

A PROTEÇÃO DEFICIENTE AO DIREITO FUNDAMENTO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO NO ARTIGO 15 DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL.

Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro ¹
Guilherme Henrique de Andrade Cordeiro ²

RESUMO

Este artigo pretende aferir a compatibilidade material do artigo 15, da Lei 12.651/12 (Novo Código Florestal), que prevê o cômputo das áreas de preservação permanente no cálculo do percentual de reserva legal, com o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no artigo 225, “caput”, da Constituição Federal. Depois de expor a progressão dimensional da teoria dos direitos fundamentais, pretende-se verificar, à luz dos princípios constitucionais implícitos da vedação do retrocesso ambiental e da proibição da proteção insuficiente, se a inovação legislativa (artigo 15, do Novo Código Florestal) constitui um efetivo avanço na tutela do meio ambiente em relação à norma anterior, propiciando uma proteção mais eficaz do ecossistema e suficiente às gerações presentes e futuras. Empregar-se-á o método dedutivo, baseado em uma pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente equilibrado; direitos fundamentais; Novo Código Florestal, proibição do retrocesso; proteção suficiente.

ABSTRACT

This paper is aimed at evaluating the material consistency of Article 15 of the Law no. 12.651/2012 (new Brazilian Forest Code) which provides for the calculation of the Areas of Permanent Protection in the calculation of the percentage of Legal Reserve, with the fundamental right to the ecologically balanced environment, as prescribed in the head provision of Article 225 of Brazilian Federal Constitution. After the dimensional progression of the theory of the fundamental rights is demonstrated, we analyze, based on constitutional principles implicit in the environmental ratchet effect and in the prohibition of the non-sufficient protection, whether the new law (Article 15 of the new Brazilian Forest Code) is a real progress in the environmental protection compared with the previous law, offering a more effective protection for the ecosystem and for the current and next generations. A deductive methodology is used in this paper, based on bibliographic research.

KEYWORDS: balanced environment; fundamental rights; new Brazilian Forest Code; ratchet effect; enough protection

¹ Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de São Paulo. Professor titular do Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM). Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM). Vice-Líder do Grupo de Pesquisa DiFuSo - Direitos Fundamentais Sociais

² Graduando em Direito pela Fundação Educacional do Município de Assis (FEMA).

INTRODUÇÃO

A tutela internacional dos direitos humanos, a partir da Declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (1972), passou a reconhecer uma nova categoria: o direito de viver em um ambiente equilibrado e saudável.

Antes, já eram reconhecidos direitos de primeira dimensão, a saber, os civis e políticos, lastreados no valor da liberdade, cujo estandarte era o paradigma liberal da primazia da lei, que trazia consigo o consectário da impessoalidade, emergindo a ideia de que somente um documento normativo de natureza geral e abstrata seria capaz de tratar a todos de forma semelhante, impedindo-se privilégios e detrimientos legalmente injustificados.

A seguir, consolidaram-se os direitos de segunda dimensão, quais sejam, os direitos sociais, econômicos e culturais, em razão da necessidade de atuação proativa do Estado em favor de parcela de seu povo para corrigir as assimetrias, com o nítido propósito de promover o viés substancial da igualdade enquanto axioma social.

O reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio passa, então, a consagrar um direito de terceira dimensão, sedimentado sobre o axioma da solidariedade, cuidando-se de inquestionável avanço na evolução da teoria dos direitos humanos e fundamentais.

Nesse diapasão, asseveram Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer (2012, p. 26):

Assim como outrora a Teoria da Constituição e o Direito Constitucional estiveram comprometidos com a afirmação, na ordem da evolução, dos valores liberais e sociais (valores que, embora tinham contexto e com sentido revisto e reconstruído, seguem incorporados à agenda constitucional), hoje a proteção e promoção do ambiente desponta como novo valor constitucional, de tal sorte que, de acordo a expressão cunhada por Pereira da Silva, se pode falar de um 'esverdear' da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional, bem como da ordem jurídica como um todo.

Percebeu-se, com efeito, que o reconhecimento do direito à liberdade e à igualdade, sem o incremento da proteção do meio ambiente, poderia até assegurar o direito à existência física do homem, mas seria incapaz de prestigiar, com integralidade, o valor magno do sistema de proteção dos direitos humanos: a dignidade da pessoa humana.

