

O DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO*

Gleydson Gleber Bento Alves de Lima Pinheiro

Sumário: Introdução. Capítulo I – Os Axiomas do Constitucionalismo Contemporâneo. 1.1. Os Direitos Fundamentais e a Dignidade Humana no centro do constitucionalismo. 1.2. Estado de Direito e submissão dos poderes públicos à Constituição. Capítulo II – Direito Fundamental ao Meio Ambiente Saudável e Dever do Estado de Preservação. 2.1. O direito fundamental ao meio ambiente. 2.2. Os direitos prestacionais. 2.3. O dever fundamental de proteção do meio ambiente. Capítulo III – O Princípio da Proibição da Proteção Deficiente Ambiental. 3.1. Dever estatal de proteção e parâmetro mínimo de eficácia dos direitos fundamentais. 3.2. A proibição da proteção deficiente ambiental. 3.3. Critérios para caracterizar o déficit. 3.4. Entre a proibição da insuficiência e a proibição do excesso. Capítulo IV – Controle Efetuado pela Corte Constitucional do Brasil na Realização do Direito ao Meio Ambiente Saudável. 4.1. A função judiciária diante da omissão executiva. 4.2. Princípio da Reserva da Possível x Princípio da Proibição da Proteção Deficiente. 4.3. Controle da omissão executiva pelo Supremo Tribunal Federal. Breves comentários sobre decisões proferidas pela Corte Constitucional. Conclusão. Referências Bibliográficas.

* Relatório de Mestrado da disciplina de Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente no âmbito do Curso de Direito Constitucional da Faculdade de Direito, da Universidade de Lisboa, no ano letivo 2011/2012, sob regência da Professora Doutora Carla Amado Gomes.

cas. Sítios Eletrônicos Jurídicos[‡]

INTRODUÇÃO



exposição que se segue constitui o relatório final da investigação realizada na disciplina Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente, sob a regência da Senhora Professora Doutora Carla Maria Amado Gomes, no Curso de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em convênio com a Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco, no Brasil, no ano letivo de 2011/2012.

Abordamos, em linhas gerais, análise do princípio da proibição da proteção deficiente no dever de proteção ambiental, traçando ao final nuances da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

A pesquisa foi basicamente bibliográfica, recorrendo a livros publicados nas áreas de Direito Constitucional e Direito Ambiental, com pesquisa em artigos científicos relacionados ao tema e teses de mestrado. A jurisprudência teve exploração pontual, no contexto nuclear do assunto. Observamos, pois, que

[‡] Indicações de redação e leitura: O Relatório foi redigido consoante os padrões convencionados no Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Lisboa, a 16 de Dezembro de 1990, por Portugal, Brasil, Angola, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Guiné-Bissau, Moçambique e, posteriormente, por Timor Leste. No Brasil, o Acordo em questão foi aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 54, de 18 de Abril de 1995. Com isso procura-se justificar, por exemplo, a supressão do trema e algumas diferenças em relação ao uso do hífen, à acentuação e à ortografia de algumas palavras. Ressalta-se que o acordo é meramente ortográfico, e por isso não elimina todas as diferenças ortográficas e semânticas verificadas nos países que têm a língua portuguesa como idioma oficial. No presente trabalho foi utilizado o padrão brasileiro da língua portuguesa. As citações das obras e dos autores de referência foram feitas em notas de rodapé, arranjadas ao longo do texto segundo o critério numérico ascendente.

a jurisprudência do Tribunal Constitucional brasileiro ainda se encontra discreta e frágil.

Os objetivos específicos consistiram em: a) pesquisar a teoria dos deveres fundamentais, com especial ênfase ao caráter irradiante dos direitos fundamentais, ou seja, sua perspectiva objetiva; b) observar que diante da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, temos o dever de proteção ambiental como meio de tutelar às agressões ao ambiente; c) propor a teoria da proibição da proteção deficiente como meio utilizado para garantir ao Estado a plena consecução do dever de proteção ambiental; d) analisar o mencionado princípio, com destaque para o estudo de casos constitucionais no direito brasileiro em que esse tema merece respeito.

Partimos, em capítulo primeiro, da noção dos direitos fundamentais, do homem e da dignidade humana enquanto centros do constitucionalismo moderno. Constatando-se a feição objetiva que normatiza os direitos fundamentais, consistente no dever de proteção diante de ataques dos particulares, vem o Estado agora a travestir-se de defensor dos direitos fundamentais, não sendo apenas aquele que deveria abster-se de intervir, projetando-se a Constituição como fundamento normativo do sistema de controle.

Temos a intenção de demonstrar o vínculo existente entre a Constituição e os deveres de proteção, tendo na efetividade constitucional a base do constitucionalismo moderno, cabendo aos poderes a submissão ao caráter normativo da Constituição, efetivando o seu conteúdo.

No capítulo segundo há destaque para o estudo da fundamentalidade do Direito ao Ambiente, contrastando com a posição doutrinária da existência apenas do Direito do Ambiente, com análise do dever de proteção ambiental, culminando com a necessidade de estabelecer elo entre o dever de proteção e o tema políticas públicas, visando a concretização do chamado mínimo existencial.

Ao se demonstrar a teoria dos deveres fundamentais, filiamo-nos à tese da abertura da fundamentalidade material em que não é necessário que os deveres estejam expressos em número fechado e sim que sejam reverso dos direitos fundamentais.

No capítulo terceiro far-se-á uma abordagem sobre um tema ainda novo na doutrina nacional. Enfrentamos o lado ainda pouco conhecido da proporcionalidade, no caso, o princípio da proibição da proteção deficiente no direito ambiental. A partir da origem e da fundamentação desse princípio no cenário nacional, tentamos formatar o que deve ser a eficiência no dever de proteção ambiental. Há, ainda, análise do princípio no contexto português e nuances de sua aplicação no direito internacional, demonstrando sua consolidação na concreta efetivação dos direitos fundamentais.

Há, ainda, no capítulo, uma interação entre a proibição do excesso e a proibição da insuficiência, demonstrando-se as similitudes entre os institutos e suas diferenças, em especial a visão doutrinária da suficiência dogmática do princípio da proibição do déficit.

Por fim, no quarto capítulo verificamos algumas situações em que o dever de tutela ambiental eficiente vem sendo contemplado pela Suprema Corte brasileira. O propósito desse capítulo é verificar as incoerências na análise do princípio da proibição do déficit para a concessão do dever de proteção ambiental, mas observando que a atuação do Supremo Tribunal Federal é proativa e garante por vezes o que o Estado na sua função administrativa não exerce por deliberada omissão.

A tônica da exposição é um estudo do dever de proteção ambiental com enfoque no princípio da proibição do déficit, e no âmbito desse movimento de ideias, a presente proposta de estudo se individualiza por trazer particularmente a possibilidade de controle das políticas ambientais.

CAPÍTULO I – OS AXIOMAS DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

1.1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIGNIDADE HUMANA NO CENTRO DO CONSTITUCIONALISMO

Os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana estão no centro do constitucionalismo moderno¹. Apesar de não ser presente em alguns ordenamentos marcados pelo totalitarismo, todo Estado considerado de Direito deve marcar a vida dos que nele habitam pelos preceitos acima.

Nesse novo modelo de constitucionalismo há uma maior intervenção estatal para consecução do princípio-valor² da pessoa humana e o caráter vinculante dos direitos fundamentais. Buscar o conceito de dignidade da pessoa humana não é tarefa fácil, mas é certo que está em causa a autonomia ética da pessoa, cabendo a esta mensurar sua própria dignidade³, não podendo, pois, anulá-la ou destruí-la, escolhendo seu próprio caminho e estabelecendo suas próprias decisões, mas sem se descurar que é pessoa e não objeto.

Importa trazer a lume o sentido da dignidade da pessoa humana relacionada com os poderes públicos, impondo que estes tracem sua atuação por tal princípio, não praticando qualquer ato que importe na ofensa desta dignidade e interpretem toda e qualquer norma sem se descurar do homem enquanto centro do constitucionalismo. Assim, dignidade da pessoa hu-

¹ ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*. Editora Principia. 2ª edição, Cascais. 2011, p. 64.

² Robert Alexy traz distinção entre valores e princípios, expondo que a diferenciação está no caráter deontológico (dever-ser) dos princípios e axiológico (domínio do bom) dos valores, embora traga a noção de estrutura única para ambos. *In Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, Malheiros, 2ª edição, p. 90.

³ NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2011, p. 57 e ss.

mana não implica somente autonomia da vontade mas respeito por todos e principalmente pelos entes estatais desta autonomia, protegendo-a.

Já em relação aos direitos fundamentais, partimos de sua conceituação, entendendo de pronto que os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos nas Constituições, diferentemente da expressão direitos do homem, utilizada comumente no direito internacional⁴. Assim, a positivação é pressuposto para a conceituação do que seja direito fundamental e cada Estado consagrará o que considera direitos fundamentais, não sendo expressão unívoca. Não obstante, o conceito material de direito fundamental no Brasil traz a lume não uma lista fechada, mas uma enumeração aberta e sistemática, que se alarga e vai além dos previstos no título próprio, por opção explícita do próprio Constituinte⁵.

Tradicionalmente dividem-se os direitos fundamentais em gerações, ligadas a movimentos constitucionais diversos. O professor Paulo Bonavides⁶ enumera cinco gerações para os direitos fundamentais, quais sejam: primeira geração (direitos de liberdade), segunda geração (direitos de igualdade), terceira geração (direitos de fraternidade), quarta geração (democracia, informação e pluralismo) e quinta geração (direito à paz).

Estas gerações estão ligadas ao modo de interpretação de tais direitos, especialmente como são protegidos pelo Estado, sendo certo que mesmo nos direitos de defesa (primeira geração), já se entende que o Estado tem o dever de proteção contra qualquer ataque a tais direitos, ou seja, todo direito fundamental tem sua dimensão positiva. Dentro da conceituação de Paulo

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 6ª edição. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006, p. 36.

⁵ Parágrafo 2º. do art. 5º e o art. 7º., *caput*, ambos da Constituição Federal de 1988.

⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27ª edição, Malheiros, São Paulo, 2012, p. 578 e ss.

Bonavides⁷ o direito ao meio ambiente saudável está elencado nos direitos fundamentais de solidariedade, destinando-se a preservar o gênero humano e assim também em relação a tais direitos deve o Estado respeitar e proteger, sendo o diferencial neste caso a necessidade de uma maior interação entre Estados para fazer valer concretamente o direito, como são os casos de conferências internacionais, a exemplo da recente Rio +20.

É certo que as gerações ou dimensões se interpenetram. Assim, um direito considerado de solidariedade, tem também sua conotação social e aspecto individual ou de defesa, havendo a distinção por fins didáticos e históricos, pois a divisão estanque de tais direitos levaria a diferentes conotações por parte do intérprete, justamente o que se quer abolir no moderno constitucionalismo, dando-se eficácia e efetividade às normas constitucionais.

1.2. ESTADO DE DIREITO E SUBMISSÃO DOS PODERES PÚBLICOS À CONSTITUIÇÃO

A vontade geral no Estado de Direito não é o que baliza o poder, mas a autonomia de todos que estão na sociedade e a dignidade da pessoa humana. A democracia constitucional não só respeita como reconhece suas minorias, participando de um Estado plúrimo, em que até o poder constituinte originário deve respeito a tais valores. Jorge Reis Novais sintetiza este pensamento ao expor que <<o Estado social e democrático de Direito reconhece na autonomia individual e nos direitos fundamentais uma força vinculante que, independentemente dos fundamentos filosóficos, políticos ou ideológicos invocados, afecta não só a administração e o conjunto dos poderes constituídos, mas que se impõe materialmente ao próprio poder constituinte originário⁸>>.

⁷ Ob. cit., p. 588.

⁸ NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito.

