



Tiago Zapater: Questionar novo código florestal é retrocesso

Em abril de 2012, após mais de uma década de intensos debates, dentro e fora do Congresso, foi promulgada a lei 12.651/2012, instituindo o novo Código Florestal. Em outubro do mesmo ano, com a lei n 12.727/2012, foram incorporadas alterações substanciais, chegando-se, assim, a uma versão, ao menos por enquanto, definitiva do texto. No entanto, nem bem foi promulgado o novo Código Florestal e, já em janeiro de 2013 foram propostas ações questionando a constitucionalidade de alguns de seus dispositivos.

Em uma tomada de posição institucional, o Ministério Público vem impugnando, nos inquéritos e ações judiciais, a constitucionalidade dos dispositivos mais polêmicos do novo Código Florestal. A Procuradoria Geral da República, por sua vez, distribuiu três Ações Diretas de Inconstitucionalidade impugnando dispositivos que, em resumo, implicam: (a) a diminuição do padrão de preservação nos espaços de proteção chamados de áreas de preservação permanente (ADI 4.901); (b) a anistia das infrações praticadas até 22 de julho de 2008 (ADI 4.902) e (c) a redução da extensão dos espaços de proteção chamados de áreas de reserva legal.

A tese do *Parquet* gira em torno da teoria do chamado princípio da vedação de retrocesso. Segundo essa teoria, o legislador não pode alterar, de modo retrocessivo, a legislação que implemente direitos fundamentais garantidos pela Constituição. Pense-se, por exemplo, no direito à saúde: embora garantido pela Constituição, sua implementação depende da criação, por lei ordinária, de estruturas administrativas, metas e critérios de acesso ao sistema, lista de medicamentos e procedimentos realizados pelo SUS etc. A teoria da vedação de retrocesso propõe que, conforme a legislação vai garantindo um padrão de implementação do direito à saúde, o tipo de vinculação decorrente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais proibiria o legislador de alterar de modo retrocessivo essas normas implementadoras, sob pena de inconstitucionalidade.

É nesse contexto que o *Parquet* atribui inconstitucionalidade a dispositivos do novo Código Florestal. Sua argumentação pode, em brevíssimo espaço, ser esquematizada assim:

- 1) o artigo 225, parágrafo 1º, inciso III, da Constituição Federal impõe ao Poder Público uma série de obrigações no que se refere à proteção e restauração dos ecossistemas, determinando tanto a criação de espaços protegidos (como as áreas de reserva legal e de preservação permanente), quanto a proibição de utilizar esses espaços de modo que comprometa a integridade dos seus atributos ecológicos;
- 2) além disso, o artigo 225, parágrafo 3º da Constituição Federal determina que as condutas consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitem os infratores às sanções penais e administrativas;
- 3) o antigo Código Florestal, recepcionado pela Constituição, havia então implementado um padrão de preservação nos espaços especialmente protegidos e estabelecido, para o caso de violação a esse padrão, infrações penais e administrativas;
- 4) assim, ao diminuir o nível de preservação nesses espaços territoriais e anistiar infrações passadas decorrentes da violação dessa preservação, o novo Código Florestal chancelaria uma fraude à



Constituição, atacando, no plano da eficácia, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A tese do *Parquet*, portanto, é a de que a violação à Constituição decorre da alteração do sistema legal anterior, que havia estabelecido um determinado padrão de proteção ambiental associado às áreas de reserva legal e de preservação permanente. É uma argumentação fundada —ainda que não sempre de modo explícito— na teoria de que a Constituição traria, implicitamente, um princípio de vedação ao legislador de legislar de modo retrocessivo.

A questão ainda aguarda decisão no STF e vem gerando incertezas, por exemplo, para aqueles que precisam decidir assinar um Termo de Compromisso com o órgão ambiental para recuperação de áreas (qual a extensão das obrigações?), prosseguir com um programa de recuperação, ou mesmo na hora de avaliar os riscos na aquisição de uma propriedade rural.

