

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM  
HELDER CÂMARA**

**DIREITO AGRÁRIO E AGROAMBIENTAL**

**ANDRÉ DE PAIVA TOLEDO**

**LUIZ ERNANI BONESSO DE ARAUJO**

**MARIA CLAUDIA S. ANTUNES DE SOUZA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

D598

Direito agrário e agroambiental [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/  
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: André de Paiva Toledo, Luiz Ernani Bonesso de Araujo, Maria Claudia S.  
Antunes De Souza – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-074-9

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. I. Congresso Nacional do  
CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

---

CDU: 34



# **XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA**

## **DIREITO AGRÁRIO E AGROAMBIENTAL**

---

### **Apresentação**

#### APRESENTAÇÃO

As pesquisas apresentadas no XXIV Congresso Nacional do CONPEDI em Belo Horizonte, e agora apresentadas nesta coletânea traduzem, em toda sua complexidade, os principais questionamentos do Direito Agrário e Agroambiental no século XXI. São frutos de pesquisas feitas em Universidades e Centros de Pesquisa de todo o país, que trazem a enriquecedora diversidade das preocupações com o meio ambiente e agrário em cada localidade.

Uma análise vertical da construção histórica do agronegócio e a questão agrária de Celso Lucas Fernandes Oliveira, que faz uma abordagem histórica, desde a modernização conservadora da agricultura até a atual realidade do agronegócio, buscando demonstrar como se deu o processo de reprimarização da economia brasileira.

O segundo capítulo intitulado a produção de agrocombustíveis e o enlaço com a segurança e soberania alimentar de Caroline Vargas Barbosa e Luciana Ramos Jordão, que tratam da produção de agrocombustíveis como razão da intensificação da dissociação do indivíduo com a terra e o meio ambiente e a asseveração da problemática da segurança e soberania alimentar.

No terceiro capítulo agrotóxicos e a intervenção do capital na agricultura de Ellen Adeliane Fernandes Magni Dunck, que abordou o desenvolvimento da indústria química e a intensificação do desenvolvimento industrial de tipo capitalista impôs, no Brasil, a submissão da agricultura à indústria, gerando um novo modelo de produção agrícola, com uso massivo de agrotóxicos.

Em seu quarto capítulo intitulado aplicar ou não aplicar, eis a questão: o desenvolvimento sustentável como solução da antinomia na aplicação do novo código florestal de autoria de Rafael Antonietti Matthes que partiu da premissa constitucional brasileira, por meio da qual, o desenvolvimento econômico, assim como o desenvolvimento social, deve primar pela manutenção da qualidade ambiental para as atuais e futuras gerações, sugerindo um possível indicador para solucionar a antinomia relacionada à aplicabilidade ou não do novo código florestal aos termos de ajustamento de condutas firmadas antes de sua vigência, cujas

obrigações pactuadas dever ser cumpridas após a sua vigência. Aplicar ou não aplicar, eis a questão!

Na sequência, intitulado desdobramentos do princípio da proporcionalidade: o princípio da vedação da proteção deficiente e a reserva legal fixada pelo Código Florestal Brasileiro de Elísio Augusto Velloso Bastos e Danielle Fonseca Silva, que abordou na necessidade de se analisar cuidadosamente as medidas de proteção ambiental, sempre sob o manto dos Direitos Fundamentais trazidos pela Constituição Federal.

No Sexto capítulo, com o título direito dos desastres sob o enfoque jus-agrarista para um desenvolvimento biotecnológico sustentável de Arthur Ramos do Nascimento faz uma análise interdisciplinar entre ramos do Direito apontando como a valorização do Direito Agrário e sua interação com o Direito dos Desastres pode ser realmente intensificadora e promotora de um Desenvolvimento Sustentável.

No sétimo capítulo, com título o critério de determinação da nacionalidade na lei nº 5.709, de 1971, para aquisição de imóveis rurais por pessoas jurídicas de Victor Fróis Rodrigues, que analisou a controvérsia jurídica instaurada em torno da recepção constitucional do §1º do artigo 1º da Lei nº 5.709, de 1971, que estabelece uma discriminação entre pessoas jurídicas nacionais.

Na sequência, o capítulo oitavo intitulado o desenvolvimento de políticas públicas para o setor rural a partir da relação agricultura familiar, estado e democracia de Marana Sotero de Sousa, analisou a agricultura familiar como mecanismo promotor do desenvolvimento de políticas públicas para o setor rural.

O nono capítulo intitulado o direito agrário no debate sobre gênero no campo: possibilidades e desafios de Rabah Belaidi e Larissa Carvalho de Oliveira, abordou a realidade da mulher rural brasileira, de classe social baixa, no sentido de questionar o contexto em que o direito agrário contribui para a redução ou perpetua a desigualdade de gênero no campo.

Décimo capítulo com o título o papel da agricultura familiar para a diversificação e valorização da produção de alimentos pós revolução verde no Brasil de Alexandrina Benjamin Estevão de Farias que tratou da importância da agricultura familiar para a valorização da produção diversificada de alimentos em face do modelo uniformizado e homogêneo de produção agrícola industrial adotado no Brasil.

Em seguida, com o título perspectivas para a política fundiária no estado democrático de direito brasileiro de Mauê Ângela Romeiro Martins que dedicou-se a analisar as características da Política Fundiária em um contexto de participação democrática ativa e suas perspectivas futuras.

O próximo capítulo, apresentado por Gilda Diniz dos Santos, intitulado reforma agrária: riscos da reconcentração centrou-se sobre os riscos de reconcentração fundiária caso a reforma agrária não preveja mecanismos tecnológicos, financeiros e econômicos de manutenção dos pequenos proprietários no meio rural.

Por fim, concluindo a obra de Direito Agrário e Agroambiental, com o título sustentabilidade, sociedade de risco e alimentos transgênicos: disputas definitórias e o projeto de lei nº. 4.148/08 os autores Maria Cláudia S. Antunes de Souza e João Luiz de Carvalho Notega, discutiram sobre os desafios da definição legal, por meio do Projeto de Lei 4.184 /2008, dos critérios de avaliação de risco da utilização o Brasil de organismos geneticamente modificados para fins de alimentação. À luz do paradigma da sustentabilidade, o PL 4.148/08 representa um retrocesso socioambiental e uma ameaça à construção desse novo imperativo ético.

Certos de que o estudo dos 13 (treze) capítulos apresentados propiciará ao leitor todas essas constatações e reflexões, acreditamos ter este Grupo de Trabalho cumprido muito bem sua missão, que é a construção do conhecimento e a configuração de um ambiente ótimo de sua transmissão. Esta publicação é condição fundamental para a consecução dos objetivos traçados. Resta-nos agora aproveitá-la.