Invocando, pois, o ensino de Edis Milaré (2014, p. 260):

o reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade desta existência – a qualidade de vida –, que faz com que valha a pena viver.

Como se vê, não se fala na existência de outros direitos relacionados à vida sem a preocupação com a qualidade de vida e, pois, com um meio ambiente sadio.

De efeito, conforme Sarlet e Fensterseifer (2012, p. 41):

Não se pode conceber a vida – com dignidade e saúde – sem um ambiente natural saudável e equilibrado. (...). De tal sorte, o próprio conceito de vida hoje se desenvolve para além de uma concepção estritamente biológica ou física, uma vez que os adjetivos ‘digna’ e ‘saudável’ acabam por implicar um conceito mais amplo, que guarda sintonia com a noção de um pleno desenvolvimento da personalidade humana, para o qual a qualidade do ambiente passa a ser um componente nuclear.

Noutras palavras, mais que meramente assegurar a existência do homem, importa garantir que o interstício entre seu nascimento e sua morte esteja cercado de condições materiais mínimas para uma vida digna.

Assim, a temática relativa ao meio ambiente ecologicamente equilibrado será abordada com o emprego do método dedutivo e de procedimento bibliográfico de pesquisa.

1. A TUTELA CONSTITUCIONAL DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

O poder constituinte originário, ao elaborar a Constituição da República de 1988, não se mostrou insensível à consolidação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito da humanidade já reconhecido no âmbito internacional, incorporando-o à ordem jurídico-constitucional pátria como direito fundamental.

Estabeleceu, assim, o texto constitucional, na cabeça do 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 gerações”.

Ressalte-se que, muito embora o dispositivo constitucional em questão não esteja topograficamente inserto no título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, não se questiona seu caráter jusfundamental, conforme o remanso entendimento da doutrina³ e da jurisprudência⁴.

Pode-se afirmar, portanto, que a ordem constitucional vigente, atenta à influência do direito constitucional comparado e do direito internacional, “sedimentou e positivou ao longo do seu texto os alicerces normativos de um constitucionalismo ecológico, atribuindo ao direito ao ambiente o *status* de direito fundamental (...)” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 39).

A propósito, a inclusão de uma terceira dimensão de direitos fundamentais na ordem jurídico-constitucional pátria impôs a reconstrução do sentido e do alcance do valor magno da dignidade, previsto no artigo 1º, inciso III, da Carta Política, cuidando-se de um dos fundamentos sobre os quais se erigiu a República Federativa do Brasil.

A partir de então, foram agregados à sua estrutura normativa – já composta pelos axiomas da liberdade e da igualdade – valores ecológicos que permitem afirmar a existência de uma dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 40).

Por via de consequência, o próprio conteúdo normativo da dignidade humana deve ser repensado e adaptado à inserção do meio ambiente ecologicamente equilibrado em sua estrutura, evoluindo de uma concepção meramente antropocêntrica para um viés biocêntrico, conferindo reconhecimento da dignidade não apenas à raça humana, mas aos

³ Neste sentido, MILARÉ, Edis. Ob. Cit. p. 206 e SARLET, Ingo Wolfgang et al. Ob. Cit. p. 130.

⁴ (...) A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - direito de terceira geração - princípio da solidariedade. - O direito à integridade do meio ambiente - típico direito de terceira geração - constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. Considerações doutrinárias. (STF - MS: 22164 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 30/10/1995, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 17-11-1995 PP-39206 EMENT VOL-01809-05 PP-01155).

animais não humanos e aos seres vivos em geral (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 44).

Portanto,

[...] a ordem constitucional está a reconhecer a vida do animal não humano e a Natureza em geral como um fim em si mesmo, de modo a superar ou ao menos relativizar o antropocentrismo kantiano e reconhecer valor inerente à vida e à Natureza de um modo geral como sendo digno e exigente de proteção jurídico constitucional. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 91).

A inserção de uma terceira dimensão de direitos fundamentais no texto constitucional, então, inaugura a era do constitucionalismo ecológico, sendo possível afirmar que a República Federativa do Brasil se estabeleceu sobre os fundamentos de um Estado Socioambiental de Direito, comprometido com o desenvolvimento nacional em bases sustentáveis (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 44/45).

