

ADRIANO ANDRADE DE SOUZA

**Proteção Estatal Suficiente do Meio Ambiente por meio da
Responsabilidade Civil**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito Civil, sob a orientação da Professora Associada Dra. Patrícia Faga Iglecias Lemos. Versão corrigida da tese defendida em 30.04.2020.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Souza, Adriano Andrade de

Proteção Estatal Suficiente do Meio Ambiente por meio da Responsabilidade Civil ; Adriano Andrade de Souza ; orientadora Patrícia Faga Iglecias Lemos -- São Paulo, 2020.

451

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Responsabilidade Civil. 2. Meio Ambiente. 3. Direito Fundamental. 4. Proibição de Insuficiência. 5. Dever Estatal de Proteção. I. Lemos, Patrícia Faga Iglecias , orient. II. Título.

Nome: SOUZA, Adriano Andrade de

Título: Proteção Estatal Suficiente do Meio Ambiente por meio da Responsabilidade Civil

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

À minha esposa, com amor e gratidão por sua compreensão, carinho, e incansável apoio ao longo do período de elaboração deste trabalho. Aos meus filhos, pelos momentos de sua tenra infância que de meu convívio privei.

AGRADECIMENTOS

À Prof. Dra. Patrícia Iglecias, pela atenção e apoio durante o processo de orientação.

Aos Profs. Drs. Ingo Sarlet e Jens Kersten, por me possibilitarem o acesso às bibliotecas da Ludwig-Maximilians-Universität, em Munique.

Ao querido amigo Prof. Dr. Thiago Fensterseifer, por haver gentilmente me acompanhado em Munique.

A Vagner, Sydilene, Claudia e Junia e todos os demais servidores da biblioteca do Ministério Público de São Paulo, que sempre me atenderam muito solícitamente.

RESUMO

SOUZA, Adriano Andrade de. *Proteção Estatal Suficiente do Meio Ambiente por meio da Responsabilidade Civil*. 451 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A responsabilidade civil por danos ambientais é um instrumento essencial para que o dever de proteção do meio ambiente, insculpido no *caput* do art. 225 da Constituição Federal, seja efetivamente realizado. Assim como se dá com outras matérias disciplinadas pela Lei Fundamental, algumas das normas constitucionais que dão suporte à responsabilidade civil têm baixa densidade normativa, e seus comandos são *prima facie*. O descumprimento de deveres constitucionais *prima facie* por atos normativos infraconstitucionais demanda um controle de proporcionalidade para o qual o tradicional controle da proibição do excesso não é estruturalmente adequado. Para essa tarefa, doutrina e jurisprudência alemãs, e, num segundo momento, portuguesas, identificaram uma nova figura dogmática, a proibição da insuficiência, e para ela elaboraram metodologias específicas. Considerando que a literatura e jurisprudência sobre o tema no Brasil ainda é incipiente, o propósito deste trabalho foi o de investigar os contributos acadêmicos e jurisprudenciais estrangeiros, e, na medida de sua disponibilidade, os nacionais, a fim de verificar a viabilidade da aplicação da proibição de insuficiência sob a ordem jurídica nacional. Uma vez constatada tal possibilidade, estruturou-se um método voltado ao controle da insuficiência de atos normativos à luz dos parâmetros disponíveis em nossa Constituição, sobretudo aqueles relacionados à responsabilidade civil ambiental por danos ambientais.

Palavras-chave: responsabilidade civil. meio ambiente. direito fundamental. proibição de insuficiência. dever estatal de ação. dever estatal de proteção.

ABSTRACT

SOUZA, Adriano Andrade de. *Enough State Protection of the Environment through Civil Liability*. 451 p. PhDThesis (Doctorate) - Faculty of Law - University of São Paulo, São Paulo, 2020.

The civil liability for environmental damage is an essential instrument for the duty to protect the environment, inscribed in the *caput* of art. 225 of the Federal Constitution. As with other matters governed by the Basic Law, some of the constitutional rules that support civil liability have low normative density, and their commands are *prima facie*. The non-fulfillment of constitutional duties *prima facie* by infra-constitutional normative acts demands a proportionality control for which the traditional *balancing* is not structurally adequate. For this task, German and, in a second moment, Portuguese doctrine and jurisprudence have identified a new dogmatic figure, the prohibition of insufficiency, and for it they have developed specific methodologies. Considering that the literature and jurisprudence on the subject in Brazil is still incipient, the purpose of this work was to investigate foreign academic and case-law contributions, and, to the extent of their availability, the national ones, in order to verify the feasibility of applying the prohibition of insufficiency under the national legal system. Once this possibility was verified, a method was structured to control the insufficiency of normative acts in light of the parameters available in our constitution, especially those related to environmental civil liability for environmental damages.

Keywords: civil liability. environment. fundamental right. prohibition of insufficiency. state duty of action. state duty of protection.

ZUSAMMENFASSUNG

SOUZA, Adriano Andrade de. *Ausreichender staatlicher Schutz der Umwelt durch zivile Verantwortung*. 451 S. Dissertation (Doktorat) - Rechtswissenschaftliche Fakultät - Universität São Paulo, São Paulo, 2020.

Die zivilrechtliche Haftung für Umweltschäden ist ein wesentliches Instrument für die in Art. 225 der Bundesverfassung verankerte Pflicht zum Schutz der Umwelt. Wie bei anderen im Grundgesetz geregelten Themen haben einige der verfassungsrechtlichen Regelungen, die die zivilrechtliche Haftung unterstützen, eine geringe normative Dichte, und ihre Gebote sind *prima facie*. Die Nichterfüllung verfassungsrechtlicher Pflichten durch einfachgesetzliche Normativakte erfordert *prima facie* eine Verhältnismäßigkeitskontrolle, für die die traditionelle Kontrolle des Übermaßverbots strukturell nicht ausreicht. Für diese Aufgabe haben die deutsche und, in einem zweiten Moment, die portugiesische Lehre und Rechtsprechung eine neue dogmatische Figur, das Untermaßverbot, identifiziert und dafür spezifische Methoden entwickelt. In Anbetracht der Tatsache, dass die Literatur und die Rechtsprechung zu diesem Thema in Brasilien noch in den Anfängen steckt, war der Zweck dieser Arbeit, ausländische akademische und rechtswissenschaftliche Beiträge und, soweit verfügbar, die nationalen Beiträge zu untersuchen, um die Durchführbarkeit der Anwendung des Untermaßverbots im nationalen Rechtssystem zu überprüfen. Nach der Überprüfung dieser Möglichkeit wurde eine Methode zur Kontrolle der Defizite der Normativakte unter Berücksichtigung der in unserer Verfassung vorhandenen Parameter, insbesondere derjenigen, die sich auf die zivilrechtliche Haftung für Umweltschäden beziehen, strukturiert.

Stichworte: Zivilrechtliche Haftung. Umwelt. Grundrecht. Untermaßverbot. staatliche Handlungspflicht. staatliche Schutzpflicht.

ABREVIATURAS

ac.	acórdão
ADCT/CF	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i> (Tribunal Constitucional Federal)
BVerfGE	<i>Bundesverfassungsgericht-Entscheidungen</i> (Repositório Oficial de Decisões do Tribunal Constitucional Federal)
BVerfGG	<i>Bundesverfassungsgerichtsgesetz</i> (Lei do Tribunal Constitucional Federal)
CDC	Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990)
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
div.	divulgado
e.s.e.	em sentido estrito
LPNMA	Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981)
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
n.r.	nota de rodapé
n.m.	nota de margem
ob. cit.	obra citada
pos.	posição
STF	Supremo Tribunal Federal
TC	Tribunal Constitucional (de Portugal)
TCF	Tribunal Constitucional Federal (da Alemanha)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	21
1 MEIO AMBIENTE E FUNDAMENTALIDADE JURÍDICA	25
1.1 Considerações iniciais.....	25
1.2 Direitos fundamentais.....	26
1.2.1 Aspectos terminológicos.....	26
1.2.2 Breve incursão no pensamento subjacente aos direitos fundamentais	36
1.2.3 Construção histórica dos direitos fundamentais	40
1.2.4 Debate sobre as gerações ou dimensões de direitos.....	46
1.2.5 Dimensões subjetiva e objetiva	52
1.2.5.1 A dimensão subjetiva	52
1.2.5.2 A dimensão objetiva	54
1.2.6 Sujeitos ativos e passivos	59
1.2.6.1 Titulares.....	60
1.2.6.2 Destinatários	64
1.2.7 Direito fundamental completo.....	75
1.2.8 Valorização dos direitos fundamentais na Constituição atual.....	77
1.2.9 Concepção materialmente aberta de direitos fundamentais na Constituição atual	78
1.2.10 O meio ambiente como objeto de direito	83
1.2.10.1 O direito humano a um ambiente equilibrado	83
1.2.10.2 O direito fundamental a um ambiente equilibrado	87
1.2.10.3 O direito ao ambiente como direito fundamental completo	88
1.2.10.4 O direito ao ambiente como cláusula pétrea.....	90
1.2.10.5 Detalhando o objeto do direito fundamental ambiental	92
1.3 Deveres fundamentais.....	96
1.3.1 Deveres fundamentais correlatos explícitos	98
1.3.2 Deveres fundamentais correlatos implícitos	99
1.3.3 Deveres fundamentais autônomos	100
1.4 Conclusões parciais	100
2 RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL.....	103
2.1 Considerações iniciais.....	103
2.2 Dever de proteção e responsabilidade civil ambiental.....	103
2.2.1 Efeitos preventivos da função reparatória	104
2.2.2 Efeitos preventivos da função punitiva	108
2.2.3 Prevenção como proteção primária.....	115

2.3	Natureza objetiva	119
2.3.1	Fundamentos dogmáticos gerais	119
2.3.2	Responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público	126
2.4	Princípios	128
2.4.1	Princípio do poluidor-pagador	128
2.4.2	Princípio do usuário-pagador	135
2.4.3	Princípio da reparação integral	137
2.4.4	Princípios da prevenção e da precaução	138
2.4.5	Princípio da função socioambiental da propriedade e da posse	145
2.4.5.1	Função socioambiental da propriedade e deveres <i>propter rem</i>	150
2.4.6	Princípio da equidade, responsabilidade ou solidariedade intergeracional 160	
2.5	Pressupostos	161
2.5.1	Ação ou omissão.....	161
2.5.2	Dano ou Risco de Dano	163
2.5.3	Nexo causal ou condicionalidade adequada	174
2.6	Solidariedade passiva	179
2.7	Excludentes.....	180
2.8	Ônus da prova.....	184
2.9	Formas de reparação	188
2.10	Imprescritibilidade	191
3	PANORAMA GERAL DA PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA.....	195
3.1	Gênese e desenvolvimento.....	196
3.2	Breve histórico doutrinário	196
3.3	Breve histórico jurisprudencial	200
3.3.1	Alemanha.....	200
3.3.1.1	Primeira decisão sobre o aborto (<i>Schwangerschaftsabbruch I</i>).....	200
3.3.1.2	Segunda decisão sobre o aborto (<i>Schwangerschaftsabbruch II</i>).....	202
3.3.1.3	Decisões posteriores.....	205
3.3.2	Portugal.....	206
3.3.3	Brasil.....	211
3.3.3.1	Panorama geral.....	211
3.3.3.2	Casos de maior repercussão	214
3.4	Fundamentos	224
3.4.1	Fundamentação originária: deveres estatais de proteção.....	224
3.4.1.1	Deveres explícitos na Constituição	226
3.4.1.2	Deveres não explícitos no texto constitucional.....	228

3.4.1.3	Estrutura das relações jurídicas	241
3.4.2	Fundamentação ampliada	243
3.5	Campos de aplicação	246
3.6	Modalidades	251
3.7	Autonomia dogmática.....	252
3.7.1	Em relação à proibição do excesso.....	253
3.7.2	Em relação aos deveres de proteção.....	257
3.7.3	Em relação ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais	259
3.8	Problemas de fundo	266
3.8.1	Redução da margem de discricionariedade legislativa.....	266
3.8.2	Prejuízo à orientação liberal dos direitos fundamentais	273
3.8.3	Soluções aventadas na doutrina e/ou na jurisprudência	274
3.8.3.1	Teoria dos limites jurídico-funcionais.....	275
3.8.3.2	Dogmática das discricionariedades	276
3.8.3.3	Distinção entre normas de ação e normas de controle	278
3.8.3.4	Assimetria entre proibição de insuficiência e do excesso.....	280
3.8.3.5	Densidades de controle.....	281
3.8.3.6	Constituição como moldura	285
3.9	Modelos.....	286
3.9.1	Proibição do déficit relacionada com a proporcionalidade	287
3.9.1.1	Claus-Wilhelm Canaris: o precursor	287
3.9.1.2	Robert Alexy	289
3.9.1.3	Martin Borowski	295
3.9.1.4	Carlos Bernal Pulido.....	297
3.9.1.5	Laura Clérico	299
3.9.1.6	Jorge Pereira da Silva	305
3.9.1.7	Vasileios Tzemos	307
3.9.1.8	Peter Lars Störring	309
3.9.1.9	Vitalino Canas	312
3.9.1.10	Alexandre van der Broecke.....	318
3.9.2	Proibição do déficit sem relação com a proporcionalidade	319
3.9.2.1	Jorge Reis Novais	319
3.9.2.2	Matthias Mayer	322
4	VIABILIDADE DO CONTROLE DE INSUFICIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO.....	329
4.1	Visão pessoal sobre a proibição de insuficiência	329
4.1.1	Premissas teórico-dogmáticas de ordem geral	329

4.1.2	Premissas teórico-dogmáticas de ordem específica	334
4.1.2.1	Enfrentamento dos problemas de fundo	334
4.1.2.2	Ausência de critérios consolidados na doutrina e jurisprudência pátrias	361
4.1.3	Modelo de controle da proibição da proteção deficiente proposto	365
4.1.3.1	Primeira análise preliminar: exame da legitimidade do meio e do fim....	366
4.1.3.2	Segunda análise preliminar: proibição de excesso ou insuficiência?	369
4.1.3.3	Fases do teste propriamente dito.....	371
4.1.3.4	Consequências do reconhecimento da insuficiência.....	390
4.1.4	Definição e natureza jurídica.....	399
4.2	Proteção de insuficiência aplicada às normas sobre responsabilidade civil ambiental	402
4.2.1	Exemplos de aplicação do teste.....	407
4.2.1.1	Lei n. 12.651/2012	407
4.2.1.2	Decreto n. 99.556/1990.....	411
CONCLUSÕES.....		421
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		427

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, a exemplo de muitas congêneres proclamadas após a segunda guerra mundial, é repleta de dispositivos de baixa densidade normativa. Típicos dessa estrutura normativamente porosa são os preceitos veiculadores de direitos fundamentais. Cumpre primordialmente ao legislador colmatar os vazios por elas deixados, harmonizando interesses que, deixados ao sabor dos preceitos constitucionais de tal gênero, poderiam ensejar conflitos, dada a potencial interpenetração dos respectivos âmbitos de proteção. No desempenho desse mister, não raro o legislador extravasa os limites constitucionais de sua margem de discricionariedade, e, ainda que buscando um fim constitucionalmente legítimo, acaba por comprimir desproporcionalmente algum direito fundamental.

Não por acaso, a partir de meados do século passado, o gênio acadêmico e jurisprudencial passou a se preocupar com eventuais abusos praticados a pretexto dessa missão legislativa. Para coibi-los, reconheceu haver lastro constitucional na imposição de um limite à intervenção legislativa em direitos fundamentais, que ficou conhecido entre nós como *proibição do excesso*, e na Alemanha, seu principal propulsor de origem, é denominado *Übermaßverbot*. A fim de controlá-lo judicialmente, desenvolveram-se metodologias orientadas por um controle de proporcionalidade.

Já na década de 1980, ainda em solo germânico, percebeu-se também ser necessário examinar esse trabalho legislativo no sentido oposto. Em outros termos, em contextos de colisão entre dois direitos fundamentais, era preciso fiscalizar se o Estado-legislador, alegando evitar uma interferência abusiva no âmbito de um direito fundamental, não estaria deixando de proteger suficientemente o outro. Nesse caso, afirmou-se existir, também, uma *proibição de proteção insuficiente* (*proibição de insuficiência ou do déficit*), ou *Untermaßverbot*, em alemão.

Desde então, essa nova figura dogmática foi adotada pela doutrina e jurisprudência germânicas e lusitanas, mas ainda é carente de aprofundamento teórico no Brasil. Mesmo em sua terra natal, onde a produção acadêmica pertinente é relativamente ampla, há significativas divergências na definição de critérios para a avaliação da omissão estatal na proteção de direitos fundamentais em geral, e do

direito ao meio ambiente em especial.

Sem embargo da ausência de um tratamento uniforme no campo alienígena e do referencial teórico nacional relativamente escasso, adotou-se como hipótese desta investigação que a vedação do déficit, sob o sistema jurídico brasileiro, teria grande potencial como instrumento de controle da omissão estatal no desempenho de seus deveres constitucionais de ação, e, mais especificamente, do dever de tutela do meio ambiente, notadamente por meio da responsabilidade civil ambiental. Por isso, esta pesquisa se propôs a estudar a utilidade dessa nova categoria jurídica para tais propósitos. Seu objetivo foi o de identificar critérios minimamente racionais para detectar eventual insuficiência na atuação estatal, à luz dos parâmetros constitucionais da disciplina da responsabilidade civil ambiental, sem abdicar de eventuais limites à ação corretiva do Estado-juiz, em respeito à primazia dos órgãos democraticamente eleitos para a concretização dos direitos fundamentais.

A título basilar, foram investigadas as principais características do direito fundamental ao meio ambiente saudável e do dever de protegê-lo, tendo em vista que a responsabilidade civil ambiental lhes tem caráter instrumental. Considerando-se as peculiaridades associadas a essas categorias jurídicas, examinaram-se, em linhas gerais, as expressões da responsabilidade civil não apenas na tradicional função de reparação, como também de prevenção de danos ambientais.

Adicionalmente, analisaram-se os desenvolvimentos doutrinário e jurisprudencial da proibição da proteção insuficiente – a partir da teoria dos deveres estatais de proteção – e as críticas à sua admissibilidade ou utilidade como ferramenta de controle de proporcionalidade. Sem descurar as possíveis contribuições que a doutrina e a jurisprudência estrangeiras pudessem aportar, a pesquisa observou as fronteiras do ordenamento jurídico brasileiro. À evidência, portanto, o empréstimo de construções teóricas ou dogmáticas exógenas considerou sua compatibilidade com a realidade jurídica nacional.

A pesquisa foi conduzida eminentemente no âmbito da dogmática jurídica. Tratou-se de uma investigação predominantemente teórico-dogmática, em que se procedeu a investigações bibliográfica (doutrinária) e documental (normas e jurisprudência), no âmbito nacional e internacional, no fito de apurar o estado da arte na doutrina relacionada com a proteção ao direito fundamental ao meio

ambiente ecologicamente equilibrado, o que inclui a responsabilidade civil ambiental e, sobretudo – em razão de ser o tema menos desenvolvido no âmbito nacional - da proibição da proteção insuficiente.

A distribuição dos capítulos foi organizada em razão de se trabalhar com a hipótese de que as objeções doutrinárias à viabilidade ou à utilidade da aferição da suficiência do nível de proteção normativo a direitos fundamentais, no caso específico do direito fundamental ao meio ambiente saudável, poderiam ser reduzidas ou eliminadas a partir da consideração das peculiaridades desse direito fundamental e da correlativa responsabilidade civil no nosso ordenamento. Além disso, considerou-se que tais particularidades poderiam impactar em alguma medida a estruturação do método de controle da proibição do déficit.

No primeiro capítulo, portanto, expuseram-se noções gerais sobre os direitos fundamentais, tais como sua evolução histórica e seus pressupostos filosóficos, suas manifestações subjetivas e objetivas, seus titulares e destinatários, dentre outros assuntos. Posteriormente, abordaram-se os atributos do direito fundamental ao meio ambiente, e, por fim, os deveres fundamentais a ele correlatos.

O segundo capítulo teve por propósito o de identificar os atributos de maior relevância para o balizamento da responsabilidade civil como instrumento de proteção suficiente do direito fundamental ao meio ambiente. Descreveram-se em linhas suas potencialidades como instrumento de prevenção e reparação do dano ambiental, e expuseram-se peculiaridades de sua natureza objetiva, seus princípios reitores e pressupostos de aplicação, dentre outras.

No terceiro capítulo, foram apresentados, de modo panorâmico, as origens e desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais da proibição da insuficiência na Alemanha, Portugal e Brasil. Polêmicas sobre sua autonomia dogmática em relação a outras categorias, bem como problemas de fundo gerados pela necessidade de preservação da margem de discricionariedade do legislador e uma suposta orientação liberal dos direitos fundamentais, também foram tratados. Foram exibidas, por fim, as visões de vários autores acerca do modelo ideal de aplicação do instituto.

O derradeiro capítulo expôs a concepção do autor sobre a proibição do déficit à luz do arcabouço dogmático nacional. Os problemas de fundo, introduzidos no

capítulo anterior, foram criticamente enfrentados. Defendeu-se um modelo estruturalmente pensado para o controle da proibição de insuficiência, com ênfase nas peculiaridades relacionadas à revisão judicial de normas que afetem a responsabilidade civil ambiental. Por fim, o modelo foi aplicado, a título de demonstração, a algumas normas portadoras de colisões entre o dever de proteção do meio ambiente, via responsabilidade civil, e outros bens constitucionais.

1 MEIO AMBIENTE E FUNDAMENTALIDADE JURÍDICA

1.1 Considerações iniciais

O reconhecimento de direitos dos homens em face de poderes institucionais é fenômeno relativamente recente. O valor do meio ambiente como objeto de direito, então, é verdadeiro temporão. Como percebido por Bobbio, três grandes correntes do pensamento político moderno, o liberalismo, o socialismo e o cristianismo social, sobretudo após a declaração de direitos da revolução francesa, convergiram – cada qual enfatizando os direitos mais alinhados com sua visão de mundo – para conferir ao gênero humano uma gama cada vez mais complexa de direitos, unificados no “único grande desenho” da defesa do homem em torno dos três “bens supremos”: vida, liberdade e segurança social. A luta por direitos, orientada por essas três tradições, voltou-se inicialmente contra o jugo religioso, depois o estatal e, por fim, o econômico, promovendo o reconhecimento de direitos de liberdade e dos direitos sociais¹.

Já na era pós-moderna, vida, liberdade e segurança precisaram ser defendidas contra um novo poder, produzido pela ciência. O vertiginoso progresso trouxe ameaças que demandaram o reconhecimento de novos direitos, como o direito à privacidade (contra a possibilidade de o Estado controlar a vida das pessoas a partir do maciço armazenamento de seus dados pessoais), o direito à integridade do patrimônio genético e – aquele que aqui mais nos interessa – o de viver em um ambiente não poluído².

Neste capítulo, aborda-se o meio ambiente como objeto de direito, mas não apenas. Ele é aqui também analisado como objeto de dever. Mais especificamente, o meio ambiente como escopo de *direito* e *dever*, à luz da nossa Constituição da República, é o tema deste capítulo. Para o bom desenvolvimento desse estudo, convém encetar pelo exame de alguns pressupostos mais gerais, a começar pelas principais características da categoria jurídica dos *direitos fundamentais*, na qual o

¹ Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, p. 206-209.

² *Ibid.*, p. 209-210. Pérez Luño vislumbra na *solidariedade* um traço distintivo desses novos direitos (em comparação com a *liberdade*, que ele considera fazer parte de uma primeira “geração”, e com a *igualdade*, que ele aloca numa segunda “geração”), e inclui no rol de direitos mais representativos e consolidados da terceira “geração”, além dos já citados, os direitos à qualidade de vida, à paz, à liberdade informática, à cibercidadania. “Las generaciones de derechos humanos”, p. 175.

direito ao ambiente se insere, e, portanto, de onde extrai atributos essenciais.

1.2 Direitos fundamentais

1.2.1 Aspectos terminológicos

É frequente a utilização na doutrina, legislação ou jurisprudência, das locuções “direitos humanos”, “direitos individuais”, “direitos sociais”, “liberdades fundamentais”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos do homem”, “direitos fundamentais” ou “direitos humanos fundamentais” para referir-se a um mesmo fenômeno jurídico, ou, quando menos, a fenômenos jurídicos que guardam correlação entre si³.

Evidências de tal imbricação terminológica extraem-se de nossa própria Constituição da República, onde se encontram as expressões “direitos sociais e individuais” (Preâmbulo), “direitos e garantias fundamentais” (Título II), “direitos e deveres individuais e coletivos” (Capítulo I do Título II), “direitos humanos” (art. 4.º, II, art. 5.º, § 3.º, art. 109, V e § 5.º, dentre outros), “liberdades constitucionais” (art. 5.º, LXXI), “liberdades fundamentais” (art. 5.º, XLI), “direitos fundamentais da pessoa humana” (art. 17, *caput*), “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4.º, IV), “direito público subjetivo” (art. 208, § 1.º).

Para atingir o desejado rigor científico⁴, é relevante – tanto quanto possível – extremar o manejo de tais expressões, com ênfase nas duas que mais ensejam debates quanto ao seu conteúdo e inter-relação: “direitos fundamentais” e “direitos humanos”⁵.

A locução “direitos fundamentais” surgiu na França por volta de 1770, em

³ Consoante Bonavides, ocorre o emprego mais frequente da expressão “direitos humanos” e “direitos do homem” entre autores anglo-americanos e latinos, ao passo que a locução “direitos fundamentais” é prevalente entre publicistas alemães. *Curso de Direito Constitucional*, p. 560.

⁴ Alexy alerta para a imprescindibilidade de clareza nos “conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais”, ante o “quadro quase que desconcertante” da caracterização teórico-estrutural dos direitos fundamentais e de suas normas na jurisprudência e na doutrina. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 43.

⁵ Note-se que se enfatiza, no presente subitem, a diferenciação entre *direitos humanos (ou do homem)* e *direitos fundamentais*, que aludem a posições jurídicas positivadas em alguma ordem jurídica (no plano nacional ou internacional) e, portanto, consistem em realidades historicamente relativas. Cf. Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, p. 18, 31-32. Já os direitos *naturais*, que não são objeto do deste subitem, aludem a direitos inerentes à natureza humana, e, portanto, atemporais. Cf. André de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, pos. 1208, formato Kindle.

meio ao movimento político e cultural que levaria à Declaração de Direitos de 1789⁶. Na Alemanha, já era conhecida no século XIX, havendo constado da Declaração de Direitos Fundamentais do Povo Alemão, de 1848, mas só veio a ser consagrada na Constituição de Weimar, de 1919, e foi somente depois grassou em outros textos constitucionais – como o de Portugal, de 1976, o do Brasil, de 1988 e o angolano de 2010 –, na doutrina e na jurisprudência. Antes disso, no período liberal, utilizava-se a expressão “direitos e garantias individuais”⁷.

A expressão “direitos do homem”, por sua vez, foi disseminada a partir de sua utilização por Rousseau em *O Contrato Social*, de 1762, embora ele não lhe esclarecesse o conteúdo, ao passo que o termo “direitos humanos” foi utilizado pela primeira vez, com uma conotação política (como sinônimo de direito natural), por Voltaire, no *Tratado sobre a Tolerância*, de 1763⁸. Inicialmente, como se nota da leitura da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), seu sentido tendeu a equivaler ao de direitos naturais, considerados inerentes à natureza humana e, portanto, imutáveis, universais e inalienáveis. Posteriormente, com o progressivo reconhecimento do caráter histórico (mutável) dos direitos do homem, o conteúdo dessa expressão foi se distanciando daquele reservado aos direitos naturais.

Atualmente, há quem vislumbre na expressão “direitos do homem” um caráter sexista, já que poderia sugerir estarem fora do seu alcance os direitos da mulher, entendimento que justificou lhe tenha subrogado, no Canadá, a locução “direitos da pessoa”⁹.

Conforme Sarlet, a opinião mais corrente – com a qual ele concorda – é a de que “direitos do homem” são aqueles relacionados a documentos de direito

⁶ Pérez Luño, *Derechos Fundamentales*, Cap. 1, item 2, primeiro parágrafo, formato e-Pub.

⁷ Jorge Miranda, *Direitos Fundamentais*, p. 13. É fato que, na Constituição brasileira de 1946, a expressão “direitos fundamentais” já aparecia, embora de maneira tímida, sem o protagonismo conferido pela Constituição de 1988.

⁸ Lynn Hunt, *A Invenção dos Direitos Humanos – uma história*, pos. 180, formato Kindle. Conforme a autora, antes disso, no século XVIII, as expressões “direitos humanos”, “direitos do gênero humano” e “direitos da humanidade” já haviam sido utilizadas na Inglaterra e na França, mas com significados muito genéricos (p. ex., para distinguir os direitos dos seres humanos em relação aos direitos divinos ou dos animais), sem conotação política imediata. Ob. cit., pos. 167 a 180.

⁹ André de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, pos. 1207-1214, formato Kindle.

internacional, e reconhecidos ao ser humano como tal (pelo simples fato de ser humano), independentemente de seu vínculo a uma determinada ordem constitucional, aspirando à validade universal, “para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”¹⁰, ao passo que “direitos fundamentais” são os direitos do ser humano reconhecidos e em vigor numa determinada Constituição¹¹.

Segundo essa formulação, todo direito fundamental representaria a positivação (na Constituição) de um direito humano. É o que se infere, a propósito, do entendimento de Canotilho, para quem “a positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo”¹².

Em outros pontos, porém, Sarlet ressalva não perfilhar exatamente esse entendimento, ao considerar não existir uma “identidade necessária” entre direitos fundamentais e direitos humanos, de tal modo que não apenas é possível haver Constituições que não contemplem todo o rol de direitos do catálogo de direitos humanos, como outras que reconheçam até mais direitos fundamentais que os já albergados em documentos internacionais, como é o caso da nossa¹³. Logo, em verdade, esse autor considera que nem todo direito fundamental (ordem constitucional) materializa a positivação de um direito humano (ordem internacional).

Pérez Luño, por seu turno, distingue direitos humanos e direitos fundamentais com base no maior grau de positivação destes. Para ele, os direitos humanos são um “conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas”, abarcando não apenas direitos e liberdades já reconhecidos em declarações e convenções internacionais (portanto, positivados), como também as “exigências mais radicalmente vinculadas ao sistema de necessidades humanas, e que,

¹⁰ *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 29. Também salientando que o termo é mais utilizado, com essa acepção, no direito internacional, Jorge Miranda, *Direitos Fundamentais*, p. 13.

¹¹ Nesse sentido, também, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 377.

¹² *Ibid.*, mesma página.

¹³ *Ob. cit.*, p. 31 e 33.

devendo ser objeto de positivação, não o tenham sido” (portanto, não positivadas). Já a noção de direitos fundamentais “tende a aludir” aos direitos humanos reconhecidos e assegurados pelo direito positivo, normalmente de *status* constitucional, delimitados espacial e temporalmente, e cuja denominação se explica pelo seu caráter fundamentador do Estado de Direito¹⁴.

Uma distinção sensível entre as definições de direitos humanos de Sarlet e Pérez Luño é que aquele limita a definição de direitos humanos aos direitos *positivados* na ordem jurídica internacional, ao passo que o último admite também direitos humanos *ainda não positivados*.

Dimoulis e Martins, por sua vez, consideram fundamentais os direitos públicos-subjetivos de pessoas físicas ou jurídicas, contemplados em dispositivos da Constituição, que tenham como objetivo limitar o poder estatal em face da liberdade individual. Para eles, é suficiente o atributo formal (previsão constitucional), ainda que não qualificado (desnecessário tratar-se de cláusula pétrea), pouco importando considerações de natureza material (se o direito é reconhecido em tratados, normas costumeiras, decisões judiciais; se tem natureza de direito humano ou direito natural). Quanto aos direitos humanos, veem-nos como uma internacionalização dos direitos fundamentais, indicando “o conjunto de direitos e faculdades que garantem a dignidade da pessoa humana e se beneficiam de garantias internacionais institucionalizadas”¹⁵.

Digna de nota, ainda, a concepção de Ferrajoli. Sob o ponto de vista formal (estrutural), busca uma definição de direitos fundamentais ideologicamente neutra, situada no campo da teoria geral do direito, e, portanto, aplicável a qualquer ordenamento (nacional ou internacional), em vigor em qualquer época (inclusive os pré-modernos). Nesta dimensão, considera-os aqueles direitos subjetivos conferidos universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa (extensão mais ampla), ou apenas de cidadãos ou de pessoas capazes de agir (extensões menos amplas)¹⁶. Já sob um enfoque material (quais espécies

¹⁴ *Los Derechos Fundamentales*, capítulo 1, subitem 3.2, formato e-Pub.

¹⁵ *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 41-45. O conceito entre aspas é extraído pelos autores da obra de André de Carvalho Ramos, *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 49.

¹⁶ Luigi Ferrajoli, “Direitos Fundamentais”, p. 9-11.

de interesses ou necessidades são fundamentais?), entende o jurista italiano só ser possível detectá-los *a posteriori*, conforme selecionados pelo pacto constitucional para serem postos à salvo do mercado (por serem indisponíveis) e da vontade da maioria (em constituições rígidas), *fundamentais* por serem a própria causa ou razão social do Estado e essenciais para a convivência civil¹⁷. Quanto aos direitos humanos, define-os sob um prisma formal, como uma subespécie dos direitos fundamentais, composta pelos direitos substanciais (não instrumentais) que dizem respeito indistintamente a todos os seres humanos (não apenas dos cidadãos ou pessoas capazes)¹⁸.

Por fim, há autores que não veem distinção essencial entre direitos humanos e direitos fundamentais, referindo-se a eles, indistintamente, como “direitos humanos fundamentais”¹⁹. Com visão semelhante, André de Carvalho Ramos, observando haver uma progressiva “aproximação e mútua relação” entre direito internacional e o direito interno sobre a questão dos direitos humanos, e que o termo “direitos fundamentais” – em vez de “direitos humanos” – também tem sido utilizado em documentos internacionais recentes²⁰, considera haver perdido a importância a diferenciação entre tais locuções²¹.

As opiniões anteriormente expostas fornecem um panorama dos diversos enfoques doutrinários sobre a terminologia dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Para os fins deste trabalho, não é necessário construir um novo conceito de direito fundamental aplicável universalmente, sendo suficiente adotar algum que, do ponto de vista dogmático, considera-se mais adequado à opção positivada no nosso direito constitucional, sem desconsiderar o legado histórico de

¹⁷ Ibid., p. 26.

¹⁸ Segundo essa classificação, os direitos civis seriam fundamentais (por dizerem respeito a todas as pessoas capazes de agir, como o poder negocial, a liberdade contratual e a liberdade de empreendimento), mas não seriam *direitos humanos*, por serem direitos instrumentais (não substanciais). Ibid., p. 12 e 13.

¹⁹ Sérgio Resende de Barros, em *Direitos Humanos: paradoxo da civilização*, p. 29-52. Também utilizando a mesma terminologia: Alexandre de Moraes, em *Direitos Humanos Fundamentais*, e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em *Direitos Humanos Fundamentais*, que, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, foi o primeiro autor nacional a utilizar a expressão “direitos humanos fundamentais”, cf. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 33.

²⁰ Na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, atualizada pelo Tratado de Lisboa, em 2007.

²¹ *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, p. 47. Sobre essa “aproximação e mútua relação”, tratar-se-á mais adiante.

construção dos direitos fundamentais.

Um primeiro passo nessa direção consiste em posicionar tal alinhamento com a tendência contemporânea, e afetar o emprego do termo “direitos fundamentais” às ordens jurídicas nacionais, e a expressão “direitos humanos” ao âmbito internacional. Tal distinção não se faz por irrefletido mimetismo, mas por facilitar a contextualização de duas realidades dogmáticas diversas, uma atinente ao direito positivo doméstico, e a outra ao direito positivo internacional. Não se olvide, a propósito, que, conforme anteriormente observado, é comezinho haver numa determinada constituição direitos não positivados em âmbito internacional e vice-versa, o que só reforça a utilidade de se empregarem termos diversos para dimensões normativas não necessariamente idênticas.

Não se está, com tal opção, a negar a existência de uma significativa conexão substancial (i. e., quanto aos tipos de interesses ou necessidades) entre direitos consagrados tanto no âmbito doméstico e internacional com base em justificativas comuns (sobretudo a vida, a dignidade, a liberdade e a igualdade da pessoa humana). Afinal, como observa Bobbio, no progredir dos séculos a ideia de uma universalidade de direitos do homem parece haver catalisado a positivação de direitos nas constituições, e, por sua vez, a disseminação de constituições abrigando direitos fundamentais certamente influenciou a formação de um consenso internacional para o reconhecimento de direitos humanos²². Logo, é perfeitamente admissível, por exemplo, qualificar determinado direito previsto na nossa Lei Fundamental como direito fundamental e, ao mesmo tempo, direito humano, desde que também positivado na órbita internacional.

Feita essa primeira consideração, convém adstringir as definições ao campo da ciência jurídica. Não é compatível com essa premissa o pensamento de Pérez Luño sobre direitos humanos, no ponto em que o estende para além das bordas do direito positivo, admitindo-os também enquanto “exigências mais radicalmente vinculadas ao sistema de necessidades humanas, e, que *devendo* ser objeto de

²² A propósito, Bobbio observa a existência de um movimento dialético, que começa na universalidade abstrata dos direitos naturais (jusnaturalismo), transfigura-se na concretização de direitos positivos nas constituições, e “termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais”, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. *A Era dos Direitos*, p. 28-30.

positivação, não o tenham sido”. Afinal, debates sobre a necessidade de positivação de determinados direitos extravasam o âmbito da teoria jurídica, devendo dar-se em outros domínios epistemológicos, como na a teoria moral ou política da justiça²³.

Outro ponto em que se diverge da definição de Pérez Luño é aquele em que o autor se abre à possibilidade de direitos fundamentais sem *status* constitucional, por duas razões: a adoção de direitos fundamentais é historicamente ligada ao movimento de constitucionalização, e, além disso, sua estatura constitucional é crucial para conferir a tais direitos a proteção de minorias.

Além da positivação no âmbito internacional (aspecto formal), os direitos humanos têm por objeto interesses inerentes à *dignidade da pessoa humana* (aspecto material), e, por tal razão, são consagrados à *universalidade* dos seres humanos (p. ex., direito de liberdade) ou, quando também necessários para a redução de desigualdades, são afirmados às pessoas integrantes de categorias hipossuficientes (p. ex., direitos sociais, econômicos e culturais). Logo, podem ser definidos como *aqueles direitos que, por serem indispensáveis à dignidade humana, são reconhecidos em diplomas internacionais como inerentes a cada integrante da espécie humana, ou para cada pessoa que integre determinadas categorias sócio, econômica ou culturalmente carentes de tutela*²⁴.

Já no que diz respeito aos direitos fundamentais, não se mostra factível, a partir da conjugação de requisitos formais (estruturais) e materiais (substancial), galgar uma definição suficientemente abstrata a ponto de se enquadrar em toda e

²³ Luigi Ferrajoli, “Teoria dos Direitos Fundamentais”, p. 95.

²⁴ Tanto o atributo de *universalidade* (valor absoluto dos direitos humanos) como a ideia de *universalização* (processo de progressiva adesão aos “verdadeiros” valores universais - ocidentais - a partir do gradual amadurecimento de culturas “menos evoluídas”) tem sido combatido por alguns pensadores e por países que adotam culturas e valores diametralmente opostos àqueles que pautam os direitos humanos conforme a cultura ocidental. Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, p. 368, 369 e 376-379). Dentre os pensadores críticos do modelo atual, Boaventura de Sousa Santos afirma que a ideia da universalidade dos direitos humanos é específica da cultura ocidental, que tende a formular os seus valores máximos como sendo universais, o que não corresponde à realidade de outras culturas. Ademais, essa concepção é formulada com base em pressupostos tipicamente ocidentais (claramente diversos dos valores predominantes em outras culturas): uma natureza humana universal, racionalmente perceptível; a superioridade da natureza humana em relação a outras realidades; a dignidade absoluta e irreduzível do indivíduo, a ser defendida pela sociedade e pelo Estado; e a autonomia individual, a exigir uma sociedade organizada de modo não hierárquico, como somatório de indivíduos livres. “Por uma concepção multicultural de direitos humanos”, p. 19.

qualquer ordem constitucional. Note-se, por exemplo, que, sob a concepção de Ferrajoli, direitos patrimoniais – como o direito de propriedade – não seriam direitos formalmente fundamentais, por não serem universais (são singulares, apenas pertencendo a titulares determinados), mas disponíveis (se fossem universais, não o seriam) e terem seus títulos expressos em atos negociais (os fundamentais têm por título a própria “lei”)²⁵. Como compatibilizar essa visão com a ordem constitucional brasileira – dentre muitas outras –, em que o direito à propriedade é um direito fundamental?

Por outro lado, sob o ângulo material, é impossível encerrar num rol exaustivo o conteúdo dos direitos fundamentais. Afinal, cada Estado exerce uma seleção particular daqueles bens que, a seu critério, merecem ser colocados no ponto mais alto da hierarquia jurídica, e, ainda em relação àqueles valores em torno dos quais há um relativo consenso internacional quanto ao seu *status* fundamental, como vida, liberdade, igualdade e dignidade humana, encontram-se variações de gradação na sua conformação particular em cada ordem constitucional²⁶.

Por isso, bem percebe Sarlet que uma conceituação disposta a ser aplicável universalmente somente se faz viável caso materialmente aberta, a permitir sua constante adaptação ao direito constitucional positivo. E, para tanto, revela-se adequada sua definição de direitos fundamentais, assim alinhavada:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)²⁷.

Transposto o desafio relacionado às definições de direitos fundamentais e direitos humanos, convém discorrer brevemente sobre algumas outras expressões

²⁵ “Direitos Fundamentais”, p. 19-25.

²⁶ Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 77 e 79.

²⁷ *Ibid.*, p. 78.

referidas ao início do presente item, e que com aqueles podem ter alguma espécie de contato.

Uma primeira aproximação se dirige às “garantias fundamentais”. Não há consenso sobre sua identidade com os direitos fundamentais. Enquanto Ferrajoli, por exemplo, defende a não identidade entre tais categorias jurídicas (garantias seriam técnicas idôneas para assegurar a máxima efetividade dos direitos reconhecidos²⁸), frisando que a falta de previsão de uma garantia não pode ser interpretada como inexistência de um direito²⁹, Canotilho vislumbra nas garantias clássicas verdadeiros direitos instrumentais, que autorizam os cidadãos a exigirem dos poderes constituídos a proteção de seus direitos ou constituem os meios processuais adequados para tal propósito³⁰.

Jorge Miranda, a princípio, parece adotar a linha de Ferrajoli, quando anota que direitos e garantias não se confundem seja por sua *estrutura*, *natureza* ou *função*. Segundo ele:

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar condições para a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na aceção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se³¹.

O mesmo autor, porém, ressalva que algumas garantias são “elementos da definição constitucional” de certos direitos fundamentais, manifestando-se como suas projeções subjetivas – embora mediatas –, como se tais direitos pudessem se desdobrar num momento primário – o direito propriamente dito – e num secundário – a garantia. Tais garantias – assim como direitos – são passíveis de serem invocadas pelos cidadãos perante órgãos judiciais ou administrativos³². Pode-se falar, em relação a essas, em verdadeiros “direitos-garantias”.

²⁸ “Teoria dos Direitos Fundamentais”, p. 105.

²⁹ “Direitos Fundamentais”, p. 35-43, e “Teoria dos Direitos Fundamentais”, p. 100-103.

³⁰ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 396.

³¹ *Direitos Fundamentais*, p. 148.

³² *Ibid.*, p. 150.

Já a referência a “direito público subjetivo” é originária da escola germânica de direito público do século XIX, indicando direitos contra o Estado, cuja concepção, contudo, não equivale à que atualmente conforma os direitos fundamentais, pois se limita aos direitos típicos do Estado-Segurança (limitação da intervenção estatal sobre a liberdade do indivíduo), não contemplando direitos à prestação estatal, reconhecidos sobretudo a partir da evolução para o modelo de Estado-Social³³. Além disso, na classe dos direitos públicos subjetivos compreendiam-se também categorias jurídicas em nada semelhantes com os direitos humanos ou fundamentais, como, por exemplo, direitos de entidades públicas enquanto sujeitos de relações jurídico-administrativas ou jurídico-financeiras³⁴.

A expressão “liberdades fundamentais”, de sua vez, foi uma das denominações pelos quais os direitos civis eram referidos na publicística francesa³⁵. Tradicionalmente, é associada às posições jurídicas típicas dos indivíduos no “status negativo”³⁶, ou seja, aos clássicos direitos de defesa (*Abwehrrechte*), e possuem como marca distintiva a *alternativa de comportamentos*, ou seja, ao seu titular é facultado exercer ou não exercer a liberdade (p. ex.: ter ou não uma religião, integrar ou não uma associação etc.), o que denota que o direito à vida, por irrenunciável, não configura uma liberdade³⁷.

Superada a questão terminológica, e, a título de encerramento do presente subitem, vale repisar que – a despeito da distinção teórica assumida – não há como negar a existência, em geral, de uma íntima relação entre os direitos humanos (reconhecidos pelo direito internacional) e os direitos fundamentais (positivados em uma Constituição). De modo geral, bases filosóficas, ideológicas e históricas comuns influenciaram tanto a proclamação constitucional de direitos fundamentais como a positivação internacional de direitos humanos.

Além disso, especificamente sob a ótica do direito positivo brasileiro, é inegável uma “aproximação e mútua relação” entre o sistema internacional de

³³ André de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, pos.1214-1221, formato Kindle.

³⁴ Jorge Miranda, *Direitos Fundamentais*, p. 81.

³⁵ Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 395.

³⁶ Trata-se de um dos quatro famosos *status* da classificação de Georg Jellinek, que será abordada no subitem 1.2.5.1, pertinente à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

³⁷ Canotilho, ob. cit., p. 1260.

direitos humanos e o sistema constitucional de direitos fundamentais, já em razão da admissibilidade da existência de direitos fundamentais decorrentes de tratados de que o Brasil seja parte (CF, art. 5.º, § 2.º) e da possibilidade de incorporação de tratados sobre direitos humanos como normas constitucionais com *status* de cláusulas pétreas (CF, art. 5.º, § 3.º), já pela possibilidade de submissão do Brasil a julgamentos por tribunais internacionais de direitos humanos (ADCT/CF, art. 7.º) – como se deu pela adesão do Estado brasileiro à Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁸.

Dada essa inter-relação, resgatar os pressupostos teóricos e históricos da afirmação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais é não só necessário para identificar o conteúdo original desses direitos, como crucial para a compreensão de seu significado e abrangência atuais nos domínios da ordem constitucional em vigor. É o que se fará nos dois próximos itens.

1.2.2 Breve incursão no pensamento subjacente aos direitos fundamentais

Se o nascimento dos direitos fundamentais e dos direitos humanos é resultado imediato do ideário que propulsionou as revoluções liberais do século XVIII no velho e no novo mundo (respectivamente, americana e francesa)³⁹, os valores a lhes impelir (individualidade, igualdade, dignidade humana, direito de resistência, e, sobretudo, a liberdade), porém, germinaram na antiguidade e no pensamento cristão⁴⁰.

A doutrina estoica, por exemplo, gravitava em torno das ideias de *unidade moral do ser humano* e de sua *dignidade* decorrente da condição de filho de Zeus, ao passo que o cristianismo propalou a *igualdade universal* de todos os filhos de Deus (não haveria um único “povo eleito por Deus”, ideia aprofundada a partir das

³⁸ André de Carvalho Ramos, *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, p. 303, e *Curso de Direitos Humanos*, posições 1250-1257, formato Kindle. O reconhecimento do *status* supralegal dos tratados sobre direitos humanos pelo STF deu-se no RE 466.343, rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008, DJe 05.06.2009.

³⁹ Jorge Miranda, *Direitos Fundamentais*, p. 24.

⁴⁰ Para André de Carvalho Ramos, embora não seja apropriado localizar no passado remoto a gênese dos direitos humanos modernos (para ele, surgidos, em sentido estrito, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948), pode-se admitir a ocorrência a partir do século VIII a.C. de uma evolução em sentido amplo, mais especificamente, uma impregnação histórica dos valores aos quais os direitos humanos se referem (justiça, igualdade, liberdade). *Curso de Direitos Humanos*, pos. 735-750, formato Kindle.

pregações de Paulo de Tarso)⁴¹, assim como, em razão da imagem e semelhança do homem em relação ao criador, frisava a sua *dignidade*.

Fundado em tais premissas de igualdade e dignidade, o jusnaturalismo medieval, notadamente o pensamento tomista, afirmou a subordinação do direito dos homens a um direito suprapositivo, natural, justificador de um *direito de resistência* contra o arbítrio dos governantes⁴².

De grande importância para o reconhecimento da dignidade e liberdade de todos os homens foram o frei Bartolomeu de Las Casas e Francisco de Vitória, ao defenderem direitos dos índios americanos em face das conquistas espanholas⁴³. Las Casas, que testemunhou por 50 anos as barbáries cometidas pela Espanha contra os ameríndios, defendia a *racionalidade dos povos da América* e a *unidade da raça humana*. Na célebre *Controvérsia de Valladolid* (1550-1551), opôs-se contundentemente ao humanista Juan Ginés de Sepúlveda, que defendia a tese da escravização dos indígenas americanos com base em princípios aristotélicos⁴⁴. Já Vitória foi figura controversa, tendo em vista que, ao mesmo tempo em que reconhecia uma *identidade ontológica entre espanhóis e ameríndios* – o que implicaria na aplicação do mesmo direito (direito das gentes) a uns (cristãos) e outros (não cristãos) – defendia que a resistência dos ameríndios à presença e ações dos espanhóis autorizaria estes deflagrar uma guerra justa contra aqueles, o que é visto como justificção para a colonização espanhola⁴⁵.

A manifestação cristã do jusnaturalismo, portanto, foi crucial para identificar a individualidade e dignidade de cada ser humano. A meio caminho entre uma concepção teleológica e uma laica da dignidade humana, significativo foi o contributo renascentista de Pico della Mirandola⁴⁶. Contudo, apenas a ascensão de sua vertente racionalista foi apta a conceber os direitos fundamentais no sentido atual, pois, antes disso, embora não se negando fosse o homem beneficiário de

⁴¹ Jorge Miranda, *Direitos Fundamentais*, p. 24.

⁴² Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, cap. 1, subitem 2.1, Formato e-Pub.

⁴³ Ibid., mesmo subitem.

⁴⁴ Nejma Kermelle, “Bartolomé de Las Casas”, p. 1.

⁴⁵ Casella, *Direito Internacional no Tempo Medieval e Moderno até Vitória*, p. 606, 608, 612 e 627.

⁴⁶ *Discurso sobre a Dignidade do Homem*, passim.

uma lei divina que impunha limites aos poderes políticos (reconhecendo-lhe, por isso, o direito de resistência), não se tinha como ponto de partida sua condição de sujeito de direitos⁴⁷. Daí a importância do holandês Hugo Grócio, que, no livro *De Iure Belli ac Pacis* (1625), ao desenvolver a ideia da existência de um direito supranacional, natural, perceptível pela *razão humana* (logo, independente de prescrições divinas), abriu caminho para a laicização do direito natural, contribuindo tanto para o racionalismo jurídico como para o liberalismo⁴⁸.

Já no século XVIII, no seio do movimento iluminista, é possível plotar as raízes intelectuais mais próximas dos direitos humanos e dos fundamentais, destacando-se especialmente os trabalhos de John Locke, na Inglaterra, Thomas Paine, na América, Rousseau, na França, e Kant, na Alemanha (Prússia).

Segundo Locke, o verdadeiro estado do homem não se realiza no seio estatal, mas na natureza, em que os homens eram livres e iguais, devendo a associação política ter por única meta a amplificação desse estado de liberdade e igualdade naturais. Essa mensagem encontrou eco na redação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que proclamou que “Todos os homens *nascem* livres e iguais em dignidade e direitos”⁴⁹. Juntamente com a liberdade, a propriedade (manifestação exterior da liberdade, e nela fundada) compunha um dos pilares do pensamento democrático-liberal desse autor⁵⁰. Como se não bastasse, Locke também defendia a necessidade de separação de poderes para contenção do arbítrio dos governantes⁵¹.

Na segunda metade do século XVIII, o termo “direitos naturais” foi sendo gradualmente substituído pela expressão “direitos do homem”, revelando o desejo do jusnaturalismo iluminista de positivizar os direitos naturais com *status* constitucional. Foi na obra *The Rights of Man* (1791-1792), de Thomas Paine, que a locução “direitos do homem” se sedimentou no âmbito doutrinário⁵². Afirmou ele que o homem, em razão de sua existência, tem direitos naturais que antecedem e

⁴⁷ Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 17.

⁴⁸ De Cicco, *História do Pensamento jurídico e da Filosofia do Direito*, p. 132-133.

⁴⁹ Bobbio, *A Era dos Direitos*, p. 28.

⁵⁰ Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, p. 649.

⁵¹ André de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, pos.963-970, formato Kindle.

⁵² Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, capítulo 1, subitem 2.1, formato e-Pub.

dão o fundamento aos direitos civis produzidos pela história⁵³.

A necessidade de limitar o poder estatal por meio da lei – uma das razões de ser dos direitos fundamentais – ganhou força com as teorias contratualistas, das quais a mais famosa é de Rousseau, segundo a qual toda forma de poder somente se legitimava pelo *livre consentimento* expresso em caráter de igualdade por cada cidadão, manifestado naquilo que ele denominava como “vontade geral”⁵⁴.

Em Kant o iluminismo atingiu seu ápice filosófico, especialmente por sua contribuição para a ideia de dignidade da pessoa humana⁵⁵. Na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, de 1785, o filósofo de Königsberg identificava o fundamento de toda a ética na observação de que o ser humano, por ser dotado de razão, existiria como um fim em si mesmo. Logo, diferentemente das coisas, não poderia servir de meio para a finalidade desejada por alguém. As coisas, por serem meios, teriam *preços*, ao passo que o ser humano, fim em si que é, teria *dignidade*⁵⁶. Lançava-se um argumento consistente para a fundamentação dos direitos humanos⁵⁷.

Na mesma obra, Kant observou que o fim natural, comum a todos os homens, seria a sua própria felicidade, e que o fato de cada ser humano ser um fim em si não implicaria apenas agir de modo a não prejudicar o outro, fazendo-se necessário, também, favorecer, na medida de suas posses, os fins dos outros, pois a ideia de finalidade somente atingiria cada um com toda a eficácia se o fim do outro fosse também o seu próprio fim⁵⁸. Aí se encontra o melhor fundamento filosófico para o reconhecimento dos direitos às políticas públicas sociais e econômicas⁵⁹.

Para a consagração de direitos sociais e econômicos também contribuíram tanto as doutrinas marxistas como a doutrina social da igreja católica. As primeiras, com sua crítica ao capitalismo burguês e seu clamor pela substituição do modelo

⁵³ Bobbio, ob. cit., p. 82.

⁵⁴ Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, capítulo 1, subitem 2.1, formato e-Pub.

⁵⁵ Jorge Miranda, *Direitos Fundamentais*, p.26.

⁵⁶ Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 33-34.

⁵⁷ Michael J. Sandel, *Justiça: o que é fazer a coisa certa*, p. 137.

⁵⁸ Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos*, p. 61.

⁵⁹ Comparato, ob. cit., p. 37.

jurídico liberal por outro, pautado pela igualdade e liberdades materiais; esta, a partir do Papa Leão XIII, ao fomentar uma ordem social mais justa⁶⁰.

Outro legado da filosofia kantiana, especialmente derivado de sua aspiração cosmopolita, é o atributo da *universalidade* dos direitos humanos: para ele, direitos humanos seriam necessariamente universais, inerentes à natureza humana. Do contrário, o que haveria seriam direitos de grupos, de entidades ou de determinadas pessoas, não direitos humanos⁶¹.

Como se não bastasse, Kant ainda contribuiu para a elaboração de uma categoria intimamente ligada à ideia dos direitos fundamentais: o Estado de Direito, por ele concebido como aquele em que o arbítrio dos governantes é substituído pela soberania das leis externadas pelas exigências da razão e da liberdade⁶².

Já a solidariedade intergeracional, apanágio dos direitos de reconhecimento mais recente, como os direitos ao meio ambiente e ao patrimônio cultural, é ideia familiar às mais diversas tradições filosóficas. A noção de que somos meros depositários do planeta, devendo, portanto, conservá-la para gerações futuras deita raízes tanto nas tradições de *civil* quanto de *common law*, no direito islâmico, no direito costumeiro africano, na doutrina marxista, em tradições judaico-cristãs e em tradições não teístas asiáticas⁶³.

1.2.3 Construção histórica dos direitos fundamentais

O principal marco na sedimentação dos direitos do homem na história ocidental foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789⁶⁴. Antes dela, os códigos de normas jurídicas ou morais eram aplicados com ênfase na observância de deveres (e não na proteção de direitos), por se entender que as normas tinham a função de preservação de grupos contra ações tendentes a

⁶⁰ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 175.

⁶¹ Pérez Luño, "Kant y Los Derechos Humanos", p. 482-483.

⁶² Idem, *Los Derechos Fundamentales*, capítulo 1, subitem 2.1, formato e-Pub.

⁶³ Weiss, *In Fairness to Future Generations*, p. 18-20, onde há referências à noção de justiça entre gerações existente em cada uma dessas tradições.

⁶⁴ Os estudiosos controvertem sobre esse tema. Alguns dão a primazia à Declaração da colônia americana de Virgínia, de 1776, por haver sido a primeira a reconhecer que os homens nascem livres e independentes, e com certos direitos inatos. É o caso de Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos do Humanos*, p. 62. É preferível, contudo, o entendimento de Norberto Bobbio, que identifica na francesa, em razão de seu imensamente maior impacto internacional, o marco mais relevante. *A Era dos Direitos*, p. 52-56 e 85.

desagregá-los.

A Declaração representou um ponto de inflexão na relação entre Estado e indivíduo e, conseqüentemente, no modo como se posicionavam seus respectivos direitos e deveres. Já não era mais o cidadão quem era pelo Estado, mas o Estado é que derivava do cidadão. Para tal alteração – aliás, conforme visto no tópico anterior – contribuíram o cristianismo, o jusnaturalismo e a concepção individualista de sociedade inspirada, sobretudo, em Locke. Desde então, os códigos de normas passariam a ser vistos não mais sob a ótica do grupo (deveres), mas do indivíduo (direitos), invertendo-se, também, a relação direito x dever entre indivíduo e Estado, de modo que, dali em diante, em relação aos indivíduos, “primeiro vêm os direitos, depois os deveres; em relação ao Estado, primeiro os deveres, depois os direitos”⁶⁵.

Mas, se é razoável aproximar a 1789 o marco temporal inicial da “Era dos Direitos”, lampejos de algumas das ideias que tornaram possível a sua eclosão podem ser observados num passado bem mais remoto. O primeiro registro histórico de contenção do poder político – essencial para a delimitação de uma esfera de liberdade individual – deu-se no reino unificado de Israel nos séculos XI e X a. C., sob a regência de David, que, recusando o duplo *status* de monarca e Deus, considerou-se tão somente um intermediário (rei-sacerdote), sem poderes legislativos, um mero aplicador da lei divina⁶⁶.

No modelo político da democracia ateniense (séculos VII a VI a.C.), a lei escrita desempenhou um protagonismo como regra geral (portanto, promotora da *igualdade*) ao limitar o arbítrio estatal e impedir a soberania de um indivíduo, grupo ou classe sobre a *liberdade* do cidadão⁶⁷. O poder estatal era limitado também por instituições de democracia direta (como a assembleia popular ou *Ekklésia*), ao passo que, na república romana, a despeito da ausência de controle democrático direto, limitou-se o poder por meio de um complexo sistema de controles

⁶⁵ Bobbio, *A Era dos Direitos*, p. 52-56. É justamente essa mudança radical no ponto de vista (dos deveres para os direitos) que motivou Bobbio a identificar o surgimento de uma “Era dos Direitos”. Sob uma lente diversa, que usa como parâmetro o amplo reconhecimento internacional de direitos humanos havido após a Declaração de Direitos da ONU (1948), Henkin designa como a “Era dos Direitos” a segunda metade do século XX. *The Age of Rights*, p. xvii ss. (prefácio).

⁶⁶ Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 53-54.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 14.

institucionais recíprocos⁶⁸.

Após a queda do Império Romano do Ocidente, a Europa passou por um período de desagregação do poder político, que caracterizou a alta idade média. A partir do século IX, porém, monarcas passaram a reclamar para si poderes antes conferidos a parte da nobreza e do clero, que, em reação, mobilizaram manifestações de rebeldia, materializadas em alguns documentos que reconheciam liberdades individuais a determinados estamentos superiores da sociedade⁶⁹.

O mais célebre desses documentos é a *Magna Charta Libertatum*, pacto celebrado em 1215 entre o Rei João Sem Terra, bispos e barões ingleses, usualmente considerada um marco na evolução dos direitos humanos. Seu ponto crucial residia no artigo 39, segundo o qual nenhum homem seria capturado, aprisionado, desapropriado dos seus bens ou exilado, sem prévio julgamento legítimo, por seus pares ou pela lei do país.

Apesar de ser o mais importante documento da época, a *Magna Charta* não foi o único, tampouco o primeiro a reconhecer direitos individuais, sendo dignos de destaque, nos séculos XII e XIII, as cartas de franquia e os forais outorgados por reis portugueses e espanhóis⁷⁰. De todo modo, o diploma inglês serviu de base para o desenvolvimento de outros, como o *Habeas Corpus*, de 1628, que ainda no presente beneficia os súditos ingleses, e o *Bill of Rights*, de 1689. Desde 1215, portanto, operou-se na Inglaterra uma profunda metamorfose na natureza das liberdades reconhecidas: de alguns privilégios feudais conferidos à nobreza como princípios delimitadores do *status* social, jurídico e político de seus integrantes, sob regime de direito privado, converteram-se em liberdades gerais no plano do direito público⁷¹.

O *Bill of Rights* de 1689, especificamente, pôs fim ao regime de monarquia absolutista que vigia na Inglaterra desde o renascimento, ao condicionar a

⁶⁸ Ibid., p. 54-57.

⁶⁹ Comparato, *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*, p. 58.

⁷⁰ A propósito, cita Ingo Wolfgang Sarlet o documento firmado por Afonso IX, de 1188, a *Bula de Ouro da Hungria*, de 1222, o *Privilegio General* outorgado por Pedro III, de 1283 (Cortes de Zaragoza) e os *Privilégios da União Aragonesa*, de 1826. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 41.

⁷¹ Ibid., mesma página.

assunção do trono pelo príncipe de Orange à institucionalização da separação de poderes, com atribuição ao parlamento de competências que, antes, repousavam no monarca. Como se sabe, a separação de poderes é garantia indispensável para a limitação dos poderes estatais em favor dos direitos dos cidadãos⁷².

Outro passo de grande importância em direção à afirmação de direitos humanos foi a Reforma Protestante, que, ao romper com a unidade religiosa e introduzir o individualismo no campo da salvação, embasou o primeiro direito individual: o de liberdade de opção religiosa, servindo de base, até mesmo, para a concepção de liberdade na Revolução Americana e para as declarações de direitos das colônias americanas⁷³.

Por falar em declarações liberais americanas, elas também contribuíram significativamente para a eclosão da “era dos direitos”. A Declaração de Independência de 1776 tratou-se do primeiro documento político a reconhecer a soberania popular (a legitimidade do poder político residiria no consentimento dos governados), bem como a existência de direitos inalienáveis inerentes a todos os seres humanos, a saber, à vida, à liberdade, e à busca da felicidade⁷⁴.

Mas o documento que iria influenciar decisivamente o reconhecimento dos direitos fundamentais nos séculos subsequentes seria a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Com suas predecessoras do novo mundo, essa declaração tinha semelhanças e diferenças. Enquanto as americanas, normalmente – como é o caso da de Virgínia –, protegiam alguns dos direitos dos cidadãos com vistas à sua “felicidade” e “segurança”, o alcance da felicidade não estava entre as metas da declaração francesa. Além disso, esta era ainda mais radicalmente individualista que aquelas, pois, enquanto a maior parte delas (como as de Virgínia, Maryland ou Massachusetts) atrelava os direitos dos indivíduos ao bem comum da sociedade, finalidade última da associação política, na francesa a utilidade comum era apenas fundamento para eventuais distinções sociais⁷⁵, ao passo que a finalidade da associação política seria assegurar os direitos naturais e

⁷² Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 105-106.

⁷³ Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 121. Seu texto utiliza a expressão “estados americanos”, em vez de “colônias americanas”, aqui empregada.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 118-119.

⁷⁵ Bobbio, *A Era dos Direitos*, p. 83-85.

imprescritíveis do homem, a saber, liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão (art. 2.º).

A declaração francesa foi posteriormente adotada como preâmbulo da consequente Constituição de 1791, e contemplou diversos valores que seriam posteriormente aprofundados em constituições e tratados de direitos humanos posteriores, como a soberania popular, separação de poderes, a igualdade de todos perante a lei, a presunção de inocência, os direitos à propriedade e à segurança, a liberdade de consciência, de opinião de pensamento, e o dever do Estado de garantir os direitos humanos⁷⁶.

Sob o modelo de Estado preconizado pelas declarações americanas e francesa, claramente liberal, centrado na proteção de liberdade e da propriedade e garantidor da igualdade meramente formal, a desigualdade material não tardou a se aprofundar, provocando a reação, ainda na primeira metade do século XIX, do movimento socialista em favor do proletariado.

Um marco no sentido do reconhecimento de direitos de dimensão social e econômica, voltados à proteção dos trabalhadores e dos desfavorecidos social ou economicamente foi a Constituição francesa de 1848, subsequente à revolução – da qual participaram ativamente trabalhadores e desempregados – que destronou a monarquia e reinstalou a república. Nesse propósito, em seu preâmbulo incumbiu a república de proteger o trabalho e fornecer instrução a todos os homens, bem como de assegurar fraternalmente a assistência aos necessitados e fornecer trabalho ou socorro aos que não tivessem condições de trabalhar, e, num capítulo especialmente destinado à declaração de direitos, impôs ao Estado a obrigação de estabelecer “trabalhos públicos para empregar os braços desocupados” (art. 13)⁷⁷.

Já no século XX, segundo assinala Ferreira Filho, o primeiro diploma a denotar forte preocupação social foi a Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar), que submeteu o direito de propriedade a uma função social, ao estipular que “A propriedade acarreta obrigações. Seu uso deve visar ao interesse geral” (art. 153), bem como dispôs sobre reforma agrária (art. 155), direito de

⁷⁶ Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, posição 1056-1063, formato Kindle.

⁷⁷ Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 58-62.

sindicalização (art. 159) e previdência social (art. 161), dentre outros temas de ordem econômica e social. Seu modelo fez-se ecoar em outras constituições da Europa, em especial na espanhola de 1931, chegando, até mesmo, à Constituição brasileira de 1934, nossa primeira a contemplar uma “Ordem Econômica e Social” (Título IV)⁷⁸.

Comparato observa que, ainda no século XIX, verificaram-se os primeiros exemplos de internacionalização de direitos humanos. A Convenção de Genebra (1864) foi o primeiro, especificamente no campo do direito humanitário, composto por leis e costumes de guerra com vistas a atenuar o sofrimento de soldados, doentes e feridos, bem como da população civil ferida em razão dos combates. De outro lado, o Ato Geral da Conferência de Bruxelas, de 1890, inaugurou o combate internacional à escravidão, ao criar regras de combate ao tráfico internacional africanos. Já no século XX, criou-se a Organização Internacional do Trabalho, em 1919, que impulsionou a proteção ao trabalhador assalariado (até o início da segunda guerra, existiam 67 convenções internacionais com esse propósito)⁷⁹.

Contudo, as normas referidas no parágrafo anterior ainda podem ser consideradas iniciativas esparsas no esforço de internacionalização dos direitos humanos. Essa tendência somente se aprofundou no segundo pós-guerra, quando os horrores do holocausto nazista evidenciaram que um Estado poderia ser agente importante de violação de direitos humanos, despertando a comunidade internacional para a importância da proteção sistemática desses direitos, inclusive por meio da revisão da extensão do conceito de soberania nacional, para que se possibilitasse a responsabilização daqueles Estados cujas instituições nacionais falhassem ou se omitissem na sua tutela⁸⁰.

A partir da criação da Organização das Nações Unidas (1945) e da sua Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), os direitos humanos ingressaram definitiva e solidamente na agenda internacional. Desde então, os mais significativos instrumentos globais celebrados nessa temática foram o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional sobre

⁷⁸ Ibid., p. 64-65.

⁷⁹ *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 67-68.

⁸⁰ Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 175-177.

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos em vigor desde 1976. Além deles, vários outros instrumentos regionais também tiveram por escopo a proteção aos direitos humanos⁸¹.

1.2.4 Debate sobre as gerações ou dimensões de direitos

A fim de apreender um possível sentido histórico na evolução dos direitos humanos e/ou dos direitos fundamentais, é comum recorrer a uma alegoria disseminada a partir de aula inaugural ministrada em 1979 por Karel Vasak, no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo. Vasak foi o primeiro a classificar os direitos do homem em gerações, associando-as ao ideário político da revolução francesa, de modo que os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) visariam à liberdade, os da segunda (direitos sociais) tenderiam à igualdade, e os da terceira (direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, dentre outros) almejavam a fraternidade⁸². Depois dele, a classificação em gerações (ou dimensões) se popularizou entre diversos autores no exterior e no Brasil⁸³, tornando-se predominante entre os autores brasileiros e disseminando-se até mesmo em decisões do STF⁸⁴. Atualmente, cogita-se na doutrina o surgimento de direitos de até quarta⁸⁵ e quinta⁸⁶ gerações (ou dimensões).

⁸¹ Conforme Vieira de Andrade, destacam-se, no âmbito das Américas, a Convenção Americana dos Direitos do Homem (*Pacto de San José da Costa Rica*), de 1969; na Europa, a *Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem*, de 1950, e seus protocolos adicionais, a *Carta Social Europeia*, a *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores*, de 1989, e a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, que, em 2007, recebeu *status* de tratado pelo Tratado de Lisboa; e, na África, a *Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos*, que entrou em vigor em 1986. Já na Ásia, a elaboração de tratados é dificultada pela fragmentação religiosa e cultural, sendo que a *Carta Árabe de Direitos Humanos*, que entrou em vigor em 2008, foi criticada por ser incompatível com as normas internacionais referentes aos direitos das mulheres e condenar o sionismo, equiparando-o ao racismo. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 25-28.

⁸² George Marmelstein, *Curso de Direitos Fundamentais*, p. 39.

⁸³ Cf. Bobbio (*A Era dos Direitos*, p. 206-210) e Pérez Luño (“Las Generaciones de Derechos Humanos”, *passim*), no exterior, e, entre nós, Paulo G. G. Branco (in: Mendes e Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 155-156), Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional*, p. 563-572), e André Ramos Tavares (*Curso de Direito Constitucional*, p. 356-363), dentre outros.

⁸⁴ Segundo Dimoulis e Martins, que, em relação à jurisprudência do STF, citam o MS 22.164, rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.11.1955, p. 39-206. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 22.

⁸⁵ Segundo Bonavides, seriam os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, *Curso de Direito Constitucional*, p. 571.

⁸⁶ Conforme Antonio Carlos Wolkmer, abrangeria os direitos afetos à tecnologia da informação (internet), ao ciberespaço e à realidade virtual em geral. “Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos ‘novos’ direitos”, p. 133.

É possível que a inspiração para a repartição de direitos em gerações seja o trabalho do sociólogo britânico Thomas H. Marshall⁸⁷. No clássico ensaio *Citizenship and Social Class*, publicado originalmente em 1950, e posteriormente traduzido no Brasil na coletânea *Cidadania, Classe social e Status*, ele defendeu haver uma correlação entre períodos da história inglesa e a afirmação de determinadas espécies de direitos. Segundo ele, na época feudal, os direitos civis, políticos e sociais se confundiam, porque “as instituições estavam amalgamadas”, ou seja, uma mesma instituição reunia atribuições executivas, legislativas e judiciais. Contudo, não havia falar em cidadania, pois não existia igualdade de direitos e deveres para todos (nobres e plebeus, livres e servos), ou, quando existente, ela se limitava às cidades, sem possuir alcance nacional⁸⁸. Com a dissolução do mundo feudal houve, a um só tempo, a divisão funcional das instituições e sua nacionalização. Se, em razão da divisão funcional, as três espécies de direitos também se viram divorciadas uma das outras, por causa da nacionalização das instituições o acesso dos direitos àquelas das quais eles dependiam foi dificultado⁸⁹.

Segundo Marshall, esses mecanismos de acesso – e os respectivos direitos – foram reconstruídos cada qual a seu tempo, sendo possível atribuir o “período de formação” de cada um deles a um século diferente: os direitos civis ao século XVIII, os políticos ao século XIX e os sociais ao século XX, ressalvando-se a existência de algum entrelaçamento entre essas fases (sobretudo entre as duas últimas)⁹⁰.

A classificação dos direitos humanos em gerações é criticada, com razão, por parte da doutrina. Afirma-se, nesse sentido, que ao vocábulo “gerações” seria preferível o emprego do termo “dimensões”⁹¹. Nesse sentido, o argumento mais recorrente é que falar em “gerações” de direitos poderia induzir à conclusão equivocada de que, assim como se dá com gerações de pessoas, determinados direitos teriam sido, ao longo do tempo, sucedidos pelos direitos de gerações

⁸⁷ Antonio Carlos Wolkmer, ob. cit., p. 125.

⁸⁸ T. H. Marshall, *Cidadania, Classe social e Status*, p. 64.

⁸⁹ Ibid., p. 64-65.

⁹⁰ Ibid., p. 65-66.

⁹¹ Cf. Sarlet, ob. cit., p. 45, que, aliás, adota essa terminologia. Também a empregando: Antonio Carlos Wolkmer, “Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos ‘novos’ direitos”, p. 127.

posteriores, quando, na verdade, o processo de seu reconhecimento é gradual e acumulativo, e não substitutivo⁹².

Em resposta a tal objeção, os defensores da classificação geracional costumam ressaltar o caráter meramente didático da proposta, tratando-a como uma aproximação que visa a facilitar a apreensão do caráter histórico do movimento de afirmação dos direitos, e, ademais, ressalvam que os direitos das gerações posteriores não substituem, mas, somam-se aos conquistados anteriormente. Contudo, a rigor, a introdução de novos direitos não pode ser reduzida a um somatório com os já existentes, produzindo, antes, “uma interpenetração mútua, com a conseqüente necessidade de harmonia e concordância prática”⁹³. É dizer, tanto os direitos mais antigos sofrem a influência dos subseqüentes, modificando suas características originais, como os mais recentes levam em consideração, na sua conformação, a presença dos direitos anteriores.

Retornando às objeções ao enfoque geracional, observa-se também que direitos, ao contrário dos seres humanos, não são capazes de se reproduzir para gerar outros direitos⁹⁴. Além disso, alega-se que a subdivisão em gerações é insuficiente para explicar os “novos direitos” surgidos na sociedade contemporânea⁹⁵. Primeiro, porque a velocidade e intensidade com que eles têm aportado impede sua inserção em compartimentos estanques⁹⁶. Ademais, a terminologia associada à concepção geracional poderia sugerir que o processo de reconhecimento de direitos seguiria sempre rumo a uma progressiva coletivização dos direitos, o que não corresponde à verdade, quer porque vários direitos individuais, outrora integrantes da denominada “primeira geração”, passaram por

⁹² Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 45. Bonavides, embora mantendo o emprego do termo “geração”, ressalva que “o vocábulo ‘dimensão’ substituiu, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas a sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade”. *Curso de Direito Constitucional*, 24.^a ed., p. 571-572.

⁹³ Jorge Miranda, *Direitos Fundamentais*, p. 29.

⁹⁴ Cançado Trindade, “Derechos de solidariedad”, p. 65.

⁹⁵ Por novos direitos, Paulo de Tarso Brandão – que rechaça a classificação em gerações ou dimensões - identifica não apenas aqueles que os adeptos da classificação em gerações inserem nas terceira, quarta e quinta dimensões –, mas também direitos tradicionalmente inseridos nas gerações anteriores, e que, ao longo dos tempos, acabaram tendo seu conteúdo significativamente modificado em relação às suas concepções originais, para se adequarem às novas realidades sociais, econômicas, culturais e jurídicas. *A Tutela Judicial dos “Novos Direitos”*, p. 122-125.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 121.

evoluções que alteraram tão significativamente seus conteúdos que já não permitem amoldá-los aos padrões típicos dos direitos daquela “geração” (p. ex., a individualidade que caracterizava a propriedade e a liberdade de contratar foi limitada para atender interesses sociais; o sufrágio, que outrora era censitário ou capacitário, foi substituído pelo universal)⁹⁷, quer porque novos contextos sociais fizeram surgir direitos individuais inimagináveis para a sociedade dos séculos XVIII e XIX (direito à intimidade, nos moldes atuais), ou porque os direitos considerados como de quarta e quinta “gerações” podem ensejar manifestações tanto individuais como coletivas (a biotecnologia e bioengenharia, e os direitos afetos ao mundo virtual, tanto podem produzir lesões de natureza individual como coletiva)⁹⁸.

Outra refutação observa que o termo “geração” não seria cronologicamente exato. Afinal, as prestações estatais (normalmente referidas aos direitos sociais de “segunda geração”) teriam surgido antes mesmo das Constituições e das proclamações de direitos fundamentais. O direito à segurança, por exemplo, concebido com o Estado Moderno, poderia ser considerado, sob certa ótica, um direito a prestação estatal. Além disso, documentos muito anteriores à crise liberal do século XIX (que teria ensejado o surgimento da segunda geração de direitos) já contemplavam direitos sociais, como é o caso da previsão, na Constituição francesa de 1791, do dever estatal de criar instituições destinadas a prestar assistência para crianças abandonadas, indigentes com enfermidades e oferecer trabalho a desempregados, e da nossa Constituição Imperial de 1824, que incluía entre os direitos fundamentais os “socorros públicos” e a “instrução primária” gratuita (art. 179, XXXI e XXXII)⁹⁹.

Outra reprovação afeta à cronologia associada às gerações observa que enquanto no plano interno, em regra, os direitos sociais foram reconhecidos posteriormente aos direitos civis e políticos, no plano internacional ocorreu exatamente o inverso: a Organização Internacional do Trabalho foi criada em 1919, ensejando a criação de diversas convenções que regulamentaram direitos sociais

⁹⁷ Ibid., p. 122, 123.

⁹⁸ Ibid., p. 123-125.

⁹⁹ Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 23. Também usando o argumento crítico da concomitância do surgimento de textos normativos relativos a direitos humanos de uma ou outra natureza: Carlos Weiss, *Direitos Humanos Contemporâneos*, p. 40.

dos trabalhadores, ao passo que o reconhecimento dos direitos civis e políticos veio somente depois¹⁰⁰.

Opõe-se, por fim, que a classificação em gerações arriscaria servir de instrumento para negação de direitos humanos. Nesse sentido, apontam-se exemplos históricos em que, a pretexto de promover a concretização – num futuro incerto – de direitos econômicos e sociais, reduziram-se direitos civis e políticos (como se viu nas ditaduras latino-americanas da década de 1970), ou, sob o argumento das conquistas já firmadas nas áreas de direitos civis e políticos, refutou-se a implantação de direitos econômicos, sociais e culturais, (como em algumas nações latino-americanas), ou, por fim, invocando-se a já realizada proteção de direitos sociais e econômicos, repeliram-se direitos civis e políticos (como se dá em outros países da Ásia)¹⁰¹.

Alguns dos argumentos acima compilados, isoladamente considerados, não são fortes o bastante para infirmar a pertinência e a utilidade da classificação em gerações/dimensões. Especificamente, o mero fato de que algumas prestações sociais foram contempladas em diplomas normativos à época em que, conforme a classificação em gerações/dimensões, destacavam-se os direitos civis e políticos (não prestacionais), não afasta a constatação de que tais prestações – como era o caso daquelas fornecidas pelo exercício do direito à segurança – não tinham por objetivo a redução sensível de desigualdades sociais¹⁰². Nesse sentido, note-se que Marshall, debruçando-se sobre a evolução dos direitos na Inglaterra, observou que os direitos sociais, no século XIX, compreendiam apenas um mínimo destinado à eliminação da pobreza extrema (indigência), não chegando a integrar de forma significativa o conjunto de direitos conferidos igualmente aos integrantes de uma comunidade (conjunto a que ele chamava de cidadania), então composto pelos direitos civis e políticos. Os direitos sociais não tinham, portanto, o escopo de alterar

¹⁰⁰ Cançado Trindade, “Derechos de Solidariedad”, p. 65.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 65-66.

¹⁰² Nesse sentido, debruçando-se sobre a evolução dos direitos na Inglaterra, Marshall observou que os direitos sociais, no século XIX, compreendiam apenas um mínimo destinado à eliminação da pobreza extrema (indigência), não chegando a integrar de forma significativa o conceito de cidadania (conjunto de direitos conferidos igualmente aos integrantes de uma comunidade), então composto pelos direitos civis e políticos. Os direitos sociais não tinham, portanto, o escopo de alterar do padrão de desigualdade, mas sim manter a composição das classes sociais. *Cidadania, classe social e 'status'*, p. 70-73 e 88.

do padrão de desigualdade, mas sim atenuar tensões que pudessem ameaçar o *status quo*¹⁰³. O mesmo se pode dizer da previsão de algumas prestações sociais na Constituição francesa de 1791. Simplesmente, o propósito de promover a igualdade material não fazia parte do espírito daqueles tempos, dominado pela ideologia liberal.

Outros argumentos, porém, servem para evidenciar que as fraquezas na classificação geracional de direitos sobrepujam suas qualidades. Não há como negar, por exemplo, que, no âmbito internacional, o movimento de reconhecimento dos direitos sociais veio antes mesmo dos direitos civis e políticos, o que contraria a concepção comum às classificações geracionais. Poder-se-ia pensar, para “salvar” a classificação em compartimentos sucessivos, em restringir seu emprego aos direitos fundamentais (ou seja, à positivação nas constituições). Todavia, tal solução iria na contramão da tendência atual de aproximar a abordagem dos direitos fundamentais (positivados na ordem constitucional interna) e dos direitos humanos (reconhecidos na ordem internacional)¹⁰⁴, cuja importância é frisada por Cançado Trindade¹⁰⁵.

Por fim, uma última dificuldade é que, sobretudo em relação aos “novos direitos”, não se observa na doutrina um consenso sobre qual seria o número de gerações (três, quatro, cinco?) e sobre quais os direitos seriam alocáveis a cada uma delas¹⁰⁶. A cada dia, alguém parece “descobrir”, à margem de critérios universalmente aceites, uma nova geração de direitos. Provavelmente, as razões do desencontro estão relacionadas não apenas com a diversidade das lentes adotadas por cada observador, mas também com a impossibilidade de extrair um panorama fiel com base na utilização de uma única lente. Dizendo de outra forma: o caráter dinâmico e multidimensional do mundo contemporâneo se reproduz no

¹⁰³ *Cidadania, classe social e 'status'*, p. 70-73 e 88. Ainda que relacionada especialmente ao panorama inglês, essa observação é válida para a Europa continental, onde o clamor das classes populares por melhores condições de vida somente se acentuou a partir de meados do século XIX.

¹⁰⁴ Sobre essa tendência, vide André de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, posições 1243-1265, formato Kindle.

¹⁰⁵ “Derechos de Solidariedad”, p. 65.

¹⁰⁶ Bonavides, por exemplo, fala em quatro gerações, inserindo na quarta os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 571. Wolkmer, por sua vez, considera direitos de quarta dimensão aqueles afetos à biotecnologia, bioética e engenharia genética, e admite uma quinta dimensão. “Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos ‘novos’ direitos”, p. 131.

sistema jurídico, tornando difícil – senão impossível – fotografar, retratando em compartimentos estáticos, direitos que não cessam de evoluir.

Posta a discussão nesses termos, afigura-se não recomendável o emprego do vocábulo “gerações” para representar diferentes espécies de direitos humanos, mas resta em aberto a pertinência do termo “dimensões”. Mesmo aqui, contudo, há razões para que essa terminologia também seja refutada. Com efeito, conforme salientam Dimoulis e Martins, fala-se apropriadamente em “dimensões” para aludir a diferentes aspectos de um mesmo fenômeno ou elemento (por exemplo, dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais), não sendo adequada essa expressão para distinguir elementos que já são diferentes (em razão de sua finalidade ou funcionamento) entre si, como é o caso das diversas espécies de direitos fundamentais¹⁰⁷.

Por todas essas razões, é preferível não recorrer a uma classificação da evolução histórica de direitos humanos ou fundamentais em supostas gerações ou dimensões.

1.2.5 Dimensões subjetiva e objetiva

Os direitos fundamentais podem ser considerados sob duas dimensões (perspectivas), uma subjetiva, e outra objetiva. A distinção é importante para os fins deste trabalho, tendo em vista que a descoberta de uma dimensão objetiva levou ao desenvolvimento da teoria dos deveres estatais de proteção, no âmbito do qual se identificou a proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais, um dos eixos deste trabalho.

1.2.5.1 A dimensão subjetiva

Sob este enfoque, os direitos fundamentais são apreciados na sua expressão como direitos subjetivos, isto é, na medida em que autorizam seus titulares a postular em juízo as posições jurídicas a eles atribuídas pela norma instituidora do direito¹⁰⁸.

As teorias que se debruçam sobre os direitos fundamentais sob essa perspectiva enfocam, portanto, a pretensão jurídico-subjetiva dos seus titulares,

¹⁰⁷ *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 24.

¹⁰⁸ Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 160.

seja considerando seu objeto como liberdades negativas (caso da *teoria liberal dos direitos fundamentais*), seja como liberdades reais (caso da *teoria social democrática dos direitos fundamentais*)¹⁰⁹.

Uma das mais famosas teorias sobre direitos subjetivos ainda hoje a inspirar classificações dos direitos fundamentais (não apenas, mas principalmente, na sua dimensão subjetiva) é da lavra de Georg Jellinek. No clássico *System des subjektiven öffentlichen Rechts* (1892), o jurista alemão posicionou o homem em relação ao Estado em quatro diferentes *status* (modos de relação cidadão x Estado), dentro dos quais considerou possíveis as manifestações de determinados tipos de posições jurídicas subjetivas.

No primeiro deles, o *status passivo*, postam-se as relações de submissão do indivíduo ao império estatal, nas quais o cidadão figura como destinatário de *deveres* e *proibições*. Já no âmbito do *status negativo* (*status libertatis*), o indivíduo goza de uma esfera de *liberdade* dentro da qual possui *permissões* para fazer ou não fazer algo (i. e., *faculdades*), e que não geram efeitos jurídicos em relação ao Estado. Sob o terceiro *status*, o *positivo*, os indivíduos possuem *direitos* a um “fazer positivo do Estado”, contemplando tanto pretensões à satisfação de interesses como de exigir judicialmente essa satisfação. No último modo, o *status ativo*, situam-se as capacidades (competências) de os cidadãos participarem nos destinos do Estado com vistas à “formação da vontade estatal”, ou seja, que os habilitam a tomar parte na vida política estatal, como é o caso do direito ao voto¹¹⁰.

No plano formal, uma das maiores críticas à tese dos *status* dirige-se à *proteção* das liberdades afetas ao *status negativo*. Segundo Jellinek, os indivíduos têm pretensões em face do Estado com o objetivo de que ele reconheça seu *status negativo* e, conseqüentemente, não perturbe as correspondentes liberdades ou desfaça as lesões por elas sofridas. Por serem pretensões *jurídicas* voltadas contra o Estado, Jellinek não as vincula ao *status negativo*, e sim ao *status positivo*¹¹¹. Contudo, como aquele autor limita o *status positivo* às pretensões de “atividade

¹⁰⁹ Cf. Leonardo Martins, *Liberdade e Estado Constitucional*, p. 9. Nessa obra, o autor discorre sobre as diversas teorias subjetivas e objetivas dos direitos fundamentais, com especial ênfase na teoria liberal.

¹¹⁰ Cf. Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 254-269.

¹¹¹ Georg Jellinek, *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*, p. 117.

estatal”¹¹², apontam aí os críticos uma contradição, pois consideram que a pretensão ao não-embaraço seria voltada a um *não fazer* estatal¹¹³.

Já no plano material, a teoria de *Jellinek* tampouco restou imune a objeções. Uma crítica de relevo, nesse aspecto, voltou-se ao fato de o autor deixar à livre disposição do legislador a definição do campo de liberdade individual relacionado ao status negativo¹¹⁴. Com a evolução do modelo constitucional, ficou evidente a necessidade de atualização desse aspecto da teoria, para que a validade das leis que limitassem a liberdade individual passasse a ser condicionada à sua compatibilidade com as normas fundamentais permissivas, num modelo que pode ser designado como status negativo *fundamental*¹¹⁵.

Apesar das contestações, a tese dos *status* – como antes salientado – influenciou estudiosos dos direitos fundamentais das mais diversas orientações teóricas para a identificação de funções nos direitos fundamentais¹¹⁶. A partir do contributo de *Jellinek*, os *status* negativo, positivo e ativo – juntamente com as garantias institucionais, das quais se tratará mais adiante – foram erigidos à condição de *funções clássicas* dos direitos fundamentais¹¹⁷.

1.2.5.2 A dimensão objetiva

O reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem grande aceitação nas doutrinas lusitana e espanhola, e angaria crescente desenvolvimento no âmbito nacional¹¹⁸. Embora não se possa circunscrever sua

¹¹² *Ibid.*, p. 127 e 134.

¹¹³ Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 266.

¹¹⁴ “Toda liberdade não é senão isenção de constrições ilegais. A subordinação, ou seja, o *status* passivo do indivíduo, é um *status* limitado pela lei. Portanto, juridicamente não é correto falar em um direito à liberdade: em vez disso existe a liberdade apenas naquilo que é contraposto a determinadas restrições porventura existentes, com várias graduações e uma individualidade mais propriamente do ponto de vista político que do jurídico”. Georg *Jellinek*, *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*, p. 115.

¹¹⁵ Alexy, *ob. cit.*, p. 270-271.

¹¹⁶ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 164-165. Esse autor indica, dentre outros, vários estudiosos que recorreram à teoria de *Jellinek*, como A. E. Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5. ed., Madrid: Tecnos, 1995, p. 58, na Espanha; Pieroth-Schlink, *Grundrechte, Staatsrecht II*, 11. ed., Heidelberg: C.F. Müller, 1995, p. 18 na Alemanha; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, 2. ed., Coimbra: Coimbra, 1993, p. 83 ss., em Portugal, e José Celso de Mello Filho, *Constituição Federal Anotada*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1986, p. 425 no Brasil.

¹¹⁷ Kingreen e Posher, *Grundrechte Staatsrecht II*, p. 35-38.

¹¹⁸ Sarlet, *ob. cit.*, p. 147.

origem e desenvolvimento ao gênio alemão¹¹⁹, convém centrar o foco na evolução teórica ocorrida nesse país, não apenas em razão de sua influência sobre o pensamento acadêmico brasileiro, mas, sobretudo, tendo em vista a relação (intermediada pela teoria dos deveres estatais de proteção) entre o conteúdo objetivo dos direitos fundamentais e a proibição da insuficiência, esta, sim, cuja construção doutrinária e jurisprudencial mais relevante é, inequivocamente, de linhagem germânica.

Para o reconhecimento de uma dimensão objetiva foi fundamental a evolução da ideia de Estado liberal para Estado social de direito, iniciada a partir de fins do século XIX e consolidada ao cabo da segunda guerra mundial: a concepção de um Estado que, por liberal, deveria intervir o mínimo possível na liberdade dos indivíduos, foi complementada pela ideia de um Estado social, que deveria criar e manter as condições materiais da liberdade individual¹²⁰. Nesse sentido, para o reconhecimento da dimensão objetiva foi crucial a constatação de que a mera abstenção estatal não conduziria à justiça e prosperidade visadas pelas liberdades fundamentais. A pobreza resultante dos problemas sociais estruturais e os riscos trazidos pelos desenvolvimentos científico-tecnológicos evidenciaram que os direitos fundamentais não poderiam se limitar à contenção da intervenção estatal, devendo impor, também, o dever de proteger os cidadãos contra ameaças não estatais¹²¹.

Desde o século XIX, na Alemanha, já se considerava a existência de conteúdos jurídicos não subjetivos em direitos fundamentais, e se questionava até que ponto tais normas possuíam eficácia e validade. Sem embargo, foi sobretudo sob a vigência da atual Lei Fundamental (Constituição alemã de 1949, promulgada na cidade de Bonn) que ganhou impulso a investigação do conteúdo objetivo dos direitos fundamentais, e, mais especificamente, da questão sobre se as normas dos direitos fundamentais só dariam origem a direitos subjetivos ou possuiriam

¹¹⁹ Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, V. III/1, p. 69-70, e Böckenförde, "Grundrechte als Grundsatznormen", p. 4, referem-se também a estudos de vanguarda na doutrina suíça.

¹²⁰ Pieroth e Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, p. 25.

¹²¹ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, p. 101 e 227-234.

conteúdos jurídicos adicionais¹²².

A construção teórica ocorrida nesse período se deu em duas fases: na primeira, considerou-se o capítulo de direitos fundamentais da Lei Fundamental – como um todo – uma *ordem objetiva de valores* a exigir sua incidência em todas as áreas do direito; e, numa segunda, decorrente da primeira, os direitos fundamentais individuais passaram a ser interpretados por si mesmos como *normas principiológicas jurídico-objetivas e que determinam valores*¹²³. Nesse sentido, os direitos fundamentais assumiriam uma *função objetiva*, apresentando-se como *decisões objetivas de valor*, cuja irradiação por todo o ordenamento jurídico independia da pretensão subjetiva dos titulares dos direitos envolvidos¹²⁴.

A tese da “*eficácia irradiante*” (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais foi sedimentada, sobretudo, na paradigmática decisão do Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemão no caso *Lüth*¹²⁵, segundo a qual o capítulo dos direitos fundamentais da Lei Fundamental de Bonn constituiria uma ordem objetiva de valores, cujos efeitos alcançam todo o ordenamento jurídico, sendo que as cláusulas gerais das normas infraconstitucionais seriam os principais “pontos de entrada” (*Einbruchstellen*) por onde os julgadores conseguem captar a influência

¹²² Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, v. III/1, p. 69-70.

¹²³ Böckenförde, “Grundrechte als Grundsatznormen”, p. 3-4. De todo modo, Konrad Hesse, de modo oportuno, ressalta que os direitos fundamentais não podem ser tidos como meros representantes de uma ordem objetiva de valores, pois tal visão restringiria seu significado jurídico-objetivo de *elementos da ordem jurídica total da coletividade* e a multiplicidade de funções que daí resultam. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 240-243.

¹²⁴ Kingreen e Posher, *Grundrechte Staatsrecht II*, p. 39-40.

¹²⁵ A referida *sentença Lüth* (BVerfGE 7,198) é uma das mais icônicas decisões da história do direito constitucional. Em 1950, Erich Lüth, à época diretor do escritório de imprensa estatal da cidade de Hamburgo, instou o público e empresas cinematográficas a boicotarem o novo filme do diretor Veit Harlan, *unsterbliche Geliebte* (Amada Imortal). Lüth fundava-se no fato de que Harlan, durante o regime nazista, produziu e dirigiu o filme *Jud Süß* (Judeu Süß, de 1941), utilizado pela máquina de propaganda nazista como instrumento de ódio antissemita. Harlan e seus parceiros comerciais, visando compelir Lüth a cessar a incitação ao boicote, ajuizaram ação imputando-lhe ilícito civil (dano causado por conduta contrária aos bons costumes) com base no § 826 do BGB (Código Civil). Essa tese venceu nas instâncias ordinárias, o que levou Lüth a interpor recurso constitucional junto ao TCF, alegando violação ao seu direito fundamental à liberdade de expressão da opinião, assegurado no art. 5.º, par. 1.º, da Lei Fundamental. O recurso foi acolhido para anular a decisão do tribunal estadual. Cf. Leonardo Martins, *Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas...*, v. 2, p. 95; e Marcelo Schenk Duque, *Direito Privado e Constituição...*, p. 67-69.

dos direitos fundamentais, interpretando aquelas em conformidade com estes^{126, 127}

Da dimensão objetiva dos direitos fundamentais também são extraídos outros enfoques. Por um deles, como reporta Sarlet, sustenta-se que, uma vez que consagram determinados valores considerados objetivamente fundamentais para a sociedade, os direitos fundamentais devem ter seu exercício guiado não apenas por interesses individuais, mas também pela consecução dos valores comunitários. Sob essa perspectiva objetiva, autoriza-se até mesmo a *restrição do conteúdo e alcance de outros direitos fundamentais*, sempre assegurado, contudo, seu núcleo essencial¹²⁸.

Sob outro ângulo, percebe-se que a todo direito fundamental outorgado pela Constituição a um determinado sujeito (dimensão subjetiva) corresponde uma *competência estatal negativa* (dimensão objetiva), ou seja, é por meio da retirada de poderes do âmbito de competência do Estado que se perfaz a outorga de liberdades fundamentais aos cidadãos¹²⁹. Essa *competência negativa* também foi identificada como uma *função* dos direitos fundamentais na dimensão objetiva¹³⁰.

Uma outra manifestação objetiva se dá no *efeito de inconstitucionalidade*, responsável pela invalidação de normas ou atos do poder público incompatíveis com os critérios de controle plasmados na Constituição. Nesse caso, a existência ou ofensa a uma posição subjetiva prevista na Constituição é totalmente irrelevante, sendo as consequências jurídicas extraídas diretamente da própria norma constitucional¹³¹, de modo que é o próprio Estado, por meio dos órgãos legitimados,

¹²⁶ Leonardo Martins, *Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas...*, v. 2, p. 99-100. O autor bem ressalta que não se deve confundir a referida interpretação conforme os direitos fundamentais como a interpretação conforme a Constituição. Nos termos desta, em havendo mais que uma interpretação possível de uma norma, adota-se aquela que esteja mais condizente com uma norma constitucional; segundo aquela, exige-se que uma regra ou cláusula geral seja interpretada de maneira a não violar o conteúdo de uma liberdade fundamental prevista na Constituição, e a favorecer a realização dos bens tutelados na respectiva norma jusfundamental. *Liberdade e Estado Constitucional*, p. 101.

¹²⁷ Segundo Böckenförde, a decisão do caso *Lüth* foi fundamental para o desenvolvimento da primeira fase da teoria sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais (e com efeitos também sobre a segunda) e, para a segunda, foi determinante a decisão da mesma corte no caso *Ehegattenbesteuerung* (BVerfGE 6, 55). "Grundrechte als Grundsatznormen", p. 4-6.

¹²⁸ Sarlet, ob. cit., p. 151-152.

¹²⁹ Pieroth e Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, p. 24.

¹³⁰ Kingreen e Posher, *Grundrechte Staatsrecht II*, p. 39.

¹³¹ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 148 e 149.

quem deve autocontrolar a constitucionalidade das normas infraconstitucionais conflitantes com a Constituição, deflagrando o procedimento de controle abstrato¹³².

Além dos exemplos referidos, por vezes identificam-se na Constituição normas que contemplam *garantias institucionais*, denominação teórica que remonta à doutrina criada por Martin Wolff e desenvolvida por Carl Schmitt¹³³. Tais garantias são voltadas à preservação de determinadas instituições públicas ou institutos privados que, por sua importância, devem ser protegidas contra a ação supressiva dos legisladores, e, muito embora destinadas à tutela de direitos fundamentais, em princípio não outorgam direitos subjetivos individuais, razão pela qual também são referidas como manifestações de caráter objetivo dos direitos fundamentais¹³⁴. A Constituição da República Federativa do Brasil (CF) contempla uma série dessas garantias institucionais, das quais alguns exemplos são as garantias conferidas aos institutos privados da propriedade (art. 5.º, XXII) e da família (art. 226), e às instituições públicas do tribunal do júri (art. 5.º, XXXVIII) e da autonomia das universidades (art. 207)¹³⁵.

Normalmente associada à dimensão objetiva e a sua eficácia irradiante, fala-se também numa “eficácia externa” ou “perante terceiros” (*Drittwirkung*) dos direitos fundamentais, assim designada porque tais direitos, na sua perspectiva subjetiva, geram efeitos apenas entre o indivíduo e o Estado, ao passo que sua expressão como ordem objetiva de valores permite-lhes extravasar esse âmbito relacional

¹³² Dimoulis e Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 118. Os autores chamam a atenção para a impropriedade do qualificativo “concentrado”, pelo qual ficou conhecido o controle abstrato da competência do STF, tendo em vista que só seria apropriado se o controle concreto (realizado em processos subjetivos) de constitucionalidade também fosse concentrado naquele tribunal.

¹³³ Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 245.

¹³⁴ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 154. O autor ressalva que, atualmente, há certo consenso na doutrina quanto à existência de garantias institucionais tão estreitamente relacionadas à proteção de certos direitos fundamentais que já não podem ser tidas como suas manifestações jurídico-objetivas, servindo até mesmo a fundamentar pretensões jurídico-subjetivas fundamentais, como é o caso da liberdade de imprensa. *Ibid.*, p. 188-189.

¹³⁵ Contra a integração das garantias institucionais nos direitos ou nas garantias fundamentais: Nascimento, *Direitos Fundamentais e sua Dimensão Objetiva*, p. 145 ss. Para o autor, a construção teórica dessas garantias deu-se muito antes da concepção de uma dimensão objetiva para os direitos fundamentais. Além disso, Schmitt, um dos principais artífices das garantias institucionais, teria acentuado a diferença entre elas e os direitos fundamentais, inclusive por aquelas não conferirem direitos subjetivos.

para produzir efeitos entre particulares¹³⁶.

Considera-se, a partir de tal possibilidade, o dever do Estado de proteger os direitos fundamentais contra agressões providas de particulares, naquilo que se denomina *dever estatal de proteção* (*staatliche Schutzpflicht*). Na dogmática alemã, esse dever é identificado a partir da constatação de que a Lei Fundamental impõe ao Estado a obrigação de observar e proteger a dignidade da pessoa humana (art. 1, par. 1, seg. período), e que, por serem os direitos fundamentais um desdobramento dessa dignidade, o Estado estaria compelido a também a observá-los (abstendo-se de violá-los) e protegê-los (tutelando-os contra agressões providas de particulares)¹³⁷.

O tema dos efeitos perante terceiros será mais detidamente estudado no subitem sobre os *destinatários* dos direitos fundamentais¹³⁸, ao passo que o dever estatal de proteção, dada sua importância para o desenvolvimento da ideia da *proibição de insuficiência*, será visto com mais vagar dentro do capítulo 3. De todo modo, do que foi exposto resta patente que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais não há que ser confundida com o conceito de direito objetivo, ou seja, com a norma que institui um direito fundamental subjetivo¹³⁹. Trata-se de duas coisas completamente distintas. A norma de direito objetivo, ao consagrar um direito fundamental, tanto pode conferir um direito subjetivo como impor ao Estado o respeito a determinados valores fundamentais da sociedade, independentemente da vontade do titular do direito subjetivo.

1.2.6 Sujeitos ativos e passivos

Os direitos fundamentais são direitos positivados em determinada ordem constitucional. Portanto, é a partir da consideração de uma ordem normativa concreta – no nosso caso, a brasileira – que se permite identificar quem são os seus titulares (sujeitos ativos) e seus destinatários (sujeitos passivos), ou seja, as pessoas em face de quem os titulares podem exigir o respeito, a proteção ou a

¹³⁶ Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*, p. 137.

¹³⁷ Dimoulis e Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 120-121.

¹³⁸ Mais especificamente, subitem 1.2.6.2.2.

¹³⁹ Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 150.

promoção do seu direito¹⁴⁰, ou, em outros termos, as pessoas que a esses direitos estão vinculadas.

1.2.6.1 Titulares

A leitura do *caput* do artigo 5.º da CF indica serem titulares dos direitos nele gravados apenas os brasileiros (aqui residentes ou não) e os estrangeiros aqui residentes. Esse dispositivo, contudo, fornece apenas um dos pontos de referência a serem considerados no exame da titularidade, sendo de rigor, para sua perfeita identificação, uma leitura sistemática da Constituição, que exige considerar, por exemplo, que diversos dos direitos veiculados nesse artigo emergem diretamente da dignidade da pessoa humana¹⁴¹. Não há como, nesse passo, afastar aprioristicamente os estrangeiros não residentes no Brasil da titularidade dos direitos vinculados no artigo 5.º.

Verifica-se, nessa direção, que a Constituição acolheu o princípio da universalidade, segundo o qual todo ser humano tem direitos fundamentais pelo simples fato de ser uma pessoa. Isso não obsta a que o legislador preveja direitos fundamentais circunscritos a determinadas categorias de titulares, bastando, para que se mantenha o critério da universalidade, que dentro de cada uma dessas categorias todos os seus integrantes sejam titulares dos respectivos direitos¹⁴².

Assim, nos incisos do mesmo artigo 5.º nota-se o atrelamento de direitos a categorias que restringem o universo inicialmente estipulado no *caput*. É o que ocorre, por exemplo, no direito de assistência judiciária gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (LXXIV), no direito dos presos a serem informados sobre seus direitos (LXIII), e no dos cidadãos de ajuizarem ações populares (LXXIII).

Quanto aos direitos sociais, estejam eles elencados no artigo 6.º ou mesmo fora do catálogo constitucional de direitos fundamentais (i. e., do Título II), o constituinte não os recusou aos estrangeiros não residentes no país, o que permite

¹⁴⁰ Sarlet, *A Eficácia os Direitos Fundamentais*, p. 215.

¹⁴¹ Anelise Coelho Nunes, *A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 82, 110 e 111.

¹⁴² Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 217.

concluir, dentro daquela linha sistemática, que eles também os podem titular¹⁴³. De todo modo, à semelhança do que se dá em relação aos direitos individuais, ocasionalmente a Constituição restringe o âmbito de seus sujeitos ativos, como se vê, por exemplo, no artigo 7.º, que contempla alguns direitos restritos aos trabalhadores que tenham dependentes, a trabalhadores desempregados, aposentados, ou que sejam pais, e do artigo 11, que se dirige aos trabalhadores de empresas com mais de duzentos empregados.

Os direitos políticos são conferidos apenas aos brasileiros, como era de se esperar, já que o vínculo político com uma determinada comunidade estatal normalmente não se estende a estrangeiros. Assim, aos estrangeiros não apenas é defeso – em regra – se alistar como eleitores (§ 2.º do art. 14) como também aspirar a cargos eletivos, tendo em vista que o alistamento eleitoral é condição de elegibilidade (inciso III do § 3.º do art. 14). Também aqui pode haver limitações adicionais dentro do campo dos titulares brasileiros, como, por exemplo, o critério etário como requisito para capacidade eleitoral ativa (§ 1.º do art. 14) e os critérios etário e de alfabetização para a passiva (§§ 3.º e 4.º, VI, do art. 14), dentre outros.

Os cidadãos portugueses que residam permanente no Brasil situam-se em posição privilegiada em relação aos demais estrangeiros aqui também residentes, podendo fruir de alguns direitos reservados, *a priori*, a brasileiros. É que o artigo 12, § 1º, da Constituição Federal prevê que, desde que exista reciprocidade na ordem jurídica portuguesa, a eles serão atribuídos os mesmos direitos inerentes aos brasileiros, ressalvados os casos previstos na Constituição. Com amparo nessa previsão, e, nos termos do Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta, celebrado entre Portugal e Brasil no ano 2000, um português aqui residente há pelo menos 3 anos pode requerer o gozo de direitos políticos no Brasil, desde que não tenha seus direitos políticos suspensos em Portugal¹⁴⁴.

As constituições de alguns países, como Alemanha (art. 19, III) e Portugal (art. 12.2), dispõem expressamente que pessoas jurídicas também podem ser titulares de direitos fundamentais. Embora nossa Carta fundamental não tenha previsão assemelhada, tal possibilidade é admitida pacificamente na doutrina e na

¹⁴³ Dimoulis e Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 80.

¹⁴⁴ O tratado foi promulgado no Brasil pelo Decreto n.º 3.927/2001.

jurisprudência¹⁴⁵.

Em alguns casos, a Constituição atribui expressamente direitos fundamentais a pessoas jurídicas, como quando confere às associações legitimidade para representar seus filiados nos tribunais (art. 5.º, XXI) e aos sindicatos a defesa dos direitos e interesses da categoria (art. 8.º, III). Em outros, a titularidade é implícita, desde que o exercício do direito seja compatível com as peculiaridades estruturais do ente artificial. Assim, por exemplo, a despeito de o *caput* do artigo 5.º só referir explicitamente aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil (o que não inclui – mas também não exclui – as pessoas artificiais), não se pode negar que as pessoas jurídicas também fazem jus ao direito de propriedade, à inviolabilidade do sigilo de suas correspondências, bem como à maior parte dos direitos de resistência. O mesmo já não se pode dizer dos direitos sociais e políticos, normalmente ligados a interesses e necessidades afetos à personalidade natural¹⁴⁶.

Mais problemática seria a possibilidade de pessoas jurídicas de direito público serem titulares de direitos fundamentais, tendo em vista que tais direitos surgiram, historicamente, da necessidade de limitação do poder estatal em prol da liberdade individual. Ainda assim, admite-se, em algumas hipóteses, que entes estatais façam jus a determinados direitos fundamentais, como é o caso daqueles de índole procedimental, podendo ser lembrados, exemplificativamente, o direito à paridade de armas (inclusive, como já admitiu o STF, em favor da acusação pública nos processos penais) e o direito à ampla defesa¹⁴⁷.

Além disso, identificam-se alguns direitos fundamentais materiais tituláveis por certas pessoas de direito público, casos, especificamente, dos direitos das universidades públicas à liberdade de produção científica e autonomia universitária (art. 5.º, IX e 207 da CF), dos órgãos de comunicação social à liberdade de comunicação (art. 5.º, IX)¹⁴⁸, e de corporações profissionais, autarquias e

¹⁴⁵ Sarlet, *A Eficácia os Direitos Fundamentais*, p. 230.

¹⁴⁶ Dimoulis e Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 86-88.

¹⁴⁷ Gilmar F. Mendes; Paulo G. G. Branco, *Curso de Direito Constitucional*, p. 196. A decisão do STF deu-se no HC 70.514, DJ de 27.06.1997, que identificou haver, em princípio, desrespeito à paridade de armas no gozo, pela defesa, de prazos em dobro relativamente àqueles da acusação.

¹⁴⁸ Sarlet, *A Eficácia os Direitos Fundamentais*, p. 232, e Dimoulis e Martins, ob. cit., p. 89.

fundações não apenas ao direito de propriedade, como também de não sofrerem intervenções inadmissíveis da administração pública na sua esfera de autonomia¹⁴⁹.

Outra questão relevante sobre a titularidade é saber se o artigo 5.º da Constituição Federal, embora dedicado ao capítulo “dos direitos e deveres individuais e coletivos”, de fato contempla direitos de titularidade coletiva, e se os direitos sociais, sejam eles aqueles dispostos no artigo 6.º ou fora do catálogo de direitos fundamentais, são necessariamente direitos de titularidade coletiva.

Para responder a tais questionamentos, cumpre, previamente, diferenciar os direitos coletivos dos direitos individuais de expressão coletiva. Estes são os direitos individuais cujo exercício só se faz possível com a participação coletiva, e, por tal característica, são equivocadamente apontados por uns como direitos de titularidade coletiva¹⁵⁰. Exemplos deles encontramos, dentre os direitos de nosso artigo 5.º, nos direitos de associação ou de reunião, e, nos direitos sociais, nos direitos de associação sindical e de greve.

Já por verdadeiros direitos coletivos entendem-se aqueles cuja sua titularidade é conferida não a indivíduos, mas a coletividades, como é o caso dos “novos direitos”, compreendendo os direitos ao meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento, à paz e à autodeterminação dos povos, e que tem justamente na titularidade coletiva um critério diferenciador em relação aos direitos de cariz liberal e social.

Por outro lado, embora os direitos sociais tenham resultado da luta de movimentos coletivos, visam eles a assegurar, sobretudo, a melhoria de situações concretamente vividas por cada um dos indivíduos que integram tais coletividades. Assim, não se pode afastar, *a priori*, o direito de qualquer pessoa vindicar judicialmente em face do Estado a satisfação de uma pretensão fundada no seu direito à saúde, ou, eventualmente, de buscar um determinado benefício assistencial. Aliás, é por meio de ações individuais que as prestações sociais constitucionalmente previstas são normalmente reivindicadas em juízo.

¹⁴⁹ Sarlet, *A Eficácia os Direitos Fundamentais*, p. 232.

¹⁵⁰ Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 116.

A partir de tais considerações, conclui-se que, à exceção dos “novos direitos”, os demais direitos tidos como coletivos na Constituição não se distinguem dos direitos individuais quanto à sua titularidade¹⁵¹, sendo coletivos apenas na sua expressão (forma de exercício).

E, assim como é equivocada a denominação “direitos individuais e coletivos” na Constituição, tampouco é correta a associação automática por vezes feita pela doutrina entre os direitos sociais e direitos coletivos. Aqueles são denominados “sociais” não em razão de uma suposta titularidade coletiva, mas sim porque são instituídos tendo por escopo a justiça social. Logo, a despeito dessa rubrica, continuam sendo direitos outorgados, em primeira linha, à pessoa, embora considerada, é bem verdade, a partir da posição por ela concretamente ocupada na comunidade¹⁵².

1.2.6.2 Destinatários

1.2.6.2.1 Estado

Algumas constituições deixam claro que o Estado é o sujeito passivo dos direitos fundamentais. Assim o fazem, por exemplo, a Lei Fundamental alemã, em seu artigo 13, 3, a portuguesa, no seu artigo 18.º, 1, e a espanhola, em seu artigo 53, 1. A Constituição brasileira, contudo, silencia a respeito. Não há dúvidas, entretanto, de que o Estado, considerado em sua amplitude máxima, ou seja, tanto representado nos entes que integram a Administração Pública como pelos particulares que exerçam competências do Poder Público (via concessões ou permissões), está vinculado aos preceitos fundamentais decorrentes da Constituição de 1988.

A tal conclusão se chega, primeiramente, por força do registro histórico: os direitos fundamentais nasceram principalmente como instrumento de limitação do poder estatal e proteção da esfera de liberdade individual, e, posteriormente, foram ampliando seu escopo, para também impor ao Estado prestações positivas ou manutenção de estruturas ou organizações¹⁵³. Por outro lado, ampara a sujeição

¹⁵¹ Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 178. Em vez de “novos direitos”, o autor fala em direitos de terceira dimensão.

¹⁵² *Ibid.*, p. 179-180 e 221-226.

¹⁵³ Dimoulis e Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 102.

passiva estatal o § 1.º do artigo 5.º da CF, que deve ser interpretado como um mandado que compele os poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) à aplicação imediata dos direitos fundamentais, de modo a otimizar sua eficácia¹⁵⁴. Além disso, a ação direta de inconstitucionalidade, prevista no art. 102, I, “a”, da CF, também indica claramente a vinculação imediata do legislador aos direitos fundamentais¹⁵⁵.

1.2.6.2.2 *Particulares*

O outro problema a ser abordado no presente subitem diz com a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Como bem observa Sarlet, a questão da destinação contra particulares não se apresenta como um problema a ser resolvido em relação a direitos fundamentais que, por sua natureza, são claramente endereçados contra o Estado – como é o caso do *habeas corpus* e do mandado de segurança –, ou àqueles que visam – “ao menos também” - diretamente ao particular, como ocorre com o direito à indenização por dano material ou moral causado por abuso do direito à livre manifestação do pensamento (art. 5.º, IV e V, da CF), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5.º, XI, da CF), o direito ao sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5.º, XII, da CF), e direitos dos trabalhadores tendo por destinatários os empregadores, que, normalmente, são particulares¹⁵⁶. Diferentemente, o desafio reside nos casos restantes. Neles, em geral, admite-se que os particulares também estejam de algum modo vinculados pelos direitos fundamentais.

Essa ideia se desenvolveu – como já mencionado – a partir de meados do século XX. Para ela contribuiu, de um lado, a falência do modelo liberal em lidar com a crescente desigualdade socioeconômica. O paradigma clássico, pelo qual não se admitia que particulares também tivessem sua liberdade contida pela ação de direitos fundamentais (o foco era na função defensiva do indivíduo em face da ingerência estatal, fomentado pela preconizada separação entre sociedade e estado¹⁵⁷), foi perdendo força com o advento do modelo de Estado-social,

¹⁵⁴ Sarlet, *A Eficácia os Direitos Fundamentais*, p. 384.

¹⁵⁵ Martins, *Liberdade e Estado Constitucional*, p. 96.

¹⁵⁶ Ob. cit., p. 395.

¹⁵⁷ Idem, “Direitos Fundamentais e Direitos Privados...”, p. 117.

acompanhado da constatação de que uma grande assimetria de poder se verificava não apenas nas relações entre indivíduos e o Estado, mas, cada vez mais, também entre os particulares¹⁵⁸.

Por outro lado, também abriu caminho para a extensão dos efeitos dos direitos fundamentais aos particulares o desenvolvimento dogmático ocorrido a partir da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no “caso Lüth”, centrada na constatação de que os direitos fundamentais, para além de possuírem uma tradicional dimensão subjetiva – voltada primordialmente à limitação da ingerência estatal na liberdade individual – gozam também de uma *dimensão objetiva*. Desde então, em diálogo com a doutrina, o TCF afirmou o entendimento de que os direitos fundamentais compõem uma ordem objetiva formada pelos valores mais importantes da comunidade, cujos efeitos irradiam por todo o ordenamento jurídico, o que impõe sua consideração pelo Judiciário na interpretação da legislação de direito privado.

Por meio dessa “eficácia irradiante” (*Ausstrahlungswirkung*), seria possível – e necessário – ao juiz interpretar as normas infraconstitucionais à luz (daí a metáfora da irradiação) dos direitos fundamentais, de modo a utilizá-las para protegê-los contra agressões dos particulares¹⁵⁹. Seu alcance, aliás, não se restringiria ao Judiciário, como poderia sugerir a decisão do TCF em razão das peculiaridades do caso por ela solucionado. Em verdade, também o Estado-legislador e o Estado-administrador estariam obrigados a atuar, dentro de suas competências, em conformidade com os valores objetivamente protegidos pelos direitos fundamentais¹⁶⁰. A propósito, posteriormente ao “caso Lüth”, assim se firmou aquela Corte:

Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a

¹⁵⁸ Pérez Luño, *Derechos Fundamentales*, Cap. 1, item 1, subitem 1.2, formato e-Pub.

¹⁵⁹ Dimoulis e Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 105.

¹⁶⁰ Böckenförde, “Grundrechte als Grundsatznormen”, p. 8.

Administração, e a jurisprudência¹⁶¹

Essa possibilidade de os direitos fundamentais gerarem efeitos entre particulares foi, em regra, admitida a partir da concepção de sua dimensão objetiva¹⁶², e recebeu diversas denominações. Além das já referidas eficácia “externa” e “eficácia em relação a terceiros” (*Drittwirkung*), fala-se também em eficácia “privada” ou eficácia “horizontal”¹⁶³. Tais qualificações são fundadas, como dito alhures, no fato de que os efeitos em questão se dão entre particulares (iguais), portanto, horizontalmente, fora do âmbito tradicional, em que as relações dos direitos fundamentais operam entre particulares e o Estado (desiguais), verticalmente. Sem embargo, diversas críticas são tecidas contra essa terminologia.

Afirma-se, de um lado, ser incorreto o uso do termo eficácia, porque, a rigor, o fenômeno em questão estaria referido à validade, de cariz material, e não, propriamente, à eficácia, que seria de ordem processual. Vergasta-se, também, o vocábulo “horizontal”, sob o argumento de que, muitas vezes, haveria significativo desnível de poder nas relações entre particulares, à semelhança do que se dá nas relações indivíduos x Estado. Daí que José Carlos Vieira de Andrade prefere falar em “validade entre particulares”¹⁶⁴.

Critica-se, de outro, o termo “eficácia externa”, pois, longe de apontar a projeção dos direitos fundamentais em relações privadas, indicaria mero dever universal de respeito, i. e., o dever que cada um deve observar de não interferir no exercício do direito alheio¹⁶⁵. Ataca-se, outrossim, a expressão “em relação a terceiros”, sob o argumento de que não haveria falar-se num *terceiro nível eficaz*, já que, antes mesmo de se falar em *Drittwirkung*, os direitos já operavam em alguma

¹⁶¹ O trecho é de decisão de 25.02.1975, a primeira de duas famosas decisões sobre a disciplina penal do aborto (*Schwangerschaftsabbruch I*), localizada na coletânea oficial do TCF em *BVerfGE* 39,1, e transcrita conforme traduzido em Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 524-525.

¹⁶² Claus-Wilhelm Canaris, considerado o precursor da proibição da proteção insuficiente, entende desnecessário o recurso à dimensão objetiva, conforme veremos mais adiante.

¹⁶³ A teoria dos efeitos horizontais surgiu na Alemanha antes mesmo do caso Lüth, para coibir o abuso do poder social acumulado por alguns particulares em face dos demais, como se via nas relações entre empregados e empregador. Cf. Dimoulis e Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 105.

¹⁶⁴ *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 230, n.r. 2.

