como tal, não encontrar guarida constitucional.

Os trabalhos de investigações da doutrina nacional contemporânea corroborando a jurisprudência pátria, de maneira geral, vem adotando o princípio sem maiores preocupações técnicas, apurando que: 1) a proporcionalidade e a razoabilidade são confundidas e/ou utilizadas como sinônimos; 2) a evocação do princípio em casos alheios ao seu fim e a sua lógica; e, o que pode ser mais grave; 3) a utilização da proporcionalidade para justificar a técnica de ponderação de princípios; e 4) a sua utilização como uma espécie de *topos* maior que afasta a aplicação de um determinado comando legal, uma espécie de argumento supremo e intransponível - verdadeiro coringa da decisão judicial discricionária.

Eros Roberto Grau (2009, p. 189) afirma que o entendimento jurisprudencial, revelado equivocado é devido à banalização que a doutrina confere ao princípio da proporcionalidade e, ao torná-lo um princípio superior, revela que sua aplicação não se restringe à ocasião da definição de cada norma de decisão individual e, sim, à ocasião de produção de normas jurídicas gerais, ofertando ao “*Poder Judiciário a faculdade de ‘corrigir’ o legislador, invadindo a competência deste*”.

Nesse sentido, Lenio Streck (2011, p. 239 - 240) afirma que no lugar de se prelecionar que a lei é inconstitucional por ferir o princípio da proporcionalidade, deve-se preferir a afirmação de que a lei é inconstitucional, porque viola preceito constitucional e, assim, torna-se mais adequado afirmar que o inciso VIII, do artigo 107, do Código Penal nacional é inconstitucional porque é proibido ao Estado omitir-se diante da proteção de direito

fundamental. Ressalta que revelam as críticas de Habermas “que não se deve ponderar valores, nem no abstrato, nem no concreto”, não sendo legítima a proporcionalidade, aplicada como sinônimo de equidade, sendo, antes, o nome da “necessidade de coerência e integridade de qualquer decisão”.

Observado o uso descabido e discricionário do princípio da proporcionalidade, e ressalvado que o presente estudo não objetiva a realização de ampla revisão da jurisprudência no tocante à temática discutida, examinando, antes, julgados que, ainda que contenham as imperfeições, anteriormente apontadas, sinalizam para aplicação correta da proporcionalidade, em matéria ambiental, aprecia-se o julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.623-2/ES, na qual o plenário do Supremo Tribunal Federal analisa a pleiteada suspensão da vigência da Lei n.º 6.780/01, do Estado do Espírito Santo, que proíbe “por tempo indeterminado, o plantio de eucalipto para fins de produção de celulose no Estado”, cuja ementa é assim redigida

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL. PROIBIÇÃO DE PLANTIO DE EUCALIPTO PARA FINS DE PRODUÇÃO DE CELULOSE. DISCRIMINAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA AOS POSTULADOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. DIREITO DE PROPRIEDADE. TEMA DE DIREITO CIVIL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. 1. Vedação de plantio de eucalipto no Estado do Espírito Santo, exclusivamente quando destinado à produção de celulose. Ausência de intenção de controle ambiental. Discriminação entre os produtores rurais apenas em face da destinação final do produto da cultura, sem qualquer razão de ordem lógica para tanto. Afronta ao princípio da isonomia. 2. Direito de propriedade. Garantia constitucional. Restrição sem justo motivo. Desvirtuamento dos reais objetivos da função legislativa. Caracterizada a violação ao postulado da proporcionalidade. 3. Norma que regula direito de propriedade. Direito civil. Competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF, artigo 22, I). Precedentes. Presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Pedido cautelar deferido.

Veja-se que em seu voto, o relator, Ministro Maurício Corrêa, aduz que “a intenção da lei não foi regular ou restringir as plantações de eucalipto, mas efetivamente limitar a produção de celulose com o uso da matéria-prima cultivada no território do Estado” sendo descabida, portanto, “qualquer alegação de existência de proteção ambiental, dado que o plantio em si continua autorizado” e que os “efeitos do cultivo dessa espécie de árvore no meio ambiente independem da destinação que lhe for dada”. Restaram “atingidas garantias fundamentais das partes prejudicadas” e a Lei Estadual, objeto da medida cautelar na ADIN n.º 2.623-2, não pode ser configurada como uma legítima limitação administrativa da propriedade privada, e sim uma norma que estava a impedir a sua utilização regular.