No atual panorama, o Estado de Direito traz uma imagem de constituição não enquanto documento político, mas com força normativa, cuja concretização não mais cabe apenas aos poderes Executivo e Legislativo, havendo o chamado fenômeno da judicialização do Direito. Todos os poderes se submetem à Constituição e devem não só respeitá-la como concretizá-la. Qualquer ato de desrespeito ou omissão em relação aos preceitos constitucionais deve ser imediatamente coibido, mesmo quando é cometido por um dos poderes constitucionais.

Em decorrência da superioridade hierárquica da Constituição, na elaboração e definição das políticas públicas, os administradores e legisladores não podem desprezar os limites definidos pelos fins constitucionais, como a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, previsto no multireferido art. 3º, que são imperativos constitucionais e devem estar presentes em todas as políticas públicas, sendo inconstitucional qualquer política que contrarie tais fins constitucionalmente previstos. Estes determinam, pois, o sentido e o conteúdo das políticas públicas.

O atual constitucionalismo concede ao cidadão o direito de exigir do Estado a observação constante do texto constitucional, cabendo aos poderes estatais a completa submissão ao que traz a Constituição, submissão no sentido não só de acatar as normas constitucionais mas de fazê-las efetivas.

CAPÍTULO II – DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL E DEVER DO ESTADO DE PRESERVAÇÃO

2.1. O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE

O direito ambiental começa a ter projeção mundial e discussão doutrinária firme na década de 70. Já em 1972, na chamada Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, firmou-se entendimento em seu princípio 1 que << o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras⁹>>.

Note-se que na perspectiva de gerações de direitos, inaugura-se o chamado terceiro ciclo, e a declaração deixa bem claro que além dos direitos de liberdade e igualdade, temos agora os direitos de solidariedade, com especial atenção ao direito ambiental. Vemos também uma perspectiva antropocêntrica, fundada no homem, que tem direito ao meio ambiente saudável e obrigação de preservá-lo para tanto.

Em 1992, vinte anos após a primeira manifestação, a Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento reafirma a Declaração de Estocolmo, expondo mais uma vez já no primeiro princípio que <<os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a Natureza¹⁰>>.

Trata-se, essas Declarações, de *soft law* (direito flexível, sem obrigatoriedade e coercibilidade), consideradas quase-instrumentos-jurídicos que não têm qualquer força vinculativa ou cuja força é um pouco mais fraca do que a força obrigatória da lei tradicional, chamada de *hard law*. São veículos do Direito Internacional, e têm muita importância no Direito Internacional Ambiental, pois apesar de não vincularem os Estados,

⁹ www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf. Acesso em 15 de agosto de 2012.

¹⁰ www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf. Acesso em 15 de agosto de 2012.

trazem na repetição fator importante, pois como no Direito Internacional não podemos vincular Estados, constitui o *soft low* uma obrigação moral.

No Direito Brasileiro a Constituição de 1988 optou por consagrar o Direito ao Meio Ambiente Saudável enquanto Direito Fundamental, ao expor no artigo 225 que << Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações¹¹>>.

Apesar de não se encontrar detalhado no Título II da Constituição Brasileira, que traz os Direitos e Garantias Fundamentais, é considerado Direito Fundamental à vista da sistemática constitucional.

É a discussão que se firma entre conceito formal e conceito material de direito fundamental. Por conceito formal, temos serem direitos fundamentais os constantes do rol do Título II da Constituição. Já ao entabularmos o critério material do que seja direito fundamental não podemos nunca querer tentar enumerar dentro da própria Constituição onde se encontram tais direitos, sob pena de provocar confusão com o conceito formal de tais direitos, mas é na própria Constituição que encontramos a resposta ao conceito quando no parágrafo 2^o. do art. 5^o. é asseverado que <<os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte>>.

Também o art. 7^o., *caput*, da Constituição alarga o conceito material ao expressar de maneira exemplificativa os Direitos Sociais ali constantes com a expressão <<além de outros que visem a melhoria de sua condição social>>. Vemos, pois, um conceito aberto, que vai além da própria Constituição, de-

¹¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 09 de junho de 2012.

vendo o intérprete buscar a fundamentalidade do direito para o dizer fundamental, buscando-se na dignidade da pessoa humana o fundamento e ponto de partida para o considerá-lo pertencente ao rol¹². E é tanto assim que Constituições como a alemã não consagram os Direitos Sociais na Carta Constitucional e nem por isso não o elevam à condição de fundamentais.

Por dignidade da pessoa humana, temos que diante da polissemia do vocábulo devemos ter em uma existência condigna a resposta para o termo¹³. Por não ser conceito estático e sempre refeito com a evolução social, temos que a dignidade da pessoa humana traz seu caráter verde com a consagração do direito ambiental entre os direitos fundamentais. Não se vê na dignidade humana apenas os direitos de liberdade e os direitos sociais, mas o agora chamado *bem-estar ambiental*, em que a segurança ambiental é debatida e assegurada, buscando-se uma vida saudável, preservando-se a personalidade humana de um ambiente de risco.¹⁴ Não existe dignidade humana sem saúde, com parcas condições ambientais e sanitárias, e assim preservar o ambiente é fundamental para o desenvolvimento desta e das gerações vindouras.

Do mesmo modo que não especificou explicitamente a aplicabilidade das normas ambientais, também não andou bem o Constituinte quanto a especificar a natureza jurídica das normas ambientais. Como já dito acima, o direito ao meio ambiente é na maioria da doutrina considerado um direito de terceira geração, marcado pelo princípio da solidariedade, apesar de

¹² OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos Fundamentais Sociais, efetividade frente à reserva do possível, Juruá, Curitiba, 2011, discorre com lucidez sobre o tema logo no primeiro capítulo da obra.

¹³ NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 64.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011, pp. 38-39.

também por vezes ser denominado direito social. Ingo Sarlet¹⁵, apesar de reconhecer a dimensão individual de tal direito, diz que sua característica basilar é a titularidade coletiva, com implicação universal. Assim, tais direitos não são necessariamente para um indivíduo ou um grupo de indivíduos, tendo a humanidade como detentora do direito, com o Estado protegendo-o.

Por princípio da solidariedade, temos significado de Gomes Canotilho e Morato Leite como sendo <<obrigar as gerações presentes a incluir como medida de acção e de ponderação os interesses das gerações futuras¹⁶>>. O princípio da solidariedade tem vertente ética e é melhor aceite que o princípio do desenvolvimento sustentável, que por vezes espelha contrassenso entre desenvolvimento e ecologia. Mas mesmo esse princípio da solidariedade traz em si a preocupação com a reparação de danos, quando deve prevalecer no direito ambiental a prevenção de danos.

A jurisprudência brasileira, contudo, já firmou entendimento, na Corte Constitucional, da viabilidade do conceito de direito ao meio ambiente, apesar de na prática tal conceituação seja marcada pela imprecisão. A matéria tem seu *leading case* com o RE 134.297-8/SP, com relatoria do Ministro Celso de Mello, sendo, pois, o Mandado de Segurança n. 22.164-0/SP¹⁷ da relatoria do mesmo Ministro o documento que traz concei-

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Ob. cit., p. 58 e ss. Na mesma obra, os autores discutem a classificação dos direitos fundamentais em gerações.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato, orgs. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro, 4^a. edição revista. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 28.

¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal: Tribunal Pleno. Mandado de Segurança n.º 22.164-0/SP. Impetrante: Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira. Impetrado: Presidente da República. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento em: 30 out. 1995. Publicado em: 17 nov. 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=85691>>. Acesso em: 5 abr. 2011.

tuação clara de Direito ao Meio Ambiente. Diz o Ministro que se trata de direito fundamental de terceira geração, mostrando a necessidade de proteção dos valores e objetivos expressos e com proteção por todos, inclusive pelo Poder Público, por ser interesse da coletividade¹⁸.

Não sendo consenso doutrinário o direito ao meio ambiente¹⁹, temos em Carla Amado Gomes a noção de que o Direito ao Ambiente deve ser encarado enquanto direito-dever, imputando ao cidadão mais um dever de preservação do que o direito de possuir parte desse ambiente. Completa a autora, negando o Direito ao Ambiente enquanto direito subjectivo que <<o direito subjectivo indicia uma posição egoísta, longe da perspectiva solidarista que deve presidir à gestão dos bens ambientais. Por isso consideramos que a melhor doutrina é aquela que vê no direito ao ambiente um direito-dever de utilização racional dos bens ambientais>>²⁰.

A professora Carla Amado Gomes critica a tese subjetivista ao expor que sendo o objeto indeterminado é impossível auferir o *quantum* será devido individualmente, pois não é possível quantificar quanto cada pessoa necessita na fruição dos componentes ambientais²¹.

A discussão tem por pano de fundo a questão da visão antropocêntrica ou ecocêntrica do Direito Ambiental e ao próprio conceito de Direito Ambiental. Os que, a exemplo da Pro-

¹⁸ Idem.

¹⁹ GOMES, Carla Amado. Escrever verde por linhas tortas: O direito ao ambiente na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. In. Textos dispersos de direito do ambiente. Vol. III. AAFDUL. Lisboa, 2010, p. 165 e ss.

²⁰ GOMES, Carla Amado. O Ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente. Textos Dispersos de Direito do Ambiente. Vol. I, AAFDUL. Lisboa, 2008, p. 23-24.

²¹ GOMES, Carla Amado. Constituição e Ambiente: errância e simbolismo. In. Textos dispersos de direito do ambiente. Lisboa: AAFD, 2008, vol. II, p. 34.

fessora Carla Amado Gomes, negam o conceito de Direito ao Ambiente, têm suas convicções no conceito ecocêntrico de Direito Ambiental, não servindo os bens ambientais aos homens e daí sua necessidade de proteção, mas tendo na Natureza <<uma realidade por si só merecedora de tutela>>²². Ao reverso, aos que aceitam o conceito de Direito ao Ambiente, balizam sua teoria na interação entre homem e natureza.

Lado outro, para os defensores do direito subjetivo ao meio ambiente, o particular poderá reclamar algum prejuízo que tenha em decorrência de um ambiente desequilibrado, como por exemplo, alteração de saúde. Já para os que têm conceito unitário do Direito do Ambiente, tais reclamações estariam afetas a outros ramos do Direito, e no caso trazido, Direito da Saúde Pública, cabendo ao Direito Ambiental apenas <<promover a sua preservação, a impedir destruições irreversíveis para a subsistência equilibrada dos ecossistemas e a sancionar as condutas que os lesem na sua integridade e capacidade regenerativa>>²³.

O professor Vasco Pereira da Silva fala do antropocentrismo ecológico, partindo da concepção de que direito é uma realidade humana, e que assim tanto se observa o caráter objetivo quanto subjetivo do Direito Ambiental, considerando-o um direito fundamental e público subjetivo, atrelando a proteção ambiental à dignidade da pessoa humana, cunhando a famosa expressão <<verdes são também os direitos do homem>>²⁴. Para esta posição o Direito tem o homem em seu centro, e considerar o homem dentro do sistema de proteção ambiental não significa desprezar a natureza, mas integrá-la e melhor discuti-

²² GOMES, Carla Amado. Ambiente (Direito do). Textos Dispersos de Direito do Ambiente. Vol. I, AAFDUL. Lisboa, 2008, p. 75 e ss.

²³ Idem.

²⁴ SILVA, Vasco Pereira. Verde Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente. Almedina. Coimbra. 2002, p. 25 e ss. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, em seu Direito Constitucional Ambiental Brasileiro também aceita o Direito ao Meio Ambiente no Brasil.

la.

No presente trabalho a questão de ser ou não direito subjetivo terá realce secundário para caracterização da deficiência, eis que não enfocaremos na questão da titularidade processual, posto que trabalhando o conceito de dever de proteção ambiental é bastante para caracterizar a deficiência nesta proteção, e assim encontramos em Carla Amado Gomes as duas faces da proteção constitucional, quando diz que a face objectiva está na tarefa estatal de preservação e a face subjectiva está no dever de cada pessoa, física ou jurídica desta proteção²⁵.

Veremos, pois, que o princípio da proibição da proteção deficiente tem sua importância no aspecto prestacional, pois nestes casos é que teremos por mais das vezes pronunciamento judicial, e conheceremos a visão do Supremo Tribunal Federal do Brasil sobre a matéria.