¹⁶⁵ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, t. 1, p. 157.

das duas formas de relação: entre particulares ou entre um particular e o Estado. Por tais razões, Sarlet prefere o emprego da expressão “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares” – como adotado por Perez Luño em “*Los Derechos Fundamentales*” – ou, de forma aproximada à acima alvitada por Vieira de Andrade, sugere falar em “vinculação dos particulares – ou entidades privadas – aos direitos fundamentais”¹⁶⁶.

Embora as críticas quanto ao emprego da expressão “horizontal” pareçam, de início, pertinentes, não há como negar que, no caso das relações indivíduo x Estado a verticalidade é a regra, de modo que não se afigura despropositado, para fins de distinção, falar em horizontalidade nas relações entre particulares. Do mesmo modo, a validade da norma, segundo o emprego normalmente adotado na dogmática (elaboração em conformidade com o ordenamento), independe do sujeito passivo a quem ela é endereçada. Logo, não há sentido defender o emprego de validade em substituição à eficácia. As demais críticas, voltadas à utilização da locução “em relação a terceiros”, pelas razões expostas no parágrafo anterior, mostram-se razoáveis. Desse modo, é preferível empregar as formas sugeridas por Perez Luño ou Sarlet, ou, ainda, falar em eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Se não já não se discute na doutrina e na jurisprudência a possibilidade de os particulares serem vinculados a direitos fundamentais, o modo e a intensidade como isso ocorreria continuam sujeitos a divergências. Mesmo em Portugal, em que o citado artigo 18.º, I prescreve expressamente tal subordinação, controverte-se quanto a amplitude de tal vínculo¹⁶⁷. Mas é sobretudo a partir da Alemanha, onde surgiu o tema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, que se desdobraram vários entendimentos sobre o modo pelo qual essa vinculação se expressaria. Em linhas gerais, esses diferentes pontos de vista podem ser

¹⁶⁶ “Direitos Fundamentais e Direitos Privados”, p. 113-114. Na obra de Pérez-Luño citada no presente trabalho, em formato e-Pub, esse autor emprega a expressão citada por Sarlet no seu item 2.211.

¹⁶⁷ O artigo 18.º, I, da Constituição Portuguesa fala no vínculo das entidades privadas, mas não o diz em que termos, o que abre azo para questionar se o vínculo é idêntico ao que se dá em relação às entidades públicas, bem como se no conceito de entidades privadas estariam compreendidos todos os particulares, ou apenas pessoas jurídicas e indivíduos especialmente poderosos. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*, p. 242.

reconduzidos a quatro grandes grupos¹⁶⁸, dentro dos quais não se excluem variações peculiares a cada autor. São eles:

a) *Teoria da vinculação imediata (ou direta) dos direitos fundamentais*

Essa teoria, cujos principais expoentes alemães foram Hans Carl Nipperdey e Walter Leisney, leva em conta as ameaças produzidas pela grande concentração de poder econômico ou social nas mãos de alguns particulares, e a necessidade de máxima efetividade dos direitos fundamentais, que passam a ser concebidos não apenas como instrumentos de defesa contra o poder estatal, mas também contra as injunções de particulares¹⁶⁹. Segundo Nipperdey, embora os direitos fundamentais clássicos atribuam apenas direitos subjetivos públicos (i.e., em face do Estado), haveria alguns que também outorgariam direitos subjetivos em face de particulares, podendo, inclusive, revogar, modificar, complementar ou criar normas de direito privado. Por essa razão, sustenta não ser exato falar num mero “efeito contra terceiros” (*Drittwirkung*) dos direitos desse segundo tipo, sendo preferível designá-lo como “efeito absoluto”¹⁷⁰.

Entre nós, uma vinculação direta é afirmada, dentre outros, por Sarlet¹⁷¹, que invoca argumentos nos planos histórico¹⁷² e político-ideológico¹⁷³ mas, sobretudo,

¹⁶⁸ Detendo-se com mais minúcia, Jorge Pereira da Silva propõe uma classificação em dez grandes tendências, aventando ainda serem possíveis outras, resultantes das combinações entre elas: a) tese da formulação constitucional expressa; b) tese da eficácia irradiante; c) tese da eficácia mediata (em sentido estrito); d) tese da eficácia relativamente a terceiros (em sentido restrito); e) tese da vinculação do legislador de direito privado; f) tese dos deveres estaduais de proteção; g) tese da vinculação (supletiva ou excepcional) dos tribunais; h) tese da vinculação dos poderes privados; i) tese da vinculação (ao conteúdo essencial dos direitos ou) à dignidade da pessoa humana; j) tese da vinculação intersubjectiva plena (ou tese da eficácia imediata em sentido estrito). *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, p. 97-101.

¹⁶⁹ Erichsen, “Die Drittwirkung der Grundrechte”, p. 528.

¹⁷⁰ “Grundrechte und Privatrecht”, p. 23 e 24. Também enxergando uma eficácia direta em direitos fundamentais: Tzemos, *Das Untermaßverbot*, p. 174 e 188.

¹⁷¹ E, segundo Jorge Reis Novais, pela maioria dos autores brasileiros que escrevem sobre o tema. *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, p. 69. Na linha de Sarlet, em Portugal: Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, p. 86 ss.

¹⁷² Citando G. Peces-Barba Martinez (*Curso de Derechos Fundamentales – teoría general*, Madrid, 1999, p. 619 ss.), segundo quem as teses contratualistas pressupunham que, antes do Estado, havia apenas direitos dos homens entre si, e que as Declarações de Direito (como, p. ex., a Declaração de Independência Americana e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão francesa) previam direitos de todos, sem negar a vinculação dos particulares.

¹⁷³ Referindo-se a Pedro de Veja Garcia [“Dificultades y problemas para la construcción de um constitucionalismo de la igualdad (la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”, in: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Coord.), *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio*.

extrai uma vinculação direta *prima facie*¹⁷⁴ de fundamentos jurídicos consistentes (i) na regra de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (artigo 5.º, § 1.º, da CF) – que teria como corolário, em princípio, tanto a vinculação do poder público como dos particulares –, e (ii) em argumentos por ele direcionados contra as principais objeções formuladas por partidários da vinculação indireta (personificados em Hesse). As principais respostas de Sarlet a essas críticas foram:

a) quando se diz que o legislador é destinatário imediato dos direitos fundamentais, não se poderia concluir que os particulares seriam destinatários mediatos, pois o vínculo do legislador ocorre numa dimensão (vertical, que engloba o dever de todos os órgãos públicos de executarem suas funções em conformidade com os direitos fundamentais dos cidadãos), ao passo que o vínculo dos particulares se dá em outra (horizontal, que diz respeito às relações entre particulares);

b) a necessidade de o legislador concretizar por via de normas de direito privado o que resta indeterminado nas normas de direitos fundamentais não infirmaria a vinculação direta do particular, pois a indeterminação também ocorre para os destinatários públicos, e, nem por isso se fala que eles são vinculados indiretamente;

c) da vinculação direta dos particulares, por si só, não decorreria um risco à autonomia privada e à liberdade contratual, que, aliás, como as demais liberdades, não são ilimitadas.

Além disso, aduz Sarlet que nem mesmo a tese dos deveres de proteção (que será mais adiante introduzida) afastaria a vinculação direta dos particulares, pois seria justamente da obrigação dos particulares de não violarem os direitos dos

Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 278-79], para quem a opção pela vinculação imediata é uma decisão política coerente com o Estado social, e comprometida com uma maior realização do ideal de igualdade; e a Marc Frangi (*Constitution et Droit Privé – Les Droits Individuels et les Droits Economiques*, Paris: Economica, 1992, p. 12), para afirmar que a opção diversa, pela eficácia apenas indireta, relaciona-se com o “constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa”.

¹⁷⁴ *Prima facie*, por ser inviável uma vinculação direta “absoluta”, seja porque as normas de direitos fundamentais têm distintos graus de eficácia e efeitos peculiares, seja porque se cuida, entre particulares, de relação entre titulares de direitos fundamentais, a reclamar que a intensidade da vinculação destes aos direitos fundamentais resulte de ponderação dos direitos em conflito no caso concreto. Na linha de Sarlet, em Portugal: Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, p. 86 ss.

outros que decorreria o dever de proteção estatal¹⁷⁵.

b) *Teoria da eficácia mediata (ou indireta) dos direitos fundamentais sobre os particulares.*

Temorosos de que um excesso de constitucionalização esvazie a autonomia do direito privado, os defensores da eficácia mediata (*mittelbare Wirkung*),¹⁷⁶ popularizada a partir de Günter Dürig, preconizam que os efeitos dos direitos fundamentais não podem ser invocados como direitos subjetivos pelos particulares, que somente seriam por aqueles atingidos por meio de sua concretização realizada pelos legisladores infraconstitucionais ou, subsidiariamente, pela interpretação judicial – em conformidade com os direitos fundamentais – das cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, de forma que as normas de direito privado não restariam modificadas¹⁷⁷. A existência de omissões legais somente excepcionalmente autorizaria os juízes a aplicarem os preceitos fundamentais, mas sempre dentro do “espírito” do direito privado.¹⁷⁸

c) *Teoria dos deveres estatais de proteção*

Essa construção extrai das normas de direitos fundamentais o dever dos diversos poderes estatais de protegerem todos os bens fundamentais contra violações perpetradas por particulares, e identifica nesse dever estatal a melhor forma para explicar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, que se dá mediatamente, intermediada, sobretudo, pela atividade legislativa, e, subsidiariamente, pela judiciária¹⁷⁹. Logo, trata-se de uma abordagem que

¹⁷⁵ “Direitos Fundamentais e Direito Privado”, p. 138 ss. Segundo Sarlet, a defesa da eficácia direta seria o entendimento predominante na doutrina da Espanha. Ob. cit., p. 151.

¹⁷⁶ Trata-se da visão dominante na doutrina de Portugal, Alemanha, Suíça, Áustria, Estados Unidos. Cf. Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, p. 69 e 78.

¹⁷⁷ Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 529. A favor de que no Brasil deve-se aplicar uma vinculação apenas indireta aos particulares, dentre outros, Dimoulis e Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 110 e 111.

¹⁷⁸ Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 235, n.r. 12, onde informa que na Alemanha isso se admite, principalmente, em proteção à intimidade da vida privada.

¹⁷⁹ Sarlet, “Direitos Fundamentais e Direito Privado...”, p. 126-127. Conforme Sarlet, integram esse nicho dogmático Konrad Hesse, Albert Bleckmann, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris, dentre outros (Ibid., p. 126-127). Claus-Wilhelm Canaris, contudo, critica o uso das ideias de “eficácia de irradiação” e de “ordem objetiva de valores” para explicar a vinculação mediata de particulares, e defende o recurso à tradicional função dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela*. O Estado, como destinatário dos direitos fundamentais, estaria a eles diretamente vinculado, razão

considera indireta a eficácia dos direitos fundamentais sobre particulares.

Diferentemente, porém, do que normalmente afirmam os partidários da vinculação mediata anteriormente exposta, que restringem a liberdade de atuação do juiz à interpretação das cláusulas abertas e conceitos indeterminados¹⁸⁰, a teoria dos deveres de proteção vai além, defendendo que, na falta de, ou, excepcionalmente, até mesmo contra uma norma infraconstitucional, o juiz deve atuar para proteger o titular do direito fundamental¹⁸¹. Conforme ressaltado acima, a teoria dos deveres de proteção será mais detidamente abordada no capítulo 3.

d) *Teoria da convergência estatista*

Sem gozar do mesmo nível de adesão doutrinária e jurisprudencial dos três grupos anteriores, a teoria da “convergência estatista” identifica na vinculação dos particulares uma consequência da subordinação do próprio Estado aos direitos fundamentais, crendo ser despicienda a alusão a uma ordem objetiva de valores ou a uma eficácia direta ou indireta perante particulares¹⁸².

Essa concepção tem em Jürgen Schwabe um de seus defensores mais conhecidos. Para ele, não poderia haver “espaços vazios” na relação entre particulares. Logo, o Estado, ao admitir, seja normativamente ou por decisões judiciais, que terceiros intervenham em bens jusfundamentais, para além de meras *permissões* aos intervenientes, estaria impondo *deveres de tolerância* aos titulares daqueles direitos, e, assim, atuando como partícipe da violação. Logo, contra agressões de particulares permitidas pelo Estado também podem ser invocados os direitos fundamentais como direitos de defesa¹⁸³.

pela qual deve proteger ativamente os direitos fundamentais de um cidadão contra as agressões provenientes de outro (imperativo de tutela). Por seu lado, um particular, como não é destinatário desses direitos, só poderia ser atingido por seus efeitos indiretamente, a saber, quando o Estado, em razão do imperativo de tutela, contrarie seus interesses para proteger direitos fundamentais de outrem. Esse imperativo, então, seria a “ponte” para permitir o raciocínio segundo o qual os direitos fundamentais alcançam os sujeitos de direito privado. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 32-34 e 47-59.

¹⁸⁰ Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, p. 187 e 188.

¹⁸¹ Idem, *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, 74-75.

¹⁸² Sarlet, “Direitos Fundamentais e Direito Privado”, p. 133.

¹⁸³ Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, p. 213. Schwabe limita a aplicação dessa tese quase que exclusivamente às intervenções sobre liberdades fundamentais, i.e., direitos de *status* negativo, ao direito de igualdade ou, excepcionalmente, a tarefas constitucionais de proteção.

e) *Opinião pessoal*

A despeito das diversas visões doutrinárias sobre o *modus* da vinculação, muitos defensores de uma eficácia indireta admitem que os efeitos dos direitos fundamentais, excepcionalmente, atinjam os particulares de modo direto, quando se constate um grande desnível de poder social ou econômico entre os envolvidos na relação, caracterizando-a não como uma relação horizontal, mas vertical, à semelhança do que ocorre nas relações entre indivíduos e Estado, a reclamar, portanto, proteção equiparada. Essa construção ficou conhecida como teoria dos *poderes privados* ou *sociais*, e teve acolhida não apenas pelo TCF, mas também na doutrina e jurisprudência de Itália, Espanha e Portugal¹⁸⁴.

Por outro lado, não são poucos os defensores da eficácia direta que defendem hipóteses de afastamento de sua incidência, sobretudo quando não verificado que a autonomia privada se encontrava sob ameaça por “poderes sociais”¹⁸⁵.

Notando essa aproximação das visões inicialmente divergentes por meio de mitigações em suas teses centrais a fim de conciliá-las com princípios que orientam as argumentações das outras¹⁸⁶, vários estudiosos consideram que tanto umas como outras, pelo menos em relação ao Judiciário, podem chegar a resultados equivalentes¹⁸⁷, ou que as diferenças entre elas não devem ser

“Bundesverfassungsgericht und ‘Drittwirkung’ der Grundrechte”, p. 442. Afinal, segundo ele, sobre direitos dos *status* ativo e do *status* positivo não haveria como cogitar intervenções de particulares. *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*, p. 14 e 15.

¹⁸⁴ Sarlet, “Direitos Fundamentais e Direito Privado”, p. 128 e 129. A despeito da verticalidade da relação, é crucial ressaltar que ela não se iguala àquelas do modelo indivíduo x Estado, reclamando, portanto, tratamento diferenciado. Afinal, as relações jurídico-privadas envolvem, em ambos os polos, titulares de direitos fundamentais “em potencial rota de colisão”, de modo que o incremento da proteção de uma das partes envolvidas poderá ensejar a restrição do direito fundamental da outra parte, questão a ser considerada com a devida ponderação pelos órgãos responsáveis pela harmonização dos direitos em conflito. Ob. cit., p. 129-130 e 153.

¹⁸⁵ Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 238. Não é o entendimento, contudo, de Sarlet, para quem a vinculação dos particulares – à exceção dos direitos fundamentais destinados explicitamente apenas ao Estado – é sempre direta, e que a presença ou ausência de *poderes privados* apenas indica a necessidade de um grau de vinculação respectivamente mais ou menos intenso. “Direitos Fundamentais e Direito Privado”, p. 138 ss.

¹⁸⁶ Vieira de Andrade, ob. cit., p. 237.

¹⁸⁷ Cf. Alexy, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 531-532. Também apontando que tanto as teorias da eficácia direta como da indireta são aptas a fornecerem “soluções concretas equilibradas e justas”: Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, p. 244.

superdimensionadas¹⁸⁸.

Quanto à melhor solução para a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, há que afastar, de plano, a teoria da convergência estatista. Como anota Alexy, da ausência de proibição estatal para a conduta de um particular não pode ser implicada a participação do Estado na sua realização, sob pena de o Estado vir a ser responsabilizado por toda ação humana não proibida. Em vez disso, deve ele ser responsabilizado, eventualmente, por eventual violação ao direito de proteção do particular, quando houver falhado na regulamentação da relação entre particulares, ou seja, no seu dever de proteção¹⁸⁹.

Dentre as restantes, a teoria dos deveres de proteção se revela como a mais equilibrada. Ao admitir que, em hipóteses excepcionais, mesmo diante da ausência de lei ou contrariamente à previsão legal, o juiz possa atuar para a proteção de direitos fundamentais contra agressões perpetradas por particulares, sobrepuja, com vantagem, a teoria da eficácia mediata, que deixa a desejar na proteção contra graves omissões inconstitucionais do Legislativo.

A teoria dos deveres de proteção é preferível, ainda, à da eficácia direta, que, conforme bem aponta Novais, padece, sobretudo, de dois problemas: a) se seus pressupostos forem levados às últimas consequências, os direitos fundamentais seriam direitos subjetivos de particulares contra particulares, com sério risco de excessiva constitucionalização de conflitos e decisionismo judicial, pois mesmo nas hipóteses já disciplinadas na legislação ordinária, dada a – em geral – baixa densidade normativa dos direitos fundamentais, sempre seria possível invocá-los diretamente; b) em razão justamente desse risco, embora essa teoria afirme a vinculação direta dos particulares, acaba se afastando de suas premissas e não introduzindo um efetivo ganho dogmático, pois, na prática, muitas vezes recorre à intermediação estatal para a resolução ponderada de conflitos, chegando, desse modo, aos mesmos resultados da teoria dos deveres de proteção¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Paulo Mota Pinto, “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, p. 231.

¹⁸⁹ *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 458-461.

¹⁹⁰ *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, p. 82-84, 182 ss.

1.2.7 Direito fundamental completo

Para analisar todas as manifestações dos direitos fundamentais, convém aplicar a ótica de Alexy, que identifica três possíveis posições jurídicas individuais exprimíveis na categoria do “direito subjetivo”: os *direitos a algo*, as *liberdades* e as *competências*.

No plano dos direitos fundamentais, os *direitos a algo* são direitos dos cidadãos em face do Estado, e podem ter por objeto tanto uma ação estatal negativa, hipótese em que Alexy os denomina como *direitos de defesa*, como uma ação estatal positiva (fática ou normativa), por ele designados como *direitos a prestação*. Os direitos à ação estatal negativa englobam os direitos ao *não embaraço de ações* (dificultações ou impedimentos fáticos, como, p. ex., obstar uma reunião em uma rua); os direitos à *não afetação de características e situações* (p. ex., afetar negativamente a vida ou a saúde) e os direitos à *não eliminação de posições jurídicas* (p. ex., derrogação de normas pertinentes ao direito de propriedade)¹⁹¹.

Diferentemente, acresce o autor, as *liberdades jurídicas* têm por objeto uma alternativa de ação. Trata-se de liberdades negativas, caracterizadas pela ausência de obstáculos para que alguém possa tanto fazer como deixar de fazer alguma coisa. A liberdade jurídica pode ser expressa pelo enunciado (1) *A está livre de proibições jurídicas para fazer ou não fazer b*, que equivale ao enunciado (2) *é (juridicamente) permitido que A faça b, e é (juridicamente) permitido que A deixe de fazer b*. As liberdades jurídicas podem ser *protegidas* ou *não protegidas*. Para que uma liberdade negativa seja juridicamente garantida, basta a existência de um direito a uma ação estatal negativa, ou seja, a uma abstenção estatal. A proteção também pode ser realizada por meio de normas objetivas, que imponham deveres, mas não atribuam direitos. Mas mesmo as liberdades jurídicas *não protegidas* de nível constitucional não estão totalmente despidas de proteção, pois normas infraconstitucionais que ordenem ou proíbam aquilo que aquelas permitam fazer ou deixar de fazer são inconstitucionais¹⁹².

¹⁹¹ *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 193-203.

¹⁹² *Ibid.*, p. 218-233.

Uma *liberdade fundamental* é sempre uma liberdade jurídica protegida em face do Estado, pelo menos, por um direito ao não embaraço de ação, i.e., um direito a uma ação negativa. Nesse caso fala-se numa *proteção negativa*. No caso de um *direito fundamental*, tem-se a associação não apenas entre uma liberdade jurídica e um direito contra o Estado de não embaraço, mas, também, a uma *competência* para questionar judicialmente a violação desse direito. É possível, ainda, cogitar de uma *proteção positiva* da liberdade, resultante da combinação entre uma liberdade e um direito a uma ação positiva em face do Estado (direito a prestação)¹⁹³.

As *competências*, por sua vez, são posições jurídicas cujo exercício, por força de normas constitutivas, é apto a alterar situações jurídicas. Exemplos de competências que, no direito alemão, estão associadas a direitos fundamentais são as competências para se casar, criar associações, adquirir propriedade ou testar¹⁹⁴.

Muitas vezes, os direitos fundamentais expressam-se não apenas na forma isolada de alguma das posições jurídicas dos *direitos a algo*, *liberdades* e *competências*, mas, em vez disso, apresenta-se como um feixe de diferentes posições jurídicas, com caráter de regra (normas definitivas) ou princípios (normas *prima facie*)¹⁹⁵, e combinadas em relações de *especificação*, *meio-fim* ou *sopesamento*. Um mesmo direito fundamental, por exemplo, poderá conter posições que especificam outras, de caráter mais genérico (relação de especificação), ou normas que se destinam a garantir outras, como, por exemplo, um direito a algo instituído para a proteção de uma liberdade (relação de meio-fim), ou, por meio de uma ponderação entre diferentes posições *prima facie* individuais ou entre uma posição *prima facie* individual e princípios que digam respeito a interesses coletivos, condensada numa posição definitiva (relação de sopesamento). Um direito assim configurado, como um feixe de posições definitivas e *prima facie* ligadas entre si por meio dos três tipos de relações e atribuído a um dispositivo de direito fundamental, é um *direito fundamental completo*¹⁹⁶. Conforme

¹⁹³ Ibid., p. 234.

¹⁹⁴ Ibid., p. 239 ss.

¹⁹⁵ Sobre a distinção de Alexy entre normas definitivas e *prima facie*, v. item 3.8.1.

¹⁹⁶ Ibid., p. 251, 252.

será tratado mais adiante, o direito fundamental ao meio ambiente é um exemplo típico de direito fundamental completo.

1.2.8 Valorização dos direitos fundamentais na Constituição atual

A Constituição de 1988 resultou de um compromisso entre diferentes vertentes políticas, sendo precedida de intensos debates que envolveram diversos setores da sociedade brasileira, em meio ao esforço de superação dos traumas da ditadura militar. O texto resultante desse labor pode ser considerado analítico, pluralista e com forte caráter programático e dirigente. Todas essas características, ao menos em parte, refletem-se na disciplina por ele conferida aos direitos fundamentais¹⁹⁷.

A necessidade de confortar as variadas correntes político-ideológicas, nem sempre passíveis de uma composição harmônica, repercutiu ao longo do texto constitucional, e, particularmente, sobre as categorias de direitos fundamentais normalmente associados a determinados modelos de Estado (liberal ou social).

O empenho de acomodar esses distintos paradigmas fica evidente logo no preâmbulo, em que os direitos sociais (orientação social) são os primeiros a serem citados, seguidos dos individuais, da liberdade e da segurança (orientação liberal) como valores supremos, e a harmonia social é considerada fundamento da sociedade fraterna (orientação social), pluralista (orientação liberal) e sem preconceitos. As duas se encontram novamente no Título I – Dos Princípios Fundamentais, especificamente no art. 1.º, cujo inciso IV contempla os valores sociais do trabalho (orientação social) e da livre iniciativa (orientação liberal), e cujo inciso V veicula o pluralismo político (orientação liberal).

Naquela que ficou conhecida como “Constituição Cidadã”, os direitos fundamentais ganharam destaque inaudito, em grande medida como uma reação às restrições às liberdades individuais perpetradas no período de exceção. Nesse sentido, várias inovações evidenciam o *status* mais elevado deferido pela Constituição de 1988 aos direitos fundamentais em relação às suas precedentes.

¹⁹⁷ Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 65.

Pela primeira vez dedicou-se um título aos “direitos fundamentais”¹⁹⁸. Além disso, destinou-se se a ele um local privilegiado, logo depois do preâmbulo e do título conferido aos princípios fundamentais. Como se não bastasse, proclamou-se sua aplicabilidade imediata (art. 5.º, § 1.º) e se lhes conferiu imunidade contra o constituinte derivado, na condição de cláusulas pétreas (art. 60, § 4.º). Somado a isso, franqueou-se aos direitos sociais – antes inseridos na ordem econômica e social – um capítulo no título dos direitos fundamentais, enfraquecendo-se o argumento de que possuiriam caráter meramente programático. E, por fim, ampliou-se significativamente o universo de direitos protegidos, sendo forçoso sublinhar – dado o objeto deste trabalho – a previsão expressa de um direito ao ambiente de qualidade¹⁹⁹.

1.2.9 Concepção materialmente aberta de direitos fundamentais na Constituição atual

A nossa Constituição da República consagrou um sistema aberto de direitos fundamentais, o que significa dizer que eles não se esgotam nos direitos enumerados no título segundo – *Dos direitos e garantias fundamentais*²⁰⁰. Essa abertura decorre principalmente do parágrafo segundo do seu artigo 5.º, que dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Tal preceito, inspirado na 9.ª Emenda à Constituição dos EUA, havida em 1791, vem se repetindo, com pequenas variações textuais, desde nossa primeira Constituição republicana, de 1891, e admite direitos que, embora *não escritos no texto constitucional* – alheios, portanto, ao conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais) –, são constitucionalmente fundamentais em razão de seu

¹⁹⁸ Em constituições anteriores, a expressão “direitos fundamentais” apareceu apenas esporadicamente, a saber, a Constituição de 1946 frisou serem os direitos fundamentais parte da base do regime democrático (art. 141, § 13) e limites para intervenção na ordem econômica (art. 146), e a Constituição de 1967, na redação original e no formato da Emenda Constitucional n.º 1, considerou a “garantia dos direitos fundamentais” um dos princípios a reger a organização, funcionamento e extinção dos partidos políticos (art. 149, I, na CF/1967, e 152, I, na EC 1/1969).

¹⁹⁹ A despeito de não inserido no título dos direitos fundamentais, mas dentro da ordem social, a natureza do direito ao ambiente como direito fundamental é inconteste, conforme será tratado no item 1.2.10.3.

²⁰⁰ Mendes e Branco, *Curso de Direito Constitucional*, p. 193.

conteúdo²⁰¹.

Outros dispositivos constitucionais indicam a abertura do sistema, agora, para direitos fundamentais *escritos na Constituição, mas fora do título segundo*, ou seja, *fora do catálogo* de direitos fundamentais. Nesse sentido, o *caput* do artigo 6.º (que integra o título II), enuncia alguns direitos (educação, saúde etc.) afirmando que eles são direitos sociais “na forma desta Constituição”. Vários desses direitos são, de fato, disciplinados fora do catálogo, mais especificamente, no título oitavo, que trata da ordem social. Semelhantemente, o *caput* do artigo 7.º (também integrante do título II), ao enumerar alguns direitos dos trabalhadores, revela sua não taxatividade ao afirmar a existência de outros direitos que visem à melhoria da condição social do trabalhador.

Apesar de os referidos artigos 6.º e 7.º dizerem respeito a direitos sociais, a abertura para a existência de direitos fundamentais fora do título II não se limita a direitos de tal natureza. Aqui se destaca novamente a cláusula de abertura do parágrafo segundo do artigo 5.º, que não se restringe a direitos sociais. A propósito, tal preceito alude a “direitos e garantias expressos nesta Constituição”, e, para além disso, admite até mesmo a existência de direitos não explicitados na CF, ao falar em “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Em outras palavras, se a abertura alcança o mais (direitos fundamentais não positivados na Constituição), forçoso concluir que abraça também o menos (direitos fundamentais formalmente constitucionais, mas estranhos ao catálogo do título segundo).

Embora possa parecer evidente, não é demais frisar que a cláusula de abertura do § 2.º do artigo 5.º, embora agregada ao artigo 5.º, situado no capítulo intitulado *Dos direitos e deveres individuais e coletivos*, não se limita a admitir novos direitos reconduzíveis a alguma dessas categorias, abrangendo, para além disso,

²⁰¹ A Constituição da República Portuguesa possui dispositivo que também permite uma abertura material no conceito de direitos fundamentais (art. 16.º, n.º 1), a que Jorge Miranda denomina *cláusula aberta* ou de *não tipicidade* de direitos fundamentais (*Direitos Fundamentais*, p. 181), e Canotilho prefere designá-la como “norma com *fattispecie* aberta” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 379).

os direitos fundamentais em geral²⁰². Repise-se, novamente, que sua redação alude a “direitos e garantias expressos nesta Constituição”, não se adstringindo aos individuais e coletivos.

Feitas tais considerações, segue-se observando que a Constituição permite a identificação de três categorias de direitos que não estão enumerados no seu título segundo, e que podem, por isso, ser denominados *direitos fundamentais fora do catálogo*:

- a) os direitos fundamentais expressos na Constituição;
- b) os direitos fundamentais que, conquanto não expressos na Constituição, decorram do regime e princípios por ela adotados;
- c) os direitos fundamentais que, conquanto não expressos na Constituição, decorram dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Os direitos fundamentais das duas últimas espécies são conhecidos como direitos *decorrentes*, por decorrerem do regime ou dos princípios da República, ou dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, tendo em comum o fato de não estarem positivados no texto constitucional.

Os direitos integrantes de quaisquer dessas três categorias de direitos, por não estarem inseridos no catálogo de direitos fundamentais, ou seja, por não constarem do título segundo da Constituição, não ostentam a chancela formal do *status* de direito fundamental. Logo, o critério para a identificação desses direitos fundamentais é, necessariamente, *material*.

Consoante o escólio de Bonavides, a constatação da existência de uma dimensão ou perspectiva material das constituições, para além da tradicional constituição formal, remonta a séculos passados. A partir de Lassale, no século XIX, passando por Rudolf Smend, Carl Schmitt e Herman Heller, na época da Constituição de Weimar, desenvolveu-se na Alemanha a teoria material da constituição, em oposição ao normativismo lógico-formal positivista. Buscava, tal teoria, destacar a importância dos valores e dos conteúdos constitucionais, em lugar das formas e categorias. A partir da década de 1930, foi ela também trabalhada na Suíça, por teóricos como Dietrich Schindler, Werner Kaegi e Hans

²⁰² José Afonso da Silva, *Comentário Contextual à Constituição*, p. 181.

Haug, no movimento conhecido como Escola de Zurique. Nos Estados Unidos, a valorização do aspecto material da constituição também se manifestou, sobretudo no século XX, por via do protagonismo de juízes da Suprema Corte, que, introduzindo uma interpretação construtiva, de matiz sociológico, promoveram a adaptação da Constituição americana às mudanças econômicas e sociais havidas ao longo dos séculos, permitindo que, embora formalmente rígida e praticamente intocada (com pouco mais de 20 emendas), conseguisse ser a mais flexível das constituições na sua dimensão material²⁰³.

Ambos os enfoques – material e formal – podem ser aplicados aos direitos fundamentais. Na esteira de Canotilho, pode-se dizer que, do ponto de vista formal, os direitos fundamentais são dotados das seguintes características: a) suas normas estão localizadas no ápice da pirâmide normativa, ou seja, na Constituição; b) em razão desse *status*, suas normas são sujeitas a um procedimento revisional mais rigoroso que o das normas infraconstitucionais; c) configuram, muitas vezes, limites materiais à revisão constitucional, como se dá no art. 60, § 4.º, de nossa Constituição; d) são imediatamente aplicáveis, conforme o art. 5.º, § 1.º, de nossa Lei Maior. Já sob o prisma material, os direitos fundamentais são aqueles cujo conteúdo integra decisivamente as estruturas básicas do Estado e da sociedade²⁰⁴.

O desafio para identificar direitos fundamentais fora do catálogo, portanto, passa pelo exame de seu conteúdo. Dizer que eles são aqueles cuja substância compõe as estruturas básicas do estado e da sociedade, embora seja correto, não agrega muito. São necessários critérios aptos a delimitar melhor a matéria fundamental.

Um primeiro parâmetro nessa direção é o *da equivalência*, um verdadeiro *princípio constitucional implícito* extraído da cláusula de abertura, segundo o qual somente podem ser considerados direitos fundamentais em sentido material aqueles que – segundo os critérios da *importância (relevância)* e *conteúdo*

²⁰³ Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 100-103.

²⁰⁴ Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 379. Os dispositivos constitucionais acima referidos são da nossa Constituição, adaptados a partir daqueles citados originariamente por Canotilho em sua obra, que são da Constituição lusitana.

(*substância*) – possam ser *equiparados* aos integrantes do título segundo²⁰⁵.

Tal equiparação deve considerar, de um lado, que o constituinte normalmente considera os valores mais elevados de determinada comunidade em uma dada quadra histórica a fim de qualificá-los como direitos fundamentais (critério da importância). De outro lado, deve-se levar em conta que tanto o manejo do critério da importância, como o do parâmetro do conteúdo envolve forte grau de subjetividade, o que recomenda que não se busque o paradigma substancial a partir da leitura isolada de determinados direitos do catálogo, mas se analise a matéria que o conjunto desses direitos possui em comum²⁰⁶.

Já os critérios (materiais) indicados expressamente na cláusula de abertura são: a) o *regime*; e b) os *princípios* adotados pela Constituição. O regime em vigor é cunhado, em linhas gerais, pelo parágrafo único do artigo 1.º. Ele é o regime democrático (“todo poder emana do povo) representativo (“que o exerce por meio de representantes eleitos”), mas com possibilidade de participação direta (“ou diretamente, nos termos desta Constituição”), e fundado no pluralismo político (artigo 1.º, IV). Os princípios paradigmáticos, por sua vez, são aqueles contemplados no Título I da Constituição Federal, intitulado *Dos Princípios Fundamentais* – sobretudo o da dignidade da pessoa humana – que, além de fornecerem critério material para identificar os direitos fundamentais deles diretamente decorrentes, guardam relação – a despeito do que a redação do § 2.º do art. 5.º poderia sugerir – com todos os direitos fundamentais, sejam eles do catálogo ou fora dele, inclusive os previstos em tratados internacionais²⁰⁷.

Em Portugal, onde, à semelhança da nossa CF, a respectiva Lei Fundamental alça a dignidade humana à condição de princípio fundamental (art. 1.º) e admite a abertura para direitos fundamentais não previstos na Constituição (art. 16.º, n.º 1), essa dignidade também é vista como parâmetro para auxiliar a

²⁰⁵ Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 92-93. Conforme observa o autor, é possível inferir a existência desse parâmetro de equivalência a despeito da inexistência em nossa Carta Constitucional de dispositivo semelhante ao artigo 17 da Constituição da República Portuguesa, que manda aplicar o regime dos direitos, liberdades e garantias aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais que lhes forem análogos. Outrossim, anota que também no direito constitucional alemão fala-se em direitos fundamentais equiparados, embora não haja acordo sobre a terminologia e o alcance da cláusula de abertura.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 93-94.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 94-95.

superar as dificuldades na identificação dos direitos fundamentais equiparados. Andrade, por exemplo, localiza nesse princípio um dos critérios para identificação de direitos fundamentais não enumerados no texto constitucional²⁰⁸, e entende que ele confere unidade de sentido ao sistema de direitos fundamentais, dele derivando, em maior ou menor grau, todos os direitos fundamentais²⁰⁹.

Há que ressaltar, contudo, conforme alerta Sarlet, que o emprego da dignidade humana como parâmetro material para detecção de direitos fundamentais fora do catálogo deve ser utilizado com cautela. Dado o alto grau de indeterminação e seu caráter polissêmico, não apenas todo e qualquer direito fundamental previsto no texto constitucional pode, a depender do ponto de vista, ser relacionado de maneira *direta* ou *indireta* a esse princípio, como, do mesmo modo, qualquer direito fora do catálogo poderia – com certo esforço hermenêutico – ser a ele reconduzido. Por isso, há que identificar em tal princípio um vetor basilar, porém não exclusivo para a identificação de direitos fundamentais implícitos, a ser considerado sempre em conjunto com outros critérios materiais, salvo quando, após acurado exame de dada posição jurídica, conclua-se ser ela *diretamente* embasada e relacionada à dignidade da pessoa humana (i. e., seja essencial à sua proteção), hipótese em que seguramente se estará diante de um direito fundamental equiparado²¹⁰.

1.2.10 O meio ambiente como objeto de direito

1.2.10.1 O direito humano a um ambiente equilibrado

O primeiro e mais importante documento internacional a afirmar a existência de um direito humano ao meio ambiente saudável foi a Declaração de Estocolmo, proferida na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972, que, em seu princípio primeiro, dispôs que “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar”.

²⁰⁸ Os *Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 80, especialmente n.r. 22.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 97-98.

²¹⁰ Sarlet, *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 114-116.

A despeito da inequívoca importância histórica desse documento para o direito internacional do meio ambiente²¹¹, não há consenso sobre sua contribuição para a consagração de um direito humano ao meio ambiente sadio. Há quem afirme que se trata de um instrumento que prometia servir de base para a elaboração de um direito humano à qualidade ambiental, mas seu impacto teria sido notadamente modesto no âmbito do direito internacional, embora possa ter sido maior no âmbito das constituições²¹².

De fato, a Declaração de 1972 não logrou impulsionar o reconhecimento de um direito humano ao meio ambiente por nenhum tratado de alcance planetário. Mesmo na seara do *soft law*, alguns documentos historicamente importantes passaram ao largo dessa temática. Esse foi o caso, por exemplo, do Relatório Brundtland, que, 15 anos depois de Estocolmo, fez emergir a ideia de *desenvolvimento sustentável*, mas não afirmou a existência de um direito humano ao meio ambiente saudável.

A não menos relevante Declaração do Rio de Janeiro, de 1992, utilizou uma linguagem ambígua para se desviar da questão, ao dispor, no seu princípio primeiro, que “os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável”, e “têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”.

É bem verdade que vários tratados regionais reconheceram esse direito, tais como a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981)²¹³, o Protocolo de San Salvador (1988)²¹⁴, a Convenção de Aarhus (1998)²¹⁵ e a Carta Árabe sobre

²¹¹ Guido Fernando Silva Soares chega a equipará-lo à *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1945, em termos de relevância para o direito internacional e para a diplomacia. *Direito Internacional do Meio Ambiente*, p. 55.

²¹² Patricia Birnie, Alan Boyle e Catherine Redgwell, *International Law & the Environment*, p. 271 e 275.

²¹³ Art. 24. Todos os povos têm direito a um meio ambiente geral satisfatório, propício ao seu desenvolvimento.

²¹⁴ Art. 11, número 1: Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos.

²¹⁵ O direito humano ao meio ambiente saudável é inserido na delimitação dos objetivos da convenção, em seu artigo 1.º: “Com o objetivo de contribuir para a proteção do direito de todos os indivíduos, das gerações presentes e futuras, a viver num ambiente propício à sua saúde e bem-estar, cada Parte garantirá a concessão dos direitos de acesso à informação, à participação do público no processo de tomada de decisões e à justiça no domínio do ambiente, em conformidade com o disposto na presente Convenção”.

Direitos Humanos (2004)²¹⁶. Contudo, passados mais de 50 anos desde a Conferência de Estocolmo, ele ainda não foi consagrado em nenhuma norma de abrangência global.

A Declaração de Estocolmo, de todo modo, influenciou muitos diplomas de *soft law* e, no campo das normas vinculantes, inspirou tratados regionais, constituições e legislações locais²¹⁷. Conforme relatório publicado em 2005 como material para a 61.^a sessão da Comissão de Direitos Humanos da ONU, 56 (cinquenta e seis) constituições ao redor do globo já haviam reconhecido explicitamente o direito a um meio ambiente limpo e saudável²¹⁸. Tal contexto levou Bosselmann a afirmar que o direito ao meio ambiente saudável era um direito humano *in statu nascend*²¹⁹. Atualmente, 100 países reconhecem explicitamente em suas constituições o direito ao meio ambiente saudável, e outros 12 o fazem de maneira implícita. Além desses 112, outros 37 reconhecem a existência desse direito em tratados regionais²²⁰.

Em meio a esse contexto, a questão sobre a atual existência de um direito humano (i. e., globalmente válido) ao meio ambiente de qualidade é controvertida²²¹. Essa incerteza motivou a Subcomissão das Nações Unidas para a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias a, em 1994, propor a

²¹⁶ Art. 38. Cada pessoa terá direito a um adequado padrão de vida para si mesmo e sua família, assegurando-se bem-estar e uma vida decente, incluídos comida, vestimentas, habitação, e serviços adequados, e o direito a um meio ambiente seguro. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas dentro dos seus recursos disponíveis para assegurar a realização deste direito.

²¹⁷ Segundo levantamento de Guido F. S. Soares, entre as declarações de Estocolmo (1972) e do Rio de Janeiro (1992) foram subscritos 104 atos multilaterais na área ambiental. Ele os classificou segundo nove grandes áreas temáticas: a) Grandes Espaços Ambientais, b) Proteção aos Trabalhadores, Regulamentação de Materiais Tóxicos, em vários aspectos, as Regulamentações de Certas Atividades Industriais, c) Proteção à Fauna e à Flora, à Biodiversidade, à Pesca Internacional e Combate à Desertificação, d) Espaços Marítimos e Oceânicos, e) Rios e Lagos Internacionais e Bacias Hidrográficas, f) Atmosfera e Clima e Proteção da Camada de Ozônio, g) Utilização Pacífica da Energia Nuclear, h) Proteção do Patrimônio Cultural e Natural, e i) Responsabilidade e Reparação do Dano. *Direito Internacional do Meio Ambiente*, p. 56 (em especial, n.r. 1), 96 e 97.

²¹⁸ Marcelo Mollo, Alyssa Johl, J. M. Wagner et al, *Environmental Human Rights Report: Human Rights and the Environment*, p. 37.

²¹⁹ Klaus Bosselmann, “Direitos Humanos, Meio Ambiente e Sustentabilidade”, p. 90.

²²⁰ David R Boyd, “Catalyst for Change”, p. 18-23.

²²¹ Entre outros que vislumbram a existência atual de tal direito humano: Alexandre Kiss, “An introductory note on human right to environment”, e Sarlet e Fensterseifer, *Direito Constitucional Ecológico*, p. 88. Enxergando separadamente – e como potencialmente conflituosas – as normas de direitos humanos e as de proteção ao meio ambiente: Guido Fernando Silva Soares, *A Proteção Internacional do Meio Ambiente*, p. 173-176.

aprovação de uma Declaração de Princípios sobre Direitos Humanos e Meio Ambiente, na qual se reconheceria o direito a um meio ambiente satisfatório, no propósito de fomentar a posterior aprovação de normas que consolidassem tal *status* jurídico. Essa proposta, contudo, não foi bem acolhida na Comissão de Direitos Humanos da ONU, e encontrou forte oposição dos EUA e de países da Europa. Mesmo entre alguns acadêmicos, objetou-se que a iniciativa seria indesejável por, entre outras razões, trazer para o âmbito do direito do meio ambiente um enfoque tradicionalmente antropocêntrico dos direitos humanos, e desnecessária, em razão da pré-existência de vários diplomas internacionais que conferiram proteção a variados setores do meio ambiente²²².

A discussão sobre a efetiva integração do direito ao meio ambiente saudável no rol de direitos humanos não se reduz a mero fetiche teórico. Afinal qualidade de *direito humano* é o parâmetro material do parágrafo terceiro do artigo 5.º constitucional para que uma disposição prevista em tratado internacional do qual o Brasil seja parte seja internalizada em nossa ordem jurídica com *status* de emenda constitucional, bem como contemplada com a garantia de intangibilidade, inerente às cláusulas pétreas (art. 60, § 4.º, IV, da CF).

A esse respeito, a despeito da divergência acadêmica sobre ser o direito ao ambiente um direito humano juridicamente estabelecido²²³, à luz da ordem positiva aplicável em nosso país tal natureza jurídica já não pode ser refutada, desde que o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) foi incorporado ao nosso ordenamento jurídico²²⁴. Esse instrumento, em seu artigo 11, n.º 1, proclama que “Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a

²²² Cf. Birnie, Boyle e Redgwell, *International Law & the Environment*, p. 279. Também identificando na visão antropocêntrica do sistema internacional de direitos humanos um provável ponto de conflito com o direito internacional do meio ambiente: Soares, *A Proteção Internacional do Meio Ambiente*, p. 173-176. Afim de superar o enfoque antropocêntrico dos direitos humanos, Bosselmann sugere um “projeto de direitos humanos ecológicos”: em vez de acrescer ao rol de direitos humanos um novo direito ao meio ambiente, prefere aplicar aos direitos humanos já reconhecidos uma “dimensão ecológica”, à maneira do que se dá na sua “dimensão social”: “Direitos Humanos...”, p. 92-109.

²²³ Não se trata aqui, portanto, da visão filosófica daquilo que mereceria ser tido como direito humano.

²²⁴ Em vigor internacionalmente desde 16 de novembro de 1999, no âmbito doméstico o Protocolo foi aprovado pelo Decreto Legislativo n. 56/1995 e publicado pelo Decreto 3.321/1999.

contar com os serviços públicos básicos”.

A partir de então, as normas ambientais de outros tratados de que o Brasil vier a ser parte poderão ingressar em nosso ordenamento como direito constitucional com *status* de cláusula pétrea. Poderia ser o caso, por exemplo, de normas que reforçassem o regime de responsabilidade civil ambiental. De todo modo, desde a inclusão, pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, do § 3.º ao artigo 5.º da Constituição, a internalização com estatura constitucional (*status* de emenda constitucional), segundo decidido pela maioria do STF, também depende de um especial requisito formal: um procedimento de internalização qualificado, consistente na aprovação do tratado, em dois turnos, por três quintos dos votos de cada casa do Congresso Nacional²²⁵. Caso a aprovação se dê por maioria simples, a norma terá hierarquia supralegal – como é regra nos tratados internacionais de direitos humanos –, porém não constitucional, e, portanto, será despida do *status* de cláusula pétrea²²⁶.

1.2.10.2 O direito fundamental a um ambiente equilibrado

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é pacificamente reputado na doutrina como um direito fundamental²²⁷. Com efeito, a essencialidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado para uma sadia qualidade de vida é reconhecida expressamente no artigo 225 da Constituição Federal. Logo, embora situado fora do catálogo do Título Segundo, trata-se de um direito estreitamente associado ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, sendo sua fundamentalidade respaldável na abertura material da Constituição²²⁸.

Em reforço à afirmação dessa fundamentalidade, há que observar o exposto reconhecimento por nossa República, conforme referido no subitem anterior, de um *direito humano* de viver em um meio ambiente sadio. Trata-se, portanto, o meio ambiente, de um bem dentre aqueles de mais elevada estatura no seio de nossa ordem jurídica, parâmetro material a ser levado em conta na aferição

²²⁵ Enquanto o § 2.º do art. 5.º da CF promove uma abertura *material* no rol constitucional de direitos fundamentais, o § 3.º, no escólio de Araujo e Nunes Júnior, ensejaria uma abertura *formal* desse catálogo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 299.

²²⁶ RE 466343, rel. Min. Cezar Peluso, T. Pleno, j. 03.12.2018, rep. ger., *DJe-104* div. 04.06.2009. No mesmo sentido: Vidal Serrano Nunes Júnior, *A Cidadania Social na Constituição de 1988*, p. 30.

²²⁷ Cf. Tiago Fensterseifer, *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*, p. 167.

²²⁸ Sobre a concepção constitucional materialmente aberta dos direitos fundamentais, v. item 1.2.9.

da fundamentalidade dos direitos situados fora do catálogo.

Do mesmo modo que a doutrina, a jurisprudência constitucional reconhece de forma pacífica o *status* de direito fundamental do preceito do artigo 225. Nesse sentido, destacam-se, por exemplo, o acórdão pioneiro proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3540 MC²²⁹, e, bem mais recentemente, o aresto emitido na ADI 5312, em que, além de tudo, a Corte empregou na motivação, para o fim de declarar inconstitucional lei do Estado de Tocantins que dispensava o prévio licenciamento ambiental de atividades agrossilvipastoris, a constatação de que a norma protegia insuficientemente o direito fundamental ao meio ambiente²³⁰.

1.2.10.3 O direito ao ambiente como direito fundamental completo

A configuração do direito fundamental ao meio ambiente corresponde àquilo que Alexy designa como *Grundrecht als Ganzes*, que, em português, pode ser traduzido como *direito fundamental completo*²³¹, em sentido amplo ou como *um todo*²³², ou seja, um feixe de posições jurídicas que interagem em relações de diferentes espécies e que se manifestam tanto na forma de normas *prima facie* como definitivas²³³. Esse feixe abarca, seja por meio de normas-princípio ou normas-regra, o direito a que o Estado se abstenha de certas intervenções no meio ambiente (direito de defesa), o direito a que o Estado proteja os titulares contra ofensas de terceiros (direito a proteção), o direito a que o Estado insira os titulares nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedimentos) e o direito a que o Estado atue materialmente em prol do ambiente (direito a prestação fática)²³⁴.

A explicação para essa complexidade estrutural pode ser extraída de Vieira de Andrade, que observa que o direito ao meio ambiente, e, sob alguns aspectos, o dos consumidores, figuram entre direitos consagrados nas últimas décadas do século XX em resposta aos desafios impostos por uma sociedade de massa,

²²⁹ ADI 3540 MC, rel. Min. Celso de Mello, T. Pleno, j. 01.09.2005, DJ 03.02.2006.

²³⁰ ADI 5312, rel. Min. Alexandre de Moraes, T. Pleno, j. 25.10.2018, DJe-026 div. 08.02.2019.

²³¹ Terminologia empregada na *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Alexy, na tradução de V. A. da Silva.

²³² Traduções sugeridas por Sarlet e Fensterseifer em *Direito Constitucional Ecológico*, p. 90 ss.

²³³ V. item 1.2.7.

²³⁴ Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 443.

ultradiversificada e cuja sobrevivência é ameaçada por riscos ecológicos e genéticos criados por seu próprio desenvolvimento científico-tecnológico (*sociedade de risco*, de Beck, ou *sociedade do desaparecimento*, de Breuer)²³⁵. Para arrostá-los à altura, esses novos direitos já não se afiguram simplesmente como direitos de defesa, direitos de participação ou de prestação voltados principalmente contra o Estado, caracterizando-se, em vez disso, por “um complexo de todos eles”²³⁶.

A positivação do artigo 225 da Constituição Federal, norma-matriz do direito fundamental ao meio ambiente no sistema jurídico pátrio, exemplifica magistralmente a estrutura complexa típica desses “novos direitos”.

De fato, no *caput* do nosso dispositivo constitucional nota-se a consagração de um direito ao meio ambiente como princípio, num plano *prima facie*: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”. Na sequência, em relação de meio e fim com a disposição antecedente, impõe-se “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Em prol da coletividade, esse excerto pode ser interpretado como veiculador, a um só tempo, de um direito fundamental de defesa em face do Estado (a que corresponde um dever estatal de abstenção) e um direito a proteção contra agressões não estatais (a que se correlaciona um dever estatal de proteção). Em face dos particulares, nota-se a instituição de um dever fundamental explícito, de natureza *prima facie*, correlato ao direito fundamental em questão, já que sobre a coletividade também recai a obrigação de defender e preservar o meio ambiente.

Nos incisos do parágrafo primeiro, abundam posições jurídicas em relação de meio e fim com o *direito a algo* proclamado no *caput*, e, particularmente, de especificação dos deveres de abstenção e de proteção que recaem sobre o Poder Público. De maior interesse ao escopo desta pesquisa, porém, são os preceitos dos parágrafos segundo e terceiro. Convém, por sua maior generalidade, iniciar pelo último.

²³⁵ Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 61-63.

²³⁶ *Ibid.*, p. 63.

O parágrafo terceiro, ao dispor que as “condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”, encerra não apenas, de modo *prima facie*, mandados de responsabilização penal e administrativa dos infratores das normas ambientais, como, de forma definitiva, ou seja, com estrutura de *regra*, um *mandado de responsabilização civil objetiva*²³⁷.

Já o parágrafo segundo do mesmo artigo, ao impor o dever de recuperação do meio ambiente degradado pela atividade minerária, figura, concomitantemente, numa relação de meio e fim em relação ao direito ao meio ambiente, e de especialização em relação ao dever de reparação do prejuízo, estipulado no parágrafo terceiro.

Por fim, a Constituição abriga também, de modo implícito, outros comandos relacionados à responsabilidade civil do meio ambiente, e que, portanto, também compõem o direito fundamental ao meio ambiente completo, em relação de meio e fim com o propósito de defesa e proteção do ambiente. Eles serão objeto, juntamente com a responsabilidade civil ambiental de modo geral, do capítulo 2.

1.2.10.4 O direito ao ambiente como cláusula pétrea

O art. 60, § 4.º, IV, da Lei Fundamental, põe a salvo de deliberação emendas constitucionais tendentes a abolir *direitos e garantias individuais*, conferindo-lhes, portanto, o *status* de *cláusulas pétreas*. No que diz com o objeto da presente pesquisa, releva observar a existência de uma forte controvérsia sobre essa regra se estender a todos os tipos de direitos fundamentais.

Há quem confira a esse preceito uma interpretação restritiva. Seja para não provocar um engessamento da Constituição, seja porque apenas os direitos individuais “propriamente ditos”, a saber, a liberdade e a igualdade, seriam – conforme manifestação uniforme na história constitucional de diferentes países – inerentes ao Estado de Direito, somente eles gozariam do atributo da

²³⁷ Não há confundir a instrumentalidade aqui referida com aquela da divisão de Benjamim (“Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro”, p. 52) em normas ambientais materiais e instrumentais. Lá, o autor utiliza como parâmetro o caráter *material* ou *procedimental* das normas constitucionais de tutela ambiental. Sob esse critério, evidentemente, os §§ 2.º e 3.º do art. 5.º seriam normas ambientais materiais, e não instrumentais.

intangibilidade, ao contrário dos direitos sociais, cuja realização seguiria condicionada à conjuntura econômica, política e jurídica²³⁸.

Sem embargo, conforme anotam Sarlet e Brandão, correto é o entendimento amplamente majoritário, segundo o qual a norma do art. 60, § 4.º, IV tem alcance mais vasto, abraçando não apenas as liberdades fundamentais, mas todos os direitos fundamentais, inclusive os de natureza prestacional. Em prol dessa visão, consideram-se (i) a insuficiência da adoção de um critério interpretativo meramente gramatical, (ii) a fluidez semântica e a densidade moral dos “direitos e garantias individuais”²³⁹, (iii) a abertura material do elenco de direitos propiciada pelo art. 5.º, § 2.º, (iv) a imprecisão terminológica do constituinte na positivação dos direitos do indivíduo, e (v) a unicidade do sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, seja em razão da notória ausência de discriminação constitucional entre os direitos das diversas “dimensões” – inclusive para fins de aplicabilidade imediata (art. 5.º, § 1.º) –, seja porque, no âmbito internacional, a tese do tratamento isonômico as diversas espécies de direitos humanos vem sendo afirmada²⁴⁰.

A par dessas razões, o abrigo do direito fundamental ao meio ambiente no artigo 60, § 4.º deriva de seu íntimo entrelaçamento com o direito à vida, que, por sua vez, relaciona-se não apenas com a existência humana, mas também à dignidade, à integridade físico-corporal e à integridade moral, o que torna o direito ao meio ambiente equilibrado imune à eliminação por via de emendas constitucionais²⁴¹.

²³⁸ É como pensa Gilmar F. Mendes, “Os Limites da Revisão Constitucional”, p. 13-17.

²³⁹ Quanto a essa fluidez, é importante sublinhar que o direito ao meio ambiente, embora caracterizado por um viés coletivo, ostenta, por outro lado, uma expressão também individual, já que é de modo pessoalizado que o indivíduo assimila as afetações positivas ou negativas da qualidade ambiental. Essa faceta subjetivo-individual, a propósito, é reconhecida constitucionalmente, quando a Carta Política defere aos cidadãos a legitimidade para defender o ambiente em juízo via ação popular (art. 5.º, LXXIII).

²⁴⁰ Sarlet e Brandão, Comentários ao art. 60, in: *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 1223 e 1224. Acerca do imperativo de tratamento igualitário entre os diversos tipos de direitos humanos, na n.r. 74, os autores apontam o artigo 5.º da Declaração de Viena de 1993, aceita unanimemente por 171 Estados, *verbis*: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de maneira justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”. Também defendendo a interpretação extensiva: Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, p. 159; Souza Neto e Sarmento, *Direito Constitucional*, p. 309 e 310; Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*; e Vieira, “A Constituição como Reserva de Justiça”.

²⁴¹ José Afonso da Silva, “Fundamentos Constitucionais da Proteção do Meio Ambiente”, p. 53-55.

Em função dos fundamentos expostos, não restam dúvidas no sentido de que o direito fundamental ao meio ambiente se encoraja com a intangibilidade das cláusulas pétreas²⁴².

1.2.10.5 Detalhando o objeto do direito fundamental ambiental

De início, convém não confundir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com seu objeto. Para Rui Carvalho Piva, o bem ambiental seria o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, “valor difuso e imaterial, que serve de objeto mediato a relações jurídicas de natureza ambiental”²⁴³. Contudo, como adverte Durval Salge Júnior, a rigor os bens ambientais não se confundem com o direito ao meio ambiente equilibrado²⁴⁴.

Posta tal premissa, há que frisar que o bem ambiental pode ser considerado a partir de diversas perspectivas. Uma delas diz pressupõe uma duplicidade de dimensões. Em um nível mais amplo, encontra-se o meio ambiente como um todo, bem de uso comum vazado no *caput* do art. 225 da CF, o patrimônio público versado na Lei n. 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente). Sob esse prisma, conforme assinala Milaré, considera-se o ambiente como bem difuso de interesse coletivo, cujo valor não reside num recurso isolado, tampouco na soma de todos eles, mas sim na sua organização por meio de relações *ecossistêmicas*, no equilíbrio ecológico, na saúde ambiental. Não pertence a determinados indivíduos, mas à sociedade. Ele é intangível, não quantificável e impossível de valorar.

Já num plano mais restrito, assentam bens tangíveis, componentes daquele bem difuso e intangível. É sobre esses que o direito se debruça, pois ele opera com coisas reais e concretas, os recursos naturais bióticos (fauna, flora, populações humanas) ou abióticos (água, ar, solo), ainda que a obtenção do bem-estar social e demais influências benéficas do equilíbrio ambiental sejam o resultado visado

²⁴² No mesmo sentido: Padilha, *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro*, p. 173.

²⁴³ *Bem Ambiental*, p. 152.

²⁴⁴ O autor observa, ainda, que os bens ambientais podem ser materiais ou imateriais, dependendo da natureza corpórea ou incorpórea dos objetos sobre os quais incide o direito. Assim, o mar territorial (bem natural) e um quadro de Tarsila Amaral (bem cultural) seriam bens ambientais materiais, ao passo que as “crendices populares” (bem cultural) seriam bens ambientais imateriais *Instituição do bem ambiental no Brasil, pela Constituição Federal de 1988 – seus reflexos jurídicos ante os bens da União*, p. 104 e 105.

pelas ações jurídicas e gerenciais incidentes sobre os bens ambientais concretos. Tais bens são mensuráveis e, até certo ponto, valoráveis pecuniariamente. Embora sejam passíveis de compor o patrimônio de um ente público ou mesmo de particulares, o exercício desse direito de propriedade é suscetível de limitações e restrições legais, já que a saúde do meio ambiente como um todo depende da higidez de cada um de seus componentes²⁴⁵.

Existem, portanto, duas ordens de bens ambientais. Na primeira, sobressai-se o macrobem meio ambiente, na outra, os microbens que lhe dão suporte material (rios, lagos, florestas, casas de valor histórico etc). O meio ambiente, embora seja objeto de interesse difuso (visto pelo prisma da legitimação para agir), do ponto de vista patrimonial tem natureza de bem público de uso comum. Já os microbens que o compõem também consistem em bens ambientais, podendo ser públicos ou privados, embora sempre gravados com a marca do interesse público, e, portanto, sujeitos ao regime dos bens de interesse público²⁴⁶.

José Afonso da Silva enxerga na qualidade de “ecologicamente equilibrado”, que deve ornar o meio ambiente, o bem concebido pelo art. 225 da CF, verdadeiro *patrimônio ambiental*²⁴⁷. A mesma opinião é compartilhada por Marcelo Abelha, que vê no *equilíbrio ecológico* do meio ambiente o bem ambiental. Tal autor afirma, ainda, que os componentes bióticos e abióticos do meio ambiente não se confundem com o bem ambiental objeto do art. 225 da CF, e somente podem ser considerados bens ambientais na medida em que configurem ingredientes necessários à formação do equilíbrio ecológico²⁴⁸.

Fato é, contudo, que a Constituição não dissocia a qualidade interacional (equilíbrio ecológico) dos elementos em interação (sejam eles bens materiais ou imateriais) que, associados entre si, constituem o meio ambiente como um todo, qualificado pela higidez. O *caput* do seu artigo 225 fala “em meio ambiente ecologicamente equilibrado”, e não, simplesmente, em equilíbrio ecológico. Além disso, em diversos preceitos do seu corpo normativo, a Lei Fundamental trata

²⁴⁵ Milaré, *O Direito do Ambiente*, 511-516.

²⁴⁶ Benjamin, “Função Ambiental”, p. 67-82.

²⁴⁷ José Afonso da Silva, *Direito Ambiental Constitucional*, p. 82-84.

²⁴⁸ Marcelo Abelha Rodrigues, *Instituições de Direito Ambiental*, v. 1, p. 59-61.

especificamente da proteção de microbens ambientais (fauna, flora, patrimônio cultural etc), dado que não há como assegurar o equilíbrio do todo se os componentes de cuja interação ele depende estiverem degradados. Assim, não há como extremar do objeto do direito fundamental ao meio ambiente os microbens o integram, muito embora eles sejam disciplinados normativamente em função deste.

Uma outra ordem de considerações debruça-se não sobre a duplicidade de planos dimensionais do bem ambiental, mas sobre a natureza dos seus elementos constitutivos. Muitos veem com maus olhos a introdução de bens outros que não os naturais dentre os microbens ambientais. Teme-se, por exemplo, que, com tal inclusão, haveria uma inadequada ampliação do objeto de tutela do direito ambiental, a ponto de fazê-lo se confundir com outros ramos do direito, em prejuízo de sua definição e, por consequência, de sua autonomia científica²⁴⁹. Além disso, assevera-se que a adoção de um conceito muito amplo de meio ambiente, a englobar componentes físicos, psíquicos e sociais, não resultaria em nenhuma utilidade para o direito²⁵⁰. Logo, o bem objeto do artigo 225 se circunscreveria ao equilíbrio ecológico no seu sentido estrito, não alcançando bens pertinentes ao meio ambiente artificial, cultural ou do trabalho²⁵¹.

Há, contudo, expressiva visão científica no sentido oposto. José Afonso da Silva, por exemplo, vê o meio ambiente como uma entidade única, mas, admitindo que ele é formado pela interação de elementos naturais, artificiais e culturais, considera a utilidade de se ressaltarem seus diversos aspectos (meio ambiente natural, meio ambiente cultural e meio ambiente artificial), pois, conforme a faceta em questão, diverso será o regime jurídico²⁵².

Mesmo por força de constatação empírica, não há como negar que o meio ambiente não congrega apenas elementos naturais, tampouco poderia o macrobem ambiental ser reduzido a interações entre recursos naturais, já que sofre, também, as influências dos artificiais e os culturais. Aliás, é cada vez mais difícil extremar o

²⁴⁹ Marcelo Abelha Rodrigues, *Instituições de Direito Ambiental*, p. 57.

²⁵⁰ López, "El derecho ambiental como derecho de la función pública de la protección de los recursos naturales", p 106 e 107.

²⁵¹ Marcelo Abelha Rodrigues, ob. cit., p. 63-67.

²⁵² *Direito Ambiental Constitucional*, p. 19-23. Também inserindo no espectro do macrobem ambiental bens artificiais e culturais: Milaré, *O Direito do Ambiente*, p. 515-516.

natural do cultural, dado que o homem vem modificando o planeta desde a pré-história, sendo atualmente pouquíssimos os espaços ainda não afetados por impactos antrópicos²⁵³. Por conseguinte, forçoso concluir que as moradias, os logradouros públicos, as edificações e núcleos habitacionais em geral (vilas, povoados, cidades etc) são *microbens ambientais artificiais*, e os bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro também podem ser considerados *microbens ambientais culturais*²⁵⁴.

No plano normativo, há espaço para uma concepção do meio ambiente que ultrapasse as fileiras estritamente naturais. A propósito, a Constituição Federal, no artigo 200, VII, ao atribuir ao Sistema Único de Saúde a competência para colaborar na proteção do meio ambiente, nele inclui o *meio ambiente do trabalho*, que sói ser de natureza predominantemente artificial. Já no plano infraconstitucional, a Lei n. 9.605/1998, no Capítulo V, destinado aos crimes contra o meio ambiente, tipifica criminalmente, na Seção IV, diversas condutas ofensivas ao ordenamento urbano e ao patrimônio cultural. Outrossim, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 3º, I, define o meio ambiente como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas, o que dá azo para inserir, nas condições e influências sobre a vida em geral, as obras da engenhosidade criativa humana²⁵⁵.

De todo modo, não há como negar que o artigo 225 da Constituição, já no *caput*, ao definir o objeto desse direito fundamental como o meio ambiente *ecologicamente* equilibrado, quer em vários dos dispositivos de seu corpo, onde abundam termos característicos das ciências biológicas (processos ecológicos essenciais, manejo ecológico, ecossistemas, função ecológica, fauna, flora, espécies, recursos naturais etc), denota uma ênfase nos elementos ambientais naturais.

²⁵³ Marcos Paulo de S. Miranda, *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro*, p. 13.

²⁵⁴ Do ponto de vista extrajurídico, os elementos artificiais (moradias, logradouros públicos, cidades) não deixam de ser culturais, no sentido de que são produtos da criação humana. Sem embargo, os bens culturais são apenas aqueles que, nos termos do art. 216 da CF, sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

²⁵⁵ Milaré identifica nos “elementos da biosfera”, arrolados dentre os “recursos ambientais” do inciso V do mesmo dispositivo, a possibilidade de inclusão, dentro do conceito de meio ambiente, dos microbens não naturais, como “ecossistemas humanos”. *O Direito do Ambiente*, p. 118.

Além disso, há que frisar que eventual proteção aos componentes ambientais humanos se dá sempre numa “segunda linha” relativamente aos naturais, é dizer, não pode ser realizada em detrimento dos componentes ambientais naturais²⁵⁶.

Por essas razões, embora registrada em obra de 1985, a percepção de Coimbra quanto à extensão do conceito de meio ambiente se mostra perfeitamente afinada com o objeto do direito fundamental da Carta Constitucional de 1988. Diz o autor que “a parte preponderante da entidade ambiental cabe aos elementos naturais e seus prolongamentos, aferidos por sua relação essencial com a vida”. Apesar disso, afirma também que integram componentes artificiais (desde a morada do homem até os grandes aglomerados urbanos) e culturais (monumentos naturais, históricos e artísticos, indissociáveis da cultura e do estilo de vida de um povo, reservas ecológicas, parques nacionais, velhas fazendas, a memórias das cidades como parte da memória nacional, entre outros), com a ressalva de que não seria apropriado alargar demais o conceito de meio ambiente, sob pena de não se poder caracterizá-lo e administrá-lo²⁵⁷.

1.3 Deveres fundamentais

A ideia de deveres sempre acompanhou as civilizações, independentemente de suas orientações religiosas, éticas ou filosóficas. Mesmo o eclodir das revoluções liberais, com suas declarações e constituições, não se limitou ao reconhecimento de direitos, fazendo-se acompanhar, explícita ou implicitamente, da imposição de deveres orientados pelo princípio montesquiano da virtude, como se faz sentir na Declaração de Direitos da Virgínia (1776): “o governo livre e as bênçãos da liberdade não podem ser preservados por nenhum povo sem um forte sentimento de justiça, moderação, temperança, frugalidade e virtude e sem um constante recurso aos princípios fundamentais” (secção XV)²⁵⁸.

No mesmo sentido, o preâmbulo da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) anunciou como uma de suas finalidades a de se fazer sempre presente em todos os membros do corpo social, para lhes lembrar

²⁵⁶ Santos, Dias e Aragão, *Introdução ao Direito do Ambiente*, p. 23.

²⁵⁷ Coimbra, *O outro lado do meio ambiente*, p. 29.

²⁵⁸ Jorge Miranda, *Direitos Fundamentais*, p. 102.

permanentemente seus direitos e de seus *deveres*. Especificamente, a última parte de seu artigo 7.º aludia ao dever de obediência, o artigo 13 prescrevia o dever de todos os cidadãos de contribuir, de acordo com suas possibilidades, para a manutenção da força pública e para as despesas da Administração (i. e., de pagar impostos), e o artigo 17 previa o dever de suportar a privação da propriedade no caso de necessidade pública legalmente comprovada e mediante prévia e justa indenização.

No campo constitucional, desde o século XIX registram-se imposições de deveres paralelamente à garantia de direitos. Nossa Constituição Imperial de 1824, por exemplo, contemplava alguns deveres, como o de pegar em armas para sustentar a independência e integridade do Império, e defendê-lo dos seus inimigos externos ou internos (art. 145), ao passo que o dever de pagar impostos era implícito na previsão constitucional de iniciativa sobre essa matéria conferida à Câmara dos Deputados (art. 36). Não surpreende, aliás, que exatamente esses dois deveres – de defesa da pátria e pagar impostos – tenham sido os únicos repetidamente encontrados nas constituições liberais, seja porque eram pressupostos da própria existência e funcionamento do Estado, seja porque, de certa forma, “revelavam a outra face respectivamente da liberdade e da propriedade, os dois direitos que, no fundo, resumem todo o conjunto dos direitos fundamentais da época”²⁵⁹.

Ao longo do século XX, diversas constituições, dentre as quais a brasileira de 1988, perfilaram direitos e deveres²⁶⁰. A título de precursora, pode-se destacar a Constituição alemã de 1919, que conferiu à sua parte II a epígrafe *Direitos e deveres fundamentais dos alemães*, que incluía, dentre outros deveres tradicionais, o de prestar serviços ao Estado e à comunidade na forma da lei, incluído o serviço militar (art. 133) e de contribuir para as despesas públicas na medida de suas possibilidades e na forma da lei (art. 134), também o dever de frequência obrigatória à escola, até, em princípio, a idade de 18 anos (art. 145).

Apesar da histórica constatação de progressiva inserção de deveres nas

²⁵⁹ Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, p. 48.

²⁶⁰ Uma significativa relação dessas constituições é trazida por Jorge Miranda, em *Direitos Fundamentais*, p. 103.

constituições, é interessante observar que, em comparação com o catálogo de direitos nelas declarados, os deveres ainda são sensivelmente mais escassos. Tal discrepância remonta à origem liberal do constitucionalismo, cujo escopo principal era a limitação do poder estatal em favor da liberdade individual²⁶¹. Com o tempo, o excesso de individualismo escorado nos direitos fundamentais acabou gerando a necessidade de mudanças, que se processaram por meio dos deveres econômicos, sociais e culturais²⁶².

Seja como for, o fato é que as constituições, além de outorgar direitos aos homens e aos cidadãos, podem lhes impor uma série de posições jurídicas passivas voltadas à consecução de objetivos essenciais para a existência, a subsistência e o funcionamento da comunidade constitucionalmente organizada e que, em conjunto com aqueles direitos, compõem o estatuto jurídico fundamental dos indivíduos. Esses deveres podem ser denominados *deveres fundamentais*²⁶³.

É sua característica uma baixa densidade normativa, ou seja, alto grau de abstração na descrição da conduta devida. Portanto, em regra, não são de aplicabilidade imediata, salvo quando a Constituição especifique concretamente seu conteúdo²⁶⁴.

Na concepção ora adotada de deveres fundamentais, os cidadãos (tendo em vista seu maior relacionamento com a (sub)constituição política do Estado) estão a eles mais submetidos que os estrangeiros, não se excluindo, obviamente, a incidência sobre estrangeiros aqui residentes, de cuja permanência não deixam de ser pressupostos. Do mesmo modo, também podem estar a eles submetidas, desde que compatíveis com sua natureza, as pessoas jurídicas de direito privado e organizações coletivas (ainda que sem personalidade jurídica).

1.3.1 Deveres fundamentais correlatos explícitos

São deveres expressamente impostos pela Constituição, para auxiliar na implementação de direitos fundamentais. Exemplos evidentes são o dever da coletividade de defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente

²⁶¹ Sarlet, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 234.

²⁶² Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, p. 59.

²⁶³ Aproximadamente, a partir de Nabais, *ob. cit.*, p. 37, 64 e 73.

²⁶⁴ Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 157.

equilibrado para as presentes e futuras gerações (art. 225, *caput*), os deveres da família e da sociedade em relação à criança, ao adolescente, ao jovem (art. 227, *caput*) e aos idosos (art. 230), os deveres de assistência, criação e educação dos pais aos filhos menores e, reciprocamente, de assistência dos filhos maiores aos pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229), e o disposto no artigo 205 da Constituição, que determina ser a educação um dever não apenas do Estado, mas também da família²⁶⁵.

1.3.2 Deveres fundamentais correlatos implícitos

A existência de deveres fundamentais implicitamente previstos na Constituição é predominantemente aceita, embora a identificação de tais deveres não seja consensual²⁶⁶.

Para José Carlos Vieira de Andrade, a existência de deveres fundamentais não escritos é tanto imperativo filosófico – a capacidade de ser titular de deveres é inerente à *natureza humana* – como jurídico – sua necessidade é um pressuposto da convivência e da interdependência social²⁶⁷. Não esclarece o autor, porém, quais seriam tais deveres.

José Afonso da Silva, de sua vez, parece acreditar que cada direito fundamental implica um correspondente dever (implícito) de observância por parte não apenas do Estado, como dos demais particulares²⁶⁸. Dimoulis e Martins, contudo, discordam. Para eles, uma tal correspondência simétrica entre direitos e deveres só poderia ser extraída por força da legislação infraconstitucional – especialmente no campo das obrigações –, pois retirá-la diretamente dos direitos fundamentais implicaria a redução da autonomia privada em relação à vontade de contratar, gerando conflitos insuperáveis. Os autores defendem, por exemplo, que A e B possam celebrar contrato em que pactuem o impedimento total do exercício da liberdade de expressão de B, sem que isso devesse significar violação desse

²⁶⁵ Com base especificamente nesse exemplo, André Ramos Tavares afirma que, diferentemente do que ocorre na “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, de caráter estático, os deveres desta categoria seriam dinâmicos, pois exigem uma atuação positiva dos particulares. *Curso de Direito Constitucional*, p. 390. A rigor, contudo, os deveres podem exigir tanto abstenções como ações positivas, o que fica claro em relação ao dever de preservação do meio ambiente.

²⁶⁶ Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 237.

²⁶⁷ *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 156-157.

²⁶⁸ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 196.

direito por A²⁶⁹.

Já Sarlet, ao afirmar existirem direitos fundamentais que obrigam diretamente, além do Estado, os particulares, como é o caso, por exemplo, do direito à indenização por dano moral ou material no caso de abuso dos direitos à livre manifestação do pensamento (art. 5.º, VI e V, da CF), e do direito à inviolabilidade de domicílio (art. 5.º, XI, da CF)²⁷⁰, parece implicar – embora não o tenha feito expressamente – correspondentes deveres implícitos para os particulares²⁷¹.

1.3.3 Deveres fundamentais autônomos

Nesta categoria inserem-se deveres sem correlação direta com direitos fundamentais. São normalmente lembrados os deveres de votar (CF, art. 14, § 1.º), prestar serviço militar (CF, art. 143), e pagar impostos.

1.4 Conclusões parciais

Do que foi exposto até o presente, já é possível identificar no direito consagrado no artigo 225 de nossa Constituição um direito multifacetário, cuja sofisticação estrutural se impõe para uma resposta satisfatória aos desafios da complexa sociedade contemporânea.

Trata-se de espécie dos “novos direitos” aflorados nas últimas décadas do século XX, *direitos de solidariedade*, que já não se circunscrevem à relação indivíduo x Estado e incluem uma dimensão essencial de deverosidade, marcados que são por uma horizontalidade e uma acentuadíssima dimensão objetiva, por dizerem respeito a bens que, embora individualmente atribuídos e fruíveis, são bens comunitários, que respeitam não apenas às gerações presentes como às futuras, “na medida em que esteja em causa a sobrevivência da sociedade”²⁷². Correto é falar, portanto, num autêntico direito-dever, em que sobreleva a existência de deveres ambientais estreitamente vinculados ao direito ao ambiente

²⁶⁹ *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 63. Também não admitindo, em regra, essa correspondência sinalagmática entre direitos e deveres fundamentais: J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 533.

²⁷⁰ *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 395.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 236.

²⁷² Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 63 e 64.

equilibrado²⁷³. Na dimensão-dever, resplandece a responsabilidade civil pelos danos ao meio ambiente, como garantia a reforçar a dimensão-direito, e que, aliás, se impõe em benefício das gerações presentes e futuras.

Nessa senda, a propósito, não há como concordar com Nabais no ponto em que refuta a possibilidade da atribuição de direitos a gerações futuras, reconhecendo nas obrigações de preservação derivadas do direito fundamental ao meio ambiente tão somente deveres impostos sobre as gerações presentes em proveito das próprias gerações atuais²⁷⁴. É certo que referido autor é português, e a Constituição de Portugal, diferentemente da nossa, não chega a impor tão assertivamente, em relação ao meio ambiente, a existência de um “dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, simplesmente referindo-se ao dever de respeito ao princípio da solidariedade entre gerações²⁷⁵. Sem embargo, esse princípio, por si só, não admite outra interpretação²⁷⁶. E, quando menos, ainda que se limitasse a titularidade subjetiva às gerações presentes, restam inequívocos na Constituição o dever fundamental (da coletividade) e o dever estatal de defendê-lo e preservá-lo em prol das gerações futuras, o que, por si só, torna cogente a consideração da intergeracionalidade da dimensão temporal na elaboração de políticas públicas e na tutela judicial.

Modelo exemplar de imbricamento entre a fundamentalidade constitucional e internacional, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é dotado de especial resistência ante reformas do legislador constitucional que tendam a eliminar suas características essenciais, graças à intangibilidade constitucionalmente conferida às cláusulas pétreas. E seu escopo, embora voltado primordialmente para a tutela de bens naturais, não se resume a eles, estendendo-se para alcançar também bens resultantes da atuação humana (bens urbanístico-ambientais e patrimônio cultural), nas questões em que sua proteção se mostre

²⁷³ Medeiros, *Meio Ambiente: direito e dever fundamental*, p. 128.

²⁷⁴ Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, p. 54.

²⁷⁵ Art. 66. 1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender. 2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: [...] d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações.

²⁷⁶ Sobre o princípio, ver, também, o subitem 2.4.6.

essencial à sadia qualidade de vida.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

No presente capítulo serão apresentados, à luz do ordenamento brasileiro, os principais delineamentos sobre a responsabilidade civil ambiental. Não se almeja, aqui, esgotar essa temática, senão, tanto quanto necessário, focar os atributos de maior relevância para o balizamento da responsabilidade civil como instrumento para a proteção suficiente do direito fundamental ao meio ambiente.

2.1 Considerações iniciais

2.2 Dever de proteção e responsabilidade civil ambiental

Uma das formas de o Estado cumprir o seu dever de proteger os direitos fundamentais contra a intervenção de terceiros é por meio da disciplina da responsabilidade civil¹. Nesse sentido, pode-se dizer que o direito infraconstitucional, especialmente no que diz com a responsabilidade civil extracontratual, é, em grande medida, uma realização da função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela². E, no caso específico brasileiro, relativamente ao direito fundamental ao meio ambiente hígido, essa função é especialmente reforçada, tendo em vista que a própria Constituição contempla diversos dispositivos relacionados à responsabilidade civil por danos ambientais, como faz, por exemplo, no artigo 225, §§ 2.º e 3.º³.

Entretanto, diferentemente da opinião aqui sustentada, há quem refute o papel protetivo da responsabilidade civil, alegando que medidas voltadas a manter os danos já ocorridos os mais reduzidos possíveis, ou a, posteriormente, repará-los, não constituiriam verdadeiros instrumentos do dever de proteção, senão de um dever secundário de reparação, aplicável após uma violação do imperativo de tutela⁴. Não há, contudo, como anuir a tal pensamento, pelas seguintes razões.

Primeiro, porque a proteção não se esgota na prevenção. Evidentemente, o ideal, sobretudo em se tratando da tutela do meio ambiente, é evitar a eclosão do

¹ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, p. 212.

² Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 116.

³ Sobre a relação de meio e fim entre a responsabilidade civil ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente, v. subitem 1.2.10.3.

⁴ Cf. Hermes, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, p. 264.

evento lesivo. Sem embargo, a reparação do dano, quer na restituição ao *statu quo ante*, quer por vias compensatórias, não deixa de ser uma forma de proteger o bem jurídico violado.

Com efeito, convém observar que a proteção assegurada pelo Estado aos direitos fundamentais pode ser primária ou secundária. Na primeira categoria inserem-se os instrumentos concebidos pelos poderes públicos para evitar a lesão ao direito. Na segunda, aqueles destinados a atuar depois da ofensa, ora sancionando as condutas lesivas, ora buscando a reparação do dano⁵. Por outro lado, ainda que se cogitasse circunscrever a proteção ao escopo de prevenção do dano, não haveria como negar que a responsabilidade civil produz efeitos preventivos. É o que será destacado nos três próximos subitens.

2.2.1 Efeitos preventivos da função reparatória

Segundo Aguiar Dias, a finalidade primordial da responsabilidade civil é a de reconduzir a vítima ao estado anterior, por meio do desfazimento, tanto quanto possível, dos efeitos dos danos sofridos⁶. Era esse o propósito dos códigos e construções teóricas e jurisprudenciais elaborados desde a concepção sistêmica dessa matéria, a partir de fins do século XVIII, e é apenas com apenas essa finalidade que se preocupa, ao menos de forma explícita, o Título IX, do Livro I, da Parte Especial de nosso Código Civil.

O dogma da responsabilidade civil como sistema reparatório de danos pode ser explicado em razão do papel por ela ocupado na estrutura jurídica do ideário liberal. Sua função, residual em relação à disciplina dos contratos e da propriedade, consistiria em alocar as perdas derivadas das atividades econômicas. Para realizá-la, cumpriria interferir o menos possível na livre circulação de bens e obrigações, o que lhe imporia limitar-se a uma atuação *a posteriori*, a fim de – nos moldes da justiça comutativa, aristotélica e tomista – prover a reparação de danos⁷.

Não há como negar, contudo, que mesmo a simples previsão legal (ameaça) da consequência jurídica do dano (obrigação de reparar) carrega consigo uma força

⁵ Jorge P. da Silva, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, p. 636.

⁶ José de Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, p. 25.

⁷ Rosenvald, *As Funções da Responsabilidade Civil*, p. 100 e 101.

de prevenção geral (voltada à sociedade em geral), e a sua efetiva imputação ao infrator tem potencial de prevenção especial (visando a evitar sua reincidência)⁸. Desse modo, é patente a instrumentalidade da responsabilidade civil para prevenção de novas violações de direitos fundamentais.

Esse efeito dissuasório será, evidentemente, tanto mais significativo quanto maior a eficiência do sistema normativo para responder de maneira eficaz às demandas restauradoras. Quanto a esse aspecto, não há dúvida de que a responsabilidade civil ambiental, em nosso ordenamento jurídico, mostra-se um solo fértil para a emanção de efeitos protetivos-preventivos. Basta considerar que ela encontra forte amparo dogmático para a eliminação de barreiras das mais diversas espécies à reparação integral de danos ambientais, como se denota na possibilidade de flexibilização do nexo causal⁹, na adoção da responsabilização independente de culpa sem admissão da arguição de excludentes, na aplicação do princípio da precaução para fins de inversão do ônus probatório e na prioridade da restauração ecológica, entre outros pontos que serão mais tratados logo mais.

Como se não bastasse, o aprimoramento da tutela reparadora do meio ambiente lesado também foi impelido, nas últimas décadas, pela formação de um microsistema processual voltado à tutela judicial de interesses difusos e coletivos, composto pela conjugação da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) com os dispositivos de natureza processual da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Essa constelação de normas não apenas possibilitou a superação de entraves ao acesso à justiça (como a ausência de previsão legal para a legitimação extraordinária e os tradicionais limites *inter partes* da coisa julgada), como eliminou fatores que desestimulavam sua procura pelos lesados (adiantamento de custas e despesas processuais, ônus sucumbenciais)¹⁰.

Na raiz das transformações de direito material e processual sintetizadas nos

⁸ Especificamente sob o ângulo da prevenção especial: Aguiar Dias, ob. cit., p. 999. Há quem extraia essa prevenção especial de uma natureza supostamente punitiva, para o ofensor, da obrigação de reparar. Nesse sentido: Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo Curso de Direito Civil*, v. 3, p. 72.

⁹ Sob seu impacto na prevenção: Lemos, *Resíduos Sólidos e Responsabilidade Civil Pós-Consumo*, p. 150 ss.

¹⁰ Andrade, Andrade e Masson, *Interesses Difusos e Coletivos*, p. 11 ss.

parágrafos acima estão profundas modificações sociais desenvolvidas nos dois séculos precedentes. No livro *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*, lançado em 1986, e traduzido para o inglês em 1992 sob o título *Risk Society: Towards a New Modernity*, Ulrich Beck defendeu a tese de que a sociedade industrial, concebida pela modernidade, estaria sofrendo transformações significativas, que seriam resultado do êxito da própria modernização.

Conforme bem captado pelo autor, a sociedade industrial, em seus primórdios, tinha a fome e a escassez material como os grandes desafios a serem superados. Nessa “sociedade da escassez”, as necessidades materiais básicas postavam em segundo plano as preocupações com os riscos relacionados ao processo de industrialização. Acreditava-se na tecnologia como uma chave para a emancipação da carestia. A modernização levou abundância material a alguns Estados-sociais do ocidente, e, paradoxalmente, em muitos deles, a preocupação com a fome cedeu lugar ao problema da obesidade. Paralelamente, disseminou-se a percepção de que as mesmas fontes de riqueza eram geradoras de perigosos efeitos colaterais, o que levou a uma progressiva crítica da modernização, que ganhou destaque no debate público.¹¹

Na Alemanha Ocidental, no mais tardar, desde o início da década de 1970, já era possível observar uma transição: às posições sociais e conflitos de uma sociedade “distribuidora de riquezas” estavam começando a se somar os de uma sociedade “distribuidora de riscos”. Se as ameaças existentes no medievo eram localizadas, patentes e provinham da natureza (dos animais, das plantas etc.) e da sociedade industrial nascente (circunscritos ao entorno das fábricas), os riscos da nova modernidade eram globais e imperceptíveis (p. ex.: toxinas nos alimentos ou ameaça nuclear).¹²

Embora os “riscos da modernização” afetem mais acentuadamente pessoas situadas em determinadas “posições de risco” – de forma análoga, em certo modo, à lógica das desigualdades de classes –, eles já não se adstringem a uma

¹¹ Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, p. 20.

¹² Ibid. p. 21-22.

determinada classe ou nacionalidade. Em vez disso, podem gerar impactos que afetam negativamente os mesmos interesses de lucro e propriedade que movem a industrialização. E, ademais, desastres ecológicos e acidentes nucleares ignoram as fronteiras das nações. Em outras palavras, à diferença da industrialização primordial, os riscos já atingem os interesses dos próprios responsáveis por sua produção, naquilo que Beck denominou como “efeito bumerangue”¹³.

A ciência, que até então era tida pela opinião pública como grande responsável pelo êxito da busca da humanidade pelo domínio sobre a natureza, foi desacreditada em razão do sucesso do seu próprio método. O descortinar sucessivo de falhas de teorias científicas precedentes foi eliminando convicções que até então tinham *status* de verdade aos olhos da sociedade. Para esse processo de descrédito contribuiu, também, a compartimentação da ciência em diversas áreas de especialidades: ao lutar por mais espaço no mercado, cada ramo apontava as incongruências do outro, minando-se mutuamente¹⁴.

Em acréscimo as ponderações de Beck, convém resgatar Alvin Toffler, para quem, à proliferação dos perigos resultante da incessante engenhosidade humana somaram-se a densificação crescente da população e a diversificação das atividades de exploração do solo e das riquezas, compondo-se um cenário de multiplicação de danos e de vítimas, e, portanto, de entrelaçamento crescente de interesses, com dificuldades cada vez maiores de prova do nexo causal – em razão da insuficiência de conhecimento sobre os novos fenômenos (com eletricidade, radioatividade e outros) –, em que se fez necessária a proteção das vítimas desprovidas de recursos em face das empresas poderosas, e, conseqüentemente, a modificação dos fundamentos da responsabilidade extracontratual¹⁵.

A marcha incessante das transformações sociais não apenas explica as modificações já experimentadas pela responsabilidade civil ao longo dos dois últimos séculos, como, provavelmente, continuará a lhe exigir um constante aprimoramento. Se é verdade, contudo, que inovações como a responsabilidade

¹³ Ibid., p. 23.

¹⁴ Ob. cit. p. 155-165.

¹⁵ *Culpa e Risco*, p. 113 e 114.

sem culpa (fundada no risco) representaram um avanço, há que concordar com Teresa Ancona Lopes quando afirma serem tais progressos insuficientes para as exigências da sociedade de risco/massa, sendo imprescindível centrar a responsabilidade civil na prevenção de danos graves e irreversíveis (morte, aleijões, sequelas graves em razão de produtos químicos ou remédios, etc), em vez de simplesmente promover sua indenização¹⁶.

Semelhantemente, Cavalieri Filho aponta como principal desafio atual e futuro da responsabilidade civil não apenas a reparação, mas também o evitamento de danos difusos e coletivos. Os maiores riscos existenciais a serem enfrentados por meio da prevenção e da precaução, de acordo com o autor, são os de ordem ambiental. Para superá-los, afigura-se imprescindível que a responsabilidade civil se valha dos princípios da prevenção e da precaução, o que representaria a passagem de um sistema repressivo para um proativo, que se antecipe à ocorrência dos danos¹⁷.

Numa sociedade assombrada pelas incertezas científicas, a responsabilidade civil é chamada a deixar a perspectiva meramente reativa, e reforçar a premissa do *neminem laedere* por meio de uma atuação preventiva, que se antecipe aos resultados onde quer que isso seja viável¹⁸.

2.2.2 Efeitos preventivos da função punitiva

Até algumas décadas atrás, registrava-se uma quase unânime reprovação acadêmica à possibilidade da utilização do direito privado – e, especificamente, da responsabilidade civil – para propósitos punitivos. Exemplo paradigmático era o pensamento de Aguiar Dias, que, criticando a defesa de Starck ao uso retributivo da responsabilidade civil¹⁹, e, embora reconhecendo que nosso Código Civil, em

¹⁶ *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*, p. 169.

¹⁷ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, 13.^a ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 9-11.

¹⁸ Rosendal, *As Funções da Responsabilidade Civil*, p. 26-28.

¹⁹ Segundo Martins-Costa e Parglender, as penas privadas, que faziam parte do direito romano mas foram durante séculos renegadas pelo direito europeu continental, conforme observava Boris Starck em meados do século XX, jamais haviam sido totalmente eliminadas, sendo, em vez disso, alvo de um movimento pendular ao longo da história, e estariam experimentando um renascimento, tal qual a fênix. “Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o *Direito Brasileiro*)”, p. 17 e 18.

situações excepcionais, continha previsões penais, imputou a tais dispositivos, na maior parte dos casos, tão somente um propósito de prefixação do valor da reparação em casos de difícil estipulação²⁰. E afirmou, com apoio em Shering, que a pena privada sofria da mesma sorte da própria pena: sua história seria a história do seu progressivo desaparecimento²¹.

Essa quase que universal hostilidade às penas privadas, contudo, arrefeceu. Em célebre artigo do início deste milênio, Antonio Junqueira de Azevedo defendeu a tese da possibilidade de reparação civil do dano social. Esse dano, segundo ele, seria aquele negativamente exemplar, em que não resta ofendido apenas o patrimônio material ou moral da vítima, mas toda a sociedade, causando rebaixamento imediato do nível de vida da população, com o comprometimento, sobretudo, da segurança, gerando quebra da tranquilidade social (lesão à vida ou integridade física de alguém, causada por ato doloso ou gravemente culposos), ou da confiança num sistema, produzindo redução da qualidade coletiva de vida. Como exemplo de quebra da confiança, citou a hipótese de uma empresa de transporte aéreo que atrasasse sistematicamente seus voos, disseminando sentimento social de angústia e perda de confiança na pontualidade do sistema de transporte aéreo²².

Ao longo do mesmo trabalho, alegou que o direito penal seria insuficiente para a prevenção de ilícitos, o que recomendaria que também a esfera cível se ocupasse da tarefa punitiva. Observou que o próprio Código Civil estaria repleto de hipóteses de “penas privadas”, citando, dentre outros exemplos, as sanções patrimoniais previstas nos artigos 939 e 940 contra o credor ganancioso que cobre o devedor antes do vencimento da dívida ou demande por dívida já paga, e o artigo 941, que chega a utilizar a expressão “penas”, ao dispor que “as penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão etc. etc.”²³. A vertente retributiva da responsabilidade civil, contudo, somente seria admissível nas hipóteses de danos

²⁰ *Da Responsabilidade Civil*, p. 997-999.

²¹ *Ob. cit.*, p. 1000.

²² “Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social”, p. 214-216.

²³ *Ob. cit.*, p. 212 e 213.

provocados por condutas dolosas ou gravemente culposas²⁴.

O ponto de vista exposto por Junqueira não é isolado. O debate sobre a utilização da responsabilidade civil para propósitos punitivos ganhou espaço nos últimos anos, sobretudo na temática dos danos morais, em relação aos quais é comum a visão de que a compensação seja dotada não apenas de finalidade reparadora, como, também, retributivo-dissuasória. Nesse sentido orientou-se significativa vertente doutrinária²⁵, bem como sedimentou-se no STJ o entendimento de que a indenização por danos morais cumpriria, para além de uma função ressarcitória, um papel preventivo-pedagógico, a ser considerado no montante da indenização²⁶.

A bem da verdade, o Código Civil, em seu artigo 944, impede que se reconheça à responsabilidade civil uma função punitiva primária, isto é, dissociada do valor da reparação. Seu *caput* atrela a indenização à extensão do dano, e seu parágrafo único, excepcionando-o, admite tão somente uma *redução equitativa* – não um acréscimo – do montante da indenização, e, isso, apenas no caso de excessiva desproporcionalidade entre a gravidade da culpa e o dano. Contudo, a partir da premissa de que os danos morais são extrapatrimoniais, e que, a rigor, sofrimentos extrapatrimoniais não seriam satisfatoriamente reparáveis por meio de uma sanção de natureza meramente ressarcitória, alinharam-se argumentos no sentido de que a fixação de sua reparação se daria fora das amarras do art. 944. Em vez desse dispositivo, seu arbitramento seria pautado pelo parágrafo único do artigo 953 do Estatuto²⁷, que permitiria a fixação do *quantum* indenizatório por equidade, segundo as circunstâncias do caso concreto, inclusive para fins de

²⁴ Ob. cit., p. 214.

²⁵ Dentre outros: Bittar, *Reparação Civil por Danos Morais*, p. 74, 75, 224, 226, 232-238, 248, 256, 257; André Gustavo de Andrade, *Dano Moral e Indenização Punitiva*, p. 237 ss.; Teixeira Neto, *Dano Moral Coletivo*, p. 212 ss. Na mesma direção, na IV Jornada de Direito Civil, aprovou-se o enunciado 379, que dispõe: “O art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.

²⁶ Apenas para citar julgados mais recentes: AgRg no AgRg no AREsp 725.306/DF, rel. Min. Napoleão N. M. Filho, 1.^a T., j. 10.06.2019, *DJe* 13.06.2019; e AgInt no AREsp 1421475/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.^a T., j. 14.05.2019, *DJe* 23.05.2019.

²⁷ Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

majoração.

Essa linha de raciocínio abriu caminho para que o STJ consolidasse um critério bifásico para a apuração do valor da indenização por danos morais²⁸, no qual, embora na primeira etapa, voltada à fixação do valor básico da indenização, considere-se o interesse efetivamente lesado, na segunda, levam-se em conta as circunstâncias do caso²⁹, dentre as quais se incluem a culpabilidade do agente³⁰ e sua condição econômica, fatores que não têm nenhuma relevância para o aspecto ressarcitório, senão para um propósito retributivo da sanção³¹. Isso implica que, a rigor, a depender das “circunstâncias do caso” ponderadas na segunda etapa, a indenização poderá ser majorada – em relação ao valor da primeira etapa – segundo critérios meramente punitivos.

A utilização da responsabilidade civil para fins punitivos, contudo, encontra sérias resistências em parcela respeitável da doutrina. Schreiber, por exemplo, além de apontar o óbice do artigo 944 do Código Civil, alega que a incorporação dos *punitive damages* do sistema de *common law* em nossa prática judicial iria na contramão da evolução da responsabilidade – cujo foco se deslocou da conduta do ofensor para a satisfação efetiva do dano – e descuraria das particularidades de nosso sistema romano-germânico ao aplicar penas sem balizamento legal, garantias processuais próprias e tipificação das condutas puníveis³². Além disso, afirma que entregar à vítima o valor imputado ao ofensor a título meramente

²⁸ A seguinte tese foi publicada na edição n. 125 do “Jurisprudência em Teses” do STJ, sobre o tema “Responsabilidade Civil – Dano Moral”, a partir de julgados publicados até 26/04/2019: “A fixação do valor devido à título de indenização por danos morais deve considerar o método bifásico, que conjuga os critérios da valorização das circunstâncias do caso e do interesse jurídico lesado, e minimiza eventual arbitrariedade ao se adotar critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano”. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 20.10.2019.

²⁹ Os fundamentos e a discriminação desse critério podem ser conferidos no voto do relator no seguinte acórdão: REsp 1152541/RS, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3.ª T., j. 13.09.2011, j. 21.09.2011.

³⁰ No mesmo sentido, dispõe o enunciado 458 das Jornadas de Direito Civil que “O grau de culpa do ofensor, ou a sua eventual conduta intencional, deve ser levado em conta pelo juiz para a qualificação do dano moral”.

³¹ Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, p. 276.

³² *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, p. 212 ss.

punitivo contrariaria o princípio do enriquecimento sem causa³³. Louzada Bernardo, de seu lado, considerando esses mesmos fatores, entende que a adoção da responsabilidade civil punitiva dependeria de: a) prévia autorização legislativa; b) fixação legal dos casos-tipo, centrada em hipóteses em que o ofensor obteve lucro; c) identificação, na sentença, do montante aplicado a título punitivo; d) não destinação da verba punitiva à vítima, mas a um fundo³⁴.

Há que registrar, por outro lado, a existência de posições intermediárias, como a de Martins-Costa e Pargendler, que, embora condenem a associação acrítica da indenização por danos extrapatrimoniais às *punitive damages* do direito anglo-saxão (i.e, sem considerar que tais institutos tem caráter exclusivamente punitivo-dissuasório, e só se aplicam em casos de dolo ou culpa grave), admitem a desvinculação do art. 944 do Código para fins de estimação do valor da indenização, inclusive a consideração da censurabilidade da conduta do agente para elevação do montante indenizatório³⁵.

Vale destacar, além disso, que já se tentou, em mais de uma ocasião, incorporar ao ordenamento jurídico preceitos estipulando de forma explícita cláusulas gerais voltadas à admissão de penas de caráter civil, tendo sido as respectivas iniciativas, contudo, rejeitadas. Um exemplo foi o artigo 16 do projeto do Código de Defesa do Consumidor aprovado pelo Congresso³⁶. Ao vincular uma das hipóteses da incidência da multa à periculosidade do produto causador do dano ou à grave imprudência, negligência ou imperícia do infrator, bem com orientar a

³³ Ibid., p.213.

³⁴ *Dano Moral: Critérios de Fixação de Valor*, p. 179-182. Além de acolher tais argumentos para se opor ao caráter punitivo da indenização por danos morais individuais, Camargo observa o problema de que, muitas vezes, os autores das ações simplesmente requerem a reparação dos danos morais, sem nenhum pleito de sanção punitiva, que, mesmo assim, é imposta nas sentenças. Isso não apenas contrariaria o direito de defesa dos réus, como se distanciaria do espírito das *punitive damages* do direito norte-americano, que não se confundem com as indenizações de caráter compensatório. *Dano Moral Coletivo*, p. 121 ss. Considerando que as *punitive damages* somente se justificariam no Brasil se houvesse regulamentação legal, com fixação de sanção mínima e máxima, e reversão ao Estado do *quantum* da pena: Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil Brasileiro*, v. 4, pos. 8116.

³⁵ "Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o *Direito Brasileiro*)", p. 21 ss.

³⁶ Art. 16 - Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional - BTN, ou Índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável.

fixação do seu valor não apenas à extensão do dano como à condição econômica do infrator, o dispositivo extravasava a mera reparação, assumindo conotação também punitiva. O preceito foi vetado pelo Presidente da República, sob o argumento de que a reparação do dano sofrido pelo consumidor já era tratada de modo cabal pelo artigo 12 e outras normas, mas Zelmo Denari, ao criticar o veto, salientou o propósito de verdadeira sanção judicial do dispositivo³⁷.

Do mesmo modo, não avançou proposta de alteração do Código Civil do deputado Ricardo Fiúza (PL 6960, de 2002, conhecido como “projeto Fiúza), que propugnava a inclusão de um parágrafo segundo ao artigo 944, com a seguinte redação: “§ 2.º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. A proposta fracassou na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara³⁸. No parecer pela rejeição, o deputado Vicente Arruda criticou a tentativa de atribuir o caráter de pena à indenização por dano moral, cujo cálculo, em sua opinião, deveria ser adstrito a extensão do dano³⁹.

Não obstante, no campo das indenizações por *dano moral coletivo*, por força do disposto no artigo 13 da Lei n. 7.347/1985, que determina sejam recolhidos os valores das condenações em dinheiro das ações civis públicas ao fundo federal ou estadual destinado à reconstituição dos bens lesados, a crítica quanto ao enriquecimento sem causa é praticamente eliminada. Isso explica uma menor resistência doutrinária ao caráter punitivo desse tipo de indenização⁴⁰. Além desse motivo, Camargo aponta, em favor da possibilidade de sanções cíveis punitivas do dano extrapatrimonial coletivo, o fato de o Sistema Nacional de Defesa do

³⁷ DENARI, Zelmo. Comentários ao art. 16, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 198.

³⁸ Aversa à iniciativa, Bodin de Moraes afirmou, à época, que ela entregaria como que um “cheque em branco” ao magistrado, para punir o ofensor como quisesse. “Danos à Pessoa Humana”, p. 227.

³⁹ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=196514&filename=Tramitacao-PL+6960/2002 Acesso em: 20.10.2019.

⁴⁰ Bodin de Moraes, por exemplo, que é crítica à admissibilidade indiscriminada da responsabilidade civil punitiva, entre outras razões, para evitar o enriquecimento sem causa, admite-a em situações excepcionais, como, por exemplo, quando se tratar de conduta ultrajante à consciência coletiva, ou dolosamente reiterada, ou, ainda, lesiva a um grande número de pessoas, como é o caso dos danos difusos ou coletivos a consumidores ou ao meio ambiente, desde que, em todo caso, a punição seja precedida de prévio delineamento legislativo taxativo das hipóteses em que se fizer admissível, bem como que produto da condenação reverta-se a um fundo para reparação fluida do bem lesado, como se dá na sistemática das ações civis públicas. “Danos à Pessoa Humana”, p. XXV-XXVIII, 263, 264 e 331.

Consumidor, por força de normas do CDC (arts. 57) e do Decreto n. 2.181/1997 (arts. 24, 25 e 26), dispor de parâmetros para a fixação da multa administrativa por violações a interesses coletivos dos consumidores, que poderiam ser aproveitados para a definição judicial de sanções cíveis de natureza punitiva⁴¹.

De modo diverso, Rosenvald, a partir da análise da aplicação dos *punitive damages* no direito norte-americano, ressalva que eles não se confundem com as indenizações por danos materiais ou extrapatrimoniais, pois não possuem escopo reparatório, mas tão somente punitivo-dissuasório. Eles estariam vocacionados a desestimular a reiteração de danos que lesem especialmente o interesse social, e, por isso, sua aplicabilidade estaria reservada às hipóteses em que exista dano doloso ou gravemente culposos, representando um *plus* em relação às sanções reparatórias, sejam elas patrimoniais ou extrapatrimoniais⁴². O autor vê como urgente sua utilização em solo nacional, mas reputa insuficientes as regras atualmente existentes no Código Civil, entendendo que seriam necessárias a introdução de previsão legislativa definindo, de forma coerente e proporcional, o perfil da ameaça apta a ensejar a pena civil, legitimados ativos e passivos, bens jurídicos especialmente protegidos, limites das sanções e critérios de fixação⁴³.

As preocupações de Rosenvald, Schreiber, Louzada Bernardo e Bodin de Moraes são justificadas. Seja no direito privado, seja no microsistema de direito coletivo, ainda não se vislumbra suporte legal para a aplicação de sanções civis de cunho especificamente punitivo. Seria necessária a tipificação das hipóteses de cabimento, bem como a delimitação das garantias processuais especificamente aplicáveis, e a indicação de parâmetros para o cálculo dos valores das indenizações. Cumpriria, também, em homenagem à ampla defesa e à

⁴¹ Esses parâmetros seriam, no artigo 57 do CDC, a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor; nos termos do art. 24 do Decreto, os fatores a considerar seriam atenuantes e agravantes, e os antecedentes do ofensor; entre as atenuantes do artigo 25 estão a primariedade e a atuação imediata para minimizar ou reparar os efeitos do ato lesivo; entre as agravantes do artigo 26, encontram-se a reincidência, o dolo, e a existência de dano coletivo ou o caráter repetitivo da infração. *Dano Moral Coletivo*, p. 142-145 e 172-174. Especificamente defendendo a indenização punitiva por danos ambientais, exemplificando com o desastre ambiental de Mariana: Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, p. 241.

⁴² *As Funções da Responsabilidade Civil*, p. 229 ss.

⁴³ *Ibid.*, p. 261 ss. Semelhantemente a Camargo, aponta como exemplos de inspiração os critérios do Decreto n. 2181/1997, que organiza o Sistema Nacional do Consumidor, e, em acréscimo, indica aqueles da Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). *Ob. cit.*, p. 281 e 282.

racionalidade e transparência das decisões, que as sentenças condenatórias fossem obrigadas a discriminar, na fundamentação, qual o montante estaria sendo aplicado a título de compensação (reparação), e qual estaria sendo impingido a título de punição. Para além disso, para evitar o enriquecimento sem causa e não estimular a indústria das indenizações, seria mister que o produto da condenação fosse destinado a fundos, e revertidos em benefício da sociedade. E, na linha do que sugerido por Bodin de Moraes, dado o caráter atípico da aplicação punitiva do direito civil, seria recomendável que as hipóteses autorizadoras se limitassem às estritamente necessárias, como, por exemplo, para danos resultantes de culpa grave ou dolosa, geradores de repulsa à consciência coletiva ou a direitos difusos ou coletivos em sentido estrito.

Essas preocupações, contudo, não servem para afastar a possibilidade, de *lege lata*, da condenação dos danos morais coletivos a título exclusivamente reparatório. A esse tema se retornará ao se tratar do dano como pressuposto da responsabilidade civil.

2.2.3 Prevenção como proteção primária

O acelerado desenvolvimento tecnológico e, com ele, a ampliação das dimensões dos danos têm levado o Estado a não se limitar à atuação na repressão penal e civil, mas a focar nas fontes de danos, de modo a antecipá-los⁴⁴. Aqui, já não se cogita a prevenção em caráter secundário, como consequência de dispositivos direcionados, em primeira linha, à reparação de danos ou à punição civil por sua prática⁴⁵. Em vez disso, o tema que se coloca é a disciplina de situações preliminares à degradação ambiental, com vistas a evitá-la.

Não há dúvida que é possível à legislação civil regrar comportamentos com vistas à prevenção primária de danos. Mais controverso, contudo, é afirmar que, no âmbito do direito privado, seria a responsabilidade civil o *locus* dogmático apropriado para essa disciplina. Em favor especificamente dessa possibilidade,

⁴⁴ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, p. 212-213.

⁴⁵ É sobre esse tipo de prevenção, de cunho dissuasório, que André Tunc alude, quando afirma que a prevenção é, indiscutivelmente, uma das funções da responsabilidade civil. *La Responsabilité Civile*. Paris: Economica, 1981, p. 134 ss.

localizam-se na doutrina, ao menos, os seguintes argumentos.

Observa-se, de início, quem aponte na tutela inibitória⁴⁶ e na tutela de cessação do ilícito⁴⁷ exemplos de tutela preventiva inserida no sistema de responsabilidade civil, por atuarem potencialmente antes da eclosão do dano, contra condutas que poderiam provocá-lo.

Por outro lado, de forma mais incisiva, há quem alegue – independentemente da existência de condutas ilícitas – que a responsabilidade civil deveria ser alargada para justificar sanções na ausência de danos. A origem dessa visão remonta à doutrina francesa, sendo Catherine Thieberge, provavelmente, sua mais conhecida defensora. Ela parte do pressuposto de que o conteúdo da responsabilidade civil, desde o século XIX, jamais foi estanque: ele foi sendo forçado a passar por aperfeiçoamentos sucessivos para fazer frente a transformações socioeconômicas. Ao longo do século XX, novos desafios, representados pela emergência de novos danos em escala (danos de massa) e qualidade (variedade, complexidade e gravidade) crescentes, culminaram com o surgimento de uma nova categoria de danos: os danos graves e irreversíveis, de alcance planetário e intergeracional, que representariam riscos inaceitáveis, a exigir que a responsabilidade civil, novamente, amplie seu escopo para contemplar medidas de prevenção e antecipação⁴⁸. Acresce, a autora, que o uso jurídico comprimiu a abrangência etimológica e filosófica do termo responsabilidade, que, na sua origem, seria remissível a *sponso*, *spondere* e a *responsor*, a garantia pela qual alguém se obriga a responder pela dívida de outrem. Em sentido mais amplo, responde-se a uma exigência, àquilo que se deve fazer em razão de um dever. Nessa lógica, prossegue, se com *spondeo* promete-se, com *respondere*, faz-se aquilo que se prometeu. Ao se prometer às futuras gerações a integridade do planeta, de nossa espécie e da biosfera, impõe-se a resposta dessa promessa. E essa resposta pode se dar respondendo pelas consequências danosas de nossos atos, ou – o que seria

⁴⁶ Rosenthal, *As Funções da Responsabilidade Civil*, p. 141.

⁴⁷ Boutonnet, “L’influence du Principe de Précaution sur la Responsabilité Civile en Droit Français: un bilan en demi-teinte”, p. 113.

⁴⁸ “Libre propos sur l’évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?)”, p. 565-571.

preferível – atuando antecipadamente, de modo a evitar o surgimento dos danos, o que consistiria no significado primário do termo responsabilidade⁴⁹. Segundo ela, o princípio da precaução, já consagrado ao nível internacional, comunitário e interno, poderia ser o fundamento para o alargamento das funções da responsabilidade civil, para alcançar, para além da tradicional função curativa e da clássica função preventivo-dissuasória (resultante da previsão de uma sanção contra comportamentos antissociais), uma função nova de antecipação, visando à prevenção diante da ameaça de danos graves e irreversíveis⁵⁰.

Antes mesmo do referido trabalho de Thibierge, Henkel defendia que a sociedade de risco exigia uma reconfiguração da responsabilidade civil. Nessa nova roupagem, o princípio da precaução, diante da acentuada probabilidade de eclosão de danos graves ao meio ambiente ou à coletividade, autorizaria o acionamento da responsabilidade civil para a tomada de medidas tendentes a evitá-lo. Em vez de conduta, *dano* e *nexo causal*, os pressupostos da responsabilidade civil passariam a ser conduta, *resultado* (risco de dano grave) e *nexo causal*⁵¹. Em se tratando de risco de dano, contudo, seria preferível falar em *condicionalidade adequada*, reservando-se a expressão *nexo causal* para o liame entre conduta e danos certos (atuais ou futuros)⁵².

Bebendo da fonte de Thibierge, Teresa Ancona Lopez assevera que os princípios da precaução e prevenção, gerados pelas vicissitudes da sociedade de risco, e a ideia fundamentadora de todo o sistema de responsabilidade civil, consistente no *alterum non laedere*, justificariam afirmar que, ao lado de uma responsabilidade civil reparatória, haveria atualmente uma responsabilidade civil

⁴⁹ Ibid., p. 572-574.

⁵⁰ Ibid., p. 582 e 583. Grare-Didier, contudo, vê com reservas a tese de Thibierge. Para ela, admitir uma ação de responsabilidade em que ainda não existam dano, relação de causalidade ou vítima poderia sobrecarregar o instituto da responsabilidade civil, desfigurando-o. “La responsabilité civile pour atteinte à l’environnement”, p. 161 e 162.

⁵¹ “Os Novos Contornos da Tutela Jurídica na Sociedade de Risco: dano ambiental futuro e risco de dano”, p. 95 ss.

⁵² Adere-se, no ponto, à terminologia alvitada por Arruda, que, embora admitindo a possibilidade de responsabilidade civil ambiental sem dano (i.e., com base no risco), considera que o *nexo causal* deveria ser reservado para hipóteses de dano certo. “A Categoria Acautelatória da Responsabilidade Ambiental”, p. 15 ss.

preventiva, voltada a evitar riscos de danos possíveis, graves e irreversíveis⁵³. E vai além. Afirma que essa espécie de risco poderia ser considerada uma categoria de dano, o “dano de risco”, passível de indenização. Assim, seria concebível, em sua opinião, uma ação civil pública em face do governo do Rio de Janeiro, em razão da falta de providências para o combate à dengue, visando a indenizar a população do Rio de Janeiro não apenas pelo temor, mas pela ameaça ou risco de contrair a doença⁵⁴.

Por fim, Kourilsky e Viney, embora reconheçam a importância de se atuar antecipadamente à produção de danos sérios ou irreversíveis, não vão tão longe a ponto de extrair uma consequência indenizatória do risco de dano, recomendando que não se exagere na compreensão dos efeitos do princípio da precaução sobre a responsabilidade civil. Para eles, o aparato procedimental e estrutural destinado especificamente a evitar danos seria alheio ao domínio da responsabilidade civil, que só atua quando a prevenção falha. Isso não significaria, contudo, que o princípio da precaução, na sua área específica de incidência – danos graves ou irreversíveis à saúde ou segurança humana, ou ao meio ambiente –, não exerceria nenhuma influência sobre a responsabilidade civil. Afirmando já ser frequente a equiparação, nos tribunais, do risco de dano a um dano passível de responsabilização, sugerem, nessa linha, a flexibilização da noção de dano para além do tradicional dano certo e atual, de modo a que a responsabilidade civil pudesse justificar condenações que permitam atuar sobre o risco e monitorar sua evolução, ou, ainda, a determinação de realização de perícias renováveis em intervalos regulares⁵⁵.

O pensamento de Henkel e Thibierge é plausível, convincente e sensato. A disseminação de riscos graves e irreversíveis, com potencial para transcender fronteiras e gerações, desafia continuamente a evolução dos sistemas jurídicos e clama pela reconsideração de seus paradigmas. Como bem assenta a autora

⁵³ *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*, p. 137-139.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 139.

⁵⁵ *Le Principe de Précaution – Rapport au Premier Ministre*, p. 81.

francesa, há viabilidade linguística e filosófica⁵⁶ para a agregar à noção de responsabilidade civil mais uma camada, a partir de fundamentos – sobretudo o da precaução – que permitam a imposição de sanções voltadas à prevenção de danos possíveis, graves e irreversíveis. E, evidentemente, dos custos decorrentes do cumprimento dessas sanções pode ser extraído um efeito dissuasório.

Os mesmos fundamentos justificam, até certo ponto, uma relação entre a responsabilidade civil e as tutelas inibitória e de remoção do ilícito, muito embora, conforme salienta Marinoni, o objetivo principal dessas tutelas não seja prevenir o dano – que lhes é indiferente – mas sim o ilícito⁵⁷.

Não parece ser adequado ou necessário, contudo, avançar ao ponto do sugerido por Kourilsky e Viney, de considerar o risco de dano uma espécie de dano. Além da evidente confusão terminológica que a proposta encerra, uma vez acolhidas as premissas de Thibierge, as sanções sugeridas por aqueles autores (medidas de monitoramento do risco) poderiam ser derivadas da responsabilidade civil independentemente da existência de um dano, tornando despicienda a equiparação em questão. Pelas mesmas razões, afigura-se ainda menos razoável extrair de um “dano de risco” – como sugerido por Teresa Ancona Lopes – um dano indenizável. Dano e risco não se confundem⁵⁸.

2.3 Natureza objetiva

2.3.1 Fundamentos dogmáticos gerais

A responsabilidade civil ambiental independe de culpa. Trata-se, portanto,

⁵⁶ O filósofo Hans Jonas frisa a existência de duas noções de responsabilidade: uma *ex post facto*, como a que impõe a obrigação de reparar um dano, e outra, que não decorre daquilo que se fez a outrem, mas de um sentimento de obrigação em razão daquilo que se pode fazer. É nesse segundo sentido que vê como necessária uma nova ética para a civilização tecnológica. Uma ética do futuro, que implique uma responsabilidade de longo alcance, orientada pelo dever de cuidado em relação às ameaças contra gerações futuras. *O Princípio Responsabilidade*, p. 63, 89, 90, 165-167 e 352.

⁵⁷ Marinoni, *Tutela Inibitória...*, p. 21 e 22. Afirma o autor: “[...] se o dano é uma consequência meramente eventual do ilícito e não há pretensão preventiva apenas em face do dano, mas também em face do ato contrário ao direito, a tutela inibitória não pode ser compreendida como uma tutela contra a probabilidade do dano, mas como uma tutela contra o perigo da prática, da repetição ou da continuação do ilícito – visto como ato contrário ao direito que prescinde da configuração do dano”. *Ibid.*, p. 22.

⁵⁸ Sobre a impossibilidade de equiparação do risco ao dano ambiental: Arruda, “A Categoria Acautelatória...”, p. 10 e 11. Diferente de risco, contudo, é a hipótese de dano futuro. A propósito, v. subitem 2.4.2.

de responsabilidade objetiva.

A responsabilidade objetiva por danos ambientais foi introduzida em nosso ordenamento por força da Convenção de Bruxelas, que trata da responsabilidade civil por danos causados por transporte marítimo de óleo, aqui promulgada por meio do Decreto n. 79.437/1977⁵⁹. Já a primeira lei nacional a dispor sobre a responsabilidade objetiva por danos ambientais foi a Lei n. 6.453/1977, sancionada na época em que se instalava a usina nuclear de Angra dos Reis⁶⁰. Esse diploma restringe a responsabilidade civil objetiva pelos danos nucleares à figura do operador da instalação nuclear (art. 4.º, *caput*)⁶¹, e, ainda, submete o valor da indenização a um teto (art. 9.º, *caput*)⁶². Por outro lado, a responsabilidade do operador é fundada no risco exacerbado, e dispensa, até mesmo, a necessidade de demonstração do nexo causal, apenas admitindo a possibilidade de afastamento em função de culpa exclusiva da vítima⁶³.

Alguns anos depois de sua edição, promulgou-se a Lei 6.938/91981, conhecida como Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (LPNMA). A responsabilidade civil objetiva por danos ambientais ganhou, então, uma norma de abrangência geral, veiculada no § 1.º do seu artigo 14, que dispõe, *in verbis*:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados

⁵⁹ Pasqualotto, "Responsabilidade Civil por Dano Ambiental: Considerações de Ordem Material e Processual", p. 450.

⁶⁰ Vladimir P. de Freitas, *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*, p. 176.

⁶¹ Art. 4º - Será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear: I - ocorrido na instalação nuclear; II - provocado por material nuclear procedente de instalação nuclear, quando o acidente ocorrer: a) antes que o operador da instalação nuclear a que se destina tenha assumido, por contrato escrito, a responsabilidade por acidentes nucleares causados pelo material; b) na falta de contrato, antes que o operador da outra instalação nuclear haja assumido efetivamente o encargo do material; III - provocado por material nuclear enviado à instalação nuclear, quando o acidente ocorrer: a) depois que a responsabilidade por acidente provocado pelo material lhe houver sido transferida, por contrato escrito, pelo operador da outra instalação nuclear; b) na falta de contrato, depois que o operador da instalação nuclear houver assumido efetivamente o encargo do material a ele enviado.