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza

Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI/ SC

Prof. Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araujo

Universidade Federal de Santa Maria/ RS

Prof. Dr. André de Paiva Toledo

Escola Superior Don Helder/MG

Coordenadores



**DESDOBRAMENTOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E A RESERVA LEGAL FIXADA PELO CÓDIGO FLORESTAL BRASILEIRO**

**DEVELOPMENTS OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY: THE UNTERMASSEVERBOT PRINCIPLE AND THE LEGAL RESERVE ESTABLISHED BY THE BRAZILIAN FOREST CODE**

**Elísio Augusto Velloso Bastos  
Danielle Fonseca Silva**

**Resumo**

Este artigo baseia-se na necessidade de se analisar cuidadosamente as medidas de proteção ambiental, sempre sob o manto dos Direitos Fundamentais trazidos pela Constituição Federal. O Estado Democrático de Direito tem o dever de assegurar aos cidadãos os direitos fundamentais por meios positivos e negativos. Nesse caso, é necessário considerar o Princípio da Vedação à Proteção Deficiente, sobretudo em relação à definição e alcance da Reserva Legal, estabelecida pelo Código Florestal Brasileiro, através da análise dos estágios do Princípio da Proporcionalidade.

**Palavras-chave:** Princípio da proporcionalidade, Princípio da vedação da proteção deficiente, Reserva legal, Código florestal brasileiro

**Abstract/Resumen/Résumé**

This paper is based on the requirement of a careful analysis of the environmental protection measures to be applied, beneath Fundamental Rights brought by the Federal Constitution. Ensuring the fundamental rights through active and passive ways is a duty of the Democratic State of Law. It is evident that this protection must be accomplished also by applying precautionary measures. In this case, it is necessary to take into consideration the following principle: untermassverbot, especially regarding the definition and scope of the Legal Reserve, established by the Brazilian Forest Code, by analyzing the Proportionality Principle stages.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Principle of proportionality, Untermassverbot principle, Legal reserve, Brazilian forest code

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente artigo busca analisar a Proporcionalidade, como Princípio, com seus desdobramentos, de acordo com a figura da Reserva Legal no seu atual posicionamento trazido pela Lei Federal nº. 12.651/2012, conhecido como Novo Código Florestal.

Em um primeiro momento, situa-se a normatividade dos direitos fundamentais, explanando acerca das Regras e Princípios sobre as teorias trazidas por Ronald Dworkin e Robert Alexy, até chegar a ideia de colisão de princípios e sua solução.

Em seguida, com o Princípio da Proporcionalidade, a diagramação de seu conceito e origem, há a verificação dos seus estágios, em que se identifica cinco deles com suas respectivas caracterizações. Apresenta-se então, outra vertente deste princípio, conhecido como o Princípio da Vedação da Proteção Deficiente.

Em um terceiro ponto, fala-se do Princípio da Vedação ao Retrocesso juntamente com a ideia de Proteção Ambiental Insuficiente, com uma abordagem refletida no Princípio da Vedação a Proteção Deficiente.

Posteriormente, se verifica a instituição da Reserva Legal no Novo Código Florestal juntamente com a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº. 4901, evidenciando os pontos de discussão de possível confronto com a Constituição da República de 1988.

E por fim, faz-se uma análise dos estágios do Princípio da Proporcionalidade com os dispositivos trazidos pelo Novo Código Florestal acerca da Reserva Legal, verificando se os mesmos são atendidos de acordo com a proposta objetivada evidenciada pela legislação em comento.

## **2 A NORMATIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A figura da Constituição concebida com instrumento eivado de carga valorativa foi assim evidenciada a partir do Caso Lüth<sup>1</sup>, que marca o início de uma nova concepção no que pertine à hermenêutica dos Direitos Fundamentais e, portanto, constitucional.

---

<sup>1</sup> Neste caso, o Tribunal Constitucional Federal Alemão fixou as seguintes diretrizes, até hoje presentes e marcantes: **a)** as normas que consagram Direitos Fundamentais se distinguiriam, em essência, das outras normas do ordenamento jurídico; **b)** as normas que consagram Direitos Fundamentais teriam o chamado efeito

A ideia de uma Constituição valorativa espelhava-se em um ideal normativo como uma ordem objetiva de valores a ser perseguida para a realização do Estado Social, sendo este entendido como aquele em que se busca ir além de suas funções de proteção e repressão da sociedade, como o poder de polícia, mas exercitava uma conduta promocional de controle da sociedade, com a preocupação de alcançar metas sociais e não meramente econômicos, como seria no Estado Liberal (CAPPELLETTI, 1999, p. 40 a 41).

E para conseguir alcançar essas metas sociais, necessária se fez uma força normativa suficientemente capaz de influenciar o meio a ser aplicado, ao ponto de mudar a realidade determinada, e esta seria exercitada então, por meio da Constituição, considerada como norma fundamental a ser seguida, e ainda, como uma ordem objetiva de valores.

Assim, no entendimento de Hesse (1991), a Constituição está condicionada à sua realidade histórica, em que sua interpretação não pode ser dissociada desta e assim, a Constituição ordenaria e se conformaria segundo os parâmetros sociais e políticos nela vigentes, como expressão de sua força normativa.

A decisão proferida no Caso Lüth consagrou a existência do chamado efeito irradiador, tendo em vista que, ao identificar uma ordem objetiva de valores representada nos Direitos Fundamentais, difundiu-os para todo o ordenamento jurídico.

Pretendeu-se, então, que os Direitos Fundamentais se transformassem em uma espécie de barra de contenção da atividade dos Poderes presentes na sociedade, inclusive o Estatal, o qual deveria respeitar os comandos impostos por tal ordem objetiva de valores e, assim, estabelecer uma transcendência das projeções individuais, passando a compor a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático (BRANCO, 2009, p. 63).

Neste sentido, importa ressaltar algumas considerações acerca da estrutura normativa dos Direitos Fundamentais a partir da divisão entre Regras e Princípios, vez que se pretende analisar, dentre eles, em consonância com o direito fundamental ao meio ambiente

---

irradiador; **c)** os direitos fundamentais não revelariam, apenas, uma garantia de direitos de defesa do cidadão contra o estado; **d)** os direitos fundamentais, portanto, deveriam ser aplicados nas relações entre particulares; **e)** Os conflitos entre normas que consagram Direitos Fundamentais devem ser solucionados por um método diferente, a ponderação, do utilizado para solucionar conflitos entre normas-regra, a subsunção. A ponderação possibilitaria uma relação de precedência, porém, condicionada: ao julgar-se um caso, devem ser fixadas as condições sob as quais um princípio precede sobre outro. Sobre outras condições, a precedência pode ser invertida. Veja-se SILVA (2005, p. 42) e ALEXY (2011, p. 915 a 920).

ecologicamente equilibrado, em que se consta a figura da reserva legal no contexto trazido pelo Novo Código Florestal.

## **2.1. REGRAS E PRINCÍPIOS**

De acordo com Dworkin (2011), o direito de uma comunidade pode ser entendido como um conjunto de regras especiais as quais determinam qual comportamento será punido ou evitado pelo poder público sendo que, para o positivismo jurídico, esse conjunto coincide com o direito, e caso ocorra uma situação em que o agente não esteja sob o comando de determinada regra, não seria possível decidir o caso com a aplicação do direito, então.

Com a intenção de demonstrar uma justificação de modo racional para o que os juízes realizem quando, mesmo diante de normas obscuras sobre o que o direito traz ou mesmo quando não há qualquer norma existente acerca de determinado caso, aplicam o direito, Dworkin (2011, p. 27) entende que os juízes se utilizam de outros padrões normativos, que não seriam as regras, e sim, os princípios.