Aliás, a adoção do princípio do desenvolvimento sustentável pela ordem constitucional vigente é evidenciada pela inclusão da proteção ao meio ambiente como um dos princípios norteadores da ordem econômica, conforme dispõe o artigo 170, inciso VI, da Constituição da República.

Vale dizer, o desenvolvimento nacional, um dos objetivos da República Federativa do Brasil – artigo 3º, inciso II, da Carta Magna – deve ser fomentado à luz do princípio do desenvolvimento sustentável, na medida do justo equilíbrio entre as exigências da economia e da ecologia, conforme apregoa a jurisprudência do Pretório Excelso⁵.

Fiel ao compromisso do Estado Socioambiental de Direito com o desenvolvimento sustentável, o legislador constitucional incumbiu ao Poder Público, no

⁵(...) A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. (STF – ADI 3540 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528).

artigo 225, § 1º, inciso III, da Carta Política, a definição de espaços territoriais a serem especialmente protegidos, com o objetivo de limitar o uso irrestrito do direito à propriedade e estabelecer o manejo da atividade econômica em bases sustentáveis.

Dentre os espaços territoriais especialmente protegidos, instituiu o legislador ordinário as áreas de preservação permanente e a áreas de reserva legal, primeiramente regulamentados pela Lei 4.771/65 e, hoje, pela Lei 12.651/12, conhecido como o Novo Código Florestal.

2. O DEVER DE PROTEÇÃO SUFICIENTE DO ESTADO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO

A concepção de princípio da proporcionalidade, durante muitos anos, estava circunscrita à ideia negativa de proteção dos direitos do cidadão contra excessos inadvertidos por parte do Poder Público, sedimentada a partir do Estado Liberal de Direito, período em que apenas se reconheciam as chamadas liberdades negativas na esfera dos direitos fundamentais.

Cuida-se do mais conhecido corolário da proporcionalidade: a proibição do excesso. Sobre o tema, assim ensina Sarlet (2008, p. 155):

(...) para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes – pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, o que também já é de todos conhecido e dispensa, por ora, maior elucidação.

Com a égide do Estado Democrático de Direito, todavia, a evolução da teoria dos direitos fundamentais passou a reconhecer direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais, impondo ao Estado o dever de materializar estes direitos aos seus cidadãos através de obrigações positivas, exigíveis e justicáveis.

Surge, a partir de então, uma nova face positiva do princípio da proporcionalidade – consonante com o Estado Democrático de Direito –, a saber, o dever de proteção suficiente do Estado em relação aos direitos fundamentais de seus cidadãos.

Assim, o princípio da proporcionalidade passa a agregar em sua estrutura normativa não apenas a concepção negativa de proibição do excesso, mas, igualmente, um viés positivo da proibição da proteção insuficiente.

Parafraseando Streck (2017, p. 8):

Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estabelecer-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de “proibição de proteção deficiente” (Untermassverbot).

Conforme Sarlet (2005, p. 107):

A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.

Infere-se, conseqüentemente, que, sempre que o Poder Público, notadamente por intermédio da atividade legislativa – endossada pela sanção presidencial –, omitir-se ou editar normas que não protejam suficientemente os direitos fundamentais que se obrigou constitucionalmente a tutelar, incorrerá em inconstitucionalidade, por violação ao princípio constitucional implícito da proporcionalidade, descumprindo seu dever de proteção suficiente.

Longe de se tratar de construção doutrinária meramente teórica, a existência do princípio da vedação da proteção insuficiente vem, timidamente, sendo reconhecida na jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal⁶.