⁶² Art. 9º - A responsabilidade do operador pela reparação do dano nuclear é limitada, em cada acidente, ao valor correspondente a um milhão e quinhentas mil Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional. Parágrafo único - O limite fixado neste artigo não compreende os juros de mora, os honorários de advogado e as custas judiciais.

⁶³ Lemos, *Resíduos Sólidos e Responsabilidade Civil Pós-Consumo*, p. 153.

ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Em razão dessa sucessão normativa, há quem sustente que o artigo 9.º, *caput*, da Lei n. 6453/1977, teria sido derogado⁶⁴. E, ainda que assim não se compreenda, referida disposição legal não pode ser tida como recepcionada pela Constituição de 1988.

De fato, posteriormente à LPNMA, a Constituição Federal proclamou, no § 3.º do art. 225, que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, não apenas a sanções penais e administrativas, como também à obrigação de reparar os danos causados. Com seu advento, consolidou-se na Constituição um sistema geral de responsabilidade ambiental objetiva⁶⁵.

O mesmo entendimento é partilhado por Herman Benjamin, que expõe de forma persuasiva as razões pelas quais deve-se reconhecer no artigo 225 da Constituição Federal a fonte normativa geral e superior da natureza objetiva da responsabilidade civil ambiental, muito embora o diploma fundamental só tenha feito alusão expressa à responsabilidade objetiva no art. 21, ao tratar da atividade nuclear⁶⁶.

Explica o autor que a existência de tal dispositivo assegurando, a um só tempo, o caráter objetivo da responsabilidade civil por danos de atividades nucleares, o controle político do Congresso sobre tais atividades e seu caráter pacífico foi movido pelo fato de que tais questões envolviam históricas preocupações e desconfianças na comunidade científica e nos meios políticos, seja em razão de seu potencial bélico, de seu caráter secreto ou da participação direta

⁶⁴ Akaoui, *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*, p. 176.

⁶⁵ Patrícia Faga Iglecia Lemos, "Responsabilidade Civil e Danos ao Meio Ambiente: novos rumos", p. 350.

⁶⁶ Art. 21. Compete à União: [...] XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: [...] d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa (Incluída pela EC n.º 49/2006; originalmente, o preceito constava da alínea "c").

ou indireta dos militares no seu desenvolvimento. Inquietações de semelhante magnitude, porém, já não afetavam a disciplina da proteção ambiental⁶⁷.

Aduz também que, a rigor, sequer seria necessário que a Constituição aludisse no artigo 225 à responsabilidade objetiva pelos danos ambientais, tendo em vista que a obrigatoriedade de reparação e o caráter objetivo dessa responsabilidade decorreriam do próprio conteúdo da norma-princípio prevista no *caput* e do fato de que o regime subjetivo era, já à época da promulgação do diploma constitucional, reputado como insuficiente para a proteção mínima da natureza⁶⁸.

Observa, ainda, ser inerente ao princípio do poluidor-pagador, acolhido no § 3.º do art. 225, o cariz objetivo da responsabilidade civil ambiental, sob pena de restar frustrado o seu escopo de internalização das externalidades negativas. Invoca, por fim, um argumento dogmático contundente: anota que o artigo 21 usa a expressão “responsabilidade civil”, lembrando que o termo “responsabilidade”, usualmente, conduz à ideia de culpa. Isso explica por que foi necessário frisar que a responsabilidade em questão independia de culpa. Diferentemente, o art. 225 alude apenas ao dever de “reparação”, cujo significado, embora comumente confundido com o do termo “responsabilidade”, é com ele infungível. Em defesa desse argumento, recorre ao escólio de Aguiar Dias, segundo o qual, na ausência de culpa, “já não é de responsabilidade civil que se trata, se bem que haja conveniência em conservar o *nomen juris*, imposto pela semântica: o problema transbordou desses limites. Trata-se, com efeito, de reparação de dano”⁶⁹.

Após a Constituição de 1988, o direito infraconstitucional tornou a abrir mais

⁶⁷ “Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental”, p. 42.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 43.

⁶⁹ *Ibid.* p. 43. Sua referência é à obra de Aguiar Dias *Da Responsabilidade Civil*, v. I, 9.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 12. Também assentando na Lei Maior a responsabilidade objetiva pelo dano ambiental: Barroso, “A Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira”, p. 1018 e 1019; Fiorillo e Rodrigues, *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*, p. 125; Morato Leite e Ayala, *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, p. 211; Mancuso, *Ação Civil Pública...*, p. 328; e Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, p. 241, que, aliás, também observa, com razão, que a tarifação da responsabilidade por dano nuclear é incompatível seja com o artigo 37, § 6.º, da Lei Maior, fundada no risco administrativo, tampouco se coaduna com a responsabilidade pelo risco integral, consagrada no mesmo diploma. *Ob. cit.*, p. 243 e 244. Refutando o fundamento constitucional do caráter objetivo da responsabilidade civil: Stocco, *Tratado de Responsabilidade Civil*, p. 1156 e 1157.

espaço à responsabilização objetiva pelo dano ambiental. Com efeito, o Código Civil de 2002 abriga dois sistemas de responsabilidade civil extracontratual. O *caput* do seu artigo 927 – que faz remissão aos artigos 186⁷⁰ e 187⁷¹ – prescreve que quem, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. É amplo o entendimento de que a regra geral de responsabilidade do direito privado é representada pelos ilícitos do art. 186 (que exige ato doloso ou culposo), de modo que a modalidade básica da responsabilidade civil ainda é subjetiva⁷². Em caráter de exceção, o parágrafo único do artigo 927 acata a responsabilidade objetiva, nas seguintes situações: a) nos casos especificados em lei; ou, b) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Também o artigo 187, configurador do abuso de direito, é hipótese excepcional de responsabilidade objetiva, conforme preconiza, aliás, o enunciado 37 das Jornadas de Direito Civil: “Art. 187. A Responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”⁷³.

À luz desses dispositivos, extrai-se que a responsabilidade civil ambiental do poluidor – coberta pela LPNMA – corresponde à primeira hipótese do parágrafo único do art. 927 do CC, ou seja, aos casos especificados em lei. Ao mesmo molde pode ser remetida a já apontada regra de responsabilidade pelo dano nuclear.

Até aí, relativamente à responsabilidade pelo dano ambiental, não se pode afirmar que o Código Civil tenha introduzido nenhuma novidade. As regras ambientais que tratam dessa matéria são, em comparação com o Estatuto Civil, leis especiais, fato que, por si só, afastaria qualquer antinomia, conferindo-lhes suporte

⁷⁰ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁷¹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁷² Afirmando que o “princípio gravitador” da responsabilidade civil aquiliana, em nosso Código, é a responsabilidade subjetiva, p. ex., Venosa, *Direito Civil – Obrigações e Responsabilidade Civil*, v. 2, p. 444 e 462.

⁷³ Uma variação nesse entendimento é a opinião da professora gaúcha Judith Martins-Costa, para quem o art. 187 do CC veicularia hipótese de responsabilidade objetiva, na forma de exercício inadmissível de posição jurídica, embora não o considere uma regra de abuso do direito, para a qual se exigiria o elemento subjetivo. “A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*”, p. 143-169.

para serem aplicadas. A questão que se pode aventar é se teria havido inovação especificamente em outros dois outros pontos do Código Privado.

O primeiro é a segunda parte do referido parágrafo único do art. 927, que acolhe a responsabilidade sem culpa pelas atividades de risco, e o segundo é responsabilidade prevista no artigo 187, aplicável aos atos abusivos, também objetiva. Acerca do abuso de direito, é bem verdade, alguma dúvida poderia surgir em relação ao § 2.º do artigo 1.228 do Código Civil, que reza que “são desesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”. Teria o diploma, pela vinculação à direção anímica do titular, restringido o abuso do direito de propriedade aos atos dolosos? Embora a redação do dispositivo seja criticável, não é possível chegar a tal conclusão. Deve ser ele interpretado em conjunto com o artigo 187, que não exige o elemento anímico. Logo, também o exercício abusivo do direito de propriedade enseja responsabilização objetiva⁷⁴.

Tanto a responsabilidade pelas atividades de risco como as associadas ao abuso de direito, em tese, poderiam ser aplicadas aos danos ambientais, de forma residual. Contudo, o § 1.º do art. 14 da LPNMA tem alcance vastíssimo, sendo difícil imaginar alguma hipótese que, por não ser passível de nele se subsumir, pudesse ser coberta pelas regras do Código Civil.

Com efeito, muito embora voltada à responsabilidade civil dos *poluidores*, o campo de incidência da LPNMA é extremamente abrangente. Segundo se extrai das definições do seu artigo 3.º e respectivos incisos, poluidor é a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de alguma forma de degradação (alteração adversa) ambiental, seja porque prejudica a saúde, a segurança e o bem-estar da população, cria condições adversas às atividades sociais e econômicas, afeta desfavoravelmente a biota, afeta as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente, ou lança matéria ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

⁷⁴ Nesse sentido: Nery Jr. Nery, *Código Civil Comentado*, p. 1590, e Maluf, *Limitações ao Direito de Propriedade*, p. 63.

Por essa razão, é possível concordar apenas parcialmente com Morato Leite, quando ele afirma que o significado da atividade de risco, contemplada no dispositivo do Código Civil, é mais amplo que o de poluidor⁷⁵. É mais amplo se considerado seu escopo sob o ângulo dos bens a serem protegidos: pelo poluidor, o bem afetado é o meio ambiente; pela atividade de risco, não há limite material. Contudo, sob outro prisma, o conceito de poluidor é mais amplo. A LPNMA não exige que a atividade poluidora seja uma atividade que normalmente implique, por sua natureza, risco para os direitos de outrem⁷⁶. É-lhe indiferente, outrossim, discussões acerca de eventual propósito lucrativo da atividade, atreladas à questão do “risco-proveito”. Um proprietário que suprima a vegetação da área de preservação permanente de sua chácara de lazer para supostamente afugentar insetos, agindo, assim, sem finalidade aparente de lucro, é, para os fins da obrigação de reparar o dano prevista na LPNMA, tão poluidor como a sociedade empresária agrícola que deixa de reflorestar a reserva legal de seus latifúndios visando a aproveitar a respectiva área para cultivo.

Por outro lado, se o dano ambiental resultar do exercício abusivo de um direito, tampouco se pode imaginar hipótese em que seja necessário socorrer-se do art. 187 do Código para fundamentar a obrigação de reparar o dano. Em qualquer caso, a responsabilidade já seria objetiva, por força da disciplina da LPNMA.

Isso não significa, contudo, que a previsão do artigo 187 seja absolutamente inócua para a proteção do meio ambiente. O exercício do direito à propriedade não pode dar-se de forma evidentemente atentatória ao direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sob pena de se ofender a função socioambiental da propriedade. Um tal manejo do direito subjetivo atentaria contra seus fins sociais, configurando exercício abusivo, e, portanto, nos termos do referido dispositivo legal, ato ilícito, a autorizar sua objeção via ação inibitória ou de cessação de ilícito,

⁷⁵ Leite, Comentários ao art. 225, in: *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 2208.

⁷⁶ Afirmando que a LPNMA não limita a responsabilidade às atividades perigosas, estendendo-a a qualquer atividade degradadora do meio ambiente: Leite e Ayala, *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, p. 112; Sampaio, *Responsabilidade Civil e Reparação de Danos ao Meio Ambiente*, p. 35 e 36, e Steigleder, *Responsabilidade Civil Ambiental*, p. 176.

operável antes mesmo da produção de qualquer dano⁷⁷. O abuso do direito regulado pelo Código Civil vem, portanto, reforçar a tutela preventiva do meio ambiente.

2.3.2 Responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público

Questão que se discute no campo acadêmico é se o mesmo regime de responsabilidade objetiva se estende à conduta das pessoas jurídicas de direito público, sobretudo nas posturas omissivas. Para Cahali, seria de se aplicar na responsabilidade do Estado por danos ambientais os mesmos princípios gerais que usualmente norteiam a responsabilidade estatal, sendo sua responsabilidade, portanto, assentada no risco – mas, não no risco integral –, e, no caso de omissão, ele responderia apenas subjetivamente, i.e., demonstrada a existência de culpa⁷⁸.

Correta, contudo, é a aplicação do mesmo modelo de responsabilidade civil ambiental para pessoas de direito público ou privado, que é objetiva mesmo em relação às condutas omissivas. Convém frisar, neste particular, que, ainda que se pudesse aventar, com espreque no artigo 37, § 6.º, da Carta Magna, um regime geral da responsabilidade estatal – veremos que essa afirmação não se sustenta –, a responsabilidade ambiental possui disciplina específica, vinculada ao artigo 225, *caput*, do mesmo diploma, que impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de preservar o meio ambiente e, ao tratar da responsabilidade pelo dano ambiental no seu § 3.º, não distingue entre o Poder Público e os particulares.

A mesma lógica é aprofundada pela Lei n. 6.938/1981, que, em seu artigo 3.º, IV, considera poluidora a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental. Ao incluir a responsabilidade *indireta*, a norma abarca as condutas estatais omissivas, impondo-lhe, no artigo 14, § 1.º, o regime objetivo de

⁷⁷ Sobre a ação inibitória ou de remoção de ilícitos no direito ambiental: Marinoni, “O Direito Ambiental e as Ações Inibitória e de Remoção do Ilícito”, p. 22 ss.

⁷⁸ Cahali, *Responsabilidade Civil do Estado*, p. 310 e 311. No mesmo sentido, quanto à responsabilidade estatal por omissão: Staut Júnior, “Apontamentos sobre a Responsabilidade Civil do Poder Público enquanto Réu em Ação Civil Pública de Natureza Ambiental”, p. 162 ss. Já Lucarelli afirma ser subjetiva, de modo geral, a responsabilidade estatal ambiental (inclusive se expedida uma licença ou autorização de forma ilegal), mas, paradoxalmente, alega ser objetiva a responsabilidade se expedida licença ou autorização de forma lícita. “Responsabilidade Civil por Dano Ecológico”, p. 268 ss.

responsabilidade civil⁷⁹.

É de acrescentar, ademais, que os princípios da prevenção e precaução, impostos ao Poder Público no § 1.º do art. 225 da Lei Maior, reforçam a convicção de que o Estado responde, também na sua inércia ou atuação insuficiente, de forma objetiva pelos danos ambientais⁸⁰.

A jurisprudência flui nessa mesma direção. No STJ, acórdão paradigmático foi assim ementado:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTATAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSÁVEL DIRETO E INDIRETO. SOLIDARIEDADE. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. ART. 267, IV DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. [...] 4. O repasse das verbas pelo Estado do Paraná ao Município de Foz de Iguaçu (açã), a ausência das cautelas fiscalizatórias no que se refere às licenças concedidas e as que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal (omissão), concorreram para a produção do dano ambiental. Tais circunstâncias, pois, são aptas a caracterizar o nexo de causalidade do evento, e assim, legitimar a responsabilização objetiva do recorrente. 5. Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei nº 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva). [...] ⁸¹

Como se não bastasse, o STF vem contribuindo para erodir a antes bastante disseminada convicção de que o regime geral de responsabilidade objetiva da Administração, apoiado no artigo 37, § 6.º, da Carta Política, seria aplicável apenas a atos comissivos. O marco mais significativo dessa viragem pode ser identificado no RE 841.526/RS, julgado em regime de repercussão geral, em que se decidiu

⁷⁹ Nesse sentido: Milaré, *Direito do Ambiente*, p. 442 e ss; Wedy e Moreira, *Manual de Direito Ambiental*, p. 281, e Steigleder, *Responsabilidade Civil Ambiental*, p. 196. Na mesma linha também parece ser o sentir de Alvaro Lima, segundo quem a Administração poderia ser solidariamente responsabilizada por danos ambientais, por pesar contra o Poder Público uma presunção “de exercitar a fiscalização e tomar medidas capazes de evitar danos ao meio ambiente”. *Culpa e Risco*, p. 321.

⁸⁰ Sarlet e Fensterseifer, *Direito Constitucional Ecológico*, p. 293 e 294.

⁸¹ REsp 604.725/PR, rel. min. Castro Meira, 2.ª T., j. 21.06.2005, DJ 22.08.2005. No mesmo sentido: REsp 570.194/RS, rel. min. Denise Arruda, 1.ª T., j. 04.10.2007, DJ 12.11.2007; REsp 1.236.863/ES, rel. min. Herman Benjamin, 2.ª T., j. 12.04.2011, DJe 27.02.2012.

que a responsabilidade estatal derivada daquele preceito constitucional, seja por ação ou omissão, é objetiva e se subsume à teoria do risco administrativo. É bom ressaltar, de todo modo, que o caso dizia respeito à morte de um detento, e a tese nele fixada foi a seguinte: “em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento”.⁸².

Cumpra observar, por fim, que, embora admitindo a responsabilização objetiva do Estado e solidária com o causador direto do dano ambiental, o Superior Tribunal de Justiça vem, com sensatez, subordinando sua execução a uma ordem subsidiária, de modo a vedar a convocação da Administração *per saltum*⁸³. Afinal, nada mais justo que onerar, sempre que possível, quem com sua atividade degradadora visou a algum proveito, reservando a uma situação excepcional e de reserva a socialização do encargo reparatório, o que, em última instância, é o que acaba ocorrendo sempre que se chama a Administração à responsabilidade.

2.4 Princípios

Neste ponto do trabalho, serão abordados princípios especialmente significativos para a responsabilidade civil pelo dano ambiental. Segundo Benjamin, na base da responsabilidade civil pelo dano ambiental estariam a precaução, o poluidor-pagador, o usuário-pagador, e a reparação integral⁸⁴. Trata-se, sem dúvida, de princípios de superlativa importância. Sem embargo, não parece haver razão para que não se agregue a esse seleto rol o princípio da prevenção, também orientador da função preventiva da responsabilidade civil. Ademais, conforme restará evidenciado ao longo da exposição, a função social da propriedade também ostenta superlativa relevância para o tema em análise, de modo que aqui também será objeto de exame.

2.4.1 Princípio do poluidor-pagador

Na República Federal da Alemanha, juntamente com os princípios precaução e da cooperação, o princípio do poluidor-pagador compunha a tríade

⁸² RE 841526/RS, rel. min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 30.03.2016, div. 29.07.2016.

⁸³ REsp 1376199/SP, rel. Min. Herman Benjamin, 2.ª T., j. 19.08.2014, DJe 07.11.2016.

⁸⁴ “Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental”, p. 17.

que embasava o “Programa do Governo Federal para o Meio Ambiente”, lançado em 21.09.1971⁸⁵.

No âmbito internacional, foi reconhecido no ano seguinte pelo conselho da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, na “Recomendação do Conselho sobre os Princípios Orientadores dos Aspectos Econômicos Internacionais das Políticas Ambientais”⁸⁶. Ele foi concebido como um princípio econômico, com vistas à alocação de fundos para medidas de preservação ambiental e de controle, bem como para incentivar a utilização racional dos recursos ambientais⁸⁷. À época, a OCDE ponderou que:

- a) Os recursos ambientais são geralmente limitados e seu emprego nas atividades de produção e consumo pode levar a sua deterioração;
- b) Quando o custo dessa deterioração não é adequadamente levado em consideração no sistema de preços, o mercado falha para refletir a escassez de tais recursos, tanto no nível nacional quanto no internacional;
- c) Portanto, é necessária a adoção de políticas públicas para reduzir a poluição e alcançar uma melhor alocação de recursos, por meio da garantia de que os preços dos bens, dependendo da qualidade/e ou quantidade dos recursos ambientais, reflitam mais proximamente sua relativa escassez, com a cooperação dos agentes econômicos envolvidos;
- d) As políticas ambientais das diversas nações deveriam ser, sempre que possível, harmônicas, no que diz respeito ao seu rigor e aos cronogramas de implantação, sob pena de levarem a distorções de competitividade no comércio internacional⁸⁸.

Em outras palavras, notou-se que o modelo de produção e consumo estava gerando reflexos indesejados do ponto de vista econômico-ambiental (poluição e escassez de recursos ambientais necessários ao desenvolvimento econômico). Tais “falhas de mercado” são designadas pela ciência econômica como *externalidades negativas*:

Durante o processo produtivo, além do produto a ser comercializado, são produzidas ‘externalidades negativas’. São chamadas externalidades porque, embora resultantes da

⁸⁵ Kloepfer, *Umweltrecht*, p. 99 e 173.

⁸⁶ No original: “Recommendation of the Council on Guiding Principles concerning International Economic Aspects of Environmental Policies”.

⁸⁷ Kiss e Beurier, *Droit International de l'Environnement*, p. 144.

⁸⁸ Anexo “Princípios Orientadores dos Aspectos Econômicos Internacionais das Políticas Ambientais”, item A, “a” (Alocação de custos: o princípio do poluidor-pagador). Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/4/4.en.pdf> Acesso em: 11.01.2020.

produção, são recebidas pela coletividade, ao contrário do lucro, que é percebido pelo produtor privado. Daí a expressão 'privatização de lucros e socialização de perdas', quando identificadas as externalidades negativas⁸⁹.

Em suma, portanto, a principal finalidade do princípio do poluidor-pagador é a internalização das externalidades negativas, ou seja, fazer com que o custo ambiental seja incluído no preço do produto, de modo a evitar que os ônus decorrentes da produção e do consumo sejam transferidos do poluidor para a sociedade, principalmente para as pessoas que sequer têm acesso aos bens produzidos, e, portanto, não contribuem, ainda que indiretamente, para as externalidades negativas.

O princípio 16 da Declaração do Rio também adotou o princípio, ao dispor que:

As autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais.

É bem verdade que mesmo na Alemanha, que teve papel de vanguarda na sua assunção, o princípio só foi consagrado juridicamente numa forma "fraca". É que, como explica Reh binder, muito embora no plano das discussões econômicas tenha prevalecido que o princípio exigia uma plena internalização dos efeitos negativos, na prática política prevaleceu um sistema "instrumentalista", que, como regra, imputa ao poluidor suportar apenas uma parcela dos ônus sociais gerados por sua atividade produtiva, em correspondência aos objetivos de qualidade, às medidas de proteção e às regras de responsabilidades definidas na política estatal⁹⁰.

E, no Brasil, a realidade é ainda pior. Basta referir, por exemplo, a disciplina normativa da poluição do ar por veículos automotores. Os níveis de emissão de poluentes tolerados pelos padrões do CONAMA são muito menos rigorosos que

⁸⁹ Derani, *Direito Ambiental Econômico*, p. 142, 143.

⁹⁰ "Ziele, Grundsätze, Strategien und Instrumente", p. 211 e 212.

aqueles em vigor em outros países fabricantes de automóveis, como é o caso da normativa em vigor na Comunidade Europeia desde 2014, conhecida como “Euro VI”. Os mesmos níveis, por decisão do CONAMA de 2018, só serão exigidos no Brasil a partir de 2023⁹¹.

O princípio do poluidor-pagador tem uma preocupação primordialmente *preventiva*, e outra - subsidiária daquela - *repressiva*. No viés preventivo, ele impõe agir antecipadamente à degradação da qualidade ambiental, evitando-a ou minimizando-a, razão pela qual se deflui sua relação com os princípios da prevenção e da precaução. Nessa vertente, busca neutralizar a lógica de mercado segundo a qual, para que os produtos tenham um preço final menor, e, portanto, tornem-se mais competitivos, o setor produtivo não embute no preço final o seu custo ambiental (correspondente à degradação ambiental gerada ao longo de sua produção e consumo). O resultado desse raciocínio é o agravamento dos problemas de saúde pública e da deterioração da qualidade ambiental, cuja conta acaba sendo suportada por toda a coletividade, mesmo por aqueles que sequer usufruam do consumo daqueles bens, e, portanto, em nada contribuam para poluição por eles gerada.

O rompimento desse mecanismo perverso e a consecução de uma produção mais limpa não é possível sem a agregação de uma série de despesas ao preço final dos produtos, tais como as que decorrem:

- da preocupação com a *matéria-prima* (p.ex., escolha de matérias-primas menos poluentes; extração racional desses insumos, como, por exemplo, do manejo florestal sustentável);
- da redução do *impacto energético* (com processos produtivos que consomem menos energia, e utilizem energias mais limpas)
- do investimento em tecnologias *end-of-pipe*⁹² (colocação de filtros nas chaminés, tratamento dos efluentes líquidos antes de lançá-los nos rios ou mares etc);
- do *desenvolvimento de produtos menos poluentes* (p.ex. automóveis que

⁹¹ Castro, “Normas para emissões menos poluentes de veículos vigoram a partir de 2023”, jornal digital *Direto da Ciência*.

⁹² Tradução livre do autor: fim de tubo. Termo empregado para qualificar técnicas que combatem a poluição apenas ao final do processo produtivo, nos pontos de descarga dos poluentes, ou seja, imediatamente antes de serem liberados no meio ambiente. Esse, historicamente, foi o primeiro tipo de custo ambiental a ser internalizado graças à legislação ambiental concretizadora do princípio do poluidor-pagador.

- emitam menos gases de efeito estufa);
- da *responsabilidade pós-consumo* (p.ex., implantação da logística reversa, que obriga o produtor a resgatar os resíduos do seu produto após o término do uso pelo consumidor, seja para reinseri-los no ciclo produtivo, seja para conferir-lhes destinação final adequada).

Há inúmeros exemplos de aplicação preventiva desse postulado em nosso ordenamento jurídico. Quando as normas ambientais fixam padrões de qualidade para emissões de poluentes na atmosfera, ou para o lançamento de efluentes líquidos em corpos receptores, estão forçando as indústrias a investirem na colocação de filtros, na utilização de matérias-primas e técnicas menos poluentes, ou na utilização de estações de tratamentos dos efluentes, e, portanto, a internalizarem custos ambientais⁹³.

Em sua roupagem preventiva, o princípio também pode ser visto como manifestação de uma profunda modificação em curso na responsabilidade civil. Com efeito, os custos da reparação do dano, segundo o modelo civilista tradicional, são suportados pelo agente causador, ou – quando não ultrapassados com êxito os filtros da responsabilidade civil – pela própria vítima. Contudo, conforme observa Anderson Schreiber, quando se impõem deveres de precaução e prevenção, a atuarem, portanto, antes do dano, os custos econômicos de seu atendimento incidem sobre a globalidade dos agentes econômicos potencialmente causadores de danos, que os acabam repassando aos beneficiários finais das atividades. Trata-se de manifestação de uma tendência contemporânea em que o foco da responsabilidade civil, originariamente voltado para a gravidade da conduta do agente, desloca-se para a efetiva proteção dos interesses tutelados, importando,

⁹³ Há vastos exemplos da faceta preventiva do princípio poluidor-pagador em nossa legislação ambiental. Um deles é o art. 22 do Dec. n. 99.274/1990 (Regulamento da LPNMA), que prescreve que o IBAMA, na análise dos projetos submetidos ao seu exame, exigirá, para efeito de aprovação, que sejam adotadas, pelo interessado, medidas capazes de assegurar que as matérias-primas, insumos e bens produzidos tenham padrão de qualidade que elimine ou reduza o efeito poluente derivado de seu emprego e utilização. Outro está na Lei n. 12.305/10, que instituiu a Política Nacional dos Resíduos Sólidos, e que, dentre outras medidas, impõe que as embalagens sejam fabricadas com materiais que propiciem sua reutilização ou reciclagem, salvo exceções, previstas no regulamento, em que tal reaproveitamento não seja técnica ou economicamente viável (art. 32, *caput* e § 2.º); bem como obriga fabricantes, importadores, distribuidores e revendedores de determinados produtos a estruturar e implementar, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, sistemas de *logística reversa*, após o uso de tais produtos pelo consumidor (art. 33).

consequentemente, a diluição social do dano, ou seja, a repartição dos ônus ressarcitórios entre os potenciais responsáveis, quando não, entre toda a sociedade⁹⁴.

Por outro lado, muito embora esse princípio não tenha sido criado para servir ao poluidor como se fosse uma carta-branca para agir segundo a lógica do “posso poluir, desde que eu pague por isso”, o que implica que ele deva incidir, preferencialmente, no seu modo *preventivo*, fato é que, quando a prevenção ou precaução falha, tem lugar a vertente *repressiva* do poluidor-pagador. Nesta dimensão, o princípio impõe a quem causa um dano a obrigação de repará-lo integralmente, tanto no que se refere à degradação do meio ambiente, como na reparação dos prejuízos suportados individualmente por cada vítima da poluição.

Atente-se que por “pagador” não se deve extrair o sentido estrito do termo, que remeteria apenas a uma obrigação de pagar. É de rigor considerá-lo numa acepção ampla, que permita referir-se a uma obrigação *lato sensu* (“pagador” no sentido de “obrigado a uma prestação”), já que, embora a reparação de eventuais vítimas do dano ambiental possa dar-se em pecúnia, a reparação do meio ambiente propriamente dito deve fazer-se, em regra, via obrigação de fazer (recondução do meio ao *statu quo ante*).

Na Constituição Federal, é possível identificar o princípio do poluidor-pagador a partir do artigo 170, VI, que insere a defesa do meio ambiente dentre os princípios reitores da ordem econômica, e impõe o “tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”. Além disso, ele pode ser inferido do § 2.º do seu art. 225, que obriga os mineradores a recuperar o meio ambiente lesado, e do § 3.º do mesmo artigo, que imputa a todo degradador o dever de reparar o dano ambiental.

Também são incontáveis as influências do princípio em nosso direito infraconstitucional. Ele atua, por exemplo, no art. 4.º, VII, da LPNMA, que reza que

⁹⁴ *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, p. 230. A diluição social do dano, nas palavras do autor, consiste num “processo de repartição do ônus ressarcitório” entre os potenciais responsáveis. Outros exemplos de diluição do dano, tendência contemporânea apontada pelo autor, dá-se na ampliação das hipóteses de responsabilidade solidária e no desenvolvimento de seguros de responsabilidade civil. Ob.cit., p. 226 ss.

a política nacional do meio ambiente visará à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e em seu art. 14, § 1.º, que prevê a responsabilidade objetiva do poluidor pela reparação do dano ambiental causado ao meio ambiente e a terceiros (vítimas).

Além disso, pode-se derivar do poluidor-pagador a solidariedade para suportar os danos ambientais⁹⁵.

O princípio, ademais, vem sendo utilizado pelo STJ na afirmação da responsabilidade objetiva na modalidade de risco integral. Um exemplo é a seguinte tese firmada por sua 2.ª Seção para julgamento de recursos repetitivos relacionados a danos ambientais produzidos por vazamentos de navios:

Inviabilidade de alegação de culpa exclusiva de terceiro, ante a responsabilidade objetiva.- A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador⁹⁶.

Esse princípio também confere reforço ao princípio de *reparação integral* dos danos – que será objeto de um tópico mais adiante –, conforme se extrai do seguinte excerto de outro julgado do STJ:

11. Pacífica a jurisprudência do STJ de que, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, o degradador, em decorrência do princípio do poluidor-pagador, previsto no art. 4º, VII (primeira parte), do mesmo estatuto, é obrigado, independentemente da existência de culpa, a reparar - por óbvio que às suas expensas - todos os danos que cause ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade, sendo prescindível perquirir acerca do elemento subjetivo, o que, conseqüentemente, torna irrelevante eventual boa ou má-fé para fins de acerto da natureza, conteúdo e extensão dos deveres de restauração do status quo ante ecológico e de indenização⁹⁷.

⁹⁵ Fiorillo e Rodrigues, *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*, p. 121.

⁹⁶ REsp 1114398/PR, rel. min. Sidnei Beneti, 2.ª S., j. 08.02.2012, DJe 16.02.2012.

⁹⁷ REsp 769.753/SC, rel. min. Herman Benjamin, 2.ª T., j. 08.09.2009, DJe 10.06.2011.

2.4.2 Princípio do usuário-pagador

À semelhança do princípio antecedente, o princípio do usuário-pagador busca evitar apropriação individual de bônus à custa da socialização de ônus ambientais. Contudo, à diferença daquele princípio, que atua pela incorporação no preço de um *produto* dos custos sociais da *poluição* gerada ao longo do processo produtivo ou pelo produto em si, o princípio *sub examine* promove a inserção no preço de um *recurso ambiental* dos custos sociais de seu *uso e esgotamento*.

Ambos, os princípios se complementam e implicam o emprego de técnicas econômicas em prol do equilíbrio ambiental, mas não se confundem⁹⁸. Com efeito, enquanto o princípio do poluidor-pagador visa a assegurar a *qualidade* do ambiente e de seus componentes, o princípio do usuário-pagador protege o aspecto *quantitativo* dos bens ambientais, buscando conscientizar para o uso racional destes.⁹⁹

De um lado, a lógica que move o princípio do usuário-pagador é preventiva. Considerando a escassez dos recursos naturais, esse postulado preconiza a necessidade de ser imposto um ônus econômico aos que deles se utilizam e que, portanto, contribuem para sua degradação quantitativa, sob pena de vê-los explorados num ritmo insustentável, com risco para a continuidade do desenvolvimento econômico e em detrimento da justa distribuição dos bens ambientais entre as gerações presentes, bem como ameaçando os direitos das gerações futuras de também deles fruírem. De outro lado, nota-se na sua base também um componente ético. Afinal, como adverte Benjamin: “se o recurso é coletivo e uns poucos o estão utilizando sem qualquer compensação pelo seu

⁹⁸ Furlan e Fracalossi, *Direito Ambiental*, p. 109.

⁹⁹ Por isso, afigura-se equivocada a fundamentação do STF – muitas vezes referida na doutrina como exemplo de reconhecimento judicial do princípio – no acórdão da ADI 3378 (Rel. min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. 04.04.2008, div. DJe 19.08.2008). Nesse julgado, afirmou-se que o art. 36 da Lei 9.985/2000, que instituiu a cobrança de uma compensação para o licenciamento de empreendimentos de significativo impacto ambiental, “densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica”. Em verdade, o dispositivo em questão não tem por fundamento, necessariamente, atividades potencialmente redutoras de recursos naturais – visando a evitar seu esgotamento –, mas, antes, funda-se na prática de quaisquer atividades poluidoras de grande impacto, e busca compensar seus impactos negativos não passíveis de prevenção ou mitigação.

esgotamento ou uso, então a conta está sendo coberta pelo público em geral”¹⁰⁰.

A LPNMA repercute tal princípio no artigo 4.º, VII, que proclama que a política nacional do meio ambiente visará à imposição, “ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”. A Lei da Mata Atlântica (Lei n. 11.428/2006), no art. 6.º, parágrafo único, inscreve-o expressamente dentre os princípios reitores da proteção e utilização do Bioma Mata Atlântica. Outros diplomas, de modo diverso, dão-lhe concretude, ainda que sem referi-lo de forma explícita. É o caso da Lei da Política Nacional dos Recursos Hídricos – LPNRH (Lei n. 9.433/1997), que prevê a “cobrança pelo uso de recursos hídricos” como um dos instrumentos da política nacional de recursos hídricos (art. 5.º, IV), com vistas, entre outros objetivos, a reconhecer a água como bem econômico, dar ao usuário uma indicação de seu real valor, e incentivar seu uso racional (art. 19), e da Lei da Política Nacional sobre Mudança do Clima, cujo artigo 3.º, inciso III, impõe a distribuição, “entre os setores econômicos e as populações e comunidades interessadas de modo equitativo e equilibrado”, dos ônus das medidas tomadas, e determina o sopesamento “das responsabilidades individuais quanto à origem das fontes emissoras e dos efeitos ocasionados sobre o clima.”

É importante ressaltar que esse princípio não pode ser empregado para afastar o acesso das parcelas mais pobres da população aos recursos ambientais, devendo focar naqueles que empregam os recursos ambientais em atividades geradoras de riquezas, e que, portanto, utilizam um patrimônio da coletividade em proveito particular.¹⁰¹

Não é por menos que a LPNRH somente instituiu a cobrança pelo uso dos recursos hídricos para as atividades sujeitas a outorga (art. 5.º, IV), isentando da necessidade de outorga – e, portanto, de cobrança - o uso para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais no meio rural, bem como outros usos definidos como insignificantes em regulamento (art. 12, § 1.º).

¹⁰⁰ “Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental”, p. 19.

¹⁰¹ Beltrão, *Curso de Direito Ambiental*, p. 51.

2.4.3 Princípio da reparação integral

O artigo 944, *caput*, do Código Civil, ao dispor que a indenização se mede pela extensão do dano, impõe a satisfação do dano, pelo lesador, “ponto por ponto”, ou seja, cabalmente¹⁰². Trata-se de consagração positiva do princípio da *restitutio in integrum*, que inspira todos os sistemas jurídicos, e os orienta à busca da reparação mais completa dos danos sofridos pela vítima¹⁰³.

Contudo, o parágrafo único do mesmo preceito legal abre uma exceção ao *caput*, ao autorizar o juiz a reduzir, equitativamente, a indenização, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Tratar-se-ia de norma erigida em homenagem aos preceitos da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, com vistas a evitar que a reparação integral dos danos prive o infrator do mínimo necessário à sua sobrevivência¹⁰⁴.

Essa exceção foi introduzida pelo Código de 2002, e, por romper com o tradicional princípio da reparação integral, gerou perplexidade em parte da doutrina, que aponta um paradoxo entre as hipóteses em que o Código prevê a responsabilidade objetiva – portanto, sem culpa – e eventual redução da indenização fundada na culpa do ofensor¹⁰⁵.

Todavia, o parágrafo único do artigo 944 não é de ser aplicado à responsabilidade civil ambiental, por várias razões. A primeira é que a própria Constituição da República prescreve a obrigação de reparar o dano ambiental sem fazer qualquer ressalva (art. 225, § 3.º). É esse o real apoio dogmático-positivo do princípio da reparação integral em matéria ambiental. Ante o comando constitucional peremptório, não há como admitir tariffações ao montante da reparação por normas hierarquicamente inferiores.

Já no plano infraconstitucional, há que levar em conta que a responsabilidade civil ambiental é disciplinada por lei especial (LPNMA, art. 14, § 1.º), que não prevê a possibilidade de redução no valor de eventual indenização.

¹⁰² Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil Comentado*, p. 1376.

¹⁰³ Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, p. 26.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 27.

¹⁰⁵ Stocco, *Tratado de Responsabilidade Civil*, p. 35.

Por fim, considerando que o parágrafo único do art. 944 do CC é norma que excepciona o *caput*, deve ser interpretado restritivamente, de modo a não se aplicar às hipóteses de responsabilidade objetiva. Em razão dessa última consideração, aliás, a exceção em comento não pode ser arguida nem mesmo no âmbito das atividades de risco disciplinadas pelo próprio Código Civil, devendo ser reservada às hipóteses de responsabilidade subjetiva¹⁰⁶.

Acresça-se, ainda, que a imperatividade da reparação integral do dano ambiental mostra-se ainda mais contundente em face de danos gerados por atividades econômicas, como corolário do princípio do poluidor-pagador. Afinal, consoante argutamente observa Mirra, “se os lucros visados e obtidos pelo empreendedor não são limitados, por que razão a reparação dos danos por ele causados o seria, com transferência definitiva de parte dos prejuízos ou dos custos da recomposição à sociedade?”¹⁰⁷.

É interessante anotar, por fim, que a Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) é ainda mais incisiva que a LPNMA na consagração do princípio da reparação integral, ao dispor, em seu artigo 20, que “os responsáveis por danos ao meio ambiente e terceiros responderão, solidariamente, por sua indenização ou reparação integral, independentemente da existência de culpa”.

2.4.4 Princípios da prevenção e da precaução

Prevenção e precaução são princípios que derivam da constatação de que os danos ambientais, normalmente, são irreparáveis ou de difícil reparação. Portanto, é sempre preferível antecipar-se a eles, a fim de evitá-los, ou, pelo menos, diminuir o seu impacto. Suas potencialidades são mais bem compreendidas quando

¹⁰⁶ Gagliano, “A Responsabilidade Extracontratual no Novo Código Civil e o Surpreendente Tratamento da Atividade de Risco”, p. 529. No mesmo sentido era a redação original do Enunciado 46, aprovado na primeira Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: “Art. 944. a possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva”. Surpreendentemente, contudo, na IV Jornada de Direito Civil, aprovou-se o Enunciado 380, que suprimiu do Enunciado 46 o seguinte trecho: “não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.” De todo modo, seja porque tais enunciados são meros entendimentos doutrinários, seja em razão dos demais argumentos acima expostos, o parágrafo único do art. 944 não é oponível à obrigação de reparar integralmente o dano gerado ao meio ambiente.

¹⁰⁷ Mirra, *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, p. 296.

analisados em conjunto, como se fará neste subitem.

Ambos os princípios, como já afirmado, são corolários do princípio do poluidor-pagador em seu viés preventivo. De certa forma, são instrumentos para sua concretização. Contudo, embora ambos tenham um enfoque *preventivo*, eles não se confundem. O princípio da prevenção tem aplicação diante da *certeza científica* sobre as consequências ambientais de determinada atividade. Essas consequências consistem no perigo ambiental emergente da atividade, que, por ser conhecido, é passível de controle.

Quando se sabe, antecipadamente, que uma atividade é perigosa, ou seja, que pode causar determinado tipo de dano, observa-se o princípio da prevenção. Nesse caso, podem-se exigir do empreendedor as cautelas necessárias para evitar o evento danoso. Sem embargo, se o dano for, até certo ponto, juridicamente tolerável, pode-se, ao menos, compeli-lo a adotar as medidas necessárias para reduzi-lo a limites aceitáveis (p.ex., os automóveis devem sair de fábrica com catalisadores, que, se não eliminam totalmente a poluição do ar por eles causada, pelo menos diminuam seus efeitos negativos).

O princípio da precaução, por sua vez, incide quando há incerteza científica sobre as consequências ambientais decorrentes da atividade¹⁰⁸. Não se trata de situações comprovadamente geradoras de dano ambiental – i.e., contextos de perigo concreto, campo de incidência da prevenção – mas atividades sobre as quais não se sabe se gerarão dano – i.e., conjunturas de potencialidade de dano, de risco de dano, de perigo abstrato¹⁰⁹. Há uma diferença, portanto, no grau estimado de probabilidade de ocorrência do dano: na prevenção, lida-se com a certeza de que uma atividade produzirá dano; na precaução, com a verossimilhança dessa causalidade¹¹⁰.

¹⁰⁸ A bem do rigor, em vez de “certeza científica”, talvez seja preferível “convicção científica”. As consequências são cientificamente previsíveis na medida em que sejam dedutíveis de uma teoria que tenha provado sua qualidade. Porém, conforme observa Popper, teorias são realidades temporárias, corroboradas enquanto forem aptas a superar os testes a que forem submetidas. *A Lógica da Pesquisa Científica*, p. 32 e ss, 221 ss. Enfim, como reforça o Nobel de química Ilya Prigogine, a certeza já não é um dogma do conhecimento científico. *O Fim das Certezas*, p. 197 ss.

¹⁰⁹ Wedy, *O Princípio Constitucional da Precaução*, p. 48 e 50.

¹¹⁰ Freitas, *Discricionariedade Administrativa...*, p. 100.

Segundo o princípio da precaução, a ausência de certeza científica sobre o grau de lesividade ambiental da atividade não serve como argumento para que se possa executá-la livremente. O conteúdo normativo desse princípio, conforme Kourilsky e Viney, abriga três possíveis concepções, a seguir tratadas¹¹¹.

Uma primeira, mais radical, busca assegurar o “risco zero”, privilegiando a consideração dos piores cenários. Ela trabalha sempre com a inversão do ônus da prova, imputando ao decisor o trabalho de demonstrar a inocuidade total da atividade que ele pretende realizar ou autorizar. Nessa linha, a menor suspeita de risco deveria conduzir à moratória ou mesmo à abstenção definitiva, não realizando quaisquer considerações sobre os ônus econômicos da precaução. Essa concepção tende a produzir uma paralisia das atividades econômicas¹¹².

No polo oposto, há quem sustente aplicar o princípio da precaução somente diante de riscos que sejam muito prováveis e capazes de causar danos graves e irreversíveis. Essa vertente descarta a inversão do ônus da prova, a abstenção ou moratória, preconizando que se proceda a uma análise do custo-benefício econômico, somente aplicando a precaução caso ela se mostrar menos onerosa que a realização do risco. Sua desvantagem é reduzir a utilidade da precaução, levando, no extremo, à sua equiparação com a prevenção.

Por fim, a posição aparentemente mais disseminada – intermediária entre as duas anteriores –, e preferida pelos dois autores, subordina a utilização do princípio da precaução à hipótese de um risco cientificamente crível, que seja tido com plausível por uma parcela significativa da comunidade científica. Ao decisor cumpriria repartir o ônus da prova em função da verossimilhança e dos meios que cada parte disponha para produzi-la. Essa visão não excluiria a possibilidade de moratórias se fossem necessárias para evitar consequências graves ou irreversíveis, e não levaria em conta apenas considerações econômicas de custo-

¹¹¹ *Le Principe de Précaution – Rapport au Premier Ministre*, p. 63 e 64.

¹¹² Clarissa F. M. D'Isep, aproxima-se dessa opinião. Para ela, a certeza científica sobre as consequências de uma atividade caracterizaria uma situação de risco, passível de gestão, e controlável pela prevenção. Já a incerteza científica denotaria uma situação de perigo, que, por força do princípio da precaução, só restaria ser proibida. “O Princípio do Poluidor-Pagador e a sua Aplicação Jurídica: complexidades, incertezas e desafios”, p. 297.

benefício, mas, igualmente, outros fatores (sociais, culturais, éticos etc.).

Essa via intermédia se afigura a mais sensata. Tomando-a como premissa, pode-se concluir que o princípio da precaução, em comparação com o princípio da prevenção (que surgiu, historicamente, antes daquele), representa uma evolução rumo à proteção mais eficaz do meio ambiente, pois permite impor limites à atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente mesmo num cenário de incerteza sobre as efetivas consequências negativas dela emergentes.

Quanto às suas origens, os primórdios do princípio da prevenção podem ser remetidos a tratados e outros diplomas internacionais elaborados a partir da década de 1930¹¹³. Sua influência, contudo, pode ser sentida mais intensamente a partir da Declaração de Estocolmo (1972), onde se nota nítida preocupação de agir preventivamente, com vistas a evitar o dano ambiental.¹¹⁴

Na legislação federal brasileira, a LPNMA foi a primeira que concretizou esse princípio de forma sistemática, pois foi destinada à proteção ambiental como um todo, e não a bens ambientais específicos (como fauna, flora etc). Nela se vislumbra a prevenção quando, por exemplo, se elencam como objetivos da política nacional do meio ambiente a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente, a preservação dos recursos ambientais com vistas a sua utilização racional e disponibilidade permanente (art. 4.º, I e VI), bem como quando se inserem dentre seus instrumentos a avaliação dos impactos ambientais (art. 9.º, III) e o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras (art. 9.º IV).

Também não há dúvida da contemplação do princípio na Constituição Federal. Embora não formulado de maneira expressa, sua inspiração é evidente nos dispositivos que impõem ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (art. 225, *caput*), bem como em todos os incisos do parágrafo primeiro que incumbem ao Poder

¹¹³ Sands e Peell, *Principles of International Environmental Law*, p. 229.

¹¹⁴ Um exemplo é seu princípio 6: “Deve-se por fim à descarga de substâncias tóxicas ou de outras matérias e à liberação de calor, em quantidade ou concentrações tais que não possam ser neutralizadas pelo meio ambiente de modo a evitarem-se danos graves e irreparáveis aos ecossistemas. Deve ser apoiada a justa luta de todos os povos contra a poluição” (destacamos).

Público uma série de deveres de preservação, a começar por aquele que lhe compele a preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas (Art. 225, § 1.º, I). Porém, o princípio preventivo também se revela na obrigação imposta à Administração de exigir prévio estudo de impacto ambiental em relação às atividades potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental (art. 225, § 1.º, IV), a controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente (art. 225, § 1.º, V), e a proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (art. 225, § 1.º, VII).

Já o princípio da precaução, conforme já referido quando do exame do princípio do poluidor-pagador, está previsto no direito alemão desde a década de 1970. Sua origem é explicada pela emergência da “sociedade de risco”, que, àquela época, já se pronunciava na Alemanha ocidental, e é caracterizada, dentre outras idiossincrasias, pela transição de uma sociedade “distribuidora de riquezas” alavancadas pelo progresso tecnológico pós-revolução industrial, para uma sociedade “distribuidora de riscos” produzidos por aqueles mesmos avanços¹¹⁵, e na qual a ciência foi destituída de sua aura de infalibilidade¹¹⁶. Portanto, uma sociedade de incertezas.

Na década de 1980, o princípio da precaução começou a figurar em textos internacionais. Sua *ratio* – embora ainda sem alusão nominal a um “princípio da precaução” – pode ser notada em estado seminal na Carta Mundial Pela Natureza, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas como Anexo à Res. 37/7 de 1982. Seu art. 11, “b”, ostenta a seguinte redação:

“Atividades que provavelmente representem um significativo risco à natureza devem ser precedidas de um exame exaustivo; seus proponentes devem demonstrar que os benefícios esperados superam o potencial dano à natureza e, onde os potenciais efeitos adversos não estiverem plenamente

¹¹⁵ Beck, *Risck Society: towards a new modernity*, p. 20.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 155-165.

compreendidos, as atividades não deverão prosseguir”¹¹⁷.

Mas foi apenas na Declaração do Rio (1992) que o princípio da precaução galgou repercussão mundial. O princípio 15 da Declaração assim o proclama:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Posteriormente, o princípio foi se afirmando como norma de direito internacional costumeiro, *status* hoje reconhecido pela maior parte dos acadêmicos¹¹⁸. Ainda em 1992, duas convenções internacionais – ambas subscritas pelo Brasil – contemplaram-no. Em seu preâmbulo, a Convenção sobre Diversidade Biológica proclamou: “Observando também que, quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça...”. Já a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima dispôs, no item 3 do artigo 3.º do capítulo dos princípios:

As Partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar

¹¹⁷ Tradução livre do autor. No original: “Activities which are likely to pose a significant risk to nature shall be preceded by an exhaustive examination; their proponents shall demonstrate that expected benefits outweigh potential damage to nature, and where potential adverse effects are not fully understood, the activities should not proceed”. Disponível em: file:///C:/Users/aandr/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/A_RES_37_7-EN.pdf. Acesso em: 15.10.2019. A necessidade de “medidas de precaução” foi inserida nos preâmbulos da Convenção de Viena (1985) e seu Protocolo de Montreal (1987), ambos sobre a depleção da camada de ozônio e, na mesma época, o preâmbulo da Declaração Ministerial da Conferência Internacional para a Proteção do Mar do Norte (1984) alertou que os Estados “não devem esperar pela demonstração da nocividade dos efeitos antes de atuarem”. O princípio da precaução também constou da Declaração Ministerial de Bergen sobre Desenvolvimento Sustentável da Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa (UNECE), de 1990, que, segundo Sands e Peel, teria sido o primeiro instrumento internacional a lhe conferir uma aplicação geral e a associá-lo ao desenvolvimento sustentável. *Principles of International Environmental Law*, p. 231.

¹¹⁸ Unger, “Brandishing the Precautionary Principle through the Alien Tort Claims Act”, p. 459 e 460.

benefícios mundiais ao menor custo possível [...]

A Convenção sobre Diversidade Biológica foi promulgada no Brasil por meio do Decreto n. 2.519/1998. A Convenção-Quadro sobre a Mudança do Clima, de sua vez, foi promulgada pelo Decreto n. 2.652/1998. Desde então, o princípio da precaução foi incorporado explicitamente ao nosso ordenamento jurídico. É justo afirmar, contudo, que esse princípio tem respaldo implícito no texto da Constituição Federal de 1988, nos sete incisos do parágrafo primeiro do artigo 225, pois eles impuseram ao Poder Público e ao legislador a incumbência de definir meios de avaliar impactos ambientais e evitar, na medida do possível, danos ao meio ambiente¹¹⁹. Com efeito, o dispositivo contempla incisos que visam a situações de típica incidência da precaução, por exigirem atuação positiva ante a mera potencialidade (risco) de dano, como é o caso dos incisos IV – estudo de impacto ambiental; V – controle de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, qualidade de vida ou meio ambiente; e VII – proteção contra práticas que coloquem em risco as funções ecológicas da fauna e da flora.

Mais que isso, é possível alicerçar o princípio da precaução na responsabilidade intergeracional, insculpida no *caput* do mesmo artigo 225. Afinal, conforme clássico magistério de Weiss:

A presente geração tem um dever de proceder de modo extremamente cauteloso em face da incerteza científica sobre riscos de danos sérios e irreversíveis para as futuras gerações. Em alguns casos isso significará proibir certas atividades ou o uso de determinados produtos [...]. Em outros, a presunção de cautela significará adiar um projeto até que haja mais informação disponível ou que se experimentem vários métodos de controle para prevenção de danos.”¹²⁰

Atualmente, o princípio da precaução consta expressamente de inúmeros diplomas federais, como é o caso do art. 1.º da Lei n. 11.105/05 (Lei da

¹¹⁹ Antunes, *Direito Ambiental*, p. 37.

¹²⁰ Tradução livre do autor. No original “The present generation has an obligation to proceed extremely cautiously in the face of scientific uncertainty about risks of serious irreversible harm to future generations. In some cases this will mean forbidding certain activities or the use of certain products [...]. In other cases, the presumption of caution will mean delaying a project until more information is available or experimenting with various control methods for preventing harm”. *In Fairness to Future Generations*, p. 69.

Biossegurança)¹²¹, do parágrafo único do art. 6.º da Lei n. 11.428/06 (Lei de Proteção do Bioma Mata Atlântica)¹²², e, figura ao lado do princípio da prevenção (dentre outros princípios) no art. 3.º, *caput*, da Lei n. 12.187/09 (Lei da Política Nacional sobre Mudança do Clima), e no art. 6.º, I, da Lei n. 12.305/10 (Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos). Figura, ainda, no art. 5.º do Decreto n. 4.297/02 (que estabelece critérios para o Zoneamento Ecológico-Econômico no âmbito federal).

O princípio também é claramente notado, embora de forma implícita, na Lei 12.608/2012, que instituiu a Política Nacional de Defesa Civil (LPNDC), ao dispor que “A incerteza quanto ao risco de desastre não constituirá óbice para a adoção das medidas preventivas e mitigadoras da situação de risco” (§ 2.º do art. 2.º).

O princípio da precaução, ao impelir à antecipação de danos mesmo num cenário de incerteza científica, tem sido um grande responsável pela expansão do escopo da responsabilidade civil, conferindo-lhe, cada vez mais, um papel também preventivo¹²³.

2.4.5 Princípio da função socioambiental da propriedade e da posse

O direito de propriedade, segundo a concepção difundida a partir da Revolução Francesa e refletida em nosso país no Código Civil de 1916, tinha um cariz quase que absoluto. Na ânsia de reconhecer ao proprietário um direito individual essencial contra a opressão estatal, admitiu-se o uso, o gozo e a disposição da propriedade de forma quase que ilimitada, sendo-lhe vedado, tão somente, o seu abuso.

¹²¹ Art. 1º. Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

¹²² Parágrafo único. Na proteção e na utilização do Bioma Mata Atlântica, serão observados os princípios da função socioambiental da propriedade, da equidade intergeracional, da prevenção, da precaução, do usuário-pagador, da transparência das informações e atos, da gestão democrática, da celeridade procedimental, da gratuidade dos serviços administrativos prestados ao pequeno produtor rural e às populações tradicionais e do respeito ao direito de propriedade.

¹²³ Scaff e Lemos, *Da Culpa ao Risco na Responsabilidade Civil*, p. 86.

Orlando Gomes relata que, à época de elaboração daquele diploma, o interesse da elite econômica, composta pela burguesia agrária exportadora e pela burguesia mercantil importadora, refletia-se em suas inclinações por um liberalismo econômico cujas instituições eram para nosso solo transplantadas quando seus traços, em seus países de origem, já começavam a esvanecer¹²⁴. Não surpreende, portanto, que nas elites intelectuais – inclusive jurídicas – que davam suporte às classes dominantes predominasse um individualismo contrário a qualquer inovação que pudesse ser interpretada como empecilho ao desenvolvimento das forças produtivas. Tal mentalidade se expressou, por exemplo, na rejeição, pelo Parlamento, de vários projetos de lei de vocação social, sobretudo na temática dos acidentes de trabalho, na mesma época em que se discutia o projeto que resultaria no Estatuto Privado de 1916¹²⁵.

Retrato do pensamento jurídico prevalecente à época, o próprio Clóvis Bevilácqua, autor do projeto do Código de 1916, embora reconhecendo a necessidade de contenção de um individualismo exacerbado, desagregado dos fins sociais do Estado, expressava uma opinião refratária a grandes modificações rumo a “códigos de direito privado social”, afirmando que um estatuto privatista não poderia ser outra coisa senão o “equilíbrio dos interesses do indivíduo e da sociedade pela disciplina das relações entre as classes. Dentro dessas raias são possíveis e benéficas as reformas, fora delas serão subversivas”. Avanços de cunho socializador não deveriam ser alimentados pelo legislador, mas por ele reconhecidos apenas quando já “rasgaram sulco no organismo social”¹²⁶.

Fato é que, em razão das distorções geradas pelo modelo liberal de 1916, foram sendo estabelecidas ao longo do século XX – em compasso com a evolução do Estado liberal para o Estado do Bem-Estar Social – atenuações à feição individualista do direito de propriedade, inclinando-o gradualmente para uma concepção mais afeta ao interesse social.

No plano teórico, essa reconstrução foi influenciada pela teoria da função

¹²⁴ *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, p. 26 e 27.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 32 ss.

¹²⁶ *Em defesa do projecto de Código Civil Brasileiro*, p. 39-41.

social da propriedade. Seu precursor foi Leon Duguit¹²⁷. A partir da compreensão de que as normas jurídicas teriam por fundamento não direitos subjetivos, senão funções a serem desempenhadas por cada indivíduo na sociedade, Duguit defendeu que a propriedade deveria ser limitada e também cumprir uma função social, sob pena de se autorizar a intervenção estatal para compelir o seu titular a dar-lhe tal destinação¹²⁸. É de ressaltar, contudo, conforme bem observa Eros Grau, que Duguit reservou sua análise aos bens de produção, não direcionando sua concepção sobre a função social da propriedade aos bens de consumo¹²⁹.

Paralelamente, a Igreja Católica, por meio de encíclicas como a *Rerum Novarum*, de 1891, e a do *Quadragesimo anno*, de 1931, foi defendendo uma visão diferente da propriedade, também vinculando-a a uma função social, mas, diversamente de Duguit, nela reconhecendo um objeto de direito a ser conquistado pelo trabalho. Essa doutrina influenciou intensamente a evolução jurídica do conceito de propriedade na direção do modelo assumido no Estado Social, que, como se nota já na Constituição de Weimar, não equivalia à proposta original de Duguit, pois conciliava o direito à propriedade privada com o dever de lhe conformar a uma destinação social¹³⁰.

No âmbito doméstico, as alterações rumo à funcionalização social da propriedade foram sendo notadas a partir da década de 30 do século passado. Nesse sentido, são de notar as restrições decorrentes do tombamento de bens de valor histórico-cultural (Decreto-lei n. 25/1937), as previstas nos Códigos Florestais de 1934 e 1965, o alargamento progressivo das hipóteses autorizadas da desapropriação, e o reconhecimento, pelo Estatuto da Terra, de que a propriedade da terra *rural* estaria condicionada a uma função social, que demanda, dentre outros requisitos, que o uso da terra assegure a conservação dos recursos naturais (Lei n. 4.504/1964). Finalmente, a Constituição Federal de 1988 consolidou uma

¹²⁷ Lemos, *Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário*, p. 83.

¹²⁸ Duguit, *Las transformaciones del derecho publico y privado*, p. 178 e 179.

¹²⁹ *Elementos de Direito Econômico*, p. 113.

¹³⁰ Purvin de Figueiredo, *A Propriedade no Direito Ambiental*, p. 84 e 85. No fundamento dessas encíclicas localiza-se a especulação tomística sobre o *bonum commune*, por força do qual a propriedade, como qualquer outro instrumento à disposição do homem, estaria limitada exteriormente por uma destinação que transcende o indivíduo. Rodotà, *Il Terribile Diritto*, p. 216-218.

mudança ontológica – portanto, geral, não adstrita apenas a bens culturais ou imóveis rurais – do direito de propriedade, conferindo-lhe uma compleição na qual devem harmonizar-se o interesse social e o individual.

De fato, embora havendo reasssegurado o direito individual de propriedade no art. 5.º, *caput* e inciso XXII, a atual Constituição, no inciso seguinte, limitou expressamente sua extensão, ao dispor que “a propriedade atenderá a sua função social”. Na mesma linha, conquanto a Carta Constitucional tenha assegurado o direito à propriedade privada como princípio geral da ordem econômica (art. 170, II), ressaltou que ela deve cumprir sua função social (art. 170, III). Para a realização dessa função, o conteúdo do direito de propriedade – e, conseqüentemente, seu exercício – passa a se conformar aos princípios fundamentais (em especial o princípio da dignidade da pessoa humana) e aos objetivos da República brasileira (previstos no art. 3.º).

A Carta Política subordina o direito de propriedade aos ditames da justiça social (art. 3.º, I, e art. 170, *caput*), buscando assegurar a todos uma existência digna (art. 1.º, III, 3.º, I, III e IV, e art. 170, *caput*), e a princípios da ordem econômica, dentre os quais ombreia a função social da propriedade (art. 170, III) com outros como a livre concorrência (art. 170, IV), a defesa do consumidor (art. 170, V), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII), a busca do pleno emprego (art. 170, VIII) e, além disso, à defesa do meio ambiente (art. 170, VI). Por outro lado, já no artigo 186, insere dentre as condições de atendimento da função social do imóvel rural a *utilização adequada dos recursos naturais* e a *preservação do meio ambiente*.

Por último, o atrelamento do direito de propriedade a deveres sociais e ambientais chegou à matriz do direito privado, quando o Código Civil de 2002, especificamente no § 1.º do seu art. 1228, dispôs:

Art. 1.228. [...]

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Do que se expôs, conclui-se que o direito de propriedade encontra-se atualmente vinculado a funções sociais e ambientais, já não sendo possível falar em mera função social, mas sim em *função socioambiental da propriedade*, verdadeiro princípio a pautar a interpretação, pelos operadores do direito, da disciplina do direito de propriedade, bem como a impor ao proprietário não apenas comportamentos negativos, como também atuações positivas com vistas à defesa, reparação e preservação do meio ambiente¹³¹.

Desse modo, a função social da propriedade configura o contorno jurídico do direito de propriedade em nossa ordem constitucional¹³². Ela não se reduz à imposição de limites negativos, mas também exige do proprietário atuações positivas, a passando a integrar o próprio conceito jurídico-positivo de propriedade, e nele produzindo profundas alterações estruturais¹³³. A *função social da propriedade* (XXXIII do art. 5.º da CF) pode ser apontada, portanto, como um dever fundamental, a vincular o titular do direito de propriedade a manejá-lo em conformidade com os interesses da sociedade¹³⁴.

Não apenas aspectos de orientação socioeconômica, mas, também, preocupações voltadas ao controle da degradação ambiental também conformam o “perfil do direito de propriedade”¹³⁵. Ao se agregar ao direito de propriedade (e, conseqüentemente, ao direito de posse) uma função ambiental, chega-se a um poder-dever, ou, no dizer de Sarlet e Fensterseifer, um “direito-dever”, formado, de um lado, pelo direito subjetivo, e, de outro, pelo dever de adequar o exercício de sua titularidade aos valores comunitários visados pela função socioambiental da

¹³¹ Lemos, *Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário*, p. 87.

¹³² Purvin de Figueiredo, *A Propriedade no Direito Ambiental*, p. 96.

¹³³ Grau, *A Ordem Econômica na Constituinte de 1988*, p. 243, 244. Essa função social recai, sobretudo, sobre a propriedade dos bens de produção, pois é neles que se manifestam o conflito entre propriedade e trabalho. Contudo, ela incide, também, nos bens normalmente submetidos apenas à *função individual*, ou seja, àqueles que ordinariamente se prestam à subsistência de seus titulares e de sua família – a garantir, portanto, sua dignidade humana – quando esses mesmos bens forem empregados para a especulação, ou forem empregados para fins diversos dos fins a que se destinam. Ob. cit., p. 233-236.

¹³⁴ Dimitri Dimoulis sustenta tratar-se de dever fundamental, opinião não comungada por Leonardo Martins, que, no mesmo artigo, afirma que a função social da propriedade é um limite constitucional especial ao direito de propriedade. “Deveres Fundamentais”, p. 334.

¹³⁵ Valle Figueiredo, *Disciplina Urbanística da Propriedade*, p. 13.

propriedade¹³⁶.

Funções, segundo Santi Romano, “são os poderes que se exercem não por interesse próprio, ou, ao menos, exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo”¹³⁷. No plano ambiental, inicialmente, era o Estado quem detinha a função (dever-poder) de, no interesse da sociedade, proteger o meio ambiente. Essa função ainda lhe assiste, mas, a partir da implantação do modelo da função social da propriedade, já não lhe é exclusiva. Desde então, à vista do artigo 170, VI e do art. 225, ambos da CF, há falar-se numa *função ambiental privada*, incidente sobre os particulares, a impor-lhes, no exercício do direito de propriedade, deveres de *defender*, de *reparar* e de *preservar*, neste último incluídas as obrigações de *não poluir* e de *impedir o poluir alheio*¹³⁸.

Mas, nunca é demais lembrar que o condicionamento desse exercício não é um ato de intervenção estatal, portanto, exterior ao direito de propriedade, mas um produto da funcionalização social do seu próprio conteúdo. Com efeito, a função socioambiental configura um elemento ínsito ao próprio direito de propriedade, conferindo-lhe limites internos, a condicionar sua própria existência e fruição. As áreas de preservação permanente e a reserva legal são manifestações desses limites internos¹³⁹.

2.4.5.1 Função socioambiental da propriedade e deveres *propter rem*

A associação da função socioambiental ao conceito de limites internos do direito de propriedade ajuda a compreender a evolução doutrinária, jurisprudencial e, por fim, legislativa, produzida ao longo do fim do século XX e primórdios do século presente, que culminou por identificar no dever de correção de passivos ambientais existentes em imóveis uma obrigação *propter rem*.

No âmbito acadêmico, em 1997 Paccagnella já defendia ser *propter rem* a

¹³⁶ *Princípios do Direito Ambiental*, p. 142.

¹³⁷ Tradução livre o autor. No original: “sono i poteri che si esercitano non per um interesse próprio, o almeno esclusivamente próprio, ma per um interesse altrui o per um interesse oggettivo”. *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, p. 111.

¹³⁸ Benjamin, “Função Ambiental”, p. 54-58.

¹³⁹ Idem, “Reflexões sobre a Hipertrofia do Direito de Propriedade na Tutela da Reserva Legal e das Áreas de Preservação Permanente”, p. 49 ss.

natureza das obrigações de reflorestar as áreas de preservação permanente e reservas legais, ao argumento de que tais obrigações “se vinculam mais à coisa que à pessoa, daí seu caráter real e não pessoal. Isso por tratar de norma geral, a todos imposta, não se tratando de obrigação assumida unilateralmente pelo devedor na sua origem, mas sim por força de lei”¹⁴⁰. Como principal fundamento para tal conclusão, o autor invocava a função social da propriedade. No mesmo sentido veio a sugerir, pouco depois, Borges, para quem, por força da função ambiental da propriedade, “não importa quem quer que venha a ser o proprietário de uma coisa, pois, se tal coisa se submete a um regime especial de proteção que imputa deveres especiais ao proprietário, este deverá cumpri-los”¹⁴¹.

Contudo, até fins da década de 1990, ainda era possível encontrar na jurisprudência do STJ o entendimento segundo o qual os proprietários dos imóveis rurais não seriam obrigados a reflorestar as áreas de preservação permanente ou de reserva legal de seus imóveis que não houvessem sido por eles degradadas. Quanto às primeiras, afirmava-se, por exemplo, que o artigo 18 da Lei n. 4.771/1965 impunha tal obrigação apenas ao poder público¹⁴², e, quanto às segundas, que o reflorestamento determinado expressamente no artigo 99 da Lei 8.171/1991 só seria obrigatório após a criação do órgão gestor que aprovaria as normas respectivas (e que, até pelo menos 1999, ainda não havia sido criado)¹⁴³.

A partir de 2000, esse entendimento começou a se alterar. No início, por via da asserção de que o novo proprietário seria parte passiva legítima para responder pelo dano ambiental, pois assumia a propriedade rural com as limitações ditadas pela lei¹⁴⁴. Em outro caso, de modo ainda mais amplo, decidiu-se que, se um Município fosse corresponsável pelo dano – por exemplo, por haver aprovado um loteamento irregular – e essa área passasse ao território de um novo Município,

¹⁴⁰ “Função socioambiental da propriedade rural e Áreas de Preservação Permanente e Reserva Florestal Legal”, p. 12.

¹⁴¹ *Função ambiental da propriedade rural*, p. 78.

¹⁴² EDcl no REsp 156.899/PR, rel. min. Garcia Vieira, 1.^a T., j. 15.06.1998, *DJ* 08.09.1998.

¹⁴³ REsp 214.714/PR, rel. min. Garcia Vieira, 1.^a T., j. 17.08.1999, *DJ* 27.09.1999.

¹⁴⁴ REsp 222.349/PR, rel. min. José Delgado, 1.^a T., j. 23.03.2000, *DJ* 02.05.2000; REsp 327.254/PR, rel. min. Eliana Calmon, 2.^a T., j. 03.12.2002, *DJ* 19.12.2002.

este deveria assumir a responsabilidade do anterior¹⁴⁵.

Em artigo do início de 2001, Antunes criticava a jurisprudência mais antiga do STJ, em que se refutava a obrigação do novo proprietário de manter a reserva legal. Afinal, segundo o autor, tratava-se de obrigação de natureza *propter rem*, transmissível, portanto, com o próprio bem, ao novo proprietário¹⁴⁶.

No ano seguinte, um primeiro julgado do STJ apontou o alcance da responsabilidade pela recomposição de uma área de preservação permanente ao novo proprietário do imóvel, com base na obrigação *propter rem* (embora, a rigor, o recurso em julgamento não tenha sido conhecido). Diz sua ementa:

RECURSO ESPECIAL. FAIXA CILIAR. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. RESERVA LEGAL. TERRENO ADQUIRIDO PELO RECORRENTE JÁ DESMATADO. IMPOSSIBILIDADE DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA.

As questões relativas à aplicação dos artigos 1º e 6º da LICC, e, bem assim, à possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva em ação civil pública, não foram enxergadas, sequer vislumbradas, pelo acórdão recorrido.

Tanto a faixa ciliar quanto a reserva legal, em qualquer propriedade, incluída a da recorrente, não podem ser objeto de exploração econômica, de maneira que, ainda que se não dê o reflorestamento imediato, referidas zonas não podem servir como pastagens.

Não há cogitar, pois, de ausência de nexo causal, visto que aquele que perpetua a lesão ao meio ambiente cometida por outrem está, ele mesmo, praticando o ilícito.

A obrigação de conservação é automaticamente transferida do alienante ao adquirente, independentemente deste último ter responsabilidade pelo dano ambiental¹⁴⁷.

Paralelamente, na doutrina, Steigleder, explicitamente calcada na função social a conformar o próprio conteúdo do direito de propriedade, afirmava ser *propter rem* a obrigação de reparar áreas contaminadas, de modo que a

¹⁴⁵ REsp 295.797/SP, rel. min. Eliana Calmon, 2.ª T., j. 18.09.2001, DJ 12.11.2001.

¹⁴⁶ "Poder Judiciário e Reserva Legal: análise de recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça", p. 120 ss.

¹⁴⁷ REsp 343.741/PR, rel. min. Franciulli Netto, 2.ª T., j. 04.06.2002, DJ 07.10.2002.

responsabilidade recairia sobre o adquirente do imóvel independentemente de haver sido ele o causador do dano¹⁴⁸.

Num julgado posterior em que se conheceu do mérito recursal para afirmar a responsabilidade do proprietário não causador do dano, a obrigação *propter rem* não chegou a figurar na ementa, mas o relator invocou-a em seu voto:

É de elementar inferência, dessarte, que a obrigação de conservação é automaticamente transferida do alienante ao adquirente, independentemente deste último ter responsabilidade pelo dano ambiental.

Mais a mais, a doutrina tem entendido, à luz do dispositivo suso referido, que a manutenção da área destinada à reserva legal é obrigação *propter rem*, ou seja, decorre da relação existente entre o devedor e a coisa, de modo que o ônus de conservação do imóvel é automaticamente transferido do alienante ao adquirente, independentemente deste último ter responsabilidade pelo dano ambiental.¹⁴⁹

A partir de 2007, o fundamento da obrigação ambiental *propter rem* passou a ser efetivamente acolhido de maneira expressa como fundamento de decisões colegiadas do STJ. O primeiro deles, da lavra do relator min. Herman Benjamin, tratou do dever de reflorestar áreas de preservação permanentes e reservas legais, e foi assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. RESERVA LEGAL. NOVO PROPRIETÁRIO. LEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Em se tratando de Reserva Legal, com limitação ao direito de propriedade imposta por lei (Código Florestal), o novo adquirente assume o ônus de manter a cobertura vegetal, tornando-se responsável pela sua recomposição, mesmo que não tenha contribuído para devastá-la, pois se trata de obrigação *propter rem*.

2. É pacífico o entendimento do STJ quanto à legitimidade passiva do novo proprietário para responder à Ação Civil Pública que visa a cobrar o reflorestamento de Reserva Legal.

3. Recurso Especial conhecido e provido¹⁵⁰.

Em acórdão mais recente, a 2.^a Turma do STJ foi além da obrigação *propter rem* de reparar áreas de preservação permanente, estendendo-a à para danos

¹⁴⁸ “Aspectos jurídicos da reparação de áreas contaminadas por resíduos industriais”, p. 11-13.

¹⁴⁹ REsp 217.858/PR, rel. min. Franciulli Netto, 2.^a T., j. 04.11.2003, DJ 19.12.2003.

¹⁵⁰ REsp 453.875/PR, rel. min. Herman Benjamin, 2.^a T., j. 18.10.2007, DJe 11.11.2009.

causados por aterros ilegais de lixo. Os trechos de interesse da ementa são:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. NATUREZA JURÍDICA DOS MANGUEZAIS E MARISMAS. TERRENOS DE MARINHA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. ATERRO ILEGAL DE LIXO. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*. [...] ART. 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981.

[...]

12. As obrigações ambientais derivadas do depósito ilegal de lixo ou resíduos no solo são de natureza *propter rem*, o que significa dizer que aderem ao título e se transferem ao futuro proprietário, prescindindo-se de debate sobre a boa ou má-fé do adquirente, pois não se está no âmbito da responsabilidade subjetiva, baseada em culpa¹⁵¹.

O mesmo entendimento (caráter *propter rem* de obrigações ambientais sobre imóveis) passou a ser acolhido na 1.ª Turma do STJ¹⁵², antes de vir a ser consagrado normativamente, de forma explícita, pelo art. 1.º-A, § 2.º, da Lei 12.651/2012 (conhecida como “Novo Código Florestal”), em relação às obrigações por ela impostas aos imóveis rurais¹⁵³. Mais recentemente, por fim, a jurisprudência do STJ acerca do tema foi consolidada na súmula n.º 623, que diz, *in verbis*:

As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor. (Súmula 623, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2018, DJe 17/12/2018)

Convém observar, contudo, a despeito do desenvolvimento acima exposto, não ser pacífico o entendimento acadêmico sobre a natureza *propter rem* dessas obrigações. Debruçando-se especificamente sobre a Lei n. 13.577/2009, do Estado de São Paulo, que estabeleceu a obrigação de remediação das áreas contaminadas não apenas para o causador do dano, mas também para outros responsáveis – como o proprietário –, Amado Mendes sustenta não se tratar de obrigação *propter rem*. Em prol de sua negativa, alega que obrigações de tal estirpe seriam caracterizadas pela possibilidade de *abandono liberatório* (o proprietário se

¹⁵¹ REsp 650.728/SC, rel. min. Herman Benjamin, 2.ª T., j. 23.10.2007, DJe 02.12.2009.

¹⁵² REsp 1179316/SP, rel. min. Teori Zavascki, 1.ª T., j. 15.06.2010, DJe 29.06.2010; REsp 1090968/SP, rel. min. Luiz Fux, 1.ª T., j. 15.06.2010, DJe 03.08.2010.

¹⁵³ § 2º: “As obrigações previstas nesta Lei têm natureza real e são transmitidas ao sucessor, de qualquer natureza, no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural”.

libera da obrigação ao abandonar o direito real) e *ambulatoriedade* (o proprietário pode negociar a transmissão da obrigação a terceiro), fatores que não seriam compatíveis com a reconhecida – jurisprudencial e doutrinariamente – solidariedade dos integrantes da cadeia de proprietários da área contaminada, a permitir a responsabilização não apenas do atual, como dos seus antecessores¹⁵⁴. O autor clama pela revisão da norma paulista, para evitar injustiças como a que emergiria da responsabilização de alguém que, de modo inocente, viesse a adquirir um terreno baldio para construir sua residência, e, depois, constatasse que o imóvel estava contaminado. Sugere, portanto, a introdução naquele diploma de filtros de responsabilização, como a consideração de indicativos da boa-fé objetiva do adquirente (p. ex., compatibilidade entre o valor da compra e o preço de mercado de uma área não contaminada; dever de prestar informações ambientais aos órgãos competentes), da existência de publicidade (informação ambiental) sobre a contaminação, como averbação no registro de imóveis, da potencialidade de causar agravamento do dano e da finalidade de utilização do imóvel, aventando que o uso industrial poderia acentuá-lo¹⁵⁵. Por fim, em razão de suposta incompatibilidade com o instituto da solidariedade, propõe que a jurisprudência deixe de caracterizar a responsabilidade ambiental do proprietário como sendo de natureza *propter rem*¹⁵⁶.

Em parte, pode-se concordar com Amado Mendes. De fato, o ônus que grava a propriedade imobiliária em que exista um passivo ambiental não configura, exatamente, uma “*obrigação propter rem*”. Contudo, as razões para essa conclusão não derivam dos argumentos trazidos pelo autor, tampouco implicam as consequências por ele deduzidas. Outrossim, a incorreção da legislação não reside propriamente no fato de imputar ao proprietário um dever *propter rem*, mas sim em

¹⁵⁴ “A Responsabilidade Civil do Proprietário de Área Contaminada: algumas reflexões sobre a lei de áreas contaminadas do Estado de São Paulo (Lei 13.577/2009)”, p. 323.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 324. Vários desses filtros, como o autor mesmo refere, fazem parte da figura do direito anglo-saxônico conhecida como *innocent purchaser defenser* (defesa do comprador inocente), que permite afastar a presunção de responsabilidade do adquirente quando demonstrado, por exemplo, que ele agiu com cautela antes da celebração do negócio (verificando os usos pretéritos da cadeia de proprietários), bem como levando em consideração outros fatores, como, se a contaminação era facilmente visível, a facilidade/dificuldade de acesso a informações sobre a contaminação e se o preço pago era compatível com o de uma área não contaminada. *Ibid.*, p. 325.

¹⁵⁶ *Ibid.*, mesma página.

considerar esse ônus uma decorrência da responsabilidade civil.

É bem verdade, na linha esposada por Mendes, que há considerável opinião doutrinária no sentido de que as obrigações *propter rem* teriam por característica a possibilidade de abandono liberatório. O português Mesquita, por exemplo, afirma que a renúncia liberatória constituiria um direito potestativo a assistir o devedor *propter rem*, cujo exercício o credor não poderia impedir¹⁵⁷. A tese, contudo, não é unanimidade, e tem, especificamente entre autores da realidade jurídica nacional, oponentes de peso. A propósito, Orlando Gomes ensina que nem todas as obrigações reais admitem o abandono liberatório¹⁵⁸. No mesmo sentido, Venosa ressalta que não são todas as manifestações de obrigação *propter rem* que admitem o abandono liberatório, indicando, como exemplo, o caso de despesas de condomínio, em que o abandono pelo proprietário não o isentaria da dívida¹⁵⁹. Pontes de Miranda, por sua vez, vai mais longe, afirmando que não apenas o abandono liberatório, como sequer a transmissibilidade seriam características onipresentes em obrigações *propter rem* em nosso ordenamento jurídico¹⁶⁰.

Há, contudo, outras razões para refutar o caráter *obligacional* – mas não a natureza *propter rem* – do dever do proprietário de eliminar o passivo ambiental de seu imóvel. “Obrigações *propter rem*” e “deveres *propter rem*” são diferentes espécies do gênero “situação jurídica *propter rem*”.

Conforme esclarece Bunazar, com espeque no escólio de Ascensão¹⁶¹, as situações jurídicas *propter rem* têm sempre por causa eficiente a titularidade de uma posição jurídica, ativa ou passiva, de direito das coisas, mas não se limitam ao esquema da relação jurídica obrigacional¹⁶². Prossegue o autor, afirmando que a obrigação é uma posição jurídica subjetiva passiva e, necessariamente, relativa (ao direito de um credor), ao passo que o *dever* em sentido estrito é uma posição

¹⁵⁷ Mesquita, *Obrigações Reais e Ônus Reais*, p. 382.

¹⁵⁸ *Obrigações*, p. 21.

¹⁵⁹ *Direito Civil – Obrigações e Responsabilidade Civil*, v. 2, p. 39 e 40.

¹⁶⁰ *Tratado de Direito Privado*, t. XVIII, p. 24-25.

¹⁶¹ *As Relações Jurídicas Reais*. Ascensão trata das situações jurídicas, como gênero, sobretudo a p. 59 ss., identificando, aliás, especialmente a fls. 107 e 108, a obrigação *propter rem* como espécie do subgênero relação jurídica *propter rem*.

¹⁶² Bunazar, *Obrigações propter rem: aspectos teóricos e práticos*, p. 43.

jurídica subjetiva passiva absoluta ou relativa¹⁶³.

Com amparo nas lições de Alf Ross sobre a diferença entre obrigações e deveres em sentido estrito¹⁶⁴ e de Bobbio quanto à distinção entre relações de escambo e relações de convivência¹⁶⁵, Bunazar deduz que, nas relações de escambo prevalecem as obrigações, ao passo que nas relações de convivência preponderam os deveres. Nas relações obrigacionais, a prestação do devedor se dirige preponderantemente à imputação de uma vantagem ao patrimônio de um credor, sendo a sociedade beneficiada apenas de modo difuso, indireto¹⁶⁶. Nelas, portanto, sobreleva o interesse do credor, que é disponível. Diferentemente, nos deveres em sentido estrito, o interesse prevalente é coletivo, portanto, indisponível¹⁶⁷. É certo, ainda, que tais deveres podem ser relativos ou absolutos. No primeiro caso, embora a vantagem também alcance diretamente a coletividade, o particular titular da pretensão também é beneficiado indiretamente, pelo incremento de sua esfera jurídica¹⁶⁸.

Por fim, Bunazar transpõe essas premissas às situações jurídicas *propter rem* do nosso ordenamento. Como resultado, o autor fornece uma explicação dogmáticamente convincente para o dever imposto ao proprietário pelo § 1.º do art. 1.228 do Código Civil de exercer seu direito de propriedade em consonância com suas finalidades econômicas e sociais, e, conseqüentemente, para as obrigações de reparar o dano ambiental, inclusive aquelas previstas na Lei n. 12.651/2012. Os

¹⁶³ Ibid., p. 45.

¹⁶⁴ Na obrigação, Ross considera existir um credor, que deve preencher dois requisitos: (i) ser o único autorizado a iniciar o procedimento jurídico hábil a imputar sanção ao sujeito em posição jurídica passiva e (ii) estar em liberdade para agir ou não nesse sentido. Já no dever em sentido estrito, afirma inexistir liberdade quanto a dar início ao procedimento judicial ou à forma de fazê-lo, pois o sujeito da posição jurídica ativa é jungido a exercer seu poder conforme as diretrizes legais. *Logica de las Normas*, trad. J. S.-P. Hierro. Madrid: Technos, 1971, p. 120 e 121, *apud* Bunazar, ob. cit., p. 45.

¹⁶⁵ A partir da diferença aristotélica entre justiça comutativa e distributiva, Bobbio alude a duas espécies de relação de igualdade: relações de escambo ou relações de convivência. As relações de escambo baseiam-se na igualdade de coisas, sendo relações de crédito e débito. As de convivência são de um tipo totalmente diverso, e tem por substrato a igualdade entre pessoas, como é o exemplo da relação entre homem e mulher no matrimônio. *Eguaglianza e Libertà*. Torino: Einaudi, 1995, p. 8-10, *apud* Bunazar, ob. cit., p. 46.

¹⁶⁶ *Obrigação propter rem: aspectos teóricos e práticos*, p. 46.

¹⁶⁷ Ibid., p. 47.

¹⁶⁸ Ibid., p. 47.

deveres dali derivados não configuram, propriamente, obrigações *propter rem*, mas uma figura a ela assemelhada: a dos deveres *propter rem* absolutos¹⁶⁹.

Essa justificação do caráter *propter rem* dos deveres ambientais a gravar os imóveis é compatível com a coexistência de deveres ambientais derivados de fontes diversas: um, originário da função reparatória da responsabilidade civil, a recair sobre o causador do dano; outro, de caráter *propter rem*, decorrente da função social da propriedade como limite interno a conformar o conteúdo do direito de propriedade, e incidente sobre o proprietário¹⁷⁰.

Essa duplicidade de fontes já fora ressaltada por Salles, em 2004, muito embora ainda atribuindo ao dever atrelado à titularidade do direito real a natureza de *obrigação* em vez de *dever* *propter rem*. Com efeito, o autor observou que, sobre o proprietário atual, por força da função social da propriedade, recai uma obrigação – por ele qualificada como *propter rem* – de eliminar o dano ambiental. Sem embargo, ressaltou que o causador direto do dano ambiental não se desonera da obrigação de repará-lo pelo fato de havê-lo transferido ao atual proprietário. É que ele continua responsável pela obrigação de reparar o dano, por força dos artigos 3.º, III e IV, e 14, da Lei 6.938/1981¹⁷¹.

Como se vê, portanto, o dever de reparar o dano ambiental tem duas fontes diversas. De um lado, ele é corolário da violação do postulado *neminem laedere*, corporificado, quando aos bens jurídicos ambientais, em dispositivos da Constituição e da LPNMA. Por outro, ele decorre da configuração contemporânea do direito de propriedade, a exigir sua conformidade com a função socioambiental, que atua – conforme já referida opinião de Benjamin – como um limite interno, ou seja – consoante ilustrado por Fiorella D’Angelo –, na própria configuração

¹⁶⁹ Ibid., p. 48, 94 ss. São absolutos por não beneficiarem, de modo específico, algum outro proprietário de direito real. Para melhor compreensão, pode-se comparar com exemplo do que seria um dever *propter rem* relativo, caso do art. 1.291 do Código Civil, que imputa ao proprietário do prédio superior o dever de recuperar as águas que poluir, o que acaba por beneficiar os proprietários dos prédios inferiores. Ob. cit., p. 48.

¹⁷⁰ A propósito, Bunazar também identifica a fonte dos deveres *propter rem* em limites internos ao direito de propriedade (Ob. cit., p. 48-50), e, apropriadamente, diferencia o dever *propter rem* de reparação do dano ambiental do dever de reparar *ex vi* responsabilidade civil (ob. cit. 94-98).

¹⁷¹ Salles, “Propriedade imobiliária e obrigações *propter rem* pela recuperação ambiental do solo degradado”, p. 4 e 5.

estrutural do direito de propriedade, condicionando os modos de aquisição, gozo e utilização dos bens¹⁷². Sob este aspecto, ele possui caráter *propter rem* e acompanha o imóvel, atingindo quem quer que esteja no exercício do seu domínio. Isso não anula o caráter ambulatório desse dever. Quem já não é proprietário, não mais pode ser obrigado à reparação do dano, a não ser que – e na extensão em que – tenha para ele contribuído.

Desse modo, se, por hipótese, um proprietário “A” contamina um determinado terreno com resíduos químicos, e, na sequência, transfere-o a “B”, que se mantém por dez anos no imóvel sem recuperá-lo, para, posteriormente, aliená-lo a “C”, não há dúvida de que “C”, na condição de proprietário atual, por força do caráter *propter rem* do passivo ambiental, está obrigado à repará-lo, tanto quanto “A”, causador original do dano. E até mesmo “B”, eventualmente, poderá ser responsabilizado, embora já não em razão de um dever *propter rem* existente no presente, mas pelos prejuízos ambientais eventualmente produzidos pelos agentes químicos presentes no solo do imóvel no período em que esteve sob sua propriedade, e que poderiam e deveriam haver sido evitados caso ele houvesse atuado para a correção do problema. Afinal, como observa Steigleder, danos ambientais provocados por poluição do solo por resíduos industriais, por usualmente contaminarem lençóis freáticos, sói possuírem natureza dinâmica, é dizer, geram plumas de poluição com grande mobilidade e que continuam a piorar o dano ao longo do tempo. Assim, a omissão do proprietário, ainda que não causador do dano originário, acaba contribuindo para o seu agravamento¹⁷³.

A mesma lógica é aplicável às áreas de preservação permanente e reservas florestais nos lapsos temporais que restarem desprovidas da obrigatória cobertura vegetal. Além de a obrigação de reparação ser atribuível, por distintas razões, ao causador direto do dano e ao proprietário atual, a correspondente diminuição dos serviços ambientais que esses espaços deveriam fornecer ao meio ambiente é imputável, inclusive, àquele que, embora já não mais proprietário, deveria havê-las

¹⁷² *Ius aedificandi: piani regolatori generali e particolareggiati*, In: Santoro-Passarelli, *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova, CEDAM, 1976, p. 135, *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 284.

¹⁷³ “Aspectos jurídicos da reparação de áreas contaminadas por resíduos industriais”, p. 13-14.

reflorestado, mas ficou-se inerte. Trata-se da figura dos danos ambientais intercorrentes (ou lucros cessantes ambientais), a que se retornará no subitem 2.4.2.

2.4.6 Princípio da equidade, responsabilidade ou solidariedade intergeracional

A ideia de que a geração presente detém o planeta em confiança para as gerações futuras é bem conhecida pelo direito internacional. Ela já vem sendo utilizada pelos Estados Unidos desde a arbitragem do caso da “Pele de Foca do Pacífico” (*Pacific Fur Seal*), de 1893, e está implícita ou explicitamente referida em muitos dos primeiros tratados de direito internacional, como a Convenção Internacional sobre Pesca de Baleias (1946), a Convenção Africana da Natureza (1968) e a Convenção do Patrimônio Mundial (1972)¹⁷⁴.

Por outro lado, muitas declarações internacionais fazem menção a essa orientação como um importante aspecto do conceito de desenvolvimento sustentável, como o princípio 1 da Declaração de Estocolmo, de 1972, segundo o qual o homem carrega a solene responsabilidade de proteger e melhorar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, a Resolução 35/8 da Assembleia Geral das Nações Unidas, que assinalou uma histórica responsabilidade das presentes e futuras gerações de preservação da natureza, e a Declaração do Rio, cujo princípio 4 dispõe que o “direito ao desenvolvimento deve ser realizado de modo atender de modo equitativo as necessidades de desenvolvimento e ambientais das gerações presentes e futuras”¹⁷⁵. Assim, juntamente com a equidade intrageracional (direitos das pessoas da geração atual de justo acesso aos recursos naturais do planeta), a equidade intergeracional representa uma das dimensões humanas do desenvolvimento sustentável¹⁷⁶,

O princípio da equidade, responsabilidade ou solidariedade intergeracional impõe às gerações presentes o uso racional dos recursos ambientais (sejam eles naturais, sejam culturais), de modo a que as gerações futuras também possam

¹⁷⁴ Sands e Peel, *Principles of International Environmental Law*, p. 221.

¹⁷⁵ Ibid., mesma página.

¹⁷⁶ Bosselmann, *The Principle of Sustainability: transforming law and governance*, p. 59

deles fruir, em prol de sua qualidade de vida. Trata-se de princípio de forte orientação ética: já que nós, sem nenhum esforço, herdamos de nossos ancestrais um patrimônio ambiental, não nos é dado destruí-lo, mas sim transferi-lo aos nossos descendentes, em iguais ou melhores condições¹⁷⁷.

Nossa Constituição de 1988 abrigou-o de forma patente, ao prescrever, no *caput* do art. 225, ser um dever do Poder Público e da coletividade defender e preservar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. O direito fundamental ao meio ambiente, portanto, na sua estrutura de direito-dever, impõe claramente deveres ambientais em favor não apenas das gerações presentes, como também das futuras, sendo gravado por uma transcendentalidade geracional.

2.5 Pressupostos

2.5.1 Ação ou omissão

A obrigação de reparar o dano ambiental, na forma do artigo 14, § 1.º, da LPNMA, recai sobre o poluidor. Por poluidor, o art. 3.º, IV, do mesmo diploma considera quem é, direta ou indiretamente, responsável por atividade causadora de degradação ambiental. Como se percebe, o dispositivo tem um alcance significativo, abrangendo tanto condutas comissivas ou omissivas¹⁷⁸.

Não é demais repisar que o meio ambiente é objeto de dever fundamental que recai sobre toda a coletividade. As condutas omissivas, especificamente, geram a obrigação de reparar quando alguém, podendo agir, não o faz, em inobservância a deveres impostos por leis, decretos e resoluções ou ao dever de vigilância e cuidado, e, especificamente para o proprietário, em razão do descumprimento omissivo da função socioambiental da propriedade¹⁷⁹.

Pouco importa que a atividade seja lícita para afastar a responsabilização civil, ou seja, que ela tenha sido licenciada ou autorizada pelo Poder Público, ou de

¹⁷⁷ Segundo Weiss, cada geração é, ao mesmo tempo, depositária e usufrutuária de um patrimônio natural e cultural. Assim como nossos ancestrais tinham obrigações morais para conosco, nós as temos para com as futuras gerações, e as podemos transformar em normas legais. Como beneficiários do legado das gerações pretéritas, herdamos certos direitos a gozar dos frutos desse patrimônio, assim como os herdarão as gerações futuras. Isso pode ser compreendido como obrigações e direitos planetários intergeracionais. *In Fairness to Future Generations*, p. 21.

¹⁷⁸ Marchesan, Steigleder e Cappelli, *Direito Ambiental*, p. 195.

¹⁷⁹ Lemos, *Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário*, p. 165 e 166.

ser ela exercida em conformidade com os padrões normativos em vigor. Tais circunstâncias não eximem o causador do dano ambiental do dever de repará-lo¹⁸⁰.

A propósito, o artigo 3.º, III, da LPNMA, ao tipificar as cinco hipóteses caracterizadoras de poluição ambiental, em apenas uma delas (alínea “e”) exige que as atividades tenham desrespeitado padrões normativos. Logo, normas de emissão e padrões de qualidade representam uma referência para o empreendedor, limites que não se podem ultrapassar, mas sua observância, por si só, não o exonera de verificar se sua atividade efetivamente é, ou não, prejudicial¹⁸¹.

Nessa mesma linha, o STJ já afirmou a irrelevância da licitude da atividade para fins de responsabilidade civil ambiental, em aresto proferido em ação contra concessionária de saneamento básico que poluía cursos d’água:

DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ARTIGOS 23, INCISO VI E 225, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE. DANO DECORRENTE DA EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE A RECORRENTE E A COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP (DELEGATÁRIA DO SERVIÇO MUNICIPAL). AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. [...] Não se discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público; o que importa é a potencialidade do dano ambiental e sua pronta reparação¹⁸².

¹⁸⁰ Lemos, “Responsabilidade Civil e Dano ao Meio Ambiente”, p. 357, 358; SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Ambiental*, p. 316; Leite e Ayala, *Dano Ambiental...*, p. 203 e ss; Steigleder, *Responsabilidade Civil Ambiental...*, p. 179; Athias, “Responsabilidade Civil e Meio-Ambiente”, p. 247; Pasqualotto, “Responsabilidade Civil por Dano Ambiental”, p. 458; Leme Machado, *Direito Ambiental...*, p. 443, 444; Marchesan, Steigleder, e Cappelli, ob. cit., p. 197. Meirelles, diferentemente, afirmava que o ato administrativo autorizador ou licenciador da atividade gozava de presunção de legitimidade, cumprindo ao autor da ação demonstrar a ilegalidade de sua expedição. “Proteção Ambiental e Ação Civil Pública”, p. 10. Krell, por sua vez, afirma que o exercício de uma atividade lícita, autorizada pelo Estado, dentro dos padrões regulamentares, poderia, eventualmente, excluir a responsabilidade pelo dano ambiental, a depender da efetiva capacidade do poluidor de constatar os efeitos nocivos de sua atividade. “Concretização do dano ambiental...”, p. 26, 27 e 35.

¹⁸¹ Leme Machado, *Direito Ambiental...*, p. 436.

¹⁸² REsp 28.222/SP, rel. Min. Eliana Calmon, rel. p/ ac. min. Nancy Andrighi, j. 15.02.2000, DJ 15.10.2001.

2.5.2 Dano ou Risco de Dano

A vida em sociedade é incompatível com uma concepção da natureza como um santuário imodificável. Em consonância com a noção de desenvolvimento sustentável consagrada na Rio 92, é preciso compatibilizar as preocupações com o equilíbrio ecológico com os anseios da humanidade por superação de suas limitações e carências materiais e o respeito à justiça social.

Dada a complexidade contemporânea e a necessidade constante de inovações, seria irreal afirmar que toda modificação do meio ambiente conduziria a um dano juridicamente deflagrador do dever de reparar¹⁸³. De modo geral, admite-se que só há falar em obrigação de reparação de um dano que ultrapasse os limites do desprezível¹⁸⁴. Sobre isso, Mirra, na esteira de Caballero¹⁸⁵, chega a apontar a existência de um *princípio de tolerabilidade*, que, longe de autorizar um direito de degradar, tenderia a estabelecer um certo equilíbrio entre atividades antrópicas e o respeito às leis naturais e valores culturais regentes dos fatores ambientais que condicionam a vida¹⁸⁶.

É no propósito de compatibilizar as atividades econômicas e a vida em sociedade com a proteção do meio ambiente que a LPNMA dispõe, em seu artigo 4.º, que a Política Nacional do Meio Ambiente visará ao estabelecimento de critérios e padrões de qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo de recursos ambientais. Se uma atividade emite poluentes em conformidade com os padrões de emissão estabelecidos na forma da lei, não há, em princípio, falar em dano ambiental, mas mero incômodo. Pode-se afirmar, nesse caso, a existência de uma presunção relativa de que a alteração produzida no meio ambiente não configura um dano ambiental. Contudo, consoante já ressaltado, a licitude da conduta não ilide a responsabilidade por eventual dano ambiental. Dito de outro modo, mesmo se respeitados os padrões de emissão, é possível que se verifique

¹⁸³ Leme Machado, ob. cit., p. 419.

¹⁸⁴ Antunes, *Dano Ambiental: uma abordagem conceitual*, p. 126.

¹⁸⁵ Segundo Francis Caballero, o princípio de tolerabilidade seria decorrência do fato de que o meio ambiente, até certo limite, tolera espontaneamente agressões. *Essai sur la Notion Juridique de la Nuisance*, p. 69 ss., 236 e 237.

¹⁸⁶ *Ação Civil Pública...*, p. 101 e 102.

uma degradação ambiental intolerável, e, portanto, passível de reparação.

Isso põe em questão a necessidade de critérios para a detecção do dano ambiental. Útil, para tanto, revela-se a proposta de Lucarelli, que afirma que o dano ambiental se verifica em função da anormalidade, gravidade e periodicidade do prejuízo. A anormalidade se dá quando a modificação das propriedades físicas e químicas dos elementos naturais for em tal intensidade que eles percam, no todo ou em parte, sua propriedade para o uso. A ela se relaciona a gravidade do prejuízo, já que o prejuízo reparável deve ser grave, e, se grave for, pode ser tido como anormal. A gravidade se verifica, portanto, quando ultrapassadas as capacidades dos seres humanos e do meio para absorção de agressões. Por sua vez, a periodicidade se constata quando o lapso temporal seja suficiente para a produção de um dano grave e substancial, não bastando para configurá-lo, por exemplo, a produção episódica de odores¹⁸⁷.

Sobre o conceito de gravidade de Lucarelli, contudo, impende um esclarecimento, que pode ser obtido na leitura de Mirra para o limite de tolerabilidade. Conforme bem pondera esse autor, esse limiar deve ser analisado caso a caso, a depender das características do meio atingido e da sua capacidade de absorção e reciclagem das agressões sofridas. Essa capacidade, por sua vez, não pode ser confundida com a capacidade de regeneração do meio ambiente. Em outros termos, aquela consiste na aptidão do meio atingido de digerir *imediatamente e sem dano* os rejeitos que lhe são carreados, e, esta, na capacidade do meio de se recuperar após haver sofrido um desequilíbrio, ou seja, após seu limite de tolerabilidade haver sido ultrapassado¹⁸⁸.

Outra questão a ser enfrentada é se o exceder dos padrões ambientais configura, *ipso facto*, dano ambiental. A propósito, considerando que o art. 3.º, III, alínea “e”, da LPNMA, define poluição como a “degradação da qualidade ambiental resultante de atividade que direta ou indiretamente lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos”, é lícito identificar nessa hipótese, pelo menos, a existência de uma presunção relativa de dano, cumprindo

¹⁸⁷ Responsabilidade Civil por Dano Ecológico, p. 252 e 253.

¹⁸⁸ *Ação Civil Pública...*, p. 104.

ao poluidor afastá-la¹⁸⁹.

Quanto à sua extensão, o dano ambiental deve ser reparado em sua integralidade. Por força do art. 14, § 1.º, da LPNMA, devem ser reparados não apenas o dano ao meio ambiente propriamente dito (objeto de direito difuso da coletividade)¹⁹⁰, mas também o dano individual ambiental ou dano ambiental reflexo (também denominado dano “por ricochete”), que decorre da lesão ao macrobem ambiental e afeta negativamente um patrimônio individual. Em ambos os casos o citado preceito legal impõe o regime de responsabilidade objetiva.

O princípio da reparação integral impõe, ainda, seja considerado o dano ambiental ao longo do tempo. Não basta a satisfação do dano emergente, aquele já produzido no passado e perfeitamente delimitado no presente. Há que incluir, ainda, a reparação de danos que se produzirão no futuro em decorrência do dano ambiental já verificado. Afinal, como adverte Pinho, no campo ambiental, não há como esperar pelo fechamento do ciclo danoso para dimensionar sua integralidade e só então buscar sua reparação, pois isso poderia levar décadas¹⁹¹.

Caio M. da Silva Pereira, analisando a doutrina alienígena, aponta que a reparação de danos futuros, embora não enfrente objeção, não goza de unânime aprovação. Além disso, observa que o requisito da atualidade do dano não pressupõe que o prejuízo esteja inteiramente realizado, exigindo-se, tão somente, que se tenha certeza de que ele resultará, ou seja, que ele seja judicialmente avaliável¹⁹². Entre nós, contudo, segundo anota Bechara, a aceitação do dano futuro como pressuposto da responsabilidade civil em geral é ampla¹⁹³. Admite-se que, a despeito da falibilidade humana no exato dimensionamento dos

¹⁸⁹ Steigleder, *Responsabilidade Civil Ambiental*, p. 116.

¹⁹⁰ Seja ele compreendido como dano *ecológico* puro, i.e., ao equilíbrio ecológico de bens ambientais naturais, ou como dano *ambiental* puro, ou seja, ao meio ambiente em sentido amplo, aquele definido no art. 3.º, I, da LPNMA, como conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em toda as suas formas (aí incluído, portanto, o patrimônio cultural artificial).

¹⁹¹ *Prevenção e Reparação de Danos Ambientais: as medidas de reposição natural, compensatórias e preventivas e a indenização pecuniária*. Rio de Janeiro: GZ; Stuttgart, Alemanha: R. Bosch, 2010, p. 163.

¹⁹² *Responsabilidade Civil*, p. 56 e 57.

¹⁹³ *Licenciamento e Compensação Ambiental*, p. 202.

desenvolvimentos futuros do dano já verificado, não seria razoável dilatar indefinidamente no tempo o momento para sua mensuração. Contenta-se com a apuração da justa medida do dano apreciando-se “a causalidade que se nos apresenta como definitiva no passado”¹⁹⁴.

Por outro lado, tampouco se pode exigir, na responsabilidade civil ambiental, o mesmo grau de certeza normalmente demandado no direito civil para se exigir a reparação do dano futuro, ante as incertezas científicas que normalmente envolvem as questões ambientais. Para condenar-se à sua reparação, portanto, há que se contentar com a probabilidade alta ou determinante de sua ocorrência¹⁹⁵.

No âmbito do gênero “danos ambientais futuros”, importa considerar que, não raro, entre a data da degradação ambiental e a reconstituição plena do bem degradado a coletividade poderá sofrer uma perda na fruição das potencialidades ambientais dele emanadas. Se o bem afetado for um ecossistema, por exemplo, é comum que as funções e serviços por ele normalmente desempenhados levem anos até reassumirem a mesma magnitude com que eram prestados na época do evento lesivo¹⁹⁶. *Mutatis mutandi*, a situação é assemelhada ao fenômeno que, no direito privado, é qualificada como lucros cessantes, e que, por força dos artigos 402 e 403, integra o montante a ser reparado. Considerada, no direito ambiental, a vigência do princípio da reparação integral, é coerentemente forte a convicção doutrinária no sentido da imperatividade de que esses danos interinos¹⁹⁷, denominados ainda como lucros cessantes ambientais¹⁹⁸ ou danos sociais¹⁹⁹, também sejam objeto de reparação. A propósito, Steigleder insere na categoria de danos sociais tanto a impossibilidade de fruir diretamente do bem para a fins turísticos, recreativos, científicos ou insumo de atividades econômicas (valor de uso

¹⁹⁴ Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, p. 974.

¹⁹⁵ Pinho, *Prevenção e Reparação de Danos Ambientais*, p. 164. No mesmo sentido, falando em “certeza mitigada”, ou seja, numa “fortíssima e robusta probabilidade”: Bechara, *Licenciamento e Compensação Ambiental...*, p. 202.

¹⁹⁶ Apenas para se ter um exemplo, segundo Pinho, num manguezal degradado por aterramento, “a comunidade ficará privada cerca de 20 anos, tempo necessário para que os indivíduos atinjam a maturidade, e o ambiente retorne ao estado anterior à agressão”. Ob. cit. p. 167.

¹⁹⁷ Relatório do Grupo de Trabalho de Valoração do Dano Ambiental, criado pelo Ato PGJ n.º 36/2001, do Ministério Público do Estado de São Paulo, p. 29.

¹⁹⁸ Araújo Freitas, “Valoração do Dano Ambiental: algumas premissas”, p. 93.

¹⁹⁹ Sampaio, *Responsabilidade Civil e Reparação de Danos ao Meio Ambiente*, p. 106 ss.

direto), como os prejuízos às suas funções ecossistêmicas (valor de uso indireto)²⁰⁰.

À reparação de danos ambientais futuros pode ser associada, ainda, outra categoria jurídica: a compensação ambiental *ex ante*, prevista no artigo 36 da Lei 9.985/2000 como condição para o licenciamento de empreendimentos sujeitos ao Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA), ou seja, potencialmente geradores de significativo impacto ambiental²⁰¹. Diferentemente das hipóteses anteriormente referidas, neste caso o dano futuro não é um desenvolvimento futuro de um prejuízo já produzido no presente. Essa compensação²⁰² é estipulada antes mesmo da produção de qualquer lesão ao meio ambiente, como condição para o licenciamento ambiental, a partir da constatação, no respectivo EIA, de que o empreendimento produzirá significativos impactos ambientais negativos. Trata-se, portanto, nem tanto de um *dever* decorrente da causação atual de dano ambiental, mas de um *ônus* pela sua produção futura: caso pretenda levar adiante seu empreendimento e obter a licença ambiental, o empreendedor deverá se comprometer a compensar os danos ambientais inevitáveis e insuscetíveis de mitigação²⁰³.

Neste ponto, impõe-se retornar à questão da licitude do dano ambiental. Segundo Perales, toda lesão ao meio ambiente que suscite a responsabilização civil é um dano juridicamente insuportável, violador da lei, do costume, ou do princípio *alterum non laedere* e, portanto, ilícito. O propósito do autor, quando assim

²⁰⁰ *Responsabilidade Civil Ambiental...*, p. 135 ss. Diferentemente, Pinho diferencia dano interino ambiental de dano interino social. Ambos decorreriam da perda da fruição, por um dado período (até o retorno ao *statu quo ante*), do bem ambiental lesado (*lucro cessante ambiental*), embora exija, para a segunda modalidade, prejuízos patrimoniais. Um exemplo desses prejuízos seriam as despesas da comunidade com o deslocamento para fruir de bem situado em outro local e o tempo demandado para tanto. *Prevenção e Reparação de Danos Ambientais*, p. 164 ss.

²⁰¹ Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei. § 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento [...].

²⁰² A natureza de compensação ambiental desse instituto foi reconhecida na ADI 3378, rel. Min. Carlos Britto, T. Pleno, j. 09.04.2008, *DJe-112*, div. 19.06.2008.

²⁰³ Bechara, *Licenciamento e Compensação Ambiental...*, p. 199 ss.

se posiciona, é afirmar a incorreção na vinculação entre licitude da conduta e culpa ou dolo do agente. Para ele, se a atividade impõe a obrigação de reparar o dano ambiental, ela é contrária ao ordenamento, logo, ilícita²⁰⁴. Sem embargo, conforme evidenciado no parágrafo anterior, em certos casos o ordenamento, no intuito de harmonizar os objetivos de desenvolvimento econômico e social com a proteção do meio ambiente, admite empreendimentos e atividades que gerarão prejuízos ambientais inevitáveis e insuscetíveis de mitigação, condicionando-os, contudo, à correspondente compensação. Assume-se, no presente trabalho, que essa modalidade de compensação por danos futuros, embora com caráter de ônus, insere-se no escopo da responsabilidade civil ambiental, não havendo, contudo, em relação a esse fenômeno específico, falar na intolerabilidade jurídica e, portanto, ilicitude do dano ambiental²⁰⁵.

Há que se debruçar, ainda, sobre o dano ambiental extrapatrimonial. Ele pode se manifestar de duas maneiras: como dano ambiental extrapatrimonial reflexo (causado por ricochete, em função da lesão ao meio ambiente), a afetar de forma pessoal e individualizável o patrimônio extrapatrimonial de vítimas, ou como dano ambiental extrapatrimonial coletivo²⁰⁶. Quanto à primeira modalidade, trata-se de dano moral individual, e, portanto, cuja reparabilidade, após a Constituição Federal de 1988, já não encontra grandes objeções. Eventuais questionamentos podem surgir, tão somente, em relação ao dano ambiental extrapatrimonial coletivo, também designado dano moral coletivo ambiental.

A doutrina ambiental tem frisado a necessidade de reparação integral do dano ambiental, o que inclui o dano ambiental extrapatrimonial coletivo. De fato, a reparabilidade seja do dano individual como do coletivo não encontra restrições na Constituição²⁰⁷, e, como se não bastasse, a Lei n. 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública – LACP) dispõe em seu artigo 1.º regerem-se por ela as ações civis públicas de responsabilidade por danos “morais e patrimoniais” causados ao meio ambiente (inciso I) e qualquer outro interesse difuso e coletivo (inciso IV). Como se sabe, à

²⁰⁴ *La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente*, p. 108 ss.

²⁰⁵ No mesmo sentido: Bechara, ob. cit., p. 199 ss.

²⁰⁶ Leite e Ayala, *Dano Ambiental...*, p. 276.

²⁰⁷ Oliveira, *Dano Moral Ambiental*, p. 82.

época da edição desse diploma, sequer existia a previsão legal da tutela judicial de direitos individuais e homogêneos, introduzida em nosso ordenamento pela Lei n. 8.078/1990, de modo que os danos morais objeto da LACP só poderiam ser os de natureza difusa ou coletiva. Logo, há respaldo legal para a reparação do dano ambiental extrapatrimonial coletivo. A questão que resta é definir no que, exatamente, esse dano consistiria.

No plano conceitual, em regra, ele é caracterizado como a ofensa à saúde e ou à qualidade de vida da população²⁰⁸, ou, ainda, a valores coletivamente compartilhados, como aqueles representados pelo patrimônio histórico e cultural²⁰⁹. O STJ tem admitido a existência de dano moral coletivo na agressão a valores fundamentais da coletividade²¹⁰, de natureza grave e que transborde da justiça e da tolerabilidade²¹¹, ou em razão da severidade, multiplicidade e longa duração das práticas lesivas²¹², inclusive em se tratando de dano ambiental²¹³, e vem considerando que sua comprovação prescinde de demonstração de dor, sofrimento e abalo psicológico, que seria comum aos interesses individuais, mas inexigível no caso de interesses difusos e coletivos²¹⁴.

É interessante anotar que parte da doutrina vislumbra no dano moral coletivo, inclusive no caso do meio ambiente, um caráter exclusivamente punitivo, negando-lhe qualquer natureza reparatória (já que não se trata de ressarcir os

²⁰⁸ Leite, Dantas e Fernandes, “O Dano Moral Ambiental e sua Reparação”, p. 67.

²⁰⁹ Steigleder, *Responsabilidade Civil Ambiental...*, p. 143.

²¹⁰ REsp 1768551/RJ, rel. min. Francisco Falcão, 2.^a T., j. 01.10.2019, *DJe* 03.10.2019; REsp 1655731/SC, rel. min. Nancy Andrighi, 3.^a T., j. 14.05.2019, *DJe* 16.05.2019.

²¹¹ AgInt no AREsp 100.405/GO, rel. min. Raul Araújo, 4.^a T., j. 16.10.2018, *DJe* 19.10.2018.

²¹² AgInt no AREsp 1311201/RS, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1.^a T., j. 15.04.2019, *DJe* 23.04.2019.

²¹³ REsp 1269494/MG, rel. min. Eliana Calmon, 2.^a T., j. 24.09.2013, *DJe* 01.10.2013; REsp 1367923/RJ, rel. min. Humberto Martins, 2.^a T., j. 27.08.2013, *DJe* 06.09.2013.

²¹⁴ REsp 1057274/RS, rel. min. Eliana Calmon, 2.^a T., j. 01.12.2009, *DJe* 26.02.2010. No mesmo sentido: Steigleder, *Responsabilidade Civil Ambiental...*, p. 147. De modo dissonante, Paccagnella defende, a partir da visão tradicional de dano moral individual, que o dano moral coletivo se resumiria à dor ou sofrimento de uma coletividade em razão, por exemplo, da supressão de árvores de uma floresta ou da demolição de um prédio tombado de rara beleza. Para ele, “a diminuição da qualidade de vida da população, o desequilíbrio ecológico, a lesão a um determinado espaço protegido, os incômodos ou lesões à saúde” configurariam lesões ao patrimônio ambiental, não ostentando, portanto, natureza extrapatrimonial. Dano Moral Ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, n. 13. São Paulo: RT, jan.-mar./1999, p. 46 e 47.

prejuízos às esferas individuais das vítimas), e, portanto, subordina a possibilidade de seu sancionamento ao princípio da reserva estrita de lei (CF, art. 5.º, *caput*, II, XXXIX e XLVI, “c”), a exigir a tipificação de hipóteses de incidência e critérios razoáveis para a definição das punições, hoje inexistentes²¹⁵.

Um exemplo desse pensamento é a concepção de Ronsenvald, para quem o dano moral coletivo, seja na forma do inciso IV do art. 1.º da LACP, ou como delimitado no art. 6.º, VI, da Lei 8.078/1990, não configuraria dano extrapatrimonial, mas pena civil, que poderia ser considerada espécie do gênero dano social defendido pelo professor Antônio Junqueira em artigo acima referido²¹⁶. Todavia, embora já dotado de alguns delineamentos legais que impulsionaram ampla adesão doutrinária e jurisprudencial, para que se reconheça cabalmente sua natureza de pena civil, sustenta o autor que o dano moral coletivo careceria de ser mais minuciosamente disciplinado pelo ordenamento, sendo necessário não apenas definir o destino do valor da condenação, como condicionar a aplicação e fixação da sanção à existência de conduta dolosa ou culpa grave do lesante e à sua condição econômica avantajada em função do proveito obtido com a lesão²¹⁷.

Sem embargo desse ponto de vista, não há razão para não se reconhecer a possibilidade de danos extrapatrimoniais ambientais coletivos e, portanto, de *lege lata*, a imperatividade de que eles sejam reparados. Conforme já apontado, a Constituição Federal e a LACP conferem inequívoco respaldo a essa conclusão.

Contra essa visão, como já exposto, não se invocam óbices jurídico-positivos, senão doutrinários, oriundos de uma noção influenciada por uma visão individualista do dano e, conseqüentemente, do dano moral. Um deles seria necessidade de “dor, sofrimento, humilhação”, que já não se sustenta desde que se assentou a possibilidade de dano moral às pessoas jurídica, despidas de tais sentimentos. O outro, no sentido de que o dano moral consistiria numa lesão a interesse existencial da pessoa humana, para além de ser mera definição conceitual de uma figura em transformação, tampouco se coaduna com as

²¹⁵ É a opinião de Bruno di Marino e Álvaro Ferraz, “A saga jurisprudencial do dano moral coletivo”, *passim*.

²¹⁶ V. item 2.2.2, *supra*.

²¹⁷ *As Funções da Responsabilidade Civil*, p. 256-260.

previsões legais (LACP e CDC) de reparabilidade do dano moral coletivo. Convém, portanto, superar tais objeções e rever-se o conceito de dano moral, a fim de adequá-lo à imprescindibilidade de tutela integral dos direitos difusos e coletivos, seja na sua conotação patrimonial ou extrapatrimonial²¹⁸.

De todo modo, há que ressaltar dois pontos quanto às consequências dos danos morais coletivos ambientais. A primeira é que, pelas razões já expostas quando da análise de uma possível função punitiva da responsabilidade civil, por ora, não é lícito deduzir do ordenamento uma natureza civil-punitiva associada àqueles danos. Logo, para a mensuração da sanção necessária à sua reparação, há que excluir quaisquer considerações voltadas à aferição do grau de culpabilidade do autor do dano.

A segunda diz respeito à imprescindibilidade de caracterizar perfeitamente, no caso concreto, quais seriam os danos morais cuja reparação se impõe, a fim de afastar eventual *bis in idem*. Explica-se. Não se exclui a possibilidade por exemplo, de parte do dano moral coletivo ambiental ser composto pela perda de qualidade de vida em decorrência da redução dos serviços e funções ecossistêmicas caracterizada como dano interino. Logo, em se condenando à reparação do dano interino, só se admite a cumulação com dano moral coletivo ambiental caso ele seja composto por um tipo distinto de prejuízo extrapatrimonial.

Em suma, a reparação do dano ambiental deve ser integral, seja quanto aos aspectos temporal, pessoal e substancial do agravo. O alcance dessa integralidade foi magistralmente traduzido em aresto do STJ, cuja ementa, nos seus principais pontos, faz-se imperativo aqui reproduzir:

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESMATAMENTO DE VEGETAÇÃO NATIVA (CERRADO) SEM AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE AMBIENTAL. DANOS CAUSADOS À BIOTA. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 4º, VII, E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981, E DO ART. 3º DA LEI 7.347/85. PRINCÍPIOS DA REPARAÇÃO INTEGRAL, DO POLUIDOR-PAGADOR E DO USUÁRIO-PAGADOR. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). *REDUCTION AD PRISTINUM STATUM*. DANO

²¹⁸ Schreiber, *Direito Civil e Constituição*, p. 460-463.

AMBIENTAL INTERMEDIÁRIO, RESIDUAL E MORAL COLETIVO.
ART. 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL.
INTERPRETAÇÃO *IN DUBIO PRO NATURA* DA NORMA
AMBIENTAL.

1. Cuidam os autos de ação civil pública proposta com o fito de obter responsabilização por danos ambientais causados pelo desmatamento de vegetação nativa (Cerrado). O juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais consideraram provado o dano ambiental e condenaram o réu a repará-lo; porém, julgaram improcedente o pedido indenizatório pelo dano ecológico pretérito e residual.

2. A legislação de amparo dos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos e coletivos deve ser interpretada da maneira que lhes seja mais favorável e melhor possa viabilizar, no plano da eficácia, a prestação jurisdicional e a *ratio essendi* da norma. A hermenêutica jurídico-ambiental rege-se pelo princípio *in dubio pro natura*.

3. Ao responsabilizar-se civilmente o infrator ambiental, não se deve confundir prioridade da recuperação *in natura* do bem degradado com impossibilidade de cumulação simultânea dos deveres de reconstituição natural (obrigação de fazer), compensação ambiental e indenização em dinheiro (obrigação de dar), e abstenção de uso e de nova lesão (obrigação de não fazer).

[...]

5. Nas demandas ambientais, por força dos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*, admite-se a condenação do réu, simultânea e agregadamente, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar. Aí se encontra típica obrigação cumulativa ou conjuntiva. Assim, na interpretação dos arts. 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), e do art. 3º da Lei 7.347/85, a conjunção "ou" opera com valor aditivo, não introduz alternativa excludente. Essa posição jurisprudencial leva em conta que o dano ambiental é multifacetário (ética, temporal, ecológica e patrimonialmente falando, sensível ainda à diversidade do vasto universo de vítimas, que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos próprios processos ecológicos em si mesmos considerados).