Assim, para Dworkin (2011, p. 36,) princípios seriam todos os tipos de padrões normativos que não são regras, sendo que a primeira diferença entre ambos é de natureza lógica, visto que divergem quanto as orientações que oferecerem; a aplicação das regras seria na questão do tudo ou nada.

Uma segunda diferença, está na dimensão de peso ou importância que os princípios tem, em relação as regras, que são perceptíveis em caso de colisão, em que se utiliza para, em cada caso, verificar o quão importante é o princípio.

Diferentemente, o que ocorre no caso de conflito de regras, em que se verifica qual é a mais importante, em que a de ordem superior, engloba a de inferior, ou seja, há uma subsunção da norma.

No caso concreto, as regras em conflito resultarão na aplicação de uma enquanto que a outra será considerada inválida, de acordo com considerações que estão além destas, como a ideia de que aplicação deve ser de uma mais específica ou de maior hierarquia, por exemplo.

Alexy (2008), por sua vez, intensifica as distinções entre regras e princípios e defende que estes últimos são mandamentos de otimização, o qual não só forneceria uma

direção de fundamentação para uma decisão, mas também uma ordem na qual algo seja realizado na maior medida possível, respeitando as limitações fáticas e jurídicas do caso.

Neste sentido, Alexy (2008, p. 116) defende que as razões trazidas pelos princípios em determinada decisão diferentemente das regras, não são definitivas, absolutas, vez que elas poderiam ser afastadas tendo em vista a existência de razões contrárias. Já as regras, e seguindo a mesma linha de Dworkin, possuem um caráter definitivo já que seu conteúdo traria a medida exata de sua exigência e, devido a isto, se diz que a diferença entre estes seria de ordem qualitativa, o que ficaria evidente em caso de conflito entre regras e conflitos entre princípios.

Para o conflito entre regras, este se resolveria de duas maneiras: inserindo uma cláusula de exceção em uma das regras, em que afastaria o conflito e se instalaria a harmonia abstratamente ou se declararia a invalidade de uma delas. Assim, também estaria presente a figura da aplicação do tudo ou nada, para as regras, não sendo possível, portanto, que duas regras, por exemplo, poderiam ser aplicadas indistintamente na mesma hipótese fática, e que estas promovessem resultados contraditórios.

Diferentemente do que ocorre com as regras, os princípios possuem uma dimensão de peso, o qual deve ser levando em consideração em caso de conflito.

Se sobre o mesmo contexto factual incidirem dois princípios, em que cada um implicaria em um resultado de aplicação diferente, dever-se-ia realizar a ponderação entre eles, no intuito de evidenciar qual deles possui a precedência no caso concreto, afastando, assim, aquele de menor peso, em que o intérprete leva em consideração a força relativa contida no princípio em conflito.

Desta forma, chega-se ao princípio a ser aplicado, enquanto que o outro, somente sofreu afastamento e não invalidade, como aconteceria em caso de regra, ao passo que, em outro caso concreto, este princípio pode ser considerado o de maior peso e, por consequência, ser o aplicado.

Prossegue Alexy (2008, p. 99) afirmando que “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”, o que demonstra a

necessidade de análise de identificar qual princípio, em conflito, possuiria essa precedência através de um juízo de proporcionalidade.

Dito isso, verifica-se então, retornando aos primeiros delineamentos expostos, que a Constituição carrega consigo uma carga valorativa e esta se corporifica nos Direitos Fundamentais os quais, seriam portadores de um acentuado grau de força normativa, expressando valores básicos que subjazem os mais variados interesses e aspirações dos indivíduos e grupo social.

E ainda, por possuírem o mesmo grau hierárquico e permanecerem no mesmo patamar normativo, os Direitos Fundamentais não se sobrepõem, então, em caso de colisão entre eles, se utiliza a ponderação, corporificada através da proporcionalidade.

### **3. A COLISÃO COMO MEIO LEGÍTIMO A AUTORIZAR A IMPOSIÇÃO DE LIMITES A DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

Como já se sabe, a própria ordem constitucional ou Direitos Fundamentais de terceiros, poderão ensejar limites aos Direitos Fundamentais. É o campo de estudo do que a doutrina chama por Direito Constitucional de Colisão.

Na verdade, a imposição de limites a Direitos Fundamentais decorrente de conflito entre tais Direitos e é algo incrível e naturalmente corriqueiro, considerando que, como alerta Villey (2007, p. 8) cada um dos direitos humanos “é a negação de outros direitos humanos”, prosseguindo em aguda e contundente observação acerca da natureza flexível, modular e contraditória ínsita à noção de Direitos Humanos:

Ó medicamento admirável – capaz de tudo curar, até as doenças que ele mesmo produziu. (...)

Ferramenta de mil usos. Usaram-na em proveito das classes operárias ou da burguesia – dos malfeitores contra os juízes – das vítimas contra os malfeitores. Mas atenção! Cumpre escolher: ou bem de uns ou bem de outros. Nunca se viu na história que os direitos humanos fossem exercidos em proveito de todos. O problema com os direitos humanos é que ninguém poderia tirar partido deles senão em detrimento de alguns homens. (VILLEY, 2007, p. 162)

Ora, e se é assim, como, de fato, assim o é, se o exercício de um Direito Fundamental é, em essência, a negação de outro, exercer um Direito Fundamental pode ser um instrumento perfeitamente adequado à dominação de outrem. A linguagem dos Direitos Humanos, pois, pode revelar inconfessável dominação.

Se, portanto, todo exercício de um Direito Fundamental é, em essência, resultado de uma colisão entre Direitos igualmente Fundamentais, a limitação, oriunda desta inexorável colisão apenas poderá se justificar na exata medida em que for necessária para preservar outro Direito Fundamental. Mister, pois, que sejam fixados balizamentos para que se possa evitar cair na tentadora armadilha de “canalizar valores ou interesses (inclusive interpretativos, não normativos), por forma a motivar um contrapeso que possa favorecer um deles” (QUEIROZ, 2000, p. 273), travestindo-se por jurídicos, argumentos que, ao fim e ao cabo são, essencialmente, de ordem subjetiva.

Para tanto, pensou-se na técnica da proporcionalidade como hábil a limitar a atividade do intérprete e, assim, capaz de realizar, de modo efetivo, a concordância prática dos bens jurídicos que refletem valores com iguais pesos normativos.

Deste modo, seria possível efetivar o seguinte resumo de raciocínio: quando ocorre a colisão, pondera-se visando a concordância prática mediante a técnica da proporcionalidade.

#### **4. A TÉCNICA DA PROPORCIONALIDADE.**

Partindo do ideal de que os princípios são mandamentos de otimização, em que a sua natureza exige, em um primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência, (como, de todo, afirma o princípio da unidade constitucional), e, em segundo, sua referência a situações inquantificáveis, tem-se que na ocorrência da colisão, o que há é que um deles terá que ceder, não necessariamente significando que o que cede, será considerado inválido, mas, na verdade, apenas será afastado pela prevalência do outro através do exercício da ponderação.

Para Alexy (2011, p. 920), a ponderação é “parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é o princípio da proporcionalidade”, ou seja, percebe-se que a ponderação tem como instrumento a proporcionalidade que, por sua vez, tende a também necessitar de outros fragmentos para sua realização.