⁶ (...) Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). (...) O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador **CORDEIRO, Gustavo H. de A., CORDEIRO, Guilheme H. de A. A PROTEÇÃO DEFICIENTE AO DIREITO FUNDAMENTO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO NO ARTIGO 15 DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL.**

Seja, pois, pela omissão legislativa, seja pela existência de norma que proteja um direito fundamental de forma deficiente, há inconstitucionalidade material por violação à proibição da proteção insuficiente, exigindo-se do Poder Judiciário uma pronta e eficaz intervenção para a adequada tutela do direito fundamental em questão, conforme sugere Sarlet (2009, p. 372):

Diante da insuficiência manifesta de proteção, há violação do dever de tutela estatal, e, portanto, está caracterizada a inconstitucionalidade da medida, tenha ela natureza omissiva ou comissiva, sendo possível o seu controle judicial, de tal sorte que, nesse contexto, ganha destaque a própria vinculação do Poder Judiciário (no sentido de um poder-dever) aos deveres de proteção, de modo que se lhe impõe o dever de rechaço da legislação e dos atos administrativos inconstitucionais, ou, a depender das circunstâncias, o dever de correção de tais atos mediante uma interpretação conforme a Constituição e de acordo com as exigências dos deveres de proteção e da proporcionalidade (...)

Portanto, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pertencente não apenas às presentes, mas, sobretudo, às futuras gerações, somente pode ser levado a efeito se o Estado se desincumbir de proteger especial e individualmente os espaços territoriais especialmente protegidos, sob pena de manifesta inconstitucionalidade lastreada por deficiência de proteção efetiva do direito metaindividual à baila.

3. A AFERIÇÃO DA COMPATIBILIDADE ENTRE O ARTIGO 15 DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL COM O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

As áreas de preservação permanente e as de reserva legal, nada obstante tenham natureza jurídica similar – espaços territoriais especialmente protegidos –, são institutos

amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot), deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais (...). (STF - HC: 102087 MG, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 28/02/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012 EMENT VOL-02657-01 PP-00068).

CORDEIRO, Gustavo H. de A., CORDEIRO, Guilheme H. de A. A PROTEÇÃO DEFICIENTE AO DIREITO FUNDAMENTO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NO ARTIGO 15 DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL.

que não se confundem, exercendo funções ecológicas absolutamente distintas no ecossistema:

Áreas de APP e RL possuem funções e características distintas, conservando diferentes espécies e serviços ecossistêmicos. Áreas de APP ripárias diferem das áreas entre rios mantidas como RL; analogamente, APPs em encostas íngremes não equivalem a áreas próximas em solos planos que ainda mantêm vegetação nativa, conservadas como RL.

As APPs protegem áreas mais frágeis ou estratégicas, como aquelas com maior risco de erosão de solo ou que servem para recarga de aquífero, seja qual for a vegetação que as recobre, além de terem papel importante de conservação da biodiversidade. Por se localizarem fora das áreas frágeis que caracterizam as APPs, as RLs são um instrumento adicional que amplia o leque de ecossistemas e espécies nativas conservadas. São áreas complementares que devem coexistir nas paisagens para assegurar sua sustentabilidade biológica e ecológica em longo prazo.

Cabe destacar ainda que, ao contrário das APPs, as RLs podem ser manejadas pelos proprietários que delas podem extrair madeiras, essências, flores, frutos e mel. Portanto, as RLs são fonte de trabalho e renda para o proprietário, desde que as atividades exercidas não comprometam a sobrevivência das espécies nativas que abrigam. Entre outras causas, o descumprimento do Código Florestal vigente no que tange às APPs e RLs é um dos principais fatores responsáveis pelo contínuo aumento no número de espécies brasileiras vulneráveis e ameaçadas de extinção nas listas atualizadas periodicamente pelas sociedades científicas e adotadas pelos órgãos e instituições da área ambiental. (SILVA, ET. AL, 2011, p. 48).

Cuidando-se de institutos diversos que exercem funções ecológicas diferentes, ambos devem subsistir de forma autônoma em cada propriedade, assegurando a imprescindível, insubstituível e eficaz contribuição de cada um deles para o equilíbrio do ecossistema.

Logicamente, assim, por via de consequência, o cômputo das áreas de preservação permanente no cálculo do percentual de reserva legal na mesma propriedade se revela, no mínimo, impertinente, sob pena de vulneração do ecossistema.