6. Se o bem ambiental lesado for imediata e completamente restaurado ao status quo ante (*reductio ad pristinum statum*, isto é, restabelecimento à condição original), não há falar, ordinariamente, em indenização. Contudo, a possibilidade técnica, no futuro (= prestação jurisdicional prospectiva), de restauração *in natura* nem sempre se mostra suficiente para reverter ou recompor integralmente, no terreno da responsabilidade civil, as várias dimensões do dano ambiental causado; por isso não exaure os deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*.

7. A recusa de aplicação ou aplicação parcial dos princípios do

poluidor-pagador e da reparação *in integrum* arrisca projetar, moral e socialmente, a nociva impressão de que o ilícito ambiental compensa. Daí a resposta administrativa e judicial não passar de aceitável e gerenciável "risco ou custo do negócio", acarretando o enfraquecimento do caráter dissuasório da proteção legal, verdadeiro estímulo para que outros, inspirados no exemplo de impunidade de fato, mesmo que não de direito, do infrator premiado, imitem ou repitam seu comportamento deletério.

8. A responsabilidade civil ambiental deve ser compreendida o mais amplamente possível, de modo que a condenação a recuperar a área prejudicada não exclua o dever de indenizar - juízos retrospectivo e prospectivo.

9. A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura *bis in idem*, porquanto a indenização, em vez de considerar lesão específica já ecologicamente restaurada ou a ser restaurada, põe o foco em parcela do dano que, embora causada pelo mesmo comportamento pretérito do agente, apresenta efeitos deletérios de cunho futuro, irreparável ou intangível.

10. Essa degradação transitória, remanescente ou reflexa do meio ambiente inclui: a) o prejuízo ecológico que medeia, temporalmente, o instante da ação ou omissão danosa e o pleno restabelecimento ou recomposição da biota, vale dizer, o hiato passadizo de deterioração, total ou parcial, na fruição do bem de uso comum do povo (= dano interino ou intermediário), algo frequente na hipótese, p. ex., em que o comando judicial, restritivamente, se satisfaz com a exclusiva regeneração natural e a perder de vista da flora ilegalmente suprimida, b) a ruína ambiental que subsista ou perdure, não obstante todos os esforços de restauração (= dano residual ou permanente), e c) o dano moral coletivo. Também deve ser reembolsado ao patrimônio público e à coletividade o proveito econômico do agente com a atividade ou empreendimento degradador, a mais-valia ecológica ilícita que auferiu (p. ex., madeira ou minério retirados irregularmente da área degradada ou benefício com seu uso espúrio para fim agrossilvopastoril, turístico, comercial)²¹⁹.

Por fim, há que frisar que a alta probabilidade de graves danos ambientais também pode motivar a imposição de sanções civis com vistas a evitá-lo, o que justifica a inclusão do risco de dano como pressuposto alternativo ao dano certo (atual ou futuro) dentre os pressupostos da responsabilidade civil ambiental. Sobre os fundamentos dessa possibilidade, remete-se ao item 2.2.3.

²¹⁹ REsp 1198727/MG, rel. min. Herman Benjamin, 2.^a T., j. 14.08.2012, DJe 09.05.2013.

2.5.3 Nexu causal ou condicionalidade adequada

Se é verdade que o nexu causal, no âmbito da responsabilidade civil em geral, apresenta-se como seu elemento mais delicado e o mais difícil de ser determinado²²⁰, esse problema é amplificado na seara ambiental. Uma das razões para tanto é que, não raro, apresentam-se como possíveis causas da degradação não apenas uma, mas várias condições que podem atuar de forma concomitante ou sucessiva, e com efeitos cumulativos ou sinérgicos. Por vezes, também, é possível que os efeitos deletérios da emissão de uma substância só se manifestem muitos anos depois, ou a quilômetros de distância do seu ponto de emissão, ou, ainda, que as fontes emissoras da substância nocivas sejam múltiplas. Como se não bastasse, sobretudo em relação a novas tecnologias, pode faltar o conhecimento científico necessário para uma afirmação contundente do decurso causal.

Para a superação dos entraves da determinação causal cumpre abandonar teorias que não sejam compatíveis com os desafios criados pelas características dos danos ambientais, valer-se de instrumentos como presunções de causalidade e intensificar a inversão do ônus da prova²²¹.

Predomina na doutrina e jurisprudência pátrias o entendimento de que a teoria contemplada em nosso ordenamento para a definição do nexu causal seria a da causalidade adequada²²². Segundo ela, diferentemente do que se verifica na responsabilidade penal, não há equivalência entre todas as condições que concorram para um resultado. Em vez disso, considera-se causa tão somente aquela que tenha sido a mais adequada a produzir concretamente o resultado. Em outras palavras, ela seria aquela que, dentre as condições que concorreram para o resultado, teve interferência decisiva²²³. Para estabelecer o nexu de causa e efeito,

²²⁰ Caio Mário da S. Pereira, *Responsabilidade Civil*, p. 105.

²²¹ Benjamin, *Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental*, p. 45 e 46.

²²² REsp 1615971/DF, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, 3.^a T., j. 27.09.2016, *DJe* 07.10.2016; REsp 1307032/PR, rel. min. Raul Araújo, 4.^a T., j. 18.06.2013, *DJe* 01.08.2013; REsp 1198829/MS, rel. min. Teori A. Zavascki, 1.^a T., j. 05.10.2010, *DJe* 25.11.2010. Diferentemente, afirmando ser a doutrina de maior acolhida, em nosso país, a dos danos diretos e imediatos: Wedy, *O Princípio Constitucional da Precaução*, p. 92.

²²³ Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, p. 70.

cumpriria perfazer um juízo retrospectivo de probabilidade, indagando: “a ação ou omissão que se julga era *per se apta ou adequada* para provocar normalmente essa consequência?”²²⁴.

Especificamente no STF, tem prevalecido a teoria da causalidade direta ou imediata, também conhecida como teoria da interrupção do nexo causal, que se funda no artigo 403 do Código Civil²²⁵ (equivalente ao art. 1.060 do CC/1916), que, muito embora se trate de norma voltada ao inadimplemento de negócios jurídicos²²⁶, tem sido aplicada na responsabilidade extracontratual²²⁷.

O problema é que essas propostas são insatisfatórias quando aplicadas à responsabilidade civil ambiental. Os danos ambientais são marcados por uma causalidade complexa, em que se aglutinam diversos fatores a concorrer para o gravame e raramente se faz possível imputá-lo a um único responsável²²⁸. Não surpreende, portanto, que a doutrina busque alternativas teóricas para a determinação do liame causal. Menezes Cordeiro relata, por exemplo, que a teoria da adequação, na responsabilidade civil, vem sendo substituída pela ideia de uma *causalidade normativa*, que imputa ao agente o conjunto de danos gerados àquelas posições que sejam garantidas pelas normas violadas²²⁹. Nesse sentido, nos idos de 1994, afirmou ser necessário “partir de uma *conditio sine qua non*, posto que caberá indagar por meio de valorações jurídicas, se tais danos correspondem a bens tutelados pelas normas violadas pelo agente”, e anotou que esse caminho

²²⁴ Goldenberg, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, p. 33.

²²⁵ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

²²⁶ Noronha, “O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil. In: *Responsabilidade Civil*”, p. 544.

²²⁷ Um exemplo é o RE 130764, rel. min. Moreira Alves, 1.^a T., j. 12.05.1992, DJ 07.08.1992. Trata-se de acórdão que se debruça sobre eventual responsabilidade do Estado por crime praticado por fugitivo da prisão.

²²⁸ Benjamin, “Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental”, p. 44.

²²⁹ A causalidade adequada, portanto, vem perdendo espaço para a teoria do escopo da norma violada, seja em razão da impossibilidade de, em abstrato, definir as hipóteses em que uma determinada condição figura como causa adequada à produção do dano – tudo ficando a depender dos dados concretos que lhe sejam acrescentados –, seja pelas dificuldades para lidar com normas de proteção e tutelas indiretas. Para exemplificar, Cordeiro questiona “Até que ponto o responsável pelo atraso de um comboio responde pelos diversos – e inesperados – danos que, daí, poderão decorrer para os passageiros?”. Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, v. 8, p. 535.

rasgava “vastos horizontes no domínio ambiental”²³⁰.

Esse raciocínio é pertinente, inclusive porque o nexos causal exigido para a configuração da responsabilidade civil é determinado sob uma perspectiva jurídica, e não, especificamente, física²³¹. Considerando-se todos esses fatores, bem como que o meio ambiente ecologicamente equilibrado configura objeto de direito fundamental, Patrícia Iglecias vislumbra na teoria do escopo de proteção da norma a solução mais apropriada do liame causal na responsabilidade civil ambiental: “o limite da responsabilidade estará no evento danoso que seja resultado do risco em razão do qual foi vedada aquela conduta”²³².

A rejeição doutrinária à teoria da causalidade adequada (que se alinha à teoria do risco criado, admitindo várias excludentes de responsabilidade) na seara ambiental dá-se também, alternativamente, pela adoção da teoria do risco integral,

²³⁰ Cordeiro, “Tutela do ambiente e direito civil”, p. 389-390. À época desse artigo, vigia em Portugal a Lei n. 11/1987 (Lei de Bases do Ambiente), sob cuja égide a aplicação da responsabilidade objetiva dependia de edição de legislação complementar. Mais recentemente, contudo, o autor parece haver alterado seu entendimento. Com efeito, o art. 7.º do Decreto-Lei 147/2008 instituiu efetivamente em Portugal a responsabilidade civil objetiva para um amplo rol de atividades econômicas, razão pela qual o autor passou a afirmar que a determinação do nexos causal no dano ambiental careceria de um desenvolvimento dogmático específico, que prescindiria não apenas da causalidade adequada como, até mesmo, da causalidade normativa, isto é, mesmo na inexistência de regras ambientais protetivas, a lesão a *componentes ambientais* seria passível de responsabilização civil. *Tratado de Direito Civil*, v. 8, p. 711.

²³¹ Cafferatta bem aponta a impropriedade das teorias gerais sobre causalidade (da equivalência das condições e outras mais), que se utilizam de um enfoque puramente fático da realidade e olvidam que o nexos de causalidade, como conceito jurídico para imputação de responsabilidade civil, não tem natureza fática, senão jurídica. “Prueba y nexos de Causalidad em el Daño Ambiental”, p. 269.

²³² Patrícia F. I. Lemos, *Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário*, p. 160 ss. A autora cita, para ilustrar essa teoria, um clássico exemplo de Fernando Noronha, que segue aqui reproduzido a partir de uma edição digital da obra do jurista: “Se um pedestre atropelado é abandonado na estrada e, ficando em estado de inconsciência, é vítima de um furto, o causador do acidente será, sem dúvida, responsável não só pelas lesões corporais, como também pelo dano decorrente do furto; se essa pessoa não tiver dado causa ao acidente (por exemplo, se este foi devido ao fato da própria vítima), o motorista interveniente, que tinha a obrigação de transportá-lo a lugar onde pudesse ser assistido, será responsável pelo furto e pelo eventual agravamento das lesões. Se, porém, é terceiro que passa e omite a prestação de socorro, ele será civilmente responsável apenas pelo eventual agravamento das lesões, mas não pelo posterior furto. É que embora o furto ainda seja consequência adequada da situação de abandono do sinistrado, que é da responsabilidade tanto do causador do acidente como de quem negou socorro, a verdade é que a responsabilidade civil (e até penal, quando estejam presentes os pressupostos tipificados no art. 135 do Cód. Penal) do terceiro que omite o socorro tem por finalidade salvaguardar a saúde da vítima, não os seus bens: neste caso, a responsabilidade tem de se restringir aos eventos danosos que, para aproveitarmos uma afirmação expressiva de Giovanna Visintini [1996, p. 583], ‘constituam a realização do risco em função do qual a conduta é vedada pela lei’”. O exemplo consta em Noronha, *Direito das Obrigações*, pos. 11528-11536.

que, a par de repelir excludentes de responsabilidade, considera suficiente para a determinação do nexo a existência de uma relação entre o risco da atividade e o dano, sem exigir a demonstração de que a conduta guarde relação causal adequada com o dano ou possua vínculo direto com ele²³³.

Ainda como alternativas para a superação das dificuldades na imputação do dano ecológico diante de uma pluralidade de possíveis causadores, a doutrina sugere o sistema norte-americano da *market share liability*²³⁴ e a teoria da causalidade alternativa, por força da qual, em não sendo possível identificar com precisão a contribuição de cada qual para o dano, todos respondem solidariamente²³⁵.

Insta ressaltar, outrossim, que falar no caráter predominantemente jurídico do nexo causal não importa dispensar por completo a análise da causalidade física. A sutileza do enfoque jurídico reside no parâmetro de convicção com que se imputa o dano à conduta do agente. Se, sob uma perspectiva exclusivamente científica, a tendência seria buscar a certeza do liame consequencial²³⁶, no âmbito jurídico, sobretudo em se tratando de danos ambientais de extrema complexidade, para o reconhecimento da causalidade basta a probabilidade de sua existência²³⁷. A imputação objetiva do dano resulta, portanto, de uma avaliação do diagnóstico

²³³ Steigleder, *Responsabilidade Civil Ambiental*, p. 173 ss.

²³⁴ Benjamin, “Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental”, p. 46. Trata-se de solução adotada nos Estados Unidos em casos em que uma substância tenha sido fabricada por um número limitado de empresas, não sendo possível às vítimas determinar qual companhia produziu a quantia específica que as afetou. Nessas hipóteses, algumas cortes têm responsabilizado as indústrias na proporção de sua participação no mercado consumidor. Pendergrass, “Direito Ambiental nos Estados Unidos”, p. 50.

²³⁵ Benjamin, “Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental”, p. 46; Wedy, *O Princípio Constitucional da Prevenção*, p. 96; e Steigleder, *Responsabilidade Civil Ambiental*, p. 187. A autora observa que a responsabilização por *market share*, contudo, careceria de previsão legal, no Brasil inexistente, ao contrário da solidariedade, que já poderia ser aplicada em casos de causalidade alternativa. Também defendendo, especificamente, a causalidade alternativa em hipóteses de dano coletivo: Iturraspe, Palestra “Daño Ambiental”, p. 86.

²³⁶ Embora a busca da verdade e o esforço por conhecer sejam as razões mais fortes da investigação científica, não custa lembrar que a ciência jamais pode proclamar haver atingido a verdade. Popper, *A Lógica da Pesquisa Científica*, p. 243.

²³⁷ Perales, *La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente*, p. 161 e ss, Leite e Carvalho, “Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil por Danos Ambientais”, p. 88 ss. No mesmo sentido: Santos, Dias e Aragão, in: *Introdução ao Direito do Ambiente*, p. 142. José Afonso da Silva, na hipótese de multiplicidade de fontes, preconiza a “atenuação do relevo do nexo causal”, bastando, para a responsabilização, que a atividade seja potencialmente degradante do ambiente. *Direito Ambiental Constitucional*, p. 317.

científico (laudos periciais) e de sua decodificação para a probabilidade jurídica, estabelecendo-se uma causalidade probabilística entre conduta e dano ambiental²³⁸.

Apesar do afirmado no parágrafo anterior, não se afigura razoável a condenação em indenização por danos futuros sem a demonstração científica de que o prejuízo ambiental irá se realizar. Em caso de mera probabilidade, ainda que alta, é de se tomarem medidas preventivas, com vistas a evitar ou mitigar o dano potencial, sem prejuízo de que, diante de sua constatação futura, o dever de reparação seja oportunamente imputado ao responsável.

Releva frisar, ademais, que a facilitação da determinação do nexo proporcionada pelo enfoque jurídico – em detrimento de uma abordagem estritamente causal – é de especial relevo no campo ambiental, em que a consumação dos danos torna muitas vezes impossível a recondução do meio ao *statu quo ante*, e, portanto, faz-se prioritária uma atuação preventiva²³⁹.

Já quanto à utilização de presunções na responsabilidade do dano ambiental, é interessante lembrar que o STJ tem decidido que o desmatamento, ocupação ou edificação em áreas de preservação permanente fora das hipóteses legais gera presunção absoluta de dano ambiental²⁴⁰. Aliás, o uso de presunções fáticas na jurisprudência daquele sodalício não se dá apenas na responsabilidade ambiental. Nos casos de dispensa indevida de licitação, a 1.ª Seção pacificou o entendimento de que ocorre dano ao erário *in re ipsa*, inclusive para fins de imposição de sanção por ato de improbidade²⁴¹. De todo modo, a hipótese antes referida de presunção de dano em APP é relativamente de fácil ilação. A verdadeira utilidade da presunção fática pode ser auferida em casos de prova mais complexa. Na doutrina nacional nota-se uma certa dissonância sobre de que forma seriam

²³⁸ Morato e Ayala, *Dano Ambiental...*p. 199. Nesse sentido, a propósito, é notável o avanço do Código Civil Português, cujo artigo 563.º, patentemente, contenta-se com a probabilidade razoável do decurso causal, ao dispor que “A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.

²³⁹ Lemos, *Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário*, p. 158 ss.

²⁴⁰ REsp 1457851/RN, rel. min. Herman Benjamin, 2.ª T., j. 26.05.2015, *DJe* 19.12.2016; REsp 1376199/SP, rel. min. Herman Benjamin, 2.ª T., j. 19.08.2014, *DJe* 07.11.2016.

²⁴¹ AgInt nos EREsp 1512393/SP, rel. min. Regina Helena Costa, 1.ª Seção, j. 28.11.2018, *DJe* 17.12.2018.

configuradas tais presunções. Uma parcela, invocando a responsabilidade pelo risco, advoga a possibilidade de extrair presunções de nexos entre o dano e a atividade que houver gerado o risco capaz de causar o dano, independentemente de ser ela perigosa²⁴². Outra linha de pensamento equipara a presunção fática ao estabelecimento, pelo juiz, de um nexo de causalidade probabilístico, obtido pelas regras de experiência técnica²⁴³.

Para bem ilustrar a potencial amplitude do nexo causal na responsabilidade pelo dano ambiental, convém reproduzir o seguinte excerto de acórdão do STJ:

[...] 13. Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem. 14. Constatado o nexo causal entre a ação e a omissão das recorrentes com o dano ambiental em questão, surge, objetivamente, o dever de promover a recuperação da área afetada e indenizar eventuais danos remanescentes, na forma do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81 [...] ²⁴⁴.

Por outro lado, em se tratando de responsabilidade civil por risco de dano, consoante já defendido acima, é preferível falar em condicionalidade adequada, reservando-se a locução nexo de causalidade para a definição do vínculo entre uma conduta (ou atividade) e um dano certo, atual ou futuro.

Por fim, a potencial inversão do ônus da prova como instrumento de superação dos óbices da determinação da causalidade (ou da condicionalidade adequada) na responsabilidade civil ambiental será objeto do subitem 2.8.

2.6 Solidariedade passiva

A solidariedade, que constava do artigo 1.518 do Código Civil de 1916 e foi reproduzida no artigo 942 do Código em vigor configura regra geral de responsabilidade civil. Representa a adoção pelo nosso ordenamento jurídico da

²⁴² Steigleder, *Responsabilidade Civil Ambiental*, p. 176 ss.

²⁴³ Sampaio, *Evolução da Responsabilidade Civil e Reparação de Danos Ambientais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 258 ss. No atual CPC, o fundamento para a utilização de regras de experiência está no art. 375, que dispõe: “O juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

²⁴⁴ REsp 650.728/SC, rel. min. Herman Benjamin, 2.ª T., j. 23.10.2007, DJe 02.12.2009.

teoria do *nexo causal plúrimo*, em refutação à teoria da *causalidade parcial*, inicialmente acolhida nos tribunais franceses²⁴⁵.

Por força dela, quem quer que tenha participado na causação do dano, qualquer que tenha sido a extensão de sua contribuição, responde solidariamente pela totalidade de sua reparação²⁴⁶. É bem verdade que, até a década de 1990, ainda se encontravam no STJ decisões limitando a responsabilidade à exata medida da contribuição de cada corresponsável para o dano ambiental²⁴⁷. Esse entendimento, contudo, foi superado. Atualmente, a jurisprudência daquela corte entende ser a responsabilidade pelo dano ambiental solidária e o litisconsórcio passivo facultativo, impondo-se a qualquer dos corresponsáveis pelo dano o dever de arcar com a integralidade da reparação²⁴⁸, ressalvando-se, no plano interno, a possibilidade ação de regresso entre si, conforme a contribuição de cada um para o prejuízo²⁴⁹.

A atual posição jurisprudencial é digna de encômios, pois melhor se adequar à noção de solidariedade e com uma proteção suficiente do meio ambiente²⁵⁰, sobretudo em se tratando de causalidade múltipla²⁵¹.

Vale registrar, por fim, que a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), em seu art. 20, prevê responsabilidade solidária por danos ao meio ambiente e terceiros.

2.7 Excludentes

A doutrina pátria divide-se quanto à possibilidade de serem invocadas excludentes de responsabilidade pelo dano ambiental. Parte afirma que a responsabilidade civil ambiental se fundaria na teoria do risco criado ou risco

²⁴⁵ Caio Mário da S. Pereira, *Responsabilidade Civil*, p. 113.

²⁴⁶ Nery Jr. e E Nery, "Responsabilidade Civil, Meio-Ambiente e Ação Coletiva Ambiental", p. 283 ss.

²⁴⁷ REsp 11074/SP, rel. Min. Hélio Mosimann, j. 06.09.1993.

²⁴⁸ AgRg no AREsp 548.908/DF, rel. min. Herman Benjamin, 2.^a T., j. 0505.2015, *DJe* 30.06.2015; AgRg no AREsp 541.229/RJ, rel. min. Og Fernandes, 2.^a T., j. 04.11.2014, *DJe* 02.12.2014.

²⁴⁹ REsp 1071741/SP, rel. min. Herman Benjamin, 2.^a T., j. 24.03.2009, *DJe* 16.12.2010; REsp 18.567/SP, rel. min. Eliana Calmon, 2.^a T., j. 16.06.2000, *DJ* 02.10.2000.

²⁵⁰ Lemos, *Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário*, p. 181.

²⁵¹ Steigleder, *Responsabilidade Civil Ambiental*, p. 187.

proveito, admitindo, portanto, excludentes de responsabilidade.

Segundo Krell, é o risco-proveito – e não o risco-integral –, como corolário do princípio do poluidor-pagador, que estaria na base da introdução da responsabilidade civil objetiva no direito ambiental brasileiro. Consequentemente, não restariam afastadas totalmente considerações de ordem subjetiva para fins de exclusão ou diminuição da responsabilidade²⁵². Assim, por exemplo, o comportamento da vítima poderia ser levado em conta na mensuração do prejuízo por ela individualmente sofrido em razão de um dano ambiental²⁵³.

Toshio Mukai, por sua vez, também refuta a teoria do risco integral. O autor assume não ser clara, a esse respeito, a redação do § 1.º do artigo 14 da Lei n. 6.938/1981 (LPNMA), e, portanto, socorre-se de outras opiniões doutrinárias quanto à natureza da responsabilidade objetiva da Administração Pública, introduzida em nosso ordenamento pelo artigo 194 Constituição de 1946, a cuja redação corresponde o § 6.º do art. 37 da Lei Maior em vigor. Naquele campo, segundo diversos estudiosos, a responsabilidade objetiva seria fundada no risco administrativo, admitindo excludentes. Isso porque a responsabilidade estatal só existiria por atos que seus agentes causarem, e não aqueles causados por terceiros ou forças da natureza. De modo semelhante, a redação do § 1.º do art. 14 da LPNMA, ao falar em “afetados por sua atividade”, excluiria a responsabilidade por danos gerados por força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima²⁵⁴. Leme Machado, de seu turno, admite a exclusão da responsabilidade nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, cujo fator determinante seria a conjugação de imprevisibilidade e inevitabilidade dos efeitos. Se o acontecimento for inevitável, mas previsível, por exemplo, não haveria como excluir a responsabilidade²⁵⁵.

Uma outra vertente inclina-se para o reconhecimento da responsabilidade

²⁵² “Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do ‘risco integral’”, p. 25, 26, 28, 35 ss.

²⁵³ *Ibid.*, p. 27.

²⁵⁴ *Direito Ambiental Sistematizado*, p. 61 ss. Também admitindo as excludentes de força maior, caso fortuito e culpa exclusiva dos prejudicados: Passos de Freitas, “Matas Ciliares”, p. 326.

²⁵⁵ *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 444-446.

objetiva sob a modalidade do risco integral²⁵⁶. Nesse sentido, não seriam admissíveis, por exemplo, as excludentes de caso fortuito ou força maior²⁵⁷, ou, até mesmo, do fato de terceiro ou considerações sobre culpa concorrente da vítima²⁵⁸ ou quanto aos riscos do desenvolvimento²⁵⁹, nada obstando, quando for o caso, que o responsável se valha da ação de regresso contra o autor do dano (CC, arts. 929 e 930)²⁶⁰.

Há, por outro viés, opiniões intermediárias, como a de Mazzilli, para quem, em regra, o caso fortuito e a força maior podem excluir o nexos causal, e, conseqüentemente, a responsabilidade. Cita, como exemplo, um raio que venha a gerar um incêndio em uma floresta, cujo dano não poderia ser atribuído ao proprietário. Em contrapartida, sustenta que em certas atividades geradoras de risco, como as industriais, aqueles fatores já não afastariam a responsabilidade por eventuais danos ambientais²⁶¹.

Ainda numa abordagem atenuada, Antunes considera que a responsabilidade pelo risco integral não seria confundível com responsabilidade pelo simples fato da atividade, de modo que não abrangeria a responsabilidade por fato de terceiro, somente acolhida quando expressamente prevista na lei²⁶².

De modo também menos rigoroso, Leite e Ayala, embora afirmem ser fundada a responsabilidade civil ambiental na teoria do risco integral, a excluir, em princípio, a possibilidade de invocar excludentes como caso fortuito, força maior,

²⁵⁶ Cf. Lemos, “Responsabilidade Civil e Danos ao Meio Ambiente: novos rumos”, p. 354, e Afonso da Silva, *Direito Constitucional Ambiental*, p. 315. Também no sentido da vigência da teoria do risco integral: Ferraz, “Responsabilidade civil por Dano Ecológico”, 1979; Athias, “Responsabilidade Civil e Meio-Ambiente”, p. 246.

²⁵⁷ Nery Jr., “Responsabilidade Civil por Dano Ecológico e a Ação Civil Pública”, p. 332 e ss; Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, p. 241; e Mancuso, *Ação Civil Pública...*, p. 342-345.

²⁵⁸ Nesse sentido, Benjamin, que, especificamente sobre a concorrência da vítima para o dano, indaga: “que vítima, quando o meio ambiente tem como titular a coletividade?”. “Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental”, p. 41.

²⁵⁹ Milaré, *Direito do Ambiente*, p. 437 e 438. Conforme o autor, riscos do desenvolvimento são aqueles “riscos emergentes de atividades que, na oportunidade de sua efetivação, não eram consideradas nocivas segundo o estado do conhecimento científico e técnico da época e que, posteriormente, se revelem capazes de oferecer riscos ao meio ambiente”. Ob. cit., p. 437.

²⁶⁰ Lemos, *Direito Ambiental*, p. 136. No mesmo sentido, embora em artigo ainda escrito sob a vigência do Código Civil de 1916: Benjamin, “Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental”, p. 41.

²⁶¹ *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, p. 602.

²⁶² *Direito Ambiental*, p. 219 e 220.

proveito de terceiro, licitude da atividade e culpa da vítima, concedem que, se a imprevisibilidade do fato da natureza for absoluta, o nexo causal restará excluído, salvo se o agente, com sua conduta, houver concorrido para o dano²⁶³. Nesse sentido, assemelham-se a Porto, para quem o fato da natureza imprevisível, irresistível e exterior, como tempestades e abalos sísmicos, configurariam força maior a afastar o nexo causal, e, conseqüentemente, a responsabilidade²⁶⁴.

Na mesma sintonia, Steigleder defende uma atitude menos radical, admitindo, tão somente, a força maior (caracterizada pela imprevisibilidade, irresistibilidade e exterioridade) e o fato de terceiro (desde completamente estranho ao empreendimento do pretense poluidor) como excludentes, por não terem que ver com eventuais riscos intrínsecos ao estabelecimento ou atividade. O fortuito interno, por integrar os riscos do empreendimento a serem internalizados pelo empreendedor, não afastaria a responsabilidade. Tampouco se aceitaria a invocação dos riscos de desenvolvimento – por integrarem os riscos da atividade – ou, a título de força maior – e aqui sua interpretação se distingue da de Mazzilli –, de um raio que viesse a gerar incêndio e degradação ambiental, por lhe faltar o atributo da imprevisibilidade²⁶⁵. Esse se afigura o entendimento mais adequado sobre as excludentes de responsabilidade civil ambiental. Sua nuance moderada não parece suficiente para excluí-lo da modalidade do risco integral, tendo em vista que admite a inexistência do liame causal apenas se presentes fatores totalmente imprevisíveis e absolutamente alheios à atividade do agente²⁶⁶.

A responsabilidade civil ambiental objetiva na modalidade do risco integral encontra-se consolidada na jurisprudência do STJ²⁶⁷. Nesse sentido, a 2.^a Seção consagrou as seguintes teses, pela sistemática de recursos repetitivos:

²⁶³ Leite e Ayala, “*Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*”, p. 210 e 211.

²⁶⁴ “Pluralidade de causas do dano e redução da indenização...”, p. 1192 e 1193.

²⁶⁵ Steigleder, *Responsabilidade Civil Ambiental*, p. 182-185.

²⁶⁶ A propósito da compatibilidade entre a teoria do risco integral e as excludentes de causalidade exteriores à conduta do agente, pode-se invocar o escólio de Alvin Lima, que situa a doutrina do risco integral nos albores das construções teóricas sobre a responsabilidade sem culpa, afirmando, como exemplos, que Venezian, Cremieu e outros defenderam a responsabilidade do agente por todo ato do qual ele fosse a causa material, excluindo, contudo, os fatos exteriores ao homem. *Culpa e Risco*, p. 117 e 118.

²⁶⁷ REsp 1644195/SC, rel. min. Herman Benjamin, 2.^a T., j. 27.04.2017, DJe 08.05.2017.

Tema repetitivo 438:

A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 225, § 3.º, da CF, e do art. 14, § 1.º, da Lei n.º 6.938/81), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador²⁶⁸.

Tema repetitivo 707:

a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar [...] ²⁶⁹

2.8 Ônus da prova

A regra geral da distribuição do ônus da prova, herdada do art. 333 do antigo Código de Processo Civil (CPC/1973), e reiterada no artigo 373 do CPC/2015, imputa ao autor a demonstração do fato constitutivo de seu direito, e, ao réu, a comprovação do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Como já exposto anteriormente – sobretudo quando se tratou do nexo causal/condicionalidade adequada –, essa forma de repartição da carga probatória pode representar, em muitos casos, um fardo extremamente oneroso para a reparação do dano ao meio ambiente. A depender do caso concreto, a proteção suficiente do direito fundamental ao meio ambiente pode exigir sua flexibilização, e o ordenamento jurídico fornece muitas possibilidades para esse propósito.

O novo CPC, por exemplo, introduziu a possibilidade de modificação da regra geral em determinadas hipóteses, assimilando, nesse particular, a teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório. Sem embargo, já havia suporte normativo a autorizar a inversão do ônus da prova em determinadas situações, que era e continua a ser utilizado pela jurisprudência. Um dos fundamentos consiste no artigo 6.º, VIII, do CDC. Esse inciso contempla um dos direitos básicos do consumidor,

²⁶⁸ REsp 1114398/PR, rel. min. Sidnei Beneti, 2.ª S. j. em 08.02.2012, *DJe* 16.02.2012.

²⁶⁹ REsp 1374284/MG, rel. min. Luis Felipe Salomão, 2.ª S., j. 27.08.2014, *DJe* 05.09.2014.

consistente na “facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”²⁷⁰.

Embora situado no CDC, esse dispositivo é empregável em ações coletivas em prol de quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Com efeito, o artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública determina a aplicação à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, dos dispositivos do Título III do CDC. Esse Título III trata da Defesa do Consumidor em Juízo. É fato que o inciso VIII do artigo 6.º está situado fora do Título III. Contudo, versa sobre direito pertinente à defesa do consumidor em Juízo, e, portanto, está no escopo do artigo 21 da LACP, sendo aplicável, por essa razão, às ações civis públicas em geral, inclusive para a defesa do meio ambiente²⁷¹.

Além dessa possibilidade, antes mesmo do novo CPC, parte da doutrina²⁷² e da jurisprudência já vinha acolhendo a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual, em brevíssimas linhas, diante da impossibilidade ou grave dificuldade para a parte a quem ordinariamente competiria provar um fato, o juiz pode atribuir tal ônus a outra parte, que, no caso concreto, esteja em melhores condições de prová-lo. Na jurisprudência, sob a vigência do CPC/1973, houve julgados aplicando a teoria em casos de erro médico²⁷³, ações de alimentos²⁷⁴,

²⁷⁰ Na verdade, apenas a segunda das hipóteses previstas no CDC (hipossuficiência probatória) autoriza verdadeira inversão do ônus da prova. Na primeira delas (verossimilhança das alegações do autor), não há real inversão, mas redução das exigências da prova, permitindo-se ao juiz decidir com base na verossimilhança preponderante. Marinoni e Arenhart, *Prova e Convicção de acordo com o CPC de 2015*, p. 236. Caso conclua, com base nas máximas de experiência e regras da vida, que, diante das provas dos autos, a alegação do consumidor seja a mais provável, o juiz é autorizado a julgar a causa definitivamente, lastreado exclusivamente em juízo de probabilidade. Landolfo Andrade, *O Ônus da Prova na Ação Civil Pública*, p. 92, 93. Não se fala propriamente em inversão do ônus da prova porque também o autor deve demonstrar a verossimilhança de suas alegações.

²⁷¹ REsp 1.049.822/RS, rel. min. Francisco Falcão, 1.ª T., j. 23.04.2009, *DJe* 18.05.2009; REsp 97.902/RS, rel. min. Eliana Calmon, 2.ª T., j. 25.08.2009, *DJe* 19.09.2009; REsp 883.656/RS, rel. min. Herman Benjamin, 2.ª T., j. 09.03.2010, *DJe* 28.02.2012.

²⁷² Dentre outros: Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto”, p. 121 ss.; Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 436 ss.

²⁷³ STJ, REsp 69.309/SC, STJ, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª T., j. 18.06.1996.

²⁷⁴ TJRS, Ap. 70004756425, rel. des. Maria Berenice Dias, 7ª Câmara Cív., j. 18.12.2002.

contratos bancários²⁷⁵, direito de imagem²⁷⁶, acidente de trânsito²⁷⁷, e defesa do meio ambiente²⁷⁸. Formalmente, porém, a teoria só ingressou em nosso ordenamento com o advento do CPC/2015, que a contemplou no § 1.º do art. 373, mais especialmente, no ponto em que ele dispõe que:

“...diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”

Além disso, prescreve seu parágrafo 2.º que: “A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”. Por força do 19 da LACP e do § 4.º do artigo 1.046 do CPC/2015, essa nova hipótese de inversão também é aplicável às ações civis públicas.

Ao lado desses fundamentos, também o princípio da precaução é invocado na doutrina e jurisprudência para alicerçar a inversão do ônus probatório em ações judiciais. Muito embora os requisitos para essa aplicação não estejam definidos em nosso ordenamento, é mister respeitar as características e finalidades do instituto.

Com efeito, cumpre lembrar que se trata de um princípio destinado a atuar antes do dano. Logo, em regra, somente se justifica a inversão se a ação visa a evitar um dano ambiental, ou, em se tratando de um dano já existente, suas consequências continuam a ser amplificadas, sendo mister prevenir o agravamento das lesões ambientais²⁷⁹. Se, diferentemente, o dano já ocorreu e exauriu seus efeitos, e o que se pretende é tão somente sua reparação, não há sentido falar inversão com espeque na precaução. Em vez disso, para tal finalidade, poderiam ser satisfatoriamente empregados, se presentes seus pressupostos, o artigo 6.º,

²⁷⁵ STJ, REsp 1189679/RS, rel. min. Nancy Andrighi, 2.ª Seção, j. 24.11.2010, *DJe* 17.12.2010.

²⁷⁶ STJ, REsp 1135543/SP, rel. min. Nancy Andrighi, 3.ª T., j. 22.05.2012, *DJe* 07.11.2012.

²⁷⁷ TJRJ, Ap. 2009.001.02789, rel. Des. Cristina Tereza Gaulia, 18.ª Câm. Cív., j. 17.03.2009.

²⁷⁸ STJ, REsp 883656/RS, rel. min. Herman Benjamin, 2.ª T., j. 09.03.2010, *DJe* 28.02.2012.

²⁷⁹ O último poderia ser o caso, por exemplo, de contaminação do solo ou do lençol freático por resíduos tóxicos.

VIII, do CDC ou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

De outro lado, cumpre lembrar que o princípio da precaução foi concebido para complementar o princípio da prevenção, atuando especificamente nas hipóteses em que não haja conhecimento científico apto a determinar o nexo causal entre uma atividade ou produto e um dano. É o que pode ocorrer em relação a tecnologias recentes, cuja gama de consequências ambientalmente gravosas não se encontra ainda totalmente estabelecida, como se dá, por exemplo, em relação aos efeitos deletérios dos organismos geneticamente modificados, das radiações eletromagnéticas emitidas por estações rádio-base de telefonia móvel ou torres de transmissão de energia elétrica, ou por formulações inéditas de agrotóxicos. Diversamente, se a questão que se pretende provar é perfeitamente dominada pelo estado da arte científico, não há sentido em invocar o princípio da precaução, não se afastando a possibilidade, contudo, de inversão do ônus probatório com base no CDC ou na distribuição dinâmica da carga probatória.

Por fim, impende apontar a importância do Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe, celebrado em Escazú, Costa Rica, em 2018. O Acordo de Escazú, assinado pelo Brasil no mesmo ano, visa à implementação do princípio 10 da Declaração do Rio de 1992²⁸⁰. Seu artigo 8.º, n. 3, “e”, dispõe que, para garantir o acesso à justiça em questões ambientais, cada parte contará com “medidas para facilitar a produção da prova do dano ambiental, conforme o caso e se for aplicável, como a inversão do ônus da prova e a carga dinâmica da prova”. Nosso ordenamento e jurisprudência, como visto, já fornecem pontos de apoio dogmático suficientes para que os escopos do Acordo de Escazú sejam plenamente atingidos.

Há que lembrar, por fim, que o dever de proteção do meio ambiente carece

²⁸⁰ Princípio 10: A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.

de procedimentos e técnicas adequados a sua tutela. Portanto, relativamente às demandas de tutela ambiental, cumpre ao Judiciário interpretar a legislação processual disponível de modo a assegurar a *proteção suficiente* do direito fundamental, inclusive quanto à necessidade de inversão do ônus probatório²⁸¹. É sob tais premissas, também, que convém ser interpretada a Súmula 618 do STJ, que dispõe que “a inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental”.

2.9 Formas de reparação

Uma vez que o objetivo primordial de prevenção do dano não seja atingido, cumpre prover a reparação do ambiente degradado. Mesmo fora da temática ambiental, é assente a noção de que a responsabilidade civil, tanto quanto possível, deve prover a restituição do lesado ao estado anterior ao dano. Em linguagem jurídico-ambiental, essa recondução é denominada *restauração*. Não se confunde, ela, com a *recuperação* do meio degradado. A distinção não configura mero preciosismo, e é claramente extraída do ordenamento jurídico, como, a propósito, estabelecem os incisos XIII e XIV do artigo 2.º da Lei n. 9.985/1995 (Lei do Sistema de Unidades de Conservação da Natureza):

Art. 2º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

[...]

XIII - recuperação: restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada a uma condição não degradada, que pode ser diferente de sua condição original;

XIV - restauração: restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada o mais próximo possível da sua condição original;

Ambas as modalidades reparatórias configuram espécies de reparação *in natura* e no local degradado (*in situ*)²⁸².

Uma leitura do texto constitucional também é elucidativa. Por ser inerente à mineração a destruição da própria substância do meio ambiente, é evidentemente impossível que, uma vez cessada a atividade, seja aquele reconduzido de maneira próxima à sua condição original. Não há falar, portanto, em uma *restauração*

²⁸¹ Sarlet e Fensterseifer, *Direito Constitucional Ecológico*, p. 540.

²⁸² Freitas, “Valoração do Dano Ambiental: algumas premissas”, p. 13.

ambiental pós-atividade minerária, mas, tão só, na restituição da área a uma condição não degradada, ou seja, na sua *recuperação*. Compreende-se, portanto, por que o § 2.º do art. 225 da Carta Política proclama que aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a *recuperar* o meio ambiente degradado, em vez de *restaurá-lo*.

Feito tal introito, insta observar ser unívoco o entendimento acadêmico de que a reparação do dano ambiental deve visar, sempre que possível, a *restauração* do meio degradado. E assim o é não apenas em razão de um princípio geral da responsabilidade civil, mas, sobretudo, por expressa dicção constitucional, que, no art. 225, § 1.º, I, impõe ao Poder Público preservar e *restaurar* os processos ecológicos essenciais²⁸³. Essa obrigação é reforçada pela LPNMA, que institui como objetivo da Política Nacional do Meio ambiente a preservação e a restauração dos recursos ambientais (art. 4.º, VI). Observe-se também, nesse sentido, que o próprio microssistema de tutela coletiva prioriza a tutela específica da obrigação ou a obtenção do resultado prático correspondente. Mais especificamente, essa é a disciplina artigo 84, p.u., do CDC, que só admite a conversão da obrigação em perdas e danos se assim o optar o autor ou for impossível a concessão da tutela específica ou do resultado prático equivalente. Dada, contudo, a indisponibilidade do direito ao meio ambiente e a condição do autor de mero representante adequado dos interesses tutelados, a ele é defeso abrir mão da tutela específica, sempre que ela for viável.

Para além dessas razões, convém observar também que, dado o caráter coletivo do macrobem ambiental, a rigor, somente a tutela judicial específica, que proveja sua restauração integral, é capaz de satisfazer a totalidade dos interesses que sobre ele recaem²⁸⁴. Ademais, essa forma de reparação tem a vantagem de evitar a dificuldade representada pela estimação pecuniária do dano ao ambiente²⁸⁵.

Em alguns casos, porém, a restauração não será viável, seja por inexistência

²⁸³ Dentre outros: Melo, *Restauração Ambiental: do dever jurídico às técnicas reparatorias*, p. 63 e ss, e Fiorillo e Rodrigues, *Manual de Direito Ambiental...*, p. 125 ss.

²⁸⁴ Salles, *Execução Judicial em Matéria Ambiental*, 1999, p. 154.

²⁸⁵ Fiorillo e Rodrigues, ob. cit., p. 126.

de recursos técnico-científicos ou afronta ao princípio da proporcionalidade²⁸⁶, seja porque o local do dano foi objeto de obra, construção ou empreendimento legalmente autorizado ou licenciado. Exemplo típico de impossibilidade técnica de restauração são os danos causados pela mineração, que, contudo, não impedem a recuperação. Áreas contaminadas, por sua vez, a depender da severidade do caso, podem ser tecnicamente insuscetíveis de restauração, ou, em outros casos, os custos para alcançá-la podem ser desproporcionais, sendo admitida, portanto, a reparação na forma de recuperação. Por outro lado, há hipóteses em que tampouco a recuperação é possível. É o que se dá na destruição de cavidades naturais subterrâneas (cada cavidade tem uma riqueza geológica, mineral, cênica e ecológica única, não sendo possível reconstituí-la), ou mesmo na supressão autorizada para instalação, no local, de alguma obra ou atividade de natureza permanente. Seja como for, sempre que a restauração não for possível, a reparação deve visar, pelas razões deduzidas nos parágrafos anteriores, resgatar com a maior proximidade o valor ecológico perdido, o que demanda soluções de recuperação, ou, quando isso não for viável, compensação ecológica. Apenas em última hipótese deve-se recorrer à compensação pecuniária.

Essa orientação é seguida, por exemplo, na Lei de Proteção da Mata Atlântica, que exige compensações com extensão equivalente à área desmatada, as mesmas características ecológicas da vegetação suprimida, e, sempre que possível, localizadas na mesma microbacia hidrográfica²⁸⁷.

²⁸⁶ Català, *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*, p. 264 e 265.

²⁸⁷ Art. 17. O corte ou a supressão de vegetação primária ou secundária nos estágios médio ou avançado de regeneração do Bioma Mata Atlântica, autorizados por esta Lei, ficam condicionados à compensação ambiental, na forma da destinação de área equivalente à extensão da área desmatada, com as mesmas características ecológicas, na mesma bacia hidrográfica, sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica, e, nos casos previstos nos arts. 30 e 31, ambos desta Lei, em áreas localizadas no mesmo Município ou região metropolitana.

§ 1º Verificada pelo órgão ambiental a impossibilidade da compensação ambiental prevista no caput deste artigo, será exigida a reposição florestal, com espécies nativas, em área equivalente à desmatada, na mesma bacia hidrográfica, sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica.

[...]

Art. 32. A supressão de vegetação secundária em estágio avançado e médio de regeneração para fins de atividades minerárias somente será admitida mediante:

[...]

II - adoção de medida compensatória que inclua a recuperação de área equivalente à área do

Contudo, ainda quando possível restaurar o meio degradado, isso poderá não ser bastante para a reparação integral do dano. Para isso, pode ser necessário agregar ao escopo da reparação o dano interino, o dano residual e o dano moral coletivo²⁸⁸. E, em relação a esses danos “adicionais”, é preferível, sempre que possível, a compensação ecológica à pecuniária, tendo em vista a maior proximidade com a natureza do bem afetado, e, portanto, sua vantagem do ponto de vista dos fins de proteção ao meio ambiente²⁸⁹.

2.10 Imprescritibilidade

Por início, convém observar que o regime jurídico do bem ambiental pode variar significativamente, segundo se enfatize a relação dos seus elementos constitutivos com o macrobem ambiental, onde sobleva o meio ambiente como bem comum, ou se enfoquem os microbens ambientais como bens passíveis de exploração privada (p. ex., um prédio tombado, uma floresta). Essa duplicidade de afiliação jurídica enseja a incidência de um regime de responsabilidade civil igualmente duplo²⁹⁰. Do mesmo modo, a questão da prescrição das pretensões de reparação por danos ambientais também deve ser dividida consoante se trate de dano ao meio ambiente propriamente dito (dano ambiental puro) ou de danos a direitos individuais decorrentes de um dano ambiental (danos ambientais reflexos). No primeiro caso, há que reconhecer a imprescritibilidade da pretensão, por diversas razões.

Uma delas é que a prescrição é instituto pautado pela inércia do titular de um direito disponível na busca da satisfação do interesse lesado. No caso do direito ao meio ambiente, ao contrário, o direito é indisponível, tampouco havendo como imputar a inatividade a um sujeito determinado, por tratar-se de titularidade difusa²⁹¹.

empreendimento, com as mesmas características ecológicas, na mesma bacia hidrográfica e sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica, independentemente do disposto no art. 36 da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000.

²⁸⁸ REsp 1198727/MG, rel. min. Herman Benjamin, 2.ª T., j. 14.08.2012, DJe 09.05.2013.

²⁸⁹ Freitas, “Valoração do Dano Ambiental: algumas premissas”, p. 15.

²⁹⁰ Benjamin, “Função Ambiental”, p. 70.

²⁹¹ Nery Júnior e Nery, “Responsabilidade Civil, Meio-Ambiente e Ação Coletiva Ambiental”, p. 291.

Não há olvidar, por outro lado, que o dano ambiental sói projetar seus efeitos no futuro, prejudicando não apenas a geração atual, o que torna inviável a identificação de um *dies a quo* do prazo prescricional em prejuízo das gerações do porvir²⁹². Afinal, a Constituição assegura também às gerações futuras um meio ambiente propício à vida com qualidade, e acobertar a lesão ambiental com o manto da prescrição equivaleria a conferir às gerações presentes o direito de poluir²⁹³.

Nesse sentido, a imprescritibilidade da pretensão reparatória do macrobem ambiental é robustamente assentada no STJ²⁹⁴, que, na ementa cujo trecho de interesse se transcreve, sintetiza todos os argumentos acima expostos:

[...]

4. O dano ambiental além de atingir de imediato o bem jurídico que lhe está próximo, a comunidade indígena, também atinge a todos os integrantes do Estado, espraiando-se para toda a comunidade local, não indígena e para futuras gerações pela irreversibilidade do mal ocasionado.

[...]

6. O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal.

7. Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação.

8. O dano ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis e como tal está dentre os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental.

[...] ²⁹⁵

Por fim, quanto aos danos ambientais reflexos (i.e., individuais), há que

²⁹² Ibid., p. 292; Leite e Ayala, *Dano Ambiental...*, p. 215.

²⁹³ Mazzilli, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, p. 606.

²⁹⁴ AgInt no AREsp 820.524/SP, rel. min. Mauro Campbell Marques, 2.ª T., j. 28.03.2019, *DJe* 05.04.2019; AgInt no AREsp 928.184/SP, rel. min. Herman Benjamin, 2.ª T., j. 15.12.2016, *DJe* 01.02.2017; AgInt no AREsp 443.094/RJ, REsp 647.493/SC, rel. min. João Otávio de Noronha, 2.ª T., j. 22.05.2007, *DJ* 22.10.2017; rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1.ª T., j. 18.02.2019, Rep. *DJe* 26.02.2019, *DJe* 25.02.2019.

²⁹⁵ REsp 1120117/AC, rel. min. Eliana Calmon, 2.ª T., j. 10.11.2009, *DJe* 19.11.2009.

verificar se o caso é de dano meramente patrimonial ou afeto a direito da personalidade (p. ex., integridade física). Na primeira hipótese, incidem as regras do direito civil, sendo a pretensão passível de prescrição. Na segunda, a pretensão é imprescritível²⁹⁶.

²⁹⁶ Barbosa, “O instituto da prescrição aplicado à reparação dos danos ambientais”, p. 141.

3 PANORAMA GERAL DA PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA

No primeiro capítulo, ponderou-se que o direito ao meio ambiente é um direito fundamental completo, que abrange na sua complexa estrutura normas constitucionais que se relacionam de diferentes modos. Anotou-se que a responsabilidade civil pelo dano ambiental seria objeto de alguma dessas normas, atuando como um meio para a realização do fim de proteção ambiental.

Como normas de direito fundamental que são, os comandos constitucionais relacionados com o meio ambiente, muitas vezes, possuem baixa densidade normativa: seus objetos podem ser realizados em graus diferenciados, seu alcance definitivo depende das possibilidades fáticas e jurídicas. Consequentemente, seu âmbito de aplicação pode conflitar com os de outros direitos, exigindo do legislador um esforço de acomodação, realizável por meio da atividade legiferante.

Nessa atividade de concretização do conteúdo dos direitos fundamentais, o legislador está submetido a limites contidos explícita ou implicitamente na Constituição, cumprindo ao Judiciário, segundo modelos de pesos e contrapesos inerentes a Estados Democráticos, a tarefa de zelar por sua observância.

Como o constitucionalismo ocidental surgiu sob o signo do liberalismo, as primeiras técnicas desenvolvidas na doutrina e na jurisprudência para o controle dessa função legislativa tinham por alvo eventuais compressões estatais desproporcionais nas liberdades fundamentais dos cidadãos. Guiavam-se, portanto, pela *proibição de excesso*. Com o ulterior reconhecimento de direitos cuja realização já não dependia da abstenção, senão da ação estatal, cogitou-se a necessidade de arrostar também as omissões do Poder Público. Era mister controlar, então, a *proibição de insuficiência*.

Neste capítulo serão abordados os principais momentos do desenvolvimento dessa nova categoria jurídica, seus fundamentos, as dificuldades, as mais significativas variedades de pontos de vista sobre sua configuração e modo de aplicação. Ao longo da exposição, serão deduzidas, pontualmente, algumas opiniões do autor desta pesquisa. Sem embargo, reserva-se o último capítulo do trabalho para um posicionamento mais estruturado sobre uma concepção pessoal da vedação do déficit, bem como para a proposta de um modelo de controle da

insuficiência à luz da ordem jurídica nacional, e, especificamente, das particularidades dos conflitos quem envolvam o direito fundamental ao meio ambiente e a responsabilidade civil ambiental.

3.1 Gênese e desenvolvimento

3.2 Breve histórico doutrinário

Foi na Alemanha que a ideia de “proibição de insuficiência” foi inicialmente desenvolvida. A primeira menção doutrinária à proibição de insuficiência (*Untermaßverbot*) foi feita por Schuppert, em 1980¹. Ao analisar a primeira decisão do Tribunal Constitucional Federal (TCF) da Alemanha sobre o aborto² – que não chegou a utilizar o termo “*Untermaßverbot*” – o autor identificou nos fundamentos centrais do aresto uma atitude inovadora, consistente em analisar se o parlamento teria violado uma *proibição de proteção insuficiente*, decorrente de uma norma de direito fundamental³. Schuppert, contudo, não chegou a imprimir maiores desenvolvimentos a essa nova categoria jurídica, podendo-se mesmo afirmar que diante dela assumiu postura crítica, por associá-la a novas funções dos direitos fundamentais que, segundo ele, como fontes de deveres de proteção e modelos organizacionais, poderiam afetar a separação de poderes em desfavor do legislador⁴.

A rigor, o mérito do pioneirismo no desbravamento dogmático dessa nova figura é do privatista Claus-Wilhelm Canaris, razão pela qual ele é comumente reconhecido como o “verdadeiro artífice” da proibição de insuficiência⁵. Já num artigo de 1984, abordando a temática sob a perspectiva da influência dos direitos

¹ Tzemos, *Das Untermaßverbot*, p. 4.

² Nesse caso, objeto de controle objetivo de constitucionalidade incidiu sobre cláusulas legais que excluía, em determinadas hipóteses, o crime de aborto. Vislumbrou-se, no caso, conflito entre o dever estatal de proteção da vida do feto e o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade da gestante. Cf. *BVerfGE*, 39, 1 ss. Sobre o acórdão, v. item 3.3.1.1..

³ Schuppert, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, p. 14 e 15.

⁴ Tzemos, ob. cit., p. 4-5.

⁵ Störing, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 22; Zwermann-Milstein, *Grund und Grenzen einer verfassungsrechtlich gebotenen gesundheitlichen Mindestversorgung*, p. 200; Calliess, *Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots...*, p. 202; Schmidt-Jortzig, “Grundrechte und Liberalismus”, § 10, p. 433, n.m. 45, n.r. 52; Mayer, *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie*, p. 14, n.r.11, e p. 63; e Rassow, *Staatliche Schutzpflichten für geistiges Eigentum*, p. 92, n.r. 267.

fundamentais sobre o direito privado, o autor examinou a primeira decisão do TCF sobre o aborto e a decisão daquele mesmo tribunal no “caso Schleyer”⁶, sustentando a existência – para além da clássica função de defesa – de uma função de proteção dos direitos fundamentais, que não poderia ser confundida com os direitos à participação ou à promoção social⁷. Outrossim, identificou na ausência de normas que assegurem o mínimo de proteção constitucionalmente determinado uma inconstitucionalidade por violação à proibição de insuficiência⁸. Posteriormente, o estudioso aprofundou o exame desse instituto⁹.

Jarass, por sua vez, em 1985, observou a existência de uma considerável margem de discricionariedade para a atuação do legislador na concretização do dever de proteção. Esse espaço estaria situado entre o conteúdo mínimo decorrente da proibição de insuficiência e o limite máximo constitucionalmente admissível e, frequentemente, dependeria da ponderação entre os direitos fundamentais conflitantes¹⁰.

Na sequência, em 1988, Götz observou a necessidade de uma *Untermaßverbot* no âmbito da tarefa estatal de segurança interna, sem, contudo, maiores aprofundamentos sobre o instituto¹¹. Já em 1989, Scherzberg considerou a proibição de insuficiência uma função do conteúdo objetivo dos direitos fundamentais que impediria que a realização da “liberdade real” pelos direitos fundamentais ficasse aquém de um mínimo, e fundou-a no artigo 19, parágrafo 2, da Lei Fundamental (que estipula a inviolabilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais)¹².

⁶ Nesse caso, familiares de Hanns Martin Schleyer, raptado pela Facção do Exército Vermelho, invocavam o dever do Estado de proteger sua vida como argumento para exigir a libertação de terroristas. O TCF, a despeito da franca ilegalidade da interferência (rapto), e, embora reconhecendo o dever estatal de proteger a vida de Schleyer, negou o pedido, sob o fundamento de que era também dever do Estado proteger não apenas a vida de Schleyer, como de pessoas que seriam ameaçadas pela soltura dos terroristas. Cf. *BVerfGE* 46, 160.

⁷ Canaris, “Grundrechte und Privatrecht”, p. 227.

⁸ Ob. cit., p. 228.

⁹ “Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts”, de 1989, e *Grundrechte und Privatrecht*, de 1999.

¹⁰ Jarass, “Grundrechte als Wertentscheidungen...”, p. 382-384.

¹¹ “Innere Sicherheit”, § 79, n.m. 30 e 31, p. 1026-1027.

¹² Scherzberg, *Grundrechtsschutz und “Eingriffsintensität”*, p. 208 ss.

Isensee, por sua vez, avançou para identificar nas ações estatais que potencialmente pudessem, a um só tempo, representar uma intervenção no âmbito do direito de defesa do perturbador e uma diminuição do âmbito de proteção da vítima, uma correlação entre as máximas da proibição do excesso e da proibição de insuficiência, que necessitariam ser equilibradas¹³. Em razão de sua contribuição, também ficou conhecido como um dos pais da proibição de insuficiência¹⁴, chegando a ser expressamente citado pelo TCF na referência ao instituto constante do segundo acórdão sobre o aborto, a primeira decisão, aliás, em que aquela Corte utilizou explicitamente a expressão *Untermaßverbot*¹⁵.

Foi justamente após esse segundo acórdão sobre o aborto que a proibição de insuficiência foi conduzida às luzes da ribalta constitucional, passando a ser alvo de acirradas controvérsias quanto à sua autonomia conceitual em relação aos deveres de proteção e à proibição de excesso, bem como sobre as consequências para os direitos de defesa e para a liberdade de conformação do legislador¹⁶.

O caminho iniciado pelos autores precedentes para a autonomia conceitual do instituto ganhou corpo ao longo da primeira década do século XXI, quando diversos ensaios, livros, e teses acadêmicas dedicaram à proibição de insuficiência estudos minuciosos¹⁷. Desse período, aliás, é a primeira tese de doutorado a tratar da proibição de insuficiência como tema principal¹⁸.

Ao fim da primeira década deste século, a proibição de insuficiência já era referência obrigatória na dogmática dos direitos fundamentais na Alemanha, sobretudo nas temáticas sobre dimensão objetiva ou deveres de proteção¹⁹, muito

¹³ “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, § 111, n. m. 165, p. 232.

¹⁴ Cf. Störing, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 22; e Krings, *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche*, p. 298.

¹⁵ *BVerfGE* 88, 203, p. 254.

¹⁶ Störing, *ob. cit.*, p. 23.

¹⁷ Störing faz uma varredura abrangente das obras que, nesse período, trataram da proibição de insuficiência, até o ano de 2008. *Ob. cit.*, p. 24-25. Mais recentemente, em 2015, a proibição de insuficiência é invocada no âmbito do direito à saúde por Zwermann-Milstein, *Grund und Grenzen einer verfassungsrechtlich gebotenen gesundheitlichen Mindestversorgung*, p. 198 ss e 332-333.

¹⁸ Trata-se da obra de Tzemos, *Das Untermaßverbot*, de 2004.

¹⁹ Störing, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 26.

embora a viabilidade da utilização judicial dessa figura ainda seja controvertida²⁰, sendo considerável o número de cétricos²¹ ou francos opositores²².

Embora nos países de tradição anglo-saxônica o instituto da vedação de insuficiência seja ignorado²³, a influência da doutrina germânica vem sendo paulatinamente sentida em outros rincões. É o caso, por exemplo, de Portugal, onde o instituto também está sendo denominado como proibição ou interdição de déficit, de défice ou de defeito²⁴. É interessante notar que o desenvolvimento “tardio” da doutrina da proibição de insuficiência em Portugal deu-se a despeito de seu texto constitucional possuir uma “vantagem competitiva”: seu artigo 283.º admite expressamente o controle de constitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional, previsão, essa, inexistente na Lei Fundamental tedesca²⁵.

Já no Brasil, onde também é denominada “vedação de inoperância”²⁶, a proibição de insuficiência iniciou a despertar o interesse acadêmico no começo deste século, e, de modo geral, tem sido amplamente recepcionada²⁷, com poucas

²⁰ Michael, “Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schlüssel(bund)konzept”, p. 45.

²¹ Dentre outros: Dreier, in: Dreier, *GG-Kommentar I*, Vorb., n.m. 103, p. 114-115; Schulze-Fielitz, in: Dreier, *Grundgesetz Kommentar*, v. II, Art. 20, n.m. 198, p. 277; Starck, “Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens”, p. 817; Unruh, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, p. 83; Pieroth e Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, n. m. 310-311, p. 71; Kingreen e Poscher, *Grundrechte Staatsrecht II*, n.m. 350 e 351, p. 96; Maurer, *Staatsrecht I*, § 8, Rn. 58; e Denninger, “Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot”, p. 565 ss.

²² Gellermann, *Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewand*, p. 347 ss. Opondo-se especificamente à aplicação judicial da proibição de insuficiência no campo criminal, por entendê-la incompatível com uma concepção liberal do Direito Penal, em que uma decisão de penalização legítima exige debates que só poderiam ser adequadamente realizados no âmbito do processo legislativo: Staechelin, “Läßt sich das ‘Untermaßverbot’ mit einem liberalen Strafrechtskonzept vereinbaren?”, p. 267 ss.

²³ Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 903.

²⁴ Pela sua adoção, vide Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 273; Novais, *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares...*, e, do mesmo autor, *Direitos Sociais...*, p. 392 ss.; Jorge P. da Silva, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, p. 585 ss.; J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 139-140; Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 899 ss.

²⁵ Canas, ob. cit., p. 899.

²⁶ Terminologia empregada por Juarez de Freitas (Princípio da Precaução: vedação de excesso e de inoperância) e Gabriel Wedy (*O Princípio Constitucional da Precaução...*, p. 119 ss.).

²⁷ Eis uma amostra não exaustiva de autores favoráveis ao seu emprego, e das respectivas obras nesse sentido: Streck, “Bem Jurídico e Constituição: da Proibição de Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Protecção Deficiente (*Untermassverbot*)”, 2004; Sarlet, “Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência”, 2005, passim; Feldens, *Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal*, p. 170 ss.; Leivas,

detrações²⁸. Normalmente, a temática é referida no bojo de cursos ou manuais de direito constitucional ou interpretação constitucional, ou, ainda, em produções voltadas ao estudo dos direitos fundamentais. A primeira e única obra até o momento especificamente dedicada ao tema, *Direitos Fundamentais e Proibição da Proteção Deficiente*, produto de dissertação de mestrado de Alexandre Moreira Van der Broocke, veio a lume apenas em 2016. Antes disso, a questão vinha sendo tratada de forma predominantemente incidental, quase que exclusivamente no âmbito do direito penal. Trata-se, portanto, de um objeto de estudo com amplos horizontes a serem desbravados em solo brasileiro.

3.3 Breve histórico jurisprudencial

3.3.1 Alemanha

3.3.1.1 Primeira decisão sobre o aborto (*Schwangerschaftsabbruch*)²⁹

Nesse acórdão, o TCF lançou as sementes que, dezoito anos mais tarde, germinariam na teoria da proibição de insuficiência. Muito embora, como antes referido, o tribunal não tenha utilizado nesse julgado seminal a expressão *Untermaßverbot* (proibição de insuficiência), ao perfazer um exame da adequação e suficiência das medidas legislativas disponíveis para a proteção à vida do feto, lançou as bases para uma densificação do controle de constitucionalidade do cumprimento dos deveres constitucionais de proteção, e, portanto, para o desenvolvimento da proibição da insuficiência.

Os dispositivos sobre os quais verteu o julgado foram introduzidos no ordenamento pela Quinta Lei de Reforma do Direito Penal (5. StrRG), de 18 de

Teoria dos direitos fundamentais sociais, 2006, p. 76 ss.; Rothenburg, *Princípio da Proporcionalidade*, 2008, p. 309-313; Martha de Toledo Machado, *Proibições de Excesso e Proteção Insuficiente no Direito Penal*, 2008, p. 76 ss.; J. P. Baltazar Junior, *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*, 2010, p. 81-86 e 240 ss.; O. Faccini Neto, *Elementos de Uma Teoria de Decisão Judicial*, 2011, p. 109 ss.; Sarlet e Fensterseifer, *Princípios do Direito Ambiental*, 2.^a ed., 2017, p. 252 ss.; Souza Neto e Sarmento, *Direito Constitucional*, 2.^a ed., 2019, p. 482 ss.

²⁸ Críticos da proibição de insuficiência: Dimoulis e Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 127-128; Lucas Catib de Laurentiis, *A Proporcionalidade no Direito Constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*, 2015, p. 96 ss., e Nascimento, *Direitos Fundamentais e sua Dimensão Objetiva*, p. 163-165.

²⁹ BVerfGE, 39, 1.

junho de 1974. Contestada era, sobretudo, a conformação por ela conferida ao § 218a do Código Penal alemão. Por força dessa inovação em especial, o aborto realizado por um médico nas 12 primeiras semanas de gravidez, desde que com o consentimento da gestante, deixou de ser penalmente punível, sendo desnecessária qualquer justificativa. Essa possibilidade de aborto lícito ficou conhecida como “solução do prazo” (*Fristenlösung*), razão pela qual esse acórdão também ficou conhecido como “decisão sobre a solução do prazo” (*Fristenlösungsurteil*). Contra as novidades da 5. StrRG, 193 membros da Câmara Federal e de alguns Estados provocaram o TCF para o controle abstrato de constitucionalidade, e essa corte considerou-as inválidas, substituindo-as, nos termos do § 35 da BVerfGG, por regras estipuladas pelo tribunal, até que sobreviesse nova regulamentação legal³⁰.

No julgado de novembro de 1974, o TCF reconheceu que, inobstante o inegável vínculo sem paralelos entre a vida intrauterina e a vida da mãe, o nascituro não configuraria mera parte do organismo materno, mas sim um ser humano individualizado, protegido à luz do artigo 2, parágrafo 2, período 1 da Lei Fundamental³¹, do qual derivaria, diretamente, o dever estatal de proteção de sua vida, a qual se inicia com a concepção (nidação). Não se adentra ao mérito de saber se o nascituro é portador de um direito fundamental, de natureza subjetiva, à vida: as normas de direitos fundamentais também abrigariam uma ordem objetiva de valores, da qual, também na matéria em questão, emanaria o dever estatal de proteção. A intensidade com que o Estado deveria cumprir seu dever de proteção é tanto maior quanto mais elevado fosse o grau hierárquico do bem jurídico sob consideração na ordem constitucional de valores. A vida humana teria valor supremo dentro da ordem axiológica da Lei Fundamental, por consistir na base vital da dignidade humana e pressuposto de todos os outros direitos fundamentais. O direito da mulher ao livre desenvolvimento de sua personalidade não seria

³⁰ Grimm; Kirchhof; Eichberge, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*, p. 348 e 349. A BVerfGG (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) é a Lei do Tribunal Constitucional Federal, que, em seu § 35, dispõe: “Das Bundesverfassungsgericht kann in seiner Entscheidung bestimmen, wer sie vollstreckt; es kann auch im Einzelfall die Art und Weise der Vollstreckung regeln”. Tradução livre do autor: “Em sua decisão, o Tribunal Constitucional Federal pode determinar quem ela alcança; ele pode também regular, em cada caso, a forma de execução”.

³¹ Art. 2., par. 2, per. 1: “Todos têm o direito à vida e à integridade física”.

assegurado ilimitadamente, não a autorizando a interferir na esfera protegida de outrem sem uma causa justificadora. Não seria viável uma harmonização entre esses dois interesses, tendo em vista que preservar o direito de escolha da grávida exigiria a aniquilação do direito à vida do nascituro. Na indispensável ponderação entre esses dois interesses, deveria ser considerada a relação de ambos com a dignidade humana como centro de valores da Constituição (artigo 1, parágrafo 1, da Lei Fundamental). Nos termos do princípio da harmonização mais poupadora das posições concorrentes protegidas pela Lei Fundamental, tendo em conta o princípio fundamental do seu artigo 19, parágrafo 2 (inviolabilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais), o direito à vida do nascituro deveria prevalecer sobre o direito de escolha da gestante³².

Para analisar a eficiência da proteção à vida intrauterina, cumpriria verificar se o conjunto das medidas aplicadas à sua salvaguarda – sejam elas de natureza civil, pública, social ou penal – seria suficiente, proporcional à sua relevância. O direito penal consistiria na *ultima ratio*. Contudo, uma renúncia geral ao direito penal nos casos de aborto não seria compatível com uma proteção eficiente da vida³³.

Em linhas gerais, por tais fundamentos, decidiu o Primeiro Senado do TCF que a Quinta Lei de Reforma do Direito Penal não era apta a cumprir o dever constitucional de proteger, na extensão constitucionalmente ordenada, a vida em desenvolvimento.

3.3.1.2 Segunda decisão sobre o aborto (*Schwangerschaftsabbruch I*)³⁴

Como bem relata Martins, depois da primeira decisão do TCF sobre o aborto, a questão foi disciplinada pela Décima quinta Lei de Reforma Penal, de 1976, que instituiu a chamada “regra da indicação” (indicação médica), que vigeu até 1992. A disciplina legal no território da Alemanha Oriental, contudo, era diversa. Em 27 de julho de 1992, a fim de uniformizar as regras no território unificado, foi editada a Lei de Ajuda Familiar e à Gestante – SFHG. Por força dela, o § 219 do Código Penal

³² BVerfGE 39, 1, p. 36-44.

³³ BVerfGE 39, 1, p. 46-48.

³⁴ BVerfGE 88, 203.

alemão passou a admitir a licitude do aborto nas 12 primeiras semanas de gestação, se a gestante demonstrasse haver passado por um órgão de aconselhamento criado, reconhecido ou autorizado para essa tarefa, e desde que o aborto houvesse sido realizado por um médico, independentemente da existência de uma indicação médica para a interrupção. Além disso, o § 218a, I, do mesmo Código excluiu a antijuridicidade do aborto realizado após o aconselhamento previsto no § 219, quando a gestante estivesse em estado de necessidade. Após controle abstrato requerido por 249 membros da Câmara Federal e pelo Governo da Baviera, o Segundo Senado do TCF, em 1993, considerou inconstitucionais ambos os dispositivos e, novamente com base no § 35 da BVerfGG³⁵, editou regras transitórias sobre o tema³⁶.

Nessa decisão, pela primeira vez, a Suprema Corte alemã adotou explicitamente a proibição de insuficiência como fundamento. Ela consta, até mesmo, em dois pontos da ementa do acórdão:

[...]

6. A fim de cumprir o seu dever de proteção, o Estado deve tomar medidas de natureza normativa e fática que – considerados os interesses jurídicos em conflito – sejam suficientes para alcançar uma proteção adequada e, enquanto tal, eficaz (proibição de insuficiência). Para tanto, é mister um conceito de proteção que combine elementos de proteção preventiva e repressiva.

[...]

8. A proibição de insuficiência não admite uma livre renúncia à utilização do direito penal e de seu efeito protetor da vida humana.³⁷

Afirmou-se a necessidade de uma proteção que, levando em consideração os interesses jurídicos em conflito, fosse *adequada*, e, o que é decisivo: *eficiente*³⁸.

³⁵ *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. A tradução do § 35 dessa lei consta na nota 30, *supra*.

³⁶ *Tribunal Constitucional Federal Alemão*, v. I, p. 181-182.

³⁷ *BVerfGE*, 88, 203, p. 203-204, tradução livre do autor. No original: “[...] 6. Der Staat muß zur Erfüllung seiner Schutzpflicht ausreichende Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art ergreifen, die dazu führen, daß ein – unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter – angemessener und als solcher wirksamer Schutz erreicht wird (Untermaßverbot). Dazu bedarf es eines Schutzkonzepts, das Elemente des präventiven wie des repressiven Schutzes miteinander verbindet. [...] 8. Das Untermaßverbot läßt es nicht zu, auf den Einsatz auch des Strafrechts und die davon ausgehende Schutzwirkung für das menschlicher Leben frei zu verzichten [...]”.

³⁸ *BVerfGE*, 88, 203, p. 254.

Na linha da primeira decisão sobre o aborto³⁹, afirmara-se não ser possível ao legislador uma harmonização dos bem jurídicos em jogo, tendo em vista que o reconhecimento de um direito da gestante ao aborto implicaria sempre a morte da vida intrauterina. Logo, também nos moldes daquela primeira decisão⁴⁰, a interrupção da gestação só seria admissível em casos excepcionais, quando fosse inexigível sua continuação, como, por exemplo, nas hipóteses de sério perigo à vida da mulher ou grave comprometimento de sua saúde⁴¹.

Um outro problema identificado pelo Tribunal na nova normativa foi que a regra resultante do § 218a, I, do Código Penal, nas condições nela estipuladas, excluiria não apenas a tipicidade penal, mas a própria antijuridicidade do aborto. Com isso, o Estado eliminava a possibilidade de reprimir a prática dessa modalidade de aborto não apenas na seara criminal, mas em qualquer outro âmbito jurídico, o que não seria compatível com as exigências constitucionais mínimas de tutela da vida do nascituro⁴².

Além disso, entendeu-se que o legislador deveria regulamentar o objetivo, o conteúdo e o procedimento de aconselhamento de uma forma tão clara e compreensível que a lei pudesse ser aplicada mesmo sem a ajuda de explicações⁴³. Quanto ao conteúdo e ao objetivo, caso o legislador pretendesse abdicar da ilicitude do aborto e optar por condicioná-lo a prévio aconselhamento sem violar a proibição de insuficiência, deveria criar regras eficazes e suficientes para que esse aconselhamento buscasse convencer a dar à luz a mulher que pensasse em abortar⁴⁴. Os conselheiros deveriam ser guiados por um esforço para encorajar a mulher grávida a continuar a sua gravidez e a abrir perspectivas para uma vida com a criança, orientando-as sob as condições excepcionais em que, à luz dos valores constitucionais, tal prioridade poderia ser razoavelmente invertida. No entanto, segundo o TCF, tais conteúdos essenciais para o aconselhamento não

³⁹ *BVerfGE* 39, 1, p. 43.

⁴⁰ *BVerfGE* 39, 1, p. 48 ss.

⁴¹ *BVerfGE* 88, 203, p. 255-256.

⁴² *BVerfGE* 88, 203 (p. 273-274).

⁴³ *BVerfGE* 88, 203 (p. 301-302).

⁴⁴ *BVerfGE* 88, 203 (p. 281-282).

teriam restado claros nas normas impugnadas⁴⁵. Tampouco estariam evidenciados de modo satisfatório a organização, o funcionamento e a supervisão dos órgãos de aconselhamento⁴⁶.

Por esses e outros fundamentos, a Suprema Corte concluiu que as normas examinadas não atendiam suficientemente às exigências derivadas do art. 1, par. 1 (inviolabilidade e proteção da dignidade humana) c.c. art. 2, par. II (inviolabilidade do direito à vida) da Lei Fundamental⁴⁷.

3.3.1.3 Decisões posteriores

Após a segunda decisão sobre o aborto, o TCF mencionou expressamente a proibição de insuficiência nos fundamentos de seus julgados em apenas sete casos⁴⁸. Em nenhum deles o recurso constitucional chegou a ter seu mérito apreciado. Em outros julgados, a proibição de insuficiência foi invocada em votos de juízes que divergiram da maioria⁴⁹.

Isso não significa que a Corte Constitucional alemã, após a segunda decisão, do aborto não tenha mais corrigido o legislador em casos de omissão. Fê-lo, é verdade, em poucas ocasiões. Em algumas delas, o Tribunal reconheceu que a proteção conferida pelo Legislativo não era suficiente, muito embora não tenha falado expressamente em violação da proibição de insuficiência.

Num desses julgados, que versava sobre a utilização, em ações de impugnação de paternidade, de exames de paternidade realizados sem o conhecimento do filho, o TCF chegou a empregar o mesmo critério de controle utilizado na segunda decisão do aborto, segundo o qual seria necessária uma proteção adequada, que fosse também eficiente, tendo em conta os interesses

⁴⁵ BVerfGE 88, 203 (p. 306).

⁴⁶ BVerfGE 88, 203 (p. 302-305).

⁴⁷ BVerfGE 88, 203 (p. 298).

⁴⁸ BVerfG, NJW 1995, p. 2343; BVerfG, NJW 1998, p. 651; Decisão de 29.07.2009 no 1 BvR 1606/08; decisão de 15.10.2009 no 1 BvR 3474/08; decisão de 15.10.2009 no 1 BvR 3522/08; decisão de 26.02.2010 no 1 BvR 1541/09; decisão de 04.05.2011 no 1 BvR 1502/08.

⁴⁹ BVerfG, NJW 1999, p. 841 (p. 850 ss.); BVerfG, NJW 2004, p. 750 (p. 759 ss.); e acórdão de 30.07.2008, 1 BvR 3262/07 (voto do juiz Bryde).

jurídicos eventualmente em conflito, fazendo expressa referência àquela decisão⁵⁰.

Em outro caso, em que se discutia se as companhias de seguro poderiam realizar deduções no caso de encerramento prematuro de contratos de seguros de vida, aquela Corte detectou um déficit de proteção na legislação pertinente, e formulou diretrizes para o legislador aprovar normas adequadas⁵¹.

Mais recentemente, o TCF reconheceu que o objetivo estatal de proteção dos animais, vazado no artigo 20a da Lei Fundamental, não estava suficientemente protegido em razão de uma alteração no Regulamento Relativo ao Bem-Estar e à Criação de Animais⁵². Asseverou-se que a proteção adequada dos animais de criação depende da colheita sistemática de informações, que só se faz possível mediante normas processuais apropriadas. Eventual desrespeito a essas normas importaria violação ao próprio artigo 20a. Por não haver sido previamente consultada a Comissão para o Bem-estar dos Animais, cuja oitiva era legalmente obrigatória, as alterações em questão foram declaradas inconstitucionais⁵³.

3.3.2 Portugal

A recepção formal da figura da proibição de insuficiência no repertório conceitual do TC português deu-se no acórdão n.º 75/10, relatado por Sousa Ribeiro⁵⁴. A influência da jurisprudência tedesca é visível: sob debate, estavam o direito à vida do nascituro *versus* os direitos da mulher grávida. Contudo, o

⁵⁰ BVerfG, 1 BvR 421/05, j. 13.02.2007, par. 63. No caso, o Tribunal entendeu não ser viável a utilização desses exames secretos, mas, reconhecendo a necessidade de se proteger o direito dos pais de conhecer a descendência de seus filhos, determinou ao Legislativo a elaboração de um procedimento destinado a lhes assegurar a mera elucidação da paternidade genética, sem repercussão na paternidade jurídica.

⁵¹ BVerfG, NJW 2007, p. 2476 ss.

⁵² Art. 20a. Verordnung zum Schutz landwirtschaftlicher Nutztiere und anderer zur Erzeugung tierischer Produkte gehaltener Tiere bei ihrer Haltung. Tradução livre do autor: "Regulamento relativo à proteção dos animais na exploração pecuária e de outros animais criados para a geração de produtos de origem animal".

⁵³ 2 BvF 1/07, j. 12.10.2010.

⁵⁴ Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 301 e 328 ss. Contudo, o autor identifica em declarações de voto de Paulo Mota Pinto, Messias Bento e Cura Mariano em acórdãos anteriores, bem como os acórdãos n.ºs 254/02 (Helena Brito) e 269/10 (Vitor Gomes) contribuições no sentido de recepção da nova teoria. Ob. cit., p. 301, n. de rodapé n.º 1198, e p. 328/329, n. de rodapé n.º 1264. Também apontando no acórdão 75/10 a primeira vez em que a proibição de insuficiência figurou como "protagonista": Jorge Pereira da Silva, *Deveres do Estado de Protecção...*, p. 585.

resultado a que se chegou foi oposto àqueles dos julgados alemães.

O acórdão⁵⁵ foi proferido em resposta a dois processos, sendo um deles movido por um grupo de 33 Deputados à Assembleia da República e, o outro, pelo Presidente da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira. Em pauta estava a Lei 16, de 27 de abril de 2007, que introduzia dispositivos no Código Penal consagrando a não punibilidade da interrupção voluntária da gravidez, realizada por opção da mulher nas primeiras dez semanas de gestação, desde que efetuada por médico, ou sob sua direção, em estabelecimento oficial de saúde ou oficialmente reconhecido, com precedência de uma consulta obrigatória, destinada a facultar à grávida o acesso à informação relevante para a formação de sua decisão livre, consciente e responsável, e com a salvaguarda de um período de reflexão não inferior a três dias entre a realização da consulta e a prestação do consentimento.

Em prol da inconstitucionalidade material, os autores alegavam, sobretudo, que a nova disciplina penal do aborto voluntário violaria o imperativo constitucional de proteção da vida intrauterina do artigo 24.º da Constituição, basicamente pelos seguintes motivos: a) o aborto estava condicionado tão somente à observância de certos procedimentos, independentemente da existência de causas justificativas exaustivamente indicadas na lei e objetivamente controláveis; b) a consulta obrigatória tinha caráter meramente informativo, e não de aconselhamento da mulher para não realizar o aborto e decidir-se pela preservação da vida. O Tribunal, contudo, não acatou esses argumentos, reafirmando jurisprudência precedente no sentido de que a vida intrauterina seria abrangida pelo âmbito de proteção do artigo 24.º, mas apenas como valor constitucional objetivo.

Para o Tribunal, o modo como o dever de proteção decorrente desse dispositivo deve ser realizado não estaria predeterminado na Constituição, cabendo ao legislador defini-lo, respeitando tanto a proibição da insuficiência como a proibição de excesso na afetação de outros bens constitucionais:

Na fixação dessa disciplina, goza o legislador ordinário de uma ampla margem de discricionariedade legislativa, balizada por dois

⁵⁵ Ac. n.º 75/10, de 23.02.2010, e-book Tribunal Constitucional – Acórdãos – 77.º v. – 2010 (jan./abr.), p. 131-208.

limites ou proibições, de sinal contrário. Ele deve, por um lado, não desrespeitar a proibição do excesso, por afectação, para além do admissível, da posição jurídico-constitucional da mulher grávida, nas suas componentes jusfundamentais do direito à vida e à integridade física e moral, à liberdade, à dignidade pessoal e à autodeterminação. Mas também deve, no pólo oposto, não descurar o valor objectivo da vida humana, que confere ao nascituro (à sua potencialidade de, pelo nascimento, aceder a uma existência autonomamente vivente) dignidade constitucional, como bem merecedor de tutela jurídica. O cumprimento desse dever está sujeito a uma medida mínima, sendo violada a proibição de insuficiência (“*Untermassverbot*”) quando as normas de protecção ficarem aquém do constitucionalmente exigível⁵⁶.

Ponderou, ainda, que a sanção penal é o meio mais lesivo existente, que deve ser utilizado apenas como último recurso, quando não forem suficientes outros meios menos invasivos⁵⁷, não estando presentes, no caso, os requisitos da idoneidade e necessidade a legitimar intervenção tão intensa⁵⁸. Logo, considerou defensável que, em vez da ameaça de punição penal, de resultado comprovadamente fracassado, o Estado houvesse valorado ser mais eficiente tentar convencer a grávida à preservação da potencialidade da vida, por meio de uma decisão refletida⁵⁹.

Além disso, semelhantemente ao que se afirmou na primeira decisão do TCF sobre o aborto⁶⁰, na esteira de Canaris⁶¹, o TC considerou que na avaliação do cumprimento ou não do dever de tutela dos direitos fundamentais deveria ser tida em conta a *globalidade das medidas estatais*⁶², e, as medidas do Estado português tendentes ao controle do aborto iam muito além da disciplina penal especificamente relativa à interrupção voluntária de gravidez nas primeiras dez semanas, contemplando diversas regulações normativas e prestações de contenção do

⁵⁶ Ac. n.º 75/10, de 23.02.2010, e-book Tribunal Constitucional – Acórdãos – 77.º v. – 2010 (jan./abr.), p. 166.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 171.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 174.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 173.

⁶⁰ V. *BVerfGE* 39, 1 (p. 46-47).

⁶¹ Cita-se sua obra *Direitos fundamentais e direito privado*, Coimbra, 2003, p. 117-118.

⁶² Ac. n.º 75/10, de 23.02.2010, e-book Tribunal Constitucional – Acórdãos – 77.º v. – 2010 (jan./abr.), p. 167.

aborto, como as relativas à educação sexual, planejamento familiar e apoio à maternidade e à família. Disse o acórdão:

É de concluir que vigora, no nosso sistema, um conjunto diversificado de medidas, em número e com um alcance bastante para que, tendo-as também em conta, se possa sustentar que o Estado português não cruza os braços perante o fenómeno do aborto, antes está activamente empenhado em combatê-lo.

Diferentemente da decisão alemã sobre o aborto, contudo, a portuguesa adotou um controle de omissão estatal menos rigoroso, conhecido como “controle de evidência”, ao afirmar que “quando é a observância do imperativo de tutela que está em questão...a instância de controlo tem que lidar com critérios de evidência, só se justificando uma pronúncia de inconstitucionalidade em caso de manifesto erro de avaliação do legislador”⁶³.

Posteriormente, no acórdão n.º 166/10, o TC tornou a recepcionar a figura da proibição da insuficiência⁶⁴. Nesse julgado, diferentemente do anterior, a proibição do défice não apenas foi alvo de consideração na fundamentação, como efetivamente serviu para fundamentar a inconstitucionalidade de dispositivos legais impugnados.

Em análise estavam normas do Código de Procedimento e de Processo Tributário que permitiam que, em execuções fiscais, a escolha da modalidade de alienação dos bens constrictos e a fixação do preço base fossem feitas pelo Estado exequente sem prévia oitiva dos demais credores com garantias reais. Em conflito, portanto, encontravam-se o valor constitucional do interesse público na celeridade na cobrança de impostos e o direito do credor à satisfação de seu crédito⁶⁵.

Espelhado no anterior acórdão n.º 75/10, o TC observou:

⁶³ *Ibid.*, p. 181. O controle de evidência é uma das três “densidades de controle” de constitucionalidade identificadas inicialmente na jurisprudência alemã. Nele, a profundidade do exame é mínima, somente se reconhecendo uma inconstitucionalidade na hipótese de omissão completa, ou quando as medidas estatais tomadas forem manifestamente inadequadas ou completamente insuficientes para realizar o fim imposto pelo dever constitucional de ação. Os outros níveis de “densidades de controle” são os de “sustentabilidade” e o “intensificado de conteúdo”. A esse tema se retornará quando do estudo da operacionalidade da proibição de insuficiência.

⁶⁴ Ac. n.º 166/10, de 28.04.2001, e-book Tribunal Constitucional – Acórdãos – 77.º v. – 2010 (jan./abr.),

⁶⁵ *Ibid.*, p. 541.

Basicamente, poderá considerar-se que existe um *deficit* inconstitucional de protecção (ou de prestação normativa), quando as entidades sobre as quais recai o dever de proteger adoptam medidas insuficientes para garantir a protecção adequada às posições jusfundamentais em causa, sendo que tal sucede sempre que se verificar um duplo teste: (i) sempre que se verificar que a protecção não satisfaz as exigências mínimas de eficiência que são requeridas pelas posições referidas; (ii) cumulativamente, sempre que se verificar que tal não é imposto por um relevante interesse público, constitucionalmente tutelado. (Neste sentido, e quanto à dogmática geral dos imperativos jurídico-constitucionais de protecção, veja-se o já citado Acórdão n.º 75/10, ponto 11.4.3). Para que se saiba se a protecção adoptada satisfaz ou não as exigências mínimas de eficiência requeridas pelas posições jusfundamentais em causa necessário é que se tenha em conta a intensidade do perigo ou do risco de lesão que pode resultar, para as referidas posições, da medida legislativa sob juízo. Por seu turno, para que se saiba se tal risco de lesão é ou não justificado, em ponderação, por motivos constitucionais relevantes, necessário é que se identifiquem os bens jurídicos e interesses contrapostos às referidas posições, e se decida se, na escolha do legislador, foi ou não sobreavaliado o seu peso (Acórdão n.º 75/10, *loc. cit.*)⁶⁶.

Ao final, por razões expostas no corpo do acórdão, concluiu aquela Corte que o legislador não teria cumprido o imperativo constitucional da proibição da insuficiência, pois, embora houvesse se movido por interesse público, seu peso foi sobreavaliado na ponderação com os demais bens e valores constitucionais em conflito⁶⁷.

Em vários acórdãos mais recentes, o TC rechaçou tese do Ministério Público que apontava, relativamente ao dever estatal de protecção da infância, uma violação da proibição do défice pelo artigo 4.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 164/99, quando interpretado no sentido de que as pensões alimentícias a serem pagas pelo Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores somente se constituem com a decisão do tribunal que determinar seu pagamento⁶⁸. O *Parquet* pretendia que o pagamento abrangesse períodos pretéritos, a partir de quando o familiar responsável pelo pagamento houvesse se tornado inadimplente. O TC, contudo,

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid., p. 543.

⁶⁸ Esse Fundo foi criado para substituir o pagamento das pensões alimentícias pelos familiares devedores, quando os meios coercivos não forem suficientes para fazê-los pagar os débitos.

entendeu que só se poderia concluir pela violação do dever de proteção diante da “demonstração inequívoca da insuficiência ou inadequação manifesta das opções legislativas face ao fim ou ao sentido das normas constitucionais consideradas”⁶⁹. Aqui, novamente, percebe-se a adoção de um mero *controle de evidência*⁷⁰.

3.3.3 Brasil

3.3.3.1 Panorama geral

A primeira menção à proibição da insuficiência num acórdão do STF deu-se no julgamento de um recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul⁷¹. O recorrente mantivera relações libidinosas com uma sobrinha a partir de quando ela tinha 9 anos. A menina vivia sob sua guarda. Em razão das relações, a menina engravidou. O recorrente alegava haver deixado a antiga companheira para constituir família com a sobrinha e a criança nascida desse relacionamento, e, afirmando estar caracterizada uma união estável, postulava lhe fosse aplicado analogicamente o artigo 107, VII, do Código Penal, vigente à época dos fatos, e que previa a extinção da punibilidade na hipótese de casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes.

O recurso foi denegado a partir de voto divergente do ministro Joaquim Barbosa, mas a proibição de deficiência foi referida no voto do ministro Gilmar Mendes, também denegatório do pleito recursal. Em breve síntese, esse ministro considerou que a situação em exame sequer poderia ser considerada união estável à luz da Constituição Federal, quanto menos seria possível aplicar-lhe o art. 107, VII, do Código Penal, sob pena de se violar o princípio da proporcionalidade na sua faceta de proibição de proteção insuficiente.

Segundo o ministro, se era dever do Estado proteger a família – *ratio* que estaria por trás do art. 107, VII, do Estatuto Repressor –, também lhe competiria, por força do art. 227 da Constituição Federal, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à

⁶⁹ Acórdãos n.º 400/11; 401/11; 274/13 e 481/14.

⁷⁰ Sobre tal prevalência, v. Störring, *Das Untermaßberbot in der Diskussion*, p. 214 e 232.

⁷¹ RE 418.376, rel. min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 09.02.2006, DJ 23.03.2007.

dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Referindo-se a contribuições sobre o tema da lavra de Lênio Streck⁷² e Ingo Sarlet⁷³, o ministro ponderou também que, para além do garantismo negativo, atualmente seria de se reconhecer também um garantismo positivo, como consequência do dever do Estado de proteger suficientemente um direito fundamental, inclusive, se fosse o caso, por meio do direito penal. Nessa linha, concluiu que todos os Poderes do Estado, e, especificamente o Poder Judiciário, estariam obrigados a proteger suficientemente a dignidade das pessoas.

De lá para cá, as referências jurisprudenciais à proibição da insuficiência multiplicaram-se significativamente. Logo, seja em razão da inviabilidade numérica de estender a pesquisa para além do âmbito de julgados do STF, seja em razão da influência superlativa de suas decisões sobre os demais órgãos do poder judiciário, para os fins deste trabalho o exame foi limitado a julgados da corte constitucional.

A fim de extrair uma radiografia do emprego da vedação de insuficiência pelo STF, pesquisou-se no sítio eletrônico da corte⁷⁴ a jurisprudência ali disponibilizada até o dia 30.09.2019. No campo pesquisa livre, realizaram-se sete tipos de buscas, utilizando-se, em cada uma delas, uma das seguintes combinações de parâmetros: “proteção prox insuficiente”; “proteção prox deficiente”; “proibição prox insuficiência”; “proibição prox deficiência”; “proibição prox excesso e insuficiência”; “proibição prox excesso e deficiência”; “proibição prox insuficiente ou proibição prox deficiente”.

A ferramenta de pesquisa daquele sítio eletrônico retornou 43 (quarenta e três) acórdãos e mais de quatrocentas decisões monocráticas. A análise que se seguiu limitou-se aos acórdãos.

⁷² “Bem Jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermaßverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, n.º 98, junho/2005, p. 107.

⁷³ Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, n.º 98, junho/2005, p. 132.

⁷⁴ <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

Examinados os 43 (quarenta e três) acórdãos selecionados, constatou-se que o instituto da proibição de proteção insuficiente foi neles referido por meio de expressões como “proibição (ou vedação) de insuficiência” ou “proibição (ou vedação) de deficiência”, “proibição (ou vedação) de proteção insuficiente”, “proibição (ou vedação) de proteção deficiente”, “insuficiência protetiva” ou, ainda, “princípio de proteção eficiente”, ou na ementa, ou em votos dos ministros.

Uma ou mais dessas expressões constaram das ementas de 18 (dezoito) acórdãos⁷⁵. Em termos proporcionais, a maior expressividade, dentre esses 18 (dezoito) acórdãos, deu-se na alusão à vedação de proteção insuficiente por meio do direito penal ou processual penal: 8 (oito) casos⁷⁶. Ela também foi referida em contextos em que se discutiam os deveres de proteção ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (e, em alguns casos, saúde)⁷⁷, à vida e/ou à saúde⁷⁸, a

⁷⁵ HC 90138 ED, rel. min. Lewandowski, 1.ª T., j. 27.02.2007, *DJ* 13.04.2007; STA 223 AgR, rel. min. Ellen Gracie, rel. p/ ac. min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 14.04.2008, *DJe* div. 08.04.2014; HC 102087, rel. min. Celso de Mello, rel. p/ ac. min. Gilmar Mendes, 2.ª t., j. 28.02.2012, *DJe* 13.08.2012 e 20.08.2013; HC 104410, rel. min. Gilmar Mendes, 2.ª T., j. 06.03.2012, *DJe* div. 26.03.2012; RE 763667 AgR, rel. min. Celso de Mello, 2.ª T., j. 22.10.2013, *DJe* div. 12.12.2013; RE 581352 AgR, rel. min. Celso de Mello, 2.ª T., j. 29.10.2013, *DJe* div. 21.11.2013; AI 598212 ED, rel. min. Celso de Mello, 2.ª T., j. 25.03.2014, *DJe* div. 23.04.2014; ARE 727864 AgR, rel. min. Celso de Mello, 2.ª T., j. 04.11.2014, *DJe* div. 12.11.2014; ARE 745745 AgR, rel. min. Celso de Mello, 2.ª T., j. 02.12.2014, *DJe* div. 18.12.2014; MS 33340, rel. min. Luiz Fux, 1.ª T., j. 26.05.2015, *DJe* div. 31.07.2015; HC 123971, rel. min. Zavascki, rel. p/ ac. min. Barroso, Tribunal Pleno, j. 25.02.2016, *DJe* div. 14.06.2016; RE 778889, rel. min. Barroso, Tribunal Pleno, j. 10.03.2016, *DJe* div. 29.07.2016; RE 646721, rel. min. Marco Aurélio, rel. p/ ac. min. Barroso, Tribunal Pleno, j. 10.05.2017, *DJe* div. 08.09.2017; RE 878694, rel. min. Barroso, Tribunal Pleno, j. 10.05.2017, *DJe* div. 05.02.2018; RE 638491, rel. min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 17.05.2017, *DJe* div. 22.08.2017; RE 966177 RG-QO, rel. min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 07.06.2017, *DJe* div. 31.01.2019; ADI 4066, rel. min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 24.08.2017, *DJe* div. 06.03.2018; ADI 3470, rel. min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 29.11.2017, *DJe* div. 31.01.2019.

⁷⁶ HC 102087, rel. min. Celso de Mello, rel. p/ ac. min. Gilmar Mendes, 2.ª t., j. 28.02.2012, *DJe* 13.08.2012 e 20.08.2013; RE 583523, rel. min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 03.10.2013, *DJe* div. 21.10.2014; HC 90138 ED, rel. min. Lewandowski, 1.ª T., j. 27.02.2007, *DJ* 13.04.2007; HC 104410, rel. min. Gilmar Mendes, 2.ª T., j. 06.03.2012, *DJe* div. 26.03.2012; HC 123971, rel. min. Zavascki, rel. p/ ac. min. Barroso, Tribunal Pleno, j. 25.02.2016, *DJe* div. 14.06.2016; ADC 43 e 44 MC, rel. min. Marco Aurélio, rel. p/ ac. min. Fachin, Tribunal Pleno, j. 05.10.2016, *DJe* 06.03.2018; RE 638491, rel. min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 17.05.2017, *DJe* div. 22.08.2017; RE 966177 RG-QO, rel. min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 07.06.2017, *DJe* div. 31.01.2019.

⁷⁷ ADI 4066, rel. min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 24.08.2017, *DJe* div. 06.03.2018; e ADI 3470, rel. min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 29.11.2017, *DJe* div. 31.01.2019.

⁷⁸ STA 223 AgR, rel. min. Ellen Gracie, rel. p/ ac. min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 14.04.2008, *DJe* div. 08.04.2014; e ADI 3510, rel. min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 29.05.2008, *DJe* div. 2.05.2010.

direitos sociais (acesso gratuito à justiça⁷⁹; acesso gratuito à saúde⁸⁰; licença-adoptante⁸¹); à saúde de crianças e adolescentes⁸²; à transparência administrativa⁸³; e o regime sucessório na união estável⁸⁴.

Seja na ementa ou em votos dos ministros, a proibição do déficit foi invocada em alguns dos julgados mais complexos e de maior repercussão deste início de século. No próximo subitem serão muito brevemente referidos aqueles que se reputou serem os mais impactantes. Ressalta-se, porém, que uma avaliação crítica sobre o modo como o STF controla (ou não) a proibição da insuficiência será realizada apenas no capítulo 4⁸⁵.

3.3.3.2 Casos de maior repercussão

3.3.3.2.1 *ADPF 101/DF (proibição de importação de pneumáticos usados)*

Essa arguição de descumprimento de preceito fundamental tinha por objetivos declarar a constitucionalidade de Portarias SECEX e DECEX, bem como de Decreto e Resoluções CONAMA que proibiram e estabeleceram sanções para a importação de pneus usados, e, conseqüentemente, declarar a ilegitimidade e inconstitucionalidade das decisões de juízes e tribunais federais que autorizavam a importação de pneus usados, com efeitos *ex tunc*, bem como das interpretações judiciais que visassem autorizar a importação de pneus usados. Dentre os fundamentos fáticos, arguia-se que o Brasil gerava 40 milhões de pneus inservíveis por ano – fora as importações –, existindo, em 2006, passivo de 100 milhões de pneus abandonados, sem destinação final adequada. Além disso, por força de decisões judiciais, somente em 2005, o Brasil teria importado 12 milhões de pneus usados, a pretexto de servir como matéria-prima, dos quais, estimava-se, 30%

⁷⁹ RE 763667 AgR, rel. min. Celso de Mello, 2.^a T., j. 22.10.2013, *DJe* div. 12.12.2013; e AI 598212 ED, rel. min. Celso de Mello, 2.^a T., j. 25.03.2014, *DJe* div. 23.04.2014.

⁸⁰ ARE 727864 AgR, rel. min. Celso de Mello, 2.^a T., j. 04.11.2014, *DJe* div. 12.11.2014;

⁸¹ RE 778889, rel. min. Barroso, Tribunal Pleno, j. 10.03.2016, *DJe* div. 29.07.2016.

⁸² ARE 745745 AgR, rel. min. Celso de Mello, 2.^a T., j. 02.12.2014, *DJe* div. 18.12.2014.

⁸³ MS 33340, rel. min. Luiz Fux, 1.^a T., j. 26.05.2015, *DJe* div. 31.07.2015.

⁸⁴ RE 646721, rel. min. Marco Aurélio, rel. p/ ac. min Barroso, Tribunal Pleno, j. 10.05.2017, *DJe* div. 08.09.2017; e RE 878694, rel. min. Barroso, Tribunal Pleno, j. 10.05.2017, *DJe* div. 05.02.2018.

⁸⁵ Mais especificamente, no item 4.1.2.2.

seriam inservíveis.

O tribunal julgou a ação parcialmente procedente⁸⁶, apenas deixando de fora do alcance do aresto as decisões judiciais transitadas em julgado cujos efeitos já houvessem se exaurido. Entre os fundamentos do acórdão, destacaram-se preocupações quanto à saúde pública (pneus inservíveis armazenados ao ar livre favoreceriam a disseminação de doenças tropicais) e ambientais (insuficiência de meios para a destinação final ecologicamente adequada dos pneus usados).

Embora a proibição de proteção insuficiente não tenha figurado na ementa do julgado, tanto nos votos da Min. Cármen Lúcia como do Min. Gilmar Mendes ela é invocada. A ministra, depois de transcrever excerto de trabalho da lavra de Ingo Sarlet sobre a proibição de insuficiência, no qual se aludia à crise de efetividade do Poder Público no cumprimento do seu dever de proteger os direitos fundamentais⁸⁷, afirmou:

É vedado, portanto, ao Poder Público ser insuficiente ou imprevidente em suas ações e decisões que tenham o precípua objetivo de dotar de proteção os direitos fundamentais, sob pena de essa inoperância ou ausência de ações afrontar o núcleo central desses direitos. Desta insuficiência ou imprevidência afastou-se o Poder Público brasileiro ao adotar as medidas normativas proibitivas de importação de resíduos que conduzem ao comprometimento da saúde pública e da saúde ambiental. É isto o que se busca, aqui, resguardar e garantir a efetividade dos direitos constitucionais fundamentais⁸⁸.

O ministro Gilmar Mendes, por seu lado, observou que sobre o Estado incidiria um dever de proteger os direitos fundamentais, já que os direitos fundamentais implicariam não apenas uma proibição de excesso, mas também de proteção insuficiente⁸⁹.

⁸⁶ ADPF 101, rel. min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 24.06.2009, *DJe* div. 01.06.2012.

⁸⁷ Sua referência é ao artigo daquele autor intitulado “Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”. *Revista de Estudos Criminais*, n. 12, ano 3, p. 92-93.

⁸⁸ *Ac. cit.*, fls. 103 e 104.

⁸⁹ *Ac. cit.*, fls. 252 e 253.

3.3.3.2.2 ADI 3.510/DF (pesquisas com células tronco embrionárias)

Essa ação direta de inconstitucionalidade, que contestava a constitucionalidade do artigo 5.º da Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* mas não efetivamente utilizados para a fertilização.

Contrapunham-se, na controvérsia, de um lado, um suposto direito à vida do embrião, e, do outro, o direito à saúde (como expressão da dignidade humana) de interessados no desenvolvimento de terapias a partir do uso de células-tronco embrionárias, ao planejamento familiar (e à maternidade), e a liberdade de expressão científica.

O acórdão⁹⁰, cujo relator foi o min. Ayres Britto, julgou-a improcedente. Embora se tenha reconhecido que o embrião pré-implanto deveria ser protegido por fazer parte do desenvolvimento biológico da pessoa humana, com ela ele não se confundiria, não sendo, portanto, titular do direito à vida. A proteção de tais embriões, portanto, poderia ser definida pela legislação infraconstitucional, que, no caso, teria cumprido a contento seu propósito. De outro lado, as pesquisas se justificavam tendo em vista a importância dos bens jurídicos que se contrapunham à preservação dos embriões.

O dever de proteção suficiente foi objeto não apenas da ementa, como de votos de vários ministros. O min. Celso de Mello entendeu que não seria o caso de consideração da proibição de proteção insuficiente – por ele concebida como uma das projeções do postulado da proporcionalidade – tendo em vista que estariam em jogo interesses de impregnados de idêntica eficácia e autoridade, sendo, portanto, o caso de uma ponderação concreta de direitos.

Já o min. Gilmar Mendes, cotejando a legislação nacional sobre experimentos com embriões humanos com a de outros países (Alemanha, Austrália, França, Espanha, México), concluiu pela violação da proibição de proteção insuficiente. Dentre as fraquezas de nosso diploma, apontou, à diferença

⁹⁰ ADI 3510, rel. min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 29.05.2008, *DJe* div. 2.05.2010.

das normas estrangeiras, a ausência da instituição de um órgão central para análise, aprovação e autorização de pesquisas e terapia com células-tronco provindas de embriões humanos, e a falta de uma *cláusula de subsidiariedade*, i.e., de condicionamento da pesquisa com células-tronco à inexistência de outros meios científicos adequados e menos gravosos para os mesmos fins. Essas lacunas, em sua visão, tornariam a utilização de embriões humanos em pesquisas contrária ao princípio da proporcionalidade. Para evitar, contudo, que a simples declaração de nulidade em consequência da inconstitucionalidade deixassem um vácuo legislativo ainda mais prejudicial que a legislação insuficiente, sugeriu a declaração de constitucionalidade do art. 5.º e seus incisos e parágrafos, da Lei 11.105/2005, desde que fosse ele interpretado no sentido de que a permissão para a pesquisa e terapia com essas células-tronco “deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde”.

3.3.3.2.3 ADC 19/DF (Lei “Maria da Penha”)

No julgamento dessa ação⁹¹, em que se assentou a constitucionalidade dos artigos 1.º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006⁹², conhecida como “Lei Maria da Penha”, a proibição de insuficiência foi invocada pelos ministros Marco Aurélio e Luiz Fux⁹³.

Embora não constando da ementa, o voto do relator, min. Marco Aurélio,

⁹¹ ADC 19, rel. min. Marco Aurélio, j. 09.02.2012, *DJe* div. 28.04.2014.

⁹²Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no caput.

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

⁹³ ADC 19, rel. min. Marco Aurélio, j. 09.02.2012, *DJe* div. 28.04.2014;

defendeu a constitucionalidade de dispositivos penais e processuais penais da Lei Maria da Penha em razão da proibição de proteção insuficiente da mulher contra a violência doméstica e em homenagem ao princípio da igualdade no plano material⁹⁴. Outrossim, frisou que, no espectro de opções legislativas para cumprir o dever estatal de coibir e prevenir a violência no âmbito das relações familiares, imposto pelo art. 226, § 8.º, da Carta Constitucional, o Estado só poderia fazer uso das que fornecessem uma proteção suficiente, sob pena ser negada a força normativa da Constituição⁹⁵.

No mesmo sentido manifestou-se o min. Luiz Fux, afirmando que antes da Lei Maria da Penha, “A impunidade dos agressores acabava por deixar ao desalento os mais básicos direitos das mulheres, submetendo-as a todo tipo de sevícias, em clara afronta ao princípio da proteção deficiente (*Untermassverbot*)”⁹⁶.

3.3.3.2.4 ADCs 43 e 44 MC/DF e HC 152.752/PR (prisão após condenação penal de segunda grau)

As ações declaratórias de constitucionalidade, julgadas conjuntamente⁹⁷, buscavam a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal⁹⁸ para o fito de impedir a execução automática das penas privativas de liberdade após condenações em segundo grau de jurisdição. O Tribunal, embora declarando-lhe a constitucionalidade, conferiu-lhe interpretação conforme, assentando ser coerente com a Constituição deflagrar a execução criminal quando houvesse condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

Essa visão considerou não haver antinomia entre a regra que confere eficácia imediata aos acórdãos desafiáveis apenas por recursos excepcionais e a

⁹⁴ Ac. cit., fls. 15.

⁹⁵ Ibid., fls. 28.

⁹⁶ Ibid., fls. 38.

⁹⁷ ADC 43 e 44 MC, rel. min. Marco Aurélio, rel. p/ ac. min. Fachin, Tribunal Pleno, j. 05.10.2016, DJe 06.03.2018.

⁹⁸ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

disposição geral do art. 283 do CPP, segundo a qual a prisão dependeria do trânsito em julgado da decisão condenatória. Ademais, tal exegese estaria em conformidade com a função primordial das cortes superiores, que consistiria, sobretudo, na estabilização e uniformização das normas do direito infraconstitucional e constitucional, em vez da mera atuação como terceira e quarta instâncias recursais.

A proibição de proteção insuficiente não constou da ementa, mas os ministros Edson Fachin – redator para o acórdão – e Luís Roberto Barroso invocaram-na como razão de decidir. Enquanto o primeiro limitou-se à importância de considerar a proibição de proteção deficiente na seara penal para assegurar a investigação e punição de condutas violadoras de direitos humanos básicos, apontando as recorrentes reprovações que o Brasil vem sofrendo no âmbito de órgãos internacionais em razão de sua ineficácia nessa seara⁹⁹, Barroso afirmou que, à conclusão da eficácia imediata das condenações por colegiados de segundo grau se chegaria a partir da ponderação entre o princípio da presunção da inocência e o interesse na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal, com amplo lastro na Constituição (arts. 5º, caput e LXXVIII e 144). Segundo ele, a partir da decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, haveria sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência, e equivalente aumento da exigência de efetividade do sistema penal, em razão da demonstração segura da autoria e materialidade e superação da fase de apreciação de fatos e provas. Além disso, ponderou o ministro que admitir um enorme distanciamento no tempo entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena (que em muitos casos conduz à prescrição) anularia a eficiência do direito penal em sua capacidade de prevenir os crimes e dar satisfação à sociedade. Logo, de tal ponderação, resultaria que o princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – deveria ser sacrificado em função do que se ganha em termos de proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça. Por fim, concluiu que interditar a prisão quando já exista

⁹⁹ Ac. cit., fls. 27-32.

condenação em segundo grau configuraria proteção deficiente de bens jurídicos constitucionais muito caros à Constituição¹⁰⁰.

Já o *habeas corpus* referido consistiu em ação impetrada pela defesa do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva contra a execução imediata de sua pena após condenação em segundo grau de jurisdição contra a qual já não cabia recurso com efeito suspensivo. A ordem foi denegada, por se entender que a decisão combatida estava em conformidade com o entendimento do STF consolidado nos julgamentos das ADC 43 e 44¹⁰¹. Em seus votos, tanto o relator min. Edson Fachin como o min. Barroso invocaram novamente a proibição da proteção insuficiente, na seara penal, para denegar a ordem.

Essas decisões – principalmente a primeira (ADCs) – geraram profundo impacto para os resultados obtidos no âmbito da “Operação Lava-Jato”, sobretudo para estimular investigados ou acusados a celebrarem acordos de delação premiada, ante a redução significativa da possibilidade de dilatarem suas prisões por meio de recursos especiais e/ou extraordinários.

3.3.3.2.5 ADIs 3.937/SP, 4.066/DF, 3.470/RJ, 3.356/PE, 3.357/RS e ADFP 109/SP (proibição do asbesto)

Essas ações versavam sobre a inconstitucionalidade da extração, produção e comercialização de produtos fabricados a partir de uma variedade do asbesto (amianto): o asbesto crisotila (asbesto branco). O art. 1.º da Lei Federal n.º 9.055/1995 proibia a extração, produção, industrialização, comercialização, pulverização (spray), bem como a venda a granel de fibras em pó de vários tipos de minerais pertencentes ao grupo dos anfíbolios, dentre eles o asbesto. Contudo, o seu artigo 2.º permitia que o asbesto da variedade crisotila (asbesto branco) pudesse ser extraído, industrializado, utilizado e comercializado em conformidade com as disposições daquele diploma.

Ocorre que, posteriormente à edição dessa norma, foi-se formando um consenso científico no sentido de que o asbesto crisotila – assim como as demais

¹⁰⁰ Ac. cit., fls. 72-73.

¹⁰¹ HC 152752, rel. min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 04.04.2018, DJe div. 26.06.2018.

variedades de asbesto – é altamente cancerígeno. Paralelamente, a indústria foi desenvolvendo produtos que poderiam substituir, de forma economicamente viável, a utilização do asbesto crisotila, sem a produção dos mesmos riscos à saúde dos trabalhadores e consumidores. Isso levou o STF a afirmar a ocorrência de um processo de inconstitucionalização superveniente do artigo 2.º da Lei n.º 9.055/1995, por ofensa ao direito à saúde (art. 6º e 196, CF/88), ao dever estatal de redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, inciso XXII, CF/88), e à proteção do meio ambiente (art. 225, CF/88).

Inicialmente, essa inconstitucionalidade foi reconhecida de forma incidental, no bojo da ação direta de inconstitucionalidade 3.937/SP¹⁰², que tinha por objeto a Lei n.º 12.684/2007, do Estado de São Paulo, que proibiu o uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Essa ação foi julgada improcedente, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei (federal) n.º 9.055/1995, com efeito *erga omnes* e vinculante. O redator do acórdão foi o Min. Toffoli. Em sua ementa não há referência à proibição de insuficiência, que, porém, foi invocada pelos ministros Edson Fachin¹⁰³ e Rosa Weber¹⁰⁴ em seus votos. Dentre os dois, a ministra Rosa Weber foi mais específica, reputando que o art. 2.º da Lei n.º 9.055/1995, ao permitir o uso do amianto crisotila no território nacional, violaria a proibição de proteção insuficiente.

Na sequência, foi a vez do artigo 2.º da Lei n.º 9.055/1995 ser objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade, a ADI 4.066/DF¹⁰⁵. Sua relatora foi a min. Rosa Weber, que, em seu voto, ponderou que o imperativo do art. 225, § 1.º, V, da Carta Política, segundo o qual cumpriria ao Poder Público “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”, só seria cumprido de

¹⁰² ADI 3937, rel. min. Marco Aurélio, rel. p/ ac. min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 24.08.2017, *DJe* div. 31.01.2019.

¹⁰³ Ac. cit., fls. 144-146.

¹⁰⁴ *Ibid.*, fls. 217, 223, 227 e 250.

¹⁰⁵ ADI 4066, rel. min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 24.08.2017, *DJe* div. 06.03.2018.

forma proporcional se as medidas necessárias ao seu adimplemento fossem *necessárias e suficientes* para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por considerá-lo tolerante demais com o uso do amianto crisotila, a ministra concluiu que o art. 2.º da Lei n.º 9.055/1995 não cumpriria aquele comando constitucional. A proteção insuficiente constou expressamente da ementa.

Aqui, como no julgado antes citado, e pelos mesmos fundamentos, a maioria dos ministros considerou ter ocorrido um processo de inconstitucionalização superveniente à edição da Lei n.º 9.095/1995. Contudo, por não haver sido atingido o quórum do artigo 97 da Constituição Federal (maioria absoluta dos membros da corte), a inconstitucionalidade não foi declarada.

Posteriormente, outras ações assacadas contra leis estaduais e uma municipal, que baniam ou restringiam a utilização do amianto (ou, pelo menos, da variedade crisotila) continuaram a ser julgadas improcedentes pelo STF, com a fundamentação na mesma linha dos dois julgados antecedentes. Tiveram desfecho semelhante à ADI 3.937/SP a ADI 3.470/RJ¹⁰⁶, dirigida contra diversos dispositivos da Lei n.º 3.579/2001, do Rio de Janeiro (que dispunha sobre a progressiva substituição da produção e do uso do asbesto/amianto); a ADI 3.356/PE¹⁰⁷, que alvejava a Lei n.º 12.589/2004 do Estado de Pernambuco (que proibia a fabricação, o comércio e o uso de materiais, elementos construtivos e equipamentos constituídos por amianto ou asbesto); a ADI 3.357/RS¹⁰⁸, que atacava a Lei n.º 11.643/2001, do Estado do Rio Grande do Sul (que proibia a produção e comercialização de produtos à base de amianto), e a ADPF 109/SP¹⁰⁹, cujos objetos eram a Lei Municipal n.º 13.113/2001, do Município de São Paulo (que proibia o uso de materiais, elementos construtivos e equipamentos da construção civil constituídos de amianto), e, por arrastamento, seu decreto regulamentador. Em todos esses casos, a proibição da proteção insuficiente foi utilizada como

¹⁰⁶ ADI 3470, rel. min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 29.11.2017, *DJe* div. 31.01.2019.

¹⁰⁷ ADI 3356, rel. min. Eros Grau, rel. p/ ac. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 30.11.2017, *DJe* div. 31.01.2019.

¹⁰⁸ ADI 3357, rel. Min. Ayres Britto, rel. p/ ac. min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 30.11.2017, *DJe* div. 31.01.2019.

¹⁰⁹ ADPF 109, rel. Min. Fachin, Tribunal Pleno, j. 30.11.2017, *DJe* div. 31.01.2019.

fundamento do voto de um ou mais ministros.

3.3.3.2.6 *ADIs 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937; e ADC 42/DF¹¹⁰ (novo Código Florestal)*

Essas ações versavam uma série de dispositivos da Lei 12.651/2012, que veio a substituir o Código Florestal de 1965. Em seus votos, diversos ministros fizeram menção à vedação do déficit.

O ministro Celso de Mello a invocou para sustentar a inconstitucionalidade de diversos dispositivos impugnados. Nesse sentido, subordinou o respeito à proibição da insuficiência à observância, conforme o caso, dos princípios da prevenção (cenário de certeza científica) ou da precaução (cenário de incerteza científica)¹¹¹. O min. Marco Aurélio aludiu à proibição de insuficiência tanto para afastar¹¹² como afirmar a constitucionalidade de dispositivos¹¹³.

O min. Lewandowski, de sua vez, aludiu à vedação do déficit indiretamente, ao aderir ao voto do min. Marco Aurélio para apontar a inconstitucionalidade de dispositivos¹¹⁴. A min. Rosa Weber, por sua vez, limitou-se a apontar a tutela normativa insuficiente como fundamento para eventual controle judicial da legislação¹¹⁵.

Já os ministros Luiz Fux¹¹⁶ e Alexandre de Moraes recorreram à proibição de deficiência para justificar a constitucionalidade de dispositivos da Lei 12.651/2012¹¹⁷, afirmando, Moraes, que só haveria falar em inconstitucionalidade caso se demonstrasse cabalmente uma invasão do conteúdo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado¹¹⁸.

¹¹⁰ ADI 4901, 4902, 4903, 4937 e ADC 42, rel. min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 28.02.2018, *DJe* div. 12.08.2019.

¹¹¹ *Ibid.*, fls. 632, 636 e 643.

¹¹² *Ibid.*, fls. 166, 170, 179,

¹¹³ *Ibid.*, fls. 193.

¹¹⁴ *Ibid.*, fls. 468-470, 518-520, 525.

¹¹⁵ *Ibid.*, fls. 434.

¹¹⁶ *Ibid.*, fls. 113.

¹¹⁷ *Ibid.*, fls. 319.

¹¹⁸ *Ibid.*, fls. 317-318.

3.3.3.2.7 AP 937 QO/RJ

Tratava-se de ação penal que tramitava originariamente no STF, mas cujo réu renunciou ao cargo de deputado federal depois de encerrada a instrução. O relator, min. Barroso, levantou questão de ordem sobre eventual interpretação restritiva de normas constitucionais sobre prerrogativa de foro por função. A questão de ordem foi decidida com a fixação da seguinte tese¹¹⁹:

(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.

Em seu voto, o min. Luiz Fux secundou a opinião do relator – pela interpretação restritiva do foro de prerrogativa – e observou o dever estatal de elaborar normas processuais penais que assegurassem, de modo proporcional, uma proteção suficiente dos direitos fundamentais e demais bens e valores constitucionais¹²⁰.

Juntamente com as ADCs 43 e 44 MC/DF, e o HC 1552.752/PR, esse julgado formou um grupo de precedentes produzidos durante momento de grande comoção nacional contra a corrupção, em razão dos prejuízos bilionários ao erário desvelados no âmbito da “Operação Lava-jato”.

3.4 Fundamentos

3.4.1 Fundamentação originária: deveres estatais de proteção

Quando se fala em dever estatal de proteção de direitos fundamentais, refere-se, normalmente, à obrigação que recai sobre o Estado de assegurar que os direitos fundamentais sejam por ele tutelados contra agressões ou ameaças de particulares. No escopo dos deveres de proteção, contudo, também podem ser inseridos o dever de proteção de direitos fundamentais contra investidas por parte

¹¹⁹ AP 937 QO, rel. Min. Barroso, Tribunal Pleno, j. 03.05.2018, *DJe* div. 10.12.2018.

¹²⁰ Ac. cit., fls. 211-212.

de estados estrangeiros, ameaças provenientes de causas naturais e, até mesmo, de afetações negativas perpetradas pelo titular do direito contra si próprio¹²¹.