A proporcionalidade, pois, pretende servir como fixador de critérios para intervenção dos poderes a quando da prática de todo e qualquer ato que possa produzir limites aos Direitos Fundamentais.

Primeiramente, cumpre destacar que em sua origem a proporcionalidade esteve vinculada às searas do Direito Administrativo alemão, onde, no Século XIX funcionava como padrão para vedar o uso da força para além do que fosse necessário e exigível para a consecução de sua finalidade. Estava, pois, inicialmente, restrita à atividade policial.

Com o fim da Guerra Mundial, a Europa vivenciou um período de queda da Supremacia do Parlamento e, portanto, de rompimento do dogma da intangibilidade do legislador, passando, a jurisprudência a controlar a razoabilidade dos atos legislativos, cujo método mais desenvolvido ou utilizado é *a proporcionalidade* (COSTA, 2008, p. 168).

Correta, ademais, a assertiva no sentido de atrelar a proporcionalidade a um fenômeno maior, também ligado às reações do 2º Pós Guerra: a retomada do jusnaturalismo, cuja ideia-força que marca esta retomada é a de que a Constituição não seria apenas um conjunto de normas, mas envolveria, também, uma ordem hierárquica e objetiva de valores, os quais, sob a roupagem/linguagem principiológica, pretenderiam atingir todo o ordenamento jurídico, obrigando-o a satisfazê-los na maior medida possível.

Seja como for, foi apenas no final dos anos cinquenta do século passado, sobretudo com a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão no denominado caso das Farmácias, de 1958, onde se distinguiu a necessidade e a adequação, da proporcionalidade em sentido estrito, que a Alemanha pode consolidar a proporcionalidade com o sentido com que, basicamente, conhecemos hoje. (COSTA, 2008, p. 170 e 171)

Desta forma, a técnica da proporcionalidade<sup>2</sup> serviria de mecanismo de controle da legitimidade da intervenção de atos no âmbito de proteção de direitos fundamentais, ela dividir-se-ia, conforme defendido por Meister e Klatt (2014), em cinco estágios, quais sejam: objetivo legítimo, meio legítimo, adequação, necessidade e razoabilidade ou proporcionalidade em sentido estrito, os quais serviriam para construir o entendimento a ser aplicado de acordo com o caso concreto.

---

<sup>2</sup> Alguns autores acreditam, acertadamente, que a proporcionalidade em sentido amplo e a concordância prática apresentam-se como um só e único princípio. (QUEIROZ, 2000, 275).

#### 4.1. ESTÁGIOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Toda e qualquer restrição à Direito Fundamental tem, necessariamente, que pretender alcançar uma finalidade constitucionalmente tutelada.

Pois bem, no primeiro estágio deverá ser identificada a finalidade, constitucionalmente tutelada, cuja restrição a determinado Direito Fundamental ajudará a alcançar. Trata-se da fase denominada de objetivo legítimo. Assim, a medida restritiva a Direito Fundamental teria que apresentar uma finalidade real, sem qualquer entendimento subliminar, em que de maneira clara e reta, poderia ser de plano visualizada.

Conforme Klatt e Meister (2014, p.27) para ser legítima a restrição, ela deverá ser juridicamente admissível, ao passo que não poderá contrariar qualquer preceito normativo, ou seja, “ocorre apenas uma reflexão isolada acerca do próprio objetivo; a relação objetivo-meio não desempenha qualquer papel nessa fase”.

Frise-se que haveria dois tipos de objetivos legítimos, tomando por base a Constituição Alemã, que seriam os valores coletivos absolutos, em que o Estado teria que persegui-los, como a liberdade de expressão, e aos valores coletivos relativos, em que traz como exemplo a “liberdade de conformação político-econômica” (KLATT e MEISTER, 2014, p.27)

Demais disso, é necessário também que o objetivo seja fixado por uma autoridade que possua competência para tal, ou seja, que emane de fonte apta para tal exigência.

Identificada a finalidade motivadora da restrição a certo Direito Fundamental, mister identificar-se, precisamente, quais os meios utilizados para alcançá-la, ou seja, qual a medida da restrição imposta a determinado Direito Fundamental. Também aqui se exige que o meio seja precisamente identificado, sem que se incorra em dubiedade, devendo ser, ademais, juridicamente possível, dentro da normatividade, portanto. Klatt e Meister (2014, p.27) lembram que “o meio efetivamente empregado deve ser precisamente designado e juridicamente avaliado” e dessa forma apresenta como exemplo de meio ilegítimo a utilização da pena de morte para a contenção de gastos com o sistema de execução penal.

O terceiro é alcançado fazendo-se uma análise relacional-causal entre os elementos dos dois primeiros estágios, no sentido de que a finalidade a ser perseguida deve estar adequada ao meio a ser utilizado.

Para Klatt e Meister (2014, p.28) “um meio é adequado quando, com o seu auxílio, o objetivo perseguido pode ser fomentado”, dessa forma, não precisa que o objetivo seja necessariamente atingido, completamente satisfeito, bastando que seja fomentado, pois. Assim, deve ser analisado se, de fato, a medida, que se trata do meio, a ser utilizado irá atender a finalidade desejada.

Verifica-se assim, com esta fase, se existe a necessidade de a medida restritiva ser ajustada para o alcance da finalidade pretendida, mesmo que em uma esfera hipotética, ocasião em que deverão ser identificados indícios que permitam concluir que o meio escolhido, ou seja, o dano imposto ao Direito Fundamental resta capaz de satisfazer a finalidade, de início, objetivada.

O quarto estágio é o da necessidade. Necessariamente não poderá haver um meio menos lesivo ao Direito Fundamental que se está limitando que seja, ao mesmo tempo, igualmente eficaz para atingir a finalidade pretendida.

Para satisfazer o quesito necessidade, deve promover-se, pois, um exercício de possibilidades e alternativas por intermédio de análises de mais de um meio a ser implementado, os quais devem contemplar, requisitos como: o meio escolhido deve atender, no mínimo, a mesma aplicação do que teria feito o meio alternativo e; pode, no máximo, promover uma interferência intensa sobre o princípio a ser restringido. Caso haja mais de um meio que estejam no mesmo nível de adequação e necessidade, é possível que seja utilizada a discricionariedade.

Esse exame da necessidade considera a existência de medidas alternativas aptas a serem utilizadas para o caso concreto, sendo assim, pois, um exame comparativo (SILVA, 2010, p. 171), enquanto que a adequação é uma relação de meio e fim entre a medida e o objetivo perseguido.

O quinto e último estágio é denominado pela doutrina de razoabilidade ou proporcionalidade *strito sensu*, que, em essência pode ser resumido na seguinte frase precisa

de Alexy (2011, p. 922), “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.

Toda a análise deste estágio, ensina Alexy (2011, p.922), deve se decompor em três passos: o grau do não cumprimento ou prejuízo ao princípio, caracterizado como a intensidade do dano; a comprovação da importância do princípio, refletido na intensidade de proteção; e a relação entre ambos, em que se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário, justifica ou não cumprimento do outro.