Na antiga legislação florestal (Lei 4.771/65), muito embora fosse possível o cômputo das áreas de preservação permanente no cálculo do percentual de reserva legal⁷,

⁷ Artigo 16, § 6º: Será admitido, pelo órgão ambiental competente, o cômputo das áreas relativas à vegetação nativa existente em área de preservação permanente no cálculo do percentual de reserva legal, desde que não implique em conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo, e quando a soma da **CORDEIRO, Gustavo H. de A., CORDEIRO, Guilheme H. de A. A PROTEÇÃO DEFICIENTE AO DIREITO FUNDAMENTO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NO ARTIGO 15 DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL.**

tratava-se de situação manifestamente excepcional, permitida, a título de exemplo, nas hipóteses em que a soma das áreas perfizesse o total de 50% (cinquenta por cento) da propriedade.

Por isso, asseverava a doutrina, à luz do antigo Código Florestal, que, naquele contexto, “a propriedade rural deve manter protegida, regra geral, além das APPs, também a reserva legal. Assim, no cálculo dos percentuais estabelecidos no *caput* do artigo 16 não são computadas as áreas já destinadas como APP”. (GARCIA; THOMÉ, 2011, p. 185).

O Novo Código Florestal (artigo 15, da Lei 12.651/12), no entanto, permitiu de forma amplíssima a possibilidade de cômputo da área de preservação permanente no cálculo do percentual da reserva legal, reduzindo, assim, sensivelmente, o âmbito de proteção ambiental⁸.

A propósito da inovação legislativa, afirma Milaré (2014, p. 1312) que “a Lei 12.651/2012, neste aspecto, foi mais *flexível* que a antecedente”.

A rigor, contudo, a novel disposição normativa passou a permitir a sobreposição, na mesma área, de dois institutos diversos, cujas funções ecológicas não se confundem, tornando o ecossistema mais vulnerável e protegido de forma muito menos eficaz que na legislação anterior.

Portanto, com a devida vênia, muito além de mera flexibilidade da novel legislação, o Novo Código Florestal carrega consigo, ao menos neste particular, a mácula do retrocesso ambiental.

Os efeitos deletérios da redução no âmbito de proteção já eram anunciados pela comunidade acadêmica desde a época da discussão legislativa do então projeto de lei do Novo Código Florestal: (SILVA, ET. AL, p. 43)

Entre os impactos negativos da redução de APPs e de RL estão a extinção de espécies de muitos grupos de plantas e animais (vertebrados e invertebrados); o aumento de emissão de CO₂; a redução de serviços

vegetação nativa em área de preservação permanente e reserva legal exceder a: I - oitenta por cento da propriedade rural localizada na Amazônia Legal; II - cinquenta por cento da propriedade rural localizada nas demais regiões do País; e III - vinte e cinco por cento da pequena propriedade definida pelas alíneas "b" e "c" do inciso I do § 2º do art. 1º.

⁸ Será admitido o cômputo das Áreas de Preservação Permanente no cálculo do percentual da Reserva Legal do imóvel, desde que: I - o benefício previsto neste artigo não implique a conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo; II - a área a ser computada esteja conservada ou em processo de recuperação, conforme comprovação do proprietário ao órgão estadual integrante do Sisnama; e III - o proprietário ou possuidor tenha requerido inclusão do imóvel no Cadastro Ambiental Rural - CAR, nos termos desta Lei.

CORDEIRO, Gustavo H. de A., CORDEIRO, Guilheme H. de A. A PROTEÇÃO DEFICIENTE AO DIREITO FUNDAMENTO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO NO ARTIGO 15 DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL.

ecossistêmicos, tais como o controle de pragas, a polinização de plantas cultivadas ou selvagens e a proteção de recursos hídricos; a propagação de doenças (hantavírus e outras transmitidas por animais silvestres, como no caso do carrapato associado à capivara); intensificação de outras perturbações (incêndios, caça, extrativismo predatório, impacto de cães e gatos domésticos e ferais, efeitos de agroquímicos); o assoreamento de rios, reservatórios e portos, com claras implicações no abastecimento de água, energia e escoamento de produção em todo o país.

Nada obstante, desde a época em que o projeto de lei ainda tramitava pelo Congresso Nacional, já alertavam Sarlet e Fensterseifer (2012, p. 223) que “as razões para se endossarem as mudanças afunilam-se no interesse – puramente econômico e exclusivo – do setor agropecuário”, acrescentando que “o descaso do projeto de lei com a qualidade e o equilíbrio ecológico é gritante”.