Em contrapartida, não se insere nos domínios dos deveres de proteção a clássica função de defesa dos direitos fundamentais, que diz com à obrigação de o próprio Estado respeitar o acesso individual a bens fundamentais, tampouco a função de promoção dos direitos fundamentais, que envolve o auxílio estatal para prover igualdade de oportunidade àqueles que, por si sós, tenham dificuldades no acesso a bens fundamentais.

Conforme já mencionado, a doutrina sobre a proibição de insuficiência nasceu no ambiente da teoria dos deveres estatais de proteção. Canaris, seu principal precursor, condicionado que estava pelo foco na análise da proibição de insuficiência no âmbito das relações jurídico-privadas (conflitos entre direitos fundamentais de particulares), desconsiderou o potencial da nova categoria jurídica em outras plagas em que o legislador também estivesse sujeito a um dever de ação¹²².

Por haver sido no seio da dogmática dos deveres estatais de proteção que a doutrina da *Untermaßverbot* foi originalmente concebida, é propriamente nessa seara que a discussão acadêmica e a produção jurisprudencial sobre o tema se afigura mais desenvolvida, a ponto de claramente influenciar, até mesmo, a terminologia pela qual, aqui no Brasil, a *Untermaßverbot* é predominantemente difundida: proibição de proteção insuficiente¹²³. Essas razões recomendam, do ponto de vista metodológico, que o estudo da proibição de insuficiência se inicie pelo exame de pontos básicos da teoria dos deveres estatais de proteção¹²⁴.

¹²¹ É o pensamento, dentre outros, de Novais, *Direitos Sociais – teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, p. 312, 313, e de Doménech Pascual, que avança para incluir, até mesmo, a proteção contra atos do próprio titular do direito fundamental, *Derechos Fundamentales y Riesgos Tecnológicos*, p. 152 ss. Reconhecendo, relativamente às ameaças provenientes da natureza (tempestades, incêndios florestais, epidemias etc) mais que um mero dever estatal objetivo de proteção, mas um verdadeiro direito subjetivo à proteção estatal: Robbers, *Sicherheit als Menschenrecht*, p. 124.

¹²² Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 911.

¹²³ Uma tradução literal do alemão *Untermaßverbot* (*Untermaß* = medida inferior; *verbot* = proibição) seria mais próxima, simplesmente, de “proibição de déficit” ou “proibição de insuficiência”.

¹²⁴ Tzemos cita, além desse, outros três pilares da proibição de insuficiência: a garantia do conteúdo

Nesse propósito, impõe-se a consideração dos debates havidos à luz da ordem constitucional da Alemanha. Afinal, foi lá, e a partir dessas discussões, que evoluíram os primeiros estudos relativos à proibição de insuficiência¹²⁵, e onde sua construção dogmática mais avançou. Além disso, o texto constitucional brasileiro aproxima-se do alemão ao não impor explicitamente ao Estado uma obrigação de proteção estatal dos direitos fundamentais em geral, demandando, semelhantemente, um esforço doutrinário para a identificação de pontos dogmáticos de apoio para essa função jusfundamental. Portanto, mostra-se duplamente recomendável a alusão à doutrina e jurisprudência daquele país sobre os fundamentos dos deveres estatais de proteção, sem prejuízo do socorro à dogmática nacional e das necessárias adaptações à nossa ordem jurídica.

Embora haja consenso doutrinário sobre o fato de os direitos fundamentais serem fundamento imediato dos deveres de proteção, a origem dogmática das obrigações estatais de proteção é, paradoxalmente, o ponto mais controvertido da teoria dos deveres estatais de proteção¹²⁶. A depender da linha adotada, consequências pode haver no alcance e, até mesmo, quanto à efetiva necessidade de uma teoria sobre deveres estatais de proteção e, conseqüentemente, a partir dela, de uma proibição de proteção insuficiente, de modo que se faz necessário um sobrevoo panorâmico sobre o tema.

3.4.1.1 Deveres explícitos na Constituição

O assunto é menos polêmico quando na própria Constituição é possível identificar deveres estatais explícitos de proteção. É o que se dá, por exemplo, no artigo 1, par. 1, seg. período, da Lei Fundamental alemã, que prescreve ser dever de todas autoridades estatais respeitar e proteger a dignidade da pessoa humana. Ao Estado cumpre, portanto, repelir ameaças ou agressões a direitos fundamentais

essencial dos direitos fundamentais, os limites jurídico-funcionais da jurisdição constitucional e a identidade ou diferenciação entre proibição de excesso e proibição de insuficiência. *Das Untermaßverbot*, p. 13-87. Esses três aspectos são, de fato, importantes para a delimitação do instituto (razão pela qual serão discutidos mais adiante), mas somente a teoria dos deveres de proteção se revela mais condizente com uma fundação a partir da qual a proibição de insuficiência foi erigida.

¹²⁵ Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 901-903.

¹²⁶ Unruh, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, p. 26.

que ameacem atingi-los no âmbito da dignidade.

Ainda na Lei Fundamental da Alemanha, são expressos, por exemplo, deveres estatais de proteção à família e ao matrimônio (Art. 6, par. 1) ou de zelar pelo direito dos filhos à assistência e educação pelos pais (Art. 6, par. 2). Também fica evidente um dever de proteção da juventude quando se dispõe que a liberdade de expressão, comunicação e arte é limitada por leis e regulamentos de proteção à juventude (Art. 5, par. 2).

Comparativamente, nossa Constituição possui a vantagem de enumerar não apenas direitos fundamentais individuais, como também coletivos. Com efeito, há previsão expressa de deveres estatais de proteção, por exemplo, no art. 5.º, XXXII (proteção do consumidor), no art. 7.º, X (proteção do salário, na forma da lei), no art. 7.º, XXVII (proteção legal contra a automação), no art. 7.º, XX (proteção do mercado de trabalho da mulher), no artigo 225 (proteção do meio ambiente) e no art. 243 (expropriação de bens apreendidos em decorrência do tráfico de drogas ou trabalho escravo).

Além disso, o texto constitucional veicula diversos mandados explícitos de criminalização destinados à tutela de direitos fundamentais, como se nota nos artigos 5.º, incisos XLI (determina a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais)¹²⁷; XLII (considera o crime de racismo inafiançável, imprescritível, e sujeito à pena de reclusão); XLIII (considera inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos, determinando a responsabilização não apenas dos mandantes e executores como dos que, podendo evitá-los, se omitirem); XLIV (considera inafiançáveis e imprescritíveis as ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático); 7.º, X (considera crime a retenção dolosa do salário do trabalhador), e 227, § 4.º (determina que a lei puna severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente).

¹²⁷ Por estar situado dentro de uma sequência de incisos que tratam especificamente de questões penais, não há dúvida de que a punição a que alude o dispositivo é a criminal.

Por fim, para a proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Carta Constitucional chega a prescrever que a lei estipule sanções nas esferas administrativa, cível e penal (art. 225, § 3.º).

3.4.1.2 Deveres não explícitos no texto constitucional

Na Alemanha, Bleckmann¹²⁸ extrai de alguns pontos do texto constitucional indicações da existência do dever estatal de proteção. Observa, por exemplo, que o atributo de “intangível” (*unantastbar*) é conferido à dignidade humana na primeira frase do parágrafo 1 do artigo 1 da Lei Fundamental, e de “inviolável” (*unverletzbar*), é deferido a outros direitos fundamentais, como à liberdade de crença, consciência e confissão religiosa e ideológica, pelo artigo 4.º, 1; ao sigilo de correspondência e de comunicações postais e telecomunicações, pelo art. 10, 1, e ao domicílio, pelo art. 13, 1. Além disso, ressalta que vários dispositivos descrevem amplamente direitos de ação, sem nenhuma alusão à dimensão defensiva. Por fim, anota que o parágrafo 1 do artigo 2 apresenta os direitos de terceiros como limites ao direito geral de liberdade, inferindo, daí, que os direitos fundamentais em geral pressupõem um dever de proteção por parte do Estado.

No Brasil, para Sarmiento, o artigo 5.º, XLI, da CF, ao dispor que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, serviria de fundamento para a pressuposição da existência de um dever do Estado brasileiro de proteção dos direitos fundamentais em geral¹²⁹. Sob o argumento de que a norma se refere a todos os direitos e liberdades fundamentais, e que as garantias dos direitos humanos não podem ser interpretadas restritivamente, o autor contesta a opinião de Celso Ribeiro Bastos, para quem o dispositivo teria por escopo, apenas, a garantia do princípio da igualdade¹³⁰. Observa, ainda, que o dever de proteção seria premissa da responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, e estaria fundado não apenas em previsões legais específicas, mas na Constituição e na própria “natureza das coisas”, como o que ocorre na obrigação

¹²⁸ “Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte”, p. 941 e ss,

¹²⁹ “A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais”, p. 302.

¹³⁰ Celso R. Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, p. 239-240.

do Poder Público de salvaguardar a vida, a segurança e a propriedade¹³¹. Sarlet, de sua vez, enxerga no direito à segurança vazado no artigo 5.º, *caput*, fundamento para um dever geral de proteção¹³².

Assim como sugere Unruh¹³³, a doutrina alemã tem se utilizado de fundamentos adicionais para identificar deveres estatais de proteção não explicitados no texto constitucional. Pelas razões já expostas, convém verificar se tais pontos de vista são pertinentes e necessários para a fundamentação do dever estatal de proteção no contexto jurídico brasileiro.

3.4.1.2.1 *Fundamento no contratualismo estatal, monopólio do uso da força e fim estatal de segurança*

Parcela significativa da doutrina alemã identifica o fundamento político-teórico ou político-filosófico dos deveres estatais no monopólio do uso da força pelo Estado. Historicamente, seria uma tarefa primária do Estado assegurar a segurança dos cidadãos uns contra os outros. Essa seria uma missão inerente aos fundamentos superiores do Estado e da ordem jurídica¹³⁴. E, em contrapartida pela supressão do direito de os cidadãos fazerem justiça pelas próprias mãos, o Estado teria assumido como um dos seus fins o dever de assegurar aos cidadãos sua segurança contra investidas de outros Estados e, internamente, dos próprios cidadãos¹³⁵.

Entre nós, embora sem deixarem de associar os deveres de proteção à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, alguns autores também localizam sua origem remota na assunção pelo Estado do monopólio estatal do uso da força. É o

¹³¹ Sarmento, "A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais", p. 302-303.

¹³² *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 155, n.r. 458.

¹³³ *Zur Dogmatik der grundrechtliche Schutzpflichten*, p. 26-28.

¹³⁴ Canaris, "Grundrechte und Privatrecht", p. 226 e 227.

¹³⁵ Isensee, In: *Handbuch des Staatsrechts*, v. 5, p. 162; Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, v. III/1, p. 932; e H. H. Klein, "Die grundrechtliche Schutzpflicht", p. 493. No mesmo sentido, Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 452-460, especialmente p. 460. Extraíndo o dever de proteção ambiental do objetivo estatal de segurança: Calliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, p. 98 ss. Identificando o fim estatal de segurança a partir do pensamento da antiguidade grega: Hermes, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, p. 148 ss.

caso, por exemplo, de Feldens¹³⁶, Sarlet¹³⁷, Giudicelli¹³⁸ e Sarmiento¹³⁹.

3.4.1.2.2 *Fundamento nos limites aos direitos fundamentais e no Estado de bem-estar social*

Há quem apoie os deveres de proteção numa combinação dos limites aos direitos fundamentais impostos ou autorizados pela Constituição com a natureza social do Estado. Nesse sentido, sustenta-se que a Lei Fundamental, ao impor ou autorizar que a lei imponha limites a um direito fundamental, estaria protegendo outro direito fundamental que com ele conflite¹⁴⁰. Em complemento, a obrigação do Estado agir também seria também decorrência do princípio do bem-estar social, previsto nos artigos 20, I (define a Alemanha como um Estado Social) e 28, I (estende aos Estados, Distritos e Municípios a mesma natureza social) da Lei Fundamental¹⁴¹.

Roßnagel vai mais além: desprezando o fundamento dos limites, sustenta os deveres de proteção exclusivamente no Estado Social, que exigiria uma reformulação das relações intersubjetivas existentes na ordem social, de modo a reforçar as posições jurídicas dos cidadãos mais carentes, em detrimento dos outros cidadãos¹⁴².

3.4.1.2.3 *Fundamento da “solução do direito de defesa”*

Conforme já ventilado no subitem 1.2.6.2.2, “d”, existe uma corrente de pensamento conhecida como teoria da “convergência estatista”, que equipara direito à proteção e direito de defesa¹⁴³. Na visão de Calliess, um provável gatilho

¹³⁶ Feldens, *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, p. 93.

¹³⁷ *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 155.

¹³⁸ *Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais*, p. 155.

¹³⁹ Sarmiento afirma que tais ideias do jusnaturalismo contratualista dos séculos XVII e XVIII foram “convenientemente esquecidas pela burguesia durante o Estado Liberal no século XIX e início do século XX”. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 161.

¹⁴⁰ Seewald, *Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit*, p. 79-81 e 141-143.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 78, 79 e 143-145.

¹⁴² *Grundrechte und Kernkraftwerke*, p. 51 ss.

¹⁴³ Cf. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsgmatik*, p. 213 ss.; Murswiek, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, p. 88 ss.; Szczekalla, *Die sogenannten Schutzpflichten...*, p. 404 ss. Alguns autores adotam uma abordagem tendente à generalizar os direitos fundamentais como direitos de defesa. Poscher, p. ex., advoga que somente haveria falar em outras funções na

para esse desenvolvimento teórico pode ter sido a decisão “Mülheim-Kärlich”¹⁴⁴ do Tribunal Constitucional Federal, que, ao falar de uma “responsabilidade conjunta” estatal por ameaças à integridade física de terceiros como resultado da construção aprovada pelo Estado de uma instalação nuclear, pode ter dado azo, equivocadamente, a tal desdobramento interpretativo¹⁴⁵.

Para essa vertente teórica, a intervenção de particulares no âmbito do direito fundamental de outrem, quando apoiada pela ordem jurídica estatal, deveria ser considerada não como omissão, mas como intervenção do próprio Estado. Ao suportar a interferência do particular, a ordem jurídica imporá um dever de tolerância, configurando, portanto, uma espécie de intervenção estatal¹⁴⁶.

Importante consequência da adoção desse ponto de vista seria o desprezo à dimensão objetiva como justificativa dos efeitos dos direitos fundamentais em face de terceiros: a rigor, tal eficácia derivaria da própria função clássica dos direitos fundamentais como direitos do *status negativo* (direito de defesa contra intervenções estatais)¹⁴⁷. Supérfluos, também, restariam os deveres de proteção¹⁴⁸ e a proibição de insuficiência, já que, ao se equiparar a interferência de terceiros a uma intervenção estatal, bastaria empregar a proibição *do excesso*, tradicionalmente voltada a conter os abusos do Estado.

3.4.1.2.4 *Fundamento na dimensão objetiva dos direitos fundamentais*

A doutrina tedesca, por um longo período, extraiu os deveres estatais de

medida em que o direito fundamental como direito de defesa não provesse uma resposta dogmática satisfatória. *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 87 ss., especialmente p. 97. Já para Lübke-Wolf, uma vez que a legislação infraconstitucional institua posições jurídicas em prol de um direito fundamental, modificações legislativas que removam ou restrinjam essas posições, ou, ainda, a não aplicação ou aplicação dessa legislação em desconformidade com a finalidade de promoção ou proteção do direito fundamental podem ser consideradas invasões estatais ao âmbito de proteção jusfundamental, a serem avaliadas, portanto, sob a lógica de intervenção num direito fundamental de defesa. *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, p. 75 ss., 105 ss., 118 ss., 125 ss. e 136 ss.

¹⁴⁴ BVerfGE 53, 30, p. 57 ss.

¹⁴⁵ “Schutzpflichten”, In: *Handbuch der Grundrechte*, v. II, p. 973.

¹⁴⁶ Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, p. 213 ss.; Murswiek, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, p. 91.

¹⁴⁷ Murswiek, ob. cit., p. 107.

¹⁴⁸ Como explica Calliess, ob. cit., p. 973.

proteção não explícitos, sobretudo, da dimensão objetiva dos direitos fundamentais¹⁴⁹. Sua Suprema Corte, por vezes, acresce a tal fundamento o da dignidade da pessoa humana.

Como visto em cap. I, subitem 1.5.2, a dimensão objetiva surgiu da percepção de que as ameaças à liberdade individual provinham não apenas do Estado, mas também da sociedade, de modo que, para assegurar o pleno exercício da liberdade, já não bastava limitar a intervenção do Estado na esfera individual: os direitos fundamentais também tinham que assegurar a liberdade do cidadão contra o cidadão. À luz do art. 1.º, par. 3, da Lei Fundamental alemã, todos os poderes estatais estão vinculados aos direitos fundamentais, de modo que, na dimensão objetiva, cumpre a cada um deles a proteção do indivíduo contra interferências de outros indivíduos. Conseqüentemente, são inconstitucionais os preceitos legais que contrariem o conteúdo jurídico objetivo dos direitos fundamentais¹⁵⁰.

Sob inspiração da doutrina germânica e portuguesa¹⁵¹, a derivação dos deveres de proteção a partir do conteúdo objetivo dos direitos fundamentais é prevalente na doutrina nacional¹⁵², bem como aplicada na jurisprudência do STF¹⁵³. Elucidativo, nesse sentido, o seguinte excerto de voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes na ADPF que versou sobre a proibição de importação de pneus usados:

¹⁴⁹ Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, p. 17; Störring, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 29; Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, V. III/1, § 69, p. 931 ss.; Rassow, "Zur Konkretisierung des Untermaßverbots", p. 264; *Die Begrenzung der Aktionärsrechte in der öffentlichen Hand*, p. 135; Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 278.

¹⁵⁰ Störring, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 30.

¹⁵¹ Vide, por exemplo, Sampaio, *O Dever de Protecção Policial...*, p. 88.

¹⁵² Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 235-236; p. 678-681; Gilmar Ferreira Mendes, *Curso de Direito Constitucional*, p. 678-681; Felipe Derbli, *O Papel do Estado-Membro no Controle Abstrato...*, p. 139; Marcelo Schenk Duque, *Direito Privado e Constituição*, p. 315-323, que também à atrela ao princípio da dignidade da pessoa humana; Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 154-156, onde também os associa ao monopólio estatal do uso da força; Daniel Sarmento, "A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais", p. 301, e *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 160-161, onde aponta sua origem remota no contratualismo jusnaturalista. Giudicelli, *Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais*, p. 154-156, em que também deriva esses deveres ao Estado social e ao monopólio estatal do uso da força; Nascimento, *Direitos Fundamentais e sua Dimensão Objetiva*, p. 154-161; e van der Broecke, *Direitos Fundamentais e Proibição da Protecção Deficiente*, p. 25.

¹⁵³ ADI 4923, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 08/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe 04/04/2018; HC 90138 ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. 27/02/2007, DJ 13/04/2007.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta no dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger esses direitos contra agressão ensejada por atos de terceiros.

Tal interpretação do *Bundesverfassungsgericht* empresta uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de adversário (*Gegner*) para uma função de guardião desses direitos (*Grundrechtsfreund oder Grundrechtsgarant*).

É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção alicerçado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (*Austrahlungswirkung*) sobre toda a ordem jurídica.

Assim, ainda que não reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais¹⁵⁴.

No mesmo sentido, trecho do voto do Min. Luiz Fux na ADI que versou sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares:

A doutrina da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais tem berço no direito alemão, forte na consagração dos direitos fundamentais não só como direitos subjetivos do indivíduo em face do Estado, mas também como decisões valorativas de cunho objetivo da Constituição, espraiando sua eficácia sobre todo o direito positivo, de modo a orientar o exercício das funções legislativa, administrativa e judiciária. Traduz-se na “**mais-valia**” **jurídica** a que se refere José Carlos Vieira de Andrade (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. edição. Coimbra: Almedina, 2001, p. 138), vale dizer, um reforço de juridicidade das normas de direitos fundamentais, que disporem de outros efeitos para além daqueles relacionados com a perspectiva subjetiva.

Serve a teoria dos deveres de proteção como meio de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Com isso, o Estado não fica apenas obrigado a abster-se da violação dos direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros, seja no exercício de sua

¹⁵⁴ ADPF 101, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 24/06/2009, DJe 01/06/2012.

atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional¹⁵⁵.

3.4.1.2.5 *Fundamento na diferenciação funcional dos direitos fundamentais*

A justificação dos diversos efeitos dos direitos fundamentais que não podem ser explicados pela tradicional função de defesa tem se dado, cada vez mais, a partir de uma tipologia das funções dos direitos fundamentais, no lugar da até então prevalente doutrina da função jurídico-objetiva. Se, inicialmente, a partir da diferenciação entre ação e omissão no âmbito da teoria da ação, era possível divisar as funções de defesa e de proteção, a tipologia atual inclui outras funções também consideradas necessárias para assegurar a liberdade real dos cidadãos (p. ex., funções de concepção e de prestação), e já tem prevalecido na doutrina e jurisprudência germânicas, sem prejuízo do recurso concomitante à dimensão objetiva como reforço de fundamentação¹⁵⁶.

Isensee, por exemplo, posta lado a lado dever de proteção e direito de defesa como funções das liberdades clássicas, embora contrapostas. Ambas assegurariam a esfera de liberdade do cidadão. A diferença entre essas funções seria que o dever de proteção visaria a conter as interferências de outros indivíduos, e o direito de defesa, as do próprio Estado¹⁵⁷. O mesmo autor não deixa de recorrer à dimensão objetiva como complemento argumentativo, ao apontar, por exemplo, que a função de proteção é deflagrada como consequência jurídico-objetiva da interferência de um particular na esfera jurídica da vítima¹⁵⁸.

Diferentemente, Canaris dispensa o recurso à função objetiva, e, observando que os direitos fundamentais são concebidos primordialmente como direitos subjetivos, reputa a função de proteção, assim como ocorre na função

¹⁵⁵ ADI 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 05/05/2011, DJe 13/10/2011.

¹⁵⁶ Kingreen/Poscher, *Grundrechte Staatsrecht II*, p. 41-52.

¹⁵⁷ “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, p. 143 ss., principalmente p. 145 e 162. Logo, para ele, não há associar deveres de proteção aos direitos sociais/Estado social. Também identificando o dever de proteção de forma independente da dimensão objetiva, como contraparte da função negativa dos direitos fundamentais: Grimm, “A função protetiva do Estado”, p. 156; e Krings, *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche*, p. 27.

¹⁵⁸ Ob. cit., p. 189, 180, especialmente item “a” da n.m. 90 do § 111.

defensiva, como uma manifestação subjetiva de tais direitos¹⁵⁹.

Entre nós, Dimoulis e Martins fundem direitos de defesa e deveres de proteção numa única função da liberdade clássica, que abrigaria não apenas a resistência contra intervenção lesiva do Estado, mas, também, de particulares. Dessa forma, os autores negam a derivação de deveres de proteção a partir de uma dimensão objetiva, imputando-lhes antes à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais¹⁶⁰.

3.4.1.2.6 *Fundamento no núcleo duro da dignidade humana*

Criticando a dupla fundamentação dos deveres de proteção por vezes afirmada pelo Tribunal Constitucional Federal (dimensão objetiva dos direitos fundamentais + dignidade humana), Starck parte da premissa de que aquela corte reconhece nos deveres de proteção também um direito subjetivo do cidadão. Contudo, à exceção de previsões especiais da Lei Fundamental (como no art. 6, pertinente à proteção da família, do matrimônio etc.), sustenta que um dever de proteção genérico e judicialmente sindicável só seria admissível com espeque no artigo 1, 1, segunda frase, onde a Lei Fundamental prescreve a proteção da dignidade. Assim, para o autor, a proteção judicial dos direitos fundamentais em geral com base no dever estatal de proteção estaria limitada ao seu núcleo duro de dignidade humana¹⁶¹.

3.4.1.2.7 *Fundamento no imperativo de otimização dos direitos fundamentais*

A partir da concepção de Alexy de que os direitos fundamentais teriam estrutura de princípio, e, portanto, configurariam normas *prima facie*, mandados de otimização a imporem aos poderes públicos realizar os bens a eles correspondentes na maior medida que as circunstâncias fáticas e jurídicas o permitirem, Domenéch Pascual defende, segundo uma interpretação literal e teleológica dos direitos fundamentais, que recairia sobre o Estado um dever *prima facie* ilimitado, e, portanto, inclusivo da obrigação de empregar todas as medidas

¹⁵⁹ “Grundrechte und Privatrecht”, p. 227.

¹⁶⁰ *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 125.

¹⁶¹ Starck, *Praxis der Verfassungsauslegung*, p. 70 ss.

tendentes à proteção desses direitos contra danos e perigos, provenham eles de onde provierem, e seja qual for sua magnitude¹⁶².

3.4.1.2.8 *Opinião pessoal*

A alusão à sujeição ao monopólio estatal do uso da força como contrapartida de um dever estatal de segurança não se revela apta, por si só, a justificar a existência de um dever estatal de proteção dos direitos fundamentais em geral. Já à guisa de argumento coadjuvante, ou mesmo filosófico, pode-se admitir sua utilidade, desde que com expressas ressalvas quanto ao seu caráter meramente alegórico, uma vez que as evidências fáticas extraíveis da gênese dos estados modernos contradizem uma referência histórica para esse argumento¹⁶³.

De fato, a análise do decurso do desenvolvimento estatal a partir do fim da Idade Média revela que, quando do surgimento dos estados absolutistas, o homem já estava submisso, sem qualquer contrapartida, ao poder do príncipe ou do senhor feudal. Não há como sustentar, portanto, que o homem tenha aberto mão de parcela de sua liberdade em troca da proteção estatal¹⁶⁴. Para além disso, atualmente, a segurança é apenas uma entre infinitas possibilidades de fins estatais, cuja legitimação, ademais, no modelo democrático, não se dá apenas em razão dos fins, senão também por meio de eleições periódicas¹⁶⁵. Sem embargo dessas dificuldades, parece razoável que o monopólio do uso da força pelo Estado seja classificável, nas democracias contemporâneas, como um poder-dever de manutenção da paz e da segurança, em reforço aos deveres estatais de proteção como manifestação da dimensão objetiva de direitos fundamentais específicos. São esses deveres especializados que se tornam judicialmente controláveis, e *loci* da proibição de insuficiência.

A construção que fundamenta os deveres de proteção dos direitos fundamentais individuais no núcleo duro de dignidade humana de cada direito

¹⁶² *Derechos Fundamentales y Riesgos Tecnológicos*, p. 143 ss.

¹⁶³ E. Klein, por exemplo, defende que tal fundamento seja complementado com a função de concretização jurídico-positiva dos direitos fundamentais. O conteúdo positivado nesses direitos daria concretude àquele dever que, derivado apenas da tarefa estatal de garantia da paz, existiria de forma menos definida. “Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates”, p. 1635 e 1636.

¹⁶⁴ Krings, *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche*, p. 31-38.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 38 ss.

fundamental individual também não é sustentável. Na doutrina alemã, há vários motivos pelos quais ela é criticada, que calham ser aproveitados em nosso ambiente jurídico. O primeiro deles nota que os deveres de proteção têm alcance mais amplo que o da inviolabilidade do núcleo da indignidade humana: aqueles impõem ao legislador um dever de produzir normas em favor de um direito fundamental; este, por sua vez, limita-se a, com auxílio do art. 79, III, da Lei Fundamental, impedir que alterações legislativas diminuam o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais¹⁶⁶. O segundo argumento observa a dificuldade de se determinarem os limites do núcleo de dignidade de cada direito fundamental¹⁶⁷. Por fim, lembra-se da existência, na filosofia política e na teoria dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores, de fundamentos suficientes e mais facilmente demonstráveis em favor dos deveres de proteção¹⁶⁸. Como se não bastasse, tendo por referência nossa ordem constitucional positiva, nota-se não ser rigoroso afirmar que todos os direitos fundamentais possam ser reconduzidos diretamente à dignidade da pessoa humana e tenham um conteúdo em dignidade¹⁶⁹.

Não há que acatar, tampouco, a derivação dos deveres implícitos de proteção a partir da simples combinação entre limites dos direitos fundamentais e Estado de bem-estar social. Por um lado, não é possível inferir da mera *autorização* conferida à Constituição para que o legislador imponha limites a direitos fundamentais a existência de uma *obrigação* para que ele assim atue¹⁷⁰. Por outro, embora o princípio do Estado Social possa atuar conjuntamente com direitos

¹⁶⁶ Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, p. 161; Störing, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, 36. O referido art. 79, III, daquele diploma, tem função equiparável ao art. 60, § 4.º, de nossa Constituição Federal, que veda emendas constitucionais tendentes à supressão de determinadas matérias.

¹⁶⁷ Ruffert, *ob.cit.*, p. 161; Unruh, *Zur Dogmatik der Grundrechtlichen Schutzpflichten*, p. 43; Störing, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 36.

¹⁶⁸ Ruffert, *ob. cit.*, p. 160. Quanto à filosofia política, refere-se o autor à derivação do dever de proteção a partir da tarefa estatal – e o correspondente direito individual – de segurança. *Ob. cit.*, p. 154-157).

¹⁶⁹ Sarlet, *Dignidade (da Pessoa) Humana...*, p. 102. O autor cita como exemplos, a p. 100, o mandado de injunção e os direitos ao FGTS e pagamento de 1/3 sobre as férias. No mesmo sentido, referindo-se, a título de ilustração, à livre iniciativa, Neves, *Entre Hidra e Hércules*, p. 193.

¹⁷⁰ Unruh, *Zur Dogmatik der Grundrechtlichen Schutzpflichten*, p. 49; Störing, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, 36.

fundamentais na reivindicação de providências estatais, e, por isso mesmo, é capaz de influenciar sua interpretação, não se presta à derivação dogmática dos deveres de proteção¹⁷¹. Afinal, embora haja alguma semelhança entre deveres de proteção e os deveres de prestação associados ao Estado Social¹⁷², os deveres de proteção têm por escopo a *preservação* de bens jurídicos existentes, ao passo que o princípio do Estado Social visa à *mudança* das condições materiais de vida¹⁷³. É bom frisar, contudo, que com tais afirmações não se pretende afastar a possibilidade de se extraírem deveres de proteção dos direitos fundamentais sociais, mas, simplesmente, que o princípio do Estado do bem-estar social, ainda quando associado com a possibilidade de impor limitações a direitos fundamentais, não basta, por si só, para inferir os deveres estatais de proteção.

Ademais, várias das atuações estatais hoje tidas como decorrência do dever de proteção não surgiram com o Estado Social. Em vez disso, seu advento catalisou uma simples mudança de perspectiva: tarefas de proteção da vida, integridade física, propriedade etc, que eram consideradas essenciais à existência da comunidade política, com o advento do Estado-prestador “passaram a ser vistas com outros olhos, da perspectiva do cumprimento de um dever de proteção, no contexto de um processo de efetivação das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais”¹⁷⁴.

Há que afastar, ainda, a “solução do direito de defesa”, que reduz o problema dos deveres de proteção ao clássico direito a não intervenção do Estado. O fato de uma conduta não ser proibida funda-se justamente numa ausência de participação Estatal, que, logo, não se pode equiparar a uma imposição (atuação estatal ativa) de tolerância a ingerências de particulares¹⁷⁵.

É exatamente esse o principal problema da “solução de defesa”. Ao equiparar a ação dos particulares com a intervenção estatal, trata com equivalentes ação e omissão estatais. Para responsabilizar o Estado por ações dos particulares,

¹⁷¹ Unruh, ob. cit., p. 49.

¹⁷² Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 280.

¹⁷³ Ruffert, *Vorrang der Verfassung...*, p. 165; Unruh, ob. cit., p. 49; Störning, ob. cit., p. 37.

¹⁷⁴ Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 138 e 139.

¹⁷⁵ Schwetzel, *Freiheit, Sicherheit, Terror*, p. 16 e 17.

seria mister pressupor que as intervenções privadas são determinadas pelo Estado, ou que somente ocorrem porque o Estado assim autoriza os particulares a agir. Todavia, como observa Krings, isso exigiria um Estado em que o normal não fosse a liberdade do indivíduo, mas a sua falta de liberdade. Nesse contexto, a liberdade seria um privilégio deferido pelo Estado, em correspondência com o modelo estatal autoritário já superado nos séculos XIX e XX, com raízes feudais¹⁷⁶. O paradigma contemporâneo é o outro: a liberdade dos indivíduos é pressuposta ao Estado. Não por outra razão, nossa Constituição dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5.º, II).

Tampouco se pode aderir à opinião de que um dever estatal geral de proteção emanaria da suposta natureza dos direitos fundamentais como mandados de otimização, segundo a concepção da teoria dos princípios de Alexy na sua feição originária, seja por não se comungar da visão de que tais direitos, ainda quando sob a estrutura de princípios, configurem, rigorosamente, imperativos de otimização, seja porque esse fundamento não explicaria o dever estatal de proteção de direitos fundamentais com estrutura de *regra*, que, mesmo na formulação originária alexyana, não configurariam mandados de otimização, somente extraíveis das normas com estrutura de *princípio*¹⁷⁷.

O que se afigura dogmaticamente convincente é a consideração do dever de proteção como uma das funções dos direitos fundamentais, associada à sua dimensão objetiva. Afinal, na sua gênese, a teoria dos deveres de proteção se deve, em grande parte, à detecção da existência de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Por outro lado, o ideal liberal dos direitos fundamentais jamais se circunscreveu a uma liberdade meramente formal. O destaque inicialmente

¹⁷⁶ *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche*, p. 109.

¹⁷⁷ A compreensão dos direitos fundamentais como mandados de otimização é um dos pontos mais criticados da teoria dos princípios desenvolvida a partir da concepção estrutural dos princípios de Alexy. Essa questão será tratada com mais pormenores a jusante, onde se aduzem razões adicionais para não aderir à visão otimizadora. Razões adicionais e suficientes para repelir a compreensão dos princípios como mandados de otimização ou da proporcionalidade como solução otimizadora podem ser obtidas em Novais, *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, p. 258 e 273 ss.; Neves, *Entre Hidra e Hércules*, p. 82 ss. e 146 ss.; e Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, 1148 ss.

conferido à sua função defensiva motivava-se na crença de que o real desenvolvimento material dos indivíduos seria atingido pela simples abstenção estatal, o que, ao final da primeira guerra mundial, revelou-se insuficiente, levando à utilização dos deveres de proteção para obrigar o Estado não apenas a se omitir, como, também, a agir¹⁷⁸.

Com a tipologia das funções, contudo, não se pretende chegar ao extremo de Dimoulis e Martins: a defesa contra a intervenção estatal e a proteção contra atos de terceiros não podem ser fundidas numa única função clássica de resistência, seja porque entes privados interferentes, ainda quando dotados de poder social, não equivalem à estatura do poder estatal interveniente, seja porque, conforme será tratado mais adiante, defesa e proteção atuam em relações jurídicas com estrutura diversa¹⁷⁹.

Por fim, nossa Constituição Federal fornece elementos adicionais para a sustentação da existência de um dever estatal geral de proteção implícito. Além dos dispositivos muito bem apontados por Sarmiento e Sarlet¹⁸⁰, esse dever também é derivável da previsão de eficácia imediata dos direitos fundamentais (art. 5.º, § 1.º, da CF), de instrumentos de controle da omissão estatal, como o mandado de injunção (art. 5.º, LXXI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2.º), e da possibilidade de intervenção da União nos Estados para assegurar a observância dos direitos da pessoa humana (art. 34, VII, “b”).

Como se não bastasse, o próprio preâmbulo constitucional, que, ante seu valor jurídico-constitucional indireto, deve ser considerado na qualidade de vetor interpretativo¹⁸¹, corrobora a existência de tal imperativo de tutela, ao pontificar que o Estado Democrático brasileiro destina-se a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade. Não se assegura

¹⁷⁸ Kingreen e Poscher, *Grundrechte Staatsrecht II*, p. 41.

¹⁷⁹ V. item 3.4.1.3.

¹⁸⁰ V. item 3.4.1.2.

¹⁸¹ Barcellos e Barroso, Comentários ao Preâmbulo, in: *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 107. Nessa linha já decidiu o STF, conforme voto da relatora min. Carmen Lúcia na ADI 2649-6/DF, DJe 17.10.2008.

efetivamente esses direitos pela mera consagração no texto constitucional, exigindo-se, para além disso, uma postura proativa do estado, fática e normativamente, com vistas a promovê-los e protegê-los não apenas contra intervenções de terceiros, como, também, em caso de desastres naturais, epidemias e, até mesmo, excepcionalmente, contra ataques dos seus próprios titulares.

3.4.1.3 Estrutura das relações jurídicas

Nas relações jurídicas constitucionais em que se manifesta a função de *defesa* de um direito fundamental, a estrutura é linear (unidimensional). De um lado, encontra-se o titular do direito, com a pretensão de que o Estado, que ocupa a outra ponta da relação, não adentre, ou desocupe a esfera de liberdade individual. Fala-se, por isso, que a configuração estrutural (ou constelação) da relação jurídica é *bipolar*¹⁸², e, dada a desproporção de poder entre as partes envolvidas, *vertical*¹⁸³.

Já nas relações jurídicas em que se apresenta a função de *proteção* de um direito fundamental, a conjuntura mais comum é aquela em que a perturbação provém de um particular, contra quem o Estado é chamado a atuar para tutelar o direito fundamental atacado. O escopo dessa proteção, evidentemente, abrange a tutela contra perturbadores que visivelmente não atuam com suporte em nenhum direito fundamental, como se dá na proteção via normas penais. Esses, contudo, são normalmente casos de fácil resolução.

Sem embargo, o maior interesse dessa temática se debruça sobre casos difíceis, em que se admite que também o perturbador possa estar respaldado em um direito fundamental. Em tais conjunturas, o Estado é chamado a mediar o conflito, e, para tanto, necessita intervir num direito fundamental para proteger o outro, naquilo que se denomina “proteção através de intervenção” (*Schutz durch Eingriff*)¹⁸⁴. As autorizações ou licenças urbanísticas ou ambientais são exemplos

¹⁸² Calliess, “Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis”, p. 326.

¹⁸³ Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1287.

¹⁸⁴ Wahl e Masing, “Schutz Durch Eingriff”, *JuristenZeitung*, vol. 45, no. 12, 1990, pp. 553–563. Disponível em: www.jstor.org/stable/20821522. Acesso em: 25.08.2019. Jorge P. da Silva, contudo, ressalva haver casos em que tal proteção seja passível de ser concedida sem a necessidade de imposição de verdadeiras restrições ao perturbador, a depender por exemplo, da pouca intensidade

típicos dessas relações jurídicas. O fato de que, nessas hipóteses, afeta-se uma pluralidade muitas vezes indeterminável de titulares não basta para desconfigurar a existência de três polos na relação, autorizando, quando muito, numa perspectiva analítica, uma percepção de tantas sub-relações triangulares quantos forem os titulares dos direitos fundamentais afetados pelas autorizações¹⁸⁵.

O contexto da “proteção através de intervenção” consubstancia uma conjuntura pluridimensional, também designada como multipolar¹⁸⁶ ou triangular¹⁸⁷, pois os titulares dos direitos ocupam cada qual um dos vértices da base de um triângulo imaginário, em cujo vértice superior localiza-se o poder estatal. Entre os titulares, fala-se numa relação horizontal, até porque, comparativamente à relação existente entre um particular e o Estado, não se afigura o mesmo desnível de forças. Um dos titulares de direito fundamental (vítima) tem a pretensão de que o Estado o proteja contra a interferência da sua esfera jurídica provinda da conduta do titular do outro direito fundamental (perturbador), que se encontra no vértice oposto. Postado no vértice superior do triângulo, o Estado, a um só tempo, tem o dever de proteger a vítima contra a interferência de um particular, sem olvidar, contudo, que não pode comprimir desproporcionalmente a esfera jurídica do perturbador, em razão da função defensiva do direito fundamental por ele titulado.

Comparativamente à sua posição nas constelações bipolares, nas triangulares o Estado inverte seu papel: de oponente do titular do direito fundamental ameaçado, converte-se em seu protetor¹⁸⁸. Obviamente que essa inversão fica restrita à relação com o titular-vítima, já que, aos olhos do titular-perturbador, ao atuar em prol do titular-vítima, o Estado mantém-se na condição de

do perigo, das características do bem jurídico carecido de proteção ou dos instrumentos disponíveis para realizá-la. Ilustrativo dessa possibilidade seria o condicionamento do exercício de um direito à realização de cadastros, à posse de determinados documentos, ou à submissão a um dado lapso temporal. *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais*, p. 157, 158.

¹⁸⁵ Jorge P. da Silva, ob. cit., p. 149, 150.

¹⁸⁶ Calliess, “Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis”, p. 326; *idem*, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, p. 257 e 447.

¹⁸⁷ Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, p. 34 ss.; Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, v. III/1, p. 945-946; Hermes, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, p. 204 ss; Robbers, *Sicherheit als Menschenrecht*, p. 124; Störing, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 28. Diversamente, por exemplo, quando se tratar de proteção contra calamidades naturais ou epidemias, a estrutura será linear.

¹⁸⁸ Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, v. III/1, p. 69.

oponente.

É bom ressaltar, contudo, que no âmbito do dever de proteção podem figurar relações jurídicas cuja estrutura é bipolar. É o caso do dever de proteção contra catástrofes naturais (pois a causa determinante do perigo não é de origem humana), afetações negativas geradas pelo titular do direito fundamental contra si próprio (pois falta um terceiro polo na relação) ou por Estados estrangeiros ou alguém sob sua guarda (por escapar, um dos polos, à jurisdição do Estado-protetor)¹⁸⁹.

Ante as diferenças estruturais entre relações jurídicas bipolares e triangulares, nota-se uma tendência na doutrina alemã mais recente de adotar terminologia diferenciada para designar a interferência no direito fundamental, conforme ela provenha do Estado ou de um particular. No primeiro caso, tem-se preferido falar em intervenção (*Eingriff*), e, no segundo, em abuso (*Übergreif*). Afinal, nesta hipótese, a interferência parte de alguém que, embora titular de um direito fundamental, ao utilizá-lo extravasa o seu âmbito de incidência, invadindo a esfera jurídica do titular de outro direito fundamental¹⁹⁰.

3.4.2 Fundamentação ampliada

A maturidade dogmática da proibição de insuficiência já permite estendê-la a outros horizontes, que não aquele adstrito aos deveres de proteção¹⁹¹. Desde os primórdios de seu desenvolvimento doutrinário, é possível identificar abordagens doutrinárias que, implicitamente, já abriam margem para um emprego muito mais amplo dessa figura jurídica¹⁹².

Schuppert, por exemplo, ao se debruçar sobre a primeira decisão do TCF sobre o aborto – portanto, aludindo a uma constelação típica de deveres de proteção –, observou que o primeiro senado da corte derivara a proibição de

¹⁸⁹ Jorge P. da Silva, *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais*, p. 160, 161.

¹⁹⁰ Krings, *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche*, p. 27, onde alude a vários doutrinadores que utilizam a mesma terminologia, e ressalva que a jurisprudência constitucional ainda preferia referir à intervenção provinda de particulares com a expressão “intervenção por parte de terceiros” (*Eingriffen von seiten anderer*).

¹⁹¹ Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 967.

¹⁹² Tzemos, *Das Untermaßverbot*, p. 164.

insuficiência de uma "norma fundamental determinante de valores"¹⁹³. Scherzberg, por sua vez, admitia mais abertamente uma ampla aplicação do crivo da insuficiência, atribuindo-o expressamente a todo o "conteúdo jurídico-objetivo dos direitos fundamentais"¹⁹⁴. Nesse sentido, à *Untermaßverbot* seria atribuível uma concepção tão abrangente quanto os deveres de ação deriváveis do conteúdo jurídico-objetivo dos direitos fundamentais¹⁹⁵.

Dessa forma, a proibição constitucional de déficit de atuação estatal pode ser extraída da dimensão objetiva dos direitos fundamentais¹⁹⁶, não restando aquela circunscrita aos deveres de proteção, mas incidindo sobre todo e qualquer dever (mesmo no âmbito dos deveres estatais de respeito) que decorra de um direito fundamental positivo¹⁹⁷.

É possível, ainda, na esteira de Canas, aprofundar o lastro dogmático da vedação de deficiência. Perspicazmente, o autor localiza no Estado de Direito sustentado por uma Constituição repleta de normas *prima facie* e consagradora de direitos fundamentais os fundamentos do princípio da proibição do defeito¹⁹⁸. Nas Constituições pós-modernas, o Estado assume a função de mediador de interesses grupais numa sociedade complexa e pluralista, em que se confundem espaços funcionais estatais e sociais, públicos e privados. Em sociedades assim fragmentadas, a realidade constitucional se constrói como compromisso entre várias narrativas, com uma textura extensa e repleta de conceitos vagos e indeterminados. Em tal cenário, a Constituição sem abdicar por completo de normas definitivas, admite, em profusão, conceitos vagos e indeterminados e interpretações relativizantes, imprescindíveis para evitar bloqueios e impasses e

¹⁹³ *Funktionell-rechtliche Grenzen*, p. 15.

¹⁹⁴ *Grundrechtsschutz und "Eingriffsintensität"*, p. 208 ss.

¹⁹⁵ Tzemos, *Das Untermaßverbot*, p. 164.

¹⁹⁶ Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais...*, p. 76 ss.

¹⁹⁷ Novais, *Direitos Sociais*, p. 365 ss. O autor observa que, excepcionalmente, o cumprimento do dever de respeito a um direito fundamental obriga o Estado a uma atuação positiva, como, por exemplo, de dar acesso ou fornecer uma informação pessoal ao titular do direito ou de remover uma lei inconstitucional, à qual corresponde um direito positivo à informação ou à remoção do obstáculo legal. *Ob. cit.*, p. 366.

¹⁹⁸ *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 960. Para melhor compreensão, convém ressaltar que esse Canas – assim como a proposta a ser apresentada no presente trabalho – vincula a proibição de insuficiência ao princípio da proporcionalidade.

adaptá-la de modo dinâmico às circunstâncias concretas¹⁹⁹. Para solucionar de modo racional a colisão entre bens, interesses e valores que, numa tessitura constitucional de tal modo aberta, faz-se cada vez mais frequente, esse modelo de Constituição clama por soluções de harmonização, i. e., em que um dos bens, interesse e valores não seja sacrificado permanentemente em prol do outro. Dentre os instrumentos aptos a tanto, a proibição de defeito mostra-se indispensável²⁰⁰.

A Constituição assim conformada, com tessitura abundante em normas *prima facie*²⁰¹, é um fundamento de fato. Já sob o ângulo normativo, quando não encontrado em disposições expressas (dos quais a Constituição Portuguesa seria pródiga), o fundamento é extraível de *comandos de harmonização* imanentes ou implícitos na Constituição, ou, ainda, de uma intuição pré-jurídica básica (solução aplicável à Constituição americana)²⁰².

À semelhança da Constituição lusitana, fundamentos normativos também são prospectáveis, *mutatis mutandi*, da Constituição brasileira. Não bastasse a abundância de conceitos indeterminados e cláusulas abertas no texto constitucional, a demandar, de modo implícito, um trabalho infraconstitucional harmonizador, há casos em que essa tarefa é imposta pela Constituição de modo mais evidente. Nesse sentido, interessa destacar – tendo em vista sua relevância para os propósitos específicos deste trabalho – o artigo 170 da Carta Constitucional, que, ao fundar o desenvolvimento da ordem econômica na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e ao subordiná-la, a um só tempo, não apenas à defesa do ambiente como aos vetores da soberania nacional, da propriedade privada, da redução das desigualdades regionais e sociais, da função social da propriedade e da busca do pleno emprego, veicula mandamento no sentido de que a tutela do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja harmonizada com uma série de outros bens, interesses e valores

¹⁹⁹ *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 374-382.

²⁰⁰ *Ob. cit.*, p. 382, 383.

²⁰¹ A ponto de Canas a intitular como “Constituição *prima facie*”. *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 374 ss.

²⁰² *Ob. cit.* p. 382-385. A p. 384, o autor observa que, inobstante não estar positivada no respectivo texto constitucional, a harmonização entre direitos constitucionais com interesses públicos é realizada cotidianamente pelo legislador norte-americano, sendo que apenas em reduzida percentagem as normas harmonizadoras são julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal.

constitucionalmente consagrados, tanto de cunho privado como social.

Enfim, para incidir o controle de insuficiência, o crucial é a existência de uma omissão estatal diante de um dever de ação que, por sua vez, não necessita ser o dever de proteção²⁰³. O objeto desse controle inclui, por óbvio, todas as obrigações de agir em prol de direitos fundamentais²⁰⁴, cogitando-se, na doutrina, de sua extensão a outros deveres constitucionais impostos ao Estado²⁰⁵. Não se vê óbice, a propósito, na adoção desse ponto de vista. Contudo, ressalva-se que, tendo em vista o escopo final deste trabalho ser o estudo da proibição da insuficiência como instrumento de proteção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado por meio da responsabilidade civil, o modelo de controle de insuficiência aqui desenvolvido se apoia, sobretudo, na premissa da proteção suficiente de direitos fundamentais.

Por fim, convém notar que o fundamento imediato para a proibição do déficit é a existência de uma omissão ante um *dever estatal positivo (de fazer)*, e não em face de um *direito público subjetivo positivo (a um fazer)*. A razão é que poderá estar presente um dever estatal positivo (consequência da dimensão objetiva de um direito fundamental) desacompanhado de um direito público subjetivo (manifestação da dimensão subjetiva de um direito fundamental), e, ainda assim, fazer-se mandatória a proibição de insuficiência²⁰⁶.

3.5 Campos de aplicação

A doutrina que admite a autonomia dogmática da proibição de insuficiência²⁰⁷ afirma unanimemente ser essa figura aplicável no controle do dever estatal de proteção de direitos fundamentais contra interferências de particulares.

²⁰³ Störing, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 42, 43.

²⁰⁴ Tzemos, *Das Untermaßverbot*, p. 164.

²⁰⁵ Cf. Störing, ob. cit., p. 46 ss.

²⁰⁶ Compreendem-se, aqui, como direito subjetivo, sejam aqueles que, por iniciativa do particular, possam ser judicialmente perseguidos (Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais...*, p. 103), como aqueles que, especialmente no contexto brasileiro, só possam ser judicialmente invocados pelos entes legitimados para as ações coletivas, caso dos difusos e dos coletivos em sentido estrito.

²⁰⁷ Conforme será tratado a jusante, a autonomia dogmática da proibição da insuficiência é um dos pontos controvertidos sobre essa categoria jurídica. Parte da doutrina entende que ela não traria um ganho dogmático, e, quando muito, seu papel já seria cumprido por outras figuras, como os deveres de proteção, a proibição do excesso ou o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Essa vertente, como exposto, está na gênese do desenvolvimento teórico da vedação do *défice*. Portanto, não surpreende que, segundo alguns autores, a *Untermaßverbot* incidiria apenas nas constelações triangulares, ficando fora de seu âmbito de aplicação quaisquer outras situações em que se cogitasse a obrigação estatal de atuar em prol de um direito fundamental, como, por exemplo, a função de promoção. Vindica-se, com tal propósito, a necessidade de uma “monopolização” da *Untermaßverbot* por uma concepção mais restrita dos deveres de proteção, para evitar sobreposições indesejáveis com outras figuras constitucionais também passíveis de invocação em prol de direitos fundamentais, como as garantias institucionais, o princípio da reserva de lei e os princípios da segurança jurídica e proteção da confiança, de reconstituição de omissões inconstitucionais (que ele utiliza em substituição à vedação do retrocesso), da proibição de revogação de regulamentos de execução, dentre outros²⁰⁸.

Sem embargo, não há razões jurídico-dogmáticas para sustentar essa restrição²⁰⁹. Uma razoável delimitação dogmática da figura da proibição de insuficiência seria bastante para resolver o alegado problema, que, por outro lado, não parece ser um verdadeiro entrave, já que a pluralidade de categorias invocáveis em prol dos direitos fundamentais se mostra menos como um problema que como uma vantagem para sua defesa em juízo. Além disso, as categorias referidas (garantias institucionais etc) não se prestam – como é o caso da proibição de insuficiência – especificamente a identificar se o patamar suficiente de atividade estatal em prol de um direito fundamental ou outro bem, interesse ou valor constitucional foi desempenhado. E, como se não bastasse, o próprio dever de proteção já não se apequena na tutela de um direito fundamental contra intervenções produzidas por particulares.

Com efeito, a propósito dessa ampliação, o Estado também tem o dever de proteger ativamente os direitos fundamentais contra afetações negativas perpetradas por entes públicos estrangeiros, sejam elas relacionadas com a segurança física dos titulares ou não²¹⁰. Considerando, contudo, que os entes

²⁰⁸ Nesse sentido: J. P. da Silva, *Deveres do Estado de Protecção*, p. 590-591.

²⁰⁹ Tzemos, *Das Untermaßverbot*, p. 164-165.

²¹⁰ Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 978.

públicos estrangeiros não estão sujeitos à autoridade estatal destinatária dos direitos fundamentais, é evidente que esse dever de proteção não tem a mesma intensidade que o tradicional dever de proteção contra perturbações provindas de particulares sujeitos à sua autoridade, de modo que depende, para sua satisfação, sobretudo do direito internacional, das vias diplomáticas e, em último caso, da força militar²¹¹.

Além das razões já deduzidas, e que dão apoio à existência dos deveres de proteção em geral, nossa Constituição confere suporte específico ao dever de proteção contra ameaças externas ao contemplar a soberania como um princípio fundamental da República (art. 1.º, I) e ao inserir a independência nacional, a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos e a não-intervenção entre os princípios que regem suas relações internacionais (art. 4.º, I a IV), e ao prever as Forças Armadas como instituições nacionais permanente se regulares, destinadas à defesa da Pátria (art. 142, *caput*). Essa proteção deve ser conferida aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, o que implica que eles são assegurados inclusive aos brasileiros não residentes (art. 5.º, *caput*).

Já relativamente aos perigos provenientes de causas naturais, há quem afirme não estarem eles abrangidos pelo dever estatal de proteção, seja porque a origem do perigo não pode ser imputada a uma pessoa, seja porque o Estado não estaria obrigado a atuar na função de coordenador de esferas de liberdade, ou porque não haveria sentido em taxar de inconstitucional um fenômeno natural. Em relação a tais perigos, o poder público estaria jungido, simplesmente, a uma tarefa de cuidado e auxílio, conforme as possibilidades técnico-fáticas²¹². A partir desse raciocínio, também há quem afirme que a proibição de insuficiência não se aplicaria às catástrofes naturais, pois sua incidência pressuporia a existência de colisão entre bens constitucionais relevantes, inexistente na hipótese em análise²¹³. Sem embargo, não há razões para não estender os deveres estatais de proteção à tutela

²¹¹ Nesse sentido, mas sob a perspectiva do Estado e da Constituição alemães: Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", p. 210; Krings, *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche*, p. 194-203.

²¹² Cf. Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht...", p. 202 e 203, n.m.112.

²¹³ Rassow, "Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes", p. 269, 270.

contra perigos naturais como cataclismas, mudanças climáticas e epidemias²¹⁴, e, conseqüentemente, a aplicação da proibição de insuficiência a esses contextos²¹⁵.

O propósito dos deveres de tutela dos direitos fundamentais é proporcionar uma proteção abrangente, que assegure que os bens e liberdades que constituem parte integrante da personalidade dos seus titulares sejam efetivamente desfrutáveis. Uma limitação de tais deveres, a partir da origem da perturbação, não seria compatível com os fins a que eles se destinam. Portanto, eles se impõem, em princípio, inclusive quando o direito fundamental é colocado em perigo por seu próprio portador²¹⁶.

Note-se, por exemplo, que o direito pátrio autoriza, excepcionalmente, a internação involuntária ou compulsória (judicial) para proteção de pessoas portadoras de transtornos mentais, e, mesmo no caso de quem possa estar em perfeito domínio de suas faculdades mentais, e, portanto, contra sua vontade livre e consciente - como pode ocorrer entre suicidas -, tipifica como crime quem lhes induza, instigue ou preste auxílio na conduta suicida – embora a conduta do próprio suicida não seja típica²¹⁷. É bom ressaltar, contudo, que a definição da extensão ou não do dever estatal de proteção à “proteção contra si próprio” pode ser difícil no caso concreto, dependente, por exemplo, da consideração sobre se a decisão

²¹⁴ Nesse sentido, dentre outros: H. H. Klein, “Die grundrechtliche Schutzpflicht”, p.490; Robbers, *Sicherheit als Menschenrecht*, p. 124 e 217; e Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, p. 103 e 104, que, contudo, ressalta que o controle passível de ser impingido sobre a atuação estatal na proteção contra ameaças naturais é menos rígido que sobre a atuação protetiva contra as ofensas providas de condutas pessoais, ante a maior margem de atuação disponível aos órgãos estatais ante contingências geradas pela natureza.

²¹⁵ Novais, *Direitos Sociais...*, p. 312, 313, 365 ss.; Doménech Pascual, *Derechos Fundamentales y Riesgos Tecnológicos*, p. 152, 153, 158-163.

²¹⁶ Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 103. Dentre outros, também admitindo o dever estatal de proteção contra perturbações criadas pelo próprio titular do direito: Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, v. III/1, p. 736.

²¹⁷ Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único - A pena é duplicada:

Aumento de pena

I - se o crime é praticado por motivo egoístico;

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

do titular do direito realmente livre e devidamente informada²¹⁸. A fim de evitar uma postura estatal paternalista, a proteção contra si próprio só se pode dar em caráter excepcional²¹⁹. De todo modo, considerando que uma medida estatal de intuito protetivo, sobretudo em face de titulares que estejam em perfeito gozo de sua saúde mental, configura uma intervenção estatal no seu direito de liberdade, há quem refute tratar-se de cumprimento do dever de proteção²²⁰.

Por outro lado, ainda que se adotasse uma interpretação restritiva dos deveres de proteção, circunscrevendo-os às constelações triangulares (proteção contra interferências privadas), a já declinada fundamentação ampliada da vedação do déficit permitiria deduzir sua aplicação para além daquela conjuntura²²¹.

Por tudo o que se afirmou anteriormente, também nos direitos fundamentais positivos à organização, ao procedimento e ao processo, bem como nos direitos sociais positivos, cujo adimplemento impõe ao poder público prestações fáticas e normativas e afigura-se como condição para o exercício e gozo efetivo de direitos fundamentais em geral, a proibição de insuficiência pode e deve ser aplicada²²².

Em suma, a vedação do déficit é de se observar em relação a todos deveres

²¹⁸ Pascual, *Derechos Fundamentales y Riesgos Tecnológicos*, p. 154

²¹⁹ Novais, *Direitos Sociais...*, p. 313.

²²⁰ Krings, *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche*, p. 208-210.

²²¹ Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 968.

²²² Novais, *Direitos Sociais...* O autor observa, corretamente, que os direitos positivos à organização, processo e procedimento podem ser dirigidos contra o Estado seja no âmbito dos deveres de respeito, de proteção ou promoção (Ob. cit., p. 310 ss.). O que ele, com razão, considera decisivo para a incidência do controle de insuficiência é a existência de um direito positivo (e não negativo), sendo indiferente o tipo de dever (Ob. cit., p. 365 ss., sobretudo 379 ss.). De modo semelhante, Störring, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 41-43. Ressalva-se, apenas, que, em vez de direitos sociais, o autor fala em direitos a prestações sociais fundados em direitos fundamentais, já que na Alemanha, como se sabe, não se reconhecem direitos fundamentais sociais, mas prestações sociais lastreadas em outros direitos fundamentais. Entre nós, van Der Broocke advoga a aplicação da *Untermaßverbot* aos direitos sociais à prestação justamente observando que aqui, ao contrário de outros países – entre os quais a Alemanha – os direitos sociais foram positivados como direitos fundamentais, de modo que aqui o “dever de proteção” – e, com ele, a proibição de deficiência – não figuraria apenas em contraposição aos *direitos de defesa*, mas se estenderia aos direitos sociais. *Direitos Fundamentais e Proibição da Proteção Insuficiente*, p. 112 ss. Além disso, nota o autor que nossa Constituição, diferentemente da Lei Fundamental de Bonn, emite inequívocos mandado de criminalização de condutas atentatórias a direitos prestacionais, seja no artigo 5.º, XLIII (tráfico de entorpecentes x direito à saúde), seja no artigo 225, § 3.º (crimes contra o meio ambiente). Ob. cit., p. 117 e 118. E, por fim, sustenta que a proibição de insuficiência em direitos prestacionais seria um instrumento de realização das “promessas da modernidade”, ou seja, de concretização dos objetivos visados pelos Estados Sociais e Democráticos de Direito, cujo cumprimento, no Brasil, diferentemente da Alemanha, ainda se encontra distante. Ob. cit., p. 118 e 119.

de atuação positiva constitucionalmente impostos ao Estado em prol de direitos fundamentais, ou seja, deveres de “fazer” algo, seja esse “algo” de natureza fática ou normativa. Ressalte-se, contudo, que o enfoque do presente trabalho é no controle de insuficiência de atos estatais de natureza normativa.

3.6 Modalidades

Todos os Poderes do Estado, Legislativo, Executivo e Judiciário, são destinatários dos direitos fundamentais. Logo, sobre todos eles incidem os deveres, tanto positivos como negativos, que correspondem a esses direitos. Na medida em que sejam destinatários de deveres positivos, devem observar que lhes é defeso atuar de maneira insuficiente na sua realização. Nesse sentido, sob um primeiro aspecto, a proibição de insuficiência deve ser observada pelos três Poderes como um *parâmetro de atuação* no cumprimento dos deveres estatais positivos²²³.

Assim, tomando por base as funções típicas de cada um desses Poderes, ao Legislativo cumpre atentar para a proibição de insuficiência na elaboração de normas, à Administração, na execução de normas e, ao Judiciário, na sua interpretação e aplicação. Em cada uma dessas atividades, os órgãos públicos devem curar para que sua atuação se preze pela realização satisfatória dos seus deveres positivos.

Entre Legislativo e Executivo, a proibição de insuficiência reveste-se de maior importância para o primeiro. Afinal, a Administração, por estar jungida ao princípio da legalidade, tem uma margem de atuação pautada, em regra, pela legislação infraconstitucional, e sua conduta será escrutinada pelo Judiciário, sobretudo, a partir dessa régua. Portanto, o Administrador dificilmente invocará um direito fundamental como justificativa para atuar além daquilo que a lei expressamente lhe autorize. Já a margem de atuação do Legislativo é, em geral, balizada tão somente pela Constituição, e, especialmente, pelas barreiras impostas pelos direitos fundamentais, o que evidencia a maior importância que a proibição

²²³ Também compreendendo que a proibição de insuficiência se aplica aos três poderes: Silva, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, 623-625.

de insuficiência pode lhe representar como parâmetro de atuação²²⁴.

O Judiciário, por sua vez, à semelhança do Executivo, tem a sua função típica, sob o aspecto procedimental, extensamente disciplinada por normas constitucionais e, sobretudo, por regras infraconstitucionais. É bem verdade que o Judiciário, com mais frequência que o Executivo, afasta parâmetros procedimentais que afrontem direitos fundamentais. Sem embargo, na prática diuturna, é mais corrente que os órgãos jurisdicionais, como os administrativos, simplesmente observem as regras infraconstitucionais vigentes. E, quando assim não se dá, o afastamento de um parâmetro legal, sob alegação de proteção insuficiente de um direito fundamental, afigura-se menos como um paradigma de atuação do Judiciário que como um *parâmetro de controle* da atuação dos outros Poderes, mormente, do Legislativo.

Portanto, releva na atuação do Judiciário, sobretudo, a importância da proibição de insuficiência como *parâmetro de controle*. E esse significado é ainda maior relativamente às normas de direito substantivo, tendo em vista sua maior profusão no ordenamento jurídico. É nessa segunda modalidade, portanto, como *parâmetro de controle* do Poder Judiciário sobre realização dos deveres positivos pelo Executivo e, principalmente, pelo Legislativo, que sobressalta a valia de uma dogmática da proibição de insuficiência.

De fato, o modelo de freios e contrapesos vigente no nosso sistema constitucional outorgou aos órgãos do Poder Judiciário o controle da conformidade dos atos do Administrador e do Legislador em relação ao ordenamento jurídico. Nesse mister, em razão de a liberdade de atuação do Legislativo não encontrar amarras senão nos limites negativos ou positivos impostos pela própria Constituição, mormente pelos direitos fundamentais e deveres estatais deles decorrentes, o controle de constitucionalidade de omissões normativas totais ou parciais cumprirá ser realizado à luz do parâmetro da proibição de insuficiência.

3.7 Autonomia dogmática

Um dos temas mais tempestuosos nas discussões sobre a proibição de

²²⁴ Sobre as particularidades da proibição de insuficiência como parâmetro de atuação para o Legislativo: Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 995 ss., 1035 e 1036.

insuficiência diz respeito à sua autonomia dogmática. Parcelas da doutrina tomam essa nova figura jurídica por coincidente com a *proibição do excesso* ou, ainda, por outros ângulos, com os *deveres de proteção* ou, até mesmo, com o *conteúdo essencial* dos direitos fundamentais. Assim como o entendimento doutrinário atualmente majoritário²²⁵, a posição aqui sustentada é diversa, reconhecendo-se à vedação do déficit uma existência autônoma em relação àquelas outras modalidades jurídicas. Postam-se, doravante, os argumentos envolvidos em cada uma dessas celeumas.

3.7.1 Em relação à proibição do excesso

Uma parcela da doutrina defende que, no âmbito das relações jurídicas triangulares, i.e., em que o Estado intervém na esfera jurídica de um suposto perturbador para proteger o direito fundamental da suposta vítima, bastaria a aplicação do tradicional princípio da proporcionalidade²²⁶, de modo que a proibição de insuficiência seria supérflua²²⁷. Fala-se, por exemplo, que vedação do déficit e controle do excesso seriam, ambas, manifestações do princípio da proporcionalidade, diferindo tão somente quanto à perspectiva das partes em conflito, mas não no resultado²²⁸. Assim, sob a perspectiva do titular de direito fundamental restringido pelo Estado, seria necessário um controle do excesso, e, sob a ótica do ocupante da outra base do triângulo, seria mister o exame da suficiência da conduta estatal para a proteção do seu direito fundamental.

Segundo essa linha de raciocínio, uma medida estatal que passasse pelo crivo do controle da proibição de excesso nas fases da adequação e da necessidade já atenderia à exigência da proibição de insuficiência, de modo que a vedação do déficit não seria mais do que uma manifestação da proibição de excesso nas hipóteses em que há deveres de proteção a exigir intervenções em direitos fundamentais²²⁹. Quando muito, no passo seguinte de controle do excesso,

²²⁵ Cf. Störring, ob. cit., p. 136.

²²⁶ Hesse, “Die verfassungsrechtliche Kontrolle...”, p. 556 ss.

²²⁷ Szczekalla, *Die sogenannten Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, p. 437.

²²⁸ Unruh, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, p. 85 ss.

²²⁹ Starck, “Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens”, p. 817, Hain, “Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß und Untermaßverbot?”, p. 983; Erichsen, “Grundrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes”, p. 88.

que analisa a conformidade (*Angemessenheit*) entre meio e fim²³⁰, o limite máximo para a intervenção, do ponto de vista da pessoa a sofrer a interferência, coincidiria com o mínimo necessário para a pessoa que reclama proteção²³¹. Desse modo, o controle de suficiência não teria autonomia dogmática, integrando o juízo de proporcionalidade em sentido estrito²³². É dizer, em outros termos, que o Estado, relativamente ao direito fundamental afetado, só *pode fazer* aquilo que ele *tem o dever de fazer* pelo bem a ser protegido²³³.

Como se vê, esse pensamento converge excesso e insuficiência a um único e mesmo ponto, razão pela qual ficou conhecido como *tese da congruência* (*Kongruenzthese*). Para melhor ilustrá-la, Hain evoca a alegoria do processo de pesagem de uma balança, que não pode ser realizado senão com o perfeito equilíbrio entre os pesos num único ponto²³⁴.

Correta, contudo, é afirmação da autonomia da vedação de insuficiência em relação à proibição do excesso. A interdição do excesso resulta da análise do conteúdo jurídico-subjetivo; já a proibição da insuficiência emerge, sobretudo, do conteúdo jurídico-objetivo²³⁵. Para além disso, a visão unificadora parte de premissas equivocadas, e isso pode ser constatado nos diferentes pontos de referência utilizados nos controles de proporcionalidade voltados a avaliar o excesso e a insuficiência²³⁶.

Assim, por exemplo, na segunda fase do controle de proporcionalidade (exame da *necessidade*) a proibição do excesso volta-se para a relação entre a finalidade da norma e os meios escolhidos pelo legislador, ao passo que a proibição

²³⁰ Também designado, por outros, como exame da proporcionalidade em sentido estrito.

²³¹ Cf. Erichsen, que admite, entretanto, que a *Untermaßverbot* seja aplicável autonomamente fora das constelações triangulares. “Grundrechtliche Schutzpflichten...”, p.88,

²³² Beilfuss, *El Principio de Proporcionalidad em la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 95.

²³³ Starck, “Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens”, p. 817; Hain, “Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß und Untermaßverbot?”, p. 983; Maurer, *Staatsrecht I*, § 8, Rn. 58.

²³⁴ Hain, “Der Gesetzgeber...”, p. 983.

²³⁵ Störing, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 130.

²³⁶ Há modelos de mensuração do déficit desvinculados do pensamento da proporcionalidade, a serem apresentados no item 3.9.2. Antecipa-se, contudo, que a visão predominante se orienta por um controle de proporcionalidade. Por razões que serão mais bem expostas a partir do subitem 3.7.3 e reforçadas no capítulo 4, este trabalho adere à abordagem majoritária.

de insuficiência se orienta pelo padrão mínimo de proteção estabelecido no mandado constitucional de proteção²³⁷. Logo, é perfeitamente possível, por exemplo, que uma intervenção estatal analisada sob o crivo da proporcionalidade clássica seja considerada, quanto ao controle do excesso, *necessária*, mas, paralelamente, seja insuficiente para atender ao mandado constitucional de proteção; em contrapartida, também é completamente viável que uma medida protetiva seja, relativamente ao controle do déficit, *suficiente* para a realização do mandado constitucional, mas, analisada sob a perspectiva da função de defesa do direito fundamental restringido, seja considerada desnecessária, e, portanto, *desproporcional*²³⁸. Assim, a *necessidade*, no âmbito da análise do excesso, não diz nada sobre o mínimo de proteção constitucionalmente imperativo²³⁹.

Por outro lado, nem mesmo na fase do teste de *proporcionalidade em sentido estrito* o controle do excesso permite qualquer avaliação da suficiência do meio para prestar uma proteção mínima: perquire-se nele, tão somente se o meio excedeu uma medida máxima²⁴⁰. Logo, o critério aí empregado também é claramente inadequado para aferir o mínimo constitucionalmente exigível.

Como se não bastasse, a presunção de que a proibição de insuficiência e a proibição do excesso convergiram num mesmo ponto asfixia a margem de discricionariedade do legislador, desequilibrando a distribuição de poderes estatais a favor do Judiciário²⁴¹. Afinal, restaria ao Parlamento uma única atitude a tomar, identificada no ponto de contato entre o excesso e a insuficiência, autorizando-se o Judiciário a maximizar o controle da atividade legiferante²⁴².

De fato, a margem entre a proibição de insuficiência e a proibição de excesso delimita o âmbito de liberdade política não passível de controle judicial²⁴³. Quando

²³⁷ Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, p. 216, 217.

²³⁸ *Ibid.*, p. 217.

²³⁹ O funcionamento desse segundo teste no controle da insuficiência – que, por razões que serão mais adiante explicadas, convém ser designado *eficiência exigível* – será demonstrado no capítulo 4.

²⁴⁰ Störring, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 128. O funcionamento desse terceiro e último teste no controle da insuficiência será exposto mais adiante, no capítulo 4.

²⁴¹ Möstl, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, p. 94.

²⁴² Mayer, *Untermaß, Übermaß, Wesensgehaltsgarantie*, p. 82.

²⁴³ *Ob. cit.*, p. 130.

a tese da congruência critica a autonomia da *Untermaßverbot*, nela vislumbrando uma pretensão de “comprimir” a margem de atuação do legislador entre a proibição da insuficiência e a proibição do excesso²⁴⁴, não enxerga que a “compressão” é ainda maior quando se admite apenas um ponto em que as proibições de insuficiência e de excesso devam coincidir²⁴⁵.

Por fim, é de se observar que a tese da convergência é claramente excluída em constelações em que, para a proteção estatal de um direito fundamental, não se cogita a intervenção em direitos de terceiros – e, portanto, a possibilidade de excesso – como, por exemplo, em situações de catástrofes naturais²⁴⁶.

Portanto, ao contrário do que supõe a tese da convergência, o legislador dispõe de uma margem de discricionariedade mais ou menos grande entre a proteção exigida e a proteção permitida pela Constituição²⁴⁷. Esse intervalo deve ser suficientemente amplo para acomodar todos os programas constitucionais dos vários partidos e grupos políticos, bem como o direito ordinário em vigor²⁴⁸. E o legislador, em regra, atua dentro desse intervalo, ultrapassando legitimamente o mínimo de proteção que lhe é jurídico-constitucionalmente exigido, sem que, por esse simples fato, venha necessariamente a atuar de modo excessivo²⁴⁹.

Por fim, convém tecer algumas considerações sobre uma outra linha de pensamento que, por meio de raciocínios distintos, também deságua na anulação da proibição de insuficiência em proveito da proibição do excesso. Trata-se da doutrina da “convergência estatista” ou da “solução do direito de defesa”,

²⁴⁴ Essa crítica é enfrentada por Hain no artigo “Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß und Untermaßverbot”, que pode ser traduzido como “O legislador comprimido entre a proibição do excesso e a proibição de insuficiência?”. O autor afirma que a convergência entre proibição de excesso e insuficiência a um só ponto nas constelações triangulares não poderia ser interpretada no sentido de que haveria ainda menos espaço para o legislador que no reconhecimento da existência de uma margem para sua atuação entre um mínimo de proteção e um máximo de intervenção. Afinal, segundo ele, o legislador disporia sempre de margens para diagnóstico do contexto, prognóstico de consequências, e ponderação dos bens em conflito, em face do que o tribunal constitucional limitaria a densidade de seu controle de constitucionalidade. Ob. cit., p. 984.

²⁴⁵ Störing, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 129.

²⁴⁶ Clérico, “Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot”, p. 154.

²⁴⁷ Jarass, “Grundrechte als Wertentscheidungen...”, p. 383.

²⁴⁸ Störing, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 129.

²⁴⁹ Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 120, 121.

anteriormente já exposta²⁵⁰. Em se aderindo a ela, ao se equiparar a ausência de proibição a um dever de tolerância imposto pelo Estado, torna-se supérfluo o recurso à proibição de insuficiência nas constelações triangulares. Como a conduta perturbadora do particular seria traduzida como uma intervenção estatal, bastaria ao perturbado acionar a função de defesa do seu direito fundamental, recorrendo à proibição do excesso. Todavia, pelas razões já expostas, a “solução de defesa” não pode ser acatada, de modo que tampouco sob esse ângulo pode ser refutada a autonomia dogmática da *Untermaßverbot*.

3.7.2 Em relação aos deveres de proteção

Há, ainda, quem afirme que os deveres constitucionalmente impostos ao Estado implicam, por si sós, a obrigação de que o Estado os cumpra de forma eficaz²⁵¹. Desse modo, a proibição de insuficiência não tornaria o legislador mais fortemente obrigado a realizar os deveres de proteção²⁵². Nesses termos, ela não passaria de uma figura jurídica despida de conteúdo²⁵³.

Ao desprezar a associação entre proibição de insuficiência e proibição de excesso, essa linha de pensamento teria o condão de tornar supérflua a vedação do déficit mesmo nas constelações jurídicas bilaterais – entre o Estado e um cidadão – em que a proteção de um direito fundamental não se mostra contraposta à proibição de excesso contra um direito fundamental conflitante²⁵⁴.

Segundo tal raciocínio, a vedação do déficit não seria apta a modificar a baixa densidade normativa que caracteriza a estrutura básica dos encargos constitucionais dirigidos ao legislador, não se habilitando, portanto, a fornecer um maior detalhamento da atuação devida pelo legislador no caso concreto²⁵⁵. Para ilustrar essa suposta realidade, Dietlein recorreu a uma metáfora que se tornou célebre: “Da mesma forma que a roda não pode andar mais depressa do que o

²⁵⁰ V. subitens 1.2.6.2.2, “d”, e 3.4.1.2.3.

²⁵¹ Dietlein, “Das Untermaßverbot”, p. 139 e 140; Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 94; Hain, “Der Gesetzgeber in der Klemme...?”, p. 983.

²⁵² Starck, “Der Verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens”, p. 817.

²⁵³ Gellermann, *Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewand*, p. 347.

²⁵⁴ Unruh, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, p. 86.

²⁵⁵ Dietlein, “Das Untermaßverbot”, p. 140.

carro, assim também a proibição de insuficiência não pode possuir uma densidade reguladora maior do que a tarefa legislativa que lhe serve de base”²⁵⁶.

Deveres de proteção e proibição de insuficiência, contudo, ao contrário da visão sob análise, são categorias inconfundíveis. A questão sobre o dever de proteção diz respeito apenas a saber se existe ou não um dever de o Estado proteger um bem jurídico, ao passo que a proibição de insuficiência exige que essa proteção, uma vez existente, seja realizada de modo suficiente. Dito em outros termos: ao contrário do imperativo de tutela – que existe ou não –, a eficiência é graduável²⁵⁷. Nesse sentido, a proibição do déficit foi desenvolvida para instrumentalizar a mensuração concreta dos deveres de proteção²⁵⁸. Ela lhes agrega conteúdo dogmático: com ela, não se discute a mera *existência* de um dever de proteção, ou seja, “se” o Estado deve proteger um bem jurídico, mas, em vez disso, a *suficiência*, dos meios escolhidos pelo Estado para atingir o objetivo de proteção²⁵⁹.

Dito isso, percebe-se que a metáfora do automóvel e das rodas não é apropriada. O papel da proibição de insuficiência guarda pouca semelhança com a função motriz das rodas do veículo. A se optar por uma metáfora automobilística, mais adequado seria associar os deveres de proteção às placas ilustrando diferentes destinos e respectivas distâncias, e a proibição do déficit às placas indicativas das entradas nas localidades. Até qualquer elas, pelo menos, cada viagem deveria seguir²⁶⁰. A escolha da entrada a ser usada assistiria ao legislador, dentro de sua margem de discricionariedade.

Por último, é de observar que, muito embora a proibição do déficit tenha florescido no âmbito da teoria dos deveres estatais de proteção, preocupada com o problema da proteção dos direitos fundamentais contra ameaças de particulares, a própria dogmática das obrigações estatais de proteção, atualmente, expandiu-se para uma dogmática unitária dos *deveres de prestação ou de ação do legislador*,

²⁵⁶ Ibid., mesma página.

²⁵⁷ Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 123, 124.

²⁵⁸ Rassow, *Staatliche Schutzpflichten für geistiges Eigentum*, p. 92.

²⁵⁹ Störing, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 138-139.

²⁶⁰ Silva, *Deveres do Estado de Protecção*, p. 591.

cujo escopo extravasa os tradicionais deveres de proteção contra particulares²⁶¹.

Assim, a proibição de insuficiência já não se limita às relações triangulares, alcançando todos os domínios onde a Constituição imponha ao Estado uma atuação positiva²⁶². Como se não bastasse, se, originalmente, o pressuposto teórico para o surgimento da doutrina sobre proibição de insuficiência foi a teoria dos deveres de proteção, atualmente seu campo de aplicação é potencialmente bem mais vasto. Hoje em dia, fala-se na sua utilização em todas as outras funções jusfundamentais que exijam do Estado uma postura ativa²⁶³.

3.7.3 Em relação ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais

A despeito do que se dá em outras ordens constitucionais, como é o caso de Alemanha (art. 19, parágrafo segundo), Portugal (art. 18, n.º 3), e Espanha (art. 53, n.º 1, segunda parte), a Constituição brasileira não proclama explicitamente a existência de um núcleo essencial intangível dos direitos fundamentais. Sem embargo, isso não impede, entre nós, a constatação de que os direitos fundamentais possuem um conteúdo essencial²⁶⁴.

Nesse sentido, há que considerar que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, de modo que o reconhecimento de limites à possibilidade de o poder estatal restringir direitos fundamentais é decorrência implícita do *caput* do artigo 1.º da Constituição²⁶⁵.

A partir de tal plataforma, há que acrescer que a existência do conteúdo essencial é decorrência do modelo garantista adotado pelo constituinte de 1988, e seu desprezo tornaria vão qualquer esforço de proteção aos direitos fundamentais²⁶⁶.

²⁶¹ Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso*, p. 901.

²⁶² Novais, *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, p. 286.

²⁶³ Tzemos, *Das Untermaßverbot*, p. 164, 165.

²⁶⁴ Mesmo na Alemanha, entendendo que o conteúdo essencial seria uma decorrência de outros princípios insculpidos na respectiva Lei Fundamental, de modo que a previsão do art. 19, parágrafo segundo, seria redundante, de natureza meramente declaratória: Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, p. 234 ss.

²⁶⁵ L. F. Calil de Freitas, *Direitos Fundamentais: limites e restrições*, p. 186.

²⁶⁶ Gilmar Ferreira Mendes, *Curso de Direito Constitucional*, p. 244.

Por outro ângulo, a segurança jurídica abrangida pelo *caput* do art. 5.º, associada à proteção da confiança ínsita ao Estado de Direito e ao fato de que todo direito fundamental, quando não possuindo algum conteúdo diretamente vinculado à dignidade humana, sofre ao menos indiretamente sua projeção, impossibilitam que a garantia dos direitos fundamentais possa retroceder para alguém de um núcleo essencial²⁶⁷. De certa forma, a inadmissibilidade de emendas tendentes a abolirem os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4.º, IV) também é reflexo do reconhecimento implícito da intangibilidade da essência de tais normas. De resto, o núcleo essencial dos direitos fundamentais já foi referido em diversos julgados do STF²⁶⁸.

Portanto, aqui também é adequado enfrentar a controvérsia sobre a tese que afirma haver uma quase que total coincidência entre vedação da insuficiência e conteúdo essencial dos direitos fundamentais²⁶⁹. Há, aqui, duas variantes de pensamento: uma, de Mayer, que limita tanto o controle judicial da insuficiência como o do excesso a uma verificação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, e outra, de Novais, que embora admita o emprego da proporcionalidade no controle judicial do excesso, reduz o controle da insuficiência a uma verificação do conteúdo essencial, acrescido de uma análise de razoabilidade.

Assim, na visão de Mayer, os direitos fundamentais exigiriam uma disciplina legal que assegurasse um espaço mínimo de liberdade, de modo que o direito fundamental não sofresse intervenção estatal excessiva (proibição do excesso), ao mesmo tempo em que se salvaguardassem de modo suficiente os bens jurídicos contra interferências não estatais (proibição de deficiência)²⁷⁰. Nesse contexto de preservação da liberdade fundamental, a proibição do excesso e a proibição da insuficiência seriam componentes harmônicos e equilibrados do conteúdo

²⁶⁷ Sarlet, “Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais”, p. 4-7.

²⁶⁸ Por exemplo: ADI 5135, rel. Min. Roberto Barroso, j. 09.11.2016, DJe 07.02.2018; ADI 3540-MC, rel. Min. Celso de Mello, j. 01.09.2005, DJ 03.02.2006; ADI 2024, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 03.05.2007.

²⁶⁹ Huber, Comentário ao Art. 19, Abs. 2, *Grundgesetz Kommentar I*, Rn. 130, p. 1825, 1826.

²⁷⁰ Mayer, *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie*, p. 180.

essencial dos direitos fundamentais²⁷¹. No âmbito jurídico-objetivo, a vedação do déficit, com fundamento no art. 19, parágrafo 2, da Lei Fundamental alemã²⁷², imporia a realização de um padrão mínimo de condições para a liberdade real²⁷³.

Já Novais, embora reconheça a autonomia dogmática da proibição de insuficiência, ao precisar seu alcance e os seus critérios de aplicação praticamente a nível do conteúdo de garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Afinal, para ele, o exame judicial da vedação do defeito deve ser um *controle de mínimos*, e, portanto, voltado à determinação do conteúdo essencial (ou, no caso dos direitos sociais, ao mínimo existencial)²⁷⁴. Esse controle deve ser simplesmente complementado pelo princípio da razoabilidade, de modo que, ainda que respeitado o núcleo inadentrável de essencialidade, não se poderiam admitir medidas que, conforme as circunstâncias do caso concreto, gerassem para os titulares dos direitos fundamentais consequências insuportáveis²⁷⁵.

A despeito dessas opiniões, não há como sustentar a identidade entre a proibição do déficit e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais²⁷⁶, tampouco que seja ela um mero instrumento para detectar os limites do cerne jusfundamental intangível²⁷⁷. A adoção dessa orientação importa uma severa diminuição no grau de proteção dos direitos fundamentais. Afinal, a proporcionalidade atua como uma linha de segurança avançada, diferenciada e finamente apurada, que protege os direitos fundamentais antes de ser atingido o elevado limiar de proteção da essencialidade²⁷⁸. Logo, o conteúdo essencial funciona como último reduto dos direitos fundamentais, insuscetível de restrição legislativa²⁷⁹.

²⁷¹ Ibid., p. 181.

²⁷² Art. 19, par. 2: “Em nenhuma hipótese um direito fundamental pode ser violado em sua essência”.

²⁷³ Scherzberg, *Grundrechtsschutz und “Eingriffsintensität”*, p. 208 ss. Ainda na dimensão jurídico-objetiva, a necessidade de preservação do conteúdo essencial das garantias institucionais também seria equiparável à proibição de insuficiência. Cf. Huber, Comentário ao Art. 19, Abs. 2, *Grundgesetz Kommentar I*, n.m. 130, p. 1826.

²⁷⁴ *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, p. 207 ss.

²⁷⁵ *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, p. 348 ss.; *Direitos Sociais*, p. 395 ss. No subitem 3.9.2.1, se retornará à tese de Novais, com mais vagar.

²⁷⁶ Sobre o caráter minoritário da tese identitária: Störring, *Das Untermaßverbot...*, p. 168.

²⁷⁷ Rassow, “Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes”, p. 270, 271.

²⁷⁸ Dreier, Comentário ao Art. 19, Abs. in: *Grundgesetz Kommentar*, v. I, n.m. 18, p. 1732.

²⁷⁹ Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 461.

Em outras palavras, afastar o controle de proporcionalidade da proibição da insuficiência equivale a retirar-lhe sua camada avançada de proteção, deixando-lhe tão somente a de retaguarda: seu núcleo de essencialidade. O próprio Novais, em trabalho anterior, analisando a potencial utilidade do conteúdo essencial como limite à proibição do excesso, reconheceu ser ele muito inferior que o controle de proporcionalidade, do qual, portanto, deveria ser um critério auxiliar. Já quando considerado de modo autônomo, fora dessa função supletiva, Novais reputou-lhe “uma mera proclamação e sinalização da dependência e vinculação do legislador ordinário e restantes poderes constituídos pelos direitos fundamentais”²⁸⁰.

Em sendo assim, reduzir o controle da insuficiência ao conteúdo essencial implica, na prática, conferir a direitos fundamentais cuja fruição carece principalmente de atuações estatais positivas – cujas violações são obstáveis pela proibição de deficiência – um *status* inferiorizado em relação a direitos fundamentais cujo exercício dependa predominantemente de atuações estatais negativas – cujas ofensas sejam vedadas pela proibição do excesso, a quem socorre o controle da proporcionalidade.

Por outro lado, mesmo a proposta de Novais, que agrega ao controle de essencialidade um exame de razoabilidade, não se traduz em nenhuma mais valia dogmática para determinadas espécies de direitos fundamentais. Com efeito, o critério de razoabilidade por ele sugerido depende da verificabilidade do modo como uma determinada solução normativa afeta o titular do direito fundamental *nas suas condições pessoais do caso concreto*, o que só se revela factível em ações individuais, ou, quando muito, com menos exatidão, em ações objetivas cujo direito fundamental sob exame permita estimar minimamente de que modo, no caso concreto, seus titulares poderiam ser impactados (por exemplo, se o objeto da ação fosse a insuficiência do valor pecuniário de um direito assistencial). Diferentemente, no caso do direito fundamental ao meio ambiente, seja porque o dano afeta de maneira diferenciada o universo de vítimas, seja em razão do caráter difuso e até mesmo intergeracional dos potenciais afetados, seria absolutamente infactível a

²⁸⁰ *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, p. 798.

apuração da razoabilidade nos moldes propostos por Novais, o que, na prática, reduziria o controle do déficit a um controle do conteúdo essencial do direito.

Tampouco procedem as críticas desse autor assacadas contra o uso do exame de proporcionalidade no controle do déficit da atuação estatal. Novais alega, basicamente, que a aplicação da proporcionalidade na proibição de insuficiência só seria admissível a partir da vinculação dos direitos fundamentais à ideia de *otimização* que estaria associada à teoria dos princípios de Alexy²⁸¹. Além disso, critica a viabilidade do transporte dos parâmetros de controle do excesso para um exame de proporcionalidade visando ao controle da insuficiência²⁸².

Quanto ao primeiro óbice, ao contrário do que supõe Novais, o uso da proporcionalidade no controle da proibição de insuficiência não pressupõe a concepção dos princípios como *comandos de otimização* (ou *comandos a serem otimizados*), nem mesmo da proporcionalidade como *instrumento de otimização*. Ainda que se aderisse completamente à teoria dos princípios alexyana – o que não é a proposta do presente trabalho – haveria argumentos, dentro mesmo no âmbito de seus limites teóricos, para afastar a objeção de que a técnica de ponderação reduziria o campo de escolha a uma única solução correta²⁸³.

Mas, ao contrário do que sustentam Alexy e os adeptos de sua escola, tampouco se pode afirmar que o exame de proporcionalidade conduziria a uma otimização. Primeiro, porque não há consenso doutrinário sobre o que significaria tal otimização²⁸⁴. Há quem considere, por exemplo, que solução otimizadora

²⁸¹ *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, p. 279.

²⁸² *Ibid.*, p. 328-331.

²⁸³ Nesse sentido, o próprio Alexy, conforme será exposto no subitem 3.9.1.2 deste capítulo. Numa visão ligeiramente diferente, Virgílio A. da Silva afirma que o conflito entre princípios não conduz necessariamente a um resultado do tipo a resposta A (ponderação do tribunal) é melhor que a resposta B (ponderação do legislador), B é melhor que A, ou A e B são igualmente boas, mas também, muitas vezes, a relações de paridade, em que, embora não se possa afirmar que as respostas sejam igualmente boas, tampouco se pode dizer que uma seja melhor que outra, situando-se, em verdade, ambas numa “zona de paridade”. Quanto maior o peso dos princípios formais, maior seria a margem de discricionariedade legislativa, e, logo, a riqueza de soluções possíveis dentro da zona de paridade. Situando-se o resultado da ponderação do tribunal e do legislador dentro dessa zona, a decisão daquele não poderia substituir-se à deste. “Prinzipientheorie, Abwägungskompetenzen und Gewaltenteilung”, p. 221 ss.

²⁸⁴ Canas levanta as seguintes questões, todas elas sem resposta unívoca na doutrina: “(i) a otimização refere-se a uma das normas colidentes ou a ambas? (ii) O conceito de otimização supõe

pressuporia a comensurabilidade entre os princípios colidentes, não sendo admissível, portanto, na ponderação de princípios, em que não se fala em comensurabilidade, mas comparabilidade²⁸⁵. Segundo, porque, ainda que pressupondo fosse ela sinônimo de solução ótima (melhor solução possível de equilíbrio ou, em havendo desequilíbrio, a melhor solução possível de desequilíbrio entre os bens, interesses ou valores colidentes), a aplicação dos diversos segmentos do teste de proporcionalidade (necessidade, adequação ou proporcionalidade e.s.e.) não permite identificar a existência, em nenhum deles, uma solução que possa ser considerada ótima nesses termos. Uma demonstração detalhada dessa impossibilidade é fornecida por Canas²⁸⁶.

Já em relação à segunda crítica de Novais, muito embora seja ela pertinente, não se erige numa barreira intransponível. De fato, um transporte da mesma metodologia de teste de proporcionalidade do controle do excesso, sem modificações, para o controle da insuficiência, seria inapropriado. Contudo, vários autores desenvolveram propostas de adaptação da metodologia de controle de proporcionalidade do excesso para o controle da insuficiência, conforme será visto mais adiante²⁸⁷. O simples fato de os parâmetros de aferição de proporcionalidade talhados para o controle do excesso não serem amoldáveis ao controle da insuficiência não implica ser impossível a elaboração de critérios que, orientados por uma ideia de proporcionalidade, sejam adequados para o controle do déficit de atuação estatal.

Vale, aqui, o conselho de Jarass, no sentido de que “a dogmática deve ser tão simples como possível e tão complicada quanto necessário”²⁸⁸. Não surpreende, nesse sentido, que Canas tenha detectado nada menos que sete

a satisfação (ou não satisfação) *equilibrada* das duas normas, ou admite o colapso integral ou quase integral de uma delas? (iii) Solução ótima é a *melhor solução possível*? (iv) Se sim, é cognitivamente viável a descoberta da melhor solução possível? (vi) Mesmo que se admita um desequilíbrio na realização dos princípios colidentes, requer-se o *melhor desequilíbrio possível*? (vii) Só há *uma* solução ótima ou é concebível a existência de *mais do que uma* solução ótima? *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 1148.

²⁸⁵ Neves, *Entre Hidra e Hércules*, p. 151.

²⁸⁶ Ob. Cit., p. 1148 ss.

²⁸⁷ Subitem 3.9.1, *infra*.

²⁸⁸ Jarass, “Bausteine Einer Umfassenden Grundrechtsdogmatik”. *Archiv Des Öffentlichen Rechts*, vol. 120, n. 3, 1995, p. 346.

aplicações diferentes para a expressão “proporcionalidade” no direito contemporâneo, apenas uma delas redutível ao controle do excesso²⁸⁹. Especificamente no que diz com a proporcionalidade dirigida ao exame da insuficiência, há que ponderar que, se a metodologia do controle do excesso não se mostra satisfatória para uma harmonização entre princípios colidentes que clamam por um controle de insuficiência, dada a peculiar estrutura deôntico-normativa do fenômeno jurídico em exame²⁹⁰ – diversa daquela típica das relações bipolares, em que se posta, tão somente, uma permissão de promoção estatal de um bem, interesse ou valor colidindo com um dever estatal de abstenção –, há que buscar uma solução que seja compatível com sua maior complexidade.

Por fim, convém ressaltar que não se pretende, aqui, chegar ao extremo de Dreier, que, embora assentindo que a ideia de um conteúdo essencial tenha representado inicialmente uma importante barreira constitucional contra limitações aos direitos fundamentais, reputa-a superada pela “marcha triunfal” do controle mais apurado promovido pelo teste de proporcionalidade²⁹¹. Não se afasta, em absoluto, a valia dogmática de um conteúdo mínimo de essencialidade, determinável independentemente de ponderação, a partir de contributos da jurisprudência e da dogmática, e que, embora não imutável, possui extrema estabilidade²⁹². A propósito, é de defender que, quando for possível a clara constatação de uma violação desse núcleo duro, tenha-se por consequência a ilegitimidade, e, portanto, inconstitucionalidade dos fins ou meios eleitos pelo legislador, dispensando-se, nesse caso, a necessidade de ingressar no controle de proporcionalidade da norma *sub examine*²⁹³.

²⁸⁹ *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 45 ss.

²⁹⁰ Por estrutura deôntico-normativa compreende-se a configuração dos bens ou interesses jurídicos em jogo, traduzidos em enunciados normativos construídos por meio de operadores deônticos básicos (dever, proibição ou permissão). Como resultado, por exemplo, pode-se apresentar um produto legislativo de uma permissão de promoção de um dado interesse público que conflite com um dever de ação em favor de um direito fundamental, ou de um dever de ação em prol de um determinado direito fundamental que colida com o dever de ação em favor de outro direito fundamental, dentre muitas outras possibilidades.

²⁹¹ Dreier, Comentário ao Art. 19, Abs. in: *Grundgesetz Kommentar*, v. I, p. 1733.

²⁹² Clérico, *El Examen de Proporcionalidad...*, p. 90 ss.

²⁹³ *Ibid.*, p. 85-87, 99 e 100.

3.8 Problemas de fundo

No âmbito da operacionalidade da proibição de insuficiência é possível considerar quatro distintos aspectos: a intensidade, a abordagem (proporcionalidade ou outra), a estrutura do teste, e as consequências do controle. Esses pontos, consoante mais adiante será detalhado, são objeto de consideráveis divergências acadêmicas e oscilações jurisprudenciais.

Na origem dessas controvérsias estão, basicamente, duas ordens de preocupações inter-relacionadas, associadas à dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais e, particularmente, à sua concretização judicial via controle de insuficiência. A primeira se refere a uma possível redução na margem de discricionariedade do legislador. A segunda tem a ver com um potencial prejuízo à orientação liberal dos direitos fundamentais²⁹⁴.

Os raciocínios e teorias normalmente associados a tais problemáticas, quando não invocados para refutar totalmente a aplicação da proibição do déficit²⁹⁵, podem, quando menos, levar a uma restrição na intensidade (densidade, profundidade) do controle judicial – relativamente àquele admissível na proibição do excesso –, à preferência por determinado tipo de abordagem em detrimento de outra, a distinções no modo de estruturar as fases do controle, ou à limitação das consequências do exame. Logo, antes de entrar propriamente nessas facetas da operacionalidade, convém tratar dos problemas de fundo que podem influenciá-las.

3.8.1 Redução da margem de discricionariedade legislativa

Há um temor de que a proibição de insuficiência possa ameaçar o espaço de discricionariedade política do legislador para a livre regulação dos direitos fundamentais²⁹⁶, que, por força dos princípios da separação de poderes e

²⁹⁴ Conforme Störning, esses são “os dois problemas fundamentais da *Untermaßverbot*. Ob. cit, p. 51.

²⁹⁵ Além desses problemas de fundo, as diversas concepções negadoras de autonomia dogmática, acima já expostas, também se inserem no plexo de argumentos normalmente utilizados pelos autores que rejeitam a proibição de insuficiência.

²⁹⁶ A expressão *regulação* abrange, na linha da proposta de Novais, toda e qualquer ação no domínio dos direitos fundamentais, i.e., tanto as *restrições* (reduções do conteúdo) como os *desenvolvimentos* (melhoria das posições de direitos fundamentais com vista a possibilitar sua concretização e exercício). *Restrições aos Direitos Fundamentais...*, p. 178, 179.

democrático, esteios do Estado de Direito contemporâneo, teria a primazia para preencher as indeterminações do texto constitucional. Esse receio, como se exporá doravante, tem especial relação com dois fatores: o grau de abertura ou indeterminabilidade dos deveres estatais positivos e a ancoragem da vedação do déficit num controle de proporcionalidade associado à concepção dos direitos fundamentais como mandados de otimização.

A primeira preocupação considera que os deveres estatais positivos – potencial campo de incidência do controle da suficiência – não forneceriam pontos de apoio bastantes para uma revisão judicial da atuação do legislador. Embora a Constituição, relativamente a tais deveres, estipulasse os fins a serem alcançados, ela, normalmente, não definiria os meios a serem empregados. Logo, assistiria ao legislador a discricionariedade para eleger os meios cabíveis, não cabendo ao Judiciário, via controle de insuficiência, sindicá-los a correção dos meios escolhidos²⁹⁷.

Em reforço de tal conclusão, aduz-se que, diferentemente do que se dá em relação à proibição do excesso, em que se seria possível definir uma linha divisória além da qual o Estado atua de forma excessiva, o mesmo não ocorreria na proibição de insuficiência, pois não seria viável discriminar a linha a partir da qual a atuação estatal seria omissiva. Essa possibilidade estaria além dos limites de racionalidade da dogmática jurídica²⁹⁸.

Tal problemática restaria especialmente agravada sob uma compreensão dos direitos fundamentais como comandos de otimização, que constitui o elemento central da teoria dos princípios de Alexy²⁹⁹. Esse autor considera que toda norma ou é uma regra, ou um princípio, e aponta como fator decisivo para a distinção entre essas duas categorias a afirmação de que os princípios seriam mandamentos *prima facie* de otimização, por ordenarem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ao passo que as regras não comportariam tal realização gradual, por serem comandos definitivos,

²⁹⁷ Dietlein, “Das Untermaßverbot...”, p. 140.

²⁹⁸ Dimoulis e Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 127, 128. No mesmo sentido, Nascimento, *Direitos Fundamentais e sua Dimensão Objetiva*, p. 164, especialmente n.r. 421.

²⁹⁹ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais...*, p. 46.

de modo que seriam sempre ou satisfeitas, ou não satisfeitas³⁰⁰. Quando dois princípios colidissem, nenhum deles seria declarado inválido. As circunstâncias fáticas e jurídicas específicas envolvendo a colisão determinariam qual deles teria de ceder ao outro, sem, contudo, perder sua validade. Sob outras circunstâncias, seria possível que o outro tivesse de ceder³⁰¹. Portanto, a relação entre os princípios colidentes seria geralmente de preferência condicionada³⁰². Já se o conflito se der entre regras, e não houver uma cláusula de exceção que possa solucioná-lo, uma das regras em confronto teria de ser declarada inválida, por força de regras de colisão como, por exemplo, *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*³⁰³, ou *lex superior derogat legi inferiori*³⁰⁴. Consequentemente, os princípios não conteriam um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, cuja extensão definitiva variaria segundo as condições fáticas e jurídicas. As regras, de sua vez, teriam seu conteúdo suficientemente determinado, de modo que, usualmente, implicariam mandamentos definitivos³⁰⁵.

Uma das ideias fortes da teoria dos direitos fundamentais de Alexy consiste em que a natureza dos princípios, a exigir que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, implicaria a

³⁰⁰ Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 90, 91. Posteriormente, em reação objeções de Aarnio e Sieckmann, para quem os comandos de otimização também seriam comandos definitivos (ou se otimiza seu objeto, e, portanto, os cumpre, ou não se otimiza, e eles são descumpridos), o autor revisitou sua concepção, para afirmar que princípios seriam, ao mesmo tempo, comandos de otimização e comandos a serem otimizados. Considerados como objetos da ponderação, eles seriam um “dever-ser ideal”, a ser realizado no maior grau possível, e, portanto, comandos a serem otimizados. Contudo, quando colocados num meta-nível, a exigirem que seu conteúdo seja realizado o máximo possível, seriam comandos de otimização, e possuiriam estrutura de regra. “Sobre a estrutura dos princípios jurídicos”, p. 162-163.

³⁰¹ *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 93, 94.

³⁰² *Ibid.*, p. 96 ss. Condicionada pelas circunstâncias. Diferentemente dos conflitos entre regras, em que a preferência de umas em relação a outras seria incondicionada. Aliás, esse autor, para frisar as diferenças nos embates entre regras e princípios, emprega a expressão “colisões” para se referir aos embates entre *princípios*, e “conflitos” para se reportar àqueles entre *regras* (cf. tradução utilizada na ob. cit., p. 91, n.r. 28). No original em alemão, as expressões são *Prinzipienkollisionen* e *Regelkonflikte*, respectivamente. *Theorie der Grundrechte*, p. 77, n.r. 28. No presente trabalho, porém, as expressões “colisões” e “conflitos” são utilizadas indistintamente, seja porque a diferenciação não parece ser imprescindível, seja porque a jurisprudência não faz tal distinção, e seja, ainda, porque não se exclui a possibilidade de embates entre regras e princípios, para os quais, a seguir-se a lógica de Alexy, seria mister recorrer a uma terceira expressão, distinta de *colisões* ou *conflitos*, o que evidencia o exagero de tal preciosismo.

³⁰³ *Ibid.*, p. 92, 93.

³⁰⁴ Sobre a estrutura dos princípios jurídicos, p. 157.

³⁰⁵ *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 103, 104.

máxima da proporcionalidade, e vice-versa, ou seja, da máxima da proporcionalidade decorreria o caráter principiológico dos direitos fundamentais³⁰⁶. As máximas parciais da *adequação* e da *necessidade* decorreriam do fato de os princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas, ao passo que a máxima parcial da *proporcionalidade em sentido estrito*, em que se daria o sopesamento entre princípios colidentes, derivaria da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas³⁰⁷. Em sendo um dos princípios colidentes uma norma de direito fundamental, seria de seu caráter principiológico que decorreria a máxima da proporcionalidade em sentido estrito³⁰⁸.

O pilar central da teoria de princípios de Alexy, a saber, a distinção entre regras e princípios, embora jamais tenha sido explicitamente adotado pela jurisdição constitucional alemã, logrou grande repercussão internacional, inclusive na doutrina e jurisprudência brasileira, tendo sido acolhida em vários julgados do STF³⁰⁹. Sem embargo, a concepção do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais, e, portanto, de sua natureza de mandamentos a serem otimizados por meio do sopesamento, despertou objeções sob os mais variados ângulos³¹⁰. Não há espaço nem necessidade de se debruçar sobre todas elas, de modo que se reservarão as próximas linhas para tratar, tão somente, de duas dessas críticas que repercutem especificamente em temas de interesse deste trabalho. E essa repercussão ocorre tendo em vista que o manejo da proibição de

³⁰⁶ Ibid., p. 588.

³⁰⁷ Ibid., p.116 ss.

³⁰⁸ Ibid., p. 118.

³⁰⁹ Laurentiis, *A Proporcionalidade no Direito Constitucional*, p. 131, ss. especialmente n. r. 264 a 266. Na ADI 4923, j. em 08.11.2017, p. em 05.04.2018, de relatoria do Min. Luiz Fux, a derivação do princípio da proporcionalidade a partir do caráter de mandados de otimização dos princípios consta da própria ementa do acórdão, com expressa alusão à teoria de Alexy.

³¹⁰ Sem pretensão de um elenco exaustivo, pode-se afirmar que essas objeções que vão da falta de fundamento dogmático para a dedução da existência de um mandado de otimização até consequências deletérias para a separação dos poderes, a liberdade dos cidadãos, a repartição funcional entre tribunais e a sobrecarga dos trabalhos dos tribunais constitucionais. Esses dois últimos problemas seriam consequência da associação da otimização com a irradiação dos direitos fundamentais (impactação na fundamentação de toda a ordem jurídica infraconstitucional), o que implicaria que todo conflito entre direitos seria um conflito constitucional a ser solucionado numa medida ideal (ótima), de modo que os tribunais constitucionais poderiam sempre ser chamados a decidi-los, sofrendo de sobrecarga de trabalho e esvaziando as competências decisórias de tribunais infraconstitucionais, no fenômeno alcunhado de “superconstitucionalização”.

insuficiência vem atrelado – pela maior parte dos autores que o admite – à máxima da proporcionalidade³¹¹, não raro acrescida de uma concepção dos princípios como comandos de otimização (ou a serem otimizados).

Uma primeira crítica tem especial pertinência com as relações jurídico-constitucionais triangulares, caracterizadas que são elas pela existência de direitos fundamentais³¹² em colisão. O reproche considera que a otimização entre princípios colidentes exigiria que todos eles fossem realizados até um ponto máximo ideal, o que reduziria fortemente a margem de discricionariedade política do legislador, pois poderia conduzir à existência de uma única solução correta³¹³. Ainda quando não se alega que a otimização implicaria a admissão de uma única solução possível, opõe-se o problema de que, segundo a lógica dos conflitos e da otimização, quase todos os conflitos – mesmo aqueles encarnados por normas infraconstitucionais – poderiam ser interpretados como conflitos entre direitos fundamentais, cuja solução seria disponibilizada na Constituição³¹⁴. Como a Constituição, na maioria das vezes, conteria apenas respostas vagas para esses conflitos³¹⁵, uma resposta ideal não poderia ser determinada constitucionalmente, senão politicamente³¹⁶.

Sob tais condições, a ponderação abriria as portas para que a jurisdição constitucional acessasse todas as questões relacionadas com os conflitos, sejam elas de quaisquer áreas do direito, ou até mesmo políticas, desvanecendo os limites entre a competências da corte constitucional, dos demais tribunais e do legislador³¹⁷. A questão levantada por essa objeção, portanto, atine não apenas à

³¹¹ Störing, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 168.

³¹² Portanto, em geral, princípios, na teoria de Alexy.

³¹³ Scherzberg, *Grundrechtsschutz und "Eingriffsintensität"*, p. 173, 174; não criticando a otimização sob esse ângulo, mas entendendo que seu conceito se assemelharia à ideia de única decisão correta ou melhor julgamento, de Dworkin: Neves, *Entre Hidra e Hércules*, p. 82. Afirmando, contudo, que tal entendimento sobre os imperativos de otimização não resultaria necessariamente da teoria dos direitos fundamentais enquanto princípios, mas, especificamente, de uma determinada concepção (a de Borowski, como se verá adiante) da proibição de insuficiência como imperativo de otimização do direito fundamental à proteção: Jorge P. da Silva, *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais*, p. 615. No mesmo sentido: Störing, ob. cit., p. 188.

³¹⁴ Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 82.

³¹⁵ Scherzberg, "Wertkonflikte vor dem Bundesverfassungsgericht – zur Bewältigung politisch-moralischer Streitfragen im Verfassungsrecht", p. 363 ss.

³¹⁶ Breuer, "Staatsrecht und Gerechtigkeit", p. 52.

³¹⁷ Poscher, ob. cit., p. 83.

discricionariedade política da atividade legiferante, como, também, aos limites da jurisdição. Quando o juiz refaz a ponderação já realizada pelo legislador a fim de apurar se ele atingiu o ponto ótimo entre os interesses conflitantes – e, portanto, se não teria incorrido em inconstitucionalidade –, acabariam por se confundir as funções legislativa e judicial³¹⁸.

A outra resistência se dá em relação à natureza das normas relativas aos direitos fundamentais sociais na sua dimensão positiva (i.e., direitos a que se faça algo). Admitir seu caráter como comandos de otimização implicaria a existência de “direitos *prima facie* a tudo”, de modo que, ao trabalhador assistiria um direito subjetivo de passar suas férias no Caribe³¹⁹, o direito à habitação daria ao seu titular a pretensão de exigir uma mansão na zona que bem entendesse, e o direito a um mínimo existencial seria um direito a tudo que pudesse contribuir para uma vida digna, convertendo-se, portanto, em seu oposto – um direito ao máximo –, o que não seria compatível com a Constituição, seja em caráter *prima facie*, muito menos definitivo³²⁰. Sob tal modelo, esses direitos sempre admitiriam a possibilidade de pretender que algo mais fosse feito, de modo que estariam em grau permanente de restrição. Contudo, se a restrição é o estado natural desses direitos, o conceito de restrição a um direito *prima facie* perderia o sentido³²¹. E, tampouco um tribunal poderia corrigir por completo uma omissão inconstitucional, pois sempre continuaria restando algo a mais que poderia ser feito³²².

Para que tais direitos de liberdade positiva ou real não se convertam em “direitos a tudo”, cumpriria concretizar seu conteúdo. Tal tarefa, contudo, seria de natureza eminentemente política, e, portanto, assistiria ao legislador executá-la. Sua realização na via judicial seria incompatível com os princípios da separação de poderes inerente ao Estado de Direito³²³.

³¹⁸ Novais, *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, p. 281.

³¹⁹ Novais, *Direitos Sociais*, p. 279.

³²⁰ Novais, *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, p. 276.

³²¹ Novais, *Direitos Sociais*, p. 280.

³²² *Ibid.*, mesma página.

³²³ Murswiek, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: *HBStR*, V, § 112, n.m. 93 a 96, p. 282, 283.

Um suporte adicional às objeções relacionadas com a preservação da liberdade de conformação legislativa seria a teoria (e jurisprudência) da essencialidade, segundo a qual, na relação entre Executivo e Legislativo, estaria *reservada* ao legislador a primazia de regular questões constitucionais essenciais, dentre as quais as relativas à realização e exercício dos direitos fundamentais. Embora essa teoria houvesse sido desenvolvida a partir da necessidade de impor limites à atuação do Executivo em relação ao Legislativo, os fundamentos que lhe amparam, sobretudo a *separação de poderes* e *princípio democrático*, seriam transportáveis para a relação entre as atuações do parlamento e da jurisdição constitucional³²⁴.

Em reforço ao primado da *separação de poderes*, os críticos acentuam a diferença dentre o *modo de tomada de decisões* entre o legislativo e o judiciário. O processo legislativo seria muito mais apto para uma consideração multidimensional da complexidade dos interesses envolvidos na conformação da Constituição, com possibilidades bem mais amplas de discussões envolvendo todos os interessados e um suporte de expertos presumivelmente mais vasto que o do Judiciário, sem estar, como ele, preso a um olhar meramente retrospectivo, pautado pela norma já concluída que lhe é submetida à apreciação. Enquanto a abordagem da Justiça seria monodisciplinar, meramente jurídica, a do Legislativo incluiria a perspectiva jurídica, mas seria mais ampla, multidisciplinar³²⁵. Reduzir a Constituição a uma interpretação meramente jurídica seria o contrário de uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, arriscando-se o consenso constitucional e o grau de reconhecimento da obrigatoriedade das decisões fundamentais³²⁶.

Já quanto ao *princípio democrático*, costuma-se destacar a possibilidade de influência dos jusfundamentalmente afetados no processo decisório legislativo, que é público e admite a participação de todos os interessados, diretamente ou por meio dos seus representantes, o que potencializaria a tomada de decisões aptas a equalizar diversos interesses em conflito e legitimadas pela ampla possibilidade de

³²⁴ Mayer, *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie*, p. 104 ss., 121 ss.

³²⁵ Ibid., p. 125 ss.

³²⁶ Ibid., p. 127, 128.

participação³²⁷.

Em suma, a circunstância de que tanto nas constelações triangulares como nos direitos sociais os deveres estatais positivos têm conteúdo usualmente aberto, associado com uma concepção das normas de direitos fundamentais como mandamentos de otimização e a necessidade de determinação, via ponderação, de tais normas *prima facie* indeterminadas, leva críticos a extraírem desse modelo consequências prejudiciais à margem de discricionariedade do legislador inerente à separação de poderes e ao princípio democrático. Nesse contexto, teme-se que, por meio do instituto da proibição de insuficiência, membros do Judiciário possam se ver tentados a, ao sabor de suas próprias concepções políticas, ditar deveres de atuação à maioria democraticamente representada pelo Poder Legislativo³²⁸.

3.8.2 Prejuízo à orientação liberal dos direitos fundamentais

Outro temor diz com a vocação liberal dos direitos fundamentais. Essa preocupação se assenta na premissa, reconhecida em julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão, de que os direitos fundamentais se destinariam, sobretudo, à proteção da esfera de liberdade do indivíduo contra interferências das autoridades públicas³²⁹. A expansão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, particularmente por meio do controle judicial da insuficiência, poderia comprometer essa orientação liberal, principalmente pelo fato de que as interferências no direito de liberdade exigidas pela vedação de insuficiência não se limitariam a intervenções mínimas³³⁰.

A possibilidade de o legislador ser constitucionalmente obrigado a intervir nos bens jurídicos de terceiros para assegurar a proteção do titular de um direito fundamental, sob a clássica concepção dos direitos fundamentais como direitos defensivos, poderia ser considerada surpreendente³³¹. Assim, haveria que zelar para que a orientação dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de

³²⁷ Ibid., p. 131, 132.

³²⁸ Störring, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 18 e 122.

³²⁹ BVerfGE 7, 198, p. 204-205; 24, 367, p. 389; e 50, 290, p. 3370.

³³⁰ Störring, ob. cit., p. 156.

³³¹ Lee, "Grundrechtsschutz unter Untermaßverbot?" , p. 313.

liberdade não fosse convertida no seu oposto, transformando-se a liberdade num mero meio para a realização do conteúdo objetivo dos direitos fundamentais, quando o correto seria o contrário³³². Exatamente tal preocupação foi externada no voto divergente dos juízes Rupp-v. Bünneck e Simon na primeira decisão do TCF sobre o aborto:

Nossa maior preocupação é que, pela primeira vez na jurisprudência constitucional, uma decisão objetiva de valor deve servir para postular um dever do legislador de promulgar normas penais, ou seja, a mais forte invasão concebível na esfera da liberdade do cidadão. Isso inverte a função dos direitos fundamentais no seu oposto. Se a decisão objetiva de valor contida numa norma de direito fundamental para a proteção de um determinado bem jurídico é apta para a partir dele derivar o dever de punir, então os direitos fundamentais em causa, de um reduto de garantia de liberdade, podem vir a ser base para uma multiplicidade de regulamentos que restringem a liberdade. O que se aplica à proteção da vida também pode ser reivindicado para outros interesses jurídicos de alto nível - tais como integridade física, liberdade, casamento e família.

É evidente que a Constituição pressupõe que o Estado também possa usar seu poder de punição para proteger a convivência ordenada, mas o sentido dos direitos fundamentais não é exigir tal ação, senão traçar seus limites³³³.

3.8.3 Soluções aventadas na doutrina e/ou na jurisprudência

Para solucionar os problemas anteriormente destacados, doutrina e/ou jurisprudência recorrem a algumas saídas, várias delas relacionadas entre si, que serão a partir de agora destacadas.

³³² Klein, "Die grundrechtliche Schutzpflicht", p. 494.

³³³ *BVerfGE* 39, 1, p. 73. Tradução livre do autor. No original: "Unser stärkstes Bedenken richtet sich dagegen, daß erstmals in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung eine objektive Wertentscheidung dazu dienen soll, eine Pflicht des Gesetzgebers zum Erlaß von Strafnormen, also zum stärksten denkbaren Eingriff in den Freiheitsbereich des Bürgers zu postulieren. Dies verkehrt die Funktion der Grundrechte in ihr Gegenteil. Wenn die in einer Grundrechtsnorm enthaltene objektive Wertentscheidung zum Schutz eines bestimmten Rechtsgutes genügen soll, um daraus die Pflicht zum Strafen herzuleiten, so könnten die Grundrechte unter der Hand aus einem Hort der Freiheitssicherung zur Grundlage einer Fülle von freiheitsbeschränkenden Reglementierungen werden. Was für den Schutz des Lebens gilt, kann auch für andere Rechtsgüter von hohem Rang - etwa körperliche Unversehrtheit, Freiheit, Ehe und Familie - in Anspruch genommen werden. Selbstverständlich setzt die Verfassung voraus, daß der Staat zum Schutz eines geordneten Zusammenlebens auch seine Strafgewalt gebrauchen kann; der Sinn der Grundrechte geht jedoch nicht dahin, solchen Einsatz zu fordern, sondern ihm Grenzen zu ziehen."

3.8.3.1 Teoria dos limites jurídico-funcionais

As objeções afetas à margem de discricionariedade do legislador podem ser consideradas como sendo de ordem jurídico-funcional. A teoria dos limites jurídico-funcionais, a partir da análise das características próprias a cada um dos poderes estatais – tais como a forma de designação de seus membros, procedimentos, critérios orientadores de suas atividades e recursos disponíveis –, busca apontar qual deles (Legislativo, Executivo e Judiciário) seria mais adequado para o desempenho de cada tarefa constitucional³³⁴.

No âmbito da jurisdição constitucional, essa teoria é invocada, sobretudo, para limitar a atuação do Judiciário no controle de constitucionalidade da omissão legislador³³⁵, portanto, justamente no campo de potencial aplicação judicial da proibição de insuficiência. Em prol de uma ampla margem para a conformação da Constituição, a partir dessa teoria, imputa-se ao Legislativo, comparativamente ao Judiciário, uma superior legitimidade democrática e uma maior vocação para a acomodação das expectativas de uma sociedade plural, representada na multiplicidade partidária³³⁶.

Nesse sentido, considera-se que, sobretudo nos conflitos multidimensionais, em que diferentes interesses ou direitos fundamentais conflitam entre si, a Constituição não forneceria parâmetros suficientes para chegar a um resultado predeterminado, abrindo-se azo a diferentes interpretações. Em tais casos, em que o resultado da ponderação é passível de situar-se num largo espectro, sobreleva a importância do processo de ponderação, que deveria ser apto a articular e afirmar as mais diversas concepções dos valores existentes. Para essa missão, o processo

³³⁴ Jorge Pereira da Silva, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, p. 617, 618.

³³⁵ Virgílio Afonso da Silva, "Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico", p. 128-130.

³³⁶ Essa visão está implícita, p. ex., no voto do min. Alexandre de Moraes nas ADIs 4901, 4902, 4903, 4937 e ADC 42, quando, sugere que a opção do legislador deveria ser respeitada, desde que não violado o conteúdo essencial do direito ao meio ambiente: "Obviamente, o fato de o Código Florestal ter sido aprovado por 410 votos na Câmara dos Deputados e 59 no Senado Federal, demonstrando ampla maioria, não afasta ou diminui o exercício da jurisdição constitucional por esta Corte, inclusive seu papel contramajoritário, mas reforça a necessidade de respeito às opções políticas tomadas pelo Congresso Nacional em um ambiente democrático de debate e contraposição de visões e interesses divergentes sobre tema de alta indagação e apelo social, quando observada a proteção ao núcleo essencial de proteção ao meio ambiente" (rel. Min. Luiz, j. 28.02.2018, DJe 12.08.2019).

legislativo seria mais bem talhado que o Judiciário³³⁷.

