Proibição de proteção insuficiente e meio ambiente equilibrado

mage not found or type unknown

Como já amplamente conhecido e reconhecido, no âmbito da pandemia da Covid-19, que já se

arrasta (pelo menos tendo em conta o cenário brasileiro) há cerca de seis meses, sem que se possa, ao menos por ora, ter um prognóstico realístico quanto ao seu término, inúmeras questões envolvendo a proteção de direitos e garantias fundamentais, de todas as funções e dimensões, foram e tem sido submetidas ao crivo do Poder Judiciário, incluindo-se aqui o Supremo Tribunal Federal (STF).

Mesmo ficando restritos ao campo da proteção do meio ambiente e à prática decisória do STF, já são diversos os casos de grande relevância e impacto a merecerem a atenção de todos os brasileiros, mas também da comunidade internacional, como dão conta, entre outros, os recentes exemplos da decisão no RE 654833/AC, rel. min. Alexandre de Moraes (imprescritibilidade da reparação por dano ambiental, Acórdão de 20.04.20), da ADPF 709, rel. ministro Roberto Barroso (vida, saúde dos povos indígenas em face da Covid-19, liminar referendada em 05.08.20), da ADO 59, rel. ministra Rosa Weber (fundo Amazônia, em andamento), ADO 60, rel. min. Roberto Barroso (fundo clima, com audiência pública marcada) e da medida cautelar na ADI 6.421/DF, rel. ministro Roberto Barroso (envolvendo saúde, vida, ambiente, grupos vulneráveis, etc.)

Nesse contexto, e os julgamentos referidos também guardam relação direta e umbilical com o tema, o problema da intensidade da vinculação dos órgãos estatais aos deveres constitucionais de proteção do Estado relativamente ao meio ambiente, na sua condição de direito e dever fundamental (art. 225, CF/88) e a possibilidade (e limites) de controle por parte do Poder Judiciário, igualmente vinculado, segue assumindo particular relevância, teórica e prática.

Ainda nessa quadra preliminar, sabe-se que por força dos seus deveres de proteção (e não apenas em matéria ambiental!) as ações (e omissões) dos atores estatais aqui, na perspectiva do controle judicial, do *Estado-Legislador* e do *Estado-Administrador*, devem situar-se, no âmbito do que se convencionou designar de uma *dupla face* (ou dupla dimensão) do princípio da proporcionalidade, entre a proibição de excesso de intervenção, por um lado, e a proibição de insuficiência de proteção, 1 por outro.

Posto de outra forma, se, por um lado, o ente estatal não pode atuar de modo excessivo, intervindo na esfera de proteção de direitos fundamentais a ponto de desatender aos critérios da proporcionalidade ou mesmo a ponto de violar o *núcleo essencial* do direito fundamental em questão, também é certo que o Estado, por força dos deveres de proteção aos quais está vinculado, não pode *omitir-se ou atuar de forma insuficiente* na promoção e proteção de tal direito, pena de incorrer em violação à ordem jurídico-constitucional.

Conforme passagem do voto do Min. Gilmar Mendes no julgamento da ADI 3112/DF, em decisão do STF que afastou a alegação de inconstitucionalidade formulada em face do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003), ao diferenciar os princípios da *proibição de excesso e proibição de proteção deficiente*, com base na dogmática constitucional alemã: "no primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado quando não *proteja o direito fundamental de maneira ótima;* não será necessário na hipótese de existirem *medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental;* e violara o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo e inferior ao grau de satisfação em que não se realiza o direito fundamental à proteção".2

Se considerarmos o regime constitucional ecológico consagrado pela CF/1988, a *não atuação* (quando lhe é imposto juridicamente agir) ou a *atuação insuficiente* (de modo a não proteger o direito fundamental de modo adequado e suficiente), no tocante a *medidas legislativas e administrativas* voltadas ao combate à degradação do meio ambiente, pode ensejar até mesmo a responsabilidade do Estado, inclusive no sentido de reparar os danos causados a indivíduos e grupos sociais afetados pelos efeitos negativos dos danos ambientais. <u>3</u>

Cabe ao Estado, portanto, por força dos seus deveres de proteção para com os direitos fundamentais, assegurar uma tutela efetiva de tais direitos, especialmente no que tange – o que assume uma posição de destaque para a esfera dos direitos sociais e ambientais – à garantia do *mínimo existencial ecológico*, que, nesse contexto, atua como uma espécie de garantia do *núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente*, aspecto que será retomado mais adiante.