De fato, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assimilado a partir do constitucionalismo ecológico desenvolvido no seio de um Estado Socioambiental de Direito, não pode sucumbir a quaisquer interesses para retroceder em seu âmbito de proteção ambiental à população.

Ora, a atividade econômica é que deve ser condicionada à defesa do meio ambiente – e não o contrário –, prestigiando o princípio do desenvolvimento sustentável. Neste exato sentido é o entendimento da Suprema Corte⁹.

Saliente-se, todavia, que a defesa da impossibilidade de cômputo das áreas de preservação permanente no cálculo do percentual de reserva legal não é uma cruzada odiosa de perseguição à atividade econômica do produtor rural e, tampouco, uma tentativa de limitação inadvertida e excessiva do direito à propriedade.

Validamente, o que se pretende é tão somente a fidedigna observância da função socioambiental da propriedade privada, com o fomento da atividade econômica em bases

⁹ (...) A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural (STF – ADI 3540 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528).

sustentáveis, propiciando às futuras gerações condições ambientais minimamente sadias que lhes permitam usufruir de uma vida digna, em um verdadeiro gesto de solidariedade intergeracional.

Por tudo isso, seja sob o prisma da vedação do retrocesso ambiental, seja à luz do dever estatal de proteger suficientemente seus cidadãos, percebe-se que o artigo 15, do Novo Código Florestal, padece de incompatibilidade material com a ordem jurídico-constitucional vigente.

Assim, diante da superveniência de dispositivo legal que protege de forma inegavelmente deficiente e menos protetiva o meio ambiente, é imprescindível o controle judicial da legislação infraconstitucional para a correção da inconstitucionalidade constatada:

Diante da insuficiência manifesta da proteção, há violação do dever de tutela estatal, e portanto, está caracterizada a inconstitucionalidade da medida, tenha ela natureza omissiva ou comissiva, sendo possível seu controle judicial, de tal sorte que, nesse contexto, ganha destaque a própria vinculação do Poder Judiciário (no sentido de um poder-dever) aos deveres de proteção, de modo que se lhe impõe o dever de rechaço da legislação e dos atos administrativos inconstitucionais, ou, a depender das circunstâncias, o dever de correção de tais atos mediante uma interpretação conforme a Constituição e de acordo com as exigências dos deveres de proteção e proporcionalidade. A vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, e portanto, aos deveres de proteção, guarda importância singular para a garantia de proteção do retrocesso, posto que, também no que diz respeito a atos do poder público que tenham por escopo a supressão ou redução dos níveis de proteção social (cujo controle igualmente implica consideração dos critérios da proporcionalidade na sua dupla perspectiva) caberá aos órgãos jurisdicionais a tarefa de identificar a ocorrência de prática inconstitucional e, quando for o caso, afastá-la ou corrigi-la. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 190/191).

Emerge, aqui, o papel contra majoritário do Poder Judiciário de fazer valer a adequada proteção dos espaços territoriais especialmente protegidos, ainda que em face da vontade majoritária do Poder Legislativo, corroborada pelo Poder Executivo através de sanção presidencial, da regra menos protetiva.

Para tanto, o arcabouço jurídico pátrio atribuiu ao Ministério Público, via ação civil pública (129, inciso III, da Constituição da República) e à Defensoria Pública,

conforme jurisprudência da Corte Suprema¹⁰, a legitimação extraordinária para a tutela do meio ambiente.

Não obstante, o ordenamento constitucional conferiu ao próprio cidadão a legitimidade ativa para provocar o Poder Judiciário a reconhecer o seu direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, via ação popular (artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal).

Todos esses legitimados, assim, são habilitados a provocar o Poder Judiciário à declaração da inconstitucionalidade do dispositivo em tela pela via do controle difuso.

Sem embargo, atenta à violação do dever de proteção suficiente ao meio ambiente, a Procuradoria Geral da República propôs, perante o Supremo Tribunal Federal, em 18 de janeiro de 2013, a ação direta de inconstitucionalidade nº 4901/DF, pugnano, dentre outros requerimentos, pela declaração da inconstitucionalidade do artigo 15, do Novo Código Florestal, pela via do controle concentrado, cujo mérito ainda pende de julgamento.