3.8.3.2 Dogmática das discricionariedades

Para responder as críticas que assacavam à sua teoria o potencial de eliminar a margem de discricionariedade do legislador, Alexy complementou-a com uma *dogmática das discricionariedades*.

Segundo o autor, haveria dois tipos fundamentais de discricionariedade: a estrutural³³⁸ e a epistêmica ou cognitiva. A discricionariedade estrutural seria caracterizada pela ausência de comandos ou proibições definitivos. Onde a Constituição não ordenasse ou vedasse, ela liberaria. Essa discricionariedade seria menos problemática, e inatingível pelo controle de constitucionalidade. Já a discricionariedade cognitiva, porém, nasceria da limitada capacidade para detecção dos limites da Constituição, ou seja, para identificar o que, exatamente, ela ordena e proíbe, e, por outro lado, o que ela nem ordena, nem proíbe e, portanto, libera. É nesse âmbito, e não no da discricionariedade estrutural, que seriam aplicáveis as considerações jurídico-funcionais e os princípios formais³³⁹.³⁴⁰

Conforme Alexy, haveria três espécies de discricionariedades estruturais: a) de *escolha dos fins*, consistente na possibilidade de optar pelos fins a serem favorecidos (p. ex., uma política mais inclinada a um direito de proteção ou a um

³³⁷ Schuppert, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, p. 38 ss.

³³⁸ Também denominada por ele como discricionariedade material. Alexy, “Princípios Formais”, p. 15.

³³⁹ “Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, p. 16. É interessante ressaltar que o texto de Alexy possui uma versão traduzida para o português por Luís Afonso Heck, em que o vocábulo alemão *Spielraum* é traduzido como “espaço”, *strukturelle Spielraum* como “espaço estrutural”, e *epistemische Spielraum* e *Erkenntnispielraum*, respectivamente, como espaço epistêmico e espaço cognitivo. “Direito Constitucional e Direito Ordinário. Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada”. Neste trabalho, diferentemente, traduziu-se *Spielraum* por discricionariedade, o que se refletiu nos termos daí derivados.

³⁴⁰ Princípios formais ou procedimentais, conforme Alexy, seriam aqueles segundo os quais as regras que tenham sido produzidas por autoridades legitimadas para tanto devem ser cumpridas, bem como não se deve relativizar injustificadamente uma prática estabelecida. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 105. Enquanto o objeto de otimização de princípios materiais são determinados conteúdos, como, por exemplo, a liberdade de expressão, a vida e a proteção do meio ambiente, o os princípios formais exigiriam a otimização da autoridade de normas expedidas em conformidade com o ordenamento jurídico e socialmente eficazes. “Princípios Formais”, p. 10. Exemplos desses princípios seriam aquele que sustenta que as decisões relevantes para a sociedade sejam tomadas pelo legislador democrático (*Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 138), e os princípios da segurança jurídica, da democracia, e da separação de poderes. (“Princípios Formais”, p. 13).

direito de defesa?) e a intensidade desse favorecimento, respeitados, evidentemente, os limites da proporcionalidade; b) *de escolha dos meios*, consubstanciada na possibilidade de eleger os meios *suficientes* para a proteção (devido à diferença estrutural entre direitos de defesa e de proteção, essa discricionariedade só se apresentaria nos de proteção); e c) *de ponderação*, presente sempre que houvesse um empate no sopesamento entre os bens ou direitos contrapostos, o que, no direito, ocorreria com bastante frequência, pois as escalas utilizáveis no sopesamento necessitariam ser relativamente grosseiras³⁴¹.

A discricionariedade cognitiva, por sua vez, comportaria duas espécies: a discricionariedade cognitivo-empírica e a discricionariedade cognitivo-normativa.

A discricionariedade cognitivo-empírica diria respeito, sobretudo, aos efeitos futuros das medidas presentes, e, portanto, estaria ligada ao problema dos *prognósticos*³⁴². Sua incidência se daria onde houvesse incerteza empírica, o que seria mais comum no exame da necessidade e adequação das medidas. As decisões do Judiciário que se satisfazem com escolhas do legislador não amparadas num prognóstico inquestionável, exigindo tão somente que elas sejam sustentáveis, ou, até mesmo, não evidentemente insuficientes ou inadequadas, reconheceriam ao Legislativo uma margem de discricionariedade cognitivo-empírica³⁴³. A definição da latitude dessa discricionariedade repercutiria, evidentemente, na repartição de competências entre o tribunal constitucional e o legislador³⁴⁴. Tratar-se-ia, portanto, de um problema de sopesamento entre o princípio material do direito fundamental e o princípio formal da competência –

³⁴¹“Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz”, p. 119 ss. Por escalas grosseiras, pode-se entender o seguinte. Para que princípios sejam ponderados, é necessário valorar a importância de sua realização e a intensidade das intervenções. Esses pesos devem orientar-se por escalas. Para que sejam operáveis no direito, essas escalas deveriam possuir limiares relativamente rudimentares. Não seria possível uma atribuição intersubjetiva inequívoca de valores a partir de uma escala que utilizasse números cardinais num *continuum* de 0 a 1 (p. ex., 0,1, 0,2, 0,3 etc). Por isso, o autor sugere uma escala triádica, com as grandezas “fraca”, “médio” e “forte”. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 162, 602, 603 (o tradutor dessa obra preferiu usar os termos “leve”, “mediano” ou “sério”). Como as escalas grosseiras são aquelas em que há poucas grandezas para atribuir às variáveis em jogo (como é o caso da triádica), seria mais fácil haver empates na ponderação (fraca x fraca, média x média, forte x forte), e, nesse caso, reconhecer que ao legislador haveria uma discricionariedade estrutural para conformar os direitos em conflito.

³⁴² *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 465.

³⁴³ “Verfassungsrecht und einfaches Recht”, p. 27.

³⁴⁴ *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 468.

democraticamente legitimada – do legislador para decidir, no âmbito do qual deveriam ser tidas em conta questões relevantes como “a particularidade do campo temático em discussão” e a “possibilidade de se construir um juízo suficientemente seguro” [BVerfGE 50, 290 (333)]³⁴⁵.

Por outro lado, a discricionariedade cognitivo-normativa envolveria, basicamente, a margem de liberdade do legislador na atribuição dos pesos aos direitos em conflitos³⁴⁶. Sua consideração seria mais problemática que a da cognitivo-empírica, pois, quanto mais ampla fosse sua margem, tanto maior seria a subtração, ao controle judicial de constitucionalidade, da análise da vinculação do legislador à Constituição, o que poderia levantar dúvidas quanto a sua compatibilidade com a validade formal da Lei Fundamental, cuja primazia depende da possibilidade do controle judicial³⁴⁷.

Esse problema, contudo, seria menor do que aparenta, tendo em vista que as controvérsias a seu respeito restariam significativamente reduzidas por três fatores. O primeiro seria a discricionariedade estrutural: uma vez constatado que algo se insere no seu âmbito, já estaria afastada qualquer discussão adicional de constitucionalidade. O segundo consistiria na lei de ponderação epistêmica (aplicável a ambas as subespécies de discricionariedade epistêmica), que exigiria que, quanto mais intensa uma intervenção, maior deva ser a certeza sobre as premissas que a sustentam, de modo que intervenções intensas não seriam abandonadas à discricionariedade política. E, por fim, nos problemas remanescentes, haveria que considerar apenas ser admissível a retirada do controle judicial dentro dos limites reconhecidos para a discricionariedade epistêmico-normativa, cuja conformação seria determinável apenas por meio da ponderação de princípios formais e materiais³⁴⁸.

3.8.3.3 Distinção entre normas de ação e normas de controle

Outra manifestação da teoria jurídico-funcional no sistema jurídico

³⁴⁵ Ibid., p. 469. Nota-se, aí, um diálogo de Alexy com a teoria das densidades de controle judicial, que será tratada no subitem 3.8.3.5, *infra*.

³⁴⁶ *A Theory of Constitutional Rights*, p. 415.

³⁴⁷ “Verfassungsrecht und einfaches Recht”, p. 28, 29.

³⁴⁸ Ibid., p. 29.

germânico voltada a assegurar um espaço de atuação ao legislador imune à revisão judicial é a diferenciação entre *normas de ação* (ou *funcionais*) e *normas de controle*. Uma mesma norma constitucional poderia ter função de norma de ação ou de norma de controle. Para os órgãos estatais que atuam ativamente, como o parlamento, uma norma constitucional seria uma norma de ação, ou seja, uma diretriz e um limite para a ação, ao passo que para o tribunal constitucional, a mesma norma seria uma norma de controle, pela qual se mediriam as ações ou omissões dos outros órgãos estatais³⁴⁹. Contudo, pela mesma norma o legislador estaria constitucionalmente obrigado a realizar mais do que a jurisdição constitucional poderia controlar³⁵⁰.

A distinção entre normas de ação e de controle seria notada na interpretação e na aplicação direito. A máxima da proporcionalidade, por exemplo, como norma de ação, imporá ao legislador a promoção otimizada de todos os interesses envolvidos, ao passo que o tribunal constitucional, por razões jurídico-funcionais, normalmente faria um controle de densidade reduzida, só reconhecendo uma violação inconstitucional caso a solução legislativa fosse totalmente inadequada ou completamente insatisfatória³⁵¹. Assim, a discriminação entre normas de controle e de ação poderia lançar luzes sobre o problema da densidade de controle em constelações multipolares³⁵².

³⁴⁹ Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 224

³⁵⁰ Hesse, "Die verfassungsgerichtliche Kontrolle...", p. 558.

³⁵¹ Schlaich, *ob. cit.*, p. 225, 226.

³⁵² Calliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, p. 590, 591. Jorge P. da Silva reserva a expressão "relações multipolares" para hipóteses em que haveria mais de três polos na relação jurídica, o que ocorreria, sobretudo, em razão do desdobramento de um ou até vários polos da relação jurídica. Assim, por exemplo, poderia haver pluralidade de agressores de um mesmo direito fundamental não colacionáveis num único grupo, por darem origem a distintos nexos causais (p. ex.: degradação de um curso d'água causada por indústria química e agricultores); pluralidade de vítimas ocupando distintas posições jurídicas e, logo, tampouco redutíveis a um único grupo (p. ex.: fumantes ativos e fumantes passivos, ambos vítimas da indústria do tabaco); combinação dos dois fatores anteriores (p. ex.: consumidores e produtores tradicionais ameaçados por alimentos geneticamente modificados desenvolvidos por cientistas e produzidos por agricultores); repartição da concretização dos deveres de proteção entre distintas esferas públicas e (também) privadas (p. ex.: Estado como regulador, delegando a algumas entidades privadas funções protetoras). *Deveres do Estado...*, p. 150 e 164-166. No presente trabalho, contudo, opta-se por utilizar o termo "multipolar", como Calliess, para aludir às conjunturas triangulares, até porque, a despeito da maior complexidade das relações exemplificadas por Silva, os referidos desdobramentos de um ou mais polos não parecem capazes de eliminar o caráter triangular de tais relações, é dizer, cada um dos elementos desdobrados continuam orientados a um de três polos: perturbador, vítima ou Estado-protetor.

3.8.3.4 Assimetria entre proibição de insuficiência e do excesso

Por várias razões, a maior parte dos autores advoga que o dever de proteção associado à proibição de insuficiência teria uma menor eficácia ou, em outras palavras, um menor conteúdo de garantia que o dever de abstenção vinculado a proibição do excesso³⁵³.

Em prol dessa lógica, sustenta-se que seria excessivo impor ao Estado, nas suas condutas omissivas, o mesmo ônus de argumentação exigível para motivar sua atuação positiva. Afinal, para intervir num direito fundamental, cumpre-lhe fundamentar tão somente o emprego de um determinado meio, ao passo que, no âmbito do dever de proteção, seria mister justificar cada um dos meios omitidos, ou mesmo sua omissão total³⁵⁴.

Alega-se, outrossim, que, comparativamente com as hipóteses em que está em jogo o direito de defesa, a elaboração de normas voltadas a atender os deveres de proteção envolve pesados ônus prognósticos. Muitas vezes, é difícil prever como funcionarão os meios de proteção: a análise sobre sua eficácia depende do ponto de vista do observador. Por tais razões, nessas situações, deveria ser assegurada ao legislador uma maior margem de discricionariedade³⁵⁵.

Aduz-se, ainda, que, em regimes democráticos, a partir de um cálculo político de que haveria na sociedade, potencialmente, mais vítimas que perturbadores, os agentes estatais tenderiam a intervir constantemente na liberdade de alguns para manter e aumentar a proteção de outros, visando à preservação da maioria parlamentar e à reeleição³⁵⁶. Diante da postura estatal sempre orientada para a ação – e não para a omissão –, estimulada, também, pela constante divulgação dos novos déficits de proteção pela imprensa, os direitos

³⁵³ Há, ainda, a posição de Mayer. Conforme será tratado no subitem 3.9.2.2, embora refute uma assimetria entre deveres de defesa e de proteção, o autor defere apenas ao Legislativo o mesmo grau de liberdade para o controle do excesso e da insuficiência, limitando, contudo, quanto ao último, a intensidade de controle realizável pelo Judiciário.

³⁵⁴ Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 65, 66. Essa verdadeira diferença estrutural entre dever de defesa e dever de proteção é reforçada na análise de Alexy, conforme será visto no subitem 3.9.1.2 deste capítulo.

³⁵⁵ Störing, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 154-156.

³⁵⁶ Krings, *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche*, p. 101.

fundamentais careceriam muito mais de defesa contra intervenções estatais que de proteção contra perturbações de particulares³⁵⁷. Nesse sentido, é disseminada na doutrina alemã a ideia de que os direitos fundamentais seriam dotados de uma “orientação liberal”, e a ementa do mais célebre julgado do TCF (“caso Lüth”) inicia-se com a afirmação de que “Os direitos fundamentais são em primeira linha direitos de defesa do cidadão contra o Estado”³⁵⁸.

Além disso, argui-se a existência de uma diferença qualitativa entre as dimensões da defesa e de proteção. Muito embora admita-se que a sociedade também produza ameaças a direitos fundamentais, alguns deles de escala planetária, assume-se que, de modo geral, é mais fácil escapar de perigos privados que daqueles produzidos pelo Estado, dado o caráter absoluto destes³⁵⁹.

Assim, a proibição de insuficiência gozaria de uma eficácia atenuada em relação à proibição do excesso, podendo falar-se numa assimetria em favor daquele que intervém no âmbito de liberdade de outrem, desequilíbrio, esse, que não seria passível de objeção, tendo em vista ser tão somente um reflexo do princípio segundo o qual as relações entre os cidadãos são primordialmente livres (primado da sociedade em face do Estado), só podendo o Estado nelas intervir quando especialmente legitimado para isso³⁶⁰.

3.8.3.5 Densidades de controle

Outra expressão do pensamento jurídico-funcional revela-se na decisão do

³⁵⁷ Störring, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 160 e 161.

³⁵⁸ *BVerfGE*, 7,198. No mesmo sentido: Klein, “Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates”, p. 1633.

³⁵⁹ Störring, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 159.

³⁶⁰ Canaris, ob. cit., p. 70 e 134. Entre nós, Van der Broocke também afirma uma proeminência da proibição do excesso sobre a proibição de deficiência, seja em razão da vocação dos direitos fundamentais para manutenção da democracia contra a tirania da maioria, seja para evitar que a proibição de insuficiência sirva como brecha para a instauração de um Estado policial. Na mesma passagem, refere-se a excerto de Alessandro Baratta citado por Ingo Wolfgang Sarlet (*Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência*, in: *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, v. LXXXI, 2005, p. 342), em que se critica a criminalização de condutas praticadas por majorias socialmente excluídas. Na sequência, contudo, depois de haver afirmado a preponderância da proibição do excesso, Van der Broocke, paradoxalmente, afirma que é justamente por isso e para isso que se concebeu a proibição de insuficiência, ou seja, para “romper com a concepção puramente liberal do sistema de direitos fundamentais, fundada basicamente sobre os direitos de defesa tomados pelo seu conceito tradicional, concepção que serve unicamente ao objetivo claro de manutenção do *status quo*”. *Direitos Fundamentais e Proibição da Proteção Deficiente*, p. 60 e 61.

Primeiro Senado do TCF sobre a Lei de Cogestão (*Mitbestimmungsgesetz*), de 1979³⁶¹, em que a corte identificou três possíveis níveis de controle judicial dos diagnósticos (da realidade presente) e prognósticos (da realidade futura) feitos pelo legislador, em ordem crescente de profundidade: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de justificabilidade, plausibilidade, defensabilidade ou sustentabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*), e c) controle intensificado do conteúdo (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*)³⁶². Conforme consta do acórdão, o tipo de controle a ser adotado em cada caso dependeria da “peculiaridade da área temática em questão, das possibilidades de formar um acórdão suficientemente seguro e da importância dos bens jurídicos em pauta”³⁶³.

Em se tratando de *omissões estatais*, aquela Suprema Corte, em regra, somente reconhece a inconstitucionalidade se a violação ao dever de proteção for manifesta³⁶⁴, ou seja, adota um *controle de evidência*, justamente aquele com o menor nível de densidade. Sua utilização pode ser constatada, exemplificativamente, nas três célebres decisões sobre ruído de aeroportos (1981)³⁶⁵, armas químicas³⁶⁶ (1987) e ruído de trânsito (1988)³⁶⁷. Funda-se na premissa de que, em respeito à separação de poderes e ao princípio democrático, o legislativo, legitimado que é pelo voto popular, seria dotado de ampla margem de discricionariedade para a escolha do meio que considerar adequado e suficiente para o cumprimento de um dever constitucional de proteção, de modo que a intervenção do judiciário nessa discricionariedade deveria ser excepcional,

³⁶¹ BVerfGE 50, 290. Entre outras inovações, a lei em questão elevou de 1/3 para a metade o número de representantes dos trabalhadores nos Conselhos Fiscais das sociedades empresárias com mais de 2000 empregados. Vários recursos constitucionais chegaram ao Tribunal Constitucional Federal, ajuizadas por empresas e empregadores, e todas foram julgadas improcedentes, havendo sido reconhecida a constitucionalidade da lei pelo TCF.

³⁶² Segundo bem observa Schlaich, essas três densidades de controle referem-se a um controle das constatações fáticas e prognósticos do legislador, ou seja, do conteúdo legislativo, e não a eventuais falhas do procedimento legislativo, *Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, p. 231-232.

³⁶³ BVerfGE 50, 290, p. 233.

³⁶⁴ Mayer, *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie*, p. 49, e Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 305 e 399. Para Calliess, in: FS für Starck, p. 207.

³⁶⁵ BVerfGE, 56, 54.

³⁶⁶ BVerfGE, 77, 170.

³⁶⁷ BVerfGE, 79, 174.

somente admissível *quando* apurado que o *legislativo nada fez*, ou quando a medida tomada for *totalmente inadequada* ou *completamente insuficiente* para atingir o objetivo de proteção. Em sintonia com essa visão, conforme será visto adiante, a doutrina majoritária entende que o controle de insuficiência deve ser exercido da forma menos intensiva possível, e, portanto, numa profundidade de mero controle de evidência.

Especialmente quanto aos efeitos futuros das medidas escolhidas, critica-se a possibilidade de o juiz substituir com o seu prognóstico aquele realizado pelo legislador. Em prol dessa opinião, alega-se que decisões judiciais somente se poderiam fundar em fatos determinados. Já prognósticos são juízos de probabilidade, e, portanto, não poderiam ser realizados com base em categorias jurídicas. Em se admitindo que o judiciário se sub-rogasse ao legislador em tal tarefa, correr-se-ia o risco de se substituir um prognóstico incerto por outro também duvidoso. A simples maior probabilidade de acerto do prognóstico judicial, por si só, não justificaria tal subrogação³⁶⁸. Como regra, portanto, restaria passível de controle judicial apenas um prognóstico evidentemente equivocado. Quando muito, se o tribunal entendesse imprescindível, seria admitido um controle ao nível da justificabilidade³⁶⁹. A preocupação seria, sobretudo, com o controle intensificado de conteúdo, como o que teria sido realizado nas decisões sobre o aborto³⁷⁰.

De fato, os dois mais célebres casos em que o TCF se afastou de um mero controle de evidência foram os dois acórdãos sobre o aborto, justamente as duas principais referências jurisprudenciais para o surgimento e desenvolvimento teórico da proibição de insuficiência. Em ambos os casos, dada a profundidade com que a corte revisou o diagnóstico e prognóstico legislativos, o que se deu, efetivamente, foi um controle intensificado do conteúdo, apesar de o Tribunal, no segundo daqueles arestos, haver reconhecido explicitamente apenas um controle de justificabilidade:

O legislador deve basear a escolha e à concepção do seu conceito de proteção na avaliação constitucionalmente sustentável,

³⁶⁸ Hesse, “Die verfassungsgerichtliche Kontrolle...”, p. 555.

³⁶⁹ Ibid., p. 556.

³⁷⁰ Ibid., p. 556, e n.r. 40.

para com ele assegurar a proteção da vida em gestação de forma a atender à proibição de insuficiência. Na medida em que suas decisões se baseiam ao mesmo tempo em prognósticos sobre desenvolvimentos fáticos, em especial sobre os efeitos de sua regulamentação, essas previsões devem ser confiáveis; o Tribunal Constitucional Federal examina se elas são justificáveis de acordo com os seguintes critérios.

Ao legislador também se outorga discricionariedade na apreciação, avaliação e configuração se - como aqui - for constitucionalmente obrigado a tomar medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico. A extensão dessa discricionariedade depende de fatores de várias espécies, particularmente da natureza da matéria em causa, das possibilidades de chegar a uma decisão suficientemente segura - especialmente no que diz respeito a desenvolvimentos futuros, tais como os efeitos de uma norma - e da importância dos interesses em jogo [ver BVerfGE 50, 290 (332, 333); 76, 1 (51, 52); 77, 170 (214, 215)]. Se, a partir disso [cf. BVerfGE 50, 290 (333)], podem ser derivados três distintos critérios de controle constitucional, não carece discutir. De todo modo, o controle constitucional se debruça sobre a questão de saber se o legislador considerou suficientemente os elementos acima referidos e se utilizou “de modo justificável” sua margem de discricionariedade. As afirmações contidas na decisão do Senado de 29 de outubro de 1987 [cf. BVerfGE 77, 170 (214, 215)] sobre a admissibilidade de um recurso constitucional contra uma omissão estatal não devem ser interpretadas no sentido de que medidas “que não sejam totalmente inadequadas ou completamente insatisfatórias” já sejam suficientes para o cumprimento do dever estatal de proteção da vida humana.³⁷¹

No curso do controle de justificabilidade, situado a meio termo entre o de evidência e o intensificado, cumpriria ao Judiciário apurar se o legislador, quando dos diagnósticos e prognósticos realizados na época da elaboração da lei, atuou razoavelmente segundo as possibilidades de conhecimento que lhe estavam disponíveis, não sendo relevante se suas previsões, posteriormente, acabaram não se realizando. A decisão sobre a Lei de Cogestão cita, dentre outros exemplos desse tipo de revisão, aquela realizada no acórdão sobre a Lei de Salvaguardas

³⁷¹ BVerfGE 88, 203, p. 262, 263. Zwerman-Milstein cita uma série de outros julgados do TCF para demonstrar que a intensidade do controle de omissões legislativas já oscilou entre o mero controle de evidência, o controle de justificabilidade, e, em alguns casos, o controle intensificado de conteúdo. *Grund und Grenzen einer verfassungsrechtlich gebotenen gesundheitlichen Mindestversorgung*, p. 199.

(*Absicherungsgesetz*), cujo trecho mais pertinente é o seguinte:

O princípio do Estado de direito exige que os indivíduos sejam protegidos de interferências desnecessárias por parte das autoridades públicas. Isso também significa que os meios de intervenção devem ser adequados à consecução do objetivo legislativo (*BVerfGE* 17, 306 [313 e s.]). O objetivo e a determinação dos meios adequados pressupõem uma decisão política, seja ela econômica, social ou jurídica. Naturalmente, o legislador deve basear essa decisão numa apreciação das circunstâncias existentes no momento em que a lei foi promulgada. Uma vez que não é possível prever com precisão a evolução, e o curso esperado dos acontecimentos pode tomar um rumo imprevisto por uma diversidade de razões, devem ser aceitos erros sobre o curso do desenvolvimento econômico. Uma medida legal não pode ser considerada inconstitucional simplesmente porque se baseia num prognóstico incorreto (*BVerfGE* 25, 1 [12 e s.]). A questão da adequação de uma lei à sua finalidade não pode, portanto, ser apreciada com base na evolução posterior concreta, mas apenas com base no fato de o legislador poder considerar, do seu ponto de vista, que as medidas eram adequadas para alcançar o objetivo fixado, ou seja, se o seu prognóstico era adequado e justificável na apreciação das inter-relações de política econômica³⁷².

3.8.3.6 Constituição como moldura

Associada à teoria jurídico-funcional, na Alemanha, a ideia de “Constituição como moldura”³⁷³ tem sido invocada por alguns autores para impor limites à função jurisdicional de controle de constitucionalidade. Segundo ela, a Constituição deveria ser vista apenas como uma moldura, onde estariam fixadas apenas barreiras que o legislador não poderia ultrapassar, ao invés de deveres de atuação legislativa. No interior dessa moldura, o legislador estaria livre para atuar. Logo, à jurisdição constitucional restaria tão somente controlar se o legislador não haveria ultrapassado os limites da moldura. O modo como o legislador preenche o interior da moldura não seria passível de controle.

Essa Constituição como moldura seria um contraponto à Constituição como fundamento, na qual já estariam contidos todos os princípios e soluções

³⁷² *BVerfGE* 30, 250, p. 263.

³⁷³ Cf. Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken: Zur Kritik Gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik”, especialmente, p. 186-187.

harmonizadoras a serem observados pelo legislador³⁷⁴. Böckenförde e Jestaedt defendem ser preferível o primeiro modelo, para a retomada de uma concepção liberal dos direitos fundamentais, em que a eles se reconheceria tão somente a função de defesa contra a invasão estatal na esfera de liberdade dos cidadãos³⁷⁵.

Na concepção de Böckenförde, o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais haveria que ser rechaçado, sob pena de, em razão da natureza principiológica dos direitos fundamentais e da proporcionalidade, tendentes à otimização e ao encontro da única solução correta, sucederem-se esforços da justiça constitucional na direção da concretização da Constituição, o que conduziria a uma progressiva e inevitável instalação de um Estado jurisdicional constitucional. Por mais que a corte constitucional buscasse deixar ao legislador uma margem para a conformação da Constituição, os requisitos constitucionais a lhe serem impostos se expandiriam de tal forma que ele acabaria relegado ao papel de mero emissor de regulamentos³⁷⁶.

É importante observar que a adesão a tal modelo implicaria não apenas restringir, senão eliminar a possibilidade de um controle jurisdicional da omissão do legislador e, portanto, da proibição da insuficiência como ferramenta para a revisão judicial da constitucionalidade.

3.9 Modelos

A partir da consideração dos apontados problemas de fundo (margem de discricionariedade legislativa e orientação liberal dos direitos fundamentais), autores que admitem a proibição da insuficiência elaboraram diversas propostas para sua aplicação. É possível classificar em dois grupos os modelos por eles desenvolvidos: aqueles que ancoram a proibição do déficit num controle de proporcionalidade, e aqueles que assim não o fazem.

Não se tem a pretensão de exibir de forma exauriente todas as variantes existentes dentro de cada uma dessas duas matrizes, senão a de expor algumas delas, bastantes para que se percebam nuances significativas para os fins desta

³⁷⁴ Böckenförde, “Grundrechte als Grundsatznormen”, p. 198.

³⁷⁵ Virgílio A. da Silva, “Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico”, p. 129.

³⁷⁶ “Grundrechte als Grundsatznormen”, p. 29 e 30.

pesquisa.

3.9.1 Proibição do déficit relacionada com a proporcionalidade

3.9.1.1 Claus-Wilhelm Canaris: o precursor

O trabalho de Canaris é focado na relação entre direitos fundamentais e direito privado, e funda a proibição de insuficiência na ideia forte do imperativo de tutela.

O autor parte da consideração de que as normas de direito privado tanto poderiam representar intervenções em direitos fundamentais de uma parte como garantias de proteção dos direitos fundamentais de outra, e, muitas vezes, isso ocorreria simultaneamente. Em tais casos, haveria que controlar, de um lado, se a norma intervém excessivamente no direito fundamental de um, e, de outro, se a proteção do outro não fica aquém do mínimo de tutela imperativamente imposta pela Constituição³⁷⁷. Nas hipóteses de fronteira, em que fosse difícil distinguir se estaria em questão a função do imperativo de tutela ou a função de proibição de intervenção, deveria ser dada preferência à última, e, portanto, realizar-se o controle do excesso³⁷⁸.

Em regra, haveria para o legislador um espaço bastante amplo para conformação, situado entre os extremos do excesso e da insuficiência, e que só excepcionalmente seria reduzido a zero³⁷⁹. Um exemplo seria a conformação legislativa da idade pertinente à capacidade negocial: se ficasse em 25 anos, poderia ser excessiva, e, diminuída para 14 anos, insuficiente³⁸⁰.

A eficácia da função de imperativo de tutela (conjugada com a proibição de insuficiência) seria substancialmente mais tênue que a da função dos direitos fundamentais como proibição de intervenção (associada com a proibição de

³⁷⁷ *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 34.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 68 ss., e 134.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 122. Já em “Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip im Privatrecht, in: Juristische Schulung, p. 163 e 164, o autor fala num espaço de conformação legislativo mais ou menos amplo, que, contudo, poderia ser reduzido a zero, o que mereceria atenção, sobretudo nos direitos fundamentais sem reserva.

³⁸⁰ *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 34, 35.

excesso)³⁸¹, pelas seguintes razões:

- 1) Por se tratar de omissão, dever-se-ia superar um *primeiro limiar de argumentação*: a fundamentação da existência de um *dever jurídico de agir*;
- 2) Não seria imponível ao Estado o mesmo ônus de argumentação no caso da intervenção, pois, ali, ele deveria fundamentar uma única medida – exatamente aquela que se considera –, ao passo que na omissão deveria ele argumentar em relação a uma multiplicidade de medidas de proteção omitidas, ou mesmo quanto à total ausência de intervenção;
- 3) O legislador possuiria amplo espaço de livre conformação, pois a realização da função de imperativo de tutela se daria por meio do direito ordinário, que não estaria totalmente pré-determinado na Constituição³⁸².

Portanto, não seria possível transpor, sem modificações, o princípio da proporcionalidade – conforme desenvolvido no contexto da proibição de excesso – para a concretização da proibição de insuficiência, embora aqui também as considerações de proporcionalidade desempenhassem um papel, tal como em todas as soluções de ponderação³⁸³.

Canaris não aborda explicitamente o tema da profundidade da revisão judicial das avaliações empíricas e normativas do legislador no caso de controle de insuficiência. Infere-se, porém, que ele inculca uma densidade de controle menor que a que se faz possível na proibição do excesso, quando ele imputa à proibição de insuficiência uma eficácia reduzida em comparação com aquela da proibição de excesso.

No caso de intervenção num direito fundamental, antes de se apurar se, de fato, seria o caso de controle de insuficiência, seria de rigor verificar se a intervenção fora realizada com base num imperativo constitucional de tutela. Para tanto, cumpriria valer-se de uma série de critérios, inclusive, se fosse o caso, da

³⁸¹ “Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip im Privatrecht”, p. 168.

³⁸² *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 65, 66.

³⁸³ *Ibid.*, p. 66, 67.

ponderação entre os interesses e direitos constitucionais contrapostos³⁸⁴.

Uma vez constatado o imperativo de tutela, e, portanto, o “se” do dever de proteção, cumpriria, já num segundo limiar argumentativo, apurar o “como”, fase na qual se daria uma nova ponderação com os bens e interesses contrapostos (para apurar se eles não teriam sido sobreavaliados), à guisa de “sintonia fina” do imperativo de tutela. Nesse propósito, cumpriria avaliar – nos moldes quanto afirmados pelo TCF na segunda decisão do aborto – se a proteção infraconstitucional seria *eficaz e apropriada*³⁸⁵.

Haveria que considerar, em todo caso, que o legislador disporia de um amplo espectro de diferentes instrumentos para a proteção de direitos fundamentais, de modo que não se deveria aferir a suficiência de alguma medida isoladamente considerada, senão o instrumental existente na *sua globalidade e no seu funcionamento conjunto*³⁸⁶.

3.9.1.2 Robert Alexy

Esse autor aborda a questão da proibição de insuficiência no âmbito das constelações triangulares (proteção via intervenção), e deixa claro ser o seu propósito refutar os temores de que uma potencial expansão dos direitos fundamentais, representada pela tríade *ubiquidade* (irradiação sobre todo o ordenamento jurídico), *otimização* (estrutura de princípios, e, portanto, mandados de otimização via proporcionalidade) e *atividade* (surgimento de direitos fundamentais a condutas estatais positivas), impulsionaria uma superconstitucionalização dos conflitos intersubjetivos e, conseqüentemente, a

³⁸⁴ A começar por um pressuposto: deveria ser apurada a *aplicabilidade da hipótese normativa do direito fundamental* em prol do qual seria devida a tutela, ou seja, não haveria falar em imperativo de tutela se o direito fundamental de que ele decorreria fosse claramente inaplicável; em seguida, deveria ser apurada a existência de efetiva *necessidade de proteção* desse direito fundamental, conforme a consideração dos seguintes indicadores: a) eventual ilicitude da intervenção; b) colocação em perigo (considerada a globalidade de proteção fornecida pela ordem jurídica); c) dependência do titular do direito fundamental em relação à parte privada titular do direito contraposto (ausência de alternativa para o lesado); d) natureza e hierarquia do bem jurídico constitucionalmente protegido; e) peso da intervenção ou intensidade da ameaça; f) possibilidade de autoproteção do titular do direito atingido ou ameaçado; g) peso dos interesses ou direitos fundamentais contrapostos. *Ibid.*, p. 113-115.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 124.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 110, 117 e 118.

hipertrofia da jurisdição constitucional em detrimento da margem de discricionariedade do legislador democrático³⁸⁷.

O autor parte da constatação de que direitos de defesa e direitos de proteção teriam uma estrutura distinta. Os direitos de defesa seriam proibições dirigidas, *prima facie*, contra *toda e qualquer* medida tendente a eliminá-los ou restringi-los. Já os direitos de proteção seriam, *prima facie*, comandos para que se defenda, resgate ou proteja algo, sem especificar um meio. Portanto, enquanto os direitos de defesa seriam satisfeitos por uma abstenção de toda e qualquer afetação negativa, possuindo uma estrutura *conjuntiva*, os direitos de proteção poderiam ser satisfeitos por distintos meios, o que lhes conferiria uma estrutura *disjuntiva* ou *alternativa*³⁸⁸. Essa diferença estrutural implicaria distinções significativas entre o teste de proporcionalidade para aferir eventual lesão a um direito de defesa e o teste de proporcionalidade aplicável para apurar eventual violação do direito de proteção³⁸⁹.

Para a perquirição de potenciais lesões ao direito de defesa, o autor refere-se ao exame de proporcionalidade na sua concepção clássica. Não haveria diferença lógica nessa verificação, fosse a intervenção no direito de defesa justificada por um direito a proteção ou por bem coletivo. A prova seria subdividida nos testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O último equivaleria à “lei de ponderação”, segundo a qual *quanto mais alto o grau de não cumprimento ou restrição a um princípio, tanto maior deve ser a importância da realização do outro*. O autor, em trabalho precedente, traduzira mais detalhadamente a estrutura da proporcionalidade e.s.e. em uma fórmula por ele conhecida como *fórmula do peso*³⁹⁰, cuja versão mais simplificada tem a seguinte composição³⁹¹:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

³⁸⁷ “Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz”, p. 105, 106.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 108.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 109.

³⁹⁰ Descrita em *A Theory of Constitutional Rights*, p. 408 ss.

³⁹¹ “Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz”, p. 109, 110.

Nessa equação, $G_{i,j}$ representa o peso concreto do princípio P_i , i.e., o peso nas circunstâncias em que ele colidisse com o princípio P_j . I_i ilustra a intensidade da intervenção em P_i por força do meio M , cuja proporcionalidade é objeto do teste. I_j simboliza a intensidade de afetação negativa que a ausência de intervenção em P_i , ou seja, que $\neg M$ (correspondente à retirada de M) produziria sobre P_j . G_i e G_j traduzem os pesos abstratos de P_i e P_j . Já S_i e S_j ilustram a segurança das suposições empíricas sobre o que a medida M significaria, respectivamente, para não realização de P_i e para a realização de P_j . Como, em muitos casos, os pesos abstratos dos princípios colidentes seriam idênticos, bem como as referidas suposições empíricas seriam equivalentes, o autor supõe que, no exemplo sob consideração, as variáveis G_i e G_j neutralizariam uma à outra, o mesmo se dando com as variáveis S_i e S_j , de modo que a fórmula restaria assim simplificada³⁹²:

$$G_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

Em seguida, cumpriria atribuir valores a I_i e I_j , a partir de uma escala. Quanto mais graduações (divisões) essa escala comportasse, mais difícil seria classificar (atribuir pesos a) as intensidades I_i e I_j , e, conseqüentemente, mais complicada se tornaria a aplicação da fórmula do peso. Por conseguinte, para viabilizar a operacionalidade da fórmula, o autor sugere uma escala sem muitas divisões, triádica, composta pelas grandezas *fraca* (*l*: “leicht”), *média* (*m*: “mittel”) ou *forte* (*s*: “schwer”), embora, alternativamente, fosse possível também a atribuição de pesos em números, como, respectivamente, $2^0 = 1$, $2^1 = 2$, e $2^2 = 4$ ³⁹³. A ordenação de tais cardinais em progressão exponencial (1, 2, 4) permitiria exprimir a circunstância de que, à medida que aumenta a intervenção num princípio, sua força de resistência não progride aritmeticamente, senão geometricamente³⁹⁴.

Descrita a fórmula utilizável, Alexy sustenta que ela explicaria o caminho

³⁹² Ibid., p. 111.

³⁹³ Ibid., p. 112. Em *A Theory of Constitutional Rights*, p. 405, o autor afirma que a grandeza *leicht* poderia ser vista com várias acepções para além de *leve*, como *pequena* ou *fraca*, ao passo que *schwer* também poderia ser entendida, além de *pesada*, como *alta* ou *forte*. Daí que se optou, aqui, respectivamente, pelos termos *fraca* e *forte*.

³⁹⁴ Idem, “La Fórmula del Peso”, pos. 376.

tomado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no caso *Titanic*, decidido em 1992³⁹⁵. Esse é o nome de uma revista satírica, que se referiu a um oficial da reserva paraplégico como sendo um “assassino nato” (*gen. Mörder*) e, numa edição posterior, chamou-o de aleijado (*Kröpper*). O Tribunal Regional Superior de Düsseldorf condenara a *Titanic* a pagar ao oficial uma indenização no valor de 12.000 marcos alemães. A revista recorreu ao TCF, que, ao apreciar o processo, ponderou a liberdade de expressão do pensamento da revista (P_i) com o direito geral à personalidade do oficial da reserva (P_j). Na visão de Alexy, o TCF teria atribuído ao valor da indenização (M) uma intensidade (I_i) forte (s) sobre o direito à liberdade de expressão da revista. Uma intervenção tão alta só poderia ser considerada proporcional caso a intensidade da proteção do direito do oficial da reserva tivesse um significado, pelo menos, tão alto. Examinando as duas publicações, o tribunal teria atribuído ao impacto sobre o direito do oficial (I_j) gerado por eventual retirada da indenização ($\neg M$) no caso da ofensa de “assassino nato” uma intensidade média (m), ao passo que, no caso da injúria “aleijado”, uma intensidade forte (s). Transferindo tais situações para a fórmula do peso e substituindo médio por 2 e forte por 4, teríamos que, na primeira ofensa, haveria um resultado de $4/2$, e, portanto, a indenização seria uma intervenção desproporcional no direito da revista. Diferentemente, no segundo agravo, o resultado seria $4/4$, e a indenização não poderia ser considerada desproporcional³⁹⁶.

Já para a aferição de eventual violação do direito de proteção (e, portanto, da proibição do déficit), Alexy só trata do teste de proporcionalidade e.s.e³⁹⁷. Esse exame seria significativamente distinto daquele exposto no caso *Titanic* (apto apenas ao controle de ofensas ao direito de defesa), sobretudo em função da estrutura disjuntiva dos direitos a proteção, que exigiriam que fossem avaliadas não apenas uma, mas diversas possíveis medidas protetivas.

Esse mesmo teste também seria apto a indicar, simultaneamente, eventual

³⁹⁵ BVerfGE 86, 1.

³⁹⁶ “Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz”, p. 111, 112.

³⁹⁷ Dado o silêncio do autor, é possível que ele considere que os testes de adequação e necessidade seriam dispensáveis para a apuração da proporcionalidade na proibição de insuficiência.

afronta ao direito de defesa (e, logo, à proibição do excesso), o que leva o autor a afirmar que ambas as proibições (insuficiência e excesso) seriam aspectos do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) e, de modo nenhum, regras separadas³⁹⁸.

Alexy ilustra sua proposta a partir de um modelo simplificado, aplicável a um potencial conflito envolvendo o aborto. De um lado, haveria o direito do nascituro à vida (P_i), carente de proteção estatal, e, do outro, o direito de personalidade da mãe (P_j), a ser defendido com a intervenção estatal. Então, ele concebe quatro medidas voltadas à proteção contra o aborto, M_1 a M_4 , seguindo uma ordem decrescente de intensidade protetiva (U_i) e, correspondentemente, de intensidade de intervenção no direito de defesa (I_j). As medidas seriam: M_1 – proibição do aborto, salvo em razão de perigo à vida da mãe; M_2 – proibição do aborto, salvo em caso de perigo de vida da mãe ou por razões sociais; M_3 – permissão do aborto, exigindo-se apenas um aconselhamento, somado à possibilidade de uma ajuda financeira; M_4 – permissão do aborto. Em todo caso, as permissões seriam apenas nos primeiros três meses da gestação³⁹⁹.

Tendo em conta as medidas consideradas no seu exemplo, para se referir às intensidades de proteção de cada meio e às respectivas intensidades de suas afetações negativas ao direito de defesa, o autor se vale novamente da escala triádica de grandezas. Alexy imputa, então, as seguintes grandezas de proteção a cada uma das medidas: M_1 : s, M_2 : m, M_3 : m, e M_4 : l. Já os impactos negativos sobre os direitos de defesa seriam, em sua opinião: M_1 : s, M_2 : m, M_3 : m (P_K), e M_4 : l⁴⁰⁰.

Segundo Alexy, a pergunta-chave para a detecção da violação da proibição da insuficiência seria se o direito de proteção teria sido violado. Para respondê-la, cumpriria verificar se a intensidade da proteção seria relativamente inferior à intensidade da intervenção no direito de defesa. Nesse propósito, seria mister

³⁹⁸ “Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz”, p. 115.

³⁹⁹ Ibid., p. 113.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 114. P_K representaria o princípio do peso financeiro sobre o Estado. Trata-se de um princípio material, cujo peso pode depor contra a viabilidade da implementação de uma medida. No exemplo de Alexy, a implementação de M_3 demandaria custos ao erário (ajuda financeira). Não fosse a existência desses custos, o impacto de M_3 sobre P_j seria fraco (l). Contudo, dada a agregação de P_K , o impacto foi majorado para médio (m). Ibid., p. 115.

considerar a intensidade de intervenção no direito de proteção ($\neg M$) como sendo a intensidade de não proteção gerada pela escolha, em vez de M_n , de alguma medida com grau de proteção imediatamente inferior, como, por exemplo, M_2 ou M_3 em vez de M_1 , ou M_4 em vez de M_2 ou M_3 . O autor designa esse processo como “regra da negação em cadeia”, que não seria uma negação geral – sem um contrário –, mas relativa⁴⁰¹. A partir desse método, *Alexy* imputa às intensidades de não proteção ($\neg M$) as seguintes grandezas: $\neg M_1: l$, $\neg M_2: m$, $\neg M_3: m$, $\neg M_4: s$.⁴⁰²

Assim, no caso das medidas sobre o aborto, haveria que curar, a um só tempo, de não violar a proibição da insuficiência e a proibição do excesso. A vedação de insuficiência seria infringida quando o princípio da proporcionalidade fosse ofendido por meio de uma omissão de proteção; já a proibição do excesso restaria violada se um direito de defesa fosse atingido por uma ação desproporcional⁴⁰³. Desse modo, haveria que descartar M_1 , que, embora protegesse suficientemente P_i (afinal, $\neg M_1: l$) seria desproporcional em relação a P_j (onde $I_{j1}: s$), violando a proibição do excesso, e M_4 , que, embora não interviesse excessivamente em P_j (pois $I_j: l$), protegeria P_i de forma desproporcionalmente insuficiente ($\neg M_4: s$). Logo, restariam duas medidas, M_2 e M_3 , cujas grandezas envolvidas estariam no mesmo nível (m) e, portanto, não seriam proporcionalmente violadoras do excesso nem da insuficiência, de modo que o legislador teria discricionariedade para escolher entre qualquer delas⁴⁰⁴.

Em razão desse modelo (que considera, conjugadamente, excesso e insuficiência no âmbito da proporcionalidade), o autor concorda com a afirmação de Hain de que a proibição de insuficiência não conteria o que já não fizesse parte do princípio da proporcionalidade. Contudo, dele discorda no ponto em que Hain afirma que o resultado dos testes da proibição de insuficiência e de excesso

⁴⁰¹ Ibid., p. 114. É uma negação relativa porque a intensidade I_i sobre o direito de proteção P_i resultante da negação (supressão) da medida M_n depende da diferença entre sua intensidade de proteção e a intensidade de proteção da medida M_{n+1} imediatamente menos protetiva que restaria em seu lugar.

⁴⁰² Ibid., p. 114.

⁴⁰³ Ibid., p. 115, n. de rodapé 22.

⁴⁰⁴ Ibid., p. 115.

conduziriam sempre a uma mesma e única medida proporcionalmente viável⁴⁰⁵.

O empate entre grandezas M_2 e M_3 demonstraria, segundo Alexy, que os direitos a proteção não privariam o legislador de uma margem de discricionariedade estrutural (existente quanto a Constituição claramente nem determina, nem proíbe algo). Justamente porque, também no âmbito dos direitos a proteção, o legislador não estaria jungido a uma única solução possível, o autor acredita haver afastado as objeções de que a expansão dos direitos fundamentais, representada pela tríade *ubiquidade*, *otimização* e *atividade*, resultaria numa hipertrofia da jurisdição constitucional em detrimento da margem de discricionariedade do legislador⁴⁰⁶.⁴⁰⁷

3.9.1.3 Martin Borowski

Borowski toma por premissa a concepção dos direitos fundamentais como mandados de otimização, e busca determinar a proibição de insuficiência por meio de um teste de proporcionalidade. Esse autor faz modificações no controle de proporcionalidade trifásico usualmente empregado na proibição do excesso (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), adaptando-o para a detecção da proibição de *proteção* insuficiente em constelações triangulares.

Uma das diferenças em relação ao teste da vedação do excesso seria que, enquanto nesse há como ponto de referência uma ação estatal interventiva específica, no controle da insuficiência deveriam ser consideradas todas as possíveis ações estatais de promoção do direito⁴⁰⁸.

No primeiro subteste, voltado a constatar a adequação do meio, seria mister apurar se, por meio da omissão, o Estado promoveria uma finalidade legítima. É dizer que, em outras palavras, se a omissão, apesar de trazer um prejuízo à realização de um direito fundamental que deveria ser promovido, for apta a

⁴⁰⁵ Ibid., mesma página. As afirmações de Hain estão em “Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?”, p. 983.

⁴⁰⁶ Ibid., p. 105, 106 e 118 ss.

⁴⁰⁷ Klatt e Meister aderem ao modelo de Alexy para apuração da proibição de insuficiência, aplicando-o ao caso *Hatton* da Corte Europeia de Direitos Humanos. *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 85 ss.

⁴⁰⁸ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 195-198.

fomentar a realização de outro bem ou direito constitucional, ela seria *adequada*⁴⁰⁹.

Já o subteste da *necessidade* restaria esvaziado: a necessidade de uma determinada conduta omissiva só restaria afastada se fosse possível cogitar uma medida alternativa que preenchesse duas condições: a) promovesse mais intensamente o direito fundamental a prestação; b) prejudicasse de forma igual ou menos intensa o princípio conflitante. Ocorre que a única alternativa que permitiria promover mais intensamente o direito a prestação (condição “a”) seria a execução da medida omitida, fato que, por sua vez, desatenderia à condição de prejudicar de forma igual ou menos intensa o princípio conflitante (condição “b”). Afinal, se, no primeiro subteste, a omissão fosse considerada *adequada* para fomentar o princípio conflitante, não haveria como admitir, no subteste seguinte, que seu oposto (a execução da medida excluída) pudesse fomentá-lo em grau igual ou superior. Logo, para o autor, no teste da proibição de insuficiência, toda medida adequada seria também necessária⁴¹⁰.

Por fim, no subteste da *proporcionalidade em sentido estrito*, cumpriria atribuir à medida adequada e necessária um peso para a intensidade como promove o direito à prestação, e outro à intensidade com que restringe o direito ou princípio com ele colidente. Seria proporcional caso o peso da intensidade de promoção do direito a prestação fosse superior à intensidade de restrição ao direito ou princípio colidente. Caso fossem aprovadas como proporcionais, nesse teste, várias medidas, restaria adotar um critério adicional para decidir qual delas deveria prevalecer (aqui, porém, já não se trataria do teste de proporcionalidade). Depois de ensaiar diversos modelos [escolha daquela (1) com maior intensidade de promoção, (2) com maior diferença entre as intensidades de promoção e restrição, ou (3) com maior quociente entre a intensidade de promoção e a de restrição], conclui Borowski que o primeiro seria o modelo com mais vantagens e menos desvantagens operacionais, i. e., via de regra, o Estado deveria escolher a medida que mais intensamente promovesse o direito fundamental a prestação⁴¹¹. Assim, para o autor, a *Untermassverbot* afasta-se claramente de uma proteção mínima,

⁴⁰⁹ Ibid., p. 198, 199, e n.r. 173.

⁴¹⁰ Ibid., p. 199-201.

⁴¹¹ Ibid., p. 201-205.

exigindo do legislador uma proteção ótima.

Por fim, na linha de Alexy, Borowski reconhece a existência de margens de discricionariedade estrutural e cognitiva (empírica e normativa) para o legislador, com impacto, por exemplo, na intensidade do controle judicial dos meios escolhidos e da proporcionalidade em sentido estrito⁴¹².

3.9.1.4 Carlos Bernal Pulido

Para fins de identificar as hipóteses em que seria aplicável o controle de insuficiência em vez do de excesso, o autor distingue entre *configuração* (afetação positiva) e *intervenção* (afetação negativa) de um direito fundamental. No primeiro caso, a norma teria por intenção tornar viável o exercício e a realização do direito. No segundo, o propósito seria de restringir alguns de seus conteúdos normativos⁴¹³.

Toda posição jusfundamental *prima facie* reclamaria para si uma máxima realização possível. Portanto, mesmo no caso das *afetações positivas*, seria de aplicar o princípio da proporcionalidade, embora não na sua versão de proibição do excesso, mas como proibição de proteção insuficiente⁴¹⁴.

Pulido ressalta que, normalmente, cada lei conteria uma variedade de normas que, em seu conjunto, afetariam tanto positiva como negativamente os direitos fundamentais. Logo, haveria que considerar se cada posição individual que, *prima facie*, reclamasse uma realização máxima, estaria sendo afetada negativa ou positivamente. Além disso, seria possível que uma lei cuja pretensão inicial fosse afetar positivamente um determinado direito, na prática, viesse a produzir uma afetação negativa, de modo que, nesse caso, deveria ser controlada como uma *intervenção*⁴¹⁵.

Para o autor, para bem aplicar o controle de proporcionalidade (seja no excesso ou na insuficiência), cumpriria diferenciar, ainda, entre *fim imediato* e *fim mediato*. Fim imediato seria o estado de coisas fático ou jurídico a ser alcançado pelo legislador, em razão de estar ordenado por um princípio constitucional, que,

⁴¹² Ibid., p. 205-207.

⁴¹³ *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, pos. 15497.

⁴¹⁴ Ibid., pos. 15543-15548.

⁴¹⁵ Ibid., pos. 15524-15537.

por sua vez, consistiria no fim mediato⁴¹⁶. No caso da proibição de insuficiência, o estado de coisas (fim imediato) visado seria conseguir que o princípio relevante fosse restringido na menor medida possível⁴¹⁷.

De forma geral, Pulido concebe a estrutura do controle de insuficiência de modo semelhante à do controle do excesso, no sentido de que ambas seriam compostas por três subprincípios: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (e.s.e). Haveria, contudo, a necessidade de algumas adaptações, já a partir dos pressupostos de aplicação.

Assim, para que incida o controle de insuficiência, seria mister verificar se a posição jurídica supostamente afetada pela norma a ser objeto de controle seria imputável a um direito fundamental *prima facie* de proteção em sentido amplo⁴¹⁸. Portanto, o objeto de controle de proporcionalidade, na proibição de deficiência, seria a norma ou abstenção normativa que produzisse uma intervenção no direito fundamental *prima facie* (princípio relevante) de proteção. Para que tal afetação negativa se caracterize, seria necessário que, entre a norma ou abstenção legislativa sob consideração e o direito fundamental relevante, não exista um nexo de causalidade ou idoneidade positiva que persiga a realização do direito relevante na maior medida possível⁴¹⁹.

Já quando se adentram, propriamente, os subcritérios do controle de proporcionalidade na proibição de deficiência, a aferição da *idoneidade* seguiria, *mutatis mutandis*, as mesmas regras aplicáveis à sua verificação no âmbito do

⁴¹⁶ Para a determinação do fim do legislador, o tribunal constitucional poderia perquirir na própria Constituição (p. ex., nas reservas específicas de regulação do direito fundamental), no texto da lei sob consideração (interpretação teleológico-objetiva de seu preâmbulo e dispositivos) ou na exposição de motivos e trabalhos parlamentares (interpretação teleológico-subjetiva). Ibid., pos. 15974-15982.

⁴¹⁷ Ibid., pos. 15982-15990.

⁴¹⁸ Ibid., pos. 17590-17598. Tais direitos portariam a pretensão *prima facie* de desenvolvimento de diversos deveres de atuação por parte do Estado, com vistas a assegurar o desfrute efetivo das liberdades (direitos de proteção em sentido estrito), a prover os meios indispensáveis para seu exercício e para a satisfação das necessidades básicas (direitos sociais) e a disponibilizar os procedimentos e a organização institucional necessária para que o Estado possa tutelar adequadamente todos os direitos fundamentais (direitos à organização e ao procedimento). Ibid., pos. 17571.

⁴¹⁹ Ibid., pos. 17607-17615.

controle de excesso, podendo-se afirmar que a *idoneidade*⁴²⁰ não restaria atendida quando, além de afetar negativamente um direito fundamental de proteção, a norma legal ou abstenção legislativa não favorecesse a realização de um fim constitucionalmente legítimo buscado pelo legislador. Caso, contudo, esse fim fosse promovido, não haveria reprovação no teste, a despeito da intervenção⁴²¹.

Em seguida, na prova da *necessidade*, também valeriam, *mutatis mutandis*, os mesmos critérios aplicáveis na proibição do excesso, sendo que, na proibição de insuficiência, ela só não restaria atendida se houvesse abstenção legislativa ou medida legal alternativa que favorecesse a realização do fim buscado pelo legislador com, pelo menos, a mesma intensidade, mas promovesse mais intensamente a realização do direito fundamental de proteção⁴²².

No subtteste seguinte, consistente na *proporcionalidade e.s.e.*, também incidiriam, *mutatis mutandi*, os mesmos preceitos válidos no controle de excesso, de maneira que a abstenção legislativa ou norma legal que afetasse negativamente o direito fundamental de proteção seria desproporcional e.s.e. caso o grau de favorecimento ao fim do legislador fosse inferior ao grau de não realização do direito fundamental relevante⁴²³.

Por fim, Pulido defende que, em conjunturas de colisão entre um direito fundamental de defesa e um direito fundamental de proteção, ambos os controles, de excesso e de insuficiência, deveriam ser aplicados. Nesse caso, a ausência de realização máxima do direito de proteção só seria aceitável se assim fosse exigido para a realização do direito de defesa, e, do mesmo modo, a intervenção no direito de defesa só seria admissível à medida que ela fosse necessária à realização do direito de proteção. Em todo caso, deveriam ser respeitadas as margens de apreciação empírica e normativa do legislador⁴²⁴.

3.9.1.5 Laura Clérico

⁴²⁰ Também referido por outros autores, como Borowski (v. subitem anterior), como teste da *adequação*.

⁴²¹ *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, 17615-17624.

⁴²² *Ibid.*, pos. 17633.

⁴²³ *Ibid.*, pos. 17641.

⁴²⁴ *Ibid.*, pos. 17648.

A autora defende a utilização da proporcionalidade em sentido amplo (e.s.a.) para o controle da insuficiência, ressaltando que os três subcritérios do exame de proporcionalidade aplicáveis no controle de excesso deveriam ser modificados para poderem ser utilizados no controle do déficit, em razão de diferenças relativas às perspectivas dos exames e aos objetos de ponderação que deveriam ser otimizados em cada um deles (respectivamente, fim e meio das ações, ou das omissões). Mais especificamente, anota que, no controle do excesso, o fim a ser ponderado seria aquele definido livremente pelo legislador (não necessariamente um imposto pela Constituição), que possuiria, portanto, discricionariedade para sua escolha, ao passo que no controle da insuficiência, o fim seria determinado pela Constituição (consistiria na realização de um direito fundamental a uma prestação – aqui entendida em sentido amplo, i.e., abrangendo qualquer atuação estatal positiva), restando ao legislador discricionariedade, tão somente, para a escolha dos meios, desde que suficientes para a realização daquele fim⁴²⁵.

O estudo de Clérico tem como ponto de referência a jurisprudência do TCF, e aponta duas diferentes constelações em que a proibição de insuficiência poderia ser violada: 1) atuação insuficiente: se as normas ou medidas estatais questionadas forem *totalmente inidôneas* ou *completamente insuficientes* para alcançar o fim de proteção imposto, ou ficassem muito aquém do obrigatório; ou 2) omissão: se o poder público não houver tomado nenhuma medida de proteção⁴²⁶.

Um primeiro problema a ser superado consistiria na determinação da relação entre meio e fim. O fim perseguido pelo Estado poderia ser um interesse público, em função do qual ele interviria num direito fundamental (questão de eventual excesso) ou deixaria de atender um direito a prestação (questão de eventual insuficiência). Por outro lado, a realização desse direito à prestação também seria um fim a ser perseguido – conscientemente ou não – pelo Estado, em relação ao qual a prestação seria o meio. Eventual insuficiência de tais meios à realização do direito à prestação violaria a proibição de insuficiência⁴²⁷.

⁴²⁵ Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot, p. 156 e 157.

⁴²⁶ Ibid., p. 157.

⁴²⁷ Ibid., mesma página.

Tomando por base a formulação da proibição de insuficiência na segunda decisão do TCF alemão sobre o aborto⁴²⁸, segundo a qual “os meios eleitos pelo legislador devem ser *suficientes* (“ausreichend”) para uma proteção *compatível* (“angemessenen”) e *eficaz* (“wirksamen”)”, a autora conclui que a *compatibilidade* pareceria se relacionar com subcritério da *proporcionalidade em sentido estrito* (e.s.e.), enquanto a *eficácia* com o da *idoneidade*. Cumpriria, então, verificar como se comportam esses subtestes – e, caso também aplicável, o da *necessidade* – na aferição da insuficiência⁴²⁹.

A regra da *idoneidade*, quando aplicada a direitos a atuações estatais positivas, diria que “se direitos fundamentais e/ou bens coletivos colidirem e os meios utilizados puderem fomentar o cumprimento do direito fundamental à prestação, a necessidade e a proporcionalidade da medida devem ser examinadas”. O atendimento a essa regra, comparativamente à sua aplicação no controle do excesso, exigiria modificações, pois no caso dos direitos à prestação poderia haver ou não coincidência entre o *fim estatal* (expresso ou implícito) e o *fim de realização do direito a prestação*. No caso de uma atuação potencialmente insuficiente (omissão parcial), haveria, pelo menos, uma coincidência parcial entre esses fins; na hipótese de uma omissão (total), essa identidade poderia ou não existir. Feita tal ressalva, os resultados do teste dependeriam da análise da capacidade de fomento a cada um dos fins (*fim estatal* e *fim de realização do direito*) no plano genérico-abstrato e no plano concreto-individual⁴³⁰. O único cenário em que a idoneidade dos meios restaria afastada seria aquele em que os meios não fomentassem nenhum dos fins, em nenhum dos planos. Nos demais cenários possíveis, o exame dos meios prosseguiria nos subsequentes testes da necessidade e da proporcionalidade e.s.e. De todo modo, se o meio fosse idôneo apenas no plano concreto, haveria uma tendência de reprovação no teste de proporcionalidade e.s.e.⁴³¹

⁴²⁸ BVerfGE, 88, 203 II, p. 254.

⁴²⁹ Ob. cit., p. 159.

⁴³⁰ O plano concreto individual levaria em consideração eventual inconstitucionalidade da omissão estatal considerada a situação específica de um determinado titular de direito fundamental a reclamar uma atuação positiva do Estado.

⁴³¹ *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, p. 332-335.

Em casos de omissão (inércia total), a inidoneidade, quando existente, seria claramente detectável, o que não significaria presumir que, nessas conjunturas, o exame da idoneidade poderia ser dispensado. Afinal, poderia haver situações em que existissem dúvidas sobre se uma atuação positiva seria idônea para a realização do direito em questão. A autora exemplifica com a proteção a saúde, sobretudo de jovens, contra entorpecentes e sua dependência. Na hipotética ausência de conhecimentos seguros sobre se uma criminalização geral da *Cannabis* diminuiria o número de usuários ou, pelo contrário, incentivaria o seu aumento, a idoneidade da postura omissiva seria plausível⁴³².

A autora adverte, ainda, que, ao contrário do que se dá no controle de uma intervenção excessiva, a constatação de inadequação de um meio para a promoção de um direito fundamental a prestação não implicaria, por si só, sua desproporcionalidade. O meio ainda poderia ser justificável caso houvesse um fundamento constitucional suficiente a ampará-lo. A inadequação, nesse caso, forneceria, tão somente, um argumento ou presunção – superáveis – no sentido da violação desse direito⁴³³.

Já no exame da *necessidade*, deveria ser perquirido se não haveria outros meios que, isoladamente ou em conjunto com àquele escolhido pelo Estado, promovessem de modo *suficiente e mais* o direito fundamental à prestação, e *restringissem igualmente ou menos* os princípios com ele colidentes. Logo, à diferença do que se dá no controle do excesso, aqui estaria em causa não a existência de um meio *menos lesivo* ao direito fundamental sob consideração, mas sim de um meio *superior* para sua realização. Deveriam ser analisados todos os meios que fomentassem mais o direito à prestação, fossem eles indicados pelos queixosos ou identificados entre especialistas. Outra particularidade do teste da necessidade na *Untermaßverbot*, comparativamente com o da *Übermaßverbot*, consistira em que a possibilidade de que a falha do meio eleito poderia decorrer da constatação da viabilidade de uma potencial conjugação de outros meios àquele

⁴³² “Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot”, p. 161, 162.

⁴³³ *Ibid.*, p. 159.

eleito pelo Estado, que, nesse caso, seria obrigado a um aprimoramento⁴³⁴.

A comparação dos meios no teste de necessidade da proibição de insuficiência seria mais complexa que aquela da proibição do excesso, pois envolveria não apenas cotejo, como também classificação dos meios, e deveria perscrutar os seguintes pontos: a) se os meios alternativos fomentam mais o fim (realização do direito fundamental) que o meio predefinido; b) se eles são suficientemente idôneos (neste ponto a eficiência dos meios deveria ser discutida) e, c) se eles têm graus de restrição sobre os princípios colidentes idênticos ao do meio predefinido⁴³⁵. O meio atacado só seria reprovado nesse teste se houvesse meio alternativo que, além de fomentar mais o direito a prestação e, de forma ao menos idêntica, o fim estatal (se este já não for coincidente com o fim de realização do direito a prestação), restringisse de forma igual ou menor os princípios com ele colidentes. Do contrário, o exame do meio atacado deveria seguir para a fase seguinte, a saber, o teste da *proporcionalidade e.s.e*⁴³⁶.

Por fim, na *proporcionalidade e.s.e.*, deveria ser apurado se o déficit de realização do direito a prestação poderia ser justificado pela importância da realização do direito fundamental ou princípio formal colidente. Tomando por base a lei de ponderação formulada por Alexy, segundo a qual “quanto maior o grau de não realização ou restrição de um princípio, tanto maior deve ser a importância da realização do outro”, Clérico, no ramo dos direitos à prestação, especifica-a na fórmula “Quanto maior o grau de não realização de um direito fundamental a prestação, tanto maior deve ser a importância da realização do outro princípio constitucional”⁴³⁷.

Contudo, essa lei de ponderação deveria ser interpretada de forma variável, conforme se tratasse de restrições leves ou intensas ao direito a prestação. No primeiro caso, valeria a interpretação linear, segundo a qual a não realização poderia ser justificada pela persecução de qualquer direito fundamental ou objetivo

⁴³⁴ Ibid., p. 163, 164.

⁴³⁵ Ibid., p. 164.

⁴³⁶ *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, p. 344-347.

⁴³⁷ “Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot”, p. 167, 168.

ou bem constitucionalmente previsto, ou finalidade não defesa na Constituição. Já quando fosse o caso de restrições no direito de proteção muito intensas, hiperintensas ou extremas, a lei exigiria uma interpretação progressiva, traduzível na seguinte fórmula: “Quanto mais se interferir na realização de um direito em sua função de prestação, deixando-o quase sem possibilidade de realização alguma, tanto mais forte será sua capacidade de resistência, é dizer, seu peso, e a força das razões que pretendem justificar (essa falta de realização) devem crescer de forma “mais que proporcional” (“sobreproporcional”), de forma tal que uma interferência nesse âmbito possa ser justificada”⁴³⁸.

Em sendo reprovadas no teste de proporcionalidade e.s.e., a omissão ou atuação insuficiente demonstrariam ser inconstitucionais. Nesse caso, a parte dispositiva da sentença poderia se limitar à declaração de inconstitucionalidade, ou, indo mais além, fixar critérios para que o Estado selecionasse medidas suficientes, ou, ainda mais incisivamente, determinar ao Estado as medidas concretas a serem tomadas⁴³⁹.

Clérigo dedica, ainda, especial atenção para a conjuntura em que o Estado, depois de assegurar, via legislação ordinária, um determinado nível de realização a um direito social, viesse a revogar essa normativa. O direito social, nessa situação, do ponto de vista formal, comportar-se-ia como um direito de defesa. Haveria, em prol dos afetados, uma pretensão à abstenção estatal, com vistas à não remoção de suas posições jurídicas⁴⁴⁰, de modo que a eliminação pura e simples da norma, sem implantação de medidas substitutivas, e sem que existam quaisquer outros meios legais ou administrativos destinados a realizar o mesmo direito, equivaleria a uma intervenção estatal no direito fundamental, a demandar um controle de excesso. De modo diverso, porém, se a) a revogação vier acompanhada da introdução de novas medidas, ou b) existam outros meios legais ou administrativos disponíveis para a realização do direito, o caso deveria ser analisado sob o prisma da proibição de insuficiência. Neste contexto, na primeira hipótese, seria passível de controle a suficiência da conjuntura representada pela

⁴³⁸ *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, p. 360-363.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 365, 366.

⁴⁴⁰ Aqui, a autora se reporta a Alexy, *Theorie der Grundrechte*, (MS), 2002, p. 436.

revogação acompanhada dos novos meios, e, na segunda, simplesmente, a suficiência dos meios legais ou administrativos remanescentes⁴⁴¹.

3.9.1.6 Jorge Pereira da Silva

O autor considera a proibição do déficit parte integrante de um superprincípio da proporcionalidade, a ser aplicado cumulativamente com o subprincípio da proibição do excesso, a fim de que todas as posições jurídicas envolvidas numa relação jusfundamental sejam consideradas⁴⁴².

Para ele, a proibição de insuficiência seria um controle de mínimos, concepção que, contudo, não implicaria nivelá-la à garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. O conteúdo essencial consistiria numa barreira absoluta, estática, e intransponível contra potenciais intervenções do legislador⁴⁴³. Ele seria, portanto, o “mínimo dos mínimos”, ao passo que a proibição de déficit, por sua vez, asseguraria uma proteção adicional, que impeliria o legislador a realizar mais que o mínimo essencial, a partir da ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas⁴⁴⁴.

Excepcionalmente, quando as circunstâncias fossem desfavoráveis, seria possível que o patamar mínimo da proibição do déficit coincidissem com o conteúdo essencial. Contudo, em regra, por força da máxima efetividade das normas constitucionais, a proibição de déficit estaria usualmente situada numa linha mais avançada em relação ao núcleo essencial⁴⁴⁵. Isso não equivaleria, porém, numa conjuntura em que conflitassem direitos fundamentais, a aplicar à proibição do déficit – na esteira da teoria dos princípios – uma solução de maximização otimizada, pois, em última análise, a liberdade de conformação do legislador restaria drasticamente reduzida, quando não eliminada a uma única solução⁴⁴⁶. O mínimo representado pela proibição do déficit tampouco poderia ser equiparado a

⁴⁴¹ “Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot”, p. 172-176.

⁴⁴² *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, p. 604.

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 608.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 609-611.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 611-612.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 614-615. O autor, na n.r. 2023, observa que até mesmo Alexy refuta a tese de uma única solução possível como resultado de uma otimização de princípios.

um *ponto ideal* por alguns defendido⁴⁴⁷.

O legislador poderia, portanto, mover-se entre a proibição de déficit e a proibição de excesso. Os critérios (testes) para a determinação daquela, entretanto, não poderiam ser idênticos aos empregados para a determinação desta. Em vez de três – como se dá na proibição do excesso –, o autor discrimina dois testes necessários à verificação da suficiência. Nesse propósito, em vez da análise da adequação, o essencial seria realizar um exame de *efetividade*, ou seja, apurar se a ordem jurídica como um todo seria capaz de alcançar um *fim constitucional preciso*, a saber, o de preservar um bem jusfundamental nas relações sociais concretas⁴⁴⁸. Diferentemente da necessidade investigada no âmbito da proibição do excesso, o teste de efetividade não careceria de considerações em relação a um direito contraposto, tampouco de uma perspectiva comparativa entre medidas hipotéticas com idêntico resultado. Tampouco se trataria de um exame de eficiência (capacidade para chegar a um resultado com o menor dispêndio possível de recursos)⁴⁴⁹.

Entretanto, preliminarmente ao exame de efetividade, cumpriria selecionar os meios normativos mais significativos dentre aqueles existentes na globalidade do ordenamento jurídico e que concorram para a realização do dever estatal de proteção sob consideração. Seria inviável elencar um número muito grande de meios, bastando, portanto, escolher apenas os elementos normativos que, mais diretamente, possam contribuir para a concretização dos objetivos constitucionais. Essa fase preambular seria o teste de *aptidão abstrata*⁴⁵⁰.

Segundo o autor, na sequência ou simultaneamente ao teste de efetividade, “outras ponderações” poderiam e deveriam ser realizadas, dentre as quais avaliações sobre eficiência (análise custo-benefício) e racionalidade, que, contudo, já não estariam relacionadas com a proibição do déficit, senão com outras operações de ponderação também exigidas por uma concepção abrangente de

⁴⁴⁷ Ibid., p. 616.

⁴⁴⁸ Ibid., 632.

⁴⁴⁹ Ibid., p. 599.

⁴⁵⁰ Ibid., p. 632, 633.

proporcionalidade (como a proibição do excesso ou outros modelos mais exigentes de deveres de proteção, como, por exemplo, quando identificada a presença de um imperativo de otimização), da qual a proibição de insuficiência representaria apenas uma pequena parte⁴⁵¹.

Para o autor, não seria correto classificar a proibição de insuficiência como norma de controle⁴⁵². Tanto os deveres de proteção como a vedação do déficit vinculariam os três poderes do Estado, e, portanto, consistiriam ao mesmo tempo em normas de ação e normas de controle. O legislador, por exemplo, deveria considerar a fasquia mínima representada pela proteção suficiente, para o fim de identificar o seu âmbito de livre conformação dos direitos fundamentais⁴⁵³.

Quanto à densidade de controle, o autor critica o atrelamento automático feito pelo Tribunal Constitucional português de um mero controle de evidência à proibição de déficit, seja porque tal vinculação não leva em conta a origem dogmática da gradação de densidades de controle (controles de evidência, justificabilidade ou intensificado de conteúdo), que não somente resultava do aspecto procedimental de separação de poderes, mas exigia, também, a análise da importância do direito material envolvido, seja porque o controle de evidência estaria sendo utilizado como “muleta do juiz constitucional” para se furtar a sua missão constitucional de decidir, sempre que ele tivesse receio de pisar em “terreno mais movediço” quanto aos limites funcionais entre sua competência e a do legislador⁴⁵⁴. A rigor, portanto, a evidência não seria um real critério de controle, mas, antes, “o reconhecimento da inexistência de um critério digno desse nome”⁴⁵⁵.

3.9.1.7 Vasileios Tzemos

Tzemos divisa duas espécies de proibição de insuficiência. *Em sentido estrito*, ela serviria a identificar se o Estado não teria cumprido insuficientemente um determinado dever constitucional. Nessa primeira modalidade, a proibição de

⁴⁵¹ Ibid., p. 633.

⁴⁵² Sobre a teoria das normas de ação e normas de controle, ver subitem 3.8.3.3, *supra*.

⁴⁵³ Ibid., p. 623-625.

⁴⁵⁴ Ibid., p. 619 ss.

⁴⁵⁵ Ibid., p. 626.

insuficiência não se limitaria à detecção da insuficiência nos direitos à proteção ou promoção, mas também na “prestação” ou “promoção” dos direitos de defesa, substituindo, aqui, o papel tradicionalmente ocupado pela proibição do excesso. Para chegar a tal conclusão, Tzemos parte de uma leitura dos direitos fundamentais quanto às possíveis funções ou deveres a eles correlativos, fossem estes deveres de não-intervenção ou deveres de ação. Em outras palavras, se o Estado interviesse excessivamente na esfera de liberdade que deveria respeitar, ele estaria deixando de prestar suficientemente ou de promover suficientemente o dever de não intervenção. Nessa função específica (dever de não intervenção), a *Untermaßverbot* em sentido estrito também se aplicaria aos deveres constitucionais não fundamentais⁴⁵⁶.

Em qualquer caso, a proibição de insuficiência em sentido estrito operaria por subsunção da norma em questão aos direitos fundamentais ou regras constitucionais das quais decorressem os deveres correspondentes⁴⁵⁷. Nessa subsunção seriam considerados, basicamente, a não possibilidade de intervenção no conteúdo essencial, a inadmissibilidade de invasão injusta do âmbito de proteção, e a inexistência de limites ou a existência de limites simples ou qualificados nos direitos fundamentais, bem como eventual ordem de precedência entre direitos fundamentais estabelecida na Lei Fundamental⁴⁵⁸. Porém, diferentemente do que se dá no caso dos deveres estatais de não intervenção, na hipótese de um dever estatal de ação restaria um passo adicional para apurar a *Untermaßverbot* em sentido estrito: o importante seria verificar se o dever estatal restaria atendido pelo conjunto de regras e medidas estatais existentes, e não por uma única medida isolada⁴⁵⁹.

Por outro lado, Tzemos divisa uma proibição de insuficiência *em sentido amplo*, na qual seriam levadas em conta, conjuntamente, todas as normas constitucionais que fossem afetadas pela realização de um dever constitucional de não-intervenção ou de ação. Assim, por exemplo, no caso de uma situação de

⁴⁵⁶ Tzemos, *Das Untermaßverbot*, p. 165 ss.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 170.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 173, 174.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 176-178.

“proteção através de intervenção”, ou seja, em que, para cumprir um dever de proteção em favor de um direito constitucional seja necessário intervir em outro direito fundamental, a proibição de insuficiência em sentido amplo restaria observada caso, em cada um dos direitos afetados, a proibição de insuficiência em sentido estrito fosse respeitada. Nesse caso, o poder estatal teria se mantido no corredor dentro do qual tem discricionariedade para atuar. Logo, a proibição de insuficiência em sentido estrito seria parte integrante da proibição de insuficiência em sentido amplo⁴⁶⁰.

Além disso, segundo o autor, dada a natureza principiológica dos direitos fundamentais e a necessidade de otimizá-los, para a solução de um eventual conflito entre eles deveria ser adicionada à proibição de insuficiência em sentido amplo uma derradeira fase de prova, correspondente ao teste de proporcionalidade em sentido estrito⁴⁶¹.

3.9.1.8 Peter Lars Störring

O autor funda a proibição de insuficiência, sobretudo, no conteúdo jurídico-objetivo dos direitos fundamentais, embora não exclua a possibilidade de sua aplicação relativamente a outros objetivos impostos constitucionalmente ao Estado⁴⁶². Seu modelo tem por premissa básica a teoria de princípios de Alexy. Nesse sentido, como os direitos fundamentais seriam, em regra, princípios (visariam à maior realização possível), tenderiam à colisão, e a proibição de insuficiência resultaria da ponderação entre o conteúdo jurídico-objetivo de um direito e o conteúdo do direito de defesa contraposto⁴⁶³.

A relação entre direito à proteção e direito de defesa, conforme Störring, seria assimétrica, no sentido de que, comparativamente, o direito de defesa gozaria de uma *maior eficácia de garantia* em relação ao outro. Tal assimetria derivaria, por um lado, da orientação liberal dos direitos fundamentais: a atitude estatal seria, normalmente, muito mais voltada à ação que à omissão, de modo que os direitos

⁴⁶⁰ Ibid., p. 179-181.

⁴⁶¹ Ibid., 181 ss.

⁴⁶² *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 48.

⁴⁶³ Ibid., p. 170 ss.

fundamentais estariam vocacionados à defesa contra intervenções estatais indevidas⁴⁶⁴.

Por outro lado, o menor conteúdo de garantia do direito à proteção decorreria da natureza da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, que exigiria, em termos jurídicos-funcionais, uma menor ingerência do Judiciário na margem de discricionariedade legislativa⁴⁶⁵. Isso seria necessário porque o atendimento dos deveres de proteção exigiria, relativamente aos de defesa, uma carga de discricionariedade política significativamente intensificada. Afinal, aqueles não seriam realizáveis por meio de uma mera abstenção, mas por uma gama de potenciais meios, cuja seleção exigiria, ademais, a consideração de uma ordem de preferência, já que a alocação dos escassos recursos disponíveis para uma finalidade se daria em detrimento de outras. Além disso, os ônus prognósticos envolvidos na escolha de meios de cumprimento de deveres de proteção seriam significativamente maiores, de modo que seu exame aprofundado levaria o Judiciário, muito frequentemente, a resultados diversos do legislador⁴⁶⁶.

Portanto, para assegurar uma adequada margem de discricionariedade legislativa, o controle da proibição de insuficiência deveria ser mais tolerante que o controle da proibição do excesso, de modo que uma violação da proibição de insuficiência só poderia ser reconhecida quando o Judiciário constatasse uma significativa distância no peso entre os direitos em conflito, ou seja, na “distância entre as balanças de pesagem”. Uma leve diferença a favor do interesse que reclame proteção não bastaria para determinar uma inconstitucionalidade⁴⁶⁷.

Além disso, muito embora um mero controle de evidência não seja aceitável por esvaziar demais a densidade do controle da insuficiência, o menor conteúdo de garantia da proibição de insuficiência não permitiria chegar ao extremo oposto, de um controle intensivo. Logo, o ideal seria aplicar, como regra, um nível de controle intermediário, de justificabilidade⁴⁶⁸. Um controle mais rigoroso só se justificaria no

⁴⁶⁴ Ibid., p. 156 ss. Sobre essa tendência estatal à ação, v. subitem 3.8.3.4, *supra*.

⁴⁶⁵ Ibid., p. 199.

⁴⁶⁶ Ibid., p. 152 ss.

⁴⁶⁷ Ibid., p. 222.

⁴⁶⁸ Ibid., p. 222 ss.

caso de violações à dignidade da pessoa humana ou ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais⁴⁶⁹, e, diferentemente, um mero controle de evidência se imporia quando se pretendesse reduzir a discricionariedade do legislador a zero (i.e., substituir a medida por ele escolhida), ou, ainda, fora do domínio dos direitos fundamentais, como, por exemplo, no controle da suficiência de objetivos estatais⁴⁷⁰.

Na conformação de direitos fundamentais, o legislador disporia de uma margem considerável entre a proibição de insuficiência e a de excesso, dentro da qual poderia atuar em conformidade com a Constituição, sem proteger insuficientemente um direito fundamental ou avançar excessivamente sobre outro⁴⁷¹. Não haveria risco de resultados colidentes entre testes de insuficiência e de excesso, mesmo porque, num determinado caso, apenas um desses testes deveria ser realizado, conforme os aspectos predominantes fossem protetores ou defensores. Afinal, dentro da margem considerável de atuação do Estado, somente lhe seria possível um entre dois sentidos: atuar mais intensivamente, na direção do excesso, ou menos, no sentido da insuficiência, não lhe sendo logicamente possível fazer pouco e muito ao mesmo tempo⁴⁷². Em casos-limite, nos quais haja dúvida sobre se um direito pode ser preservado por meio da proibição de deficiência ou do excesso, deveria ser aplicada apenas a proibição do excesso, que atenderia mais eficazmente aos interesses do titular do direito, pelo seu maior conteúdo de garantia⁴⁷³.

Além da densidade de controle, que, para Störring é, em regra, invariável, o autor se ocupa também da estrutura do exame da insuficiência. Nesse ponto, embora o ancore no princípio da proporcionalidade⁴⁷⁴, não considera apropriado transportar-lhe automaticamente os três subtestes do controle do excesso. Em vez disso, defende que os exames da *adequação* e da *necessidade* seriam

⁴⁶⁹ Ibid., p. 227 ss.

⁴⁷⁰ Ibid., p. 230, 231.

⁴⁷¹ Ibid., p. 131.

⁴⁷² Ibid., p. 131, 132 e 233, 234.

⁴⁷³ Ibid., p. 151.

⁴⁷⁴ Ibid., p. 167 ss.

dispensáveis, e que apenas a *proporcionalidade em sentido estrito*, por meio de ponderação, é que seria aplicável⁴⁷⁵.

Diferentemente de Borowski, contudo, Störring não defende que essa ponderação deveria conduzir à escolha dos meios com a maior intensidade de proteção, pois isso se afastaria do propósito da proibição de insuficiência – que visaria apenas a evitar meios excessivamente baixos – e poderia reduzir a discricionariedade do legislador, em muitos casos, a zero⁴⁷⁶. Reportando-se à dogmática das discricionariedades de Alexy⁴⁷⁷, o autor afirma que seria necessário assegurar ao legislador um espaço suficiente de discricionariedades epistêmico-empírica e epistêmico-normativa⁴⁷⁸. Retornando à alegoria da balança, defende que somente se reconheceria a deficiência quando constatada uma distância significativa nas bandejas, ou seja, um considerável desequilíbrio entre os motivos que levaram à omissão e os interesses que reclamavam proteção, ou quando a ponderação fosse realizada com base em diagnósticos e prognósticos claramente equivocados⁴⁷⁹.

3.9.1.9 Vitalino Canas

Canas considera serem a proibição do defeito e a proibição do excesso espécies de um gênero denominado “proporcionalidade moderna”, que contemplaria, ainda, a proporcionalidade da lei penal e das penas e a proporcionalidade equitativa⁴⁸⁰.

⁴⁷⁵ Ibid., p. 204 ss..

⁴⁷⁶ Ibid., p. 188 ss., 214 e 215.

⁴⁷⁷ Ibid., p. 177 ss.

⁴⁷⁸ Ibid., p. 218 ss.

⁴⁷⁹ Ibid., p. 221 ss., e 237.

⁴⁸⁰ Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 45, 46. Casos de “proporcionalidade equitativa” seriam aqueles em que não é possível conferir primazia à *proibição do excesso* ou à *de insuficiência*, porque em vez de uma colisão bidirecional bem definida, há várias colisões cruzadas com pretensões simultâneas de ação e abstenção (p. ex: exercício do direito de manifestação numa via pública, que exige que o Estado não o impeça e o proteja contra terceiros, colidindo com o exercício do direito de ir e vir de terceiros, que também exige que o Estado não o impeça e o proteja contra interferência de terceiros), por vezes envolvendo relações poligonais (ex.: elaboração de um plano urbanístico), por vezes afetas a um mesmo interessado (p. ex.: medidas contrárias ao autoendividamento, que visam a um só tempo proteger os cidadãos mas colidem com sua autonomia privada) ou a um mesmo direito (ex.: grupos diversos que pretendam manifestar-se nos mesmos local e horário, com pretensões de que o Estado não os impeçam de se manifestarem e

O autor classifica a proibição do defeito em *proibição do defeito em sentido amplo* e *proibição do defeito em sentido estrito*. A primeira seria violada quer o legislador desatendesse comandos constitucionais categóricos de emissão de normas legislativas (não sujeitos a ponderação), quer comandos de natureza *prima facie* (sujeitos a ponderação). Já a *proibição do defeito em sentido estrito* ficaria restrita ao descumprimento de mandamentos de atuação legislativa do tipo *prima facie*.

Essa classificação é especialmente útil, razão pela qual será adotada neste trabalho. A propósito, sempre que se referir apenas à proibição de insuficiência, é da espécie em sentido estrito que se estará falando.

Já dentro do âmbito da modalidade em sentido estrito, Canas identifica duas formas de conceber a proibição do défice: *em sentido próprio* e *em sentido impróprio*⁴⁸¹. Segundo a proibição do defeito em sentido *impróprio*, o legislador estaria sujeito apenas a assegurar um mínimo de materialização do direito fundamental ou interesse pertinente, falando-se em conteúdo mínimo ou essencial ou limiar mínimo de subsistência. Canas acoima tal concepção como imprópria por considerar que ela se confundiria com outras figuras dogmáticas (conteúdo essencial do dever de agir, mínimo de subsistência ou limiar mínimo de proteção) que já possuem sua vitalidade própria como parâmetros constitucionais, e, portanto, uma vedação de défice assim concebida importaria uma mais valia-dogmática nula ou residual⁴⁸².

Já a proibição do *defeito em sentido próprio* iria muito além de um mínimo categórico e irreduzível, consistindo, antes, num instrumento de harmonização. Partindo do pressuposto de que os deveres de ação exigiriam a realização de um *conteúdo ideal*, ou seja, *na sua máxima extensão* (por exemplo, o dever de proteção do nascituro exigiria, idealmente, a proibição de qualquer tipo de aborto), apurável por meio de interpretação da Constituição, a proibição do defeito

os protejam contra grupos contrários). Segundo o autor, tais casos careceriam ser resolvidos pelo teste de proporcionalidade em sentido estrito. Ob. cit., p. 1057 ss.

⁴⁸¹ Ibid., p. 961.

⁴⁸² Ibid., p. 961, 962.

importaria a *harmonização legislativa de posições contraditórias*⁴⁸³. Logo, essa “verdadeira” proibição do defeito – da qual ele trata de forma mais pormenorizada – seria solucionável mediante ponderação, que, contudo, não deveria buscar necessariamente a medida mais eficiente disponível para a persecução dos fins relevantes, sob pena de o juiz se sub-rogar ao legislador na tarefa de encontrar a melhor solução⁴⁸⁴.

Além disso, a proibição do defeito em sentido próprio não incidiria quando não houvesse colisão entre um dever de ação do legislador e algum outro bem ou interesse a que o legislador estivesse obrigado ou autorizado a perseguir: na hipótese, por exemplo, de proteção contra ameaças de potências estrangeiras, o dever deveria ser cumprido na extensão máxima⁴⁸⁵.

Para diferenciar as hipóteses de aplicação da proibição do excesso e da proibição de insuficiência, afirma que aquela incidiria quando a perspectiva dominante fosse a do controle de um dever *prima facie* de *abstenção* do legislador que colidisse com a persecução de fins imediatos legítimos permitidos ou não proibidos pela constituição (tipicamente, fins de interesse público), ao passo que a proibição do defeito teria lugar quando a perspectiva dominante fosse a do controle de um dever *prima facie* de *ação* do legislador em embate com outros deveres *prima facie* ou com a persecução de fins imediatos legítimos permitidos ou não proibidos pela Constituição⁴⁸⁶. Nesse segundo cenário, em eventual conflito entre deveres de proteção e de abstenção estes não gozariam, à partida, de um peso abstrato prevalente, por não ser admissível, segundo o espírito constitucional atual, a ideia de assimetria em favor dos direitos de defesa⁴⁸⁷.

Quanto à metódica do exame da proibição do defeito, cumpriria sempre, numa fase preliminar, examinar se a omissão estaria ou não justificada pela persecução, pelo legislador, de um fim determinável. Caso inexistente tal justificação, o comportamento omissivo seria arbitrário, por violar a proibição do

⁴⁸³ Ibid., p. 963.

⁴⁸⁴ Ibid., p. 1025.

⁴⁸⁵ Ibid., p. 983.

⁴⁸⁶ Ibid., p. 991.

⁴⁸⁷ Ibid., p. 992.

arbítrio⁴⁸⁸. Além disso, seria mister que o fim fosse legítimo. Do contrário, a omissão seria, desde o início, insuscetível de justificação⁴⁸⁹.

No mais, o controle da proibição do defeito ainda variaria conforme se estivesse diante de uma omissão total ou parcial. No caso de uma omissão total, seria acrescida mais uma fase preliminar. Uma omissão dessa espécie, normalmente, afetaria o conteúdo mínimo do dever de ação. Se isso ocorrer, a omissão já seria, de partida, injustificável, sequer abrindo-se espaço para discussão adicional sobre a insuficiência. Apenas quando o dever de ação fosse *prima facie* em toda a sua extensão, não sendo possível, portanto, identificar um conteúdo mínimo, é que ainda seria necessário um controle da insuficiência⁴⁹⁰.

Nesse caso, cumpriria verificar se seria o caso de se importarem os elementos do controle do excesso. O teste da *adequação*, por exemplo, seria supérfluo, qualquer que fosse o tema escolhido como seu objeto. Por exemplo, se se considerasse que o seu objeto deveria ser o dever de ação, uma omissão total seria sempre inadequada para realizar o fim por ele visado. Já se fosse considerado como objetivo do teste o dever de abstenção (sobre um direito eventualmente conflitante), a omissão seria sempre adequada para sua realização. E, ainda, no caso de ser considerado como seu objeto o dever de superação da colisão, uma omissão total seria sempre inadequada, pois sempre manteria inalterada a colisão. Ainda no âmbito da omissão total, tampouco haveria falar em teste de *necessidade*, pois o que estaria em jogo seria a compatibilidade do meio com a *eficiência exigível* para a satisfação da finalidade imposta pelo dever. Esse teste exigiria que não houvesse meio alternativo mais favorável ao fim visado pelo dever de ação, tampouco um que fosse mais favorável ao bem, interesse ou valor colidente. Ocorre que qualquer alternativa à omissão que fosse mais favorável ao fim visado pelo dever de ação importaria uma ação que, por sua vez, seria sempre mais desfavorável ao bem, interesse ou valor colidente. Em suma, por levar sempre a um mesmo resultado, esse teste também se mostraria supérfluo. Logo, em tal conjuntura, restaria aferir somente a *proporcionalidade em sentido estrito*, em que

⁴⁸⁸ Ibid., p. 1017.

⁴⁸⁹ Ibid., p. 1018.

⁴⁹⁰ Ibid., p. 1018.

deveriam ser ponderadas a *importância dos efeitos jurídicos e materiais* resultantes da satisfação ou não satisfação dos bens, interesses ou valores sobre os quais incidem os deveres colidentes ou, do dever e dos com ele colidentes bens, interesses ou valores também perseguidos com base em uma permissão constitucional⁴⁹¹.

Cumpriria também, ainda no campo das omissões totais, distinguir entre a proibição de defeito paritária (em que a colisão se motiva pela existência de deveres constitucionais contrapostos, sendo pelo menos um deles de ação) e a não paritária (em que a colisão envolve um *dever* constitucional de ação, de um lado, e uma *permissão constitucional*, de outro). Na primeira hipótese, a omissão total sempre violaria a proporcionalidade em sentido estrito, pois geraria um desequilíbrio em desfavor de um dos deveres. Já na segunda, em tese, seria possível – embora muito pouco provável – cogitar uma aprovação nesse teste, desde que a importância de salvaguarda dos bens cuja perseguição fosse permitida ao legislador fosse manifestamente maior que a da realização do dever constitucional frustrado⁴⁹².

Já na omissão parcial, a metódica seria outra. Toda omissão parcial configuraria, também, uma ação parcial. Logo, seria de rigor uma análise tanto sob o ângulo do comportamento negativo como do positivo⁴⁹³. Pela mesma razão, caberia ser utilizada, à semelhança do controle do excesso, a estrutura tridimensional. A prova da *adequação* seria cumprida quando o meio fosse adequado a promover minimamente qualquer dos fins relevantes, quer do cumprimento do dever *prima facie*, quer de algum outro perseguido pelo legislador⁴⁹⁴. Em seguida, seria de se aplicar o teste da *eficiência exigível*, que, a

⁴⁹¹ Ibid., p. 1017 ss.

⁴⁹² Ibid., p. 1021.

⁴⁹³ Ibid., p. 1022.

⁴⁹⁴ Ibid., p. 1023, 1024. Em sentido congruente, a p. 1024, o autor cita o artigo “Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit”, de Lothar Michael, in JuS, 2001, p. 148-155. Essa obra tem tradução para o português: “As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade - para a dogmática de proibição do excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade”, in: Luís Afonso Heck, *Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010. O trecho pertinente ao teste de *idoneidade* encontra-se a p. 197 da tradução.

exemplo da prova da *necessidade* da proibição o excesso, exige uma comparação dos meios alternativos disponíveis. Em se tratando da proibição do defeito paritária, o teste seria insatisfeito se verificada qualquer de duas situações: a) evidente existência de alternativa à medida vigente, que satisfaça mais eficientemente o dever de ação e, em igual medida que a vigente, os deveres colidentes; b) evidente existência de alternativa que satisfaça com igual eficiência que a vigente o dever de ação, e, em maior medida que a vigente, os deveres colidentes⁴⁹⁵. Já no caso da proibição de insuficiência não paritária, cumpriria apenas verificar se existe evidentemente uma medida alternativa que satisfaça mais eficientemente o dever de ação e, igualmente à vigente, os bens, valores ou interesses contrapostos, sendo dispensável o teste em relação à segunda vertente aplicável à proibição do defeito paritária, por não existir dever constitucional contraposto, mas mera permissão⁴⁹⁶.

Superadas as duas fases antecedentes em contextos de omissão parcial, restaria realizar o exame de *proporcionalidade em sentido estrito*, no âmbito do qual deveria ser contrapesada a importância dos efeitos jurídicos e materiais resultantes da satisfação dos bens, interesses ou valores sobre os quais incidam os deveres colidentes ou entre aqueles e os dos com eles colidentes bens, interesses ou valores perseguidos com base em uma permissão constitucional. No primeiro cenário – proibição do defeito paritária –, a desproporcionalidade ocorreria se houvesse um evidente desequilíbrio em desfavor de um dos deveres em causa; no último – proibição do defeito não paritária –, se os argumentos que fundamentarem a satisfação dos bens, interesses ou valores que o legislador estivesse autorizado a perseguir tivessem uma importância manifestamente inferior à importância de dever constitucional *prima facie* objeto da omissão⁴⁹⁷.

Por fim, o autor defende, como regra, que a proibição de insuficiência seja

⁴⁹⁵ Neste ponto, a proposta de Lothar Michael se distancia da de Canas, pois, embora também fale num exame de *eficiência* em vez de *necessidade*, aquele autor defende que, no caso da proibição de deficiência, o meio falhará nesse teste caso exista outro que proveja de modo mais efetivo a finalidade de proteção, sendo igualmente moderado em relação à finalidade contraposta. “As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade”, p. 197.

⁴⁹⁶ *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 1025-1027.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 1027-1028.

submetida a um mero controle de evidência, salvo quando estiverem em jogo direitos de maior significado, como o direito à vida, em que admite uma intensificação do controle⁴⁹⁸.

E, como consequência da detecção judicial da violação legislativa da proibição do déficit, preconiza, como orientação geral, a *simples declaração de inconstitucionalidade* da situação de defeito ou insuficiência, sem prejuízo de, em situações extremas, poder-se recorrer a algumas das soluções concebidas por diversos tribunais constitucionais para a supressão judicial de lacunas normativas (sentenças “aditivas”, “substitutivas” etc), desde que não haja óbice categórico do ordenamento (p. ex., decorrente do princípio da legalidade em matéria penal)⁴⁹⁹.

3.9.1.10 Alexandre van der Broecke

Partindo da diferenciação de Alexy entre princípios e regras, o autor afirma ser a proibição de proteção deficiente aplicável a ambas as espécies. No que diz respeito às normas-princípio, elas deveriam ser submetidas às “três etapas do sopesamento”, especialmente no que toca à atribuição de pesos afeta à proporcionalidade em sentido estrito. Posteriormente, deveria ser perquirido se a regra específica obtida por meio desse sopesamento seria adequada “segundo a abrangência que deva ser atribuída ao direito fundamental que lhe subjaz”, bem como se estaria conforme aos limites do imperativo de tutela existente para as circunstâncias fáticas e jurídicas em questão⁵⁰⁰.

Já no caso de normas com estrutura de regra, i.e., mandamentos de dever ser definitivos, a verificação da eficiência da proteção seria lançada não sobre o resultado da subsunção, senão para o preenchimento de eventuais conceitos jurídicos indeterminados que componham o enunciado de uma regra, ou sobre os meios pelos quais tais direitos venham a ser concretizados (seja em atos administrativos, leis ou sentenças). Como exemplos, o autor cita o art. 5.º, III, que veda a tortura e o tratamento desumano ou degradante, cuja porosidade normativa autorizaria o preenchimento sob o prisma da vedação de proteção insuficiente, bem

⁴⁹⁸ Ibid., p. 1030-1032.

⁴⁹⁹ Ob. cit., p. 1033-1034.

⁵⁰⁰ *Direitos Fundamentais e Proibição da Proteção Deficiente (Untermaßverbot)*, p. 52-54.

como o artigo 5.º, LVII, que dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, concretizado numa hipotética lei que tornasse irrecorrível uma sentença condenatória proferida em primeiro grau de jurisdição, que também poderia ser sindicada quanto à sua potencial insuficiência⁵⁰¹.

3.9.2 Proibição do déficit sem relação com a proporcionalidade

3.9.2.1 Jorge Reis Novais

Embora vislumbre a potencial aplicação da proibição de insuficiência em quaisquer contextos em que a Constituição imponha ao Estado um *facere*⁵⁰², o autor se debruça sobre sua incidência especialmente em duas conjunturas: em relação ao dever estatal de proteção, sobretudo na colisão entre direitos fundamentais de particulares (relações tripolares), e em relação ao dever estatal de promoção por meio de ação (correlativo a um direito positivo) dos direitos sociais (relações bipolares).

No exame das relações tripolares, Novais adere à alegoria do corredor dentro do qual o legislador poderia se movimentar livremente, sem exceder, numa de suas extremidades, o limite da proibição do excesso (i.e., de intervir demasiadamente num dos direitos), tampouco, na outra, a vedação do déficit (ou seja, de proteger insuficientemente o outro direito)⁵⁰³. Logo, em se tratando de um conflito entre direitos fundamentais, haveria, potencialmente, espaço para incidência de ambos os controles (excesso ou insuficiência).

No caso do dever de promoção de direitos sociais, em que não existe, em regra, o tal corredor (não há, normalmente, conflito entre direitos fundamentais, havendo apenas uma relação bipolar: Estado x particular), não haveria, portanto, de se controlar tanto a insuficiência como o excesso. Em vez disso, haveria possibilidade de incidência de uma ou de outra daquelas formas de controle, conforme o dever de promoção tivesse de ser cumprido por meio de ação ou de abstenção estatal (em resposta, respectivamente, a um direito positivo ou

⁵⁰¹ Ibid., p. 54 e 55.

⁵⁰² *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, p. 286.

⁵⁰³ Ibid., p. 264, 265.

negativo). O controle do déficit somente seria manejável se um direito social positivo previsto na Constituição ainda não houvesse sido objeto de nenhum desenvolvimento legislativo com vistas à concretização do seu conteúdo (omissão total), ou quando esse primeiro desenvolvimento legislativo fosse incompleto (omissão parcial)⁵⁰⁴. Diversamente, caso o legislador já houvesse concretizado num determinado nível o acesso individual ao bem objeto do direito social, o titular gozaria de um potencial direito negativo contra o Estado (de não redução desse nível de acesso). Nesse caso, eventual alteração legislativa que introduzisse uma afetação negativa (redução do nível de acesso) seria passível de controle não por via da proibição de déficit, senão pela proibição de excesso⁵⁰⁵.

O autor considera que a aplicação da proporcionalidade na proibição de insuficiência só seria admissível a partir de uma associação dos direitos fundamentais à ideia de otimização oriunda da teoria dos princípios na linha de Alexy⁵⁰⁶. Para Novais, contudo, a despeito de sua estrutura principiológica, os direitos fundamentais não seriam comandos de otimização⁵⁰⁷, e os testes de proporcionalidade seriam inadequados para verificar a insuficiência na realização de um direito fundamental. Primeiro, porque enquanto o controle do excesso verifica se as relações entre três grandezas (o direito fundamental restringido, a justificação ou o fim da restrição e a medida restritiva concreta) é proporcional, a proibição de insuficiência nada teria que ver com relação de equilíbrio entre aquelas grandezas, pois tudo o que lhe importa, numa situação típica, seria um direito fundamental a ser protegido ou promovido suficientemente. Logo, em vez de proporcionalidade, o que se buscaria, aí, seria a apuração de eventual insuficiência na proteção⁵⁰⁸ ou promoção⁵⁰⁹ de um direito fundamental.

Além disso, diferentemente do que se daria em relação a medidas restritivas,

⁵⁰⁴ Ibid., p. 389-387.

⁵⁰⁵ Ibid., p. 397 ss.

⁵⁰⁶ Ibid., p. 279.

⁵⁰⁷ *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, p. 357; *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, p. 273. Embora não identificando nos direitos fundamentais normas a serem realizadas na maior medida possível, reconhece-lhes uma “natureza principal”, uma “vocação naturalmente expansiva”. *As Restrições...*, p. 102.

⁵⁰⁸ *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, p. 326 e 327.

⁵⁰⁹ *Direitos Sociais*, p. 284.

seria extremamente difícil verificar a finalidade de uma ausência de proteção, e, conseqüentemente, testar se ela seria adequada, necessária e proporcional⁵¹⁰. Melhor sorte não haveria se, para superar tal entrave, fosse assumido que a finalidade da omissão seria a proteção do direito carente de tutela, ou, alternativamente, do direito a sofrer intervenção para a proteção daquele. Supondo um cenário de *omissão total*, naquela primeira hipótese sempre haveria reprovação no teste da adequação. Ainda assim, o teste sequer seria aplicável ao dever de proteção numa constelação bipolar (proteção de um direito em face de contingências naturais, desastres etc), pois não haveria um direito fundamental contraposto àquele a ser protegido. Já em configurações tripolares, a omissão total sempre seria adequada e necessária, pois jamais haveria alternativa que lesasse igualmente ou menos o bem favorecido pela inatividade estatal. Restaria aplicar-lhe apenas a proporcionalidade em sentido estrito, o que, contudo, já seria o teste a ser realizado na extremidade do corredor em que se controla eventual excesso⁵¹¹.

Em se tratando, por outra banda, de uma *omissão parcial*, grosso modo, os mesmos problemas restariam reproduzidos. Em qualquer hipótese, a proporcionalidade seria imprestável para o controle de omissões, isto é, para a detecção da insuficiência⁵¹².

Por tais razões, Novais refuta o emprego da proporcionalidade para o controle do déficit⁵¹³. Afastado o propósito de otimização, a verificação da insuficiência nos direitos a proteção ou prestação deveria se limitar, conforme a concepção original de Canaris, a um controle de mínimos (a partir da consideração do conteúdo essencial – ou, no caso dos direitos sociais, do mínimo social – e do conteúdo de dignidade humana), apurável judicialmente mediante um mero controle de evidência⁵¹⁴, o único que seria compatível com o princípio da separação de poderes, por assegurar ao legislador uma margem de conformação adequada às reservas que lhe assistiriam para o cumprimento dos deveres de proteção e

⁵¹⁰ *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, p. 328 e 329.

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 329, 330.

⁵¹² *Ibid.*, p. 330, 331; *Direitos Sociais*, p. 284.

⁵¹³ *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, p. 207 ss.

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 212.

promoção⁵¹⁵.

Todavia, um mero controle de mínimos, que se limitasse a apurar se não há uma insuficiência evidente, mostrar-se-ia muito débil para afastar satisfatoriamente a insuficiência⁵¹⁶. Portanto, a eles o autor agrega um controle de razoabilidade, voltado a aferir se a manutenção da norma investigada, à luz dos padrões de um Estado de Direito social, produziria na esfera jurídica dos titulares consequências por eles insuportáveis⁵¹⁷.

Além disso, considerando que a supressão de uma omissão pode ser feita por diferentes possibilidades cuja escolha o Judiciário não seria mais funcionamente apto, tampouco gozaria de maior legitimidade que o poder político, eventual constatação de omissão importaria apenas a declaração de inconstitucionalidade por omissão, mas não a indicação da medida necessária para supri-la, muito menos a substituição do Legislativo na sua produção⁵¹⁸.

3.9.2.2 Matthias Mayer

A abordagem da proibição de insuficiência por Mayer se dá no contexto de relações jurídicas triangulares, ou seja, em que o legislador se vê chamado a mediar, por meio da lei, potenciais colisões entre o exercício de liberdades e direitos fundamentais à proteção. A preocupação do autor é assegurar ao legislador democrático uma ampla margem de atuação.

Ele parte da premissa de que cumpriria ao legislador a primazia de conformar os conflitos entre diferentes direitos fundamentais⁵¹⁹, sobretudo em contextos de

⁵¹⁵ O autor se refere a reservas (possíveis fundamentos para afetar negativamente a realização plena dos direitos fundamentais) que normalmente variam conforme os tipos de deveres estatais em questão. Todos eles (inclusive os deveres de respeito) seriam gravados por uma reserva geral imanente; já os deveres de proteção, normalmente, seriam acompanhados, também, por uma reserva do politicamente adequado ou oportuno; por fim, os deveres de promoção, viriam geralmente reforçados por uma reserva do financeiramente possível. Quanto maior o número de reservas que assistem ao legislador democrático, menor a densidade de controle com que o Judiciário poderia revisar as normas por aquelas produzidas. Do mesmo modo, a densidade de controle judicial seria maior sobre as afetações negativas a direitos negativos que sobre os direitos positivos. *Direitos Sociais*, p. 350 ss.; e *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, p. 203 ss.

⁵¹⁶ *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, p. 201-203.

⁵¹⁷ *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, p. 348 ss.; *Direitos Sociais*, p. 395 ss.

⁵¹⁸ *Direitos Sociais*, p. 384, 385.

⁵¹⁹ *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie*, p. 81.

incerteza no diagnóstico e prognóstico dos pressupostos fáticos e na interpretação dos limites normativos dos direitos fundamentais que estão frequentemente pressupostos a esse trabalho de conformação, tendo em vista que, exatamente nesses cenários de dúvida, seria de maior relevo a legitimidade democrática decorrente da participação popular na elaboração das leis⁵²⁰.

Mayer assente que a distinção entre normas constitucionais de ação (vinculadoras do Legislativo) e normas constitucionais de controle (que permitem a revisão da legislação pelo tribunal constitucional) – de abrangência mais restrita que aquelas –, é necessária para compatibilizar a força normativa da Constituição com a liberdade democrática de conformação do legislador, assim evitando que o reconhecimento da função jusfundamental protetiva leve à eclosão do Estado jurisdicional temido por Böckenförde⁵²¹. Todavia, essa distinção ainda não seria suficiente para precisar as fronteiras entre a competência do legislativo e da jurisdição constitucional. Tampouco bastaria a ideia de autocontenção judicial (*judicial self-restraint*), extraída do direito norte-americano. Em vez disso, a fronteira jurídico-funcional seria determinada pelas próprias normas constitucionais, sejam as de direitos fundamentais, sejam as que distribuem competências e tarefas entre os diversos órgãos⁵²².

Tais razões, somadas à teoria da essencialidade⁵²³, recomendariam que a conformação social se desse, em regra, por meio do parlamento, e a revisão jurisdicional fosse a exceção, limitada a um *controle de evidência* que reconheça a amplitude diagnóstica e prognóstica do legislador, bem como sua liberdade experimental⁵²⁴. Isso valeria tanto mais nas relações jurídico-constitucionais multipolares, tendo em vista a maior complexidade afeta à consideração de direitos fundamentais conflitantes⁵²⁵.

⁵²⁰ Ibid., p. 86 ss.

⁵²¹ Ibid., p. 94 ss. Para repelir essa possibilidade é que Böckenförde defende o retorno a uma concepção liberal dos direitos fundamentais, segundo uma “Constituição como moldura”, conforme referido no item 3.8.3.6.

⁵²² Ibid., p. 119, 120.

⁵²³ Da qual já se falou no subitem 3.8.1.

⁵²⁴ *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie*, p. 128, 129.

⁵²⁵ Ibid., p. 137 ss.

Ao contrário do que se dá nas relações meramente bipolares, em que há claras razões pra privilegiar o direito de defesa em detrimento das intervenções estatais, nas constelações multipolares o Estado se encontraria obrigado a considerar tanto a função defensiva como a protetiva dos direitos fundamentais contrapostos, que se influenciam mutuamente. Somente a Constituição poderia conferir às funções de defesa e de proteção diferentes graus de eficácia vinculativa. Contudo, a Lei Fundamental não teria feito tal distinção, impondo ao Estado, com a mesma intensidade, tanto se abster de interferir em direitos fundamentais como obstar que particulares intervenham em direitos fundamentais, o que importaria ao legislador aplicar indistintamente a ambas as funções jusfundamentais um mesmo critério de conformação, e, ao Judiciário, um mesmo critério de controle⁵²⁶.

Contudo, o critério unificado utilizável pelo legislador não equivaleria àquele manejável pela jurisdição constitucional. O Legislativo, na sua missão de equalizar ponderadamente as exigências contrapostas e influências recíprocas entre interesses e bens constitucionais seja na dimensão de defesa – atentando para a proibição do excesso –, seja na de proteção – zelando pela proibição de insuficiência –, teria no *princípio da proporcionalidade*, com suas componentes da idoneidade, necessidade e proporcionalidade e.s.e., a adequada *norma de ação* para estruturar suas decisões⁵²⁷. Entretanto, esse princípio só poderia ser também uma *norma de controle* – e, portanto, aplicável pelo Judiciário – se isso pudesse ser extraído do texto ou interpretação da Lei Fundamental, o que não seria o caso, já que a proporcionalidade seria um princípio construído pela ciência jurídica e pela jurisprudência⁵²⁸.

Nesse sentido, conviria observar que esse princípio foi desenvolvido a partir do direito administrativo, para evitar intervenções desproporcionais do poder de polícia na esfera de liberdade dos cidadãos⁵²⁹. A situação de um legislador a quem compete a conformação entre direitos a proteção e de defesa por meio de uma lei geral e abstrata seria muito diversa da de uma autoridade policial que, num caso

⁵²⁶ Ibid., p. 144 ss.

⁵²⁷ Ibid., p. 152 ss.

⁵²⁸ Ibid., p. 157.

⁵²⁹ Ibid., p. 158 ss.

concreto, tem de escolher um meio adequado para afastar uma dada perturbação. Logo, não haveria como o controle judicial utilizar o mesmo parâmetro para ambas as situações⁵³⁰.

É verdade que, tanto a proibição do excesso como a da insuficiência vinculariam o legislador, por força do art. 1, par. 3, da Lei Fundamental⁵³¹, a observar uma garantia mínima de preservação do direito fundamental, de modo que, dada tal identidade de propósitos, a proporcionalidade, sob esse ângulo, poderia ser empregada como um critério único tanto para o controle do excesso como da insuficiência⁵³². O problema é que apenas o primeiro de seus três testes seria apropriado para um controle judicial da atividade legislativa, por não envolver ponderação.

Com efeito, na análise da adequação dos meios, seja em relação a direitos de defesa, seja de proteção, só seriam de se excluir aqueles totalmente inadequados para realizar os fins visados com a medida restritiva ou para assegurar o direito de proteção constitucionalmente exigido⁵³³.

As duas fases seguintes do controle de proporcionalidade (necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) demandariam ponderação. Mesmo a apuração de meios igualmente eficazes e menos onerosos envolveria uma valoração da eficácia da medida e da onerosidade para o direito fundamental, e valorar é ponderar⁵³⁴. Ocorre que a Lei Fundamental não teria estabelecido uma ordem de valores entre os diversos direitos fundamentais, o que impediria não apenas a utilização da proporcionalidade para fixar de modo preciso a relação entre meio e fim, como afastaria a possibilidade de um mandado de otimização judicialmente controlável. Logo, a Constituição teria atribuído ao legislador, em primeira linha, competência funcional para equalizar os interesses em conflito, somente havendo espaço para correção judicial em se demonstrando que o

⁵³⁰ Ibid., p. 163, 164.

⁵³¹ Art. 1, par. 3: "Os direitos fundamentais a seguir discriminados vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário como direito imediatamente aplicável".

⁵³² Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie, p. 161, 162.

⁵³³ Ibid., p. 164, 165.

⁵³⁴ Ibid., p. 167, 168.

legislador procedeu a uma ponderação manifestamente desproporcional⁵³⁵.

Restaria ao Poder Judiciário, como *norma de controle* de constitucionalidade aplicável seja em relação à insuficiência como ao excesso, o disposto no art. 19, par. 2, da Lei Fundamental⁵³⁶, a saber, o *conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, entendido não no sentido meramente objetivo-normativo, mas subjetivo-individual, tampouco em sentido absoluto, mas suscetível a eventuais restrições a depender das circunstâncias do caso concreto, desde que não ultrapassem a dignidade inviolável do ser humano⁵³⁷.

Para assegurar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, o legislador deveria considerar todos os interesses possivelmente afetados no caso concreto. Para tanto, ele poderia realizar a ponderação entre os direitos afetados e repercuti-la num diploma legal, desde já direcionando a solução dos casos concretos, ou, em atenção a particularidades do caso concreto, poderia valer-se da previsão de cláusulas gerais⁵³⁸. Diferentemente, em vez de já equalizar no diploma legal tais conflitos, poderia optar pela “proteção de direitos fundamentais pelo processo”, i.e., pela criação de procedimentos adequados para a coleta e exame de todos os interesses envolvidos e proteção dos direitos fundamentais, como, por exemplo, sobretudo no âmbito ambiental, por meio de processos de licenciamento passíveis de revisão⁵³⁹. Se, contudo, algum afetado pela ponderação legislativa ou pelo resultado do processo no qual se realizou tal ponderação ainda entendesse que o produto da equalização não teria respeitado a proporcionalidade, caberia aos tribunais – aos especializados, antes do constitucional – aferir a constitucionalidade dessa ponderação no *caso concreto individual*, com o recurso ao princípio da proporcionalidade e tendo por referência os meios, fins e ponderações realizadas pelo legislador⁵⁴⁰. Apenas nessa hipótese, portanto, de controle do *caso concreto individual*, é que seria válido ao judiciário socorrer-se do princípio da

⁵³⁵ Ibid., p. 168-174.

⁵³⁶ Art. 19, par. 2: “Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência”.

⁵³⁷ Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie, p. 175 ss.

⁵³⁸ Ibid., p. 184 ss.

⁵³⁹ Ibid., p. 186 ss.

⁵⁴⁰ Ibid., p. 189.

proporcionalidade.

4 VIABILIDADE DO CONTROLE DE INSUFICIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Os capítulos 1 e 2, respectivamente, expuseram as bases dogmáticas do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e da responsabilidade civil pelo dano ambiental, ao passo que o capítulo 3, por sua vez, traçou um panorama sobre o desenvolvimento, os desafios e as diferentes concepções doutrinárias e jurisprudenciais sobre a proibição do déficit.

Calcado em tais alicerces, o propósito do presente capítulo é defender um modelo de controle da proibição de insuficiência consentâneo com nosso sistema jurídico, e, mais especificamente, apto a assegurar que o direito fundamental do meio ambiente seja protegido de modo suficiente por meio da responsabilidade civil.

4.1 Visão pessoal sobre a proibição de insuficiência

4.1.1 Premissas teórico-dogmáticas de ordem geral

Grande parte das premissas do modelo de controle da proibição de proteção deficiente a seguir apresentado já foram expostas ao longo deste trabalho. Em relação a elas, neste ponto proceder-se-á tão só a uma lembrança, sem prejuízo do acréscimo de outras, quando necessário.

A existência do dever estatal de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é indiscutível, estando amplamente explicitado ao longo dos dispositivos do artigo 225 da Carta Constitucional. Esse dever manifesta-se tanto na forma de abstenção (o Estado não pode gerar dano ambiental), como de ação (o Estado deve impedir que particulares degradem o ambiente). A proibição de insuficiência diz respeito, especificamente, a essa segunda forma de dever, já que a primeira é objeto do tradicional controle do excesso.

O dever estatal de proteção, contudo, não se limita ao direito ao meio ambiente. A propósito, demonstrou-se no capítulo anterior que a identificação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais implicou o reconhecimento de um dever estatal de proteção dos direitos fundamentais *em geral*. Mais que isso: atualmente, as funções dos direitos fundamentais associadas à sua dimensão objetiva vão muito além da proteção, estendendo-se a todo e qualquer dever

(mesmo no âmbito dos deveres estatais de respeito) que decorra de um direito fundamental positivo.

Em nossa ordem constitucional, os deveres estatais positivos também são derivados da previsão de eficácia imediata dos direitos fundamentais, de instrumentos de controle da omissão estatal como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e da possibilidade de intervenção da União nos Estados para assegurar a observância dos direitos da pessoa humana.

Portanto, e, sobretudo sob a vigência de um Estado Democrático e Social de Direito, como é o caso do nosso, não há dúvidas de que o Estado tem deveres constitucionais a desempenhar por meio de atuações positivas. A proibição de insuficiência é um instrumento para apontar se tais deveres estão sendo realizados em grau satisfatório, ou se, ao contrário, o Estado está se omitindo, total ou parcialmente. A questão que se coloca, agora, é “como” realizar essa mensuração.

Nossa Constituição, como tantas outras congêneres contemporâneas, resultou de um compromisso entre diversas visões sociais, políticas e econômicas sob muitos aspectos contrastantes entre si. A acomodação das aspirações divergentes não seria passível de ser alcançada não fosse pelo emprego em profusão de cláusulas abertas, conceitos indeterminados e normas *prima facie*. Conseqüentemente, é inevitável que, entre os elementos desse sistema, com grande frequência, identifiquem-se colisões normativas, a demandarem principalmente do Estado-legislador e do Estado-juiz esforços de harmonização. Não por acaso, a Lei Maior exige que a tutela do meio ambiente seja conciliada com outros bens, interesses e valores⁵⁴¹. A harmonização de normas *prima facie* colidentes⁵⁴² não se faz possível sem o recurso à proporcionalidade⁵⁴³.

⁵⁴¹ Basta recordar que a proteção do meio ambiente é um dentre vários princípios a pautarem a ordem econômica (CF, art. 170), e que a função social da propriedade rural é vinculada à utilização adequada dos recursos naturais e à preservação do meio ambiente (CF, art. 186, II).

⁵⁴² Fala-se, aqui, em colisões reais, e não das aparentes, solucionáveis pelos clássicos critérios de solução de antinomias (hierárquico, cronológico, especialidade).

⁵⁴³ Fundando o controle de proporcionalidade de colisões entre direitos fundamentais na estrutura principiológica – logo, *prima facie* – das normas que os veiculam: Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 118 e 558. Na sua esteira, Jane R. G. Pereira: “É que, ao se entender as normas de direito fundamental como princípios – ou seja, como normas que podem ser cumpridas em diferentes graus -, torna-se imperativo adotar um critério que se preste a mensurar em que escala

Não há justificativa dogmática para que, no esforço de harmonização entre princípios fundamentais colidentes, reserve-se o exame de proporcionalidade apenas para o controle do excesso, relegando-se a proibição da insuficiência, tão somente, à violação do conteúdo essencial dos direitos⁵⁴⁴. O resultado de um tratamento assim diferenciado seria uma inadmissível redução da garantia de controle judicial de direitos fundamentais cuja realização – como é o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – dependa, sobretudo, de atuações estatais positivas, objeto do escrutínio da proibição do déficit.