O novo Código Florestal

O novo Código Florestal é fruto de um Projeto de Lei debatido no Congresso por mais de uma década. De autoria de um deputado do PSDB (Sérgio Carvalho) e relatado por um deputado do PCdoB (Aldo Rebelo), foi aprovado pela Câmara em maio de 2011 e no Senado em dezembro do mesmo ano. Em abril de 2012 uma versão do projeto com novas alterações foi aprovada. Na esteira de intensos debates e campanhas sociais pelo veto de determinados dispositivos (“Veta Dilma”), em maio de 2012 o Código foi aprovado (Lei 12.651/2012) e, em outubro, alterado pela Lei n.º 12.727/2012.

A nova lei substitui o texto de 1965 — substancialmente alterado ao longo dos anos — o qual, por sua vez, havia substituído o texto de 1934. A par do histórico da evolução legislativa da proteção das florestas, verifica-se uma correspondente evolução do próprio paradigma jurídico da tutela ambiental.[\[1\]](#)

A leitura sistemática do artigo 225 da Constituição com o preâmbulo constitucional, os artigos 3º, 23, parágrafo único e 170, bem como com importantes documentos de direito ambiental internacional, em especial a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, de 1992, parece indicar que o novo Código Florestal foi concebido sob o paradigma do desenvolvimento sustentável. E o parágrafo único do artigo 1º do novo Código confirma que: “tendo como objetivo o desenvolvimento sustentável, esta Lei atenderá aos seguintes princípios...”.

Enquanto princípio, o desenvolvimento sustentável se apresenta como um binômio, no qual a necessária defesa do equilíbrio ecológico, para as presentes e futuras gerações, deve ser compatibilizada com o desenvolvimento econômico a que essas mesmas gerações têm direito (e vice-versa, o direito ao desenvolvimento encontra limites no direito ao meio ambiente).[\[2\]](#)



De um lado, fica claro que, como ocorre com a maior parte dos princípios jurídicos, também o desenvolvimento sustentável é mais uma forma de descrever os problemas do direito ambiental do que propriamente uma resposta. De qualquer modo, pode-se dizer que orientar o direito ambiental pelo princípio do desenvolvimento sustentável significa adotar, como critério para a circulação da validade das normas ambientais, uma argumentação pautada na satisfação das necessidades presentes, sem prejuízo das necessidades das futuras gerações, buscando o equilíbrio constante entre a viabilidade econômica, justiça social e sustentabilidade ecológica.

E é justamente o desenvolvimento sustentável que dá os contornos nos quais se passa a discutir a necessidade de, sem prejudicar a sustentabilidade ecológica para as futuras gerações, revisar o código florestal para adaptá-lo a uma realidade em constante mutação e equacionar o gigantesco passivo formado desde os anos 60 por uma cultura de consistente não-aplicação da lei.

No entanto, posto que tenha sido submetido a intenso debate político — ou precisamente por essa razão —, a versão final promulgada do novo Código Florestal desagradou expressiva parcela da opinião pública ao contemplar a permissão de regularização de situações fáticas consolidadas em desacordo com a legislação ambiental.

Segundo o novo Código Florestal, edificações ou atividades agrossilvipastoris consolidadas, até 22 de julho de 2008, em áreas onde deveria existir vegetação (os espaços protegidos), poderão, após um procedimento específico, ser regularizadas, com anistia de eventuais infrações cometidas até essa data. Além disso, o novo Código é mais tolerante com a existência e permanência de determinadas atividades nesses espaços de proteção, como aquelas consideradas de baixo impacto.

Nos debates legislativos, os assim chamados ambientalistas foram contrários às modificações voltadas a essa regularização porque, além de deixar impunes condutas lesivas ao meio ambiente, acabam por implicar um nível menos rigoroso de proteção ambiental. Não obstante, o texto foi aprovado e, agora, questiona-se, sob a luz da teoria do princípio da vedação de retrocesso, a constitucionalidade dos seus principais mecanismos de harmonização entre interesses desenvolvimentistas e protecionistas.