2.2. OS DIREITOS PRESTACIONAIS

Robert Alexy²⁶ traz à discussão a figura dos <<direitos a ações estatais positivas>>, aos que também chama <<direitos a prestações em sentido amplo>> (contraponto com os direitos à prestações em sentido estrito, que seriam os direitos sociais), descrevendo que os direitos fundamentais podem trazer em si tanto o direito a uma abstenção estatal quanto um dever de proteção por parte do Estado. Mesmo colocando o direito à prestação em oposição ao direito de defesa, traz o constitucionalista decisões em que o Tribunal Alemão destacou o caráter prestacional e de defesa de normas constitucionais²⁷. Assim, adota-

²⁵ GOMES, Carla Amado. O Direito ao Ambiente no Brasil: um olhar Português. Textos Dispersos de Direito do Ambiente. Vol. I, AAFDUL. Lisboa, 2008, p. 289.

²⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores. São Paulo. 2ª. edição. 2011, p. 431 e

ss.

²⁷ Ob. cit., pp. 436-440.

remos a posição de que mesmo um direito eminentemente de defesa pode trazer em si um caráter prestacional, ou seja, o dever estatal de proteção desse direito e não só de inércia, para que este seja exercido.

Entendemos que a dicotomia entre direitos positivos e direitos negativos não é mais matéria pacífica na doutrina²⁸, até porque todo direito presente na Constituição tem o seu caráter positivo que é de cumprimento espontâneo ou provocado pelo Estado, aí atuando a administração diretamente ou através de imposição pelo Judiciário. A diferença entre direitos de defesa e direitos de prestação é mais utilizada pelos Tribunais e tem destinação certa, que é conferir uma maior justiciabilidade aos direitos de defesa que aos direitos sociais (prestacionais em sentido estrito), estes penderes de previsão e dotação orçamentária²⁹. A divisão se manterá, mas sem se descurar que ao Estado é atribuído o dever de fazer valer a Constituição, enfatizando-se, pois, o caráter positivo da prestação estatal.

Divagou-se sobre a dicotomia direitos de defesa *versus* direitos prestacionais pois para Alexy³⁰ dentro da análise dos direitos a prestações, o direito ao meio ambiente apesar de ter uma característica de direito social adequa-se ao que se chama direito fundamental completo, trazendo em si as características de direito de defesa, direito à proteção, direito a procedimento e direito à prestação fática estatal. Assim, mesmo tendo um caráter de direito de defesa, proibindo o Estado de realizar intervenções no meio ambiente, tem este mesmo Estado que realizar intervenções positivas para manter o meio ambiente limpo e equilibrado.

²⁸ LOPES OLSEN, Ana Carolina. Direitos Fundamentais Sociais, Juruá Editora, Curitiba, 2011, p. 59.

²⁹ Ob. cit., p. 61.

³⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, Trad. de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores. São Paulo. 2ª. edição. 2011, p. 443.

2.3. O DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

O art. 225-CRFB traz em si uma norma completa, na já festejada lição de Robert Alexy, pois se afasta do modelo de Estado liberal, em que há clara oposição do Estado com a sociedade e abarca um modelo em que todos, seja o Poder Público, seja o particular, têm deveres na proteção ambiental, calcados na solidariedade intergeracional, preservando o presente com olhos para o futuro.

Apesar de alguns entenderem não ser o direito ao meio ambiente (quer na concepção de direito subjetivo, quer na concepção de dever do Estado e de particulares) um direito fundamental, temos que observar que, apesar de não se encontrar formalmente no rol dos direitos e garantias individuais e coletivos, tem natureza de fundamental, *ex vi* art. 5º, parágrafo primeiro da Constituição da República.

A concretização dos direitos sociais e prestacionais tem sido objeto de crescente atenção doutrinária. Jorge Reis Novais demonstra grande preocupação com o tema quando discorre que << concebidos, como todos os direitos fundamentais, enquanto direitos dirigidos primariamente contra o Estado ou face ao Estado, o reconhecimento de direitos sociais convoca, desde logo, a questão de saber se cabe nas funções constitucionais de um Estado de Direito dos nossos dias a de se obrigar juridicamente ao fornecimento aos cidadãos ou, pelo menos, aos mais carecidos, de prestações fácticas destinadas a promover, possibilitar ou garantir o acesso individual a bens económicos, sociais e culturais>>.

Mais recente é a preocupação de aliar esse tema ao das políticas públicas. É nessa dimensão prestacional dos direitos fundamentais, inclusive consagrada pelo Supremo Tribunal Federal³¹ ao albergar e proteger direitos sociais e prestacionais

³¹ No decorrer do trabalho visualizaremos algumas das decisões do Supre-

que vivemos essa fase constitucional.

Em sendo direito fundamental, temos a sua aplicabilidade imediata (art. 5º., parágrafo primeiro da CF), restando ao aplicador sua plena realização (efetividade)³². Assim, efetivar o direito ao meio ambiente equilibrado é realizar a eficácia contida na Constituição. A busca pela realização dos direitos fundamentais traz ao Estado o dever de proteger tais direitos. É através da eficiência na busca pelo meio ambiente saudável que o prestaremos de maneira efetiva, real³³.

Vieira de Andrade, ao discorrer sobre os deveres fundamentais, divide-os em <<deveres fundamentais autônomos>>, que são normas que expõem explicitamente deveres, tal qual o dever de serviço militar aos homens, e os <<deveres fundamentais associados a direitos>>, colocando a defesa ao meio ambiente nesta última categoria³⁴. Assim, por pertencer o direito ao meio ambiente saudável a chamada terceira geração de direitos fundamentais esse *dever* de proteção ambiental, amparado no princípio da solidariedade pertence tanto ao Poder Público quanto à coletividade, além de ter caráter tanto defensivo quanto prestacional.

Carla Amado Gomes³⁵ fala do princípio da solidariedade enquanto princípio ético do Direito do Ambiente, dizendo que tal princípio nasce junto com o princípio do Desenvolvimento

mo Tribunal Federal brasileiro albergando a proteção aos direitos fundamentais sociais, em especial quando há inércia do Poder Executivo em cumprir o chamado “mínimo existencial”, incorrendo na proteção insuficiente.

³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo. 2ª edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2009, p. 303.

³³ BIANCHI, Patrícia. Eficácia das normas ambientais. Editora Saraiva. São Paulo, 2010, p. 228 e ss.

³⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1998, p. 109 e ss.

³⁵ GOMES, Carla Amado. Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador dos Deveres de Protecção do Ambiente. Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 154 e ss.

Sustentável e tem vertente entre a economia e a ética. É com base em tal princípio que reafirmamos o dever de proteção ambiental, que tem respaldo tanto no dever moral de proteção quanto no dever jurídico expresso na Constituição. É falar agora não mais no indivíduo em si mas no indivíduo <<socialmente considerado>>, e em sendo a proteção do ambiente uma realidade transindividual, temos no dever de proteção do ambiente um fundamento na solidariedade.

Esse dever de proteção ambiental foi propósito da Assembleia Constituinte de 1988 ao fazer constar expressamente no *caput* do art. 225 que cabe ao Poder Público e a coletividade defender e preservar o meio ambiente para esta e para as gerações futuras.

Os bens ambientais, como bem diz Carla Amado Gomes³⁶, são bens de uso coletivo e sua dimensão imaterial não possibilita diagnosticar o *quantum* de aproveitamento que cada indivíduo pode ter, já que podem ser usados por qualquer pessoa. Assim, no plano fático os bens ambientais pertencem a todos os seres humanos que no planeta se encontram. Já no plano jurídico, ressalta a autora que tanto os usuários quanto os obrigados à proteção são estabelecidos em razão da proximidade do bem, estabelecendo-se obrigações de *non facere* (não provocar danos), de *patis* (tolerar, suportar uma ação) e de *facere* (exige um comportamento positivo pelo sujeito), com a finalidade de <<gestão racional>> dos bens naturais.

Márcio Frezza Sgarioni e Rogério Santos Rammê trazem à lume a questão importante deste trabalho, dividindo o dever fundamental de proteção ao meio ambiente em duas espécies, quais sejam: enquanto abstenção e enquanto prestação. Para os autores no aspecto abstenção resta fácil ao Judiciário impor que alguém se abstenha de degradar o meio ambiente, mas no cará-

³⁶ GOMES, Carla Amado. Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador dos Deveres de Protecção do Ambiente. Coimbra Editora, 2007, p. 180 e ss.

ter prestacional dizem os autores que a atuação do judiciário importaria em ativismo judicial esbarrando em princípios constitucionais democráticos outros, a exemplo do princípio democrático e do princípio da divisão de poderes³⁷. Neste ponto, reside a nossa discordância, pois entendemos ser possível ao Judiciário atuar no caráter prestacional do dever de proteção ao meio ambiente sempre que o Poder Público proteger deficientemente tal direito.

Em nosso socorro, posiciona-se Herman Benjamin, quando ensina que <<além de ditar o que o Estado não deve fazer (=dever negativo) ou o que lhe cabe empreender (=dever positivo), a norma constitucional estende seus tentáculos a todos os cidadãos, parceiros do pacto democrático, convencida de que só assim chegará à sustentabilidade ecológica>>. ³⁸ A força normativa da Constituição e a fundamentalidade do direito ao meio ambiente não podem esperar norma infraconstitucional para sua perfeita caracterização.

Quanto à fundamentalidade material do dever de proteção ambiental, apesar de abalizadas posições contrárias, a exemplo de Vieira de Andrade e José Casalta Nabais^{39,40}, que

³⁷ SGARIONI, Márcio Frezza e RAMMÊ, Rogério Santos. O Dever Fundamental de Proteção Ambiental: aspectos axiológicos e normativo-constitucionais. In *Direito Público, Síntese*. Brasília. Vol. 41, set./out. 2011, p. 44.

³⁸ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 4^a edição, 2011, p. 133. Sobre o assunto, GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador dos deveres de protecção do ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, quando diz << o cidadão é simultaneamente credor e devedor da tutela ambiental, devendo colaborar activamente com os poderes públicos na preservação de um conjunto de bens essencial para a sobrevivência e desenvolvimento equilibrado dos membros da comunidade>>, p. 149.

³⁹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra. Almedina, 1998.

expõem serem os deveres fundamentais, ao reverso dos direitos fundamentais (art. 5º, parágrafo segundo, CF), *numerus clausus*, seguimos a posição de Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer⁴¹, que permitem uma abertura da fundamentalidade material, <<considerando sempre a possibilidade de se reconhecer um novo dever fundamental, conexo ou autônomo, mesmo que não previsto, de forma expressa ou implícita, no texto constitucional, desde que em sintonia com o sistema constitucional, o que se dá em razão da abertura material da Constituição e dos direitos fundamentais consagrada no art. 5º, parágrafo 2º, da CF88>>, sendo ainda mais fácil assimilar essa doutrina nos casos dos deveres conexos (e o dever de proteção do meio ambiente nesta espécie se encaixa), pois seriam o reverso da moeda do direito fundamental, esculpido na maioria das vezes na mesma norma (caso do art. 225, CF).

A Lei que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos⁴² no Brasil é uma recente mostra da preocupação do País com o meio ambiente e estabelece uma série de deveres ambientais, sujeitando pessoas físicas e jurídicas, quer de direito público, quer de direito privado, aí incluídos os consumidores de produtos que gerem resíduos sólidos, os fabricantes de tais produtos e os entes federativos, estes com divisão de responsabilidades para proteção ambiental. Interessante que dentre os princípios que regem a política dos resíduos sólidos temos o <<princípio da responsabilidade compartilhada>>, explicitando também o objetivo da <<gestão integrada>>, demonstrando assim a noção de solidariedade constante do documento legis-

⁴⁰ NABAIS, José Casalta. Por uma Liberdade com Responsabilidade. Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra. Coimbra Editora. 2007.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 146.