Logo, também o controle da insuficiência de direitos fundamentais, e, particularmente, do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, deve ser realizado por meio de um exame de proporcionalidade. Os fundamentos para superar as objeções a essa premissa – inclusive para ilidir o anátema da solução otimizadora – já foram defendidos ao se tratar da autonomia dogmática da vedação de insuficiência, sobretudo no ponto da sua independência em relação ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais⁵⁴⁵.

Para além dos óbices já repelidos ao emprego da proporcionalidade no controle do déficit de ação estatal, tampouco procede o argumento de que uma compreensão da proibição da insuficiência como um mínimo absolutamente dissociado de qualquer juízo de proporcionalidade estaria alinhada com a concepção original de Canaris. Ao contrário do que inculca Novais⁵⁴⁶, Canaris não reduz aprioristicamente a proibição de insuficiência a um controle de mínimos, tampouco refuta o emprego da proporcionalidade na determinação da proteção deficiente. O que Canaris recusa é a simples replicação, na análise da insuficiência,

a Constituição exige o seu cumprimento em cada caso. Assim, a noção de proporcionalidade é correlativa ao conceito de princípio, entendido como um comando que deve ser realizado na melhor medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas existentes”. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 361.

⁵⁴⁴ O min. Alexandre de Moraes, em seu voto no já citado acórdão sobre o novo Código Florestal, pareceu defender posição diversa daquela adotada neste trabalho, ao afirmar: “Na verdade, as teses de inconstitucionalidade articuladas nas presentes ações diretas dependem da demonstração técnica e científica da alegada insuficiência total da nova legislação em assegurar um padrão mínimo essencial de proteção ambiental”. ADI 4901, 4902, 4903, 4937 e ADC 42, rel. min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 28.02.2018, *DJe* div. 12.08.2019, p. 320. Sem embargo, como será visto no subitem 4.1.2.2, *infra*, seu posicionamento parece ser isolado na corte.

⁵⁴⁵ V. subitem 3.7.3.

⁵⁴⁶ V. subitem 3.9.2.1.

sem adaptações, do teste de proporcionalidade voltado ao controle do excesso. Sem embargo, observa ele que, mesmo no controle do déficit, considerações de proporcionalidade também desempenhariam um papel, como, aliás, em todas as soluções de ponderação⁵⁴⁷. Para ele, seria mister considerar “se a *protecção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência* e se bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobre-avaliados”. E, mais adiante, destacando a autonomia do processo de apuração da insuficiência (para ele, o “como” da protecção) em relação àquele do dever de protecção (o “se” da protecção), frisa que a investigação daquela conduziria, com frequência, a um “segundo limiar argumentativo” e a uma “nova ponderação com interesses e bens jurídicos contrapostos”, na qual não se excluiria a possibilidade de que o judiciário, tal qual como o legislador, pudesse ir “além do mínimo de protecção jurídico-constitucionalmente imposto”⁵⁴⁸.

Por outro lado, em razão dos fundamentos identificados na base da proibição de insuficiência, foi demonstrado que ela se impõe em relação a todos deveres estatais de atuação positiva (i.e., de *facere* fático ou normativo) impostos pela Constituição ao Estado, e não apenas nos deveres de protecção contra intervenções de particulares, embora, especificamente no que toca aos fins deste trabalho (protecção do direito ao meio ambiente via responsabilidade civil), seja essa a incidência que importa. Em contrapartida, relativamente aos direitos fundamentais negativos, aos quais correspondem deveres estatais de abstenção (i.e., de *non facere* fático ou normativo), impõe-se a proibição do excesso, e não a de insuficiência.

Reconhece-se a necessidade de que o método de escrutínio judicial da proibição da insuficiência seja minimamente coerente com o contexto normativo da colisão. Nesse sentido, e considerando que, em todos os casos, sua incidência estará fundada sempre numa omissão (total ou parcial) estatal relativamente a um dever de ação, concorda-se com Novais quanto a não ser apropriado, por exemplo, orientar sua aplicação pela lógica da proporcionalidade em alguns casos, e, em outros, adotar linha de raciocínio completamente diferente⁵⁴⁹. Nesse sentido, a

⁵⁴⁷ *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 66, 67.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 124.

⁵⁴⁹ *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, p. 339.

orientação aqui adotada busca sempre um controle de proporcionalidade, quaisquer que sejam as demais peculiaridades do conflito sob exame⁵⁵⁰.

É importante repisar, também, que interessa especificamente aos fins deste trabalho a proibição de insuficiência na atuação estatal em prol do direito fundamental ao ambiente, notadamente por meio de normas de responsabilidade civil ambiental. Importa, portanto, considerar que o direito ao meio ambiente é exemplo de direito fundamental “completo”, “como um todo” ou “em sentido amplo”, ou seja, compõe-se de feixes de diversas posições jurídicas decorrentes de normas com diversas densidades normativas (desde normas-regra a normas-princípio), que interagem em relações de diversas ordens (meio e fim, especificação ou sopesamento)⁵⁵¹.

No âmbito da complexidade desse *direito fundamental completo*, a responsabilidade civil objetiva pelo dano ambiental opera numa relação instrumental (de meio e fim) com o direito ao meio ambiente (como direito a algo), e é constitucionalmente assegurada – especificamente no que diz com o *caráter objetivo* de sua natureza – por meio de uma norma-regra (comando definitivo). A responsabilidade civil ambiental, amparada no parágrafo terceiro do artigo 225, é também desenvolvida em outras normas da própria Constituição e na legislação infraconstitucional, conforme detalhadamente exposto no capítulo 2 desta obra.

Pode-se afirmar também que, se a regulação infraconstitucional da responsabilidade civil – conforme o já referido escólio de Canaris – é uma realização da função dos direitos fundamentais de imperativo de tutela, a responsabilidade civil ambiental, em nosso ordenamento, tem a peculiaridade de ser realizada, em grande medida, pela própria Constituição, que a associa explicitamente ao direito fundamental e lhe atribui uma configuração de responsabilidade objetiva.

Feitas tais observações de ordem mais genérica e pressuposta, cumpre adensar um pouco mais os fundamentos, na direção de uma proposta de modelo

⁵⁵⁰ Diferentemente da opção da presente pesquisa, Novais, na obra citada, adota uma abordagem sempre alheia ao pensamento da proporcionalidade, mas coerente com as premissas adotadas em seu trabalho.

⁵⁵¹ V. subitens 1.2.7 e 1.2.10.3.

de controle da proibição de insuficiência. Ressalta-se, mais uma vez, que ele é direcionado à proibição de insuficiência como parâmetro de controle do produto legislativo, seja porque, primariamente, é sobre o legislador que recai o dever de concretização dos direitos fundamentais, seja porque a responsabilidade civil é disciplinada, basicamente, por meio normas legais.

4.1.2 Premissas teórico-dogmáticas de ordem específica

4.1.2.1 Enfrentamento dos problemas de fundo

Como anteriormente exposto⁵⁵², os problemas de fundo potencialmente produzidos pela proibição de insuficiência orbitam em torno de dois temas que se entrelaçam: o risco de redução da margem de discricionariedade do legislador e o potencial prejuízo a uma orientação liberal dos direitos fundamentais. A forma como eles são encarados repercute significativamente no modo como a proibição de insuficiência pode ser aferida, ou seja, na intensidade (profundidade) do exame judicial, na abordagem do método de revisão (proporcionalidade ou outra), na sua estrutura e nas consequências do controle. Por isso, a partir de agora, posiciona-se em relação às diversas soluções já concebidas doutrinária e/ou jurisprudencialmente para enfrentá-los. As mesmas opiniões adiante sustentadas por este autor em relação ao Poder Legislativo (sobretudo quanto à sua legitimação democrática e à sua capacidade decisória, relativamente às do Judiciário) podem ser estendidas, *mutatis mutandis*, à atuação normativa do Executivo.

4.1.2.1.1 Teoria dos limites jurídico-funcionais

Essa teoria, como já mencionado, é invocada primordialmente com vistas a limitar o controle judicial da atuação legislativa, sobretudo relativamente às omissões estatais, razão pela qual interessa especificamente à proibição da insuficiência. Para tanto, parte do argumento da necessidade de preservação da separação de poderes, no âmbito da qual o Legislativo seria mais legitimado e mais bem capacitado que o Judiciário para a harmonização de eventuais interesses contraditórios e definição dos meios de realização dos deveres estatais positivos.

Sem embargo, conforme será exposto doravante, as premissas do

⁵⁵² V. subitem 3.8.

pensamento dos limites jurídico-funcionais devem ser acatadas *cum grano salis*, mormente quando considerada a realidade democrática brasileira. Isso não implica que o Judiciário possa irrefletidamente ultrapassar os limites concebidos como fronteiras reconhecidas segundo a compreensão tradicional (mais rígida) da teoria da separação de poderes, mas que é mister um temperamento na determinação prática dos limites jurídico-funcionais, que leve em consideração a efetiva (e não meramente as idealizadas pela teoria política) representatividade democrática e capacidade decisória de cada um dos Poderes, e o papel fundamental do Judiciário de defesa contramajoritária dos direitos fundamentais no contemporâneo Estado Democrático de Direito,.

a) *Das mazelas da formulação tradicional da separação dos poderes*

Como argutamente observa Carolan, a *trias política*, por si só, não é apta a servir de bússola na imposição de limites às diversas funções estatais. Na sua formulação absoluta, com funções estatais completamente independentes, jamais foi adotada pelas nações modernas, dada sua inviabilidade prática. Por isso, a abordagem que foi sendo desenvolvida ao longo do tempo e chegou à contemporaneidade, em verdade, é resultado de uma combinação entre uma separação pura, nos moldes formais montesquianos, e uma formulação mista, que admite uma interação e controle recíproco entre os diversos ramos estatais. O problema é que mesmo esse esforço de equilíbrio, dada a insuperável contradição de propósitos (separação absoluta x interação), jamais atingiu um grau de determinação que lhe permitisse orientar satisfatoriamente a alocação do poder entre os diversos órgãos estatais. Ele falha já quanto à definição dos seus objetivos (não há consenso sobre todos os propósitos da separação de poderes, a não ser quanto a evitar a tirania de algum dos ramos estatais), e peca ainda mais no fornecimento de parâmetros para a delimitação das funções de cada um dos Poderes. Portanto, quando invoca a separação de poderes para fundamentar a possibilidade ou não de revisão de atividades dos outros ramos do Estado, o Judiciário a verbera com um argumento meramente retórico. A rigor, está a ocultar os verdadeiros fundamentos pelos quais, anteriormente, já resolveu posicionar-se

num ou noutro sentido⁵⁵³.

b) Da pretensamente superior legitimação majoritária do Legislativo

A suposta maior legitimação do Parlamento em relação ao Judiciário funda-se no pressuposto de ser aquele o portador da vontade da maioria, e, nesse sentido, respeitar suas escolhas discricionárias seria uma deferência inafastável ao princípio democrático, um dos pilares sagrados do Estado de Direito contemporâneo. A força dessa presunção, contudo, pode e deve ser diminuída.

Inicialmente, importa observar que, em grande medida, a possibilidade da aferição da vontade da maioria (ou da “vontade geral” de Rousseau) é uma ficção. Conforme observa Shapiro, Keneth Arrow, em célebre trabalho, demonstrou que, em função de uma peculiaridade das ordens de preferências envolvidas nas escolhas sociais, o governo da maioria pode conduzir a resultados contrários à vontade da maior parte da população. Imagine-se, por exemplo, que o eleitor 1 tenha como ordem de predileção de soluções $A > B > C$, o eleitor 2, de sua vez, considere $C > A > B$, e o eleitor 3 prefira $B > C > A$. Na prática, as soluções A, B e C são igualmente majoritárias, pois os eleitores 1 e 2 concordam que A é preferível a B, os eleitores 1 e 3 escolhem B em vez de C, e os eleitores 2 e 3 anuem que C é melhor que A. Esse paradoxo também abre ensejo para manipulações intencionais por quem tenha o comando da ordem de votações e conheça as preferências dos votantes, ou desaguar em resultados aleatórios: considerando-se o ranking de preferências dos votantes, a depender da sequência em que determinados temas sejam submetidos a votação, o resultado poderá ser um, ou ser outro. Em resumo, o fenômeno enseja o risco da tirania de minorias estrategicamente bem posicionadas ou da tirania da aleatoriedade irracional⁵⁵⁴.

Por outro lado, há que refutar uma noção muito arraigada nas análises

⁵⁵³ Para chegar a essa constatação, Carolan recorre a contributos teóricos e analisa julgados e votos individuais em casos históricos das cortes constitucionais dos Estados Unidos e da Irlanda, demonstrando que, em casos idênticos ou situações assemelhadas, a separação de poderes foi invocada para chegar a resultados diametralmente opostos: ora para justificar o controle judicial, ora para uma atitude de autocontenção. *The New Separation of Powers: a theory for the modern state*, p. 22-45.

⁵⁵⁴ *The State of Democratic Theory*, p. 11 e 12. Sua referência é feita a J. Keneth Arrow, *Social Choice and Individual Values*. New York: Wiley, 1951.

contrárias ao controle judicial dos demais poderes: aquela segundo a qual o Legislativo (e também o Executivo) seria sinônimo de atuação majoritária. Lemieux e Watkins observam que todas as instituições democráticas têm mecanismos contramajoritários que afastam os seus resultados da vontade da maioria, e citam, dentre outros exemplos, o fenômeno da trajetória de dependência (inércia associada a instituições já cristalizadas, cuja modificação importaria custos por vezes inviabilizadores dessa intenção), a atuação legislativa resultante de compromissos *ad hoc* entre partidos minoritários, e o bicameralismo, em que cada uma das câmaras pode impedir que as alterações pretendidas pela maioria refletida no modelo da outra consiga as modificações pretendidas⁵⁵⁵.

Aos exemplos citados⁵⁵⁶, a realidade brasileira permite agregar outras causas de descompasso entre o resultado da atuação parlamentar e a vontade dos seus eleitores: o poder concentrado nas mãos dos componentes de comissões parlamentares, que, muitas vezes, decidem de modo terminativo sobre a aprovação ou reprovação de projetos de lei; mandatos legislativos associados a dimensões territoriais gigantescas, em que a distância entre eleito e eleitor dificulta não apenas a fiscalização daquele por este, mas a própria lembrança do candidato em quem se votou; proliferação de partidos políticos de ocasião, sem coesão ideológica interna ou identificação com uma respectiva base eleitoral; a enorme gama de partidos políticos e coligações que, a cada eleição proporcional, se rearranjam em composições múltiplas, dificultando que o eleitor saiba quem, afinal de contas, seu voto ajudou a eleger; baixo índice de instrução do eleitorado; compromisso dos eleitos com seus financiadores de campanha, sobretudo aqueles ocultos.

Mas, mesmo pressupondo que o resultado da atividade parlamentar corresponda, em termos proporcionais, aos anseios dos seus eleitores, algumas distorções obstam a que a legislação seja produzida proporcionalmente à vontade

⁵⁵⁵ *Judicial Review and Contemporary Democratic Theory*, p. 33, 163 e 164.

⁵⁵⁶ Quanto a alianças de conveniência entre setores que, isoladamente considerados, são minoritários, mas unidos, atuam em descompasso com a vontade majoritária, ficou célebre entre nós a união entre a bancada ruralista e a bancada evangélica por ocasião em que se discutiam os projetos do novo Código Florestal e da Lei da Copa. Em troca do apoio na aprovação do primeiro, a bancada ruralista daria suporte aos evangélicos para obstar a aprovação da venda de bebidas alcoólicas em estádios, pretendida pelo governo no projeto da “Lei da Copa”. Aragão, “Bancada Evangélica se une a Ruralistas para Derrotar o Governo”, in: *Gospel Prime*.

da maioria. A primeira delas é que, em nosso sistema eleitoral, o voto dos habitantes de determinadas regiões “vale mais” que o de outras. É dizer, em outras palavras, que Estados menos populosos, por força da Constituição, em termos proporcionais, tem um maior número de cadeiras na Câmara dos Deputados que aqueles mais povoados. A dissonância também se manifesta, em outros termos, no Senado, em que se assegura para cada Estado o mesmo número de representantes, independente da população absoluta do ente federativo.

O segundo impeditivo de uma correspondência proporcional ao princípio da maioria é que, num mesmo Estado, a votação em regiões menos urbanizadas concentra-se em determinados candidatos, facilitando-lhes a eleição, ao passo que, nas grandes cidades, diversamente, a distribuição dos votos tende a ser mais pulverizada entre os vários disputantes que nelas têm sua base eleitoral. Na prática, isso implica que, num mesmo Estado, áreas menos urbanizadas tendam a eleger, em termos proporcionais, um número significativamente maior de candidatos (sejam estaduais ou federais) quando comparadas com áreas mais urbanizadas⁵⁵⁷.

Como resultado da combinação entre a primeira componente – de ordem normativa – com a segunda – de ordem fática, não surpreende que, nas eleições de 2006, a população das áreas mais urbanizadas, relativamente à das áreas menos urbanizadas, estivesse sub-representada num número superior a 90 (noventa) deputados federais⁵⁵⁸.

As consequências das falhas na representatividade política podem ser funestas para o regime democrático. Em 2019, pesquisa divulgada no âmbito do Projeto de Opinião Pública da América Latina (LAPOP, em inglês), desenvolvido pela Universidade Vanderbilt (EUA), em parceria, no Brasil, com a Faculdade Getúlio Vargas, revelou que 58% da população brasileira estava insatisfeita com o funcionamento da democracia, e 35% acreditava que um golpe militar se justificaria em caso de muita corrupção⁵⁵⁹. Em 2017, próximo do ápice dos escândalos de

⁵⁵⁷ Carvalho, “Geografia política das eleições congressuais”, p. 373 ss. O fenômeno da sobre-representação parlamentar das áreas mais rurais também ocorre nos Estados Unidos. Lemieux e Watkins, *Judicial Review and Contemporary Democratic Theory*, p. 164.

⁵⁵⁸ É o número a que chegou o estudo de Carvalho, ob. cit., p. 377.

⁵⁵⁹ Flávia Faria, “Confiança na democracia sobe, mas insatisfação com seu funcionamento é de 58%”, Folha de São Paulo *on line*, 04.06.2019.

corrupção revelados pela operação Lava-Jato, a insatisfação com a democracia, segundo informações do mesmo Lapop, chegava a impressionantes 78%. Nessa época, o Brasil chegou a ocupar o penúltimo lugar entre os 26 países latino-americanos pesquisados no *ranking* de respeito pelas instituições políticas. Pesquisadores do LAPOP e FGV identificaram na falta de representatividade um dos motivos desse elevado grau de desilusão⁵⁶⁰.

Também divulgada aqui em 2019, outra pesquisa de opinião, desta vez desenvolvida em 42 países com 36.395 entrevistados pelas organizações não governamentais FONDAPOL, Instituto Republicano Internacional e, no Brasil, pela República do Amanhã, aferiu que, se a confiança nas instituições segue baixa mundo afora, no Brasil a situação é muito mais preocupante. Na média mundial, 37% acreditam no Legislativo e 39% nos partidos políticos e sindicatos, ao passo que, em nosso país, apenas 9% confiam no Legislativo, e 18% nos partidos e sindicatos. Mesmo o Judiciário, aqui, tem apenas 27% da confiança da população, contra 47% da média global. E 77% dos brasileiros afirmaram que a democracia funciona mal ou muito mal, quando, na média mundial, a resposta foi de 49%⁵⁶¹. Pelo ângulo reverso, 51% da média mundial entende que a democracia funciona muito bem ou bem em seu país, resultado que, no nosso, foi de apenas 23%, o que colocou o Brasil na condição de segundo país mais inseguro em relação à sua democracia dentre os 42 países da pesquisa⁵⁶².

A despeito da crise da força legitimadora do princípio da maioria para os órgãos eleitos, que, decerto, é por demais conhecida dos melhores quadros acadêmicos e judiciais, Castro observa haver uma longa e indisplicida doutrina e jurisprudência a um controle meritório de atos discricionários, identificando, em especial, uma excessiva tolerância para com a mera *legalidade* legislativa, e conclama os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e a sociedade civil a uma atuação proativa de controle da *legitimidade* dos atos legislativos, é dizer, de

⁵⁶⁰ Vinícius Pereira, "Brasileiros estão entre os mais cínicos com política na região, diz estudo", *Folha de São Paulo* "on line", 05.04.2016..

⁵⁶¹ Editorial: Desilusão com a Democracia, *A Tribuna*, Santos, 14.12.2019, p. A-2.

⁵⁶² Caio Mattos, "Democracia é insubstituível e melhor regime para 42 países, diz estudo", *Veja*, 13.12.2019.

sua efetiva correspondência com as normas constitucionais consagradoras de princípios programáticos e direitos sociais⁵⁶³. Como alerta o autor:

Nesse ambiente de injustiça estrutural, a representação política sediada no Congresso Nacional é formada quase sempre a partir de um precário e ilusório processo eleitoral-partidário, além de condicionado por um sistema cultural e de comunicação de massas politicamente alienante e inacessível às lideranças sinceramente comprometidas com as causas populares, deixa de exercer sua insubstituível missão de impulsionar o progresso global da sociedade, servindo não raro como instrumento mistificador do discurso democrático pelas elites dominantes. Quanto a essas, a manutenção do *stablishment* (sic), ou seja, da situação de privilégio material que a *legalidade formal* não questiona e, por isso mesmo, assegura⁵⁶⁴.

Ante as deformidades ressaltadas nos parágrafos anteriores e a expressiva participação do agronegócio no PIB nacional⁵⁶⁵, não surpreende que a legislação de proteção ao meio ambiente seja um dos campos onde se manifesta com maior intensidade o desalinhamento entre a vontade da maioria e a prática do legislador. Um dos exemplos mais marcantes desse descompasso pôde ser constatado na aprovação da Lei n. 12.651/2012, conhecida como novo Código Florestal, que atentou significativamente contra a regra constitucional que impõe o dever reparação dos danos ao meio ambiente.

Esse diploma, ao fixar parâmetros menos rigorosos para áreas de preservação permanente em áreas rurais que houvessem sido desmatadas até 22 de julho de 2008 para fins agrossilvipastoris, ecoturismo ou turismo rural, na prática, concedeu anistia para desmatadores enquadráveis em tais condições. A nova lei foi aprovada por ampla maioria no Congresso Nacional, muito embora pesquisa encomendada por organizações ambientais ao Instituto Datafolha tenha constatado que apenas 5% da população era favorável a tal anistia, e 79% eram expressamente contrários⁵⁶⁶.

⁵⁶³ *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*, p. 161-181.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 180.

⁵⁶⁵ Da ordem de 21,1% do PIB em 2018, conforme o CEPEA/ESALQ/USP. Disponível em: <https://www.cepea.esalq.usp.br/br/pib-do-agronegocio-brasileiro.aspx>. Acesso em 08.12.2019.

⁵⁶⁶ Catarina Alencastro, “Código Florestal: segundo pesquisa Datafolha, 79% dos brasileiros são contra perdão de multas a quem desmatou ilegalmente”, *O Globo “on line”*, 10.06.2011.

No específico caso do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade lançadas contra a referida lei, vários ministros invocaram os amplos debates havidos na tramitação do projeto de lei no Congresso Nacional e a legitimidade democrática dos parlamentares como argumentos para uma autocontenção da atividade revisora judicial, o que pode ser ilustrado exemplarmente nas seguintes passagens do voto do relator, ministro Luiz Fux:

É preciso, portanto, desde logo assentar que as opções legislativas positivadas no Novo Código Florestal gozam de legitimidade institucional e democrática. Segundo apurei por ocasião da audiência pública realizada nas presentes ações, as discussões para a aprovação da Lei se estenderam por mais de dez anos no Congresso Nacional. Somente no âmbito do Parlamento, mais de 70 (setenta) audiências públicas foram promovidas com o intuito de qualificar o debate social em torno das principais modificações relativas ao marco regulatório da proteção da flora e da vegetação nativa no Brasil. Dessa maneira, além da discricionariedade epistêmica e hermenêutica garantida ao Legislativo pela Constituição, também militam pela autocontenção do Judiciário no caso em tela a transparência e a extensão do processo legislativo desenvolvido, que conferem legitimidade adicional ao produto da atividade do Congresso Nacional. A transparência cria um ambiente propício à consistência regulatória, na medida em que constrange os agentes decisórios a explicitar, com maior rigor analítico, os motivos causadores e fins perseguidos pela intervenção estatal. Sem prejuízo de todos os fatores já enumerados, que sugerem uma postura judicial deferente, também as características do processo legislativo que culminou na lei em apreço aumentam o ônus argumentativo para o apontamento de inconstitucionalidades no novo Código Florestal⁵⁶⁷.

A atitude do ministro Fux, que, no caso em questão, pode ser considerada paradigmática da postura de vários outros ministros, desconsiderou por completo a realidade exposta nos parágrafos anteriores. A par dos argumentos já expendidos, é especialmente relevante acrescer contra suas considerações que a realização de dezenas de audiências públicas Brasil afora não se presta a mudar em nada o distanciamento entre a opinião da maioria e o produto final da atuação do legislador, servindo, quando muito, a um fundamento meramente formal e substancialmente

⁵⁶⁷ ADI 4901, 4902, 4903, 4937 e ADC 42, rel. min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 28.02.2018, *DJe* div. 12.08.2019, p. 67.

vazio para a defesa do resultado do processo legislativo parlamentar.

A propósito, estudos têm constatado que, mesmo no âmbito de nossa Corte Constitucional, a participação social via audiências públicas ou *amici curiae* têm cumprido um papel predominantemente formal, não sendo levada em conta no momento da prática decisória⁵⁶⁸. Um exemplo concreto do emprego meramente retórico das audiências públicas pode ser encontrado nos votos de boa parte dos próprios ministros do STF nas ADIs sobre o Código Florestal, dos quais, mais uma vez, o voto do ministro relator é um *standard*. Inúmeros pesquisadores levaram à audiência por ele presidida subsídios que demonstravam cientificamente a insuficiência dos parâmetros ambientais adotados pelo novo Código para assegurar sejam as funções que as áreas de preservação permanente se destinavam a garantir, sejam aquelas visadas pelas reservas legais. Nenhum desses cientistas sequer, contudo, foi referido no voto do relator, que se limitou a aludir à exposição de um representante da Embrapa que em nada refutava as conclusões daqueles outros expertos.

Do que foi exposto, obstar o controle judicial sobre o Legislativo (ou, mesmo, sobre o Executivo) sob o argumento de uma suposta maior legitimação majoritária daqueles Poderes em face do Judiciário é um formalismo ingênuo⁵⁶⁹. Essa realidade disfuncional, em que ramos estatais concebidos para atuarem majoritariamente operam em descompasso com a vontade da maioria, e a possibilidade de uma Corte Constitucional, tradicionalmente vista como contramajoritária, ser vocacionada a controlar esses desvios atuando de forma majoritária não é apanágio da democracia brasileira. Ela já foi detectada, por exemplo, na realidade norte-americana, onde uma tal atuação da Suprema Corte vem sendo objeto de uma avalanche de estudos e chegou a ser denominada por Corinna Lain como *upside-down judicial review*⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ Vide, a propósito, Vestena, *Participação ou Formalismo?*, p. 95 ss.

⁵⁶⁹ Puga, “La Litis Estructural em el Caso Brown v. Board of Education”, p. 136.

⁵⁷⁰ Corinna Lain, “Upside-Down Judicial Review”, p. 113 ss. É interessante ressaltar que essa abordagem, seja por ser meramente descritiva (não normativa), seja por englobar resultados que extravasam os da simples disfuncionalidade do processo legislativo tal como concebida por John Hart Ely, não é a mesma imprimida pelo autor em sua célebre *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*. Ely vê como legítima a revisão judicial somente na hipótese de descrédito no

Por outro lado, é de rigor observar que nenhum Poder estatal tem o monopólio da soberania popular. Como observa Enterría, na sua clássica concepção como Poder “livre, radical e incondicionado”, essa soberania se firma tão somente no poder constituinte originário, e não na fração de poderes concretos por ele distribuídos entre os diversos órgãos superiores pela Constituição⁵⁷¹. E, no caso de nossa Constituição, sequer o poder constituinte derivado é incondicionado, pois o poder constituinte originário o cerceou já por via de requisitos formais, já nos limites das cláusulas pétreas, cumprindo ao Tribunal Constitucional fiscalizar sua observância.

E, por falar em poder constituinte, é importante frisar ser por manifestação de sua soberania que se concebeu o modelo vigente de escolha dos membros dos tribunais, em que a vontade da maioria também se afigura, ainda que de modo indireto, por força da atuação decisiva do chefe do Executivo. No caso específico do Supremo Tribunal Federal, essa carga de legitimação é ainda mais acentuada, seja em razão da ausência de limitação ao poder de escolha do Executivo (desnecessidade de listas quádruplas ou quádruplas), seja em função da indispensável anuência do Senado Federal.

Em razão da sucessão de chefes do Executivo a exercerem o poder de nomeação, a composição dessas cortes tende a englobar diferentes matizes ideológicos, a cuja diversificação se soma a das diferentes origens profissionais dos seus membros – Judiciário, Ministério Público, advocacia pública ou privada – , o que lhes propicia uma configuração pluralista⁵⁷².

Enfim, não se pode afirmar que o Judiciário não seja democrático. Como adverte Bachof, mais importante que a forma de nomeação, é a função desempenhada. Os magistrados estão em permanente diálogo entre si, com outros

processo legislativo democrático, mais especificamente, ante a constatação de seu mal funcionamento, o que ocorreria quando houvesse um sufocamento dos canais de mudança política de modo a impedir uma atualização da representatividade, ou quando a maioria rejeitasse, sistemática e gratuitamente (por preconceito), o reconhecimento e proteção de interesses de grupos minoritários. A simples aprovação de normas contrárias à vontade da maioria, para ele, não autorizaria uma atuação corretiva da Corte Constitucional, mas, tão somente, a reprovação popular nas próximas eleições. Ob. cit., p. 103.

⁵⁷¹ *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 200-201.

⁵⁷² Nesse sentido, enfatizando a realidade do STF: Yokohama, *Teoria da Proporcionalidade*, p. 326.

tribunais, com a população e com especialistas, de modo a captar o senso de valor ou desvalor da atuação jurisdicional. Assim, do mesmo modo como o parlamento legisla em nome do povo e a Administração governa em nome do povo, os juízes decidem em nome do povo⁵⁷³.

c) Da suposta maior capacidade decisória do Legislativo

A teoria dos limites jurídico-funcionais também considera que a arena parlamentar ofereceria melhores condições para captar e acomodar a multiplicidade de interesses envolvidos na concretização de direitos fundamentais, com maior possibilidade de participação dos interessados e, inclusive, um vasto suporte de expertos, dando azo a uma abordagem multidimensional e mais adequada à complexidade da tessitura social. Já na apreciação judicial, o enfoque seria presumivelmente de cunho monodisciplinar, exclusivamente jurídico.

As razões expostas no subitem anterior, em grande medida, também servem para afastar uma alegada superioridade da capacidade do Legislativo de resolver de forma mais eficiente que o Judiciário os conflitos de interesses envolvidos na densificação dos direitos fundamentais. Não se nega, aqui, que o Legislativo possa ser um espaço, por excelência, pluralista e favorável para um amplo debate de ideias e condensação de aspirações, e que possa se valer da opinião de competentes especialistas para fomentar uma excelente tomada de decisão. Contudo, as falhas que implicam no seu inegável déficit de representatividade fazem com que essa aparente vantagem funcional redunde, não raras vezes, numa vã potencialidade.

Importa notar que, mesmo numa seara em que a autocontenção do Judiciário sói ser mais pronunciada, a saber, quanto às regulamentações técnicas elaboradas por órgãos especializados do Poder Executivo ou pelas agências descentralizadas, vozes na doutrina alertam que a pressuposição de que órgãos administrativos são sempre mais bem equipados para questões científicas complexas pode consistir numa excessiva simplificação. Por isso, é necessário que o Judiciário, embora cioso de seu papel constitucional, esteja atento para a

⁵⁷³ Grundgesetz e *Potere del Giudice*, p. 83.

ocultação de compromissos políticos sob o véu da expertise. Essa prevenção poderia se dar por meio de uma avaliação mais detalhada da forma como a Administração considerou os fatos e distribuiu o ônus da prova, de modo a assegurar que o exame atingiu o mesmo grau de confiabilidade que o campo científico sob consideração exigiria. Um belo exemplo nesse esforço é o caso *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals*, precedente de 1993 no qual a Suprema Corte estabeleceu parâmetros que vêm sendo seguidos nos tribunais federais e várias cortes estaduais norte-americanas. Segundo esse modelo, para valorar se a opinião de um especialista é relevante e confiável, deve ser apurado: a) se ela é testável ou falseável; b) se foi publicada e revisada por pares; c) a taxa de erro conhecida ou potencial; d) o grau de acatamento na comunidade de sua área de conhecimento⁵⁷⁴.

No mais, o Poder Judiciário, seja por sua composição também plural, seja por meio de instrumentos de oitiva social, sobretudo em casos polêmicos, também pode atuar de forma eficiente na captação das diferentes percepções e aspirações sociais sobre temas de alta complexidade, bem como contar com a contribuição de grandes especialistas nas mais distintas áreas de conhecimento. Isso já se verificou, a propósito, em diversos processos que tramitaram pelo Supremo Tribunal Federal, seja na abertura processual para a participação de *amici curiae*, seja na realização de audiências públicas. Tais ferramentas, que já eram utilizadas no âmbito de processos do STF, agora, por força de previsão expressa no CPC (arts. 138, 927, § 2.º e 983, § 1.º), foram estendidas às demais esferas do Judiciário.

Importa ressaltar, por fim, que, seja no Legislativo, seja no Judiciário, a pluralidade da composição dos representantes e a abertura para uma maior participação social, por si só, não garantem a eficiência dos resultados. O bom proveito das contribuições aportadas pela sociedade depende, sobretudo, da vontade dos seus destinatários de levá-las em consideração no momento de decidir.

d) *Do caráter democrático da atuação contramajoritária do Judiciário*

⁵⁷⁴ Poorter, Ballin e Saskia, *Rethinking the Constitutional Design of Administrative Law*, pos. 105.

Como já se deve haver notado, grande parte da carga argumentativa contrária revisão judicial dos atos dos demais poderes estatais funda-se na premissa de que essa atuação, por contramajoritária, seria infensa à democracia. Um dos autores mais influentes dessa linha de pensamento é Alexander Bickel, que, identificando nessa suposta “dificuldade contramajoritária” da revisão judicial um desvirtuamento da democracia norte-americana, assim se posicionou sobre o tema:

A dificuldade fundamental é que a revisão judicial é uma força contramajoritária em nosso sistema. Há várias maneiras de ignorar essa verdade inelutável. Marshall assim agiu quando falou em fazer cumprir, em nome do povo, os limites que eles ordenaram para as instituições de um governo limitado. E isso tem sido feito desde então, de forma muito semelhante, por um número excessivo de comentadores. O próprio Marshall seguiu Hamilton, que, no 78.^o Federalista, negara que a revisão judicial implicasse uma superioridade do Poder Judiciário sobre o Legislativo – negara, em outras palavras, que a revisão judicial constituísse controle por uma minoria não representativa de uma maioria eleita. “Apenas se supõe – prosseguira Hamilton – que o poder do povo é superior a ambos; e que onde a vontade do Legislativo, declarada na lei, figure em oposição àquela do povo, declarada na Constituição, os juízes devem ser governados pela última em vez da primeira”. Mas a palavra “povo” assim utilizada é uma abstração. [...] quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou a ação de um governo eleito, contraria a vontade dos representantes do povo do aqui e agora; exerce controle, não em nome da maioria prevalente, mas contra ela. Isso, sem conotações místicas, é o que realmente acontece⁵⁷⁵.

Ocorre que, fora do contexto do estudo da revisão judicial, praticamente

⁵⁷⁵ Tradução livre do autor. No original: “The root difficulty is that review is a counter-majoritarian force in our system. There are various ways of sliding over this ineluctable reality. Marshall did so when he spoke of enforcing, in behalf of “the people”, the limits that they have ordained for the institutions of a limited government. And it has been done ever since in much the same fashion by all too many commentators. Marshall himself followed Hamilton, who in the 78th *Federalist* denied that judicial review implied a superiority of the judicial over the legislative power – denied, in other words, that judicial review constituted control by an unrepresentative minority of an elected majority. ‘It only supposes’, Hamilton went on, ‘that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former’. But the word ‘people’ so used is an abstraction. [...] when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens.” *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, p. 16 e 17.

nenhum cientista se vale de um “majoritarismo simplista”, em que a democracia seja reduzida ao majoritarismo, e este atrelado a determinados ramos estatais⁵⁷⁶.

Quanto à impropriedade da última das simplificações, basta lembrar que, conforme exposto acima, o Legislativo (e, por várias das razões expostas, também o Executivo), muitas vezes, sói atuar de forma contramajoritária. Paralelamente, tampouco se exclui a possibilidade de o Judiciário atuar de modo majoritário, ou seja, de performar apoio aos poderes eleitos. Aliás, há muitas opiniões no sentido de que os tribunais tendem exatamente a agir nesse sentido⁵⁷⁷. O que mais importa para os fins deste estudo, contudo, é o primeiro reducionismo. A democracia, já há muito tempo, não se esgota na fórmula do governo da maioria. Ela é muito mais que isso.

Majoria sem limites pode resultar na tirania da maioria. Mas, para além desse perigo, as falhas no governo da maioria, notadamente, as dificuldades em identificar a vontade majoritária ou, mais que isso, em torná-la realidade, também podem conduzir, como acima assinalado, a tiranias de minorias ou a resultados aleatórios, opostos aos desejos da maior parte da população.

Menos que orientar-se pela busca de um metafísico bem comum decorrente de uma questionável representação da vontade da maioria, o propósito da democracia, na linha de Shapiro, só pode ser o de administrar as relações de poder, com vistas a minimizar a dominação. O verdadeiro bem comum é aquele compartilhado pelos que buscam evitar a dominação, compreendida como exercício ilegítimo do poder⁵⁷⁸. Para evitar esse mal, cujo perigo sempre ronda instituições hierarquizadas (governos, escolas, famílias etc), governos democráticos devem ser estruturados de modo a minimizar a probabilidade de se degenerarem em sistemas de dominação⁵⁷⁹. Para além de prevenções contra o controle ilegítimo dos indivíduos pelo Estado (*imperium*), Pettit ressalta que a liberdade só se assegura afastando-se, também, formas de ingerência arbitrária

⁵⁷⁶ Lemieux e Watkins, *Judicial Review and Contemporary Democratic Theory*, p. 11.

⁵⁷⁷ Para uma lista de cientistas com essa concepção, vide Lemieux e Watkins, ob. cit., p. 13, n.r. 9.

⁵⁷⁸ *The State of Democratic Theory*, p. 3-4.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 4.

privada, isto é, o domínio arbitrário dos indivíduos por forças sociais (*dominium*), que também deve ser obstado pelo modelo estatal⁵⁸⁰.

Nesse sentido, é inevitável que as democracias se valham de pontos de veto (*veto-points*) contra tendências dominadoras, sejam elas majoritárias ou não⁵⁸¹. Sob essa perspectiva, Lemieux e Watkins fornecem critérios para avaliar o grau de legitimidade democrática de um instrumento de veto⁵⁸², à luz dos quais demonstram, de forma persuasiva, que o controle judicial dos atos do Legislativo e Executivo é potencialmente tão ou mais democraticamente legítimo que outros instrumentos de veto desempenhados no âmbito daqueles Poderes. Eles observam que as decisões judiciais tendem a ser mais bem motivadas que os vetos exercidos no âmbito legislativo (seja no âmbito de comissões legislativas ou no controle recíproco bicameral) ou por uma ordem de prioridades burocraticamente fixadas pelo administrador, e a serem menos orientadas por interesses pessoais, dada a ausência de vínculos com financiadores de campanhas. Além disso, as cortes podem identificar violações a direitos causadas pelo preterimento de prioridades constitucionais – inclusive com a consideração de aspectos orçamentários –, e são aptas a servir de canal de contestação democrática para além do momento eleitoral (o que é atípico em outros ramos estatais), sobretudo quando diretamente acessíveis por meio de direito de petição individual. Por fim, o Judiciário pode servir às minorias às quais é dificultado o acesso a pontos de veto nos outros Poderes⁵⁸³.

Ademais do exposto, há que considerar que, ainda quando a atividade legislativa parlamentar seja legitimada, sobretudo na sua origem, por uma vontade

⁵⁸⁰ *A Theory of Freedom: from the psychology to the Politics of Agency*, pos. 2982-2987.

⁵⁸¹ *Judicial Review and Contemporary Democratic Theory*, p. 140 e 141. O veto é um instrumento de contrapeso deferido ao Poder Judiciário em face dos Poderes Legislativo e Executivo, com vistas à moderação do poder e prevenção da tirania. Ele “é parte da lógica formal da separação dos Poderes e de sua dinâmica interna de ‘freios e contrapesos’ a serviço da liberdade”. Mendes, “O Projeto de uma Corte Deliberativa”, p. 55.

⁵⁸² A legitimação democrática de um ponto de veto cresce na medida em que ele atenda aos seguintes parâmetros: i) suas decisões sejam justificadas por motivação externada ao público; ii) tanto quanto possível, seja separado dos interesses privados pessoais diretos dos operadores do veto; iii) sirva como um fórum para ponderação de prioridades num contexto de escassez de recursos; iv) facilite a contestação de decisões e ações governamentais; e v) empodere minorias subrepresentadas preferencialmente às minorias já bem representadas ou mesmo sobrerrepresentadas no sistema político. Ob. cit., p. 142 ss.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 146-148, 152 e 162 ss.

da maioria, encontra ela limites nos direitos fundamentais cuja força legitimadora emana da soberania popular do poder constituinte. A proteção judicial dos direitos fundamentais contra violações legislativas é manifestação da vontade soberana histórica, que, por meio do constituinte originário, expressou seu desejo de preservar direitos e liberdades fundamentais contra oscilações ocasionais da vontade majoritária⁵⁸⁴. Afinal, como alerta Novais:

É precisamente e sobretudo nesses casos – designadamente quando é possível identificar uma intenção da maioria política ou da mundividência conjunturalmente dominante, assente exclusivamente numa posição de força, de impor a toda a sociedade essa visão particular ou de comprimir ou suprimir os direitos das posições minoritárias ou mais débeis – que a necessidade de intervenção da justiça constitucional se revela mais premente e que não há lugar para contenção judicial⁵⁸⁵.

Por fim, é importantíssimo observar – até em razão dos fins deste trabalho – que o argumento do princípio majoritário encontra inegável contraponto quando estiver em jogo o dever de proteger o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por uma razão estampada no texto constitucional: independentemente de eventual dissonância teórica sobre o meio ambiente consistir objeto de direito das gerações futuras, é inequívoco que o *caput* do art. 225 institui em favor delas, pelo menos, os deveres de abstenção (contra agressões estatais ao meio ambiente) e de proteção (contra agressões ao meio ambiente por terceiros). Nessa seara, a legitimação majoritária que se outorga aos parlamentares para a concretização desse dever em relação às gerações presentes, por óbvio, já não pode ser igualmente deduzida em função das gerações do porvir.

⁵⁸⁴ Como observa Dworkin, a partir da análise de Rawls do constitucionalismo norte-americano – que, para fins da presente pesquisa, compreende-se também como aplicável à nossa realidade constitucional –, as liberdades fundamentais são prioridades em função das quais as instituições do Parlamento e do Judiciário são instrumentais. Em vez de uma soberania parlamentar, a Constituição consagra uma soberania popular, que autoriza o controle judicial de atos do legislativo e de outros órgãos representativos que atentem contra os direitos fundamentais. *Justice in Robes*, p. 254 ss. A propósito, Streck acentua que o Estado Social de Direito e seu sucedâneo, o Estado Democrático de Direito, foram responsáveis pela percepção de que a preservação da força normativa da Constituição contra majorias parlamentares, eventuais ou não, se estendesse às omissões inconstitucionais. *Jurisdição Constitucional*, p. 520.

⁵⁸⁵ *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, p. 214.

4.1.2.1.2 *Dogmática das discricionariedades*

A dogmática das discricionariedades de Alexy é interessante para demonstrar os diferentes ângulos sob os quais a margem de liberdade do legislador pode ser considerada. Todavia, não há como concordar com o desenvolvimento extraído pelo citado autor a partir das discricionariedades cognitivas, que o levou a inserir o grau de certeza sobre as premissas fáticas e jurídicas como variáveis numa equação matemática. Sobretudo, não parece haver sentido em outorgar a tais aspectos abstrato-cognitivos a condição de valores autônomos⁵⁸⁶, e com peso equiparável aos fatores substantivos a serem ponderados⁵⁸⁷.

4.1.2.1.3 *Distinção entre normas de ação e normas de controle*

A distinção entre normas de ação e normas de controle não se revela adequada, tampouco útil para assegurar o indispensável espaço de discricionariedade legislativa no desempenho dos deveres estatais positivos.

Primeiramente, há que frisar que tal diferenciação está em descompasso com a própria Constituição, já que todos os poderes estatais, inclusive o Legislativo, estão vinculados à observância dos direitos fundamentais⁵⁸⁸. A eventual oscilação da densidade de controle judicial dos atos legislativos não se explica por uma separação meramente teórica entre normas funcionais e normas de controle, mas, antes, na constatação individualizada de conceitos constitucionais abertos⁵⁸⁹.

Além dessas objeções, há outras que justificam a não adesão à classificação em análise: normas constitucionais não controláveis e sancionáveis pela jurisdição constitucional não passariam de meros apelos não vinculantes ao legislador; não existem critérios aptos para diferenciar aprioristicamente, com segurança, normas de ação de normas de controle; e as normas de ação, na verdade, nada mais representam que a liberdade de conformação do legislador: exatamente onde ela

⁵⁸⁶ Sieckmann, *Legal Reasoning: the methods of balancing*, p. 114.

⁵⁸⁷ Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 772.

⁵⁸⁸ Böckenförde, "Fundamental Rights as Constitutional Principles", p. 261; Novais, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, p. 17.

⁵⁸⁹ Sachs, "Einführung", *Grundgesetz Kommentar*, n.m. 51, p. 19.

começa, cessa o controle do tribunal constitucional⁵⁹⁰.

4.1.2.1.4 Assimetria entre proibição de insuficiência e do excesso

Não é possível sustentar a existência de uma assimetria entre proibição de insuficiência e proibição de excesso com argumento numa suposta orientação liberal da Constituição ou na vocação dos direitos fundamentais como instrumentos de defesa contra ingerências estatais, ou mesmo no peso do ônus prognóstico normalmente envolvido na elaboração de normas de proteção.

Por um lado, importa recordar que tais construções teóricas se assentam principalmente na doutrina majoritária alemã, orientada pelo modelo plasmado na Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Lá, diferentemente de cá – e do sistema constitucional lusitano –, o texto constitucional não contempla direitos fundamentais sociais. Certamente tendo em conta essa distinção e a evolução experimentada ao longo do século XX para o modelo de Estado Social de Direito, Canas assinala que as teorias da assimetria já não se coadunam com o espírito constitucional do presente, e observa sensatamente que os deveres jusfundamentais do legislador, quer decorram de funções de defesa ou de proteção, têm *prima facie* um peso abstrato equivalente⁵⁹¹.

No mais, não há como divisar uma diferença no grau de vinculação do legislador aos deveres de proteção ou de defesa. Tão censurável é a conduta excessiva do legislador, como sua omissão em cumprir um dever de legislar constitucionalmente estabelecido. Não há que confundir uma dificuldade de ordem processual, a saber, de demonstrar a existência de uma omissão inconstitucional – que, de resto, é comum à omissão em outros institutos da ordem jurídica, como na responsabilidade civil por omissão ou na responsabilidade penal por crimes omissivos impuros – com um suposto peso substantivamente superior da proibição de excesso em relação à vedação do défice⁵⁹².

Ademais, o monopólio da força pelo Estado também justifica que o dever

⁵⁹⁰ São objeções compiladas por Calliess (*Rechtsstaat und Umweltstaat*, p. 591), que, contudo, conforme acima ressaltado, vê utilidade na separação, para fins de orientar variações na intensidade do controle judicial.

⁵⁹¹ *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 992.

⁵⁹² Silva, *Deveres do Estado de Protecção...*, p. 603 e 604.

estatal de proteção (e correspondente direito a proteção) seja ornado de eficácia equivalente à do dever de abstenção (e correlativo direito de defesa) numa relação multipolar, de modo a manter o equilíbrio entre esses dois polos. Afinal, como assinala Calliess, uma vez que o Estado nega aos cidadãos, em geral, a possibilidade de vingança privada e autojustiça, é imperativo, a título de compensação, que os proteja contra ingerências de outros particulares⁵⁹³.

Por fim, tanto quanto na proibição de *insuficiência*, severos ônus diagnósticos e prognósticos também podem pesar sobre os ombros do legislador a fim de evitar que o produto de seu trabalho viole a proibição do excesso. Afinal – consoante será melhor explicado no subitem 4.1.3.3.3 –, se, para afastar uma insuficiência desproporcional ele precisa diagnosticar os atuais graus de proteção e prognosticar de que forma eles poderão ser impactados pela medida escolhida, bem como diagnosticar os atuais grau de satisfação do interesse contrário e prognosticar a extensão em que eles serão incrementados pela medida eleita, para evitar o excesso desproporcional ele deve executar diagnósticos e prognósticos semelhantes para aferir o grau de redução do direito de liberdade e de satisfação do interesse visado que serão causados pelo meio escolhido.

4.1.2.1.5 *Densidade de controle*

Conforme já abordado, seja na Alemanha, seja em Portugal, há uma tendência de os Tribunais assumirem uma postura extremamente tímida na investigação da proibição da insuficiência, limitando-se a um exame – se é que ele assim pode ser considerado – superficial, conhecido como controle de evidência.

A mesma atitude esquiva é encontrada na jurisprudência de nossa Suprema Corte. Embora nem sempre se valendo da terminologia típica do controle de evidência⁵⁹⁴, é comum que ministros empreguem a mesma ausência de profundidade investigatória quando exijam, para o reconhecimento da inconstitucionalidade, uma “manifesta desproporcionalidade” ou “inequívoca inconstitucionalidade”. Exemplificativo dessa linha de argumentação é o seguinte

⁵⁹³ *Rechtsstaat und Umweltstaat*, p. 445 e 446.

⁵⁹⁴ Fala-se, naqueles tribunais alienígenas, na inconstitucionalidade por omissão quando o legislador nada fez, ou quando os meios forem *totalmente inadequados* ou *completamente insuficientes*.

excerto do voto do Min. Barroso no julgamento das ações objetivas sobre o novo Código Florestal:

Portanto, nós ainda somos um país em que, em muitas áreas, estabelecem-se políticas públicas, e ninguém monitora para saber se aquilo está funcionando e que impacto produz sobre a realidade. Acho que isso vale para todas as áreas e também para a questão da proteção ambiental. Sinto falta, muitas vezes, de base empírica para formar uma opinião que não seja de achismo, mas que tenha assento em dados concretos da realidade.

Sigo eu, então, à falta de dados concretos, com a teoria: ao legislador compete a conformação da proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sua harmonização com outros interesses constitucionais igualmente relevantes. O Poder Judiciário somente deve interferir em caso de manifesta falta de razoabilidade ou desproporcionalidade da medida. Essa terceira parte do meu voto é um pouco uma profissão de fé na liberdade de conformação do legislador, na medida em que não seja manifestamente irrazoável ou desproporcional a sua atuação⁵⁹⁵.

No mesmo tom, o voto do relator do acórdão, Min. Luiz Fux:

No caso em apreço, como será adiante demonstrado, a pretensão de declaração de inconstitucionalidade do novo Código Florestal inegavelmente se estende a pormenores de regulamentação. Por exemplo, sustenta a Procuradoria-Geral da República existir retrocesso ambiental no que tange à metragem das áreas de preservação permanente situadas ao longo dos rios e outros cursos d'água, pois a Lei nº 4.771/1965 determinava a medição das larguras de 30 a 500 metros a partir do leito maior, enquanto a Lei nº 12.261/2012 estabelece como ponto de partida o leito regular. Não compete ao Judiciário, repita-se, sobrepor-se arbitrariamente à função do Legislativo de formular políticas públicas, mediante escolhas democráticas e não vedadas inequivocamente pelo texto constitucional⁵⁹⁶.

A postura das jurisdições constitucionais alemã, lusitana e nacional perfila com a visão predominante na doutrina alienígena, segundo a qual haveria uma assimetria entre o dever estatal de defesa e o dever estatal de proteção, bem como com as premissas da teoria jurídico-funcional e da correspondente retórica da

⁵⁹⁵ ADI 4901, 4902, 4903, 4937 e ADC 42, rel. min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 28.02.2018, *DJe* div. 12.08.2019, p. 423.

⁵⁹⁶ ADI 4901, 4902, 4903, 4937 e ADC 42, rel. min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 28.02.2018, *DJe* div. 12.08.2019, p. 65.

separação dos poderes. Sem embargo, as mesmas razões anteriormente expostas e que implicam a refutação da tese da assimetria e de uma cega deferência à liberdade de conformação legislativa recomendam a recusa da usual associação automática entre a proibição de deficiência e o débil controle de evidência. Além disso, o modo como vem sendo aplicado o modelo triádico das intensidades de controle pelas referidas cortes é merecedor de reproches adicionais.

De início, é forçoso admitir que as fronteiras entre os diversos níveis de controle não se mostram muito bem definidas, situando-se, antes, como que numa escala móvel⁵⁹⁷. Da análise da jurisprudência germânica, nota-se que apenas a utilização do controle intensivo, em casos particularmente importantes, revelou-se de forma mais pronunciada, ao passo que a distinção entre os controles de evidência e justificabilidade, de forma geral, mostrou-se mais problemática⁵⁹⁸. A transcrição de um trecho da decisão do caso da Lei da Estrutura dos Moinhos (*Mühlenstrukturgesetz*), que também é referida no acórdão da Lei de Cogestão como exemplo típico de exame de justificabilidade, torna clara a confusão com o modelo de evidência:

Para a apreciação constitucional da adequação de uma medida, é decisivo saber se o legislador poderia partir do seu ponto de vista de que as suas ideias poderiam ser concretizadas com a medida tomada. O Tribunal Constitucional Federal só pode negar que seu prognóstico foi adequado e justificável na avaliação dos vínculos de política econômica se a medida pudesse ser claramente considerada inapta para o propósito no momento da promulgação da lei, desde que todas as possibilidades de conhecimento tivessem sido esgotadas. Portanto, ao aplicar esses princípios desenvolvidos na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a inconstitucionalidade de uma medida estatutária do ponto de vista da inaptidão objetiva para a finalidade só raramente pode ser estabelecida e em casos muito especiais (BVerfGE 30, 250 [263]). No exame constitucional da necessidade de uma medida, há que ter em conta que o legislador tem um vasto âmbito de influência na seleção e concepção técnica das medidas econômicas regulamentares e de orientação. A disposição legal só pode ser excessivamente onerosa e, por conseguinte, inconstitucional (BVerfGE 37, 1 [21]) se puder ser claramente

⁵⁹⁷ Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, p. 234.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, mesma página.

estabelecida a existência de outros meios menos restritivos⁵⁹⁹.

Por outro lado, Clérico traz percuciente crítica ao modo como o TCF *concebe e seleciona* a intensidade de controle da *Untermaßverbot*, sobretudo quando estão em jogo questões ambientais afetas à proteção da vida e da integridade física, relacionadas com o princípio da precaução. Em relação à falha de concepção, observa que o tribunal já condicionou a constatação da *inidoneidade* de uma medida estatal à circunstância de ela ser *evidentemente* insuficiente para a proteção de um direito fundamental, afirmando que, *em todos os outros casos*, a medida seria idônea. Afirma, a esse respeito, que a corte teria confundido a estrutura de um dos subtestes do controle de proporcionalidade (de idoneidade) com a intensidade do controle (de evidência), o que acarretaria um subdesenvolvimento jurisprudencial da proibição de insuficiência. Consequentemente, o que aquela corte vem fazendo com frequência é – ao invocar a possibilidade de um mero controle de evidência – encerrar o controle de proporcionalidade em caso de aprovação logo no seu primeiro sub-teste (exame de idoneidade), desprezando os exames subsequentes (necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Além disso, em sua análise certaíra, a autora observa que o Tribunal de Karlsruhe costuma se pautar apenas pela complexidade dos casos (dificuldade para formar um juízo seguro e suficiente sobre as matérias em exame), dispensando outros critérios – aliás, por ele mesmo estipulados na decisão sobre a Lei de Cogestão –, como o que leva em conta a intensidade da restrição ao direito,

⁵⁹⁹ Tradução livre do autor. No original: "Für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Tauglichkeit einer Maßnahme ist entscheidend, ob der Gesetzgeber aus seiner Sicht davon ausgehen durfte, daß mit der ergriffenen Maßnahme seine Vorstellungen verwirklicht werden könnten. Daß seine Prognose bei der Beurteilung wirtschaftspolitischer Zusammenhänge sachgerecht und vertretbar war, darf vom Bundesverfassungsgericht nur dann verneint werden, wenn die Maßnahme bei Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten im Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes eindeutig als zweckuntauglich festgestellt werden könnte. Deshalb wird bei Anwendung dieser in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten Grundsätze die Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Maßnahme aus dem Gesichtspunkt der objektiven Zweckuntauglichkeit nur selten und in ganz besonders gelagerten Fällen festgestellt werden können (BVerfGE 30, 250 [263]). Bei der verfassungsrechtlichen Prüfung der Erforderlichkeit einer Maßnahme ist zu beachten, daß dem Gesetzgeber bei der Auswahl und technischen Gestaltung wirtschaftsordnender und -lenkender Maßnahmen ein weiter Gestaltungsbereich zusteht. Nur wenn sich eindeutig feststellen läßt, daß andere weniger einschneidende Mittel zur Verfügung stehen, kann die gesetzliche Regelung übermäßig belastend und deshalb verfassungswidrig sein (BVerfGE 37, 1 [21]). BVerfGE 39, 210, p. 230 e 231.

que poderia, em alguns casos, justificar a adoção de um exame de justificabilidade ou, até mesmo, um controle intensificado⁶⁰⁰.

Mas não é apenas a intensidade da restrição ao direito que também importa na definição da intensidade do exame. É crucial resgatar ainda, nos parâmetros originalmente traçados pelo tribunal germânico, a importância do direito material envolvido. Olvidar da análise desse aspecto substantivo importa abrir mão do equilíbrio na distribuição dos poderes entre o legislador e os juízes constitucionais⁶⁰¹.

Também mordaz foi a recriminação lançada por Maria Lúcia Amaral na sua declaração de voto no já referido Acórdão n.º 75/2010 do Tribunal Constitucional português (sobre o aborto)⁶⁰². Para a magistrada, ao afirmar um controle de evidência, aquela Corte se omitiu de decidir:

O problema está, porém [...], no facto de o Tribunal se não poder demitir da tarefa que especificamente lhe cabe, e que é a de julgar quais são as acções de protecção ou de promoção que são adequadas e quais as que o não são. Para tal, é necessário que se tenha algum critério a partir do qual se possa aferir a “adequação” das acções às finalidades de protecção; é necessário que se tenha algum tópico orientador, algum instrumento conceitual que permita detectar as insuficiências de protecção (...) Ora, em meu entender, o Acórdão acabou por não revelar um critério a partir do qual se pudesse medir a existência, ou inexistência, de um *deficit* legislativo de protecção. É certo que, como aí se diz (n.º 11.4.17), “cumpre reconhecer que o julgador não dispõe de um instrumento de mensuração exacta do grau de protecção exigível para o cumprimento, pelo Estado, do correspondente dever”. No entanto, tal não implica que se só se justifique uma pronúncia de inconstitucionalidade em caso de manifesto erro de avaliação do legislador, detectado a partir de critérios de evidência. Enquanto critério de identificação da existência, ou inexistência, de *deficit* de protecção legislativa esta formulação parece-me claramente insuficiente⁶⁰³.

Na mesma sintonia, em seu voto lançado nas acções de inconstitucionalidade

⁶⁰⁰ *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, p. 338-340.

⁶⁰¹ Silva, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, p. 627.

⁶⁰² V. subitem 3.3.2.

⁶⁰³ Ac. n.º 75/10, de 23.02.2010, e-book Tribunal Constitucional – Acórdãos – 77.º v. – 2010 (jan./abr.), p. 218.

do novo Código Florestal, o Min. Edson Fachin, em contraponto à leitura do Min. Luiz Fux, asseverou:

Se é certo, como assentou o e. Ministro Luiz Fux, que “a capacidade institucional, ausente em um cenário de incerteza, impõe autocontenção do Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos demais órgãos do Estado por suas próprias escolhas”, não pode o Poder Judiciário, no exercício da competência que lhe é constitucionalmente imposta, deixar de examinar a legislação à luz do texto Constitucional. Isso porque “levar em conta as capacidades institucionais de juízes e corte não significa (...) negar a possibilidade do controle jurisdicional das leis ou políticas públicas” (GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a Constituição ao Povo: Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2017, p.148).

Como advertiu José Joaquim Gomes Canotilho, “a liberdade de conformação política do legislador no âmbito das políticas ambientais tem menos folga no que respeita à reversibilidade político-jurídica da proteção ambiental, sendo vedado adotar novas políticas que se traduzam em retrocesso retroactivo de posições jurídico-ambientais fortemente enraizadas na cultura dos povos e na consciência jurídica geral” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 5)⁶⁰⁴.

Por tudo o que foi exposto, não há como admitir que a deferência à liberdade conformativa do legislador pressuponha um controle judicial de intensidade mínima (de mera evidência) para a proibição da insuficiência, como advoga Novais⁶⁰⁵. Afinal, retomando a precisa avaliação de Silva, “A evidência não é um critério de controlo, mas antes o reconhecimento da inexistência de um critério digno desse nome”⁶⁰⁶.

E, no que toca especificamente ao dever de proteção do direito fundamental ao meio ambiente, há que ter em conta, ainda, sua essencialidade para a sadia qualidade de vida, e, portanto, sua íntima relação com a dignidade da pessoa humana, denotadora de seu altíssimo grau de relevância na ordem constitucional. Ademais, há que repisar que, ainda que se pressuponha – apesar de todos os

⁶⁰⁴ ADI 4901, 4902, 4903, 4937 e ADC 42, rel. min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 28.02.2018, *DJe* div. 12.08.2019, p. 355 e 356.

⁶⁰⁵ *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, p. 341 ss.

⁶⁰⁶ *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, p. 626.

desvios acima já referidos – uma legitimidade majoritária do legislador, seu mandato não se encontra respaldado pelo voto das gerações futuras. Portanto, se o exame judicial de conflitos entre bens, direitos ou interesses por meio das lentes opacas do controle de evidência é em geral reprovável, em envolvendo o dever de proteção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ele é totalmente inadmissível.

Se a adoção de um controle de evidência se revela inaceitável, tampouco se afigura razoável tomar como regra uma guinada ao extremo oposto, a saber, o exercício de um controle intensificado de conteúdo, que levaria o Judiciário a repetir, com plenitude, os exames diagnósticos e prognósticos, bem como a ponderação de bens realizados pelo Legislativo. Isso significaria uma completa sub-rogação dos juízes na função dos legisladores e a eliminação de seu espaço de livre conformação da Constituição, em detrimento da separação de poderes.

Por isso, a melhor solução é uma intermediária. Nessa direção, Störring propõe a adoção, como padrão unitário para o exame da proibição do déficit, de um controle de justificabilidade. Segundo ele, a proibição do déficit só seria reconhecida se a omissão do legislador fosse injustificável, o que aconteceria *“quando os interesses de proteção ultrapassam consideravelmente as razões da omissão estatal ou quando a ponderação se baseia em pressuposições e prognósticos claramente equivocados”*⁶⁰⁷.

Para uma melhor concatenação das ideias a serem expostas, convém começar pela segunda hipótese defendida por Störring. Não há que dela divergir, mas é necessário agregar-lhe algo mais. Não se deve apurar, tão somente, se a ponderação realizada pelo legislador efetuou diagnósticos e prognósticos claramente equivocados, mas, antes disso, se ele houve com diligência na reunião dos dados para a formação desses juízos, bem como verificar a confiabilidade do suporte informacional por ele arrecadado.

Com efeito, a montante, já se reportou que a Suprema Corte norte-americana, no caso *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals*, estipulou

⁶⁰⁷ *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 223 ss.

parâmetros mínimos para reconhecer a confiabilidade de substratos técnico-científicos utilizados para amparar regulações elaboradas por órgãos da Administração. Os mesmos parâmetros poderiam ser aproveitados no exame da confiabilidade dos substratos técnico-científicos colhidos pelo Legislativo para a elaboração de leis em que a sua consideração fosse imprescindível para o diagnóstico e prognósticos empíricos, como é o caso, invariavelmente, das leis relacionadas com o dever de proteção do meio ambiente.

Já relativamente à primeira hipótese de injustificabilidade proposta pelo autor, (sobrepeso considerável dos interesses de proteção em comparação com as razões de omissão estatal), é bem verdade que Störring, para sustentá-la, pressupõe que a proibição de insuficiência teria uma menor eficácia de garantia que a proibição de excesso⁶⁰⁸, argumento já refutado no subitem anterior do presente trabalho. Essa assimetria, segundo ele, seria traduzida numa maior liberdade de conformação do legislador no âmbito da proibição de insuficiência, quando comparada com a proibição de excesso. É justamente a fim de assegurar essa margem de liberdade que Störring exige, para o reconhecimento judicial da proibição da insuficiência (relativamente à proibição do excesso), um maior desnível na proporcionalidade e.s.e., de modo que não bastaria um mero desequilíbrio entre os interesses em jogo, sendo mister que os interesses de proteção ultrapasassem *consideravelmente* as razões da omissão estatal.

Embora não se comungue da mesma premissa de Störring, reputa-se correta a conclusão de que um exame de justificabilidade dependa da constatação de uma desproporcionalidade *considerável*, tendo em vista que, em se tratando de um controle que se predispõe a ser menos acentuado que o controle intensificado de conteúdo, há que guardar um mínimo de contenção relativamente à margem de discricionariedade do legislador.

Em resumo, portanto, a densidade de controle judicial apropriada para o exame da proibição de insuficiência é a de um *controle de justificabilidade*, em que, sem se aceitarem automaticamente os diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador (o que equivaleria a um mero controle de evidência), tampouco substitui-

⁶⁰⁸ Ibid., p. 151 ss.

los pelos seus próprios diagnósticos e prognósticos (o que se igualaria a um controle intensificado de conteúdo): i) seja apurado se os legisladores coletaram diligentemente os dados acessíveis necessários ao diagnóstico e prognóstico inerentes ao conflito de bens, interesses ou valores constitucionais sob consideração, bem como se o material era cientificamente confiável e se não houve um claro equívoco na sua avaliação pelo Legislativo; e ii) no exame da proporcionalidade em sentido estrito, só se reconheça a desproporcionalidade que for considerável.

4.1.2.1.6 *Constituição como moldura*

A adoção do modelo da Constituição como moldura, embora dogmaticamente passível de cogitação sob a ordem constitucional alemã, é inimaginável em nosso ordenamento jurídico. Afinal, contrariamente à Lei Fundamental de Bonn, que não contempla direitos sociais, nossa Carta Constitucional é abundante na consagração de direitos fundamentais de ordem social, econômica e cultural, cuja realização pressupõe, necessariamente, uma atuação estatal positiva.

A propósito, convém observar que Böckenförde, quando se opôs à dupla dimensionalidade dos direitos fundamentais e advogou um retorno a sua concepção exclusivamente subjetiva como direitos de defesa, nos moldes vigentes à época de Weimar, levou em consideração que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais não decorria expressamente do texto da Lei Fundamental de 1949, consistindo numa construção jurisprudencial e doutrinária⁶⁰⁹. Todavia, Constituições como a nossa, de cariz social e democrático, não se limitam ao reconhecimento de direitos que se satisfazem com a mera abstenção estatal. Aos direitos fundamentais de ordem social, econômica e cultural, é insito o acréscimo de uma dimensão objetiva, na linha do que preconiza a teoria dos deveres de proteção⁶¹⁰.

Ademais, no que guarda especial relevância para os fins deste trabalho, e à diferença, mais uma vez, do diploma basilar germânico, nossa Carta Política

⁶⁰⁹ “Grundrechte als Grundsatznormen”, p. 2 ss.

⁶¹⁰ Nesse sentido: Novais, *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, p. 131 e 132.

contempla um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao qual atrela, expressamente, deveres de proteção endereçados ao Estado.

Dada tamanha desequiparação normativa, seriam até mesmo dispensáveis maiores esforços na refutação daquela linha teórica. É interessante, porém, acrescer a observação de Neves, que atenta para o fato de que alijar o Judiciário do processo de ponderação de princípios constitucionais, atribuindo essa tarefa de modo exclusivo ao legislador, como pretende o modelo da Constituição como moldura, é solução contrária à natureza dos problemas constitucionais, caracterizados que são pela interpenetração entre Política e Direito⁶¹¹.

4.1.2.2 Ausência de critérios consolidados na doutrina e jurisprudência pátrias

Em âmbito nacional, a doutrina produzida sobre a proibição de insuficiência ainda é extremamente incipiente, não havendo, com exceção do trabalho de van der Broecke, obras destinadas exclusivamente a essa temática.

Por outro lado, o labor jurisprudencial tampouco produziu, até o momento, um referencial sólido sobre o modo de operação da figura em análise. A carência de uma metodologia uniforme do STF no controle de constitucionalidade das omissões, notadamente por meio da proibição de insuficiência, já fora constatada e criticada em estudo de 2009⁶¹², e, a bem da verdade, de lá para cá, tal panorama não se modificou muito. Embora seja possível constatar um significativo aumento nas referências feitas pelo STF ao assunto⁶¹³, a análise dos acórdãos pesquisados revela que a Corte ainda não desenvolveu um padrão consolidado para sua aplicação. Certamente, isso tem relação com a associação entre a estrutura *seriatim* de suas decisões e o fraco caráter deliberativo do seu processo decisório⁶¹⁴.

⁶¹¹ *Entre Hidra e Hércules*, p. 168 e 169.

⁶¹² Rodrigues, *A Proibição de Insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?*

⁶¹³ No item 3.3.3 expõem-se alguns números com base em pesquisa de julgados disponibilizados no sítio eletrônico do STF até o dia 30.09.2019.

⁶¹⁴ Sobre tais características do processo decisório do STF e a dificuldade, em razão disso, de se extrair de suas decisões uma *ratio decidendi* compartilhada, ou seja, um verdadeiro precedente:

Por outro lado, quando se debruça sobre a utilização da *Untermaßverbot* nos posicionamentos pessoais de cada ministro, pode-se constatar que todos aqueles que integravam a Corte à data desta pesquisa já haviam utilizado a figura da proibição de proteção deficiente nos argumentos de algum de seus votos. A maioria deles atrelou-a ao controle de proporcionalidade, mas apenas dois, os ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, chegaram efetivamente a aplicá-la de forma minimamente estruturada. Os demais limitaram-se a apontar eventual violação ou não violação da proibição do déficit, sem, contudo, esclarecer de forma mais detalhada o caminho do raciocínio que os conduziu a suas conclusões.

Um exemplo de aplicação analítica da proibição de insuficiência pelo min. Gilmar Mendes é o seu voto no Recurso Extraordinário 583.523/RS, em que se contestava a recepção da contravenção do art. 25 do Dec.-Lei n.º 3.688/1941⁶¹⁵ pela Constituição de 1988. Invocando Canaris⁶¹⁶, Mendes afirmou que a proporcionalidade, quando analisada sob o prisma dos imperativos de tutela, assumiria contornos diferenciados daqueles utilizáveis em relação às proibições de intervenção. Na sequência, valendo-se do escólio de Pulido⁶¹⁷, afirmou que, na proibição de proteção deficiente:

O ato não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da

Mendes, “O Projeto de uma Corte Deliberativa”, *passim*. Conforme o autor, uma decisão escrita de um colegiado é *seriatim* quando nela são externadas as opiniões de cada um dos julgadores, ao passo que é *per curiam*, quando, em vez disso, é redigida como uma opinião unificada do Tribunal. Admitem-se, ainda, modelos situados em algum ponto intermediário do contínuo entre aqueles extremos, como, por exemplo, quando, à redação da decisão condensadora da opinião majoritária da corte, agregam-se alguns votos dissidentes. O modelo do STF, contudo, é de uma *seriatim* “pura” (ob. cit., p.63-65, especialmente n.r. 17 e 21). Já quanto ao caráter deliberativo da decisão, esclarece o autor que ele será tanto maior quanto mais se admita, numa fase pré-decisional, a participação de eventuais interessados, na fase decisional, considerem-se os argumentos colhidos na fase anterior e proceda-se a um efetivo debate entre os diferentes pontos de vista dos julgadores, e, na fase pós-decisional, a decisão seja redigida de modo a externar, de forma inteligível, a voz unificada do tribunal, sem prejuízo de revelar, quando necessário, eventual desacordo interno (ob. cit., p. 59 ss.).

⁶¹⁵ Art. 25. Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima: Pena – prisão simples, de dois meses a um ano, e multa de duzentos mil réis a dois contos de réis.

⁶¹⁶ Sobre Canaris, ver item 3.9.1.1.

⁶¹⁷ Sobre Pulido, ver item 3.9.1.4.

proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção⁶¹⁸.

Mais adiante, a partir da página 29 do mesmo julgado, o ministro passou a verificar, em relação a cada um dos segmentos de teste por ele discriminados, se a medida legal *sub examine* seria proporcional. Dada a brevidade de sua análise, não é demais aqui transcrevê-la:

Sob o enfoque do princípio da proporcionalidade, a norma impugnada não se mostra adequada porque não protege o direito fundamental de maneira ótima, na medida em que o bem jurídico que o legislador pretendia defender – o patrimônio e a incolumidade pública, está restrito, de forma discriminatória, às pessoas descritas no tipo (vadio ou mendigo, bem como reincidente em crime de furto ou roubo ou sujeito à liberdade vigiada). A *contrario sensu*, conclui-se, pelo texto da lei, que é permitido a uma pessoa, que não se enquadre nas condições específicas do tipo, possuir tranquilamente “gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto”.

Também, a medida não é necessária porquanto a própria lei, ao limitar a aplicação do tipo apenas à determinados agentes, demonstra que a tipificação penal pode ser suprida por outras medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental. Caso a contravenção penal fosse realmente imprescindível e necessária para proteção do bem jurídico que a lei pretendia resguardar, o legislador teria criado a infração para punir todos que portassem os instrumentos descritos no tipo incriminador.

Ademais, verifico que a contravenção penal em questão viola o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, pois o grau de satisfação do fim legislativo – a punição de uma conduta apenas quando realizada por pessoas determinadas segundo critérios discriminatórios (condenação anterior ou condição social e econômica) – demonstra ser inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

Representativo de uma aplicação estruturada da vedação do déficit pelo min. Barroso, por sua vez, é seu voto no Recurso Extraordinário n.º 778.889/PE, que versava sobre o art. 210 da Lei n. 8.112/1990 (Regime jurídico dos servidores públicos civis da União), que instituía prazos diferenciados de licença remunerada para a servidora que adotasse ou obtivesse a guarda judicial de criança, a depender

⁶¹⁸ RE 583523, rel. min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 03.10.2013, *DJe* div. 21.10.2014, p. 15.

da idade da criança: se ela tivesse até 1 (um ano), o prazo seria de 90 (noventa) dias, ao passo que se ela tivesse mais que 1 (um ano), o prazo seria de 30 (trinta) dias⁶¹⁹. Além disso, eram objeto do recurso os §§ 1.º e 2.º do art. 3.º da Res. 30/2008 do Conselho da Justiça Federal, que, tratando da possibilidade de prorrogação da licença concedida à magistrada federal ou servidora que adotasse ou obtivesse guarda judicial, possibilitava uma dilação de 45 (quarenta e cinco) dias no caso de criança de até 1 (um) ano de idade, e de 15 (quinze) dias para crianças maiores de 1 (um) ano⁶²⁰.

Nas motivações de seu voto, o min. Barroso também frisou ser a proibição de proteção deficiente uma manifestação do princípio da proporcionalidade, e, semelhantemente ao min. Gilmar Mendes, adotou uma estrutura trifásica para sua prova (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), se bem que com diferenças, sobretudo, porque, na adequação, Barroso não exigiu uma promoção *ótima* de um fim, e, na necessidade, Mendes não aferiu se uma medida alternativa se oporia *na mesma medida* ao outro direito. Além disso, diferentemente de Mendes, Barroso, ao verificar que as normas em questão eram reprovadas logo no primeiro seguimento do teste, a saber, o da adequação, dispensou a análise dos subsequentes, aliás, como é praxe no controle da proibição do excesso⁶²¹:

51. No âmbito dos direitos sociais, a tutela da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente é empregada na definição da extensão das obrigações positivas que podem ser exigidas do Estado, quando este se abstém, total ou parcialmente, de adotar a promoção de direitos tutelados constitucionalmente. O teste da proporcionalidade, neste contexto, sujeita-se aos mesmos subprincípios aplicáveis ao exame da proporcionalidade voltado à vedação de excesso. Assim, diante de uma norma questionada por proteger de forma insuficiente um

⁶¹⁹ Art. 210. À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada. Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias.

⁶²⁰ § 1º À magistrada ou à servidora que adotarem criança ou obtiverem guarda judicial de criança de até 1 (um) ano de idade serão concedidos 45 (quarenta e cinco) dias de prorrogação. § 2º No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade serão concedidos 15 (quinze) dias de prorrogação.

⁶²¹ Por isso mesmo, é provável que Mendes tenha seguido na análise dos subsequentes testes tão somente para acentuar a desproporcionalidade constatada, ou seja, por razões que Canas considera de “pedagogia constitucional”. *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 801.

direito, deve-se indagar: (i) se a proteção deficiente é adequada a e/ou se a deficiência promove um fim constitucional legítimo; (ii) se é necessária, ou se havia medida mais eficiente sob o prisma do direito protegido deficientemente, que permitisse tutelar o direito a que ele se opõe na mesma medida; (iii) se é proporcional em sentido estrito a proteção deficiente porque os custos justificam os benefícios gerados.

52. Ora, não há dúvida de que a estipulação de uma licença maternidade menor para as servidoras, em caso de adoção (em contraste com a licença-gestante), e que o fato de tal prazo ser escalonado de forma inversamente proporcional à idade das crianças adotadas, deixa de promover a adequada tutela do menor e, por outro lado, não promove qualquer interesse constitucional legítimo. Não atende, portanto, ao subprincípio da adequação. É, na verdade, um equívoco decorrente de uma má-compreensão da realidade e das dificuldades enfrentadas nos processos de adoção⁶²².

Desse modo, no âmbito do sistema jurídico brasileiro, a despeito de sua numerosa referência doutrinária e jurisprudencial, ainda não se consolidou um *modus operandi* unificado da vedação da deficiência, seja na doutrina, seja na jurisprudência. Por esse motivo, quaisquer propostas de um modelo de controle de constitucionalidade de omissões via proibição de insuficiência, como é aquela a ser desenvolvida neste trabalho, ainda se revelam mais como um esforço de construção do que, propriamente, de reconstrução dogmática.

4.1.3 Modelo de controle da proibição da proteção deficiente proposto

Pelo que já restou exposto nas *premissas teórico-dogmáticas de ordem geral*, deduz-se que a proposta a ser aqui defendida para o controle da proibição do déficit se afasta daquelas de Novais e Mayer, que renunciam a um exame de proporcionalidade entre direitos ou interesses em conflito.

A mera afirmação de uma abordagem de proporcionalidade, contudo, ainda não explica muito. Conforme se nota do exame dos modelos que seguem essa linha, acima já resumidos, são muitas as diferenças que separam uns dos outros, a começar pela existência ou não de uma fase preliminar ao teste trifásico (análise da conformidade dos fins e/ou dos meios) passando pela definição de critérios para saber quando deve ser aplicado o controle de insuficiência ou quando, em vez,

⁶²² RE 778889, rel. min. Barroso, Tribunal Pleno, j. 10.03.2016, DJe div. 29.07.2016, p. 36 e 37.

dele, o controle de excesso (ou algum outro), e descendo aos pormenores do teste. É sobre tais questões, e curando, especificamente, para as particularidades da proteção suficiente do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado por meio da responsabilidade civil, que se deitarão as linhas seguintes deste trabalho.

4.1.3.1 Primeira análise preliminar: exame da legitimidade do meio e do fim

Para fins de controle judicial de atos legislativos, a identificação do fim visado pela norma-meio e a apuração da validade de ambos (fim e meio) são tarefas a serem realizadas, por razões lógico-metodológicas, previamente ao teste de proporcionalidade. Afinal, só há necessidade de apurar a insuficiência (ou o excesso, quando o caso) da norma em exame em se constatando, de antemão, que os fins por ela almejados e os meios para tanto escolhidos são *legítimos*, ou seja, determinados (ou determináveis) e válidos⁶²³. Caso sejam eles ilegítimos, por ausência de qualquer desses dois requisitos, será desnecessária a realização do subsequente controle de proporcionalidade, pois já restará gritante a inconstitucionalidade da norma.

Por outro lado, a identificação do fim e do meio contribui para pré-estruturar variáveis que serão posteriormente utilizadas nos subtestes de um eventual exame de proporcionalidade. Desse modo, a apuração preliminar da importância do fim e da intensidade em que o legislador visa satisfazê-lo contribui para o alívio da carga cognitiva em segmentos do teste de proporcionalidade, caso ele venha a ser realizado⁶²⁴.

O meio de que se vale o legislador para atingir um determinado fim é a norma jurídica, ou, mais especificamente, os efeitos jurídicos por ela produzidos, sejam eles positivos (de satisfação de direitos ou interesses) ou negativos (de interferência em direitos ou interesses). Já os fins são os efeitos materiais

⁶²³ Defendendo a análise prévia da conformidade dos fins: Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 399 ss., 1017, 1018, 1022 e 1023. Pugnando pelo exame da legitimidade de fins e meios: Clérico, *El Examen de Proporcionalidad*, p. 85 ss.

⁶²⁴ Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 408.

(modificação no mundo sensível) imediatamente visados pelo legislador⁶²⁵. No caso de omissões totais, porém, não há norma jurídica emitida pelo legislador. A própria omissão, nesse caso, é o meio eleito pelo legislador para o fim consistente na promoção ou, mais comumente, para a não afetação negativa de algum bem, interesse ou valor constitucional.

Nota-se, portanto, que, os meios, necessariamente, são sempre determináveis, pois decorrem logicamente dos dispositivos legais produzidos (omissão parcial) ou residem na própria inércia do legislador (omissão total). Assim, a análise de sua legitimidade fica restrita à questão da validade. O mesmo, contudo, não ocorre com os fins, para os quais a possibilidade de determinação, efetivamente, é um ponto a ser investigado.

Com efeito, dado o *princípio geral da proibição do arbítrio*, ao editar uma norma, cumpre ao legislador destiná-la a fim determinado ou determinável⁶²⁶. Para fins de controle judicial, a identificação dos fins da norma deve ser buscada, sobretudo, por via dos cânones de interpretação judicial, e, se insuficientes, pode-se servir das manifestações do próprio legislador, sejam processuais, seja, na sua ausência, daquelas constantes em mensagens legislativas, notas explicativas etc⁶²⁷. Mas, mesmo no caso de omissão total do legislador (ou do administrador, no caso de atos normativos da Administração), pode ser possível inferir um fim estatal. Dada a potencial conflituosidade emanada da estrutura *prima facie* da Constituição, com frequência a omissão no cumprimento de um dever constitucional pode ter por propósito a promoção (ou não afetação negativa) de um dever ou interesse constitucional com ele colidente. Esse, portanto, também pode ser um fim legitimamente perseguido.

Uma vez identificados os fins e meios, é mister apurar sua validade, ou seja, verificar se não afrontam uma proibição constitucional *absoluta*, seja ela expressa ou implícita. As normas que veiculam esse tipo de proibição, que não tolera

⁶²⁵ Ibid., p. 402 ss.

⁶²⁶ Ibid., p. 1017.

⁶²⁷ Ibid., p. 414 ss e 852 ss.

exceções, comportam-se como *regras*, não como *princípios*⁶²⁸. Entre nós, exemplos bem conhecidos de meios explicitamente proibidos são os da vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante⁶²⁹, do aproveitamento de provas obtidas por meios ilícitos⁶³⁰ e das penas de morte – salvo em caso de guerra declarada –, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis⁶³¹.

Além disso, especificamente para os fins deste trabalho, sobreleva acentuar – como já defendido acima – que os atributos da responsabilidade civil ambiental outorgados por nossa própria Lei Maior com o status de *regra*, e que, no âmbito do direito fundamental completo ao meio ambiente, guardam uma relação de meio e fim com o direito ao meio ambiente considerado como *direito a algo*, também opõem uma proibição definitiva a qualquer abrandamento pela via infraconstitucional. Eventual norma (*meio*) que pretenda afastá-los, para qualquer que seja o *fim*, será inválida, sequer cogitando-se a necessidade de controle de proporcionalidade.

Quanto às considerações expostas no parágrafo antecedente, poderia ser questionado se não seria possível um excepcional afastamento da regra constitucional proibitiva. A hipótese é extremamente remota, e somente admissível caso a norma (emenda constitucional ou norma infraconstitucional) tivesse por propósito a realização de um princípio constitucional dotado de peso suficiente para, no caso específico, suplantar a força da assertividade da regra. Nesse caso, apenas, e desde que porventura se entreveja claramente alguma chance plausível de superação da invalidade via controle de proporcionalidade, é que se mostrará admissível ingressar nesse juízo de ponderação e, eventualmente, excepcionar a conclusão veiculada no parágrafo anterior.

Fora da hipotética ofensa a uma regra constitucional, pode, ainda, ocorrer de o meio legal sob consideração afetar negativamente de modo tão grave um direito fundamental que, por meio de uma operação lógico-dedutiva, seja possível

⁶²⁸ Clérico, *El Examen de Proporcionalidad...*, p. 85 ss.

⁶²⁹ CF, art. 5.º, incisos III e XLIII.

⁶³⁰ CF, art. 5.º, inciso LVI.

⁶³¹ CF, art. 5.º, inciso XLVII, “a” a “e”.

ao Judiciário constatar de plano uma ofensa ao seu conteúdo essencial⁶³². Em tais hipóteses, em que se mostre patente a violação do núcleo intangível do direito, tem-se por consequência a ilegitimidade dos fins e meios, e, portanto, a inconstitucionalidade da norma, tornando desnecessário qualquer juízo de ponderação, ou seja, o ingresso no controle de proporcionalidade⁶³³. Afinal, a ofensa ao conteúdo essencial consubstancia violação a uma proibição constitucional absoluta, a implicar a invalidade da norma.

Caso não seja constatada sua ilegitimidade, é possível que o ato normativo, seja em razão dos meios ou do seu fim, colida com proibições, obrigações ou permissões constitucionais *prima facie* (relativas), passíveis de serem superadas por força de ponderação⁶³⁴. Nesse caso, não há como considerá-lo inválido (portanto, ilegítimo) e cravar, de antemão, sua inconstitucionalidade, fazendo-se necessário adentrar no controle de proporcionalidade.

4.1.3.2 Segunda análise preliminar: proibição de excesso ou insuficiência?

Em se mostrando necessário o controle de proporcionalidade, resta também definir, previamente à sua realização, se o caso é de exame da proibição de excesso, de insuficiência, ou ainda, de uma terceira modalidade de controle, a ser indicada mais adiante. Para essa tarefa, não se mostram adequados os métodos que terminam por aglutinar, num mesmo e único procedimento de controle, o escrutínio do excesso e da insuficiência⁶³⁵.

Sobre esse tema, na opinião de Störring, os casos de controle de

⁶³² Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 852.

⁶³³ *Ibid.*, p. 85-87, 99 e 100.

⁶³⁴ Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 420 e 421. Canas infere, contudo, nas citadas páginas, que os comandos constitucionais absolutos – impassíveis de superação por ponderação – seriam virtualmente inexistentes. Desse pensamento se discorda, ao menos quanto à ordem constitucional brasileira. Basta a mera consideração da existência das já referidas regras constitucionais disciplinadoras da responsabilidade civil ambiental para entender o porquê da divergência.

⁶³⁵ É o caso, por exemplo, de Calliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, p. 578-580, e de autores já vistos no capítulo 3, a saber, Pulido, no caso de conflitos entre um direito à proteção e um direito de defesa (subitem 3.9.1.4), e Tzemos (subitem 3.9.1.7). Ressalva-se apenas que Tzemos, terminologicamente, em tal contexto de controle conjugado (defesa e proteção), considera o controle de proteção insuficiente um gênero, do qual o controle de excesso seria uma espécie.

proporcionalidade submetidos ao Judiciário seriam sempre ou hipóteses de controle de excesso, ou de controle de insuficiência, de modo que bastaria uma dessas formas de revisão para solucioná-los. Para ele, a conjugação de ambas as formas numa única ponderação, além de desnecessária, traz inconvenientes metodológicos e institucionais. De um lado, peca por alimentar propostas generalizantes e viabilizadoras de exames grosseiros. Por outro, gera risco de asfixiar a margem de discricionariedade do legislador, pois duplica os testes de proporcionalidade a serem realizados pelo Judiciário em cada caso, permitindo a convergência do resultado da ponderação a um único ponto ideal de harmonização entre os interesses conflitantes⁶³⁶.

Störring está correto quando alerta para os inconvenientes e para a inadequação metodológica de uma “ponderação conjunta” envolvendo as lógicas da proibição do excesso e da insuficiência. Do mesmo modo, ele está no caminho certo quando afirma que o Estado não pode haver feito muito e pouco ao mesmo tempo, de modo que um determinado caso concreto sempre dará ensejo, exclusivamente, a um controle de excesso ou a um controle de insuficiência, a depender de qual dos aspectos (proteção ou defesa) prevaleça na hipótese⁶³⁷. Quanto a essa segunda asserção, contudo, há duas ressalvas. Existem colisões em que se sobrepõem uma diversidade tal de estruturas deônticas que não permite identificar o predomínio de uma situação de proteção ou de defesa⁶³⁸. A segunda consideração é que, ainda que excluídas essas situações de maior complexidade, a afirmação da “prevalência de aspectos de proteção ou defesa” é insuficiente para discriminar a riqueza de situações em que direitos e interesses colidem entre si, sendo necessário um maior refinamento de critérios, meta que, conforme doravante exposto, Canas conseguiu alcançar, e que recomenda, portanto, a adesão do trabalho aqui desenvolvido.

O notável avanço desse autor consistiu em fornecer a essa tarefa um

⁶³⁶ Störring, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 196 e 197.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 131, 132, 233 e 234.

⁶³⁸ Trata-se das situações em que Canas afirma existir a necessidade de uma *proporcionalidade equitativa*, que não se solucionam pela aplicação seja da proibição do excesso, seja da insuficiência. A ela se retornará no final do presente subitem.

significativo fator de racionalização. Frisando que as normas jurídicas podem ser (re)construídas sob uma estrutura deôntica (por meio de enunciados que traduzem *proibições, obrigações* ou *permissões*)⁶³⁹, ele subordinou a definição do controle a ser exercido à específica configuração deôntico-normativa dos bens, interesses ou valores em conflito. Sob essa leitura, a proibição do excesso se revela adequada, tipicamente, para a avaliação de colisões entre, de um lado, uma permissão constitucional *prima facie* de ação promoção de bens, interesses ou valores e, do outro, um dever constitucional *prima facie* de abstenção de interferência em bens, interesses ou valores⁶⁴⁰.

Já a vedação do déficit constitui o instrumento de controle cabível quando se apresentar, em pelo menos um dos polos do conflito, o seguinte denominador comum: um dever constitucional *prima facie* de ação do legislador⁶⁴¹. Mais especificamente, ela incide em colisões fundadas em (i) dois deveres constitucionais *prima facie*, sendo um de ação e outro de abstenção; (ii) dois deveres constitucionais *prima facie* de ação; (iii), um dever *prima facie* de ação e uma permissão *prima facie* de promoção de bem, interesse ou valor que não seja objeto de nenhum dever constitucional⁶⁴².

Por fim, conforme referido, há colisões em que não se mostra viável a aplicação da *proibição de excesso*, quer a de *insuficiência*, porque, em vez de uma colisão bidirecional bem definida, ocorrem várias colisões cruzadas com pretensões simultâneas de ação e abstenção *prima facie*. Essa hipótese é referida por Canas como *proporcionalidade equitativa*, e, dada sua complexidade, só admite solução com base numa análise direta da proporcionalidade em sentido estrito⁶⁴³.

4.1.3.3 Fases do teste propriamente dito

Uma vez que um ato normativo tenha passado no teste de legitimidade de fins e meios e esteja envolvido num conflito entre posições normativas *prima facie*,

⁶³⁹ *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 419.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 555 e 556.

⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 964 ss., e p.

⁶⁴² *Ibid.*, p. 556-567,

⁶⁴³ *Ibid.*, p. 1057 ss.

dentre as quais se apresente, pelo menos em um dos polos, um dever *prima facie* de ação, será necessário realizar o controle da proibição de insuficiência propriamente dito.

Para o estudo da melhor conformação atribuível a esse exame, é interessante partir da concepção trifásica, tal como no controle da proibição do excesso. Afinal, tal como naquele controle, a proibição de deficiência também clama por uma abordagem de proporcionalidade, indicando ser possível, *mutatis mutandi*, valer-se da riqueza dogmática construída pela doutrina da proibição do excesso. Ademais, a segmentação em três fases pode contribuir para uma maior racionalidade analítica da investigação do déficit, e, tendo em vista que vários dos modelos propostos por outros autores seguiram essa linha, esse caminho é útil para considerar criticamente as propostas por eles formuladas.

Esse ponto de partida não implica, a priori, prestar adesão a algum dos modelos pré-existentes na doutrina. Isso dependerá da análise a ser a seguir empreendida. De todo modo, desde já convém refutar algumas das propostas anteriormente referidas.

Inicialmente, o modelo de Jorge Pereira da Silva não parece apropriado⁶⁴⁴. Afinal, embora proponha uma prova composta por supostamente duas fases (*aptidão abstrata + efetividade*), o exame atento de tais segmentos revela que eles formam uma avaliação unitária: apura-se se a ordem jurídica como um todo é capaz de proteger o bem jusfundamental sob consideração. O exame supostamente antecedente ao teste intitulado de *efetividade*, a saber, o da *aptidão abstrata*, consistente na seleção dos meios normativos mais significativos dentre aqueles existentes na globalidade do ordenamento jurídico e que concorram para a realização do dever estatal, a rigor, não ostenta caráter verdadeiramente autônomo. Ademais, tal seleção não se debruça, especificamente, sobre o meio suspeito de insuficiência, que não é, durante sua realização, submetido a nenhum teste. Por fim, o modelo condensa a análise cognitiva em praticamente um único foco (busca da medida mais eficiente), mostrando-se subcomplexo para fazer face à gama de possíveis nuances estruturais dos conflitos, a exigirem abordagens diferenciadas.

⁶⁴⁴ Ver subitem 3.9.1.6.

Isso ficará mais evidente ao se perscrutarem, nas páginas seguintes, todas as questões a serem desvendadas nas possíveis constelações conflituosas da proibição de insuficiência.

Em contrapartida, é evidente que, em relação ao clássico controle do excesso, serão necessárias adaptações, em razão de diferenças relativas às perspectivas dos exames e aos objetos de ponderação. A propósito, convém recordar a observação de Clérico, segundo quem, no controle do excesso, o fim a ser ponderado é livremente definido pelo legislador dentre os permitidos na Constituição, ao passo que no controle da insuficiência, o fim é a realização de um propósito determinado na Constituição, restando ao legislador discricionariedade, tão somente, para a escolha dos meios, desde que suficientes para a realização daquele fim⁶⁴⁵. Há que atentar, portanto, para as peculiaridades estruturais dogmático-normativas dos conflitos que demandam o enfoque da proibição de insuficiência, que são distintos daqueles da proibição do excesso.

Por outro lado, a demonstração da inadequação de uma trasladação automática dos subtestes classicamente concebidos para a proibição do excesso, por si só, recomenda a não aceitação da proposta de Van der Broecke, no ponto em que o autor, sem nenhuma ressalva, refere que na proibição do déficit “as três etapas do sopesamento deverão ser objeto de análise, em especial no que tange à atribuição de pesos atinente à proporcionalidade em sentido estrito”, dando a entender, portanto, que esse controle de proporcionalidade seria feito à semelhança do executado na proibição do excesso⁶⁴⁶.

Além disso, poderá haver variações dentro do próprio modelo de controle da proibição de insuficiência, a depender de o caso sob exame ser de uma *omissão total* ou de *omissão parcial* no cumprimento do dever *prima facie* de ação, tendo em vista que essa variável poderá influenciar na estruturação e resultado do teste de proporcionalidade⁶⁴⁷. Em outros termos, conforme se trate uma omissão total ou

⁶⁴⁵ “Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot”, p. 156, 157.

⁶⁴⁶ Ver item 3.9.1.10.

⁶⁴⁷ Por omissão total, aí, compreende-se a situação em que não exista norma legislativa que vise ou realize, ainda que minimamente, o dever de ação, ao passo que, na omissão parcial, tal norma existe, mas é deficiente ou insuficiente. Não se confunde, porém, a omissão parcial com a omissão

parcial, é possível que algum dos testes não sejam aplicáveis, bem como vislumbrarem-se tendências para o seu desfecho.

4.1.3.3.1 Adequação

Na sua versão mais adotada, o controle de proporcionalidade para salvaguarda da proibição do excesso tem como primeiro teste o exame da adequação (idoneidade ou aptidão), que procura apurar se um meio fomenta a realização do fim buscado pela norma.

Conforme bem anota Borowski, o teste da adequação, no âmbito da *Untermaßverbot*, poderia ser pensado sob duas perspectivas: uma interna e outra externa. No teste da adequação *interna*, o fim a ser considerado seria o de realização do direito fundamental a prestação – na perspectiva defendida no presente trabalho, a realização do dever de ação. Já no teste de adequação *externa*, deveria ser apurada a aptidão do meio para fomentar algum outro fim legítimo⁶⁴⁸.

Feita essa consideração preliminar, há que distinguir também, para analisar a viabilidade do teste de idoneidade em contextos de proibição de insuficiência, se o contexto é de omissão total ou parcial.

Nos casos de omissão total, o teste de idoneidade não faria sentido, seja do ponto de vista do fim interno, seja do externo. Afinal, só um ato positivo pode ser idôneo para realização do fim consistente no cumprimento dever de ação⁶⁴⁹. Uma omissão absoluta em nada contribui para satisfazer um direito fundamental carente de proteção⁶⁵⁰. Já sob o outro ângulo externo, o teste de adequação sempre resultaria positivo, pois toda omissão é sempre idônea a fomentar o fim contraposto ao dever de ação⁶⁵¹. Ora, um teste que leve sempre ao mesmo resultado (a depender do fim em questão, o meio seria sempre inidôneo ou sempre idôneo), não

relativa, em que a norma, em violação ao princípio da isonomia, subtrai indevidamente a determinada categoria de pessoas benefícios nela concedidos a outras. Barroso, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, pos. 3723.

⁶⁴⁸ *Grundrechte als Prinzipien*, p. 198.

⁶⁴⁹ Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 1018.

⁶⁵⁰ Novais, *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, p. 329.

⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 330.

se mostra dogmaticamente útil⁶⁵². Portanto, em se tratando de omissão total, não se aplica o teste de adequação. A análise que segue aproveita somente às conjunturas de omissão parcial.

Voltando a Borowski, o autor considera que o exame sob a perspectiva interna seria supérfluo. Seu raciocínio é que, se a constatação de uma interferência no direito à prestação fosse seguida de um exame da adequação *interna*, a eliminação do meio inadequado não corresponderia, necessariamente, a uma interferência⁶⁵³.

Uma outra consideração, agora de Canas, também pode ajudar a perceber a irrelevância do exame da adequação interna. Segundo a precisa visão desse autor, em contextos de omissão parcial, a inadequação do meio para a promoção do fim interno leva a que o conflito seja analisado à luz da lógica da omissão total⁶⁵⁴. De fato, a ausência total de aptidão do meio para promover o dever de ação equivale à ausência de meio, ou seja, à omissão total, que, por si só, não conduz à desproporcionalidade – ela poderá, excepcionalmente, ser justificada.

Há, contudo, quem discorde da utilidade do exame de adequação. Para Störring, por estar em questão uma avaliação da proibição de insuficiência, o único fim que poderia ser cogitado num hipotético teste de adequação seria o da realização do dever de proteção⁶⁵⁵, independentemente de sua adequação para a persecução de outros fins. Sem embargo, ele entende que esse teste seria inócuo. O autor parte do pressuposto que essa análise seria *vazia*, pois, “caso se verificasse que os meios de proteção eram inadequados para alcançar uma

⁶⁵² Pelas mesmas razões, sustentando a superfluidade desse teste nas omissões totais: Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 1019. Em sentido contrário, Clérico. A autora cogita a possibilidade de, em determinadas hipóteses, haver dúvidas sobre se uma atuação estatal positiva seria idônea para a realização do direito em questão, e dá como exemplo a criminalização do uso de entorpecentes para a proteção da saúde e prevenção da dependência. Para a autora, a postura omissiva poderia ser idônea, caso inexistissem conhecimentos seguros sobre se uma criminalização abrangente diminuiria o número de usuários ou, pelo contrário, promoveria seu aumento. “Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot”, p. 161, 162.

⁶⁵³ *Grundrechte als Prinzipien*, p. 198. Também considerando que o teste da adequação é cumprido quando o meio for apto a favorecer a realização de um fim legítimo visado pelo legislador: Pulido, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, 17615-17624.

⁶⁵⁴ *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 1024.

⁶⁵⁵ O escopo da análise daquele autor enfatiza o dever de proteção, em vez de uma perspectiva mais ampla que seria a do dever de ação.

determinada proteção, isso levaria, segundo a visão predominante, à violação da proibição de insuficiência”. Segundo ele, o fato de um determinado nível de proteção não haver sido realizado não significa que a omissão é inconstitucional, pois poderia haver justificativas constitucionais a ampará-la⁶⁵⁶.

De todo modo, a objeção de Störring não tem razão de ser no modelo aqui adotado, por duas razões. A primeira se refere à premissa que a sustenta: a de que a única relação de meio e fim relevante para a adequação no controle da proibição do déficit seria a pertinente ao dever de atuação estatal positiva. Sem embargo, para o modelo aqui sustentado, a premissa é exatamente o oposto. A única aferição que se mostra relevante é a da adequação *externa*⁶⁵⁷.

Por outro lado, ainda que se admitisse a premissa de Störring, ela também não se manteria porque, segundo os autores que sustentam a utilidade do exame da aptidão *interna*, não seria o caso de se aferir, já no primeiro teste (adequação), se o meio realiza o dever de ação de modo *suficiente*⁶⁵⁸. Assim como o teste de adequação da proibição *do excesso* não impõe que os fins perseguidos pelo Estado sejam realizados de modo *suficiente*, mas, tão somente, que os meios sejam aptos a, de algum modo, contribuir para sua realização, para a adequação dos meios na proibição da deficiência bastaria que eles contribuam, em alguma medida, para a materialização dos fins. Aferições sobre o nível de proteção constitucionalmente exigido não precisam, tampouco devem ser realizadas nesta fase do controle da insuficiência, que restaria cognitivamente carregado e subcomplexo, ao se condensar, num único teste, todo o exame da proibição do déficit.

Por fim, resta tratar da questão do grau de certeza exigível acerca da relação de idoneidade entre meio e fim. Haverá casos em que essa relação será evidente,

⁶⁵⁶ *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 207 e 208.

⁶⁵⁷ A visão de Störring, contudo, é coerente com outra premissa de seu trabalho, exposta no item 3.9.1.8: a de que, num conflito entre direitos fundamentais, o meio eleito sempre tenderia a tensionar mais um dos lados. Assim, para ele, se a pressão for sobre o direito a proteção, só haveria testar a adequação do meio para a realização desse direito. No presente trabalho, contudo, não se parte da pressuposição de que, nos contextos em que se aplica a proibição do déficit, a compressão do meio se dê sempre apenas sobre o dever de ação. A não ser, por óbvio, no caso de omissão total.

⁶⁵⁸ Ao contrário do sugerido pelo min. Gilmar Mendes no RE 583.523/RS (ver subitem 4.1.2.2), onde ele aplica um teste de adequação *interna* visando a detectar se o meio protege o direito fundamental de maneira *ótima*, Pulido não aplica o teste de adequação *interna*, tampouco exige que o meio promova uma realização *ótima* do fim estatal perseguido.

intuitiva, não demandando grandes esforços cognitivos para sua detecção. Haverá outros, contudo, em que a análise da idoneidade dependerá da consideração do substrato técnico-científico que amparou o diagnóstico e prognóstico legislativos, o que pode levantar a questão da intensidade com que o Judiciário estaria autorizado a revolvê-lo.

Nesse ponto, convém resgatar os argumentos expostos neste capítulo acerca da necessidade de, como regra, um controle de *justificabilidade* na proibição da suficiência, sobretudo quando em jogo o direito fundamental ao meio ambiente⁶⁵⁹. Por força desse grau de densidade revisional, há que perquirir, inicialmente, se o processo legislativo laborou de forma diligente na coleta de dados técnico-científicos disponíveis sobre o tema. Para apurar a credibilidade científica da informação colhida, pode-se espelhar no já referido precedente *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals* da Suprema Corte norte-americana, que vem sendo utilizado pela Justiça Federal e várias Justiças Estaduais dos EUA em relação a decisões do Executivo e de suas agências, e segundo o qual deve ser apurado, relativamente à opinião de um determinado especialista: a) se ela é testável ou falseável; b) se foi publicada e revisada por pares; c) a taxa de erro conhecida ou potencial; d) o grau de acatamento na comunidade de sua área de conhecimento.

Caso constatada a clara imprestabilidade do diagnóstico ou do prognóstico realizado pelo Congresso, e a existência, à época da elaboração da lei, de suporte técnico-científico crível e em sentido contrário, não coletado por negligência ou má-fé, pode-se concluir pela reprovação no teste da adequação. Afinal, se o legislador, por falta de zelo ou interesses escusos, não colheu os elementos cognitivos indicativos da idoneidade do meio legal por ele escolhido, houve falha grave no processo legislativo, não havendo como sustentar a aprovação no teste⁶⁶⁰.

⁶⁵⁹ V. subitem 4.1.2.1.5.

⁶⁶⁰ Embora reduza o controle judicial de insuficiência, no plano do controle abstrato de constitucionalidade, a um exame da garantia do conteúdo essencial, Mayer admite ser viável e necessário apurar, mesmo aí, a adequação do meio eleito pelo legislador. Em situações em que essa a adequação dependa de prognósticos do legislador, especialmente no caso de incerteza científica afeta ao direito ambiental, ele seria obrigado a, pelo menos, organizar investigações mais aprofundadas, adequadas para buscar um conhecimento mais detalhado sobre as dimensões de um potencial perigo para um direito fundamental. Somente assim seriam atendidas as obrigações de acompanhamento, e, se fosse o caso, aperfeiçoamento relacionadas com os deveres de proteção. *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie*, p. 166.

Por outro lado, pode ocorrer de a seleção da informação técnico-científica que amparou a decisão do Congresso não haver atingido um grau de credibilidade científica simplesmente porque o estado da arte ainda não lhe admitia alcançar tal grau de convicção, mas que, à data do exame pelo Judiciário, o conhecimento tenha evoluído a ponto de já o permitir. Do mesmo modo, e, até mesmo, de maneira atrelada, é possível que a aplicação reiterada da norma entre sua entrada e vigor e o momento de revisão pelo Judiciário tenha produzido efeitos que já permitam avaliar com mais acerto a relação de meio e fim. Nesse caso, parece irrazoável recusar ao Judiciário a possibilidade de se valer dos conhecimentos supervenientes para decidir. A propósito, essa atuação *ex post* já foi empreendida pelo STF em diversos julgamentos relacionados com normas que proibiam a utilização do amianto crisotila, em que se reconheceu a *inconstitucionalidade superveniente* da norma que admita o emprego daquela substância⁶⁶¹. Aliás, quanto mais tempo mediar entre a entrada em vigor da norma e o momento de sua revisão judicial, período ao longo do qual ela tenha sido reiteradamente aplicada e feito sentir os seus efeitos, tanto mais se justifica que o Judiciário proceda ao seu controle sob um olhar contemporâneo⁶⁶².

Admite-se, ainda, a possibilidade de o legislador haver coligido a informação mínima necessária para proceder a uma avaliação consciente, mas haver falhado *claramente* ao não detectar a inidoneidade do meio. Aqui, também, o Judiciário será autorizado a corrigi-lo. Note-se, contudo, que, apenas um equívoco manifesto do Legislativo nessa avaliação autorizaria o Judiciário a emendá-la, sob pena de se sub-rogar à discricionariedade legislativa. Em se tratando de um controle de justificabilidade, basta que a avaliação do legislador seja plausível para que deva ser ela mantida na revisão judicial.

Existe, por derradeiro, a possibilidade de que o conhecimento técnico-científico, seja na época da aprovação da norma, seja por ocasião do julgamento, não permita alcançar a certeza sobre a adequação do meio. Nesse contexto de

⁶⁶¹ V. comentários a esses julgamentos no subitem 3.3.3.2.5. Admitindo o controle de proporcionalidade *ex post*: Pereira, *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 379 e 380; Souza Neto e Sarmiento, *Direito Constitucional*, p. 475. Contra: Pulido, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, pos. 16605.

⁶⁶² Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 864.

incerteza, em que não tenha havido negligência do legislador, cumpre, tanto quanto possível, e, em deferência à sua margem de discricionariedade, reconhecer a presença da relação de idoneidade. Isso será admissível desde que exista, pelo menos, uma incerteza empírica *parcial positiva* da relação de fomento entre o meio e o fim⁶⁶³. Do contrário, a exigir-se “risco zero”, nos moldes de uma concepção radical do princípio da precaução⁶⁶⁴, corre-se o risco de tolher em demasia quaisquer possibilidades de desenvolvimento socioeconômico que dependam de aperfeiçoamento legislativo.

4.1.3.3.2 *Eficiência exigível*

À semelhança do que se dá no controle do excesso, o segundo estágio do controle da insuficiência é denominado por alguns autores, como Pulido, como teste da *necessidade*⁶⁶⁵. Outros, porém, consideram que falar em necessidade como requisito da proporcionalidade no controle *da insuficiência* não se coadunaria com o espírito da análise que aqui é realizada. Afinal, diferentemente do que se dá na proibição do excesso, no exame do déficit não se dispensaria um meio por ser ele desnecessário, ou seja, pela constatação da existência de outro igualmente eficaz para os fins estatais e menos restritivo ao direito fundamental. Em vez disso, para a eliminação do meio eleito pelo legislador o que contaria seria, sobretudo, a existência de outro *mais eficiente*. Por tal razão, defendem, de modo acertado, que, aqui, seria mais apropriado falar num teste de *efetividade*⁶⁶⁶, ou, como sugere Canas, de *eficiência exigível*⁶⁶⁷.

De qualquer maneira, assim como no exame da *adequação*, o segundo teste da *Untermaßverbot* há que ser conduzido, em relação aos fins, sob uma perspectiva *interna* e *externa*. Para alguns, o meio legal *sub examine* seria aprovado no teste da *eficiência exigível* quando não existisse outro meio que,

⁶⁶³ A incerteza empírica *parcial positiva* é um estado cognitivo em que não se tem certeza, mas há uma inclinação razoável para a probabilidade de que o meio atinja o fim visado. Já em casos de incerteza empírica *parcial negativa* (em que não há certeza, tampouco incerteza absoluta, mas inclina-se razoavelmente para implausibilidade), ou de incerteza total, o meio deve ser reprovado no teste. *Ibid.*, p. 596 e 848.

⁶⁶⁴ V. subitem 2.4.4.

⁶⁶⁵ *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, pos. 17633.

⁶⁶⁶ Michael, “As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade”, p. 197.

⁶⁶⁷ Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 1019.

afetando negativamente menos ou promovendo mais o dever de ação (fim interno), prejudicasse menos ou em igual medida os deveres ou interesses colidentes (fim externo)⁶⁶⁸. Ou, nas palavras de Michael, “enquanto a necessidade no sentido da proibição de excesso pergunta por alternativas *mais moderadas, igualmente efetivas*, devem, no exame da efetividade da proibição de insuficiência, ser considerados meios *mais efetivos, igualmente moderados*”⁶⁶⁹.

Canas, diferentemente, defende variações na sua aplicação, a depender de se tratar de uma proibição do defeito paritária (envolvendo conflito entre dever de ação x dever de ação ou de abstenção) ou não paritária (envolvendo conflito entre dever de ação e interesses não objetos de dever). Na primeira hipótese, o autor defende a necessidade de realização de dois subtestes: o primeiro, nos moldes já descritos no parágrafo anterior; o segundo, sob a ótica inversa, ou seja, buscando aferir a existência de alternativa que satisfaça com igual eficiência o dever de ação, e em maior medida os deveres colidentes (portanto, externo)⁶⁷⁰. Já na proibição não paritária seria realizado apenas o primeiro subteste, pois os bens do lado oposto não estariam protegidos por deveres constitucionais⁶⁷¹.

Quanto aos modelos de teste da eficiência exigível, há que aderir à proposta do último autor. Afinal, quando se está diante de conflito entre dois deveres estatais, nada justifica que sejam aferidas, tão somente, as alternativas que realizem mais intensamente um dos polos. *Só haverá aprovação no teste caso inexistam as alternativas em questão, consideradas ambas as perspectivas*. De outro lado, se, em um dos polos, há um dever, e, do outro, mera permissão, é evidente que a busca da maior realização possível – meio mais eficiente – é exigível apenas em relação àquele.

De todo modo, o exame da eficiência exigível é objeto de algumas críticas. Por um lado, há quem nele vislumbre a possibilidade de uma limitação indevida da

⁶⁶⁸ Nesse sentido, entre outros, Pulido (v. subitem 3.9.1.4, *supra*); Calliess, *Rechstaat und Umweltstaat*, p. 460 e Aubel, *Der verfassungsgerichtliche Mutterschutz*, p. 270.

⁶⁶⁹ Michael, As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade, p. 197. Com definição semelhante: Möstl, *Öffentliche Sicherheit und Ordnung*, p. 108 e 109,

⁶⁷⁰ Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 1025 e 1026.

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 1027.

discricionariedade do legislador, que ficaria obrigado a selecionar apenas os meios mais eficazes para a realização do dever de ação, quando, em verdade, os direitos fundamentais não lhe exigiriam essa busca⁶⁷². A crítica, contudo, não procede, já que, na fase do exame da eficiência exigível, não se apura se o legislador escolheu o meio mais eficaz para o dever de ação *simpliciter*, mas tão somente se ele selecionou aquele mais eficaz para o dever de ação dentre os que poderiam satisfazer, na mesma medida que ele, o direito ou interesse público contraposto⁶⁷³. O que se impõe, olhando sob uma ótica reversa, é que o legislador, dentre os meios aptos a satisfazerem o interesse “B” numa intensidade “X”, por ele escolhida, opte por aquele que realize de modo mais eficiente o dever de ação “A”, contraposto a “B”. Por outro lado, redução de discricionariedade legislativa similar é identificável até mesmo no teste da necessidade da tradicional proibição do excesso, já que, por força dele, o legislador se vê jungido à escolha do meio mais suave para a satisfação dos fins por ele visados⁶⁷⁴. O mesmo raciocínio, por óbvio, seria aplicável ao segundo teste proposto por Canas para a eficiência exigível na proibição paritária.

Por outro lado, Störring argumenta que dificilmente a omissão tem por objetivo apenas a realização de um direito fundamental contraposto, sendo comum que se visem, também, outros interesses, com, por exemplo, a distribuição de recursos orçamentários entre diversas finalidades públicas. Por conseguinte, considera que a busca de alternativas mais eficazes para o dever de proteção provavelmente encontrará, tão somente, meios que prejudiquem mais intensamente outros interesses, levando, quase sempre, à uma reprovação do teste da eficiência exigível, que seria, portanto, inócuo⁶⁷⁵.

De modo parcialmente consoante, Canas, especificamente no caso de omissões totais, também reputa supérfluo o teste em questão, pois o meio seria sempre aprovado, já que todos os meios alternativos promoveriam mais a

⁶⁷² Gellermann, *Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewand*, p. 348.

⁶⁷³ Störring, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 210 e 211.

⁶⁷⁴ Nesse sentido, *ibid.*, mesmas páginas.

⁶⁷⁵ Por essa razão, Störring dispensa a realização desse teste na aferição da proibição de insuficiência. *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 211.

realização do dever de ação, mas o seu emprego, relativamente à omissão total, seria sempre mais negativo para os deveres ou interesses colidentes⁶⁷⁶.

O raciocínio de Canas há que ser acolhido, e, o de Störring, apenas no que diga respeito a contextos de omissão total. Em casos de total inércia legislativa, é forçoso reconhecer que uma aprovação no teste da eficiência exigível será quase sempre o único resultado razoavelmente possível. A mesma conclusão não se aplica, contudo, às hipóteses de omissão parcial. Nesses casos, como o nível de satisfação legal do dever de ação não é zero, presume-se que ele já exerça uma compressão no interesse contraposto, não sendo de descartar a possibilidade de um meio alternativo (ou da agregação de um novo meio) que torne mais eficiente a realização do dever de ação sem importar um agravo sensível no bem situado no outro polo da relação.

Um desafio que certamente pode ser objetado ao tipo de análise a ser realizada neste teste diz respeito à dificuldade de se cotejarem todos os possíveis meios alternativos àquele escolhido pelo legislador. Por um lado, releva observar que a mesma crítica poderia ser endereçada ao teste da *necessidade* na já consagrada proibição do excesso, em que se impõe a tarefa de identificar a eventual existência de meio alternativo igualmente eficaz na persecução do interesse público e mais suave para a liberdade fundamental. Para além disso, o ônus cognitivo implicado nessa prova pode ser diminuído na direção do caminho apontado por Clérico, i.e., procedendo-se à análise dos meios indicados pelos queixosos ou identificados entre especialistas⁶⁷⁷. Entre nós, cumpre sejam também incluídos os meios apontados por representantes de grupos de interesses afetados na discussão, seja em audiências públicas, seja por meio de *amici curiae*. Isso não obsta, evidentemente, a consideração de outros meios que porventura possam ser identificados pelo gênio dos próprios julgadores.

É importante frisar, ainda, a importância do horizonte temporal a ser considerado no presente exame quando estiver em jogo o direito fundamental ao

⁶⁷⁶ É a opinião de Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 1020. Reputando dispensável esse teste, e não apenas nos casos de omissão total: Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 200 e 201.

⁶⁷⁷ “Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot”, p. 163, 164.

meio ambiente ecologicamente equilibrado. De um lado, há que ponderar que as gerações presentes podem ficar privadas, por décadas, dos serviços e funções ambientais potencialmente prestados pelo meio degradado⁶⁷⁸. Por outro, cumpre considerar que o dever de proteger o meio ambiente é constitucionalmente instituído em favor não apenas das gerações presentes, como das futuras⁶⁷⁹. É indiferente, para sua observância, que as gerações futuras sejam consideradas titulares do direito fundamental, ou, diversamente, meras beneficiárias de um dever decorrente da sua dimensão objetiva, sobretudo porque a missão de tutelá-lo é imposta ao Estado de forma explícita na Constituição. Portanto, ao considerar os efeitos seja do meio eleito, seja dos possíveis meios alternativos sobre o grau de satisfação desse dever, há que levar em conta uma extensão temporal que contemple também os efeitos sobre seres humanos que sequer nasceram. Paralelamente, o mesmo lapso temporal há que ser considerado ao se avaliarem os impactos do meio eleito e de eventuais alternativas sobre o dever ou interesse colidente.

A propósito dessa preocupação, importa recordar, de um lado, não ser raro que os efeitos nocivos ao meio ambiente somente se manifestem em razão da prática reiterada de atividades ao longo do tempo, ou, por vezes, mesmo quando causados por atividades no presente, somente venham a eclodir no futuro. E, por outro viés, a consideração de um horizonte temporal mais dilatado pode modificar a perspectiva sobre o impacto econômico de certas medidas. Por exemplo: os custos de adaptação do setor produtivo e dos usuários em função da proibição de um determinado combustível ou agrotóxico, em razão da disponibilidade de alternativas menos poluentes, podem se mostrar elevados num curto prazo, mas, quando diluídos num período mais longo, tendem a ter sua relevância minimizada, ou, até mesmo, em razão do progressivo aumento na escala de produção dos substitutos, tornarem-se efetivamente menores.

Por fim, neste segmento, ainda mais que no do teste da adequação, há que considerar o grau de certeza exigível quanto aos diagnósticos (premissas sobre a

⁶⁷⁸ Ver, a propósito, subitem 2.4.2, especialmente a n.r. 196.

⁶⁷⁹ Ver subitem 2.3.6.

realidade fática atual) e prognósticos (premissas sobre a realidade fática futura). A complexidade deste teste, necessariamente, será maior que o anterior, tendo em vista que naquele há análise tão somente dos meios eleitos pelo legislador, enquanto neste há comparação entre eles e outros meios razoavelmente cogitáveis. De todo modo, o que foi dito em relação ao teste precedente pode ser aproveitado, *mutatis mutandis*, para o atual.