No âmbito do controle difuso de constitucionalidade (ações esparsas em que se impugna incidentalmente constitucionalidade de uma lei), o Tribunal de Justiça de São Paulo e o de Minas Gerais já tiveram a oportunidade de decidir pela constitucionalidade do novo Código Florestal. Entendeu-se, ainda, que a aplicabilidade da nova lei é imediata, ou seja, os processos em andamento, judiciais ou administrativos, devem ser decididos à luz das determinações do novo diploma e não da lei regente à época dos fatos.^[3]

Resta saber como o STF — que, posto que timidamente, já adotou a teoria da vedação de retrocesso em outros temas, como o salário-maternidade (ADI 1946/DF) — vai abordar a questão. Trata-se de saber se existe um limite jurídico entre o politicamente incorreto e o inconstitucional e, no caso, qual a extensão desse limite.



Para uma reflexão apropriada, convém correr o risco de, mesmo superficialmente, olhar um pouco mais de perto a teoria do princípio da vedação de retrocesso e o campo onde se lhe quer aplicá-la: o direitos das futuras e presentes gerações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Vedação de retrocesso e interesses difusos

Uso aqui a expressão “teoria do princípio da vedação de retrocesso” com um propósito: enfatizar que, de um modo geral, um tal princípio não existe expressamente nas constituições modernas. Trata-se de uma hipótese solidamente construída pela doutrina constitucional contemporânea, segundo a qual, dentre os efeitos decorrentes da força normativa da Constituição, estaria a proibição ao legislador de diminuir direitos fundamentais já implementados pela legislação infraconstitucional.

O princípio da proibição de retrocesso seria, assim, uma expressão, no plano da eficácia, do direito à segurança jurídica e também uma decorrência da vinculação do legislador aos mandamentos programáticos ou principiológicos do constituinte.[\[4\]](#)

Trata-se, em essência, de proteger expectativas (situações/posições jurídicas) fundadas no direito, a despeito da existência de um direito já adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada. Na medida em que a Constituição impõe ao Poder Público (e, por vezes, à coletividade) deveres voltados à implementação fática dos direitos fundamentais, a expectativa referida a esses deveres mereceria proteção, consolidando situações/posições jurídicas ainda imperfeitas (o interesse legítimo que ainda não é direito subjetivo) contra a atividade do legislador.

Desse modo, no plano do direito objetivo, seria possível exigir a continuidade de um patamar mínimo do direito já existente e, subjetivamente, a proteção da confiança do indivíduo nas suas próprias expectativas em relação ao ordenamento. Por isso que, mais do que proteger o indivíduo da retroação da lei, a plena segurança jurídica exigiria a proteção contra medidas retrocessivas que, mesmo não alcançando direitos já adquiridos, interferem em determinada expectativa garantida pelo ordenamento (p.ex.: a expectativa de aposentar-se ou de gozar licença-maternidade remunerada).[\[5\]](#)

Nas palavras de Sarlet, trata-se de saber “até que ponto pode o legislador infraconstitucional (assim como os demais órgãos estatais, quando for o caso) voltar atrás no que diz com a implementação dos direitos fundamentais sociais, assim como dos objetivos estabelecidos pelo constituinte — por exemplo, no artigo 3º, da CF/88 — no âmbito das normas de cunho programático (ou impositivo, se preferirmos essa terminologia) ainda que não o faça com efeitos retroativos e que não esteja em causa uma alteração do texto constitucional”.[\[6\]](#) É esse o problema que surge quando se fala em flexibilizar direitos trabalhistas, sistema de previdência, acesso ao ensino básico universal etc. A teoria da vedação do retrocesso é uma resposta que delimita as opções políticas diante desse problema. Qual será então, nesse contexto, o limite da disponibilidade política da legislação ambiental?