Extrai-se que a proporcionalidade - ainda que só tenha sido citada na ementa do acórdão e como postulado, e não como verdadeiro princípio que é -, foi aplicada como forma de afastar uma lei que não se mostrava adequada (relação entre o fim pretendido e o meio escolhido). Significa dizer que mesmo a proteção do meio ambiente equilibrado, direito da coletividade, assegurado pelo artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, deve ser feita de maneira tal que não invada, desmedidamente, o direito fundamental da propriedade e da livre iniciativa.

Houve, *in casu*, um excesso do legislador que não pode ser tolerado. A proporcionalidade há de se aplicar como maneira de manter a integridade e a coerência do ordenamento constitucional.

Mas para que se possa observar a outra face da proporcionalidade em matéria ambiental, a da proibição insuficiente, faz-se necessário examinar outro julgado do STF, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 101, por meio da qual o Presidente da República requereu que fosse declarada a constitucionalidade e a legalidade de diversas normas infra legais que impediam a importação de pneus usados, com a declaração de inconstitucionalidade das diversas decisões e interpretações judiciais que afastavam a aplicação destas normas infra legais, com o reconhecimento de que haveria lesão aos preceitos fundamentais consubstanciados no direito à saúde (artigo 196) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225), de modo que o pleno do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria da Ministra Carmen Lúcia, decide sobre a importação de pneus importados ou remoldados “*afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil)*”.

A Relatora entendeu que, ponderados os princípios da livre iniciativa e de proteção ao meio ambiente, haveria de se concluir pela constitucionalidade das medidas que impedem a importação dos pneus usados. Ela realiza uma incursão pelo dever do Estado de resguardar os direitos fundamentais, e pela vedação da proteção insuficiente, afirmando ser vedado ao Poder Público manter-se insuficiente ou imprevidente nas suas decisões e ações, cujo objetivo precípuo é de ofertar proteção aos direitos fundamentais, afastando-se ele da insuficiência ou imprevidência ao adotar as medidas normativas proibitivas de importação de resíduos, condutoras do comprometimento da saúde pública e da saúde ambiental.

Extrai-se, ainda, do mesmo julgamento, que ao se afastar da insuficiência ou imprevidência, adotando medidas normativas proibitivas de importação de resíduos, condutoras do comprometimento da saúde pública e da saúde ambiental, o Poder Público

corroborar a proteção e garantia da efetividade dos direitos constitucionais fundamentais, optando a Ministra pela utilização da técnica da ponderação, no lugar de seguir o caminho da proporcionalidade.

O Ministro Eros Grau, que acompanhou a relatora em suas conclusões, apresentou voto vista, no qual desferiu contundente crítica à ponderação de princípios, conforme se pode observar a seguir

[...]

15. Note-se bem que a ponderação não consiste em atribuir-se significados aos textos dos dois princípios de que se cuide [=interpretação desses textos], mas em formular-se um juízo de valor comparativo entre eles, seguido da opção por um ou outro. Há aqui, digo eu, inicialmente um juízo não de legalidade; no instante seguinte, uma opção subjetiva entre indiferentes jurídicos.

...

17. Que se trata aí de discricionariedade, isso é dito nas afirmações de que a colisão entre princípios transcorre fora da dimensão da validade, vale dizer, na dimensão do valor observação de ALEXY e de que o juiz, ao ponderá-los, toma os princípios não como norma jurídica, porém como valores, preferências intersubjetivamente compartilhadas, na dicção de HABERMAS.