Entretanto, a aplicação desse caminho, sem dúvida, traz uma forte carga subjetiva ao ato de interpretar, onde poder-se-ia deixar de, imotivadamente, considerar alguns pontos e privilegiar outros, então, na intenção de reduzir a subjetividade ou até mesmo afastá-la, Alexy (2011) propõe a fórmula peso para a resolução de colisão de princípios, estabelecendo em que medida um pode preponderar sobre o outro, em virtude da existência de um peso relativo, sempre com a perspectiva que os princípios em conflitos possuem efeitos relativos e, visto isso, seria necessário observar alguns pontos, como: o peso abstrato dos valores em conflito; a interferência que a realização de um causa no outro, e vice e versa e, por fim, quais as evidências disponíveis para fundamentar as assertivas anteriores, atribuindo, para isso, graus de interferências, que poderiam variar do leve, moderado ou sério.

Alexy (2011, p. 3) explica que a lei de ponderação é formada por três passos que seriam: definir o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio; definir a importância de cumprimento do princípio contrário ao primeiro e, por fim, definir a importância do cumprimento de um princípio a ponto de justificar o prejuízo de outro. Assim esta fórmula seria um instrumento que pretende a definição do que se está pondo em análise de ponderação e ainda, de prevalência condicionada entre os princípios.

Para tanto, Alexy (2011) define uma escala triádica em que fixa uma classificação de graus de intervenção e de importância de cada princípio em análise, os quais seriam os três estágios de intensidade que podem ser caracterizados pelas caracterizações de “leve”, “moderado” e “sério”, os quais seriam utilizados na ponderação dos conflitos como pesos abstratos.

Defende, pois, Alexy, (2011) que julgamentos racionais sobre a intensidade de interferência e os graus de importância são possíveis, de tal forma que um resultado possa ser

racionalmente estabelecido por meio de ponderação, e o demonstra isso através de dois exemplos: o primeiro trata do caso decidido pelo Tribunal Constitucional Alemão em que havia, de um lado, o dever dos produtores de tabaco de afixar avisos de perigo à saúde que o produto traz, o que seria caracterizado como de interferência leve, tendo em vista a liberdade do exercício profissional, o que seria diferente caso houvesse a proibição total dos produtos do tabaco, o que seria de interferência grave.

No segundo exemplo, Alexy (2011) ainda trata do conflito entre o direito de liberdade de expressão e os direitos da personalidade em que uma revista satírica de grande circulação referiu-se a um oficial da reserva, que era paraplégico, o qual havia realizado com sucesso suas responsabilidades, tendo sido chamado para o serviço ativo, primeiro como “assassino nato” e em uma edição posterior como “aleijado”.

O oficial, então, acionou o Tribunal Superior de Düsseldorf, o qual condenou a Revista a pagar-lhe uma indenização na ordem de 12.000,00 (doze mil) marcos alemães. A revista, insatisfeita, apresentou uma reclamação constitucional ao Tribunal Constitucional Federal e este entendeu como um caso de ponderação entre a liberdade de expressão dos associados da revista e o direito geral de personalidade do oficial.

Neste sentido, a intensidade da interferência dos direitos em conflito foi ponderada e eles foram fixados um em relação ao outro e o juízo quanto a indenização foi considerado como representativo de uma interferência séria ou na liberdade de expressão.

De outra banda, por se tratar de um método aberto de interpretação, permissivo a sua adaptação de acordo com o caso concreto, permitia assim, uma maior atuação do Poder Judiciário, a ponto de transformá-lo em superego de uma sociedade órfã (MAUS, 2000, p. 200 a 201) ou de criar uma nova forma de positivismo, o jurisprudencial (GARCÍA, 1998, p. 85 a 86).

Neste sentido, a Proporcionalidade possibilitaria ofertar um controle ao ato de impor limite aos Direitos Fundamentais, justificar a exata medida que for necessária para preservar, em uma colisão, outros Direitos Fundamentais ou bens jurídicos tutelados pela Constituição.

E como tal princípio se destrincha nos estágios acima, qualquer inobservância de tais preceitos, estaria caracterizado o excesso de poder, o que seria taxado pelo Poder Judiciário para preservar a limitação.

## 4.2 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE.

A proporcionalidade, de acordo com Streck (2005, p.180) “possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais”. Neste sentido, a inconstitucionalidade detectada no caso concreto poderia advir de excesso do Estado, caso em que determinado ato seria considerado como desarrazoado, o que resultaria em um desproporcional o resultado de verificação de adequação entre a finalidade o meio a ser aplicado, e de outra banda, esta inconstitucionalidade poderia decorrer da proteção insuficiente de um direito fundamental posto a análise.

A esta última vertente da proporcionalidade chama-se de Princípio da Vedação da Proteção Deficiente, que pode ser entendido “como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode-se determinar se um ato estatal – por antonomásia, uma omissão – viola um direito fundamental de proteção” (STRECK, 2005, p. 180).

Neste sentido Clérico (2011, p. 152) desenvolveu pesquisa acerca da necessidade de adequar os estágios do princípio da proporcionalidade, considerando a idoneidade, o meio utilizado e a proporcionalidade em sentido estrito, entendendo que estas seriam as três razões que serviriam de justificação a uma possível restrição a um Direito Fundamental.

No mesmo sentido, Pulido (2011, p. 214) defende que esse mínimo será protegido por intermédio de uma versão da proporcionalidade, consubstanciada na proibição da proteção deficiente, asseverando que tal princípio “se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos”.

E ainda para Pulido (2011, p. 216), a intervenção do Estado não bastaria que se contentasse na proibição do da proteção deficiente, mas que também se faria o controle do excesso, estabelecendo assim a conclusão de que “al legislador solo le está permitido establecer medidas que respeten el equilibrio entre los derechos em conflicto que se produce en los casos de empate”, e esse empate seria para casos em que a atuação do estado seria de natureza leve, para proteção leve de direitos, intervenção média, para proteção média e assim, por diante.

Posição semelhante é adotada por Sarlet (2005, p. 107), para o qual a ideia de proporcionalidade não se esgotaria na questão da proibição do excesso, e sim que ela deveria abranger uma proteção do Estado perante agressões aos direitos fundamentais e é neste momento em que se visualiza a possibilidade de uma conduta omissiva por sua parte, a qual deve ser combatida.

Uma das expressões da situação em que é possível visualizar a necessidade de correção da atuação do Estado é quando este “abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos” (STRECK, 2005, p. 180) e ainda complementa que tal princípio deriva da vinculação necessária de todos os atos do Estado à materialidade da Constituição em acentuada tentativa de limitação à discricionariedade.

Assim sendo, o Estado poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente, demonstrando um patamar aquém dos liames mínimos de proteção exigida, ou até mesmo, omitindo-se completamente, e é neste sentido que surge o princípio em tela, especialmente, em sua primeira roupagem quando, o Tribunal Constitucional Federal alemão, ao proferir decisão acerca da possibilidade de se realizar aborto, datada de maio de 1993, considerou que o legislador, ao implementar um dever de prestação que lhe foi imposto pela Constituição, principalmente no que tange aos deveres de proteção, deve se abster da deficiência, imprimindo o padrão mínimo de proteção, de modo adequado e eficaz.

