

O princípio da proporcionalidade socioambiental



Gabriel Wedy
Juiz e professor

O caráter dinâmico e aberto do Direito, inerente a uma sociedade

democrática e pluralista, exige do julgador contemporâneo o emprego do princípio da proporcionalidade para deslindar as antinomias entre as normas jurídicas e preservar a unidade e coerência do sistema.^[1]

Pode ser entendido como parte de um movimento contrário ao formalismo oitocentista, inerente à necessidade de proteger os direitos humanos em face dos poderes do Estado,^[2] e indica a “existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo”.^[3]

A origem e o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade estão relacionados com as garantias do devido processo legal do Direito anglo-saxão e com as decisões do Tribunal Constitucional alemão, e consistiram, no escólio de Barroso, em duas grandes fases: a primeira, de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*).

A primeira versão refere-se à exigência de igualdade perante a lei e está relacionada à “garantia voltada para a regularidade do processo penal, depois estendida ao processo civil e ao processo administrativo. Seu campo de incidência recaía notadamente no direito ao contraditório e à ampla defesa”. A acepção substantiva ou material, prossegue Barroso, marcou um “impulso de ascensão do Judiciário”, de modo que, por meio do devido processo legal, “abriu-se um amplo espaço de exame do mérito dos atos do Poder Público, com a redefinição da noção de discricionariedade”.

A cláusula enseja, assim, a “verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes essas condições poder-se-á admitir a limitação a algum direito individual”.^[4]

É possível falar na existência de três elementos do princípio da proporcionalidade, assim resumidos:

(a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meios menos gravosos para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a

interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.^[5]

Pertinente referir, ademais, a clássica concepção de Aharon Barak, que introduz um quarto componente ^[6] da proporcionalidade: a identificação do “propósito adequado” (*proper purpose*) a justificar a limitação a um direito constitucional. No campo do Direito Ambiental, esse elemento pode ser identificado como “legitimidade intertemporal”, no sentido de que o “teste de proporcionalidade de ação (ou abstenção) de indivíduos, organizações e do próprio Poder Público requer, primeiramente, que se verifique se determinada intervenção atende aos objetivos do desenvolvimento sustentável”.^[7]

A aplicação tradicional do princípio remonta ao âmbito do poder de polícia,^[8] sobretudo para coibir atos estatais que representem gravames desnecessários à consecução das finalidades da atuação estatal, ou, parafraseando Jellinek, para que a polícia não utilize canhões para abater pardais.^[9] Por outro lado, o princípio da proporcionalidade deve ser empregado não apenas como proibição de excesso por parte do Estado, mas também como vedação de proteção deficiente. Para Canaris, é mister diferenciar entre a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela e como proibições de intervenção. Aquela envolve a problemática da omissão do Estado e se pretende garantir que a proteção satisfaça às exigências mínimas na sua eficiência. Ao legislador se confere certa liberdade de conformação; contudo, existem limites para aquém dos quais ocorre uma violação da proibição de insuficiência.^[10]

Pode ser considerado como corolário da proporcionalidade na vertente da vedação de proteção insuficiente o princípio da “obrigatoriedade da intervenção do Poder Público”, conforme consta na Declaração de Estocolmo de 1972 nos seguintes termos: “Deve ser confiada às instituições nacionais competentes a tarefa de planificar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente”. Igualmente, a Declaração do Rio de 1992, no seu Princípio 11, prevê: “Os Estados deverão promulgar leis eficazes sobre o meio ambiente”. Como refere Machado:

O Poder Público passa a figurar não como proprietário dos bens ambientais — águas, ar e solo, fauna e florestas, patrimônio histórico — mas como um gestor ou gerente que administra bens que não são dele e, por isso, deve explicar convincentemente a sua gestão. A aceitação dessa concepção jurídica vai conduzir o Poder Público a ter que prestar contas sobre a utilização dos “bens de uso comum do povo”.^[11]

Referido princípio está calcado em novas ideias de gerenciamento ambiental^[12], como eficiência, democracia, prestação de contas e, de modo mais abrangente, governança. Na visão de Milaré, é adequado falar-se no princípio da “natureza pública da proteção ambiental”, o qual “decorre da previsão legal que considera o meio ambiente um valor a ser necessariamente assegurado e protegido para uso de todos” e mantém “estreita vinculação com o princípio geral, de Direito Público, da *primazia do interesse público*, e também com o princípio de Direito Administrativo da *indisponibilidade do interesse público*”.^[13]

Outrossim, segundo o mesmo autor, o princípio do *controle do poluidor pelo Poder Público* resulta das “atribuições e intervenções do Poder Público necessárias à manutenção, preservação e restauração dos recursos ambientais, com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente”, bem como do previsto no art. 23, inc. VI da Carta da República, que “estabelece a solidariedade de todos os entes do Poder Público para a proteção do meio ambiente e o combate de todas as formas de poluição”. Este

princípio se concretiza pelo desempenho do poder de polícia e da composição de interesses do Poder Público com os agentes poluidores, de molde a estabelecer ajustamentos de conduta que levem à cessação das atividades nocivas.