De acordo com os deveres de proteção, o Estado estará – no âmbito do que se designou da *relação multipolar* (Christian Calliess)4 que se estabelece em função da *proibição de excesso* e da *proibição de insuficiência* – vinculado, simultaneamente, a respeitar (na *perspectiva negativa ou defensiva*) os direitos fundamentais e (*na perspectiva positiva ou prestacional*) atuar na proteção de tais direitos e outros bens constitucionais em relação aos quais incidem imperativos de tutela.

Ao traçar a relação entre o dever de proteção e a proibição de insuficiência, Claus-Wilhem Canaris destaca que o primeiro tem em conta o "se" da proteção do direito fundamental, ao passo que o segundo diz respeito ao "como" o imperativo de tutela será efetivado, a ponto de resguardar as exigências mínimas em termos de sua eficiência e que são constitucionalmente exigidas, e se bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobreavaliados. Num primeiro passo, há que fundamentar a existência do dever de proteção como tal, e, num segundo momento, verificar se o *direito ordinário satisfaz suficientemente esse dever de proteção*, ou se, pelo contrário, apresenta insuficiências nesse aspecto. 6

A insuficiência manifesta de proteção estatal — por exemplo, ausência ou insuficiência da legislação em dada matéria, conforme já se pronunciou o STF7 — caracteriza violação ao dever ou imperativo de tutela imputado ao Estado pela Constituição, e, consequentemente, a inconstitucionalidade da medida, tenha ela natureza omissiva ou comissiva. Isso, por certo, torna possível o *controle judicial de tal déficit de agir do ente estatal*, por força, inclusive, da própria vinculação do Poder Judiciário (no sentido de um *poder-dever*) aos deveres de proteção, de modo que se lhe impõe o dever de rechaço da legislação e dos atos administrativos inconstitucionais, ou, a depender das circunstâncias, o dever de correção de tais atos mediante uma interpretação conforme a Constituição e de acordo com as exigências dos deveres de proteção e da proporcionalidade.8

O Plenário do STF, nesse sentido, reconheceu recentemente a inconstitucionalidade de legislação estadual que teria conferido *proteção deficitária às áreas de proteção permanente (APPs)* em comparação ao regramento nacional estabelecido pelo Código Florestal (Lei 12.651/2012), extrapolando o ente federativo estadual, ao assim agir, os limites da sua competência suplementar decorrente da competência concorrente estabelecida no art. 24, caput, VI, § 2°, da CF/1988. O STF, na referida decisão, afirmou claramente a existência de violação dos critérios da proporcionalidade (e razoabilidade) na atuação do legislador estadual ao expor bens jurídicos de máxima importância (no caso, a proteção ecológica), violando, em outras palavras, o *princípio da proibição de proteção insuficiente ou deficiente*. 9

Ainda sobre o entendimento da nossa Corte Constitucional acerca do tema, registra-se passagem do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 4.901/DF, que versava sobre a constitucionalidade do Novo Código Florestal de 2012:

"Com efeito, emerge do próprio art. 225 de nossa Lei Fundamental o dever constitucional de proteção ao meio ambiente, que incide na?o apenas sobre a pro?pria coletividade, mas, notadamente, sobre o Poder Pu?blico, a quem se impo?e o gravi?ssimo encargo de impedir, de um lado, a degradac?a?o ambiental e, de outro, de na?o transgredir o postulado que veda a protec?a?o deficiente ou insuficiente, sob pena de intervenc?a?o do Poder Judicia?rio, para fazer prevalecer o mandamento constitucional que assegura a incolumidade do meio ambiente e para neutralizar todas as ac?o?es ou omisso?es governamentais de que possa resultar a fragilizac?a?o desse bem de uso comum do povo. Essencial, portanto, que o Estado, seja no exerci?cio de suas func?o?es legislativas, seja na realizac?a?o de suas atividades administrativas, respeite o princi?pio da proporcionalidade, em cuja estrutura normativa compreende-se, ale?m da proibic?a?o do excesso, o postulado que veda, em sua outra dimensão, a insuficiência da proteção estatal".10

A vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, e, portanto, aos correlatos deveres de proteção, guarda importância singular não só para a análise da categoria da proibição de proteção insuficiente, mas também para garantia da proibição de retrocesso, posto que, também no que diz respeito a atos do poder público que tenham por escopo a *supressão ou redução dos níveis de proteção ecológica* (cujo controle igualmente implica consideração dos critérios da proporcionalidade na sua dupla perspectiva), caberá aos órgãos jurisdicionais a tarefa de identificar a ocorrência de prática inconstitucional e, quando for o caso, afastá-la ou corrigi-la, como, aliás, o fez o STF na decisão referida anteriormente, proferida no bojo da ADI 4.988/TO.