Ao menos do ponto de vista abstrato, a doutrina, de um modo geral, reconhece a existência do princípio implícito da vedação de retrocesso. Entre outros argumentos, como a segurança jurídica e a vinculação do legislador, está o fato de que à obrigação de implementação mínima dos direitos sociais[\[7\]](#) corresponderia, logicamente, uma proibição de retrocesso.



Mas, se há relativo consenso quanto à existência desse princípio, há significativa controvérsia quanto à amplitude das garantias que ele pode oferecer no caso concreto. Os dilemas associados à vedação do retrocesso decorrem, como coloca Sarlet, da simultânea necessidade de garantir a continuidade de um dado nível de proteção jurídica conquistado e adequação desses níveis a uma realidade social e econômica em constante mutação (p.ex.: as possibilidades financeiras do Estado em determinado momento). Adotado como regra absoluta, o princípio inviabilizaria a atividade legislativa e poderia levar o Estado à falência, inviabilizando a tutela de gerações futuras.^[8] Por isso, a aplicação da vedação de retrocesso se apresenta, sempre, como um problema de colisão, que demanda ponderação e harmonização dos interesses e direitos em jogo, garantindo o máximo possível de todos eles. Como coloca Sarlet, em um contexto de crise econômica e incremento da exclusão social, deve ser garantido um espaço político-legislativo de flexibilização de direitos já conquistados, desde que pautado por garantias mínimas.^[9]

Desse contexto, emerge claro que o princípio da vedação de retrocesso se apresenta menos como uma garantia que veda toda e qualquer alteração legislativa desfavorável e mais como expressão do mandamento de maximização/proibição de insuficiência das prestações sociais garantidas constitucionalmente. As medidas consideradas de cunho retrocessivos são permitidas quando devidamente amparadas pelo interesse público e desde que se preserve um núcleo mínimo da dignidade da pessoa humana.

A abordagem sugerida pelo Ministério Público ignora que a abrangência quase ilimitada dos objetivos constitucionais faz com que os direitos e interesses protegidos pela Constituição nem sempre são harmônicos. A implementação de determinados direitos poderá implicar a limitação ou postergação de outros. No caso dos chamados direitos individuais e sociais, a sua implementação tende a contrastar com o interesse geral na gestão eficiente dos recursos públicos (caso da seguridade social) e, por vezes, com a livre iniciativa na exploração econômica (é o caso dos direitos trabalhistas). Em dado cenário econômico, a manutenção do sistema de seguridade social e ensino universal podem ser inviáveis.

A questão se agrava quando se fala dos chamados interesses difusos, como é o caso do direito ao meio ambiente, em que, como anota a doutrina especializada, dada a sua abrangência, indivisibilidade e mutabilidade, apresenta-se em situação de intensa conflituosidade com outros direitos.^[10]

Garante-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (inclusive para as futuras gerações), mas também é garantido a essas gerações a redução das desigualdades, a erradicação da miséria, o pleno emprego, a habitação, a livre iniciativa, isso para não falar no direito de propriedade. Se a vedação de retrocesso, como apontado, não se impõe como norma absoluta nem mesmo no caso dos direitos individuais e sociais, com mais razão ainda quando se trata de direitos difusos. Aquilo que pode aparecer como retrocesso em matéria ambiental, aparece como progresso em matéria de desenvolvimento e, no caso do novo Código Florestal, de segurança jurídica.



Não deixa de ser irônico que dispositivos de harmonização de interesses como aqueles do novo Código Florestal, que estabelecem regras de regularização e anistia, tipicamente considerados uma expressão necessária do direito à segurança jurídica em momentos de transição, sejam atacados em nome da vedação de retrocesso, que também é um desdobramento desse direito à segurança jurídica.