⁴² Lei Federal nº 12.305, de 02 de agosto de 2010, disponibilizada em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm, com acesso em 23 de agosto de 2012.

lativo.

Focaremos o estudo no dever de proteção ambiental pelos entes executivos estatais e sua consequente proteção deficiente, ensejando a participação do Judiciário para fazer valer a norma constitucional e manter o mandamento de uma sociedade com um meio ambiente equilibrado, com preservação das pessoas, das sociedades futuras e da natureza como um todo.

CAPÍTULO III – O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE AMBIENTAL

3.1. DEVER ESTATAL DE PROTEÇÃO E PARÂMETRO MÍNIMO DE EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com a promulgação da Constituição em 1988, o Brasil passou a buscar sua plena realização, e com isso trazer a lume a questão da efetividade das normas, não estabelecendo distinção entre os direitos de defesa e os direitos de igualdade, vinculando todos os poderes, a começar pelo legislador quando da normatividade de tais direitos. Nesse esteira, cabe ao Judiciário a função de fiscalizar os princípios insertos no texto⁴³. Buscar a efetividade é buscar ir além na realidade fenomênica, estabelecendo bem mais que a eficácia⁴⁴.

A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais faz restar ao aplicador do direito buscar sua efetividade, sua realização da melhor maneira possível, levando ao Estado o dever de proteger esses direitos. Amparado no mínimo social e na

⁴³ CLÉVE, Clemérson Mérlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Del Rey, 2003, pp. 385-393.

⁴⁴ CALGARO, Gerson Amauri. Aplicabilidade e efetividade dos direitos fundamentais: ponto de vista. In *Revista de Mestrado em Direito*. UNIFIEO. Ano 4, n. 4, 2001, p. 171.

dignidade da pessoa humana, deve o Estado coibir qualquer ato atentatório de particulares contra particulares, isto no campo subjetivo, é claro, pois no campo objetivo, deve-se buscar a total perfeição dos direitos fundamentais.

A plena efetividade dos direitos fundamentais passa, pois, pelo agora chamado direito à boa administração pública⁴⁵ que impõe tanto restrições quanto deveres ao Estado.

A moderna teoria dos deveres fundamentais prescreve que os governantes têm deveres para com seus súditos, fazendo valer as leis políticas e civis de um País. No Brasil, temos uma Constituição elaborada em período imediatamente posterior a um regime ditatorial, o que faz nela conter vários princípios do direito de liberdade (o que é salutar e democrático), mas que também contém limites impostos aos seus cidadãos e pessoas em trânsito no País para boa convivência social, cabendo ao Estado o dever de manter a harmonia social, preservando direitos da coletividade.

Rousseau⁴⁶⁴⁷ já falava em seu Contrato Social que os membros de uma comunidade devem obedecer aos seus governantes, mas que estes também têm limites a serem seguidos e que todos devem cumprir os deveres por necessidade de manter-se a sociedade em equilíbrio. São os deveres fundamentais que imporão os limites aos direitos fundamentais, constituindo a verdadeira democracia.

A teoria dos deveres fundamentais vem relativizar a divisão de tais direitos em dimensões, pois põe em cheque a sempre discutida divisão que coloca o Estado por vezes com pres-

⁴⁵ BITENCOURT NETO, Eurico. Há um Direito à Boa Administração Pública. In *Direito Constitucional em homenagem a Jorge Miranda*. GODINHO, Helena Telino Neves e FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros (coord.), Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2011, p. 151 e ss.

⁴⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*, tradução de Paulo Neves, L&PM Editores, São Paulo, 2007.

⁴⁷ Sobre o tema, ler *Do Estado Liberal ao Estado Social*, do professor Paulo Bonavides. Editora Malheiros, 10^a. edição. São Paulo. 2011, p. 165 e ss.

tações negativas em relação ao indivíduo e por vezes tendo que agir positivamente, pois ao estudarmos os deveres fundamentais vemos que todos (Estado, indivíduo e sociedade) estão obrigados pelos direitos fundamentais⁴⁸, dando plena efetividade a estes. E na já falada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, em que não só Estado-indivíduo estão em causa, mas uma validade universal dos direitos fundamentais, nasce a teoria do dever de proteção por parte do Estado.

Ao se falar em deveres fundamentais fazemos sempre o estudo paralelo com os direitos fundamentais, partindo da premissa já assentada de que <<não há direitos sem deveres nem deveres sem direitos>>, para expor que no Estado Constitucional a garantia dos direitos fundamentais está calcada no exercício dos deveres, cabendo ao Estado fazer valer esses deveres para garantir a plena democracia e a dignidade da pessoa humana, valores que se perseguem nos Estados modernos.

O dever de proteger tem raiz no monopólio estatal, que proíbe aos particulares a vingança privada, cabendo, pois, ao Estado, promover o bem comum e dissipar agressões entre súditos. Para Jorge Reis Novais, o fundamento encontra-se tanto no dever de proteção dos direitos fundamentais, quanto na chamada dimensão jurídico-objetiva autônoma, encontradas tanto nos direitos fundamentais, quanto nos deveres que das mesmas decorrem, os anteditos <<deveres fundamentais derivados>>⁴⁹.

Mas cabe ao Estado, especialmente em relação aos direitos económicos, sociais e culturais, não somente proteger os direitos fundamentais, como também efetivá-los, esbarrando-se, como se bem sabe, na chamada reserva do possível, pois a

⁴⁸ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2007, p. 45 e ss.

⁴⁹ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 88.

disponibilidade financeira para a efetivação deve ser considerada, sendo esta matéria que trataremos em tópico próprio.

Estabelecido que os direitos e deveres fundamentais devem ser pautados pela plena efetividade e que o Estado em todas as suas funções deve buscar proteger e dar a efetividade a esses direitos pautando-se pela dignidade humana e pelo mínimo social básico, é de considerar-se em débito o Estado que protege insuficientemente os direitos e deveres fundamentais, havendo de se buscar na própria Constituição a resposta para essa ineficácia estatal.

Outrossim, por vincular os três Poderes estatais, o descumprimento do dever de proteção por parte do Poder Executivo pode e deve gerar o acionamento do Poder Judiciário, por vinculação direta aos direitos fundamentais e compromisso constitucional de protegê-los.

3.2. A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE AMBIENTAL

A proporcionalidade na sua vertente proibição do excesso já é discutida no estudo diário da Corte Constitucional brasileira, sendo chamada até de proporcionalidade em sentido amplo, em contraposição à proporcionalidade em sentido estrito, esta um dos requisitos a ser analisado quando da proibição do excesso. Abalizado neste critério nenhuma ação estatal pode importar em intervenção estatal desnecessária ou arbitrária, valendo tal princípio na fase de normatividade e na fase de execução.

O excesso as funções estatais e o desrespeito aos direitos fundamentais devem importar em controle interno pelo Poder que laborou no excesso, e em inércia deste deverá ser o caso levado à apreciação judicial.

Em estudos mais recentes, tendo na Alemanha o começo

da elaboração da tese⁵⁰, chega-se à teoria da proporcionalidade voltando-se o estudo para o reverso da moeda, em paralelo com a teoria dos deveres de proteção, observando quando o Estado é omissivo, não protegendo os indivíduos contra intervenção de outros indivíduos.

Em Espanha, mesmo mais recentemente, começa discussão sobre o princípio da proibição da insuficiência⁵¹, mas com total importação do que fora dito na Alemanha e com preponderância da ausência dogmática para o tema, sendo mero contraponto da proibição do excesso.

Gabriel Doménech Pascual⁵² traz à baila o que chama do critério do justo equilíbrio, que para o autor coincide com o princípio da proporcionalidade, expondo que o Estado só pode limitar direitos de proteção se a medida resultar útil, necessária e ponderada. O estudo é interessante pois faz menção ao caráter transitório que pode ter a proteção de um direito fundamental e o que era considerado uma suficiente proteção pode tornar-se insuficiente com a modificação das circunstâncias, devendo o Estado buscar novo <<ponto de equilíbrio>>.

No Brasil nenhum autor se debruça no estudo minucioso do princípio da infraproteção, havendo todavia já há alguns textos sobre o assunto, destacando-se Ingo Sarlet⁵³ e Lenio Streck⁵⁴ no exame da matéria. Nestes textos, vê-se uma apro-

⁵⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm em seu *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, com tradução de Ingo Sarlet e Paulo Mota Pinto, Almedina, Coimbra, 2003 discorre teoricamente sobre o tema.

⁵¹ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

⁵² PASCUAL, Gabriel Doménech. *Derechos fundamentales e riesgos tecnológicos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, p. 162 e ss.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre Proibição do Excesso e de Insuficiência*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume 81, Coimbra, 2005.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *O princípio da proporcionalidade e as possibilida-*

ximação maior com a doutrina que expõe a suficiência dogmática do princípio, mas em alguns momentos ainda encontramos confusão de vocábulo e comparação com o princípio da proibição do excesso.

Em Portugal foi o Professor Jorge Reis Novais⁵⁵ quem mais se debruçou sobre o assunto, trazendo à baila a noção da suficiência dogmática do princípio em sua tese de doutoramento. Além de dizer que para caracterização da proteção insuficiente basta a análise da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, traz Reis Novais a possibilidade de aplicação do princípio tanto aos deveres de proteção estatal como também aos deveres de efetivação de direitos fundamentais que de maneira objetiva recaiam sobre a administração, incidindo o estudo do princípio não no fato de ser a medida estatal restritiva desproporcional em relação ao particular (o que seria o reverso da proibição do excesso), mas no fato de a omissão ser causa autônoma de restrição de direito fundamental.

É o princípio da proibição da proteção deficiente, também chamado na doutrina como proibição da insuficiência, proibição do defeito ou princípio da infraproteção que vai balizar as funções estatais e consagrar a proporcionalidade em sua integralidade. O professor Reis Novais, ao consagrar o princípio empresta-lhe o vocábulo *proibição do défice*⁵⁶. Tal princípio vai proibir uma atuação estatal na proteção e efetivação dos direitos fundamentais de forma insuficiente, englobando tam-

des de filtragem hermenêutico-constitucional: análise de um acórdão garantista. In Revista Ibero-Americana de Ciências Penais – ano 7, n. 14, CALLEGARI, André Luis e KREBS, Pedro (coord.). Porto Alegre. CEIP. 2006. Semestral

⁵⁵ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 73 e ss.

⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 77 e ss.

bém, por óbvio, a proibição da omissão estatal.

Já houve observação acima que o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais e agora a discussão ocupa-se em saber como deve o Estado estabelecer essa proteção. Claus Canaris⁵⁷ coloca a averiguação do dever jurídico de agir como passo antecedente ao de averiguar como a proteção está sendo realizada. Nosso estudo limita-se a saber quando a administração tem que agir e o faz de maneira insuficiente, não sem falar que o comando de atuação positiva para proteger e efetivar os direitos fundamentais obriga todas as funções do Estado.

Assim, com base nas informações acima, podemos buscar um conceito de proibição da insuficiência quando identificamos o dever de uma atuação positiva por parte de um dos detentores de uma função estatal (o estudo se resume à função executiva) em relação aos direitos fundamentais, seja para defendê-los, protegê-los ou efetivá-los, dentro de uma discricionariedade administrativa, mas não o fazendo ou fazendo em grau inferior para garantir a dignidade humana. É a busca de como se está protegendo e efetivando o direito fundamental, visando identificar se satisfeito está o mínimo social.

É Claus Canaris⁵⁸ quem traz conceituação e diferenciação entre o princípio da proibição do excesso e o princípio da proibição da insuficiência, estabelecendo a omissão do Estado como característica da proibição do déficit, estabelecendo que deve haver um nível mínimo e que deste não se possa descer.

No contraponto entre a proibição da proteção insuficiente e o princípio da reserva do possível, observamos que este serve para limitar financeiramente as atividades estatais, ao passo que aquele vem com o escopo de ponderar a dignidade humana

⁵⁷ CANARIS, Claus-Wilhein, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Almedina, Coimbra, 2003, p. 65.