Além disso, independentemente de se proceder aqui a uma avaliação do mérito e da correção no uso da categoria da proibição de proteção insuficiente pelo STF nas suas decisões, o que importa (e este, ao fim e ao cabo, o mote da presente coluna) é destacar o quanto tal critério, manejado para o controle judicial de ações e/ou omissões do poder público, tem sido relevante e o quanto ainda poderá ser produtivo, não só – mas aqui em especial – para a efetivação do dever de proteção ambiental e a combate aos não poucos retrocessos (ou tentativas de!) nessa seara.

Aliás, para ilustrar o ponto, bastaria aqui, dentre outros, referir a recente e altamente polêmica ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Presidência da República (ADI 6446/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, onde se pretende obter a declaração da nulidade parcial, sem redução de texto, do conjunto normativo formado pelos artigos 61-A e 61-B da Lei nº 12.651/2012 e artigos 2º, parágrafo único, 5º e 17 da Lei nº 11.428/2006, de modo a "excluir do ordenamento jurídico interpretação inconstitucional dos referidos dispositivos que impeça a aplicação do regime ambiental de áreas consolidadas previsto no Código Florestal de todas as áreas de preservação permanente inseridas no bioma da *Mata Atlântica*".

Mas isso já é assunto para outra coluna.

1 Sobre a dupla face do princípio da proporcionalidade, simultaneamente como proibição de insuficiência e proibição de excesso, v. SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e proibição de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, Mar-Abr, 2004, p. 60-122; STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 53, maio-set, 2004, p. 223-251; FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Com enfoque voltado para a matéria ambiental, v. FREITAS, Juarez. Princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância. In: *Separata Especial de Direito Ambiental da Revista Interesse Público*, n. 35, 2006, p. 33-48. Por último, v. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Curso de Direito Ambiental*, São Paulo: GEN, 2020, p. 244 e ss.

2 STF, ADI 3112/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 02.05.2007.

- 3 Sobre a possibilidade de responsabilização do Estado por danos causados às vítimas de desastres ambientais associados às mudanças climáticas, v. FENSTERSEIFER, Tiago. A responsabilidade do Estado pelos danos causados às pessoas atingidas pelos desastres ambientais associados às mudanças climáticas: uma análise à luz dos deveres de proteção ambiental do Estado e da correspondente proibição de insuficiência na tutela do direito fundamental ao ambiente. In: LAVRATTI, Paula; PRESTES, Vanêsca Buzelato (Orgs.) *Direito e mudanças climáticas* (n. 2): responsabilidade civil e mudanças climáticas (Instituto O Direito por um Planeta Verde). Disponível em: www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=publicacoes.
- <u>4</u> V. CALLIESS, Christian. Die grundrechliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis. In: *Juristen Zeitung* (JZ), 2006, p. 330.
- 5 Idem, pp. 122-123.
- 6 Idem, p. 123.
- <u>7</u> "Direito constitucional. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Equiparação do prazo da licença-adotante ao prazo de licença-gestante. (...) 2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. *Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente*. (...) (grifos nossos)". (STF, RE 778.889/PE, Pleno, rel. Min. Barroso, j. 10.03.2016).
- 8 SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais..., pp. 389 e ss.
- 9 "O Plenário julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 3°, III, 1 (1), da Lei 1.939/2008 do Estado do Tocantins, que permite construções destinadas exclusivamente ao lazer em Áreas de Preservação Permanente (APP), com área máxima de 190 metros quadrados. O Tribunal entendeu configurada a inconstitucionalidade formal do dispositivo. O legislador tocantinense, ao conferir às Áreas de Proteção Ambiental (APP's) proteção deficitária em comparação ao regramento nacional (Código Florestal), extrapolou os limites da competência suplementar, decorrente da competência concorrente entre União e Estados (CF, art. 24, caput, VI, § 2°). O colegiado reconheceu, ainda, a inconstitucionalidade material. Não há proporcionalidade e razoabilidade em expor bens jurídicos de máxima importância sem justificativa plausível, especialmente na construção de área de 190 metros quadrados dentro de APP com a mera finalidade de lazer, sem se importar com o tamanho do terreno do condomínio ou com os efeitos nefastos que podem ser gerados. Em áreas de preservações iguais ou menores a 190 metros quadrados, por exemplo, a construção acabará com a preservação. Além disso, embora a norma estabeleça que a construção não deva conter fossas sépticas ou outras fontes poluidoras, o simples fato de haver tubulações implica alteração do meio ambiente, fato que gera verdadeira lesão ambiental às APP's". (STF, ADI 4.988/TO, Tribunal Pleno, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 19.9.2018, Informativo n. 918, de 17 a 21 de setembro de 2018).
- 10 STF, ADI 4.901/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28.02.2018.

Date Created

CONSULTOR JURÍDICO

www.conjur.com.br

14/08/2020