Assim sendo, a quando da ocorrência de omissão, seja ela total ou parcial, pelo Estado frente a proteção aos Direitos Fundamentais, e o seu devido combate para estabelecer a proteção integral e efetiva, é que se visualiza a figura do Princípio da Vedação a Proteção Deficiente, que pode ocorrer em qualquer ramo do meio jurídico, tendo em vista o caráter de universalidade dos direitos fundamentais.

## **5. O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO E DA PROTEÇÃO AMBIENTAL INSUFICIENTE: uma vertente do Princípio da Vedação a Proteção Deficiente.**

Como visto, o Princípio da Vedação à Proteção Deficiente visa afastar a omissão do Estado frente a proteção dos direitos fundamentais, ou seja, visa coibir uma não atividade

estatal para a promoção ou garantia de direito universalmente assegurado e para esta análise, ele pode assumir uma feição ambiental.

### **5.1. O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO E DA PROTEÇÃO AMBIENTAL INSUFICIENTE.**

É possível afirmar, conforme ensinamento de Benjamin (2007), que a proibição de retrocesso, apesar de não constar, consagrada na nossa Constituição, nem em normas infraconstitucionais, e mesmo com sua relativa imprecisão pode ser considerada como princípio geral do Direito Ambiental o qual deve ser invocado na verificação de legitimidade de iniciativas legislativas destinadas a reduzir o patamar de tutela legal do meio ambiente que poderiam ser consideradas como retrocesso, mormente naquilo que afete em particular a) processos ecológicos essenciais, b) ecossistemas frágeis ou à beira de colapso, e c) espécies ameaçadas de extinção.

A proibição ao retrocesso surge como um resultado de um conjunto, de uma interpretação sistêmica, que está baseada no critério multidirecional das normas que formam a totalidade do ordenamento ambiental, juntamente com as bases de conteúdo ecológicos, como a garantia dos processos ecológicos essenciais, a hiperproteção dos ecossistemas frágeis, dentre outras em que a proibição de retrocesso está claramente presente na Constituição e nas leis sobre o meio ambiente.

Assim, a legislação ambiental, bem como a jurisprudência pátria, adotou posição no sentido de não retroceder na questão da proteção ambiental. Veja-se, neste sentido, entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 302.906/SP, onde se decidiu que o princípio da proibição de retrocesso é “garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes” (REsp 302.906/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1.12.2010).

No que tange à legislação, tem-se que a Lei nº. 6.938/81 traz o entendimento da melhoria ambiental, como exposto em seu art. 2º em que a “Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida”, em que se visualiza que, está presente essa vedação ao retrocesso, já que se busca sempre a melhoria da vida humana, frente a qualidade ambiental, vez que não bastará

manter ou preservar o que há, e sim, impor e melhorar, progredir com o que se possui, no intuito deste permanecer para atender ao direito fundamental de ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que está insculpido no art. 225 da Constituição da República de 1988.

Percebe-se que enquanto o dever de progresso objetiva o futuro, a vedação ao retrocesso busca no passado, os moldes para atuação do Estado de modo benéfico para a sua atuação.

Neste sentido, é possível afirmar caber, também, ao Poder Judiciário a verificação de eventual abusividade oriunda de omissão na implementação do Direito Fundamental, ou até mesmo o cumprimento do mínimo necessário para a satisfação das normas ambientais, como por exemplo, no caso de controle de políticas públicas. Neste passo, a inércia do Estado adviria da ausência do serviço ou da deficiente prestação, o que permitiria que o Judiciário determinasse a aplicação e observância da norma constitucional.

Neste sentido, então, a ausência de proteção ambiental pelos órgãos do Estado estaria violando ao mínimo existencial da proteção e preservação da vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme determinado pelo art. 5º, LIV e ainda, o art. 225, ambos da Constituição da República vigente.

## **5.2. A INSTITUIÇÃO DA RESERVA LEGAL NO NOVO CÓDIGO FLORESTAL E A ADIN 4901.**

Além de estar expresso no art. 225 da Constituição da República de 1988 como visto anteriormente, a proteção ao meio ambiente foi também consolidada no Novo Código Florestal Brasileiro em que, em meio a debates entre ambientalistas e ruralistas, foi aprovado em 25 de maio de 2012, sob o nº. 12.561, em substituição ao antigo Código, designado pelo nº. 4.771/1965.

Dentre os ajustes realizados, viu-se que a conservação do meio ambiente em sua forma natural, ainda continua sendo obrigação dos proprietários privados, estabelecendo uma divisão nessas áreas entre Áreas de Preservação Permanente (APP) e Reserva Legal (RL) as quais incitaram discussões acaloradas, no entanto, para este estudo, se limitará na Reserva Legal.

Além das medidas de facilitação para a regularização do imóvel rural pela figura da Reserva Legal, o Novo Código Florestal (Lei nº. 12.651/2012) demonstrou uma deficiência da atuação do Poder Público na defesa do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que pode ser visualizado em seu art. 68:

Os proprietários ou possuidores de imóveis rurais que realizaram supressão de vegetação nativa respeitando os percentuais de Reserva Legal previstos pela legislação em vigor à época em que ocorreu a supressão são dispensados de promover a recomposição, compensação ou regeneração para os percentuais exigidos nesta Lei.

Trata-se assim de uma conduta que afasta a ideia, a finalidade primeira, que foi estabelecida com o Novo Código Florestal, qual seja, a proteção e garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e privilegia aquele proprietário de imóvel rural que vive em meio a infração, visto que isto pode ser considerado um incentivo para que os mesmos permaneçam na ilegalidade, já que futuramente poderão ser “perdoados” pela não conservação ou promoção dos parâmetros mínimos da Reserva Legal, prejudicando o meio ambiente.

E, partindo do entendimento de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito difuso e intergeracional, não se pode conceber que a geração presente prejudique a geração vindoura, com a ausência do mínimo de proteção para o meio ambiente.

Dito isso, vê-se que há a transposição das garantias individuais, caracterizada nos interesses dos proprietários de imóveis rurais que não estabelecem a faixa mínima de Reserva Legal, mas que o poder Público “abranda” com a penalidade, os eximindo de tal obrigação, em detrimento à proteção de um direito fundamental, da proteção ao meio ambiental.

Neste sentido, há clara deficiência quando da atuação estatal para com o instituto da Reserva Legal dentro do Novo Código Florestal, vez que permite que a possibilidade de supressão de tão importante meio de proteção ambiental, em favorecimento de agentes individuais e assim, sacrificando o bem maior, de âmbito coletivo, que é o direito a proteção ambiental, em detrimento do direito de propriedade privada.

Tal conduta omissiva do Estado, em não promover a tutela correta do meio ambiente ecologicamente equilibrado é tão latente, que a Procuradoria Geral da República ajuizou três

Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade que foram registradas sob os números 4901, 4902 e 4903<sup>3</sup>, tendo como objeto a redução da reserva legal, recuperação de áreas desmatadas e ainda, áreas de preservação permanente, respectivamente, tendo sido direcionada aos dispositivos do Novo Código Florestal que, na discussão, são inconstitucionais.