⁵⁸ CANARIS, Claus-Wilhein, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Almedina, Coimbra, 2003, p. 43 e ss.

e o mínimo social.

No estudo da reserva do possível, devemos atentar para a real inexistência de recursos para efetivação das políticas públicas pelo Estado. Nos elementos extrajurídicos inseridos no conceito da reserva do possível é que encontramos a possibilidade da utilização do princípio por administradores sem sentimento social que colocam interesses pessoais se sobrepondo à dignidade humana. É neste aspecto que devemos valorizar a proibição do déficit para tornar a sociedade mais justa e igualitária.

O Estado ao explicitar que falta dinheiro para a efetivação das políticas públicas tem que coadunar a escolha alocativa do recurso aos preceitos constitucionais, possibilitando análise, inclusive judicial, da reserva do possível. A problemática gira em torno de estabelecer a alocação de recursos sob o primado dos direitos fundamentais, não podendo o Estado manter posição inerte na concretização de tais direitos.

Do Estado Social e Democrático de Direito o Estado não só respeita os direitos de liberdade como protege os direitos fundamentais contra agressões. Tal princípio é muito utilizado no Brasil no Direito Penal e no Direito à Saúde, carecendo de um melhor estudo nos demais direitos fundamentais, com seletividade tanto da doutrina quanto da jurisprudência quando da análise de casos concretos.

Toda vez que o Estado puder agir e discricionariamente preferir a inatividade, esta omissão eloquente deve sugerir uma agressão ambiental ensejando plena reparação e atuação do Judiciário. O Estado tem que agir de maneira suficiente e adequada para preservar e defender a Natureza, levando a omissão ou déficit ao imediato recurso judicial protetivo.⁵⁹

Tal assertiva encontra respaldo inclusive internacional, posto que a chamada Convenção de Aarhus sobre Acesso à

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 184.

informação, Participação Pública na Tomada de Decisões e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental⁶⁰ destaca a participação do Poder Judiciário no controle da matéria ambiental, destacando-se para o presente estudo o art. 9º., 3 que estabelece ser o Poder Judiciário uma instância que necessariamente e quando houver descumprimento de deveres ambientais por autoridades públicas irá analisar a questão. Vemos que, apesar de falar em direito à informação, a Convenção estabelece, nas entrelinhas, a forte participação do Judiciário na matéria socioambiental⁶¹.

Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer citam Paulo Afonso Leme Machado para lembrar o tratamento de <<bem de uso comum do povo>> aos bens ambientais, e assim impor ao <<gestor>> de tais bens a obrigação de prestar contas do gerenciamento do que não é seu mas de todos.⁶²

3.3. CRITÉRIOS PARA CARACTERIZAR O DÉFICE

O estudo do princípio da proibição da proteção insuficiente deve ser realizado em paralelo com os deveres de proteção do Estado, gerando quando da omissão uma inconstitucionalidade. Já fora dito que a divisão dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos prestacionais não é estanque, havendo direitos que possuem características de defesa e prestacional. A proibição do excesso limita o Estado em suas intervenções contra os particulares, ligando-se, assim, aos direitos de defesa. Já a proibição do déficit é utilizada nos chamados direitos de proteção em sentido amplo.

Mesmo tendo a faculdade do poder discricionário, o Ad-

⁶⁰ Disponível em :<http://www.unece.org/env/pp/treatytext.htm>, acessado em 29 de setembro de 2012.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang et FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 230.

⁶² Ob. cit., p. 185.

ministrador deverá pautar a solução no caso concreto observando o princípio da proibição da insuficiência, não se descuidando que a atuação discricionária deve atender a melhor solução para os administrados e não uma solução que atenda a interesses escusos os contrários às necessidades humanas.

Destaca-se, pois, o objeto do princípio, que neste caso é uma abstenção ou atuação insuficiente do legislador ou administrador, causando esta omissão uma falta de proteção do direito fundamental. Confrontando-se a norma com o direito fundamental, não temos a relação causal que requer a Constituição.

Mesmo sabendo que o autor pugna pela suficiência dogmática do instituto da proibição da proteção deficiente, poderemos buscar em Jorge Reis Novais⁶³ quando da análise da proibição do excesso, os critérios para se determinar se houve a proteção insuficiente pelo Estado. Como passo primeiro veremos a questão da aptidão, que é a contribuição para o atingimento da finalidade pelo Estado. Ao passo que na proibição do excesso a restrição ao direito deve ser apta para a consecução do fim, aqui teremos que observar se a postura estatal no caso concreto atingiu o interesse público, ou seja, se sua postura foi suficiente ou ficou aquém do mínimo que se espera na matéria.

Após, passamos à indispensabilidade, e nesse momento nosso olhar é realizado em sentido negativo. O administrador deve observar se a prestação material será atendida com menor sacrifício da comunidade⁶⁴. E é nesse ponto que por vezes o intérprete encontra maior dificuldade, pois por vezes a opção estatal que é menos gravosa a direitos de terceiros não protege de maneira suficiente e assim somente a proporcionalidade em

⁶³ NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004, p. 161 e ss. Ver também do mesmo autor, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra Editora. Coimbra, 2006, p. 101.

⁶⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais, efetividade frente à reserva do possível*, Juruá, Curitiba, 2011, p. 303.

sentido estrito dará a resposta no caso concreto.

Na proporcionalidade em sentido estrito não há mais uma comparação do fim com o meio, e sim sacrifício imposto e benefício alcançado, eliminando-se situações desproporcionais. O judiciário irá observar e decidir que medida deve ser aplicada para se atingir o mínimo social. É justamente aqui que se devem entrelaçar reserva do possível e proibição da insuficiência, com o conceito de escassez natural ou escassez artificial, vendo-se se a alocação de recursos foi realizada à revelia do texto constitucional ou se a ineficiência estatal tem resposta dentro da razoabilidade⁶⁵ (aqui razoabilidade observada no aspecto quantitativo e qualitativo e com visualização das pessoas afetadas diante da omissão ou insuficiência).

Finaliza-se a análise com a conclusão de que um direito fundamental só poderá ser afastado se realmente houver uma escassez natural ou causa de extrema grandeza que o retira temporariamente de aplicação e efetividade.

Todo o balizamento acima deve ser realizado com vista à dignidade da pessoa humana, que segundo Jorge Miranda⁶⁶ é metaprincípio e apresenta << característica essencial da pessoa – como sujeito, e não como objeto, coisa ou instrumento>>.

Apesar de utilizarmos os critérios propostos por Jorge Reis Novais quando este analisa a proporcionalidade no aspecto da proibição do excesso, temos que o mesmo autor aponta que os critérios da proibição da insuficiência a serem observados são apenas dois: a razoabilidade e a dignidade da pessoa humana, com vista ao mínimo existencial.⁶⁷

⁶⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos Fundamentais Sociais, efetividade frente à reserva do possível, Juruá, Curitiba, 2011, pp. 306-307.

⁶⁶ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 5ª edição, Coimbra Editora, 2012, p. 222.

⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 73 e ss.

A dignidade da pessoa humana está inserta no chamado mínimo social, em que deverá ser visto que a falta de proteção estatal gera uma inconstitucionalidade. Todavia, nem sempre a questão se demonstra de maneira clarividente, como dito acima, é no caso concreto que buscamos a resposta à atuação estatal, e assim, a ponderação deve sempre ser acionada.

A razoabilidade é critério a ser utilizado por toda e qualquer função estatal quando de sua atuação. O Poder Judiciário assim, só poderá interferir no Poder Executivo quando esta ponderação pelo administrador realizada não atendeu ao padrão da dignidade humana inserto da Constituição, que em outras palavras é a decisão que salvaguarda direito fundamental de proteção.

3.4. ENTRE A PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA E A PROIBIÇÃO DO EXCESSO

Estabelecer a suficiência dogmática do princípio da proibição do déficit é o grande trabalho a ser realizado pelos estudiosos da matéria, pois sempre teremos a visão turva de que a insuficiência é o reverso do excesso. Devemos, pois, atentar que a proibição da insuficiência encontra-se ligada a um dever de proteção do Executivo ou do Legislativo em relação a um direito fundamental. Ao se estabelecer a suficiência dogmática do instituto visualizamos a dimensão positiva dos direitos fundamentais.

Como similitude entre os institutos, temos a análise da desproporção no caso concreto, quando da colisão dos direitos fundamentais em causa. Na proibição do excesso a desproporção é caracterizada quando o Estado intervém de maneira exacerbada em direito fundamental do particular, ao passo que na proibição do déficit a desproporção reside na ausência ou insuficiência do Estado em um dever de proteção que lhe é devido. Esse dever de proteção inclusive pode ser de o Estado ter que

defender os indivíduos contra agressões de seus semelhantes. Na proibição da insuficiência o administrador pode até ir além, não havendo excesso de proteção.

Ao considerar a razoabilidade e a dignidade da pessoa humana enquanto balizas para caracterizar a insuficiência, a total abstenção estatal ou proteção deficitária do administrador em relação a um direito fundamental é que diferencia o instituto e o dá suficiência dogmática.⁶⁸

Quando de colisão entre direito de defesa e direito prescricional devemos avaliar o caso concreto e colocar o parâmetro dignidade da pessoa humana enquanto baliza, preservando a Constituição em seu sistema⁶⁹.

Juliana Venturella⁷⁰ cita Juarez Freitas para expor que no direito ambiental temos <<a insuficiência acintosa das medidas de precaução>>. Seguindo o ensinamento de Carla Amado Gomes⁷¹, temos que prevenção difere de precaução apenas em grau, tendo na prevenção o poder público maior grau de certeza de que o dano irá ocorrer do que na precaução, marcada esta pela possibilidade e não probabilidade. Sustenta Juarez Freitas que do mesmo modo que o Estado não pode se exceder com base na possibilidade, também não pode se omitir, violando a proporcionalidade no aspecto da deficiência.

Atingir o equilíbrio parece ser a tônica do direito-dever de proteção ambiental. Não pode o Estado desrespeitar o direi-

⁶⁸ PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 3ª. edición. Madrid, p. 806 e ss.

⁶⁹ Ob. cit., p. 810-811.

⁷⁰ GAVIÃO. Juliana Venturella Nahas. A Proibição de Proteção Deficiente. In Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. N. 61, mai/out. 2008. Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2008, p. 5 e ss.

⁷¹ GOMES, Carla Amado. Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador dos Deveres de Protecção do Ambiente. Coimbra Editora, 2007, p. 364 e ss.

to ao meio ambiente equilibrado do cidadão, tendo que atuar para que esta proteção seja eficaz.

CAPÍTULO IV – CONTROLE EFETUADO PELA CORTE CONSTITUCIONAL DO BRASIL NA REALIZAÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL

4.1. A FUNÇÃO JUDICIÁRIA DIANTE DA OMISSÃO EXECUTIVA

Uma Constituição deve trazer sempre entre seus preceitos os direitos fundamentais e a Separação entre os Poderes, pois ao se distribuir funções o Poder Constituinte proíbe o arbítrio e ao consagrar direitos fundamentais proíbe que mesmo dentro de suas funções constitucionais um Poder não desrespeite o cidadão.

O grande problema travado na atualidade é se essa separação permite a inter-relação. O controle de constitucionalidade é o meio através do qual o Poder Judiciário exerce seu controle aos demais Poderes, sendo a Jurisdição Constitucional a responsável para análise da omissão ou deficiência na prestação dos direitos fundamentais pelo Legislativo e/ou Executivo.

A divisão de poderes no Estado Social de Direito não tem a mesma relação estanque do Estado Liberal, havendo a inter-relação acima exposta. A separação foi e será o limite para a aplicação da proibição do déficit, mas a busca pela efetividade dos direitos fundamentais deve nortear a atuação do Poder Judiciário, expondo Jorge Reis Novais⁷² que, se no Estado Liberal, a violação da lei traduzida em violação de interesses dos particulares, possibilitava o recurso ao Judiciário, no Estado Social a insuficiência da lei ou da ação administrativa também está sujeita ao controle na preservação dos direitos e garantias

⁷² NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa, Coimbra Editora. Coimbra, 2011, pp. 34-35.

fundamentais.

