

Proibição de proteção insuficiente e meio ambiente equilibrado

14/08/2020



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-Legislator* 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.³

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-Wilhelm 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.⁵ 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, conseqüentemente, 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, § 2º, 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 não apenas sobre a própria coletividade, mas, notadamente, sobre o Poder Público, a quem se impõe o gravíssimo encargo de impedir, de um lado, a degradação ambiental e, de outro, de não transgredir o *postulado que veda a proteção deficiente ou insuficiente*, sob pena de *intervenção do Poder Judiciário*, para fazer prevalecer o mandamento constitucional que assegura a incolumidade do meio ambiente e para *neutralizar todas as ações ou omissões governamentais de que possa resultar a fragilização desse bem de uso comum do povo*. Essencial, portanto, que o Estado, seja no exercício de suas funções legislativas, seja na realização de suas atividades administrativas, respeite o princípio da proporcionalidade, em cuja estrutura normativa compreende-se, além da proibição 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, Vanêsa 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.

4 V. CALLIESS, Christian. Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis. In: *Juristen Zeitung* (JZ), 2006, p. 330.



5 Idem, pp. 122-123.

6 Idem, p. 123.

7 “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. 3º, III, I (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, § 2º). 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.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-ago-14/direitos-fundamentais-proibicao-protecao-insuficiente-meio-ambiente-equilibrado/>