18. Daí que os juízos de ponderação entre princípios de direito extirpam seu caráter de norma jurídica. Pretendo afirmar, com isto, que princípios de direito não podem, enquanto princípios, ser ponderados entre si. Apenas valores podem ser submetidos a essa operação. Dizendo-o de outro modo, a ponderação entre eles esteriliza o caráter jurídico-normativo que os definia como norma jurídica. Curiosamente, os princípios são normas, mas, quando em conflito uns com os outros, deixam de sê-lo, funcionando então como valores. A doutrina tropeça em si mesma ao admitir que os princípios, embora sejam normas jurídicas, não são normas jurídicas...

[...]

20. O que há em tudo de mais grave é, no entanto, a incerteza jurídica aportada ao sistema pela ponderação entre princípios. É bem verdade que a certeza jurídica é sempre relativa, dado que a interpretação do direito é uma prudência, uma única interpretação correta sendo inviável, a norma ser produzida pelo intérprete. Mas a vinculação do intérprete ao texto o que excluiria a discricionariedade judicial instala no sistema um horizonte de relativa certeza jurídica que nitidamente se esvai quando as opções do juiz entre princípios são praticadas à margem do sistema jurídico. Então a previsibilidade e calculabilidade dos comportamentos sociais tornam-se inviáveis e a racionalidade jurídica desaparece.

As críticas do Ministro Eros Grau à ponderação de princípios, que acaba por levar a subjetivismos judiciais, buscando valores comparativos que tiram qualquer segurança do ordenamento jurídico, tem-se que a proporcionalidade, princípio jurídico que deve estar

contido em toda e qualquer decisão judicial, ainda que de maneira implícita, não deve ser confundida com a ponderação, técnica que pode levar a um elevado grau de discricionariedade das decisões.

Embora, também, aluda à necessidade de ponderação de princípios, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao examinar um caso no qual se tratava da aplicabilidade um regramento infra legal expedido pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis – IBAMA, assim decide

CONSTITUCIONAL. AMBIENTAL. ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO, POR TEMPO INDETERMINADO, DA VALIDADE DE AUTORIZAÇÕES DE TRANSPORTE DE PRODUTO FLORESTAL. INSTRUÇÃO NORMATIVA IBAMA Nº 17/2001. AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. MALFERIMENTO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, NO VIÉS DA ADEQUAÇÃO. ANÁLISE, QUE SE REQUER, SEJA CONJUNTA, DOS PRINCÍPIOS DA PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE E DO LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. MADEIREIRA IMPEDIDA DE COMERCIALIZAR PRODUTO FLORESTAL JÁ ADQUIRIDO A TEMPO E MODO E ACOBERTADO POR DOCUMENTO HÁBIL EXPEDIDO PELO IBAMA. PRECEDENTES DO TRF1. APELAÇÃO DO IBAMA E REEXAME NECESSÁRIOS NÃO PROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.

1. O princípio da preservação do meio ambiente e o do livre exercício da atividade econômica, ambos de quilate constitucional, devem ser analisados em conjunto, com efetiva ponderação no caso concreto.

2. A ponderação dos interesses em conflito conduz à conclusão de que a retroação da Instrução Normativa nº 17/2001 não traz benefícios ao meio ambiente, por isso que os estoques adquiridos licitamente antes de sua vigência podem ser comercializados (TRF1, AC 2002.34.00.016032-5, Juiz Federal Wilson Alves de Souza, Convocado, e-DJF1 de 22/5/2012, p. 352).

3. Adquirida por sociedade empresária madeira acompanhada de documentação expedida pela autarquia ambiental, Autorização de Transporte de Produto Florestal, não pode aquela ser surpreendida com posterior suspensão, sem prazo definido, é dizer ad aeternum, da validade daqueles documentos, sob pena de maus tratos ao princípio da confiança, corolário do Estado de Direito. Precedentes do TRF1.

4. A Instrução Normativa, espécie de ato administrativo, não dispensa observância, por parte do Administrador Público, do princípio do devido processo legal, e da proporcionalidade, no viés da adequação, mormente quando impõe ônus ao particular, impedindo-o de comercializar madeira adquirida na forma anteriormente autorizada pela autarquia ambiental.