Instado a se manifestar sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça não admitiu a aplicação do artigo 15, do Novo Código Florestal, que prevê o cômputo das áreas de preservação permanente na reserva legal:

(...) Indefiro o pedido de aplicação imediata da Lei 12.651/12, notadamente o disposto no art. 15 do citado regramento. Recentemente, esta Turma, por relatoria do Ministro Herman Benjamin, firmou o entendimento de que "o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da 'incumbência' do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos

¹⁰EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRICTO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (ADI 3943, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 05-08-2015 PUBLIC 06-08-2015)

essenciais (art. 225, § 1º, I)." Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no AREsp: 327687 SP 2013/0108750-1, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 15/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/08/2013).

Espera-se, pois, que a decisão do Tribunal de Cidadania seja um prenúncio norteador dos demais órgãos do Poder Judiciário para que jamais se olvidem da necessária observância de proteção suficiente do Estado ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado de seus jurisdicionados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A consolidação do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental de terceira geração impôs a necessidade de releitura do sentido e do alcance da dignidade da pessoa humana, evoluindo-se de uma assimilação meramente antropocêntrica para um viés biocêntrico, com o reconhecimento de dignidade não apenas à pessoa humana, mas aos seres vivos em geral.

O compromisso da República Federativa do Brasil com a construção de um Estado Socioambiental de Direito, edificado a partir de um constitucionalismo ecológico, estabeleceu ao desenvolvimento nacional, um dos objetivos republicanos, a fiel observância ao princípio do desenvolvimento sustentável.

A evolução da teoria dos direitos fundamentais passa a reconhecer os princípios constitucionais implícitos da proibição do retrocesso ambiental, que impede a involução na esfera de proteção de um direito fundamental já sedimentado, e da vedação da proteção insuficiente, que exige do Estado a tutela proativa e suficiente daquele direito fundamental em favor de seus cidadãos – quer pela elaboração de normas infraconstitucionais protetivas, quer pela implementação de meios materiais para sua tutela.

Infere-se, assim, que a previsão legislativa de cômputo das áreas de preservação permanente no cálculo do percentual de reserva legal, permitida pelo artigo 15, da Lei 12.651/12 (Novo Código Florestal), é materialmente incompatível com o direito

fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no artigo 225, “caput”, da Constituição Federal.

Nada obstante, sob a ótica dos princípios da vedação do retrocesso ambiental e da proibição da proteção insuficiente, a inovação legislativa constitui verdadeiro retrocesso na tutela do meio ambiente em relação à norma anterior, propiciando uma proteção menos eficaz e deficiente do meio ambiente, na exata medida em que áreas de preservação permanente e de reserva legal exercem funções ecológicas absolutamente distintas no ecossistema.

Constatada a inconstitucionalidade em questão, impõe-se, então, ao Poder Judiciário, a declaração, seja por via difusa, seja pela via concentrada, da inconstitucionalidade material do artigo 15, do Novo Código Florestal, aplicando-se, conseqüentemente, a legislação anterior, por ser claramente mais protetiva ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, República Federativa do. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, República Federativa do. **Lei 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm>. Acesso em 21 fev 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp: 327687 SP 2013/0108750-1**, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 15/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/08/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3540 MC**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 102087 MG**, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 28/02/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJE-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS: 22164 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 30/10/1995, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 17-11-1995 PP-39206 EMENT VOL-01809-05 PP-01155.

GARCIA, Leonardo de Medeiros; THOMÉ, Romeu. **Direito Ambiental. Princípios; competências constitucionais**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011 (Coleção Leis Especiais para Concurso, v. 10).

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 9ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Direitos Fundamentais e Proporcionalidade**: notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: Revista da Ajuris, v. 35, nº 109, mar. 2008. p. 155.

SILVA. J. A.A.; NOBRE. A D; MANZATTO. C V. JOLY. CA; RODRIGUES. R.R; SKORUPA. L.A.; NOBRE. C.A.; AHRENS. S; MAY. P.H.; SÁ. T.D.A; CUNHA. M.C.; RECH FILHO. E.L. **O Código Florestal e a Ciência: contribuições para o diálogo**. ISBN 978-85-86957-16-I, São Paulo: Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, SBPC: Academia Brasileira de Ciências, ABC 2011.