A legitimidade dos juízes para adentrar em questões políticas sempre foi passível de crítica, sob fundamento da ausência de legitimidade para ingerência judicial na política, sendo os direitos sociais impregnados da questão. Tal premissa é falsa é dado ao Judiciário a análise de quaisquer questões que demandem interpretação constitucional, seja civil, política ou de direito social. O fato foi estudado por Ronald Dworkin⁷³, que se opõe a uma concepção estatística da democracia, entendendo na Jurisdição Constitucional como o respeito aos membros da comunidade política, e, por vezes, valores da comunidade devem ser respeitados, mesmo em oposição à maioria. E aí estaria a Justiça Constitucional para defender essa visão comunitária, reestabelecendo a justiça.

Para Konrad Hesse⁷⁴ << na atualidade é decisiva para uma ampla garantia e efetividade dos direitos fundamentais a proteção pelos tribunais>>, e em especial destacamos a proteção dos direitos fundamentais sociais contra as omissões e a ineficiência do Estado.

É na inobservância exercida pelos órgãos eleitos democraticamente em relação aos deveres fundamentais ou direitos fundamentais em perspectiva objetiva, direitos estes por vezes ademocráticos, pois exigem uma ação direta e protetiva do Estado em prol do bem comum e com restrição a direitos individuais, como no caso da proteção do meio ambiente, que adentra o Poder Judiciário e dá plena validade à Constituição⁷⁵.

⁷³ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. Martins Fontes, 2011.

⁷⁴ HESSE, Konrad. Temas Fundamentais do Direito Constitucional, textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho, Editora Saraiva, São Paulo. 2009, p. 64.

⁷⁵ QUEIROZ, Cristina. O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra Editora. Coimbra. 2006, p. 83 e ss.

Os Tribunais Constitucionais têm, na sociedade atual, o papel de efetivar a democracia, tanto no aspecto processual quanto no aspecto material, e, para tanto, voz ativa na efetivação dos direitos fundamentais. Afastar a jurisdição constitucional dos direitos fundamentais em seu aspecto prestacional é extremamente perigoso, pois, na qualidade de delegatário do poder constituinte, é a jurisdição constitucional, imparcial e sem influências do sistema político do momento que irá manter a verdadeira democracia.

Aplicar corretamente a Constituição em consonância com os direitos fundamentais deve ser a baliza para a atuação do legislador e do administrador, e quando estes têm atuação ineficaz ou fazem escolhas que colidem com a força normativa da Constituição, devemos buscar na independência, imparcialidade e conhecimento técnico dos juízes o controle do padrão constitucional, garantindo-se uma existência em sociedade com o mínimo de dignidade.

O Judiciário pode e deve atuar quando há ineficácia normativa no dever prestacional pelo Poder Legislativo e, ainda, quando há a norma e o Poder Executivo não concretiza esta de maneira suficiente. Se pode agir quando da insuficiência, deve também agir quando há completa omissão normativa ou executiva⁷⁶.

Estabelecido que a questão do recurso financeiro é, atualmente, questão que diz mais respeito à alocação do que propriamente ao próprio recurso, deve o administrador conformar a escolha da política pública ao que prescrevem os direitos fundamentais. Assim, a escolha do politicamente adequado cabe ao Executivo, só devendo o Judiciário intervir quando a proteção constitucional é insuficiente.

⁷⁶ MATTEDI, Mônica. A atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais: a dignidade da pessoa humana como parâmetro e a separação dos poderes como limite. Relatório de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2009, p. 56.

O juízo de discricionariedade dos agentes políticos quando do exercício administrativo não é uma opção aberta, devendo a atuação pautar-se na concretização da constituição, com olhos voltados para a dignidade humana. Na inércia administrativa adentra a atuação jurisdicional.⁷⁷

Na Itália, a inatividade administrativa tem na Constituição norma expressa que preveja o controle judicial⁷⁸, não ocorrendo o mesmo em Espanha, socorrendo-se o intérprete espanhol do princípio da legalidade para conceder ao Judiciário o poder de ingerência na Administração quando da inércia⁷⁹. O certo é que a doutrina europeia, mesmo com pensamento cauteloso e seguro quanto à ingerência do Judiciário em questões administrativas, permite que em caso de omissão declare o juiz a ineficiência administrativa de proteção de direitos fundamentais e faça valer a normatividade da Constituição. A grande questão travada é até onde vai a atuação do Judiciário em caso de inatividade, havendo na Europa uma tendência a apenas se declarar a inatividade, com notificação ao administrador e no Brasil uma verdadeira substituição ao órgão executivo.

Chegamos, desta forma, em tema conturbado e com ampla discussão doutrinária, que por muitos é chamado *ativismo judicial*, com tom propositalmente pejorativo, para indicar quando o Poder Judiciário mesmo aparentemente adentra em outra função de Estado e lado outro o mesmo termo *ativismo*

⁷⁷ Nesse sentido, cf BUCCI, Maria Paula Dallari, *Direito Administrativo e Políticas Públicas*; São Paulo: Saraiva, 2002.

⁷⁸ Articolo 113 - Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa.

⁷⁹ Sobre o tema, ler *La Inactividad de La Administración*, de Marcos Gómez Puente, editora Aranzadi, Navarra, p. 127 e ss.

judicial tem também conotação positiva, quando seus defensores expõem haver interpretação contemporânea com total supremacia da Constituição e respeito ao sistema político vigente, permitindo que a Constituição perdure diante das diversas transformações sociais, econômicas e culturais⁸⁰.

A discussão que se trava é até onde poderá o juiz agir com discricionariedade no aspecto substancial do processo, e não meramente processual (até porque neste aspecto há os princípios da imparcialidade e devido processo legal que o balizam), quando da aplicação do direito no caso concreto. É o próprio regime democrático que vai legitimar a atuação da justiça constitucional, pois a democracia será resgatada na atuação ativa do Poder Judiciário quando por algum motivo houver mau funcionamento⁸¹.

O Professor Cass Sunstein faz acurada análise sobre o constitucionalismo e a democracia, explicitando que << também parece que a demasiado alardeada oposição entre constitucionalismo e a democracia, ou entre os direitos e a democracia, tende, pois, a se dissolver inteiramente. Muitos direitos são indispensáveis para a democracia e para a deliberação democrática. Se nós protegemos tais direitos por meio da Constituição, nós não comprometemos o governo autônomo de nenhuma forma. Pelo contrário, o governo autônomo depende para sua existência dos direitos democráticos firmemente protegidos. O constitucionalismo pode assim garantir as pré-condições para a democracia limitando o poder das maiorias em eliminar

⁸⁰ RAMOS, Elival. *Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos*. Editora Saraiva. São Paulo, 2010, p. 133.

⁸¹ Sobre o tema, a oportuna observação do Professor Doutor Jorge Miranda: “Em estritos termos jurídicos, a legitimidade de um Tribunal Constitucional ou órgão homólogo não é mais nem menos do que a dos órgãos políticos: advêm da Constituição. E, se esta deriva de um poder constituinte democrático, então ela há de ser, natural e forçosamente, uma legitimidade democrática”. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 508.

aquelas pré-condições >>⁸².

Luiz Flávio Gomes⁸³ é quem melhor conceitua e diferencia o termo ativismo judicial, expondo até onde poderá atuar o magistrado na interpretação da norma. Diferencia o professor o ativismo em inovador e revelador, estabelecendo o ativismo inovador como sendo o prejudicial, eis que neste o juiz cria uma nova norma ou um direito, porquanto que no ativismo revelador pode até haver criação de norma ou direito, mas sempre a partir de valores e princípios constitucionais ou de regra com lacuna, estabelecendo <<complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa>>.

Mesmo dentro do sistema *civil law*, a atividade reveladora do direito não atacará o sistema de separação de poderes, pois as funções típicas estarão preservadas. O que ocorrerá é que mesmo criando direito, posto que sempre que decide há uma criação de direito pelo judiciário, haverá balizamento para caso concreto, com interpretação criativa, sem norma abstrata, e nas palavras de Elival da Silva Ramos, estaria apenas exercendo <<o exercício regular do poder-dever, que incumbe aos juízes, de transformar o direito legislado em direito interpretado/aplicado>>, sem ultrapassar liame democrático mas fazendo valer a separação não mais estanque de funções que outrora fora defendida.

É nesta perspectiva do ativismo judicial que trabalharemos a atuação do juiz na proteção do meio ambiente, agindo sempre que haja omissão da função executivo, mas dentro de um viés constitucional, sendo intérprete da lei com balizamento nos valores e princípios constitucionais.

⁸² SUNSTEIN, Cass R. A constituição parcial. 1ª. edição. Belo Horizonte. Del Rey, 2008, p. 181-182.

⁸³ GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>, acesso em 02/10/2012.

4.2. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL X PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

É no princípio da reserva do possível que parte da doutrina se socorre para caracterizar a impossibilidade do Estado de prover os direitos prestacionais, escudando-se no fato de que mesmo sendo legítima a pretensão, o recurso para sua prestação tem que existir. Fazemos, pois, distinção entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, ao dizermos que, para os primeiros não haveria alocação de recursos, e, para os últimos, sempre há dispêndio econômico.

Reis Novais⁸⁴ define essa questão ao expor que tanto os direitos de defesa quanto os direitos sociais têm ínsitos prestações positivas e negativas por parte do Estado, e, assim, o condicionamento financeiro deve existir para um e para outro, pois apenas para se respeitar um direito (como o direito de propriedade ou o direito à educação básica) não há custos financeiros, mas para se proteger e promover tais direitos haverá dispêndio de dinheiro, mesmo sendo direitos de gerações diversas.

O grande problema, alerta novamente Reis Novais⁸⁵, é que a reserva do possível nos direitos sociais atinge o próprio direito, devendo a última palavra nesse caso ser do legislador, podendo o Judiciário apenas confrontar se a alegada impossibilidade financeira é mais relevante que o interesse público na prestação, não se analisando se há ou não recursos, pois para o professor a escassez é sempre moderada.

Não pode o judiciário deixar de prestar a jurisdição, até por preceito constitucional expresso⁸⁶, mas tem que se atentar

⁸⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 91 e ss.

⁸⁵ Ob. cit., p. 116 e ss.

⁸⁶ Art. 102, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

que nos direitos sociais, ao reverso dos direitos de liberdade, uma decisão individual poderá gerar diversas outras decisões, que implicam dispêndio de recursos financeiros, diferentemente dos direitos de defesa, que sempre trazem primordialmente uma conduta negativa do administrador. Mas o certo é que, nos direitos sociais, temos a figura do mínimo existencial, ou seja, os direitos sociais devem garantir o mínimo, e, assim, a figura da reserva do possível perde essa valoração, pois, para garantia do mínimo existencial, a disponibilidade financeira quase sempre é possível.

A reserva do possível traz conceitos extrajurídicos para serem analisados sob o prisma jurídico, dando margem muitas vezes para que sob o manto desse princípio, os administradores escondam vontade política escusa e deixem de atender o mínimo existencial. É sob esse enfoque que a averiguação da proteção insuficiente ganha relevo e destaque no constitucionalismo moderno. Temos que ver se há escassez material do recurso e não alocação do recurso ao bom alvedrio do administrador, suplantando direitos sociais em benefício de interesses outros, nem sempre afetos à moral administrativa. Tem o administrador que provar, e neste caso cabe o ônus da prova à administração, que não prestou a tutela administrativa por dificuldade financeira e que o interesse público neste caso era inferior à omissão.

O estudo do princípio da proibição da proteção insuficiente deve ser realizado em simetria com a reserva do possível, pois, se esta restringe os direitos fundamentais, a proibição da proteção deficiente vem com o escopo de ponderar e fazer valer a dignidade da pessoa humana, adequando a administração em seu caráter orçamentário. A substituição de uma decisão administrativa, de cunho eminentemente político por uma decisão judicial só deve se dar em último caso, e quando o interesse público preponderar, sempre observando a razoabilidade.