O julgamento revela situações importantes relacionadas à matéria em estudo, afirmando que a grandeza dos princípios relacionados à garantia e proteção ambiental não pode se apequenar, por tempo indeterminado, conforme faz a Instrução Normativa nº 17/2001 do IBAMA, com o exercício de princípio de igual quilate constitucional: o do livre exercício da atividade econômica. Além disso, afirma constar dos autos que a data de aquisição dos estoques de madeira mogno se deu em data anterior à vigência da Instrução Normativa n. 17 do IBAMA, sendo vedada a sua aplicação retroativa, sob pena de se vulnerar a regra geral de irretroatividade da norma coercitiva, com a finalidade de preservar a livre disposição patrimonial e o ato jurídico perfeito (TRF1, EIAIC nº

0007554-80.2003.4.01.3600, Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa, Convocado, e-DJF1 de 2/10/2012, p. 10).

Importante, ainda, lembrar, o caso do pescador profissional que impetrou Mandado de Segurança visando a liberação e a restituição de sua embarcação e equipamentos que foram apreendidos pela polícia ambiental do Estado de São Paulo. Ele foi flagrado com peixes que possuíam tamanhos inferiores ao mínimo previsto na legislação de regência. Em sede administrativa o pescador não obteve sucesso, eis que a liberação dos equipamentos foi negada, sendo condicionada ao prévio pagamento da multa que lhe foi aplicada pela fiscalização. A sentença concedeu a segurança, tendo o Magistrado destacado que o impetrante não tinha “direito líquido e certo a uma liberação incondicional”, mas que, especificamente no caso em exame, “o valor expressivo da multa não justificava a vinculação do seu pagamento à liberação dos bens, sob pena de afronta aos princípios da razoabilidade ou proporcionalidade”, sendo certo que o alto valor da multa em relação aos rendimentos do pescador poderia “implicar, na prática, em negativa à restituição de seus bens”. O processo seguiu para o reexame necessário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo na relatoria o Desembargador Paulo Alcides Amaral Salles, da 2ª Câmara Reservado do Meio Ambiente, que decide conforme a ementa, abaixo transcrita

MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. MULTA AMBIENTAL. Apreensão de pesca. Liberação dos bens condicionada ao pagamento da multa. Princípio da proporcionalidade. Condição que se revela desnecessária. Equipamento imprescindível ao desempenho da atividade profissional. Considerável temporal decorrido desde a ocorrência dos fatos. Sentença confirmada. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO” (Reexame necessário n.º 0016888-05.2013.8.26.0482)

Nesse Voto, após reproduzir e acolher os argumentos expostos na sentença, asseverou o Relator que a medida de apreensão administrativa dos bens em face do princípio da proporcionalidade deve ser analisada, não se justificando, no caso específico, a manutenção da constrição. Observa-se que após dois anos da aplicação da penalidade administrativa de dois mil reais relacionada a um peixe pintado, de tamanho inferior ao mínimo legal, a tutela administrativa acontece com efetividade, considerado o valor da multa e o longo tempo de apreensão dos equipamentos, ou seja, desde março de 2012. Além de que, o fato de que o barco, o motor de popa e os apetrechos destes, são imprescindíveis considerados imprescindíveis ao desempenho da atividade profissional do impetrante.

CONCLUSÃO

O presente artigo aborda temática relacionada ao princípio da proporcionalidade que é considerado de grande relevância ao Direito, notadamente quando abarca a esfera do direito ambiental, âmbito em que se revela grande destaque jurídico.

A pesquisa que a doutrina alemã compreende o princípio da proporcionalidade a partir da divisão de três subprincípios, quais sejam, adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito, que dizem respeito às etapas de aplicação da proporcionalidade, alertando que na presença conjunta dos três subprincípios, deve-se considerar que a proporcionalidade efetivamente está sendo corretamente aplicada.

Depreende-se, também, que a obrigação do Estado de proteger suficientemente os direitos fundamentais, de maneira a atingir a proporcionalidade, a qual, considerada em seu sentido positivo, refere-se à proibição da proteção deficiente, e no sentido negativo, pode ser compreendida como na proibição do excesso, invocando a adequação do meio utilizado à restrição dos direitos, objetivando atingir uma necessidade, que deve ser indispensável e realizada pelo modo menos gravoso.