Nas situações de colisão de direitos — como as que surgem quando se aplica o princípio da vedação de retrocesso a interesses difusos —, não existem saídas dogmáticas prontas. Não existe uma resposta certa, mas muitas respostas certas (e um número ainda maior de respostas erradas). É necessário fazer escolhas, lidar com expectativas e, portanto, frustrar expectativas.

Nos casos de máxima conflituosidade, a justa ponderação recomenda uma ampla capacidade de considerar o maior número possível de interesses em jogo e tomar decisões que possam, com o passar do tempo, ser adaptadas rapidamente (ponderando os resultados da ponderação e dos novos conflitos que aparecem). O procedimento apto a legitimar esse tipo de tomada de decisão para a coletividade precisa contemplar ampla publicidade, debate e permeabilidade às vozes dos interesses em jogo. Traços mais afeitos ao processo legislativo do que aos processos judiciais.

Goste-se ou não do resultado, o novo Código Florestal foi legitimado por um procedimento democrático. O fortalecimento da democracia demanda a assunção dos riscos da tomada de decisão. Se é certo que a vinculação constitucional deve assegurar certas garantias nesse processo, é certo também que ela não pode levar a uma despolitização dos assuntos mais relevantes, nem passar a ilusão de que, recorrendo-se ao Judiciário, é possível proteger a coletividade do risco decisório.

O novo Código Florestal é fruto de um sistema (o sistema político-democrático) que busca viabilizar, da melhor maneira possível, a ponderação de interesses na tomada de decisões. Desse sistema já se disse que, com exceção de todos os outros, é o pior. A questão é saber que riscos estamos dispostos a correr por ele. Do modo como vejo, Sócrates morreu para responder essa questão.

[1]— Na década de 30, 90% da fonte energética brasileira ainda era a lenha e a expansão da cultura do café diminuía as florestas e as afastava das cidades, encarecendo seu preço. Assim que, em 1934, surge o primeiro Código Florestal brasileiro, cujo paradigma estava baseado na ideia de que as florestas deveriam ser protegidas em razão do valor econômico/estratégico da lenha — matéria-prima fundamental para incipiente industrialização do país — e também porque delas dependia a integridade dos cursos d'água. Trinta anos depois, em 1965, com o advento e intensificação de uma nova matriz energética — especialmente as hidrelétricas —, a lenha perde seu valor econômico/estratégico e já se começa a falar nas florestas como objeto direto da proteção legislativa (na exposição de motivos do Código de 1965 consta a menção à insatisfação da opinião pública com a situação das florestas). A sua implementação, nos anos 60, faz parte das grandes reformas institucionais do período. Adotando um modelo intervencionista, o Código de 1965 eleva as florestas à categoria de bens de interesse público, o que serve de justificativa para a restrição de uso da propriedade sem o pagamento de indenização. São criadas as áreas de reserva legal e preservação permanente que delimitam, na propriedade privada, cobertura vegetal sujeita a regime de direito público. Ao longo das décadas, o Código de 1965 foi sendo pontualmente alterado seguidas vezes. A par dessas alterações, seguiu-se a formação e acumulação de



um gigantesco passivo florestal. É interessante notar que a promulgação do Código coincide com o início do regime militar que, entre seus objetivos, contemplava a ocupação do território nacional, em especial da região da Amazônia. Os termos de posse concedidos pelo INCRA (que, convém lembrar, é um instituto de colonização e reforma agrária) determinavam que os colonos desmatassem 50% dos seus lotes, sob pena de a terra ser retomada pela União. Nas demais regiões, pela crônica falta de atuação dos órgãos governamentais, os proprietários consolidaram uma realidade de ocupação da maior extensão possível de seus imóveis. Ou seja, já de início, a aplicação do Código não se orientou por uma vocação política preservacionista (“A Política Florestal Brasileira: uma perspectiva histórica” – Kengen S, SIAGEF, Porto Seguro, Julho de 2001). No plano institucional, tem-se que os anos 80 e 90 são acompanhados por um fortalecimento da questão ecológica como endereço da pauta política internacional. A Constituição de 1988, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, a Agenda 21 conferem um novo contorno jurídico-institucional à questão ambiental, com destaque para o conceito de desenvolvimento sustentável.