A constitucionalidade da Reserva Legal está sendo discutida no bojo da ADI 4901 em que a Procuradoria Geral da República confronta os dispositivos do Novo Código Florestal que estão em desacordo com a Constituição da República de 1988, vez que prevêm a redução das áreas de reserva legal e especificamente do art. 12, § 4º, § 5º, § 6º, §7º e § 8º; art. 13º, § 1º; art. 15; art. 48, § 2º; art. 66, §3º, § 5º, II, III e IV e § 6º e 68, todos da Lei 12.651/12.

A ação ataca dispositivos da Lei 12.651/2012 em desacordo com a Constituição, pois prevêm redução indevida de áreas de reserva legal.

A inicial defende que há inconstitucionalidade, em virtude da dispensa de reserva legal em caso de empreendimentos de abastecimento público de água e tratamento de esgoto, em áreas adquiridas ou desapropriadas por detentor de concessão, permissão ou autorização para exploração de potencial de energia hidráulica, em que funcionem empreendimentos de geração de energia elétrica, subestações ou ainda em que sejam instaladas linhas de transmissão e de distribuição de energia elétrica, e também em áreas adquiridas ou desapropriadas com o objetivo de implantar e ampliar rodovias e ferrovias (artigo 12, parágrafos 6.º a 8.º da lei).

Ademais, a inicial também considera inconstitucional a redução da reserva legal por existência de terras indígenas e unidades de conservação no território municipal (art. 12, parágrafos 4.º e 5.º); a possibilidade de incluir, na reserva legal, coberturas vegetais que já constituem áreas de preservação permanente (art. 15); e a autorização de plantio de espécies exóticas para recompor reserva legal (art. 66, parágrafo 3.º).

E ainda acrescenta que há inconstitucionalidade na possibilidade de compensação da reserva legal sem identidade ecológica e por arrendamento ou doação de área em unidade de conservação ao poder público (artigos 48, §2º, e art. 66, §§ 5.º e 6.º) e a consolidação das

---

<sup>3</sup> Atualmente, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.ºs. 4901, 4902 e 4903 tramitam em conjunto e estão conclusas ao Relator para análise e parecer.

áreas desmatadas antes das modificações dos percentuais de reserva legal, principalmente as ocorridas a partir de 1996, por intermédio de medidas provisórias (artigos 12 e 68).

Tem-se que, de acordo com a inicial trazida pela Procuradoria Geral da República (2013, p.18), a previsão normativa contida nos dispositivos questionados representa flagrante retrocesso na legislação ambiental, vez que trata da exclusão da proteção de um número indefinível de espaços territoriais especialmente protegidos, como a que “a norma ignora, ademais, que os percentuais de reserva legal foram aumentados como medida necessária para conter o desmatamento e assim, cumprir os mandamentos constitucionais de proteção ambiental”.

Segue, desta forma, discorrendo que há, portanto, clara violação do dever geral de não degradar o meio ambiente, como bem trazido pelo art. 225 da Constituição da República de 1988, bem como ao dever fundamental de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, bem como ao princípio da vedação do retrocesso em matéria socioambiental. E ainda, além de afrontar os deveres fundamentais, as normas combatidas ao violarem o princípio da vedação de retrocesso, visto que estabelecem um padrão de proteção ambiental manifestamente inferior ao anteriormente existente, promove “a diminuição direta dos padrões de proteção, decorrente da diminuição dos espaços efetivamente protegidos e causa prejuízos às funções ecológicas das reservas legais.” (2013, p.12).

Assim sendo, com tantas incongruências constitucionais em diversos dispositivos que trata da Reserva Legal, no que pertine aos espaços territoriais especialmente protegidos, notadamente, aos deveres fundamentais que impõem ao poder público: a vedação de que espaços territoriais protegidos sejam utilizados de forma que comprometa os atributos que justificam sua proteção; o dever de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais; o dever de proteger a diversidade e a integridade do patrimônio genético e o dever de proteger a fauna e a flora, com a proibição de práticas que coloquem em risco sua função ecológica, ou seja, com a manifestação trazida pelo Código Florestal, está-se diante de uma omissão do Estado quando da realização da proteção eficiente do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Neste sentido, é a inicial da ADI ora em comento, subscrita pela Procuradoria Geral da República (2013, p. 12):

E, ao fragilizar o regime de proteção das áreas de preservação permanente e das reservas legais, e em alguns casos, extingui-las, o legislador infraconstitucional violou integralmente os mandamentos constitucionais acima mencionados. Se, na lição de Konrad Hesse, "direitos fundamentais não podem existir sem deveres", é forçoso reconhecer que o legislador infraconstitucional atingiu o núcleo fundamental do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, negando-lhe vigência e retirando sua força normativa.

Com isso, percebe-se que os dispositivos combativos que tratam da reserva legal revelam uma evidente omissão do Estado em realizar seu dever de proteção de Direitos Fundamentais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que faz com que seus atos, no caso Código Florestal em questão, sejam evitados por violação ao princípio da vedação da proteção deficiente.

Neste interim, resta evidente então que o legislador quando da instituição do Novo Código Florestal, especialmente no que pertine à Reserva Legal, tutelou de modo inexoravelmente precário o meio ambiente brasileiro, ao fixarem um padrão de proteção ambiental notadamente inferior ao outrora existente, além da reduzir, diretamente, os padrões de proteção, decorrente da diminuição dos espaços efetivamente protegidos e dos prejuízos às funções ecológicas das reservas legais.

Para se viver dignamente, o ser humano precisaria de ambiente saudável, através da realização de uma modelo de desenvolvimento sustentável, por exemplo, mantido por meio de equilíbrio ecológico assegurado pelo Art. 225 da Constituição da República, que traz o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

### **5.3. ANÁLISE DOS ESTÁGIOS DA PROPORCIONALIDADE ACERCA DA RESERVA LEGAL NO NOVO CÓDIGO FLORESTAL.**

Como visto, o Princípio da Proporcionalidade apresenta estágios que norteiam a ponderação do princípio a ser aplicado.

No caso da figura da Reserva Legal, com as proposições levantadas pela ADIN 4901, em confronto com a letra do Novo Código Florestal, pretende identificarem-se os estágios do

princípio da Proporcionalidade no âmbito deste, como forma de visualizar a viabilidade da aplicação da legislação em comento.

De início, é importante ressaltar a base da análise, a qual será realizada pela ótica da violação ao princípio da proporcionalidade por ato legislativo, na medida em que, ao retroceder o grau de proteção ao direito fundamental do meio ambiente ecologicamente equilibrado, afetou negativamente a norma instituída no artigo 225, *Caput*, da Constituição da República de 1988, logo, se declinará que, será inconstitucional essa afetação negativa se ela for desproporcional, ou seja, se não compreender os requisitos da ponderação, levando em consideração o interesse estatal ou o direito fundamental promovido em prejuízo do direito ao meio ambiente.

O primeiro estágio a ser analisado seria o objetivo legítimo, presente na ideia de promover a proteção ambiental em consonância com o desenvolvimento econômico, vez que permitira a delimitação de áreas de preservação que, com as devidas restrições legais, também poderia ser explorada economicamente, como no caso de utilização de manejo florestal. Então, o objetivo é real, já que existe e tem postura factual e legítima, instituindo por autoridade competente tal, tendo em vista que o dever de proteção ao meio ambiente é da coletividade.