Observa que a ponderação atine à proporcionalidade em sentido estrito, compreendendo o direito fundamental, de maneira menos restrita. Pelo subprincípio da adequação deve o Estado eleger medida restritiva de direitos fundamentais, apta e idônea a atingir o fim pretendido. E, pelo subprincípio da necessidade preconiza que a medida adotada é a exigida para atingir o fim, não sendo possível adotar uma outra medida menos restritiva.

Por derradeiro, revela o estudo que a proporcionalidade em sentido estrito exige que entre o meio eleito e o fim pretendido exista uma relação de proporção, qual seja, não se pode aceitar uma grande restrição a um fim de pouca importância, razão pela qual o princípio da proporcionalidade é muito importante à efetividade dos direitos fundamentais, fato este, manifestado, inúmeras vezes, pela doutrina nacional e pelos julgados das Cortes do Poder Judiciário, notadamente envolventes da concretização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, trazidos à baila no presente artigo, com a finalidade de apreciação do conceito e da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Todos os Julgados expostos e a doutrina apresentada aos estudos procuram explicar e fundamentar o vocábulo jurídico que designa o conteúdo do princípio da proporcionalidade e dos seus subprincípios, apontando medidas de restrição de outros direitos fundamentais em face da efetividade pretendida, além de anotar situações relacionadas à restrição de direito fundamental de um particular, a qual não se mostra proporcional ao benefício gerado ao meio

ambiente, da mesma maneira que é ilegítima a decisão que, a pretexto de não restringir direito fundamental de um particular, gera uma proteção insuficiente do meio ambiente.

A preservação dos bens ambientais, entre os quais o meio ambiente ecologicamente equilibrado - imprescindível à vida - , deve se dar de maneira equânime, o que impõe a aplicação constante da justiça social, compreendida a partir de critérios selecionados pela doutrina, entre outros, os sócio-jurídicos e/ou os econômico-filosóficos, citando-se como exemplos o das capacidades das pessoas, o da distribuição dos bens e o do reconhecimento social e individual, que deve ser equânimo, justo, imparcial, moderado, ponderado.

Reforça, por derradeiro, que na esfera do direito ambiental, o princípio da proporcionalidade tem fundamentado julgamentos e justificadas doutrinas, que invocam o respeito, garantia e proteção ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, observada a proporcionalidade das medidas de restrição de outros direitos fundamentais, necessárias à concretização pretendida. Nesse sentido, traz à baila posicionamento de parte da doutrina nacional, que entende ser ilegítima a restrição do direito fundamental de um particular, quando esta não se mostra proporcional ao benefício gerado ao meio ambiente, considerada, igualmente, ilegítima aquela decisão que, a pretexto de não restringir direito fundamental de um particular, provoca uma proteção insuficiente do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARBONELL, Miguel. **El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales**. In: CARBONELL, Miguel. *El principio de proporcionalidade y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, 2008.

CARVALHO, Érika Mendes de; CARDORSO, Sônia Letícia de Mello; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **Duplicidade de sanções ambientais e o princípio non bis in idem**. Revista Pensar, Fortaleza, v. 18, p.431-469, mai/ago 2013.

CUIABANO, Renata Maciel. **O princípio da proporcionalidade no Direito Ambiental: breves exemplos de implementação no direito brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, 2001, p. 317–322.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Repertório IOB de Jurisprudência – 1ª Quinzena de Dezembro de 1994, n.º 23/94, p. 469-475.

POOLE, Thomas. **Proportionality in perspective**. LSE Law, Society and Economy Working Papers 16/2010. Disponível em www.lse.ac.uk/law/wps/wps.htm.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos ‘fundamentalismos’ hermenêuticos**. Revista da ESMEC, v.15, n. 21, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VILLAS BÔAS, Regina Vera. **Perfis dos conceitos de bens jurídicos**. Revista de Direito Privado, Ed. Rev. Tribunais, v.37, jan/mar 2009, p. 209-241.