[2]– A literatura sobre o conteúdo do princípio é vasta e as correntes são diversas. Alguma concórdia se verifica na noção de que *desenvolvimento econômico* não se confunde com *crescimento econômico* e desenvolvimento sustentável não se confunde com um modelo voltado apenas para a subsistência. Para um panorama dos modelos de desenvolvimento, v. Ignácio Sachs [Caminhos para o desenvolvimento sustentável](#). Ed. Garamond, 2006. [Desenvolvimento incluyente, sustentável e sustentado](#). Ignacy Sachs. Ed. Garamond, 2006. Do ponto de vista dos contornos jurídicos do princípio, indispensável o trabalho de Cristiane Derani, *Direito Ambiental Econômico*, São Paulo: Max Limonad, 1997.

[3]– Em particular, o TJSP adotou os seguintes entendimentos: **(a) possibilidade de computar as áreas de reserva legal nas áreas de preservação permanente** (Apelação n.º 9280102-91.2008.8.26.0000, Apelação n.º 9159624-20.2009.8.26.0000, Apelação n.º 9175623-13.2009.8.26.0000, Apelação n.º 9093095-53.2008.8.26.0000, Embargos de Declaração n.º 0004101-92.2009.8.26.0575, Apelação n.º 0007053-25.2004.8.26.0347); **(b) aplicabilidade imediata dos novos padrões de proteção para as áreas de preservação permanente** (Apelação n.º 9090620-27.2008.8.26.0000); **(c) possibilidade de uso sustentável e exploração de baixo impacto em imóvel urbano quase inteiro em área de preservação permanente junto a curso d’água** (Apelação n.º 0156643-11.2008.8.26.0000); **(e) dispensa de averbação da reserva no cartório de registro de imóveis, desde que inscrita no Cadastro Ambiental Rural – CAR** (Embargos de Declaração n.º 0008315-63.2011.8.26.0541, Apelação n.º 0009245-52.2009.8.26.0153); **(f) determinação do Tribunal, em sede de embargos de declaração, para que o Juiz adapte decisão liminar ao Novo Código Florestal** (Embargos de Declaração n.º 0285394-11.2011.8.26.0000; Embargos de Declaração 0000011-12.2008.8.26.0111); **(g) tolerância de construções em área de preservação permanente, desde que se comprove que não causam risco à vida ou à integridade física das pessoas** (Apelação n.º 000499-21.2007.8.26.05060). De sua parte, o TJMG também já decidiu pela **dispensa de averbação da reserva no cartório de registro de imóveis, desde que inscrita no Cadastro Ambiental Rural – CAR** (Apelação Cível 1.0702.09.566738-3/001 5667383-37.2009.8.13.0702 7; processo 1.0479.10.0096904/001; Apelação Cível 1.0713.11.002160-5/001; e Agravo de Instrumento 1.0702.12.014907-6/001) e pela **retroação do Novo Código no âmbito penal, quando mais benéfico** (Apelação Criminal 1.0628.08.012322-5/001 0123225-04.2008.8.13.0628).



[4]– José Joaquim Gomes Canotilho. “Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas”. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. V. também *Direito Constitucional*, 6ª. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

[5]– Ingo Wolfgang Sarlet – “A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro” *In Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 57, 2006, p.2-5.

[6]– Idem, ibidem, p .7.

[7]– No sentido proposto por Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 21-22; 83-86.

[8]– Assim, Andreas Krell, *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. – os (des)caminhos e um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Fabris, p. 40.

[9]– Ingo Wolfgang Sarlet, op. cit. pp. 14-15.

[10]– Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, 3ª. Ed., São Paulo: RT, 1994, pp. 114-115.

Date Created

20/05/2013