Dada uma realidade fática, deve o administrador exerci-

tar seu juízo decisório, e, dentre as condutas que poderá realizar e que são juridicamente aceitas, escolher a que melhor espelhe a conveniência e oportunidade, tomando por base o interesse público a ser preservado. A decisão tem que ser a mais adequada e eficiente, sob pena de configurar arbitrariedade. A discricionariedade deve, pois, ser vinculada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais.

O interesse público, na esfera do direito administrativo, é a obrigação da administração em satisfazer as necessidades e interesses da coletividade, mas tais necessidades e interesses, após as escolhas pela administração, não mais deveriam ser objeto de debate, eis que prerrogativa do administrador. O grande problema é que, sob o manto do interesse público, muitas vezes, temos decisões administrativas que não respeitam os cidadãos, que são, em última análise, os detentores do interesse público. Daí, o controle constitucional realizado pelo Judiciário para impedir este desvirtuamento e proteger de forma suficiente os cidadãos.

4.3. CONTROLE DA OMISSÃO EXECUTIVA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE DECISÕES PROFERIDAS PELA CORTE CONSTITUCIONAL.

Efetivar a Constituição é o traço marcante do constitucionalismo contemporâneo⁸⁷, e com isso o Judiciário vem a

⁸⁷ Em sua obra *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, Luis Roberto Barroso parte dos seguintes pressupostos de um Direito Constitucional timbrado pela efetividade: “1) a Constituição, sem prejuízo de sua vocação prospectiva e transformadora, deve conter-se em limites de razoabilidade no regramento das relações de que cuida, para não comprometer o seu caráter de instrumento normativo da realidade social; 2) as normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas e sua inobservância espontânea enseja aplicação coativa; 3) as normas constitucionais devem estrutura-se e ordenar-se de tal forma que possibilitem a pronta iden-

exercer maior controle das normas e atos administrativos. O Supremo Tribunal Federal tem tido atuação proativa e por vezes exacerbada, principalmente no direito à saúde, com a busca de meios concretos para o exercício e efetividade do texto constitucional.

O princípio da proibição da proteção deficiente fora tratado pelo Supremo Tribunal Federal pela primeira vez no julgamento do recurso extraordinário nº. 418.376-5, em 09 de fevereiro de 2006⁸⁸, em que uma criança permaneceu mantendo relações sexuais com o agressor dos 09 aos 12 anos e após esse período com ele iniciou união estável.

O relator do caso, Ministro Marco Aurélio de Mello fundamentou seu voto na preservação da família enquanto núcleo social basilar, optando pela aplicação da norma legal e consequente extinção da punibilidade.

O voto do Ministro Marco Aurélio foi confrontado pelo Ministro Gilmar Mendes, que pontificou << de outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico>>. O voto do Ministro Mendes foi o vencedor de modo que com esse julgamento inauguramos o princípio da proibição da proteção deficiente na Corte Constitucional brasileira.

No tema proteção do meio ambiente destaquemos que a dicção do artigo 225 da Constituição Federal atribuindo dever ao Estado mas responsabilidade a toda a coletividade fez com que o número de ações aumentasse, principalmente nas Cortes Superiores, a destacar o Supremo Tribunal Federal, eis que

tificação da posição jurídica em que investem os jurisdicionados; 4) tais posições devem ser resguardadas por instrumento de tutela adequados, aptos à sua realização prática". p 86.

⁸⁸ O acórdão foi publicado no Diário da Justiça no dia 23 de março de 2007.

guardião da Constituição. O Poder Judiciário brasileiro tem posição mais ativa no controle e efetividade dos deveres de proteção, e, em matéria ambiental, tem destacada atuação; e passaremos a analisar alguns casos, questionando quando houve proteção socioambiental e quando houve excesso no juízo de conveniência e oportunidade da matéria.

Em questões ambientais, o Supremo Tribunal Federal tem assinalado, em suas decisões, o reconhecimento ao Direito ao Ambiente, enquanto direito e dever fundamental, mesmo não estando expresso no rol do Título II da Constituição Federal, invocando a abertura material de tais direitos e deveres, expressa no próprio texto constitucional. Observamos, também, posição no sentido da aplicabilidade imediata e direta e interpretação dos princípios socioambientais nas mais diversas decisões da Corte Constitucional.

Houve enfrentamento do caso pela Corte Constitucional brasileira no problema da crueldade contra os animais, quando a Suprema Corte veda ao Estado submeter animais a maus tratos, na denominada farra do boi e nas brigas de galo, fazendo valer o art. 225, parágrafo primeiro, VII, da Constituição Federal, que veda a prática de atos que <<provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade>>, numa clara demonstração de proteção da fauna contra ações humanas.

No caso da farra do boi, o STF analisou o princípio da proporcionalidade, isto em 1997⁸⁹, e, mesmo sem dizer explicitamente, estabeleceu que a Lei Estadual do Estado de Santa Catarina expunha animais à crueldade, e que, com tal legislação e uma omissão da administração, eis que o cumprimento da Lei, mesmo sendo ação positiva, implicava omissão, estava o Estado de Santa Catarina a proteger insuficientemente a sua

⁸⁹ Recurso Extraordinário nº 153.531-8/SC. Recorrente: Associação Amigos de Petrópolis, Patrimônio Proteção aos animais e defesa da ecologia e outros. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Acórdão publicado no Diário da Justiça no dia 13 de março de 1997.

fauna, contrariando preceito constitucional. Vemos que foram analisados tanto a razoabilidade quanto a dignidade, e esta em um aspecto ecocentrista, pois assegurou-se a dignidade de não-humanos. Interessante dizer: o Ministro Relator demorou a submeter o caso à Turma, à espera de o Estado de Santa Catarina resolver administrativamente a questão, o que não ocorreu. Outro fato interessante é colisão entre a proteção ambiental e o direito à manifestação cultural.

Interessante que o cerce da discussão é a omissão do Poder Público, que para os autores é demonstrada pela simples realização da << Farra do Boi >> e para os recorridos não se encontra configurada, diante de ações realizadas pela administração para coibir << excessos >>. Em primeiro e segundo graus, a ação fora descartada, quer por impossibilidade jurídica do pedido em grau primeiro, quer com enfrentamento de mérito e consequente improcedência, isto em segundo grau.

Já em segundo grau, o cerce da questão fora a omissão do Estado, reconhecendo-se que não houve, eis que dita a decisão ter o Estado de Santa Catarina encetado ações para prevenir e reprimir atentados à Lei.

Já no Supremo Tribunal, o Estado de Santa Catarina invoca que a Constituição traz a proteção da fauna de maneira contida, a depender de lei. O Ministro Francisco Rezek, Relator do recurso, expõe que Lei alguma pode permitir crueldade contra animais e que deve o Estado, tanto no plano Legislativo, quanto no plano Executivo, primar pela defesa dos animais contra qualquer tipo de crueldade, sendo omissos o Estado que permite práticas cruéis.

A ADI 1.856-6-RJ⁹⁰ trata da permissão das brigas de galo

⁹⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão publicado no Diário da Justiça no dia 14 de outubro de 2011. Questões semelhantes foram enfrentadas na ADI 1.856-6-RJ, ADI 2.514-7-SC e ADIN 3776-RN.

no Estado do Rio de Janeiro, tendo como relator o senhor Ministro Celso de Mello, e, apesar de se destinar o acórdão a declarar a inconstitucionalidade de uma Lei, transversalmente impõe ao administrador o dever de proteção ambiente suficiente e eficiente, até porque o Governador do Estado interveio na ação, pedindo sua improcedência, sob o argumento de que <<não se enxerga na lei atacada onde ela possa agredir o meio ambiente, ou como ela desprotegeria a fauna, prejudicaria a função ecológica, provocaria extinção de espécies ou submeteria animais à crueldade>>. O inovador, neste acórdão, é a proteção também de animais domesticados e em cativeiro, o que, a nosso ver, já parecia óbvio no texto constitucional, pois se não fez distinção, é porque abrangia todos os animais. Também nessa ação discute-se o princípio da solidariedade intergeracional.

A inconstitucionalidade pleiteada é a da Lei Estadual Fluminense nº. 2.895/1998, que autorizava a competição entre aves não pertencentes à fauna silvestre em total afronta ao preceito constitucional que proíbe a crueldade contra animais – art. 225, parágrafo 1º., VII, Constituição Federal⁹¹.

Em sua defesa, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro invocou, em resumo, que: 1) a fauna protegida pela Constituição é a fauna silvestre e não animais domesticados; b) que as competições são manifestações culturais, inclusive gerando muitos empregos. Ao que disse o Poder Legislativo Fluminense, associou-se o Governador daquele Estado Federado, expondo em mérito que a lei atacada não agride o meio ambiente, e, ao reverso, protege e assegura tal prática, com normatividade do poder de polícia e preservação para se evitar

⁹¹ Art. 225:

Parágrafo 1º. – Para assegurar a efetividade desse direito, incube ao Poder Público:

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetem os animais a crueldade.

abusos.

No julgamento, o Relator assume feição eminentemente antropocentrista, vendo-se sempre uma preocupação em preservar a subsistência << do gênero humano em um ambiente ecologicamente equilibrado >>. Não obstante essa visão, traz o acórdão uma interessante visão sobre o princípio da solidariedade intergeracional e ao discorrer sobre os chamados << direitos de terceira geração >> traz o dever de proteção do ambiente pelo Estado. De resto, declarou-se a inconstitucionalidade da lei estadual, expondo por via reflexa que o Poder Executivo do Rio de Janeiro deve proteger o Estado contra toda e qualquer prática que importe em crueldade contra os animais.

O Ministro Gilmar Mendes quando de seu voto, chegou a falar do dever de proteção que deve ser seguido por toda pessoa jurídica estatal. Aliado a este fundamento, ao fim concluiu o acórdão que em última análise as << brigas de galo >> ofendem a dignidade humana, estimulando pulsões << primitivas e irracionais >> do ser humano.

Outro acórdão do Supremo Tribunal em matéria ambiental que tem relação transversa com o princípio da proibição da proteção deficiente, é o caso da importação de pneus usados⁹². Pode parecer matéria estranha ao estudo, pois no caso em exame temos um particular reclamando prestação positiva do Estado em permitir a importação de pneus usados, alegando a livre concorrência, com a União expondo que tal importação causaria lesão ao meio ambiente. Ora, o que temos em relação ao princípio estudado? No bojo do acórdão, diz a Ministra Ellen Gracie que permitir a importação de pneus usados, não bastasse os que aqui já são consumidos, implicaria degradação

⁹² Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº. 118-6/RJ. Agravante: TAL Remodelagem de Pneus Ltda. Agravado: União. Interessado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Decisão publicada no Diário da Justiça no dia 29 de fevereiro de 2008. Relatora Ministra Ellen Gracie.

ambiental.

No *decisum* vê-se bem trabalhada a ponderação, com confronto de princípios, quais sejam, a livre concorrência e a preservação ambiental, em que a Corte Constitucional ao confrontar os princípios, mesmo que implicitamente, analisou a razoabilidade e a dignidade da pessoa humana. Ao analisar a razoabilidade observou-se que a proibição da importação de pneumáticos era razoável e não inviabilizaria a atividade do agravante, eis que poderia comercializar o produto local. O lucro do agravante deve se compatibilizar com o interesse público de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Quanto à dignidade humana, temos que restou decidido que a importação dos pneumáticos traria sérios riscos ambientais.

Posteriormente, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n^o. 101/DF⁹³, a Suprema Corte decidiu pelos mesmos fundamentos proibir a importação de pneumáticos usados, pondo fim à questão.

Na Suspensão de Tutela Antecipada n^o. 408/BA⁹⁴, houve enfretamento explícito do tema <<proibição da proteção deficiente>> pelo então Presidente da Suprema Corte, Ministro Gilmar Mendes. O Estado da Bahia adentrou com o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada contra ato do Tribunal de Justiça Baiano que confirmou decisão monocrática de primeiro grau para impor ao Estado da Bahia, sob pena de multa diária, fornecimento de assistência médica e água potável aos habitantes de região do Estado que estavam a consumir água com elevado nível de urânio, com padrões acima dos estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde.