O meio utilizado seria o de reduzir a área de reserva legal e ainda, “perdoar” aqueles já haviam desmatado para que se legalizasse a área rural para a promoção do desenvolvimento econômico, ele está identificado e é juridicamente possível.

Na adequação, como se deve analisar se o meio escolhido se adéqua ao fim pretendido, verifica-se então, se a diminuição da área da reserva legal possibilita um crescimento no desenvolvimento econômico; caso positivo, a medida é adequada. No entanto, no presente caso, não há cristalina certeza se a medida é capaz de promover o desenvolvimento econômico, tendo em vista que toda a degradação ambiental poderá refletir de forma negativa na mesma exploração econômica do imóvel rural, lhe diminuindo o valor ou até mesmo provocando desastres naturais, como desmoronamentos, etc.

No estágio da necessidade, analisa-se se não há outro meio menos lesivo para o alcance do fim na mesma intensidade.

De acordo com esse entendimento, a lei ora em comento revela nítida inconstitucionalidade, tendo em vista ser perfeitamente possível visualizar outros meios para atingir a finalidade pretendida, com menos afetação a proteção ambiental. Um exemplo seria uma maior facilitação de créditos rurais ou criação de incentivos financeiros ao proprietário rural, mediante a responsabilização em atender e respeitar os limites da Reserva Legal, o que permitira o desenvolvimento econômico com o crescimento da produção agrícola. Visto isso, então, a necessidade não estaria atendida, logo, violaria o Princípio da Proporcionalidade, então, inconstitucional o tratamento dado a Reserva Legal.

No entanto, continua-se com a análise dos demais estágios para melhor entendimento.

Chega-se então, ao estágio da proporcionalidade em sentido estrito, em que se poderá verificar qual o princípio em conflito possui mais força, se o da proteção ao meio ambiente ou o desenvolvimento econômico.

Ao analisar a colisão desses conflitos, é de fácil visualização que a o princípio da proteção ambiental possui mais peso, tendo em vista que, como dito acima, os prejuízos ambientais e as suas consequências serão sentidas na própria propriedade que não respeitaram a reserva legal.

Percebe-se que a determinação da diminuição das áreas de Reserva Legal foi realizada sem critérios técnicos visto que esses não foram apresentados na justificativa da medida, assim, não há consenso entre os técnicos ambientais para tal, os que efetivamente poderiam determinar a medida correta para manter o equilíbrio entre a proteção e o desenvolvimento, acrescentando ainda, que os prejuízos causados por exploração irregular refletem nas gerações futuras, o que vai de encontro ao preceito do desenvolvimento sustentável, como a perda da biodiversidade, funções ecológicas, etc.

Assim, entende-se que o risco iminente de tragédias ecológicas em busca de desenvolvimento econômico não seria capaz de suprir a necessidade deste, visto que teria que a recuperar dos prejuízos também apresentaria oneração para toda a coletividade, sem contar a escassez de recursos naturais que seria possível e até esperado, elementos impossíveis de serem restaurados.

Então, dessa forma, na colisão dos princípios da proteção ambiental, como exercício do direito fundamental do meio ambiente ecologicamente equilibrado com o Princípio do desenvolvimento econômico, entende que o primeiro prevalece, principalmente porque este possui o caráter universal, em que atinge de maneira difusa a todos refletindo profundamente em todas as áreas da vivência humana, vez que um meio ambiente equilibrado, assegura melhor qualidade de vida e de desenvolvimento.

Assim, por fim, vê-se que os dispositivos debatidos acerca da Reserva Legal, em sua diminuição, vão de encontro com o Princípio da Proporcionalidade, por não atender de maneira eficiente aos estágios, para o alcance saudável da finalidade, que seria de limitar a proteção ambiental em prol do desenvolvimento econômico quando, da análise, viu-se que a aplicação se dá ao reverso.

## **6 CONCLUSÃO**

A Proporcionalidade como visto, encontra fundamento na própria existência dos direitos fundamentais por serem estes revestidos de normatividade e transmitem valores que devem ser respeitados e atendidos perante o Estado e a Coletividade.

Os Princípios ainda, como ordem de otimização, possuem uma carga peso que não deve ser medida diretamente com a mesma carga de outro Princípio, ao passo que, em caso de colisão, deve-se utilizar o procedimento tanto exercitado pelo Princípio da Proporcionalidade como a obtenção da ponderação entre eles e identificar o que possui mais peso em relação ao caso concreto, após a análise dos seus estágios, em todo o procedimento visa também o atendimento aos preceitos constitucionais para afastar todas as linhas legais que estão em confronto com a Carta Magna.

Viu-se também, que o Princípio da Vedação ao Retrocesso Ambiental, tem ligação com o Princípio da Vedação da Proteção deficiente, como ficou demonstrado ainda, no exercício realizado quando da análise dos dispositivos do Novo Código Florestal que trata da Reserva Legal em que se chegou a conclusão que os mesmos são inconstitucionais, sendo que, na colisão dos Princípio da Proteção Ambiental com o do Desenvolvimento Econômico, aquele foi sobreposto a este, devido a clara valoração existente.

Assim, verificou-se que o Princípio da Proporcionalidade, seja em si, como no caráter *estricto sensu* ou com seus desdobramentos como o Princípio da Vedação a Proteção

Deficiente, serve de norte para o exercício da ponderação, seja para o completo atendimento dos direitos fundamentais, identificando ainda possíveis figuras inconstitucionais, como para a resolução de conflito entre princípios.

Sendo, desta forma, então, de curial importância a sua correta aplicação, especialmente e principalmente, quando da análise detalhada dos seus estágios frente ao caso concreto, em que se espelha como instrumento primordial de exercício da Jurisdição Constitucional.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade**. In Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol 1. Flávia Piovesan e Maria Garcia (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 915 a 927.

BENJAMIN, Antonio Herman. **Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira**. In: CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57-130.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores ?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CLÉRICO, Laura. **El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y a insuficiencia por omisión o defecto**. In: CARBORENELL, Miguel. (Coord). Argumentacion Jurídica: el juicio de poderación y el principio de proporcionalidad. Mexico. Editorial Porrúa, 2011.

COSTA, Alexandre Araújo. **O Controle de Razoabilidade no Direito Comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GARCÍA, Pedro de Vega. **El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional.** Teoría y Realidad Constitucional nº 1. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia/Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, janeiro/junho de 1998, pp. 65-87.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”.** Novos Estudos nº 58, São Paulo, Cebrap, 2000, p. 183-202.

MEISTER, Moritz; KLATT, Matthias. **A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global.** Observatório da Jurisdição Constitucional, Ano 7, vol. 1, jan/jun 2014, p. 23 a 41.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidade de la legislacion penal.** In: CARBORENELL, Miguel. (Coord). Argumentacion Jurídica: el juicio de poderación y el principio de proporcionalidad. Mexico. Editorial Porrúa, 2011.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência.** Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 180.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, restrições e Eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbt) ou se como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.** Revista Ajuris, Ano XXXII, nº. 97, marco/2005.

VILLEY, Michel. **O Direito e os Direitos Humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.