Em caso de omissão indevida, pode ser exigida do Estado, inclusive judicialmente, a implementação positiva de medidas adequadas à proteção e à preservação do meio ambiente e à recuperação de eventuais danos ambientais. Esse preceito fundamenta, v.g.: a) a admissão do controle judicial de políticas públicas ambientais, como a determinação judicial para o Poder Público fazer obras para impedir a poluição de um rio;[\[14\]](#) b) a determinação ao Poder Público para elaboração de plano de manejo e gestão de unidade de conservação, quando constatada inércia configuradora de violação do dever fundamental de proteção do meio ambiente;[\[15\]](#) e c) a responsabilidade objetiva de todos os entes federativos por omissão do dever de fiscalização ambiental.[\[16\]](#)

Cabe mencionar, por fim, a abordagem de Gerd Winter a respeito da "ecoproporcionalidade". Para o professor alemão, é necessário ir além da "socioproporcionalidade", cuja presença foi erigida como essencial para justificar a intervenção do Estado na esfera dos indivíduos. O jurista adota, portanto, a concepção de "ecoproporcionalidade", pela qual a intervenção humana na natureza deve ser *proporcional* em seus três aspectos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.[\[17\]](#) Em tempos de *Laudato Si*, da *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável (e os seus 17 ODS – Objetivos do Desenvolvimento Sustentável)*, do *Acordo de Paris*, das greves globais de Greta Thunberg e, mais recentemente, do *Relatório de Riscos Globais 2020 do Fórum Econômico Mundial* de Davos [\[18\]](#) – no sentido da necessidade da adoção de uma economia sustentável e atenta ao aquecimento global – a concepção "ecoproporcional" de Winter parece não apenas ser a mais adequada, mas a mais responsável ambientalmente e, ainda, a única possível dentro de uma perspectiva intergeracional.

[\[1\]](#) MOREIRA, Rafael Martins Costa. *Direito Administrativo e Sustentabilidade: o novo controle judicial da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 93.

[\[2\]](#) Barak enfatiza a função da proporcionalidade como movimento contrário ao formalismo (*counter-formalism*) (BARAK, Aharon. *Proportionality*. Trad. Doron Kalir. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 177).

[\[3\]](#) BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 392-3.

[\[4\]](#) BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 219-20.

[\[5\]](#) BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 229.

[\[6\]](#) BARAK, Aharon. *Proportionality*. Trad. Doron Kalir. New York: Cambridge University Press,

2012. p. 131.

[7] FREITAS, Juarez; MOREIRA, Rafael Martins Costa. Sustentabilidade e proporcionalidade: proposta de inserção do critério de legitimidade intertemporal. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 20, n. 108, p. 15-39, mar./abr. 2018, p. 34. Sobre o princípio constitucional do desenvolvimento sustentável como dever e direito fundamental, consultar: WEDY, Gabriel. *Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

[8] BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 229.

[9] MOREIRA, Rafael Martins Costa. *Direito Administrativo e Sustentabilidade*: o novo controle judicial da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 96.

[10] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. trad. SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. Coimbra: Almedina, 2012. p. 65, 115-9, 138-9.

[11] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 137-138.

[12] Para uma visão mais aprofundada do princípio da proporcionalidade ambiental, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, ver: WEDY, Gabriel; MOREIRA, Rafael Martins Costa. *Manual de Direito Ambiental*: de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

[13] MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 260-261.

[14] STF, 1ª T., RE 417408 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 20.03.2012, DJ 25.04.2012.

[15] STJ, 2ª T., REsp 1163524/SC, Rel. Min. Humberto Martins, j. 05.05.2011, DJe 12.05.2011.

[16] STJ, 2ª T., AgRg no REsp 1417023/PR, Rel. Min. Humberto Martins, j. 18.08.2015, DJe 25.08.2015.

[17] WINTER, Gerd. *Ecological Proportionality: an emerging principle of law for nature?* In: VOIGT, Christina (Ed.). *Rule of Law for Nature: new dimensions and ideas in environmental law*. New York:

Cambridge University Press, 2013, p. 111-129.

[18] De acordo com o *Global Risks Report*, em 2018 os desastres naturais causaram um prejuízo global de US\$ 165 bilhões de dólares. WORLD ECONOMIC FORUM. *Global Risks Report 2020*. Disponível em: <http://reports.weforum.org/global-risks-report-2020/chapter-one-risks-landscape/>. Acesso em: 06.02.2020

Date Created

08/02/2020