⁹³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n^o. 101/DF. Requerente: Presidência da República. Acórdão publicado no Diário da Justiça no dia 04 de junho de 2012. Relatora Ministra Cármen Lúcia.

⁹⁴ Suspensão de Tutela Antecipada n^o. 408/BA. Requerente: Estado da Bahia. Requeridos: Juízo de Direito da Comarca de Caetité. Decisão publicada no Diário da Justiça no dia 18 de março de 2010. Relator Ministro Gilmar Mendes.

Alegava o Estado da Bahia que a decisão do Tribunal de Justiça local importaria em grave lesão à ordem e à economia públicas do Estado, posto que as providências a serem tomadas estavam na alçada de sociedade de economia mista ligada ao Ministério da Ciência e Tecnologia – Indústrias Nucleares do Brasil S/A -, eis que tal órgão é quem explora o urânio na região.

O Ministro Gilmar Mendes ao enfrentar a matéria expõe ser competência comum dos entes federativos cuidar da saúde e da assistência pública, para proteger o meio ambiente e combater todas as formas de poluição. Diz ainda que um meio ambiente equilibrado potencializa a fruição do direito à saúde. Em remate, explicita que não havendo comprovação de que as Indústrias Nucleares do Brasil S/A é que estão a expelir grande quantidade de urânio na região, cabe ao Estado da Bahia criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício de um meio ambiente ecologicamente correto.

Recorre o senhor Ministro Gilmar Mendes à teoria da proibição da proteção deficiente, para expor que na dimensão objetiva temos o direito à organização e ao procedimento, com o Estado obrigado a criar órgãos e estabelecer procedimentos para uma vida saudável. Traz a lume, ainda, o senhor Ministro, o princípio da precaução, impondo ao Estado o dever de evitar riscos, protegendo o cidadão contra a ingestão excessiva de urânio.

Ao cabo, manteve a decisão do Tribunal *a quo*, forte no dever de proteção estatal da saúde pública e do meio ambiente, só retirando a multa diária que a decisão vergastada impunha, sob o argumento de que tal medida importaria remanejamento financeiro das contas públicas, em detrimento de ações estatais relevantes.

CONCLUSÃO

Em uma primeira fase dos direitos fundamentais, estes foram concebidos para servirem de barreira contra os abusos estatais. Era o Estado visto enquanto adversário da liberdade dos súditos, cumprindo aos direitos fundamentais limitar este Estado, garantindo os direitos do homem.

Avançando no tema direitos fundamentais, o Estado agora não deve apenas respeitar os direitos de defesa como também deve proteger e promover os direitos fundamentais, nascendo o caráter prestacional de tais direitos, em especial contra ataque de particulares.

Na visão objetiva que se empresta aos deveres fundamentais, há desvinculação de titulares diretos de direitos para que haja a proteção do direito, cabendo ao Estado a consecução de uma sociedade pautada pelo menos pelo mínimo social, mas sabendo que deve buscar sempre a excelência do serviço.

O atual constitucionalismo exige a concretização dos direitos fundamentais, cabendo aos poderes estatais completa submissão ao texto constitucional e busca constante de sua efetivação.

No Brasil, o texto constitucional consagra o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, calcado no preceito da fundamentalidade material aberta do texto constitucional, sendo este entendimento seguido tanto pela maioria da doutrina quanto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Não obstante a natureza de direito fundamental, não aceita por toda a doutrina e com abalizadas posições contrárias, não podemos nos descurar do dever de preservação ambiental, bem expresso no texto constitucional quando diz que tem o Estado o dever de preservação, com a necessária responsabilidade de todos que compõem a coletividade.

Ao longo do presente relatório buscamos justificar a aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente no âmbito do direito ambiental, no sentido de que os bens jurídicos ambientais merecem proteção estatal. Desse modo, travamos a

demonstração de que as ações tanto Executiva quanto Legislativa violadoras da cláusula de proibição da insuficiência são incompatíveis com a Constituição da República.

Conforme salientado durante a exposição, a violação à Constituição pode advir tanto do excesso quanto da insuficiência do Estado. Nesse diapasão, sustentou-se haver restrições à liberdade de conformação legislativa e à liberdade de atuação executiva na consecução de políticas públicas, visto que o texto constitucional constitui o parâmetro para a atuação de todos os entes estatais, os quais estão vinculados à proibição do excesso e à proibição do déficit.

Como critérios para caracterizar a proibição da proteção insuficiente, apesar de abalizada doutrina entender que devemos buscar na estrutura da proibição do excesso os requisitos para evidenciá-la, buscamos no professor Reis Novais o embasamento da suficiência dogmática do instituto e seus critérios como sendo a razoabilidade e a dignidade da pessoa humana.

Nesse lastro de ideias, compreendemos a democracia constitucional, em que o Poder Constituinte originário concedeu ao Poder Judiciário a temática da resolução dos conflitos e representação da soberania popular na defesa do texto constitucional, o dever dos juízes de preservar e promover a Constituição, efetivando a igualdade material expressa.

A Justiça Constitucional não servirá como substitutivo do Legislador e do Administrador, mas quando houver omissão despropositada tem autorização constitucional para agir, baliando sempre sua atuação no princípio da proibição do déficit, sem se descurar da reserva do financeiramente possível.

A reserva do financeiramente possível, entretanto, não pode ser utilizada pelo Administrador como escudo ilegítimo para atuação insuficiente, até porque em sede de direitos prescricionais a exigência é do mínimo social, sempre tendo o interesse público primário, expresso na dignidade humana, como parâmetro a ser seguido.

O princípio da proibição da insuficiência vem balancear a reserva do possível, garantindo a atuação do Poder Judiciário para preservar a norma constitucional de um meio ambiente equilibrado, não permitindo atuação aquém do mínimo social.

A partir da análise de casos do ordenamento jurídico-ambiental pátrio, concluímos pela possibilidade de utilização de mecanismos de controle de constitucionalidade para corrigir violações à proporcionalidade oriundas da proteção deficiente.

Por fim, colacionamos julgados da Corte Constitucional do Brasil na análise do tema abordado e demonstramos que mesmo de maneira tímida o Supremo Tribunal Federal já começa a utilizar o princípio para preservação do meio ambiente, impondo aos demais poderes o dever de proteção ambiental, perfazendo em uma sociedade justa e fraterna.

As decisões trazidas explicitam o princípio da dignidade humana e a busca por um meio ambiente justo e equilibrado, sendo esta a tônica da atuação jurisdicional. A aplicabilidade direta e imediata e a interpretação dos princípios socioambientais também permeiam as decisões da Corte. Assim, pode e deve o Supremo Tribunal Federal pautar sua atividade para efetivar o dever fundamental de proteção ambiental, sem substituir diretamente o Executivo, mas fiscalizando se este age dentro dos preceitos constitucionais e não exerce sua atividade aquém do mínimo estabelecido no texto constitucional.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRINO, José de Melo. Direitos Fundamentais. Introdução Geral. Príncípa Editora. Estoril, 2007.
- ALEXY, Robert. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. Teoria dos direitos fundamentais. 2^a. Edição. Malheiros, São Paulo, 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 9^a. edição. Editora Renovar. São Paulo, 2009.
- BIANCHI, Patrícia. Eficácia das normas ambientais. Editora Saraiva. São Paulo, 2010.
- BITENCOURT NETO, Eurico. Há um Direito à Boa Administração Pública, in Direito Constitucional em homenagem a Jorge Miranda, coord. de Helena Telino Neves Godinho e Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza. Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2011.
- BONAVIDES. Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 10^a. edição. Malheiros. São Paulo, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27^a. Edição. Malheiros. São Paulo, 2012.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. Saraiva. São Paulo, 2002.
- CALGARO. Gerson Amauri. Aplicabilidade e efetividade dos direitos fundamentais: ponto de vista. In Revista de Mestrado em Direito. UNIFIEO. Ano 4, n. 4, 2001.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Almedina. Coimbra, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Coimbra Editora. Coimbra, 1994.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Omissões Normativas e Deveres de Protecção. In Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues. Vol. II, DIAS, Jorge de Figueiredo et alli (orgs.). Coimbra Editora. Coimbra, 2001.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4ª edição. Saraiva. São Paulo, 2011.
- CLÉVE, Clemérson Mérlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Del Rey, Belo Horizonte, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Martins Fontes. São Paulo, 2011.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2009.
- GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A proibição de proteção deficiente.. In *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 61. Maio/Outubro 2008.
- GOMES, Carla Amado. *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador dos Deveres de Protecção do Ambiente*. Coimbra Editora. Coimbra, 2007.
- GOMES, Carla Amado. *Ambiente (Direito do)*. Textos Dispersos de Direito do Ambiente. Vol. I, AAFDUL. Lisboa, 2008.
- GOMES, Carla Amado. *O Ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente*. Textos Dispersos de Direito do Ambiente. Vol. I, AAFDUL. Lisboa, 2008.
- GOMES, Carla Amado. *O Direito ao Ambiente no Brasil: um olhar Português*. Textos Dispersos de Direito do Ambiente. Vol. I, AAFDUL. Lisboa, 2008.
- GOMES, Carla Amado. *Constituição e Ambiente: errância e simbolismo*. Textos dispersos de direito do ambiente. Vol. II, AAFDUL. Lisboa, 2008.
- GOMES, Carla Amado. *Escrever verde por linhas tortas: O direito ao ambiente na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. In. Textos disperses de direito do ambiente. Vol. III. AAFDUL. Lisboa, 2010.

- GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2007.
- HESSE, Konrad. Temas Fundamentais do Direito Constitucional, textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. Editora Saraiva. São Paulo, 2009.
- MATTEDI, Mônica. A atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais: a dignidade da pessoa humana como parâmetro e a separação dos poderes como limite. Relatório de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2009.
- MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Coimbra Editora. Coimbra, 2002.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. 5.^a edição. Coimbra Editora. Coimbra, 2012.
- NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra Editora. Coimbra, 2003.
- NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito. Edições Almedina. Coimbra, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria. Coimbra Editora. Coimbra, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora. Coimbra, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra Editora. Coimbra, 2010.

- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais*. Juruá Editora. Curitiba, 2011.
- PASCUAL, Gabriel Doménech. *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2006.
- PUENTE, Marcos Gómez. *La Inactividad de La Administración*, Editora Aranzadi, Navarra, 2002.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 3ª. edición. Madrid, 2007.
- QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra Editora. Coimbra, 2006.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. Saraiva. São Paulo, 2010.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Tradução de Paulo Neves. L&PM Editores. São Paulo, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre Proibição do Excesso e de Insuficiência*. In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. volume 81. Coimbra, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang et FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011.
- SCHWABE, Jungen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Konrad-Adenauer-Stiftung. Montevideo, 2005.
- SGARIONI, Márcio Frezza e RAMMÊ, Rogério Santos. *O Dever Fundamental de Proteção Ambiental: aspectos axiológicos e normativo-constitucionais*. In *Direito Pú-*

blico, Síntese. Brasília. Vol. 41, set./out. 2011.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. Malheiros. São Paulo, 2003.

SILVA, Vasco Pereira. Verde Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente. Almedina. Coimbra, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. O princípio da proporcionalidade e as possibilidades de filtragem hermenêutico-constitucional: análise de um acórdão garantista. In Revista Ibero-Americana de Ciências Penais – ano 7, n. 14, CALLEGARI, André Luis e KREBS, Pedro (coord.). Porto Alegre. CEIP. 2006. Semestral.

SUNSTEIN, Cass R. A constituição parcial. 1ª edição. Del Rey. Belo Horizonte, 2008.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Almedina. Coimbra, 1998.

SÍTIOS ELETRÔNICOS JURÍDICOS

www.planalto.gov.br

www.stf.jus.br

www.unece.org/env/pp/treatytext.htm

www.onu.gov.br