Assim, cumpre apurar se o legislador laborou com diligência na seleção de lastro técnico-científico para sua decisão, sobretudo se estiver em jogo, num dos polos do conflito, o dever de proteção ao direito fundamental ao meio ambiente ou a saúde. Caso verificada a clara imprestabilidade do diagnóstico ou do prognóstico realizado pelo Congresso, a despeito da existência, à época do processo legislativo, de conhecimento disponível, somente não coletado por negligência ou interesses injustificáveis, pode-se concluir pela reprovação no teste da *eficiência exigível*. Afinal, em tal contexto, por falha grave do legislador, não haveria como chegar a um juízo razoável acerca das relações a serem apuradas em tal teste.

De outra sorte, caso o conhecimento técnico necessário fosse indisponível à época dos trabalhos legislativos, mas ao tempo da revisão judicial ele já estiver ao alcance dos julgadores, deve-se admitir que o Judiciário decida segundo uma perspectiva *ex post*, isto é, valendo-se do estado da arte à época do julgamento.

Diferentemente, caso o legislador tenha coletado a informação mínima necessária para proceder aos prognósticos e diagnósticos suficientes necessários ao exame da eficiência exigível, mas a avaliação por ele tomada com base nesse suporte informacional tenha sido *claramente equivocada*, ou seja, a partir das informações por ele consideradas ser obviamente necessária a conclusão de que os meios escolhidos, em comparação com outros possíveis, não são dotados da eficiência exigível, o Judiciário deverá reprová-los nesse exame.

Por último, caso o conhecimento disponível tanto na época do processo legislativo como do julgamento não seja suficiente para um juízo de certeza sobre os prognósticos e diagnósticos afetos ao teste da *eficiência exigível*, mas exista, pelo menos, uma incerteza empírica *parcial positiva*, os meios deverão ser aprovados no teste.

4.1.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Caso o meio seja aprovado no teste precedente, o conflito deve ser submetido ao teste da proporcionalidade em sentido estrito. Na proibição de insuficiência, assim como se dá na proibição do excesso, verifica-se se o meio escolhido pelo legislador é proporcional, ou seja, se ele não gera desequilíbrio entre os interesses contrapostos. Nesse sentido, uma primeira pergunta a ser desvendada é o que, exatamente, deve ser ponderado. Algumas propostas extraídas dos autores abordados no capítulo anterior são as seguintes:

Alexy: a intensidade de proteção (inversamente determinável, através da “regra da negação em cadeia”, pela intensidade da intervenção no direito de proteção) relativamente à intensidade de intervenção no direito de defesa⁶⁸⁰;

Borowski: o peso da omissão na promoção do direito a prestação com as razões que fundamentam essa omissão⁶⁸¹;

Pulido: o grau de não realização do direito fundamental em relação ao grau de favorecimento ao fim do legislador⁶⁸²;

Clérico: o grau de não realização de um direito fundamental a prestação e a à importância da realização do outro princípio constitucional⁶⁸³;

Störring: os interesses de proteção em relação às razões da omissão estatal⁶⁸⁴;

Canas: a importância dos efeitos jurídicos ou materiais, positivos e negativos, resultantes da satisfação ou não satisfação dos bens, interesses ou valores colidentes⁶⁸⁵.

Apesar de empregarem palavras diferentes, nota-se que as várias definições não destoam por completo. O que é decisivo para apurar o (des)equilíbrio da forma como uma norma lida com os bens constitucionais conflitantes é a *importância*

⁶⁸⁰ “Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz”, p. 114.

⁶⁸¹ *Grundrechte als Prinzipien*, p. 201.

⁶⁸² *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, pos. 17641.

⁶⁸³ “Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot”, p. 167, 168.

⁶⁸⁴ *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 223.

⁶⁸⁵ *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 794 ss.

social de se promoverem os efeitos positivos e de se evitarem os negativos acrescidos, pela norma, em relação a cada um deles. Mais especificamente, o que conta são as *importâncias sociais marginais*, relativas, de um lado, ao incremento da realização de um dos bens, e, do outro, da prevenção do detrimento à satisfação do outro bem, comparativamente aos níveis de realização respectivamente existentes antes da entrada em vigor da norma⁶⁸⁶.

Alexy procurou sintetizar a lógica subjacente à ponderação na seguinte sentença, por ele denominada *lei da ponderação*: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”⁶⁸⁷. Amoldada às premissas deste trabalho e ao contexto da proibição da insuficiência, pode-se dizer que ela assumiria a seguinte forma: “quanto maior a importância social dos efeitos decorrentes da não realização de um dever constitucional de ação, tanto maior deve ser a importância dos efeitos decorrentes da realização do outro princípio constitucional”.

Um dos componentes da importância dos efeitos associados ao dever de ação, portanto, é o grau de afetação positiva ou negativa. Atentando-se para a contribuição escoteira de Canaris, importa que a contribuição da medida *sub examine* para esses resultados seja considerada não de modo isolado, mas em conjunto com o universo de medidas existentes na ordem jurídica para a concretização daquele dever⁶⁸⁸. Assim, por exemplo, o impacto negativo da revogação de uma determinada tipificação penal para a proteção do bem jurídico que ele se dispunha a assegurar poderá não ser tão significativo, a depender do grau de efetividade do ferramental civil e administrativo disponível, bem como das políticas voltadas à mesma finalidade protetiva.

Ainda com relação à necessidade de contemplação da globalidade das medidas disponíveis, é de reconhecer que seria invencível o fardo cognitivo de arrolar todas as medidas existentes (mormente num Estado com três níveis

⁶⁸⁶ Trata-se, portanto, de apurar as *importâncias sociais marginais*, respectivamente, do benefício a ser adquirido e de se prevenir o prejuízo a ser produzido pela norma. Barak, *Proportionality – Constitutional Rights and their Limitations*, p. 351.

⁶⁸⁷ *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 167.

⁶⁸⁸ *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 110, 117 e 118.

federativos, como o nosso), de modo que, portanto, mostra-se suficiente a consideração das normas de cunho mais estrutural, aplicáveis, portanto, em quaisquer dos níveis federativos, e que possam contribuir mais diretamente para a realização do dever *prima facie de ação*⁶⁸⁹.

Outro fator de importante consideração é o tempo. Se num dos polos do conflito apresentar-se o dever de proteção do direito fundamental ao meio ambiente, tanto quanto no segmento da eficiência exigível, e, pelas mesmas razões que lhe foram aplicadas, no teste da proporcionalidade e.s.e. deverá ser considerado um horizonte de temporal tão dilatado quanto sejam as prováveis consequências negativas aos bens ambientais potencialmente afetados, ainda que tais efeitos só venham a ser sofridos por gerações futuras.

Para a apuração da importância social dos efeitos de cada polo da colisão, há que considerar não apenas o grau de realização (afetação positiva) ou não realização (afetação negativa) gerado sobre os deveres ou bens em questão, como também o peso abstrato dos respectivos bens, muito embora – convém admitir –, na maior parte dos casos, a Constituição não forneça elementos para diferenciar abstratamente os valores nela consagrados, o que, em tais hipóteses, leva a presumir que possuam relevância abstrata equiparável.

Além disso, o grau de convicção quanto à intensidade das afetações negativas ou positivas aos bens em confronto é relevante. É dizer, há que levar em conta a plausibilidade de que o fim seja alcançado na medida visada pelo legislador, bem como a probabilidade de que as afetações negativas sobre o bem preterido venham a se concretizar⁶⁹⁰. Esse tipo de considerações, que se relaciona não apenas ao acerto de prognósticos como, também, de diagnósticos (afinal, uma adequada projeção dos efeitos futuros depende de uma acertada avaliação da quadra fática atual), levou Alexy a desenvolver uma segunda lei de ponderações, que pressupõe que quanto maior seja o grau de não realização de (a expressão

⁶⁸⁹ Aproximadamente nesse sentido: Silva, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, p. 632 e 633. Ressalta-se, contudo, que não se acolhe a orientação daquele autor no ponto em que ele erige ao *status* de teste autônomo a seleção dos meios disponíveis, denominando-o teste de *aptidão abstrata*. A esse respeito já se tratou no subitem 4.1.3.

⁶⁹⁰ Barak, *Proportionality – Constitutional Rights and their Limitations*, p. 348.

utilizada por Alexy é “interferência em”) um direito, maior deverá ser a certeza que subjaz às suas premissas⁶⁹¹. Em outros termos, pode-se afirmar que, quanto mais intensos forem os efeitos negativos suportados por um dos direitos em conflito, maior deverá ser o grau de confiabilidade a ser exigido dos diagnósticos e prognósticos que fundamentaram a tomada da medida sob exame.

Em acréscimo, é relevante observar se a colisão se dá em contexto de omissão total ou omissão parcial na realização de um dever de ação, bem como sua específica estrutura deôntico-normativa. A combinação desses fatores poderá influir no resultado da ponderação, ou, pelo menos, no enfoque a ser realizado sobre os “pratos da balança” de ponderação.

Em se tratando de omissão *total*, há forte tendência a uma desproporcionalidade. Excepcionalmente, se a importância do saldo dos efeitos do lado do dever ou interesse favorecido for *manifestamente superior* à importância do saldo dos efeitos do dever de ação omitido, os meios eleitos poderão ser considerados proporcionais. Vale, sobretudo nas omissões totais, o pensamento de Clérico, que, reinterpretando a lei de ponderação de Alexy, recomenda que, em situações em que a não realização do dever de ação é muito intensa, o grau de realização do direito ou interesse contraposto deve crescer mais que proporcionalmente⁶⁹². Em tais situações, cumpre reconhecer uma presunção de que a omissão será desproporcional, o que implica as seguintes consequências: a) o ônus argumentativo é daquele que defenda a omissão (normalmente, o Estado); b) aquele que defenda a omissão deverá, como justificativa para afastar a presunção, oferecer fundamentos importantes; c) a incidência de uma regra epistêmica, segundo a qual se, ao fim da argumentação, remanescer dúvida, a

⁶⁹¹ *A Theory of Constitutional Rights*, p. 418.

⁶⁹² *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, p. 360-363. Distancia-se, portanto, do pensamento de Canas, para quem as omissões totais paritárias (colisão entre deveres) seriam sempre desproporcionais, pois não se justificaria deixar totalmente a descoberto um dever em detrimento do outro, ao passo que as omissões totais não paritárias (colisão entre um dever de ação e uma persecução de interesse permitida) poderiam, excepcionalmente, ser proporcionais, quando a importância dos efeitos associados à realização dos bens constitucionais contrapostos fosse *manifestamente superior* à dos efeitos do dever de ação preterido. Ob. cit., p. 1021 e 1022. Não se compreende, sobretudo, por que – como defende o autor – um dever estatal não poderia ser preterido em função de outro (ambos, via de regra, decorrentes de direitos fundamentais, normas da mais alta estatura constitucional), mas poderia, eventualmente, ceder em função de algum outro bem constitucional.

omissão ou medida insuficiente será desproporcional⁶⁹³.

Por outro lado, em se tratando de uma omissão *parcial* na proibição de defeito paritária (dever de ação x dever de ação ou de abstenção), haverá desproporcionalidade quando detectado um *claro* desequilíbrio em desfavor de algum dos deveres em conflito. Por outro lado, caso se trate de uma proibição não paritária (dever de ação x permissão), haverá desproporcionalidade se a importância dos efeitos dos bens ou interesses opostos for *manifestamente inferior* à dos efeitos do dever de ação⁶⁹⁴.

Por fim, há que esclarecer que, quando se reporta à necessidade de constatação, para fins de atestar a desproporcionalidade nas omissões parciais, de um *claro* ou *manifesto* desequilíbrio, não se está advogando a incidência do famigerado controle de *evidência*, que grassa ser invocado, como regra, nos tribunais constitucionais alemão, português e brasileiro para um controle superficial da constitucionalidade das omissões legislativas, e em que somente se reconhece a inconstitucionalidade nas hipóteses em que o legislador *nada fez* ou quando os meios eleitos forem *totalmente inadequados* ou *completamente insuficientes*. Conforme já ressaltado, esse tipo de abordagem deve ser afastado, por equivaler, na prática, a tomar por constitucionais meios que promovam, em qualquer medida, o fim perseguido pelo legislador, ou seja, a se contentar com a aprovação, tão somente, na primeira fase do controle de proporcionalidade, destinada à apuração da *adequação* do meio.

Em vez disso, quando se frisa a necessidade, nas omissões *parciais*, de um *claro* ou *manifesto* desequilíbrio, tem-se por propósito tão somente destacar a necessária deferência à escolha do legislador caso, superadas as fases de teste anteriores (*adequação* e *eficiência exigível*), no exame da proporcionalidade em sentido estrito restem dúvidas quanto à existência de um desequilíbrio. Tratar-se de uma abordagem negativa: só haverá inconstitucionalidade caso reste apurada a *desproporcionalidade*, e não o inverso (em que só haveria constitucionalidade se apurada a proporcionalidade e.s.e.). Já nos contextos de omissão *total*, a lógica se

⁶⁹³ “Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot”, p. 169, 170.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 1028.

inverte: considerando-se a excepcionalidade da proporcionalidade em situações que tais, o que deve restar *claro* ou *manifesto*, para afastar a desproporcionalidade, é a superioridade da importância dos efeitos em favor do bem beneficiado pela omissão, em comparação com a importância dos efeitos prejudiciais ao bem objeto do dever de ação preterido. A abordagem, aqui, é *positiva*: a proporcionalidade é que precisa ser comprovada.

4.1.3.4 Consequências do reconhecimento da insuficiência

Uma vez reconhecida judicialmente uma omissão legislativa violadora da proibição da insuficiência, resta responder quais serão as potenciais consequências da decisão.

As circunstâncias do caso concreto, aliadas à realidade constitucional brasileira, ditarão a extensão dos efeitos do reconhecimento judicial da insuficiência. Para solucionar esse problema, há que considerar que nossa ordem jurídica contempla a possibilidade do controle das omissões inconstitucionais tanto por meio de processos objetivos como de processos subjetivos. Logo, convém estudar as potencialidades dos efeitos de eventuais decisões em ambos os contextos processuais.

De todo modo, seja no âmbito do controle objetivo como no subjetivo, em regra, a constatação da insuficiência da atuação legislativa deve conduzir a uma mera declaração de inconstitucionalidade por parte do Poder Judiciário, a fim de preservar ao Legislativo sua livre margem de conformação da Constituição. Diferente do inicialmente afirmado por Canaris⁶⁹⁵, não é apropriado afirmar que a proibição de insuficiência se diferenciaria do dever de proteção por tratar, ele, do “se”, enquanto ela definiria o “como” da proteção. Em vez disso, a vedação da deficiência se preocupa com o “desde quando”⁶⁹⁶.

Em outros termos, há que refutar um modelo de controle de insuficiência que permita ao Judiciário, invariavelmente, substituir o Legislativo na determinação do meio a serem adotado para cumprir o mandamento constitucional de proteção ou

⁶⁹⁵ Disseminada a partir de Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 122.

⁶⁹⁶ *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, p. 139.

promoção de um bem constitucional. A possibilidade de isso ocorrer há que ser excepcional, limitada às hipóteses em que reste inequívoca a inexistência de outros meios aptos a promoverem a proteção suficiente do bem constitucional⁶⁹⁷, ou seja, em que a discricionariedade do legislador seja reduzida a zero⁶⁹⁸. Além disso, como se verá logo mais, o alcance da atuação do Judiciário dependerá em significativa medida do instrumento processual em uso.

4.1.3.4.1 *Controle abstrato de constitucionalidade*

No controle abstrato de constitucionalidade relacionado à proibição de insuficiência, há duas conjunturas a considerar: aquelas de omissão legislativa total e aquelas de omissão legislativa parcial. Já as omissões relativas não interessam para fins deste estudo. Afinal, nelas, o que importa não é a suficiência ou insuficiência da medida, mas se a inclusão de determinada categoria de pessoas no escopo da norma e a exclusão de outra é constitucionalmente justificável ou, ao contrário, viola o princípio da igualdade.

As omissões constitucionais são passíveis de controle abstrato via ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIO), como deixam claro os artigos 12-A e 12-B, inciso I, da Lei n. 9.868/1999⁶⁹⁹. E, por força dos artigos 102, I, “a”⁷⁰⁰, e 103, § 2.^o⁷⁰¹, da CF, tais ações são cabíveis em face de omissões normativas de quaisquer Poderes. Sem embargo, a ênfase da análise que segue, em coerência com o enfoque desenvolvido ao longo do trabalho, será sobre as omissões normativas.

⁶⁹⁷ Möstl, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, p. 106 e 107.

⁶⁹⁸ Störring, ob. cit., p. 230.

⁶⁹⁹ Art. 12-A. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Art. 12-B. A petição indicará:

I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa;

⁷⁰⁰ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

⁷⁰¹ Art. 103, § 2.º: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Caso se trate de uma omissão total questionada em ADIO, não é permitido ao STF – e, por simetria, às cortes estaduais – preencher a lacuna. Afinal, o § 2.º do art. 103 da Constituição prescreve que, reconhecida a omissão, “será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias, e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Em outras palavras, somente em se tratando do Executivo é que a sentença terá força cogente. Ao Legislativo, sequer é possível estipular um prazo terminativo para a colmatação da omissão⁷⁰². A sentença proferida em sede de ADIO, ainda quando constatada a excepcional redução da discricionariedade legislativa a zero, não tem o condão de gerar nenhuma consequência jurídica que não o constrangimento político do Legislativo em razão da declaração judicial da inconstitucionalidade.

Essa severa limitação do alcance prático das ADIOs tem desestimulado significativamente sua utilização⁷⁰³. Ademais, há quem, associando a proibição do déficit a esse instrumento processual inócuo, aponte uma suposta irrelevância daquela⁷⁰⁴. O argumento, contudo, não procede.

Primeiro, porque o controle abstrato de omissões constitucionais não necessita ficar adstrito ao universo das ADIOs. Com efeito, omissões legislativas parciais ou totais também podem ser enfrentadas por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), prevista no art. 102, § 1.º⁷⁰⁵, da Constituição Federal. Releva anotar, a propósito, que a ADPF é disciplinada pela Lei n. 9.882/1999. Esse diploma, em seu art. 4.º, § 1.º, condiciona sua admissibilidade à inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade. Ora, exemplo de remédio ineficaz, sobretudo para proteção de direitos fundamentais – que, por força do art. 5.º, § 1.º, da Lei Maior, devem ter aplicação imediata – é

⁷⁰² É o que o STF decidiu, por exemplo, ao declarar a omissão do Congresso Nacional na elaboração da lei complementar prescrita no art. 18, § 4.º, da CF (voltada a estipular o período para criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios). No caso, a Corte indicou ao Poder omisso um prazo de 18 (dezoito) meses como sendo razoável para cumprir a determinação Constitucional, mas ressaltou que aquele prazo não seria impositivo. ADI 3682, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 09.05.2007, DJe div. 05.09.2007.

⁷⁰³ Barroso, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, pos. 3947 ss.

⁷⁰⁴ Laurentiis, *A Proporcionalidade no Direito Constitucional*, p. 98, n.r. 154.

⁷⁰⁵ Art. 102, § 1º: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

justamente o das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão.

Tal inefetividade, e desde que se trate de potencial violação a preceito fundamental⁷⁰⁶, abre espaço à aplicação subsidiária da ADPF, inclusive em caráter liminar. A propósito, o art. 5.º da lei autoriza, desde que presente extrema urgência ou perigo de lesão grave, que se determine liminarmente a suspensão do andamento de processos ou efeitos de decisões judiciais, ou qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição, salvo se decorrentes da coisa julgada. Já seu artigo 10 autoriza que, na decisão definitiva, fixem-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. Mostra-se plausível, portanto, vislumbrar nas decisões da ADPF um diferencial em relação à técnica da ADIO, a autorizar que a sentença discipline a questão com força de norma geral, válida por um determinado prazo ou até que o órgão competente supra a omissão⁷⁰⁷.

Por outro lado, há que observar que as omissões totais são franca minoria no espectro da proibição de insuficiência. E é fácil entender o porquê: o legislador raramente permanece totalmente passivo diante da ameaça a algum bem constitucional. Por um lado, conforme bem observado por Störring, o legislador é impelido a agir pelo cálculo eleitoral de que haveria, na sociedade, potencialmente mais vítimas que perturbadores⁷⁰⁸. Em outras palavras, sua inércia tende a prejudicar muitos em proveito de poucos. Além disso, ele se orienta pelo faro político de que, em sociedades cada vez mais complexas e plurais, para se manter no poder é interessante diversificar ao máximo sua base eleitoral. Para tanto, é preferível atender parcialmente a interesses de grupos antagônicos a satisfazer plenamente uns em detrimento de outros. Portanto, ele se move pela lógica de que é preferível atuar – ainda que de modo insuficiente –, e assim, acenar positivamente para diferentes grupos de interesse, a restar inerte e ganhar a simpatia total de uns

⁷⁰⁶ O escopo da ADPF é menos abrangente que o das ações diretas, por abranger apenas as ofensas a preceitos fundamentais. Nesse objeto devem ser compreendidos, pelo menos, os direitos fundamentais, as cláusulas pétreas e os princípios que autorizam a intervenção federal nos Estados-membros (princípios constitucionais sensíveis). Mendes e Streck, *Comentários ao art. 102, § 1.º, da CF*, in: *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 1497.

⁷⁰⁷ Nesse sentido: Barroso, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 4544.

⁷⁰⁸ Conforme exposto subitem 3.8.3.4 do capítulo 3.

e a ojeriza absoluta de outros.

Posta tal premissa, e passados mais de 30 anos desde a promulgação de nossa Lei Maior, não surpreende que o legislador já tenha atuado em relação à maior parte dos mandamentos constitucionais cuja inércia poderia ser interpretada como uma omissão total, de modo que, atualmente, percebe-se a ampla predominância, no STF, de processos objetivos voltados a omissões parciais⁷⁰⁹. E, especificamente no campo das omissões parciais, abre-se outra via para escapar à limitação representada pelo § 2.º do art. 103 da CF.

Com efeito, considerando que na omissão parcial existe um ato normativo que configura, sob um ângulo, uma atuação positiva, e, sob outro, omissiva, não há como refutar a existência de fungibilidade, ainda que relativa, entre um processo objetivo que enfatize a ação legislativa (ADI) e outro que enfoque a omissão (ADIO). Tais ações “acabam por ter – formal e substancialmente – o mesmo objeto, i.e., a inconstitucionalidade da norma em razão da própria incompletude”⁷¹⁰. Tal fungibilidade já restou assentada pelo STF no julgamento de ADIs que versavam artigos da Lei Complementar n. 62/1989, que dispõe sobre o cálculo, a entrega, e o controle de liberações dos recursos dos Fundos de Participação⁷¹¹.

Portanto, em casos de omissão parcial, a inconstitucionalidade poderá ser declarada nos moldes de uma ADI. Como regra, levará à nulidade da norma impugnada. Sua consequência é a retirada da norma jurídica do ordenamento. Quando a norma inconstitucional houver revogado ato normativo que cumpria eficazmente o dever de ação constitucional, sua anulação bastará para que a proibição de insuficiência seja respeitada. Afinal, o efeito automático e usual da declaração de inconstitucionalidade (integral) da norma superveniente é a repristinação da norma revogada. Apenas excepcionalmente é que o art. 27 da Lei n. 9.686/1999 autoriza o tribunal a, caso necessário para a segurança jurídica ou salvaguarda de excepcional interesse social, por decisão de dois terços de seus membros, limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou determinar

⁷⁰⁹ Sobre tal prevalência: Aboud, *Processo Constitucional Brasileiro*, p. 535.

⁷¹⁰ Mendes, *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional*, pos. 4789-4790.

⁷¹¹ ADIs 875, 1987, 2727, 3243, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 24.02.2010, div. DJe 29-04-2010.

que ela só tenha efeito a partir do trânsito em julgado ou de outro ponto no tempo.

De modo diverso, em outros contextos, como aqueles em que não exista legislação anterior a ser revivida, a retirada da norma poderá agravar a insatisfação do dever constitucional de ação. Neste ponto, a utilização de técnicas de decisão eficazes se apresenta como uma necessidade para a preservação da força normativa da Constituição⁷¹². Ao se romperem os grilhões da ADIO, abre-se margem para o emprego de variações decisórias que se adequem às necessidades específicas do caso em exame, até mesmo, se necessário, com a emissão de sentenças de perfil aditivo⁷¹³. Não por acaso, o STF já caminhou nessa direção, como nos arestos que resolveram mandados de injunção que tinham por fundamento a omissão na regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, e que determinaram a aplicação analógica da Lei 7.783/1989, que regulamenta o direito de greve no setor privado⁷¹⁴.

É bem verdade que os mandados de injunção são processos de controle concreto de constitucionalidade, em que a Constituição expressamente autoriza a colmatação das lacunas normativas e que, portanto, o STF ainda não renunciou explicitamente à doutrina do legislador negativo em sede de processos objetivos de controle de constitucionalidade⁷¹⁵. Na prática, contudo, não há como negar que a corte, em diversas ocasiões, afastou-se silenciosamente desse dogma e atuou como “legislador positivo” em modalidades processuais para as quais a CF não lhe outorgara explicitamente esse papel. Um caso prototípico se identifica no RHC 56.438/MG, em que, à despeito de a redação do art. 414 do CPP, à época, determinar a intimação da sentença de pronúncia apenas ao réu, decidiu-se, à luz do princípio da ampla defesa, que o defensor também deveria ser intimado⁷¹⁶.

⁷¹² Mendes e Streck, Comentários ao art. 103, § 2.º, da CF. In: *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 1528.

⁷¹³ Barroso, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, pos. 3824-3829. Como explicam Zagrebelsky e Marcenò, decisões aditivas são espécies de decisões manipulativas em que se reconhece que a norma, de modo inconstitucional, prevê menos do que deveria prever, e a declaração de inconstitucionalidade faz com que a norma faltante “venha à existência”. *Giustizia Costituzionale II*, p. 231 e 232.

⁷¹⁴ MIs 670, rel. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ ac. Min. Gilmar Mendes; 708, rel. Min. Gilmar Mendes, e 712, rel. Min. Eros Grau. Todos: Tribunal Pleno, j. 25.10.2007, DJe-206 div. 30.10.2008.

⁷¹⁵ Dimoulis e Lunardi, *Curso de Processo Constitucional*, p. 296.

⁷¹⁶ RHC 56.438/MG, rel. Min. Moreira Alves, 2.ª T., j. 25.08.1978, DJ 16.10.1978.

Criou-se norma inexistente, se bem que, forçoso reconhecer, ainda com eficácia limitada ao caso concreto. Mais recentemente, contudo, no acórdão proferido na ADI 1127, em que se decidiu que a requisição de peças e documentos prevista no artigo 50 do Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/1994)⁷¹⁷ deve ser precedida do recolhimento dos respectivos custos, produziu-se verdadeira sentença aditiva, pois se introduziu no ordenamento jurídico uma exigência claramente inexistente na norma. Por fim, em julgado ainda não publicado, mas que galgou extrema repercussão midiática dado o potencial prejuízo a inúmeros processos da “Operação Lava-Jato” já sentenciados em conformidade com a regra processual em vigor, o plenário do STF decidiu no HC 166.373 que, em processos em que houver delação premiada feita por corrêu, o delatado, por força do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, deve ter a possibilidade de oferecer suas alegações finais após o delator⁷¹⁸. Produziu-se, novamente, norma inexistente na ordem jurídica. Apesar de se tratar de decisão proferida num processo subjetivo, o fato de haver sido tomada pelo plenário da corte, em caráter de repercussão geral, na prática, vai estender sua aplicação a todos os tribunais, surtindo efeitos *erga omnes*.

De todo modo, a atuação por meio de sentenças manipulativas (aditivas ou substitutivas)⁷¹⁹ há que ser excepcional. Sobretudo, elas poderão ser utilizadas ante a necessidade de concretização de direitos fundamentais, dada a necessidade de sua aplicabilidade imediata⁷²⁰. Além disso, sob pena de indevida compressão da margem de conformação do legislador, só devem ser admitidas nos casos em

⁷¹⁷ Art. 50. Para os fins desta lei, os Presidentes dos Conselhos da OAB e das Subseções podem requisitar cópias de peças de autos e documentos a qualquer tribunal, magistrado, cartório e órgão da Administração Pública direta, indireta e fundacional.

⁷¹⁸ Informativo STF n.º 954 (30.09 a 04.10.2019). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo954.htm>. Acesso em 06.01.2020.

⁷¹⁹ As decisões substitutivas são espécie de decisão manipulativa diversa da aditiva. Elas aplicam-se quando a lei diz o que não devia, e funcionam agregando uma decisão de inconstitucionalidade sobre o que a lei diz, a uma decisão aditiva daquilo que ela não diz. Zagrebelsky e Marcenò. *Giustizia Costituzionale II*, p. 232 e 233.

⁷²⁰ Abboud, *Processo Constitucional Brasileiro*, p. 688 ss. Yokohama enxerga nas sentenças manipulativas uma manifestação de uma “dimensão positiva” da proporcionalidade, aplicáveis no contexto de proteção estatal deficiente, mas exige, para sua admissão, além da urgência e relevância da medida, a presença de um imperativo decorrente princípio da dignidade da pessoa humana. *Teoria da Proporcionalidade*, p. 128-134, 368 ss.

que da Constituição resulte uma única solução possível⁷²¹, ou seja, em que seja clara a redução da discricionariedade a zero. Por fim, não há como aplicá-las quando a Constituição restringir a disciplina da matéria à estrita reserva legal, como para a introdução de normas que ampliem o poder punitivo estatal⁷²².

Por tais razões, quando a mera anulação do ato normativo – consequência padrão na declaração de inconstitucionalidade – piorar a realização do dever constitucional de ação, há que analisar, inicialmente, a já referida possibilidade de modulação de efeitos, ou, alternativamente, a declaração de inconstitucionalidade sem nulidade. E, por fim, quando uma sentença modificativa for inevitável, é preferível que a solução judicialmente construída tenha prazo de vigência determinado, a fim de que se deixe ao Legislativo tenha tempo hábil para assumir sua tarefa de preenchimento da lacuna legal.

4.1.3.4.2 *Controle concreto de constitucionalidade*

Além do controle abstrato de constitucionalidade, ou seja, da lei ou ato normativo em tese, nosso sistema admite o controle concreto, realizado no âmbito de um processo subjetivo. No Brasil, contudo, diferentemente do que se dá na Alemanha, esse controle pode ser realizado de forma difusa. Isso possibilita, em princípio, que a proibição de insuficiência seja reconhecida incidentalmente em ações individuais ou coletivas, pelos próprios juízes ou, no âmbito dos tribunais, pela maioria absoluta de seus membros ou do respectivo órgão especial (CF, art. 97). Logo, no que diz respeito especificamente às normas relacionadas com a responsabilidade civil por dano ambiental, mostra-se possível que eventual desrespeito à proibição do déficit seja aferível no âmbito de ações populares ou ações civis públicas voltadas à proteção do meio ambiente, ou mesmo em ações individuais fundadas em dano reflexo.

Dada essa peculiaridade do nosso sistema de controle de constitucionalidade, há que concordar com Streck quando pondera que, para evitar “tratamentos desiguais e decisões conflitantes”, seria preferível que o controle da proteção insuficiente fosse realizado na via do controle concentrado de

⁷²¹ Abboud, ob. cit., p. 687 e 688.

⁷²² Nesse sentido: Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 1034, n.r. 3644.

constitucionalidade⁷²³. Essa preocupação tem sentido, sobretudo, nos casos de omissão total no cumprimento de deveres estatais de realização ou proteção de bens fundamentais, tendo em vista a necessidade de um meio (norma concreta) que materialize a aplicação imediata dos respectivos direitos, a inexistência do freio representado pelo § 2.º do art. 103 da CF, e a total ausência de referencial normativo infraconstitucional para avaliação do meio suficiente, i.e., de uma norma a ser objeto do crivo de constitucionalidade.

De todo modo, referido temor tende a ser atenuado em razão de que, pelos motivos alinhados no subitem anterior, os contextos de total inércia estatal tendem a ser escassos. Nas hipóteses de omissão parcial, potenciais discrepâncias entre decisões judiciais sobre a temática da vedação do déficit tendem a ser menos significativas, mormente se a norma impugnada houver revogado outra que disciplinasse a mesma matéria. Nesse último caso, os possíveis resultados do controle da insuficiência normalmente se aproximarão daqueles usualmente obtidos no tradicional controle da proibição do excesso: inconstitucionalidade + anulação da norma impugnada (com reconstituição da norma anterior, quando o caso), ou constitucionalidade + manutenção da norma.

Ademais, também fala em favor da admissibilidade do controle difuso da vedação do déficit o fato de que o ordenamento pátrio, nas últimas décadas, avançou significativamente na construção de mecanismos aptos a combater a insegurança jurídica decorrente das decisões conflitantes e a promover a uniformização jurisprudencial. Além de ferramentas uniformizadoras de entendimentos, como as súmulas vinculantes⁷²⁴, em havendo risco à segurança jurídica decorrente de decisões contrastantes é possível promover a suspensão

⁷²³ Bem Jurídico e Constituição: da Proibição de Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Proteção Deficiente (*Untermassverbot*), p. 6, n.r. 6.

⁷²⁴ CF: Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

temporária de processos individuais ou coletivos por meio do procedimento de recursos repetitivos⁷²⁵, do incidente de resolução de demandas repetitivas⁷²⁶ ou mesmo de medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade⁷²⁷.

4.1.4 Definição e natureza jurídica

Em manuais e cursos jurídicos, a definição e a natureza jurídica dos institutos costumam encabeçar o desenvolvimento dos respectivos capítulos. Neste trabalho, optou-se por tratar desses tópicos ao final. A razão é simples: a vedação do déficit é uma categoria jurídica nova, sob a qual pesam inúmeras controvérsias, e que ainda é pouco conhecida no Brasil. Antes de ensaiar uma perspectiva pessoal sobre o assunto, convém trazer à baila a opinião de outros estudiosos.

Alguns enfatizam o caráter instrumental-metodológico do instituto, como ferramenta de controle. É o caso de Pulido, para quem a proibição de insuficiência consistiria num critério estrutural para determinar se um ato estatal omissivo vulnera um direito fundamental a proteção em sentido amplo⁷²⁸, e Schuppert afirma tratar-se de um equipamento metodológico (*methodisches Rüstzeug*) de controle de constitucionalidade que, ao contrário da proibição do excesso relativamente aos direitos de defesa, seria aplicável numa compreensão dos direitos fundamentais

⁷²⁵ CPC: Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça. § 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

⁷²⁶ CPC: Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Art. 982. Admitido o incidente, o relator: I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso.

⁷²⁷ Lei n. 9868/1999: Art. 21. Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo. Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

⁷²⁸ *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, pos. 17577-17583.

como fontes de deveres de atuação para a conformação da realidade social⁷²⁹.

Ante tais considerações, é possível definir a proibição do déficit como um *método de aferição de proporcionalidade voltado a identificar eventual omissão no cumprimento de um dever constitucional de ação estatal*. O interessante dessa definição é que ela abrange, inclusive, um aspecto que, deliberadamente, não foi enfatizado no objeto desta pesquisa, que é a utilidade da proibição de insuficiência como parâmetro para a atuação do Legislativo ou eventual regulamentação emitida pelo Executivo. Não se afasta, também, sua potencial serventia aos atos administrativos típicos, mas há que reconhecer que, nessa hipótese, ela se mostra sensivelmente menos relevante, tendo em vista que o ato administrativo, em geral, não é confrontado diretamente em face da Constituição por vir precedido de sucessivas camadas de regulamentação legal e infralegal, dada a influência do princípio da legalidade administrativa⁷³⁰.

Por outro lado, a proibição do déficit pode ser definida sob o ângulo de sua normatividade, como um *comando implícito na Constituição, que exige que os deveres constitucionais de ação “prima facie” sejam realizados pelos Poderes estatais no modo mais eficiente que o permitirem as circunstâncias fáticas e jurídicas*.

E, por se tratar de uma norma (comando), pode-se cogitar sua natureza jurídica como princípio ou regra. Por ser normalmente associada à proporcionalidade em sentido amplo, que, por sua vez, é predominantemente referida como *princípio* da proporcionalidade, não surpreende que a proibição de insuficiência seja também, mormente, designada como princípio⁷³¹. Poucos são os autores, entretanto, que se lançam a justificar tal denominação.

Um dos que se detém a explicá-la é van der Broecke. Segundo ele, a

⁷²⁹ VVDStRL 39 (1981). Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen”, pdf, p. 193.

⁷³⁰ A propósito, vide item 3.6.

⁷³¹ Seguindo esse caminho, entre outros, Van der Broecke, *Direitos Fundamentais e Proibição da Proteção Insuficiente (Untermaßverbot)*, p. 58.; Tzemos, *Das Untermaßverbot*, passim; Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 957 e ss; Novais, *Direitos Sociais*, p. 386 ss. Uma exceção é Jorge Pereira da Silva, que emprega a terminologia princípio da proibição de proteção insuficiente, sem, contudo, associá-lo à proporcionalidade. *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais*, p. 585 ss.

proibição de proteção deficiente seria princípio, e não regra, porque a determinação da eficácia de proteção dependeria de operações de sopesamento, não sendo passível de resolver por mera subsunção⁷³².

Novais, de sua vez, que considera a proibição do déficit um dos “princípios estruturantes do Estado de Direito”, ressalta que o vocábulo “princípio” seria passível de ser utilizado numa série de acepções, sendo que aquela que implica uma diferenciação lógico-estrutural, a partir das concepções de Dworkin⁷³³ e de Alexy⁷³⁴, entre normas-*princípio* e normas-*regra*, seria apenas uma dessas possibilidades. Fossem os “princípios estruturantes” considerados sob esse enfoque, a rigor, eles não poderiam ser considerados normas-*princípio*, mas sim normas-*regra*, pois, ainda que na investigação sobre sua violação por um ato ou norma pudesse ser necessário recorrer à ponderação, uma vez constatada essa contrariedade, o ato ou norma será invariavelmente considerado inconstitucional. Em outros termos: a incidência de um princípio estruturante não cede jamais diante de um princípio, interesse ou valor com ele colidente, como poderia ocorrer caso fosse, ele próprio, uma norma com estrutura de princípio⁷³⁵.

Na esteira da opinião de Novais, é possível afirmar que a proibição de insuficiência tem natureza jurídica de regra, pois impõe ao legislador, ao administrador ou ao juiz um comando definitivo: presente um conflito envolvendo um dever constitucional “*prima facie*” de ação, Legislativo, Executivo e Judiciário são obrigados a realizá-lo do modo mais eficaz que o permitirem as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas. Não há que ponderar a proibição de insuficiência com

⁷³² Ob.cit., p. 58.

⁷³³ Segundo quem regras seriam aplicáveis no modo “tudo ou nada”, de modo que, se os fatos previstos na hipótese da regra estão presentes, ou regra é válida, e, logo, aplicada, surtindo as consequências nela previstas, ou é inválida, e não será aplicada. Uma regra admitiria a previsão de todas as possíveis exceções. Já os princípios não seriam aplicáveis no modo “tudo ou nada”. Suas consequências não resultam automaticamente da constatação de fatos sobre os quais eles seriam incidentes. Os princípios, ao contrário das regras, apenas forneceria razões para se decidir num determinado sentido, sem vincular a decisão. *Taking Rights Seriously*, posição 718 ss.

⁷³⁴ Não convém repisar que, para Alexy, regras seriam *razões definitivas* para um juízo concreto, ao passo que princípios seriam *razões prima facie*, o que significa que o princípio seria razão, tão somente, para uma regra, que, por sua vez, seria a razão definitiva para a decisão. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 108.

⁷³⁵ *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, p. 13 ss., 22, 171 ss.

outro princípio para decidir se, num determinado caso, ela deve ou não incidir.

4.2 Proteção de insuficiência aplicada às normas sobre responsabilidade civil ambiental

Conforme exposto nas premissas teórico-dogmáticas de ordem geral, o grau de abertura normativa das normas veiculadas na Constituição é variável, e tal densidade é relevante para a necessidade/admissibilidade de um controle de proporcionalidade, e, sobretudo, para o seu resultado. Quanto mais apertada for a malha semântica do preceito constitucional, menor será a possibilidade de o legislador infraconstitucional escapar-lhe fundando-se noutro preceito constitucional de tessitura menos densa.

Não é possível, contudo, sustentar uma distinção forte, qualitativa, entre regras e princípios. Antes, a diferença entre eles, detectável a partir do direito positivo, é quantitativa. Essas duas modalidades representam os extremos de um intervalo em que medeiam normas cuja densidade oscila num *continuum*. Pode-se afirmar, assim, que o controle da proporcionalidade se volta, sobretudo, à resolução de colisões envolvendo normas situadas no interior desse *continuum* ou aquelas no extremo em que se situam as dotadas do grau máximo de abertura⁷³⁶. Essas normas carentes de ponderação têm natureza *prima facie*, pois o seu conteúdo definitivo dependerá das circunstâncias fáticas e jurídicas sob consideração.

As normas constitucionais com estrutura de regra configuram, salvo casos excepcionais, comandos definitivos, dificilmente podendo ser contrastadas via ponderação (proporcionalidade e.s.e.). Isso significa que, em eventual conflito com normas com maior porosidade normativa, prevalecem em quase todas as hipóteses, sendo praticamente nula a possibilidade de que uma lei que, com o fim de concretizar um princípio, afronte uma regra constitucional, seja considerada proporcional. Essa primazia das regras sobre os princípios, como explica Alexy, se justifica tendo em vista que elas resultam de um esforço do próprio constituinte em conciliar princípios divergentes por meio da definição de uma relação de precedência entre eles. Logo, para superá-las, o princípio contrário deve ter força,

⁷³⁶ Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 895.

numa determinada colisão, para suplantar não apenas o princípio material a quem o constituinte manifestamente favoreceu, como, ainda, a vinculação à sua decisão literalmente expressa na regra⁷³⁷.

Fixadas tais premissas, resta claro ser de fundamental relevância para a proteção estatal suficiente do meio ambiente por meio da responsabilidade civil a densidade normativa do parâmetro constitucional. Na hipótese de uma norma infraconstitucional afrontar uma norma constitucional sobre responsabilidade civil ambiental com estrutura de regra, aquela será ilegítima, e, portanto, inconstitucional. Nesse caso, haverá violação à proibição da insuficiência em sentido amplo, pois o caso se resolve, por subsunção, sem a necessidade de ponderação entre normas constitucionais. Do contrário, se a norma infraconstitucional colidir com uma norma constitucional sobre responsabilidade civil ambiental de natureza *prima facie*, caso supere o teste preliminar de legitimidade, será mister submetê-la a um controle de proporcionalidade.

Da leitura do capítulo 2 deste trabalho é possível extrair algumas conclusões sobre a natureza das normas constitucionais sobre responsabilidade civil ambiental. Alguns atributos, incontestavelmente, são-lhe conferidos pela Constituição por comandos com natureza de regra. Outros, porém, não gozam de densidade normativa bastante para reclamar essa natureza.

É uma regra, por exemplo, a norma constitucional que exclui a necessidade de demonstração da culpa para a imputação dessa responsabilidade. A Constituição, ao determinar a reparação do dano ambiental, não fez quaisquer exigências de cunho subjetivo. Pelas razões expostas no capítulo 2, não há dúvida de que esse dever foi proclamado por força de uma responsabilidade objetiva. Não há como uma responsabilidade ser mais ou menos objetiva: ou não se exige a presença de culpa, e a responsabilidade é objetiva, ou se exige, e ela é subjetiva.

⁷³⁷ *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 140 e 141. Conforme observa o autor, as regras sempre estão amparadas por *princípios formais* (procedimentais) como, por exemplo, aquele representado pelo fato de a regra haver sido produzida por uma autoridade para tanto legitimada, ou de haver resultado de uma prática reiterada. Essa sustentação forte torna mais difícil a relativização de uma regra, pois exige que o princípio que a ela se contraponha tenha peso suficiente para suplantar, a um só tempo, o princípio material que a regra prioriza, como também os princípios formais que a legitimam. *Ibid.*, p. 104-106. Anote-se, contudo, que, se

Tampouco há espaço para cogitar a modalidade dessa responsabilidade. Trata-se de responsabilidade de risco integral, admitidas, tão somente, excludentes absolutamente alheias à atividade do agente, desde que imprevisíveis, pois afastam o próprio nexa causal. A propósito, convém repisar que art. 225, § 3.º, da Lei Maior impõe, de forma peremptória, não apenas a responsabilidade, mas a *reparação* do dano ambiental, exigindo, tão somente, que a conduta seja lesiva ao meio ambiente, ou seja, que haja nexa causal entre a atividade e o dano.

Além disso, pelos fundamentos deduzidos no mesmo capítulo 2, o dever de *reparação integral do dano ambiental* também possui status de regra constitucional. Muito embora esse dever seja referido como decorrente de um “princípio” da reparação integral, tal designação certamente presta homenagem à sua origem no princípio geral da responsabilidade civil da *restitutio in integrum*. Sem embargo, o termo princípio, relacionado à *restitutio in integrum*, é designação classicamente orientada pelo seu caráter como norma geral de um sistema, e não, propriamente, relacionada com um suposto caráter *prima facie* do seu comando. Portanto, o artigo 225, § 3.º, da Constituição Federal impõe ao degradador o dever de reparar o dano ambiental, sem instituir ou conferir abertura para nenhuma reserva, o que impede que a legislação ordinária imponha quaisquer limites quantitativos à reparação. O comando contido na norma é de conteúdo inequívoco. Para a elucidação de seu alcance e significado não se afigura necessária regulação normativa adicional. Não se admite a possibilidade de realizar o seu objeto de forma mais ou menos intensa, em maior ou menor grau, dado o conteúdo definitivo do seu mandamento.

Outra regra de status constitucional é a imprescritibilidade da pretensão de reparação do dano ao meio ambiente. Essa pretensão é imprescritível seja pela indisponibilidade do direito a que se dirige, seja pela sua proximidade com a dignidade da pessoa humana, ou, ainda, em razão de sua transcendência geracional: a prescrição só pode prejudicar o titular de um direito que restou inerte ao longo de um determinado lapso, não havendo como imputar essa passividade às gerações que ainda sequer vieram ao mundo.

Por outro lado, há normas constitucionais cuja maior porosidade estrutural abre espaço para a incidência de um controle de insuficiência em sentido estrito (portanto, de proporcionalidade) no âmbito da responsabilidade civil ambiental. É o

caso, por exemplo, da manifestação dos princípios do poluidor-pagador e do usuário-pagador veiculada no art. 170, VI, que prevê como princípio da ordem econômica o “tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

Também a desenvolver o dever estatal de defender e preservar o meio ambiente vazado no *caput* do art. 225, embora sem densificação normativa bastante para caracterizá-la como regra, é a norma veiculada no inciso I do seu parágrafo primeiro, que impõe ao Estado o dever de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas.

Do mesmo modo, outros dispositivos constitucionais afetos à responsabilidade civil ambiental também são dotados de densidade normativa que não faz possível deles deduzir comandos normativos definitivos. É o que se passa com vários incisos do § 1.º do art. 225 que impõem ao Poder Público deveres de proteção representativos dos princípios da prevenção e/ou da precaução, casos do inciso II (que manda preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético), IV (que exige, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental); V (que impõe o controle da produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente); e VI (que prescreve a proteção da fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade).

Semelhantemente, não tem respaldo em norma constitucional com densidade de regra a disciplina de distribuição do ônus probatório e da solidariedade passiva em matéria ambiental, podendo eventuais modificações legislativas que dificultem a apuração do dano ou restrinjam a solidariedade passiva, contudo, ser ponderadas sob a lupa da proibição de insuficiência quanto à sua compatibilidade com o a norma-princípio do direito fundamental ao meio ambiente (direito a algo), para cuja garantia ambos aqueles institutos têm

importância superlativa.

Por fim, se o *quantum* a ser reparado é peremptório, ou seja, a reparação deve ser integral, o mesmo já não se pode afirmar quanto à determinação da sua forma (restauração, recuperação, compensação e/ou indenização?). Conforme exposto no subitem 2.9, é possível deduzir seja da Constituição, seja do ordenamento infraconstitucional de proteção do meio ambiente e, até mesmo, do microsistema de tutela processual coletiva, um dever de, sempre que possível, reconduzir o meio ambiente lesado ao *statu quo ante*, e, quando isso não for viável, buscar, preferencialmente, medidas compensatórias que sejam ecologicamente equivalentes ao dano. Somente em última hipótese seria de se recorrer a compensações pecuniárias. Sem embargo, não se pode afirmar que esse dever seja definitivo. Trata-se de um dever *prima facie*.

Assim, há um relativo espaço de maleabilidade para o legislador estabelecer a forma da reparação do dano ambiental, de modo que não se exclui a possibilidade de esse dever ser realizado em maior ou menor medida, a depender de uma série de fatores como o tipo de bem afetado, seu grau de comprometimento, o caráter permanente ou eventual da atividade degradadora e sua localização em relação ao sítio do dano, a legalidade ou ilegalidade da atividade degradadora e sua importância pública ou social, o estado da arte disponível para a reparação e os custos necessários à sua realização. Assim, a fixação da forma de reparação pode envolver um conflito entre o dever *prima facie* de proteção do meio ambiente (por meio de uma reparação que chegue o mais próximo possível ao equivalente ecológico perdido) e outros direitos e interesses de estatura constitucional, cuja equalização demandará considerações de proporcionalidade.

Por fim, convém tratar de algumas peculiaridades sobre a estrutura deôntico-normativa dos conflitos que envolvam normas constitucionais *prima facie* sobre responsabilidade civil. Se a ofensa à norma constitucional tiver por fito, especificamente, reduzir de qualquer modo o alcance da responsabilidade civil ambiental *do Estado*, não haverá como perscrutá-la sob o ângulo da proibição de insuficiência, pois, nesse caso, é o próprio Estado quem, por meio da norma, estará diminuindo o âmbito de proteção do direito fundamental ao meio ambiente (como direito fundamental completo), na contramão do dever estatal de abstenção. Logo,

será mister um controle de proporcionalidade sob a ótica da proibição do excesso. Diferentemente, se a norma infralegal afrouxar a responsabilidade civil ambiental em geral, portanto, também – e principalmente – em benefício de particulares, não há cogitar um choque com o dever estatal de abstenção. Em vez disso, em regra, estará em cena um conflito entre o dever estatal de proteção do direito ao meio ambiente e algum outro dever ou permissão constitucional (relacionados, por exemplo, à iniciativa privada, ao desenvolvimento, nível de emprego etc.). Esse, sim, será um confronto a reclamar a incidência da proibição do déficit em sentido estrito.

Feitas tais considerações, resta demonstrar o funcionamento do modelo de controle de proibição do déficit desenvolvido ao longo desta pesquisa, por meio de sua aplicação a algumas normas infralegais que dispõem sobre responsabilidade civil ambiental.

4.2.1 Exemplos de aplicação do teste

4.2.1.1 Lei n. 12.651/2012

A Lei n. 12.651/2012, popularizada como novo Código Florestal, revogou a Lei n. 4.771/1965, antigo Código Florestal, no intuito de substituí-la como norma geral sobre proteção da vegetação nativa. As inovações introduzidas pela nova lei foram inúmeras, e, como resultado global das alterações, rebaixaram profundamente o nível de proteção normativo anteriormente vigente. Como cediço, as controvérsias jurídicas por ela introduzidas importaram o ajuizamento de quatro ações diretas de inconstitucionalidade e uma declaratória de constitucionalidade, cujo julgamento reconheceu a constitucionalidade de quase que a integralidade dos dispositivos impugnados⁷³⁸.

A aspiração deste subitem, contudo, não é proceder a uma ampla varredura naquele diploma, tampouco tecer uma crítica detalhada de todos os pontos do acórdão. Sua intenção é mais modesta. Pretende-se apenas inspecionar, à luz da proibição de proteção insuficiente do direito fundamental ao meio ambiente, notadamente por meio das normas constitucionais sobre a responsabilidade civil

⁷³⁸ Ao respectivo acórdão já se fez menção no subitem 3.3.3.2.5.

ambiental, aspectos bem específicos da nova lei: as anistias promovidas por seus artigos 61-A, 61-B, 61-C e 63, relativamente aos passivos ambientais existentes até 22 de julho de 2008 em áreas de preservação permanentes (APPs), e pelo artigo 67 aos passivos ambientais existentes até aquela mesma data, e pertinentes às reservas legais (RL) de imóveis de até 4 módulos fiscais.

Esses dispositivos, por maioria de votos (8 x 3, quanto às APPs, e 6 x 5, quanto à RL), foram reputados constitucionais pelo STF. De todo modo, repisa-se não ser o intuito deste subitem realizar uma análise crítica daquele acórdão, senão o de procurar demonstrar, num caso concreto, uma potencial aplicação do modelo exposto nas páginas pretéritas.

Não é preciso transcrever integralmente os dispositivos para entender, em linhas gerais, aquilo a que se propunham. Em suma, os artigos 61-A, 61-B, 61-C e 63, relativamente aos imóveis situados em áreas rurais consolidadas⁷³⁹, reduziram significativamente a extensão das APPs anteriormente em vigor, isentando seus proprietários ou possuidores da obrigação de reflorestá-las, e admitindo a continuidade da exploração de atividades econômicas no seu interior. Já relativamente os imóveis rurais que não se enquadrassem em tais condições, ou seja, cujos proprietários ou possuidores houvessem respeitado a lei anterior e mantido a vegetação nativa nas suas APPs, a extensão das APPs foi, basicamente, mantida com as mesmas dimensões da lei revogada.

O artigo 67 do mesmo diploma, de sua vez, dispõe que, nos imóveis rurais de até quatro módulos fiscais e que possuíssem vegetação nativa remanescente em percentuais inferiores aos exigidos no art. 12 (que, em linhas gerais, são os mesmos da legislação revogada), a reserva legal será constituída com a área ocupada pela vegetação existente em 22 de julho de 2008. Na prática, essa inovação anistiou os proprietários ou possuidores que, em imóveis rurais de tais dimensões, antes daquela data, tenham suprimido ilegalmente mais vegetação do que seria permitido em função da reserva legal.

⁷³⁹ O art. 3.º, IV, da lei, assim define as áreas rurais consolidadas: “área de imóvel rural com ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastoris, admitida, neste último caso, a adoção do regime de pousio”.

Pois bem. Conforme o modelo de proibição de insuficiência acima proposto, antes de ingressar propriamente num controle de proporcionalidade, há que verificar se a norma sob exame é legítima quanto aos meios e aos fins. Os fins visados pela norma, aparentemente, são louváveis. Teriam buscado os legisladores, ao menos em tese, harmonizar a proteção do meio ambiente com a livre iniciativa, sobretudo no agronegócio, e preservar especialmente o interesse da agricultura familiar, quilombolas, e populações extrativistas e tradicionais, tudo sob a inspiração do princípio do desenvolvimento sustentável. Não há como negar, contudo, um grave problema no meio escolhido. As normas em questão, de modo explícito, ao apagarem as obrigações de reparação de danos ambientais dos degradadores (ou de seus sucessores), afrontam claramente a norma com estrutura de regra – e, portanto, um comando definitivo – que, por força do artigo 225, § 3.º, impõe a todo aquele que causou um dano ambiental a obrigação de repará-lo integralmente.

Logo, sob o modelo proposto, os dispositivos em análise restam claramente reprovados na antessala do controle da proibição de insuficiência em sentido estrito. Afinal, para a constatação de sua inconstitucionalidade, sequer é necessária a realização de qualquer juízo de ponderação, bastando a subsunção. Nesse caso, pode-se afirmar ter ocorrido o desrespeito à proibição do déficit em sentido amplo.

De todo modo, caso se cogitasse, apenas por um exercício mental, ser legítimo o meio escolhido, haveria que ingressar no controle de proporcionalidade. Por estar em jogo um dever de proteção (ao meio ambiente), necessariamente o enfoque deve ser investigar a proibição de insuficiência, e não a de excesso.

Na primeira fase, pode-se consentir que o meio é adequado para a promoção dos fins visados pelo legislador. A redução da área florestada (ou do dever de reflorestá-la) deve possibilitar ampliar, em alguma medida, a produtividade agropecuária.

Na segunda fase, da *eficiência exigível*, também haveria aprovação. Não é possível cogitar outros meios que fomentassem mais o dever de proteção do meio ambiente sem que – comparativamente ao meio eleito – satisfaçam menos os objetivos visados pelo legislador (aumentar a produção e desonerar os passivos dos agricultores). Obviamente, poderiam se imaginar alternativas (recuperação de

solos degradados, aberturas de linhas de crédito etc.), mas todas elas agregariam custos econômicos (para os produtores) ou orçamentários (para o Estado), que, por sua vez, promoveriam a redução da satisfação do bem em conflito, ou de outros bens que cumpre ao Estado assegurar. Do lado reverso, tampouco se vislumbram alternativas às escolhidas pelo legislador que permitissem incrementar ainda mais a produtividade e desonerar economicamente os agropecuaristas, sem reduzir ainda mais o nível de proteção ambiental.

Por fim, então, restaria verificar a proporcionalidade e.s.e. Nesse ponto, seria gritante o desequilíbrio entre a importância social negativa provocada ao direito fundamental ao meio ambiente pela inovação, se comparado a um suposto ganho de produtividade e/ou desoneração econômica dos agricultores. Para se ter uma ideia do que essas modificações representaram a título de perdão de passivos ambientais, estudo realizado em parceria da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) com a Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE) do Governo Federal e outros órgãos apurou que o passivo em função do descumprimento de não atendimento aos limites mínimos de cobertura vegetal impostos pelo antigo Código Florestal era de, aproximadamente, 50±6 milhões de hectares. Sozinhas, as alterações promovidas pelo artigo 67 do novo Código reduziram esse passivo em aproximadamente 17 milhões de hectares, ao passo que as dos artigos 61-A, 61-B, 61-C e 63 anistiam outros 8 milhões de hectares⁷⁴⁰. Uma anistia, portanto, de 50% da obrigação. Ademais, há que ponderar que há um grau de certeza em relação à severidade da anistia, ao passo que o efetivo ganho de produtividade depende de um prognóstico inexistente, já que o simples ganho de área agricultável não pode ser tido como proporcional aumento de produtividade, uma vez que a perda dos serviços ambientais que seriam prestados pelas áreas de preservação permanentes e reservas florestais suprimidas, no longo prazo, tende a afetar negativamente o incremento visado.

Em suma, se a desobrigação de reparar o dano ambiental não fosse inconstitucional pela ilegitimidade do meio, que viola explicitamente a regra

⁷⁴⁰ Soares-Filho, *Impacto da Revisão do Código Florestal: como viabilizar o grande desafio adiante?*, p. 6 ss.

constitucional de reparação integral do dano, seria inconstitucional em razão da desproporcionalidade entre a importância social negativa gerada sobre o meio ambiente e a importância social positiva para os bens contrapostos.

4.2.1.2 Decreto n. 99.556/1990

O Decreto n. 99.556/1990 dispõe sobre a proteção de cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional, especialmente por meio da disciplina das compensações devidas no caso de licenciamento de atividades que importem impactos negativos irreversíveis sobre esses bens ambientais.

A redação atual desse diploma é resultado de profundas alterações promovidas pelo Decreto n. 6.640/2008, que foi objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade não conhecida, por se reputar que a proteção de cavidades naturais subterrâneas já seria amplamente disciplinada por instrumentos legais (como a LPNMA), de modo que eventual inconstitucionalidade do decreto seria apenas reflexa ou indireta⁷⁴¹. De todo modo, nenhuma das leis referidas no acórdão trata, especificamente, da compensação ambiental por impactos irreversíveis a cavernas, tema afeto à responsabilidade civil ambiental. Por isso, embora se trate de um ato normativo expedido pelo Executivo, e não, propriamente, de uma lei, é válido o exercício de examiná-lo, neste trabalho, à luz da Constituição da República.

O decreto institui uma classificação das cavidades em quatro graus de relevância (máximo, alto, médio ou baixo), conforme a importância de seus atributos ecológicos, biológicos, geológicos, hidrológicos, paleontológicos, cênicos, histórico-culturais e socioeconômicos, avaliados sob enfoque regional e local (art. 2.º). E veda o licenciamento de atividades que possam importar impactos negativos irreversíveis sobre cavidades de relevância máxima (ou sua área de influência)⁷⁴², autorizando-o, contudo, se as cavidades afetadas (ou suas áreas de influência) forem de relevância alta, baixa ou média, estipulando normas gerais sobre as

⁷⁴¹ ADI 4218 AgR, rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 13.12.2012, DJe-032 div. 18.02.2013.

⁷⁴² Art. 3º. A cavidade natural subterrânea com grau de relevância máxima e sua área de influência não podem ser objeto de impactos negativos irreversíveis, sendo que sua utilização deve fazer-se somente dentro de condições que assegurem sua integridade física e a manutenção do seu equilíbrio ecológico”.

compensações devidas em cada um desses casos⁷⁴³.

O rol de possíveis compensações previsto na norma é formado das seguintes medidas: i) preservação, em caráter permanente, de cavidades testemunho; ii) medidas de conservação de cavidades naturais subterrâneas, especialmente as de grau de relevância máximo ou alto; iii) medidas compensatórias a critério do órgão licenciador. A depender do grau de relevância das cavidades (ou respectivas áreas de influência) impactadas, as medidas compensatórias deverão ser da seguinte ordem:

Grau de relevância da cavidade	Condição compensatória
Alto	Regra: preservação, em caráter permanente, de duas cavidades testemunho, de grau de relevância alto (art. 4.º, §§ 1.º e 2.º). Exceção: não havendo, na área do empreendimento, cavidades que possam servir de testemunho, serão adotadas outras formas de compensação (art. 4.º, § 3.º).

⁷⁴³ Art. 4.º A cavidade natural subterrânea classificada com grau de relevância alto, médio ou baixo poderá ser objeto de impactos negativos irreversíveis, mediante licenciamento ambiental.

§ 1º No caso de empreendimento que ocasione impacto negativo irreversível em cavidade natural subterrânea com grau de relevância alto, o empreendedor deverá adotar, como condição para o licenciamento ambiental, medidas e ações para assegurar a preservação, em caráter permanente, de duas cavidades naturais subterrâneas, com o mesmo grau de relevância, de mesma litologia e com atributos similares à que sofreu o impacto, que serão consideradas cavidades testemunho.

§ 2º A preservação das cavidades naturais subterrâneas, de que trata o § 1º, deverá, sempre que possível, ser efetivada em área contínua e no mesmo grupo geológico da cavidade que sofreu o impacto.

§ 3º Não havendo, na área do empreendimento, outras cavidades representativas que possam ser preservadas sob a forma de cavidades testemunho, o Instituto Chico Mendes poderá definir, de comum acordo com o empreendedor, outras formas de compensação.

§ 4º No caso de empreendimento que ocasione impacto negativo irreversível em cavidade natural subterrânea com grau de relevância médio, o empreendedor deverá adotar medidas e financiar ações, nos termos definidos pelo órgão ambiental competente, que contribuam para a conservação e o uso adequado do patrimônio espeleológico brasileiro, especialmente das cavidades naturais subterrâneas com grau de relevância máximo e alto.

§ 5º No caso de empreendimento que ocasione impacto negativo irreversível em cavidade natural subterrânea com grau de relevância baixo, o empreendedor não estará obrigado a adotar medidas e ações para assegurar a preservação de outras cavidades naturais subterrâneas.

Médio	Medidas de conservação de cavidades naturais subterrâneas, especialmente as de grau de relevância máximo ou alto (art. 4.º, § 4.º).
Baixo	Não há obrigatoriedade de medidas e ações voltadas à preservação de outras cavidades naturais subterrâneas (art. 4.º § 5.º).

A análise que ora se propõe é destinada, especificamente, à possibilidade aberta pelas inovações normativas para a admissibilidade do licenciamento ambiental de empreendimentos potencialmente causadores de impactos irreversíveis sobre cavidades naturais subterrâneas de relevância alta e média, e, especificamente, aos dispositivos que regulam as compensações devidas em razão desses danos ambientais.

Na primeira fase preliminar ao teste, há que considerar a legitimidade do fim e meios selecionados pelo emissor da norma. Assume-se que a finalidade dos dispositivos legais seja a de fomento ao desenvolvimento sustentável, conciliando-se o direito à livre iniciativa com a proteção do meio ambiente. Nesse ponto, há compatibilidade com a Constituição Federal. Os meios eleitos, por sua vez, não parecem contrários a nenhuma regra constitucional. Afinal, há previsão de compensações para os danos ambientais, não sendo possível afirmar, de plano, haver violação à regra da reparação integral. Note-se, a propósito, que certas atividades (mineração, obras de infraestrutura, hidrelétricas etc.) podem exigir a supressão das cavidades ou outros tipos de impactos irreversíveis. Não é possível, em tais hipóteses, falar em restauração (retorno do bem ao *statu quo ante*), ou, sequer, em recuperação (condução a um estado não degradado). O dever de reparar exige, tanto que possível, o resgate de um equivalente ecológico, mas trata-se de um dever *prima facie*, que necessita ser realizado de modo proporcional. Dada a ausência de densidade normativa nas normas constitucionais a respeito da forma como essa reparação deve ser feita, eventuais questionamentos quanto à constitucionalidade dos meios não é passível de ser realizada por meros juízos de subsunção.

Considera-se, ainda na primeira fase preliminar, não ter havido ofensa ao conteúdo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por mais que tenha ocorrido um evidente rebaixamento no seu nível normativo de proteção (antes da modificação, a legislação não admitia impactos negativos irreversíveis sobre cavidades ou suas áreas de influência), não é razoável sustentar que todo tipo de cavidade deva ser preservado de forma absoluta, sob pena de se inviabilizar atividades importantes para o desenvolvimento nacional.

Na segunda fase preliminar, destinada a identificar qual o tipo de controle e proporcionalidade será necessário, observa-se potencial conflito entre o dever de proteção do meio ambiente (numa faceta *prima facie* de reparação), de um lado, e a abstenção em relação à livre iniciativa, de outro. Trata-se de constelação em que deve incidir, portanto, um controle de proporcionalidade sob a ótica da proibição de insuficiência (em sentido estrito).

Ingressando-se propriamente no controle da proibição do déficit, pode-se dizer que os meios escolhidos pelo emissor da norma são adequados para fomentar os fins (externos em relação ao dever de proteção) por ele visados, pois promovem, em certo grau, a livre iniciativa e o desenvolvimento econômico. Logo, há aprovação no teste da adequação.

Já na segunda fase do teste, da eficiência exigível, poderá haver reprovação dos meios eleitos. Nesse exame, é preciso avaliar se i) inexistem outros meios que, afetando negativamente menos o dever de proteção ao meio ambiente, prejudiquem menos ou em igual medida os deveres ou interesses colidentes; ii) inexistência de outro meio que, promovendo mais (ou afetando negativamente menos) o dever ou interesse colidente, prejudique menos ou em igual medida o dever de ação. Contudo, para ser possível fazer essa análise, é necessário realizar diagnósticos (situação atual dos bens) e prognósticos (situação que os bens ficarão por força dos efeitos das medidas eleitas) que dependem da base empírica disponível. Fugiria ao escopo da presente pesquisa, e, sobretudo, extravasaria os meios e o tempo disponíveis para sua conclusão, perquirir se o responsável pela elaboração da norma atuou de forma diligente na coleta de uma base empírica para definir a forma de compensação por ele escolhida. Mas é certo que isso poderia e deveria ser perquirido pelo órgão judicial de controle. Se a compensação escolhida

para impactos irreversíveis a cavidades de alto grau de relevância consiste em medidas de preservação permanente de outras cavidades, deveriam haver sido consultados ou, na sua inexistência, realizados estudos pelo ente emissor do decreto identificando os tipos de possíveis atividades preservacionistas e quais os seus potenciais ganhos em termos de proteção ou recuperação ambiental de cavidades, quando comparados com aquelas cavidades que o próprio governo – de cujo patrimônio, é bom frisar, todas as cavidades fazem parte –, pela indisponibilidade de meios, não é capaz de empreender. O mesmo pode ser dito em relação às medidas de conservação concebidas para cavidades de médio grau de relevância.

Em suma, seria necessário apurar se a decisão foi tomada com base em estudos que permitissem avaliar que tais medidas eram efetivamente necessárias, quanto custariam, e, em que medida trariam ganhos para a recuperação ou prevenção de danos às cavidades⁷⁴⁴. Só assim seria possível aferir, de modo apropriado, se a norma foi elaborada a partir de critérios racionais, bem como se, de fato, não existiam alternativas mais eficientes para cada um dos interesses em conflito, e que não lhes causassem, respectivamente, prejuízos adicionais (tampouco gerassem conflitos relevantes com outros interesses constitucionais, em decorrência, por exemplo, da necessidade de recorrer aos cofres públicos para executá-las). Supondo que tais estudos tenham sido realizados, e que tais medidas alternativas não existissem, os meios eleitos teriam sido aprovados no teste, e o exame passaria ao estágio subsequente, que é o da proporcionalidade em sentido estrito.

Para aferir as importâncias sociais a serem ponderadas no terceiro e último teste, inicialmente, haveria que verificar a importância abstrata dos bens em jogo. No plano abstrato, em que se cotejam as normas, simplesmente, não é possível afirmar nenhuma preponderância. De um lado, posta-se o direito ao meio ambiente

⁷⁴⁴ É interessante observar que as cavernas possuem ecossistemas únicos, podem abrigar espécies raras e possuir valor cultural, arqueológico e paleontológico, além de serem importantes para o equilíbrio hídrico. Por outro lado, são ambientes extremamente sensíveis não apenas a impactos diretos, mas também decorrentes de atividades realizadas na superfície de sua área de influência. Desmatamentos, represamentos, obras de engenharia, urbanização, mineração, agropecuária e visitação humana estão entre as principais causas de sua degradação. Andrade, *Tutela do Patrimônio Ambiental Espeleológico...*, p. 67 ss.

como direito fundamental, e, de outro, localizam-se o princípio fundamental da livre iniciativa e o objetivo fundamental de desenvolvimento socioeconômico. Há, do ponto de vista abstrato, equilíbrio nos dois lados do conflito, sendo possível inferir do sistema constitucional a necessidade de que esses valores jurídicos sejam harmonizados, sem que um anule as potencialidades do outro, na concepção de um desenvolvimento *sustentável*.

Em segundo lugar, cumpre apurar o saldo das afetações concretamente produzidas em cada lado da balança. O que, no decreto em questão, está efetivamente em jogo? Quais as atividades, efetivamente, a norma visa a promover? Quais os bens ambientais serão efetivamente afetados? Qual o saldo de afetações positivas e negativas, em cada lado da balança?

O bem ambiental efetivamente afetado é o patrimônio espeleológico, e, num nível ainda mais concreto, a depender de seus atributos, o nível de afetação negativa varia segundo a relevância da cavidade natural subterrânea. Mas, para responder plenamente as questões formuladas no parágrafo precedente, cumpre considerar o antes e depois da modificação normativa. O Decreto n. 99.556/1990, em sua redação original, conferia uma disciplina mais protetiva às cavidades naturais subterrâneas. Assim dispunham seus artigos 1.º e 2.º:

Art. 1º As cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional constituem patrimônio cultural brasileiro, e, como tal, serão preservadas e conservadas de modo a permitir estudos e pesquisas de ordem técnico-científica, bem como atividades de cunho espeleológico, étnico-cultural, turístico, recreativo e educativo.

[...]

Art. 2º A utilização das cavidades naturais subterrâneas e de sua área de influência deve fazer-se consoante a legislação específica, e somente dentro de condições que assegurem sua integridade física e a manutenção do respectivo equilíbrio ecológico.

[...]

Nota-se, da leitura desses preceitos, que não eram tolerados impactos negativos irreversíveis, pois só se admitiam atividades que assegurassem a “integridade física” e a manutenção do equilíbrio ecológico das cavidades e de sua área de influência. À primeira vista poder-se-ia imaginar que essa proibição fosse inconstitucional, por limitar o exercício do direito de propriedade sem o recurso a

uma lei formal. Contudo, deve ser lembrado que, nos termos do art. 20, X, da Constituição Federal, as cavidades naturais são bens da União, e não propriedade privada, o que afastaria aquela conclusão.

Uma violação à reserva de lei, pelo contrário, já poderia ser imputada ao decreto alterador. Afinal, em sua redação original, o Decreto n. 99.556/1990 conferia às cavidades naturais subterrâneas verdadeiro status de espaços territoriais especialmente protegidos, situação profundamente modificada por força das modificações sob exame. Por força do art. 225, III, da CF, essas alterações só poderiam haver sido realizadas por meio de lei formal. De modo, surpreendente, porém, essa inconstitucionalidade foi refutada pelo STF no julgamento da referida ADI⁷⁴⁵.

É importante ressaltar que o que se está examinando no presente exercício não é exatamente a proporcionalidade da norma no ponto em que ela passou a admitir, em alguns casos, o licenciamento de atividades geradoras de impactos irreversíveis sobre cavidades naturais subterrâneas. Não se procura responder, aqui, se é justificável que a destruição de cavidades de alta relevância seja permitida para que se alcancem os fins visados pelo ato normativo. Essa seria, também, uma avaliação fundamental no caso concreto⁷⁴⁶, mas sua realização fugiria ao escopo deste trabalho, por não dizer respeito, especificamente, a uma questão de responsabilidade civil. Em vez disso, o que se está perscrutando, aqui, é se a forma de reparação dos danos prevista na norma viola ou não a proibição do déficit.

Pois bem. Comparadas as redações original e atual da norma, nota-se que, inicialmente, não havia previsão de forma de reparação, tampouco era necessário, pois as cavernas eram submetidas a um regime de preservação de sua

⁷⁴⁵ A despeito desse acórdão, mantém-se, neste trabalho, a opinião no sentido da inconstitucionalidade formal do Dec. n. 6.640/2008, já externada em dissertação de Mestrado intitulada *Tutela do Patrimônio Ambiental Espeleológico no Direito Material Brasileiro*, p. 121 ss.

⁷⁴⁶ Sob esse ângulo, as modificações seriam certamente reprovadas, pois o decreto não estabelece limites para as atividades passíveis de licenciamento, independentemente da importância das cavidades a serem afetadas. Passou a ser possível, em tese, a destruição de cavidades de alta relevância para fins de lazer, por exemplo, o que seria evidentemente desproporcional. Seria necessária, em relação a elas, uma lógica semelhante à das intervenções na Mata Atlântica ou em áreas de preservação permanente, cuja autorização é condicionada à demonstração de inexistência de alternativa técnica e locacional, bem como do interesse público ou social.

integralidade. Já com a inovação, essa integralidade passou a ser substituída, relativamente às hipóteses de impactos irreversíveis, por uma compensação, já que a restauração é inviável. É evidente, em tais casos, que o ideal de resgate de equivalência ecológica é inatingível. De todo modo, a forma com for concebida a compensação poderá realizar mais ou menos intensamente o dever *prima facie* de reparar o meio ambiente.

Posta tal premissa, não se compreende por que razão a norma estipulou, no caso de agravos irreversíveis a cavidades de alto grau de relevância, medidas de *preservação permanente* de duas outras cavidades da mesma importância, e, relativamente às cavidades de relevância média, simplesmente preconizou medidas de *conservação*, e sem estipular a *permanência*, tampouco definir o grau de relevância ou o número de cavidades a serem protegidas. Presume-se, do modo como foram redigidos os dispositivos pertinentes, e da diferença da compensação segundo o grau de relevância das cavidades afetadas, que a *conservação* seja composta por medidas que confirmem menor proteção que a *preservação*. Ocorre que, na esteira do quanto afirmado anteriormente, não se justifica reduzir a realização do dever *prima facie* de perseguir o ideal de maior equivalência ecológica simplesmente em função do grau de relevância alto ou médio da cavidade afetada. Quando muito, sua realização poderia ser reduzida em função de limitações técnicas ou da extraordinária desproporcionalidade entre os custos envolvidos e a capacidade econômica do empreendedor, considerado, ainda, o interesse público e social da atividade licenciada. Mas o decreto dá abertura, indiscriminadamente, para a causação de impactos irreversíveis independentemente da atividade licenciada, não graduando o modo de reparação por qualquer outro fator que não pelo tipo de cavidade afetada.

Por tais razões, parece ser necessário reconhecer a desproporcionalidade e.s.e. da norma quando admite que, independentemente das atividades licenciadas, sejam admitidas, em contrapartida de impactos irreversíveis sobre cavidades de média relevância, medidas compensatórias de conservação em vez de preservação. Essa diferenciação só seria justificável, quando muito, em função de impossibilidades técnicas ou da importância social (saldo dos efeitos negativos e positivos do meio) relacionada com a atividade licenciada, que, contudo, não é

definida pela norma.

CONCLUSÕES

Embora a proibição de insuficiência seja uma figura dogmática concebida sob outras coordenadas jurídicas, os mesmos fundamentos que amparam sua aplicabilidade em solo estrangeiro são aproveitáveis no âmbito doméstico. As novas funções decorrentes da dimensão objetiva dos direitos fundamentais são construções perfeitamente compatíveis com o perfil constitucional dos direitos fundamentais plasmados em nossa Carta Política, e, ao conferirem lastro não apenas para os deveres estatais de proteção, como também para prestações positivas em geral, corroboram o fundamento remoto da incidência da vedação do *défice*: a existência de deveres estatais positivos.

Como se não bastasse, nossa Constituição é contundente em impelir o Estado à ação, e o faz de forma muito mais intensa que a Lei Fundamental alemã. Desde o preâmbulo, os Poderes estatais são instados a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade, tarefa que não se realiza sem atuações positivas. Para além desse vetor interpretativo, a eficácia imediata dos direitos fundamentais e a previsão de diversos procedimentos específicos para o controle da omissão estatal não deixam dúvida de que ao Estado brasileiro não basta se abster de comprimir liberdades fundamentais, devendo, além disso, atuar positivamente para satisfazer direitos fundamentais positivos. E, especificamente em relação ao meio ambiente, nossa ordem constitucional impõe explicitamente ao Estado o dever de protegê-la, inclusive por meio da responsabilidade civil.

Por outro lado, nossa Norma Fundamental, como muitas congêneres de seu tempo, é o resultado do amálgama de uma pluralidade de aspirações contrastantes, que não poderiam ser organizadas num mesmo texto constitucional sem o vasto recurso a normas *prima facie*. O esforço de condensação do seu conteúdo normativo foi remetido, em primeira linha, ao legislador ordinário, que, nesse mister, inevitavelmente, acabará por vezes navegando em zonas cinzentas, em que os potenciais âmbitos de aplicação de direitos fundamentais e outros bens constitucionais podem se sobrepor. Na tarefa de harmonização entre os direitos ou bens *prima facie* conflitantes, ante a ausência de um conteúdo definitivo das

normas em questão, não há como o legislador se valer de operações lógico-dedutivas: ele há que lançar mão de juízos de proporcionalidade. Do mesmo modo, o Judiciário poderá ser chamado a verificar se o parlamento (ou, quando o caso, o Executivo), nessa função, não desbordou os limites de sua liberdade de conformação, e, não terá outra forma de fazê-lo que não por meio de um controle de proporcionalidade.

O controle de proporcionalidade desenvolvido para controlar intervenções excessivas do Estado nas liberdades fundamentais não foi talhado para avaliar os comandos normativos *prima facie* que exigem atuações estatais positivas. A imprescindibilidade dessa aferição fornece um fundamento imediato para proibição de atuação insuficiente como instrumento de controle de proporcionalidade. E a necessidade de que esse exame seja feito sob uma ótica de proporcionalidade condiciona a estruturação do modelo de controle a ser desenvolvido para a proibição da insuficiência.

Mesmo atrelada a um exame de proporcionalidade, a vedação do déficit não se confunde com a proibição do excesso, tampouco com ela converge num mesmo ponto. Além disso, essa nova figura agrega mais valia dogmática em relação à teoria dos deveres de proteção, e tampouco pode ser reduzida ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Um controle de proporcionalidade só precisa ser realizado se a norma infraconstitucional sob exame for legítima quanto ao meio e ao fim. Além disso, para saber se o controle de proporcionalidade deve perscrutar a proibição do excesso ou da insuficiência, é preciso considerar a estrutura deôntico-normativa do conflito: caso ele seja entre um dever de ação e outro dever (de ação ou abstenção) ou permissão, a hipótese é de proibição de insuficiência; caso a colisão se dê entre um dever de abstenção e uma permissão, o enfoque é de proibição do excesso.

A preservação da margem de discricionariedade do legislador e a alhures decantada orientação liberal dos direitos fundamentais não justificam que o Judiciário, na revisão da insuficiência dos atos normativos, contenha-se num mero exame de evidência. A separação dos poderes é importante, mas já não pode ser vista como idealmente representada na teoria política, carecendo, antes, levar em conta o funcionamento dos ramos estatais no mundo real e as peculiaridades de

cada sistema político. Os déficits de representatividade dos órgãos eleitos e a importância democrática de instrumentos contramajoritários atenuam, em muito, os argumentos pela autocontenção do Judiciário. Por outro lado, nossa Lei Maior é uma constituição-fundamento, não uma constituição-moldura. O Brasil é um Estado social e democrático de direito, em que os direitos fundamentais de orientação liberal têm de conviver com outros, que clamam pela atuação estatal positiva, e têm, tanto quanto os liberais, aplicabilidade imediata.

Assim como o controle na proibição do excesso, a melhor racionalidade operacional do teste da proibição de insuficiência recomenda uma estrutura trifásica. Ele deve ser composto pelos testes da *adequação*, *eficiência exigível* e *proporcionalidade em sentido estrito*, aplicáveis nessa sequência. Havendo aprovação num deles, passa-se ao subsequente. Aprovada em todos, a norma será constitucional, e terá respeitado a proibição do déficit. Havendo reprovação em qualquer deles, a norma será desproporcional, por violação àquela regra.

No exame da adequação, haverá aprovação caso a norma seja apta a promover, em alguma medida, o fim por ela visado. Esse subtteste não é aplicado em casos de omissão total. Afinal, toda omissão total é sempre idônea a fomentar o fim contraposto ao dever de ação. No exame de eficiência exigível, haverá aprovação se preenchidos dois requisitos: i) inexistência de outro meio que, afetando negativamente menos ou promovendo mais o dever de ação, satisfaça, pelo menos em igual medida, os deveres ou interesses colidentes; ii) inexistência de outro meio que, promovendo mais o dever ou interesse colidente, prejudique menos ou em igual medida o dever de ação. Por fim, no subtteste da proporcionalidade em sentido estrito, deverá ser apurado eventual desequilíbrio entre a importância social produzida pela norma sobre o dever de ação relativamente e a importância social por ela acrescida ao dever ou interesse colidente. Na aferição das respectivas importâncias sociais, deverão ser considerados a importância constitucional abstrata dos bens em conflito, a intensidade do saldo (positivo ou negativo) dos efeitos sobre eles produzidos pela norma em exame, e o grau de certeza sobre as premissas empíricas (diagnósticos e prognósticos) que levaram à mensuração daquelas intensidades.

Aliás, o grau de convicção sobre os diagnósticos e prognósticos também é

relevante nos testes da adequação e da eficiência exigível, sendo necessário aferir se o ente elaborador da norma tomou as devidas cautelas para a coleta do material disponível, à época, para a tomada de decisão. Cumpre apurar, também, a partir de critérios objetivos, o grau de credibilidade científica do suporte informacional que lastrou os diagnósticos e prognósticos, bem como se não há claro equívoco do legislador.

A responsabilidade civil é uma ferramenta imprescindível à garantia do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e, em função das acentuadas transformações sociais, econômicas e, principalmente, tecnológicas experimentadas pela humanidade desde o início da revolução industrial, já há tempos que não pode ser reduzida à função de proteção secundária. Em vez disso, inspirada, sobretudo, pelo princípio da precaução, é possível defender uma responsabilidade civil preventiva, não a ponto de supor indenizável o risco de dano, mas o bastante para permitir a cominação de sanções voltadas a evitar que esse risco se transforme no mal por ele renunciado.

Muitos dos atributos da responsabilidade civil ambiental têm pontos de apoio na Constituição. Alguns deles têm estrutura de regra, como o caráter objetivo da responsabilidade civil, o dever de reparação integral e a imprescritibilidade da pretensão reparatória. Portanto, normas ordinárias que os afrontarem serão inconstitucionais, sendo suficiente, para tal constatação, um juízo de subsunção. Diferentemente, outras normas constitucionais sobre o tema são *prima facie*. É o caso de algumas normas associadas aos princípios da precaução e do poluidor-pagador, e do próprio *caput* do art. 225, que, ao impor o dever de proteção do meio ambiente, indica uma preferência por uma compensação com alguma conexão ecológica com o bem agravado, embora sem emitir um comando definitivo nesse sentido.

Normas infraconstitucionais que afrontem normas constitucionais *prima facie* pertinentes à responsabilidade civil ambiental são, ao mesmo tempo, ofensivas ao direito ao meio ambiente como um todo, já que as normas constitucionais sobre responsabilidade civil ambiental são parte daquele direito fundamental completo. Dentre as relações existentes entre as diversas posições jurídicas hospedadas no direito fundamental ao ambiente como um todo (completo), a responsabilidade civil

é instrumental em relação ao direito ao ambiente como direito a algo. Dada, portanto, a função eminentemente protetiva das normas sobre responsabilidade civil ambiental, caso sejam elas *prima facie*, normas infraconstitucionais que busquem reduzir seu alcance abrirão um conflito em que num dos polos haverá um dever estatal de ação (proteção do meio ambiente), convocando um exame de proporcionalidade sob a ótica a proibição de insuficiência.

As características do direito fundamental ao meio ambiente e dos princípios que o orientam, e, conseqüentemente, que também regem a responsabilidade civil ambiental, exercem impacto sobre a dogmática da proibição de insuficiência. O dever de proteção ambiental – expressamente assentado no texto constitucional – e o caráter *prima facie* de várias de suas normas, corrobora a existência da regra de proibição do déficit. A proximidade do direito ao meio ambiente com o princípio fundamental da dignidade e o princípio da precaução exigem que o controle da insuficiência seja digno desse nome, assumindo, portanto, um exame com intensidade de justificabilidade, sendo inadmissível um mero exame de evidência. Pela mesma razão, impõe-se o escrutínio da diligência dos responsáveis pela elaboração do ato normativo na coleta dos subsídios informacionais disponíveis sob o estado da arte técnico-científica. O direito das futuras gerações impõe que, nos diversos subtestes do controle do déficit, um largo espectro de temporalidade seja levado em conta no prognóstico da manifestação dos danos e do seu tempo de reparação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*, 2.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ALENCASTRO, Catarina. “Código Florestal: segundo pesquisa Datafolha, 79% dos brasileiros são contra perdão de multas a quem desmatou ilegalmente”. *O Globo* “on line”, 10.06.2011. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/codigo-florestal-segundo-pesquisa-datafolha-79-dos-brasileiros-sao-contraperdao-de-multas-quem-desmatou-ilegalmente-2876725>. Acesso em: 08.12.2019.
- ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Trad. Julia Rivers. New York: Oxford University Press, 2002.
- _____. “Direito Constitucional e Direito Ordinário. Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada”. *Revista dos Tribunais*. Trad. Luíz Afonso Heck. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 799, mai. 2002.
- _____. “Sobre a estrutura dos princípios jurídicos”. *Revista Internacional de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, v. 3, jan./jul., 2005.
- _____. “Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz”, in: SIECKMANN, Jan-R (org.). *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*. Baden Baden: Nomos, 2007.
- _____. “La Fórmula del Peso”. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *El Principio de Proporcionalidad em el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. Formato e-Pub.
- _____. “Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. [s.l.]: de Gruyter, 2013. Formato pdf.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.^a ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.
- _____. “Princípios Formais”, in: TRIVISONNO, Alexandre T. G.; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica S. (org.). *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- _____. *Theorie der Grundrechte*. 8.^a ed. Berlin: Suhrkamp Taschenbuch, 2018.
- ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Landolfo; MASSON, Cleber. *Interesses Difusos e Coletivos*. 9.^a ed. São Paulo: Método, 2019.
- _____. *Tutela do Patrimônio Ambiental Espeleológico no Direito Material Brasileiro*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUC, 2012.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017.

- ANDRADE, Landolfo. *O Ônus da Prova na Ação Civil Pública*. São Paulo: Verbatim, 2015.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. “Poder Judiciário e Reserva Legal: análise de recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 21, jan./mar., 2001.
- _____. *Direito Ambiental*. 12.^a ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.
- _____. *Dano Ambiental: uma abordagem conceitual*. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- ARAGÃO, Jarbas. “Bancada Evangélica se une a Ruralistas para Derrotar o Governo”. *Gospel Prime*. 17.mar.2012. Disponível em: <https://www.gospelprime.com.br/bancada-evangelica-se-une-a-ruralistas-para-derrotar-governo/>. Acesso em: 12.12.2019.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 22.^a ed. São Paulo: Verbatim, 2018.
- ARRUDA, Domingos Sávio de Barros. A Categoria Acautelatória da Responsabilidade Ambiental. *Revista dos Tribunais Online*, pub. orig. in: *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 42, abr./jun., 2006 (paginação da versão eletrônica difere da versão impressa). Disponível em: www.rtonline.com.br. Acesso em 26.11.2019.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. *As Relações Jurídicas Reais*. Lisboa: Livraria Moraes, 1962.
- ATHIAS, Jorge Alex Nunes. “Responsabilidade Civil e Meio-Ambiente – Breve Panorama do Direito Brasileiro”, in: BENJAMIN, Antonio Herman V. (coord.). *Dano ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 1993.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. “Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social”. *Revista Trimestral de Direito Civil*. IBDCivil, v. 19, jul/set-2004.
- BACHOF, Otto. *Grundgesetz e Potere del Giudice*. Trad. Giuliana Stella. Modena: STEM Mucchi, 2017.
- BARAK, Aharon. *Proportionality – Constitutional Rights and their Limitations*. Trad. Doron Kalir. New York: Cambridge University Press, 2012.
- BARBOSA, Haroldo Camargo. “O instituto da prescrição aplicado à reparação dos danos ambientais”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 59, jul./set. 2010.
- BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. “A Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira”, in: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). *Fundamentos do Direito Ambiental*. (Coleção doutrinas essenciais, Direito Ambiental, v. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

- _____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Formato Kindle.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Formato Kindle.
- _____. BARCELLOS, Ana Paula de. Comentários ao Preâmbulo, in: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang et. al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP).
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2001.
- BECHARA, Erika. *Licenciamento e Compensação Ambiental*. São Paulo: Jurídica Atlas, 2009.
- BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a New Modernity*. Trad. Mark Ritter. Los Angeles-London-New Delhi: Sage, 1992.
- BEILFUSS, Markus González. *El Principio de Proporcionalidad em la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 2.^a ed. Pamplona: Aranzadi, 2015.
- BELTRÃO, Antonio F. G. *Curso de Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. “Função Ambiental”. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. (coord.). *Dano ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 1993.
- _____. “Reflexões sobre a Hipertrofia do Direito de Propriedade na Tutela da Reserva Legal e das Áreas de Preservação Permanente”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 4, out./dez. 1996,
- _____. “Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 9, jan./mar.1998.
- BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano Moral: Critérios de Fixação de Valor*. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2005.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defesa do projecto de Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte: Livraria Francisco Alves, 1906.
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. 2.^a ed. New Haven-Londres: Yale University Press, 1986.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. “Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro”, in: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). *Fundamentos do Direito Ambiental*. (Coleção doutrinas essenciais, Direito Ambiental, v. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais, , 2011.
- BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan; REDGWELL, Catherine. *International Law & the Environment*. 3.^a ed. New York: Oxford University Press, 2009.

- BLECKMANN, Albert. "Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte". *Deutsches Verwaltungsblatt*. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag, out. 1998.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apres. Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. "Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik", in: *Der Staat*. [s.l.]: Duncker und Humblot, v. 29, n. 1, 1990. Disponível em: www.jstor.org/stable/43642245. Acesso em 09.07.2018.
- _____. "Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken: Zur Kritik Gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik". *Der Staat*, v. 42, n. 2, 2003. Disponível em: www.jstor.org/stable/43643422. Acesso em: 28.08.2019.
- _____. "Fundamental Rights as Constitutional Principles", in: *Constitutional Political Theory: selected writings*. Trad. por Thomas Dunlap. Oxford-New York: Oxford University Press, 2016.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural*. São Paulo: LTr, 1999.
- BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2.^a ed. Baden-Baden: Nomos, 2007.
- BOSELTMANN, Klaus. *The Principle of Sustainability: transforming law and governance*. Hampshire, Burlington: Ashgate, 2008.
- _____. "Direitos Humanos, Meio Ambiente e Sustentabilidade", in: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), *Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BOUTONNET, Mathilde. "L'influence du Principe de Précaution sur la Responsabilité Civile en Droit Français: un bilan en demi-teinte". *McGill International Journal of Sustainable Development Law and Policy/Revue Internationale de Droit et Politique du Développement Durable de McGill*. v. 10, n. 1, 2014. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/24352836>. Acesso em: 01.11.2019.
- BOYD, David R. "Catalyst for Change – Evaluating Forty Years of Experience in Implementing the Right to a Healthy Environment", in: KNOX, John H; PEJAN, Ramin (ed.). *The Human Right to Health Environment*. New York: Cambridge University Press, 2018. Formato Kindle.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso. *A Tutela Judicial dos "Novos" Direitos: em busca de uma efetividade para os direitos típicos da cidadania*. Tese de Doutorado. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2000. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/79158/175313.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02.06.2018.
- BREUER, Rüdiger. "Staatsrecht und Gerechtigkeit", in: BENDER, Bernd; BREUER, Rüdiger; OSSENBÜHL, Fritz et al (Hrsg.). *Rechtsstaat zwischen*

- Sozialgestaltung und Rechtsschutz: Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck, 1993.
- BUNAZAR, Maurício. *Obrigação propter rem: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Atlas, 2013.
- CABALLERO, Francis. *Essai sur la Notion Juridique de la Nuisance*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1981.
- CAFFERATTA, Néstor A. "Prueba y nexo de Causalidad em el Da o Ambiental", in: BENJAMIN, Antonio H.; LECEY, Eladio; CAPPELLI, Silvia (orgs.). *Congresso Internacional de Direito Ambiental*. S o Paulo: IMESP, v. 1, 2007.
- CAHALI, Yussef Sahid. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3.ª ed. S o Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CALLIESS, Christian. *Rechtsstaat und Umweltstaat: zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsverh ltnisse*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
- _____. "Schutzpflichten", in: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Hg.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. Heidelberg: C. F. Müller, v. II, 2006.
- _____. "Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbotes als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten", in: GROTE, Rainer; HÄRTEL, Ines; HAIN, Karl-E. et al (Hg). *Die Ordnung der Freiheit: Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
- CAMARGO, Paulo Sérgio Uch a Fagundes Ferraz de. *Dano Moral Coletivo: uma possibilidade de aplica o dos danos punitivos*. S o Paulo: Almedina, 2016.
- CANARIS, Claus Wilhelm. "Grundrechte und Privatrecht". *Archiv für die civilistische Praxis*. [s.l.]: Mohr Siebeck, 184.Bd, 1984. Dispon vel em: www.jstor.org/stable/40995213. Acesso em: 03.05.2018.
- _____. "Erwiderung" in: CANARIS, Claus-Wilhelm; SCHWABE, Jürgen, "Grundrechte und Privatrecht (with Erwiderung)". *Archiv für die civilistische Praxis*. [s.l.]: Mohr Siebeck, 185.Bd, 1985. Dispon vel em: www.jstor.org/stable/40995264. Acesso em: 28.03.2019.
- _____. "Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts". *Juristische Schulung*. München-Frankfurt: C.H. Beck, Heft 3, mar.,1989.
- _____. *Grundrechte und Privatrecht*. Berlin: de Gruyter, 1999.
- _____. *Direitos fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibi o do Excesso na Conformaa o e no Controlo de Atos Legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constitui o*. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAROLAN, Eoin. *The New Separation of Powers: a theory for the modern state*. Oxford, U.K.,-New York: Oxford University Press, 2009.

- CARVALHO, Nelson Rojas de. “Geografia política das eleições congressuais: a dinâmica da representação das áreas urbanas e metropolitanas no Brasil”. *Cadernos Metrópole*, v. 11, n. 22, ju./dez.2009. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/metropole/article/view/5939/4292>. Acesso em: 08.12.2019
- CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional no Tempo Medieval e Moderno até Vitória*. São Paulo: Atlas, 2012.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CASTRO, Fábio de. “Normas para emissões menos poluentes de veículos vigoram a partir de 2023”. *Direto da Ciência*. 28.11.2018. Disponível em: <http://www.diretodaciencia.com/2018/11/28/normas-para-emissoes-menos-poluentes-de-veiculos-vigoram-a-partir-de-2023/>. Acesso em: 14.10.2019.
- CATALÀ, Lúcia Gomis. *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*. Pamplona: Aranzadi, 1998.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 13.^a ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- CLÉRICO, Laura. “Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot”, in: SIECKMANN, Jan-R (Hrsg.). *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 2007.
- _____. *El Examen de Proporcionalidade en el Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- COIMBRA, José de Ávila Aguiar. *O Outro Lado do Meio Ambiente*. São Paulo: CETESB, 1985.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CORDEIRO, António Menezes. “Tutela do ambiente e direito civil”, in: AMARAL, Diogo Freitas do (coord). *Direito do ambiente*. Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1994.
- _____. *Tratado de Direito Civil: Direito das Obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, v. 8, 2017
- DE CICCIO, Cláudio. *História do Pensamento jurídico e da Filosofia do Direito*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DENARI, Zelmo. Comentários ao art. 16, in: GRINOVER, Ada Pelegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de V.; FINK, Daniel Roberto Fink et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DENNINGER, Erhard. “Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot”, In: DÄUBLER-GMELIN, Herta; KINDEL, Klaus; MEYER, Hans et al (Hg.). *Gegenrede. Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit: Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz*. Baden-Baden: Nomos, 1994.
- DERANI, Derani, *Direito Ambiental Econômico*. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- DERBLI, Felipe. “O Papel do Estado-membro no Controle Abstrato de Constitucionalidade das Leis em Matéria de Direitos Fundamentais”, in: VENTURA, Zênio; FAGÚNDEZ, Paulo R. Ávila (org.). *As Perspectivas da Advocacia Pública e a Nova Ordem Econômica*. Florianópolis: OAB/SC, 2006.
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11.^a ed. rev. e atual. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin: Dunker & Humblot, 1992.
- _____. “Das Untermaßverbot: Bestandsaufnahme und Entwicklungschancen einer neuen Rechtsfigur”. *Zeitschrift für Gesetzgebung*. Heidelberg: Müller, v. 10, n. 2, 1995.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. “Deveres Fundamentais”, in: LEITE, George Salomão (org.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2011.
- _____; _____. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 6.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- D’ISEP, Clarissa F. M. “O Princípio do Poluidor-Pagador e a sua Aplicação Jurídica: complexidades, incertezas e desafios”, In: MARQUES, Cláudia Lima et al. (org.). *O Novo Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – Estudos em homenagem à Jacqueline Morand-Deville*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DREIER, Horst. Comentários ao art. 19, Abs. II, in: DREIER, Horst (Hrsg.) *Grundgesetz Kommentar*. 3.^a ed. Tübingen: Mohr Siebeck, v. 1, 2013.
- DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho publico y privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1975.
- DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos Direitos Fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge-London: Belknap, 2006.
- _____. *Taking Rights Seriously*. London-New York: Bloomsbury, 2013. Fomato Kindle.
- “Editorial”. *A Tribuna*. Santos, 14.12.2019. Disponível em: <http://edicaodigital.tribuna.com.br/pub/tribunadesantos/?numero=43735&edicao=10423#page/3>. Acesso em 15.12.2019.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*, Cambridge, Massachussets; London: Harvard University Press, 1980.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3.^a ed. Madri: Civitas, 2001.

- ERICHSEN, Hans-Uwe. “Die Drittwirkung der Grundrechte”. *Juristische Ausbildung*. Berlin: de Gruyter, 1996.
- _____. “Grundrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”. *Juristische Ausbildung*. Berlin: de Gruyter, 1997.
- FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial: Hermenêutica, Constituição e Respostas Corretas em Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- FARIA, Flávia. “Confiança na democracia sobe, mas insatisfação com seu funcionamento é de 58%”. *Folha de São Paulo “on line”*, 04.06.2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/confianca-na-democracia-sobe-mas-insatisfacao-com-seu-funcionamento-e-de-58.shtml>. Acesso em: 08.12.2019.
- FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal*, 2.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Formato e-Pub.
- FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. “Direitos Fundamentais”, trad. Alfredo Copetti Neto, in: FERRAJOLI, Luigi, *Por Uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Trad. Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto; Daniela Cademartori et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- _____. “Teoria dos Direitos Fundamentais”, trad. Hemes Zaneti Júnior e Alexandre Salim, in: FERRAJOLI, Luigi, *Por Uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Trad. Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto; Daniela Cademartori et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- FERRAZ, Sérgio. “Responsabilidade Civil por Dano Ecológico”. *Revista dos Tribunais Online*, pub. orig. in: *Revista Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 49-50, 1979. Disponível em: www.rtonline.com.br. Acesso em: 30.10.2019.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 15.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- FIGUEIREDO, Guilherme J. Purvin de. *A Propriedade no Direito Ambiental*. 4.^a ed. 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina Urbanística da Propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*. 2.^a ed. São Paulo: Max Limonad.
- FREITAS, Cristina Godoy de Araújo. “Valoração do Dano Ambiental: algumas premissas”. *MPMG Jurídico Especial*. Belo Horizonte: MP/MG. Disponível em: https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1004/Valora%20do%20dano%20ambiental_Freitas.pdf?sequence=1 Acesso em 05.11.2019

- FREITAS, Juarez. “Princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância”. Belo Horizonte, n. 35, ano 8, jan. 2006 Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=49314>> Acesso em: 24 fevereiro 2010.
- _____. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- FREITAS, Vladimir Passos de. “Matas Ciliares”, in: FREITAS, Vladimir P. de. *Direito Ambiental em Evolução*. Curitiba: Juruá, n. 2, 2000.
- _____. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FURLAN, Anderson; FRACALOSSO, Willam. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. “A Responsabilidade Extracontratual no Novo Código Civil e o Surpreendente Tratamento da Atividade de Risco”. *Repertório de Jurisprudência – IOB*, n. 19, texto 3/19551, 1.^a quinz. out. 2002.
- _____; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 16.^a ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2018.
- GELLERMANN, Martin. *Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewand*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.
- GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. *Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- GOLDENBERG, Isidoro H. *La relación de causalidade en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1984.
- GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. *Obrigações*. Atual. por Edvaldo Brito. 19.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GONÇALVES, Roberto Gonçalves. *Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 14.^a ed. São Paulo: Saraiva, v.4, 2019. Formato Kindle.
- GÖTZ, Volkmar. “Innere Sicherheit”, in: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C.F. Müller, v. 3, 1988.
- GRARE-DIDIER, Clothilde. “La responsabilité civile pour atteinte à l’environnement”, in: *Le Droit et le Environnement – Journées nationales*. Paris: Dalloz, t. XI, 2010. Disponível em: <http://henricapitant.thomasplessis.com/storage/app/media/pdfs/publications/le-droit-et-lenvironnement.pdf>. Acesso em: 11.11.2019.
- GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

- _____. *A Ordem Econômica na Constituinte de 1988*. 19.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- GRIMM, Dieter. *Die Zukunft der Verfassung*. 1.^a ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- _____; KIRCHHOF, Paul; EICHBERGER, Michael. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. 3.^a ed. Tübingen: Mohr Siebeck, v. 1, 2007.
- _____. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.) In: *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*. 2.^a ed. Karlsruhe: C.F. Müller, 1972.
- HAIN, Karl Eberhard. “Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß und Untermaßverbot?”. *Deutsches Verwaltungsblatt*. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns, set. 1993.
- HENKEL, Silvana L. “Os Novos Contornos da Tutela Jurídica na Sociedade de Risco: dano ambiental futuro e risco de dano”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: IBAP, APRODAB, v. 43, jul.-set./1997.
- HENKIN, Louis. *The Age of Rights*. New York: Columbia University Press, 1990.
- HERMES, Georg. *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit. Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art.2 Abs. 2 Satz 1 GG*. Inaugural-Dissertation. *Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen*. Freiburg: Fakultät der Universität Freiburg, v. 46, depósito em 1985, prova oral em 03.02.1986.
- HESSE, Konrad. “Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers”, in: DÄUBLER-GMELIN, Herta; KINKEL, Klaus; MEYER, Hans et al. (Hrsg.). *Festschrift für E. G. Mahrenholz*. Baden-Baden: Nomos, 1994.
- _____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20.^a ed. alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.
- HUBER, Peter M. Comentário ao Art. 19, Abs. 2, in: HUBER, Peter M.; VOßKUHLE, Andreas (Hrsg.), Christian. *Mangoldt/Klein/Starck Grundgesetz Kommentar*. 7.^a ed. München: C.H. Beck, v. 1, 2018.
- HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos Humanos – uma história*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Formato Kindle.
- ISENSEE, Josef. *Das Grundrecht auf Sicherheit: zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*. Ed. amp. Berlin - New York: de Gruyter, 1983.
- _____. “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, in: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, v. 5, § 111, Heidelberg: C.F. Müller, 1992.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. Palestra “Daño Ambiental”. *Anais do Congresso*

Internacional de Direito Ambiental. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 1997;

JARASS, Hans D. “Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. Objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*. [s.l.]: Mohr Siebek, v. 110, n. 3, 1985. Disponível em: www.jstor.com/stable/44306390. Acesso em: 31.03.2019.

_____. “Bausteine Einer Umfassenden Grundrechtsdogmatik”. *Archiv Des Öffentlichen Rechts*. [s.l.]: Mohr Siebeck, v. 120, n. 3, 1995. Disponível em: www.jstor.org/stable/44316123. Acesso em 13.08.2019.

JELLINEK, Georg. *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*. Trad. da 2.^a ed. alemã de *System des subjektiven öffentlichen Rechts*. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

JONAS, Hans. *O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. do orig. alemão Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio, 2006.

KANT, Immanuel. *Fundamentação Metafísica dos Costumes e outros Escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011.

KERMELE, Nejma. “Bartolomé de Las Casas”. *Témoigner. Entre histoire et mémoire*. 119 | 2014. Publicado na rede mundial de computadores em 01.01.2016. Disponível em: <https://journals.openedition.org/temoigner/1490>. Acesso em: 13.06.2018.

KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. *Grundrechte Staatsrecht II*. 34.^a ed., Heidelberg: C. F. Müller, 2018.

KISS, Alexandre. “An introductory note on human right to environment”, in: WEISS, Edith Brown (Ed.). *Environmental change and international law: New challenges and dimensions*. Tokyo: United Nations University, 1992. Disponível em: <http://archive.unu.edu/unupress/unupbooks/uu25ee/uu25ee00.htm#Contents>. Acesso em: 29.06.2018.

_____; BEURIER, Jean Pierre, *Droit International de l'Environnement*. 3.^a ed. Paris: Pedone, 2004.

KLATT, Mathias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, U.K.: Oxford University Press, 2012.

KLEIN, Eckart. “Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates”. *Neue Juristische Wochenschrift*. München: C.H. Beck, jul. 1989.

KLEIN, Hans H. “Die grundrechtliche Schutzpflicht”. *Deutsches Verwaltungsblatt*. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag, mai. 1994.

KLOEPFER, Michael. *Umweltrecht*. 4.^a ed. Munique: C.H. Beck, 2016.

KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le Principe de Precaution – Rapport au Premier Ministre*. 15.out.1999. Disponível em: <https://www.vie-publique.fr/rapport/26392-le-principe-de-precaution-rapport-au-premier-ministre> Acesso em 30.10.2019.

KRELL, Andreas Joachim. “Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do ‘risco integral’”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 35, n.

- 139, jul./set.1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/385/r139-02.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 30.10.2019.
- KRINGS, Günter. *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche*, Berlin: Duncker und Humblot, 2003.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- LAIN, Corinna. "Upside-Down Judicial Review". *The Georgetown Law Journal*, v. 101, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1984060. Acesso em 08.12.2019.
- LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no Direito Constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros, 2017.
- LEE, Chien-liang. "Grundrechtsschutz unter Untermaßverbot?", in: GROTE, Rainer; HÄRTEL, Ines; HAIN, Karl-E. (Hrsg.). *Die Ordnung der Freiheit: Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag*.
- LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo; FERNANDES, Daniele Cana Verde. "O Dano Moral Ambiental e sua Reparação". *Revista de Direito Ambiental*, n. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez.1996.
- _____. CARVALHO, Délton Winter de. "Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil por Danos Ambientais". *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47, jul./set. 2007.
- _____. AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática*. 7.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. Comentários ao art. 225, § 3.^o, in: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang et. al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP).
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2006.
- LEMIEUX, Scott E.; WATKINS, David J. *Judicial Review and Contemporary Democratic Theory: Power, Domination and the Courts*. New York-Abingdon: Routledge, 2018.
- LEMONS, Patrícia Faga Iglecias. *Direito Ambiental: responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. "Responsabilidade Civil e Dano ao Meio Ambiente: novos rumos", in: MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). *Dano ambiental: responsabilidade em matéria ambiental*. (Coleção doutrinas essenciais, Direito Ambiental, v. 5). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. *Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário: análise do nexo causal*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. *Resíduos Sólidos e Responsabilidade Civil Pós-consumo*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

- LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LOPES, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- LÓPEZ, Fernando Ramón. “El derecho ambiental como derecho de la función pública de la protección de los recursos naturales”, in: MUÑIZ, José Manuel Valle (coord.). *La Protección Jurídica del Medio Ambiente*. Pamplona: Aranzadi, 1997.
- LÜBBE-WOLFF, Gertrude. *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte: Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*. Baden-Baden: Nomos, 1998.
- LUCARELLI, Fábio Dutra. “Responsabilidade Civil por Dano Ecológico”, in: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). *Dano ambiental: responsabilidade em matéria ambiental*. (Coleção doutrinas essenciais, Direito Ambiental, v. 5). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.
- MACHADO, Marta de Toledo. *Proibições de Excesso e Proteção Insuficiente no Direito Penal*. São Paulo: Verbatim, 2008.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 26.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 10.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. 6.^a ed. Curitiba: Verbo Jurídico, 2010.
- MARINO, Bruno di; FERRAZ, Álvaro. “A saga jurisprudencial do dano moral coletivo: tinha razão o saudoso ministro Teori Zavascki”. *Migalhas*. 29.mar.2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI299108,71043-A+saga+jurisprudencial+do+dano+moral+coletivo+tinha+razao+o+saudoso>. Acesso em 06.11.2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. “Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova Segundo as Peculiaridades do Caso Concreto”. *Argumenta Journal Law*. Jacarezinho, n.5, 2005. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/42> Acesso em 12.01.2020.
- _____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção de acordo com o CPC de 2015*. 3.^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. *Tutela Inibitória e Tutela de Remoção do Ilícito*. 7.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

- _____. “O Direito Ambiental e As Ações Inibitória e de Remoção do Ilícito”. [s.d]. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-O-DIREITO-AMBIENTAL-E-AS-AÇÕES-INIBITÓRIA-E-DE-REMOÇÃO-DO-ILÍCITO.pdf>. Acesso em: 11.01.2020.
- MARMELSTEIN, Carlos. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2018.
- MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Trad. de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. *Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung-KAS, v. 1, 2016.
- _____. *Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung-KAS, v. 2, 2018.
- MARTINS-COSTA, Judith. “A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do ‘venire contra factum proprium’”. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 32, n. 97, jan./mar. 2005.
- _____; PARGENDLER, Mariana Souza. “Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o Direito Brasileiro)”. *Revista Centro de Estudos Judiciários*. Brasília, v. 9, n. 28, jan./mar. 2005.
- MATTOS, Caio. “Democracia é insubstituível e melhor regime para 42 países, diz estudo”. *Veja “on line”*, 13.12.2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/democracia-e-insubstituivel-e-melhor-regime-para-42-paises-diz-estudo/>. Acesso em: 15.12.2019.
- MAURER, Hartmut. *Staatsrecht I*. 6.^a ed. München: C.H. Beck, 2010.
- MAYER, Matthias. *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie: Die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich*. Baden-Baden: Nomos, 2005.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural e outros interesses*. 22.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura. *Meio Ambiente – direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. “Proteção Ambiental e Ação Civil Pública”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 165, jul./set. 1986. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45164>. Acesso em: 30.10.2019.
- MELO, Melissa Ely. *Restauração Ambiental: do dever jurídico às técnicas reparatórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- MENDES, Conrado Hübner. O Projeto de uma Corte Deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula et al (org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.

- MENDES, Gilmar Ferreira. “Os Limites da Revisão Constitucional”. *Revista dos Tribunais Online*, pub. orig. em *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, out./dez.1997 (paginação da versão eletrônica difere da versão impressa). Disponível em: www.rtonline.com.br. Acesso em: 26.11.2019.
- _____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 6.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____; STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao art. 102, § 1.^o, in: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang et. al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP).
- _____. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP).
- MENDES, João Múcio Amado. “A Responsabilidade Civil do Proprietário de Área Contaminada: algumas reflexões sobre a lei de áreas contaminadas do Estado de São Paulo (Lei 13.577/2009)”, in: Benjamin, Antonio H. et al. (org.) *Anais do 17.º Congresso Brasileiro e 7.º Congresso de Estudantes de Direito Ambiental*. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, v. 2, 2012.
- MESQUITA, Manuel Henrique. *Obrigações Reais e Ônus Reais*. Coimbra: Almedina, 2003.
- MICHAEL, Lothar. “As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade”, in: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo*. Trad. HECK, Luís Afonso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. “Verhältnismäßigkeit als Schlüssel(bund)konzept”, in: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). *Verhältnismäßigkeit: zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.
- MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial – Direito das Coisas. Direitos Reais Limitados. Enfiteuse. Servidões*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. XVIII. 1971.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra, t. I, 2005.
- _____. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, t. 4, 2015.
- _____. *Direitos Fundamentais*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro: doutrina – jurisprudência – legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- MIRANDOLA, Giovanni Pico della. *Discurso sobre a Dignidade do Homem*. Trad. GANHO, Maria de Lourdes Sirgado. 6.^a ed. Lisboa: Edições 70, 2018. Formato Kindle.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

- MOLLO, Marcelo; JOHL, Alyssa; WAGNER, J. Martin et al. *Environmental Human Rights Report: Human Rights and the Environment – Materials for the 61st Session of the United Nations Commission on Human Rights*. Geneva, March 14 – April 22, 2005. Oakland, California: Earthjustice Legal Defense Fund, 2005, n. 172; Disponível em: http://earthjustice.org/sites/default/files/library/references/2005_ENVIRONMENTAL_RIGHTS_REPORTrev.pdf. Acesso em: 29.05.2018.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 8.^a ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- MÖSTL, Markus. *Die Staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.
- MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- MURSWIEK, Dietrich. *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*. Berlin: Duncker und Humblot, 1985.
- NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004.
- NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. *Direitos Fundamentais e sua Dimensão Objetiva*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2016.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria B. B. de Andrade. “Responsabilidade Civil, Meio-Ambiente e Ação Coletiva Ambiental”, in: BENJAMIN, Antonio Herman V. (coord.). *Dano ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 1993.
- _____. “Responsabilidade Civil por Dano Ecológico e a Ação Civil Pública”, in: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). *Dano ambiental: responsabilidade em matéria ambiental*. (Coleção doutrinas essenciais, Direito Ambiental, v. 5). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 3.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- NIPPERDEY, Itans Carl. “Grundrechte und Privatrecht”, in: *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag*. München: C. H. Beck, 1962.
- NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Formato e-Pub.
- _____. “O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil”, in: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (orgs.). *Responsabilidade Civil*. (Coleção doutrinas essenciais, Responsabilidade Civil, v. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- _____. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.
- _____. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, 2.^a ed. Coimbra: AAFDL Editora, 2017.
- _____. *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de proteção à proibição do défice*. Coimbra: Almedina, 2018.
- _____. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Coimbra: AAFDL, 2019.
- _____. *Princípios Estruturantes do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019.
- NUNES, Anelise Coelho. *A Titularidade dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.
- OLIVEIRA, William Figueiredo. *Dano Moral Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- PACCAGNELLA, Luis Henrique. “Função socioambiental da propriedade rural e Áreas de Preservação Permanente e Reserva Florestal Legal”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 8, 1997.
- PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- PASCUAL, Gabriel Doménech. *Derechos Fundamentales y Riesgos Tecnológicos: el derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- PASQUALOTTO, Adalberto. “Responsabilidade Civil por Dano Ambiental: Considerações de Ordem Material e Processual”, in: BENJAMIN, Antonio Herman V. (coord.). *Dano ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 1993.
- PENDERGRASS, John. “Direito Ambiental nos Estados Unidos da América”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, jan./mar.1996
- PERALES, Carlos de Miguel. *La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente*. 2.^a ed. Madrid: Civitas, 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12.^a ed. Atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro, Forense, 2018.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- PEREIRA, Vinícius. “Brasileiros estão entre os mais céticos com política na região, diz estudo”. *Folha de São Paulo “on line”*, 05.04.2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/04/1757330-brasileiros-estao-entre->

- os-mais-ceticos-com-politica-na-regiao-diz-estudo.shtml. Acesso em: 08.12.2019.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5.ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- _____. “Kant y los derechos humanos”, in: MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba; GARCÍA, Eusebio Fernández; ROIG, Rafael de Asís (dir.) *História de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, t. 2, v. 2, 2009.
- _____. “Las generaciones de derechos humanos”. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*. [Universidade Federal de Santa Maria].[s.l.:s.e.], v. 2, n. 1, jan./jun., 2013, Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/10183/pdf_1#.WwwsuExFzLM. Acesso em: 28.05.2018.
- _____. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 2013; [s.l.]: Kobo Editions, 2016. Formato e-Pub.
- PETTIT, Philip. *A Theory of Freedom: from the psychology to the Politics of Agency*. Cambridge: Polity Press, 2001. Formato Kindle,
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 28.ª ed. Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg: C.F. Muller, 2012.
- PINHO, Hortência Gomes. *Prevenção e Reparação de Danos Ambientais: as medidas de reposição natural, compensatórias e preventivas e a indenização pecuniária*. Rio de Janeiro: GZ; Stuttgart, Alemanha: R. Bosch, 2010.
- PINTO, Paulo Mota. “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”. *Portugal-Brasil Ano 2000*. Coimbra: Coimbra, 1999.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PIVA, Rui Carvalho. *Bem Ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- POORTER, Jurgen de; BALLIN, Ernst Hirsch; LAVRIJSEN, Saskia. *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*. Heidelberg: T.M.C. Asser Press, 2019. Formato Kindle.
- PORTO, Mário Moacyr. “Pluralidade de causas do dano e redução da indenização – Força maior e dano ao ambiente”, in: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). *Dano ambiental: responsabilidade em matéria ambiental*. (Coleção doutrinas essenciais, Direito Ambiental, v. 5). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- POPPER, Karl R. *A Lógica da Pesquisa Científica*. trad. HEGENBERG, Leonidas; MOTA, Octanny Silveira da. 2.ª ed. São Paulo: Cultrix, 2013.
- POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
- PRIGOGINE, Ilya. *O Fim das Certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. 2.ª ed. São Paulo: UNESP, 2011.
- PUGA, Mariela. “La Litis Estructural em el Caso Brown v. Board of Education”, in: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos Estruturais*. 2.ª ed. Salvador: Juspodivm.

- PULIDO, Carlos Bernal. *Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales: el principio de proporcionalidade como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. 4.^a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. Formato e-Pub.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. *Curso de Direitos Humanos*. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Formato Kindle.
- RASSOW, Reinhard. “Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes”. *Zeitschrift für Gesetzgebung*. Heidelberg: Müller, n. 20, 2005.
- _____. *Staatliche Schutzpflichten für geistiges Eigentum* (Verfassungsrecht in Forschung und Praxis). Hamburg: Dr. Kovac, 2006.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REHBINDER, Eckard. “Ziele, Grundsätze, Strategien und Instrumente”, in: REHBINDER, Eckard; SCHINK, Alexander (Hrsg.). *Grundzüge des Umweltrechts*. 5.^a ed. Berlin: Erick Schmidt, 2018.
- ROBBERS, Gerhard. *Sicherheit als Menschenrecht: Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion*. Baden-Baden: Nomos, 1997.
- RODOTÀ, Stefano. *Il Terribile Diritto – studi sulla proprietà privata e i beni comuni*. 3.^a ed. Bologna: Il Mulino, 2013.
- RODRIGUES, Luis Fernando Matricardi. *A Proibição de Insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?* São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/158_MLF.pdf. Acesso em 05.01.2018.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de Direito Ambiental*. São Paulo: Max Limonad, v. 1, 2002.
- ROMANO, Santi. *Principii di Diritto Costituzionale Generale*. 2.^a ed. riv. Milano: A. Giuffrè, 1946.
- ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ROßNAGEL, Alexander. *Grundrechte und Kernkraftwerke*. Heidelberg:[s.e.], 1979.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. “Princípio da Proporcionalidade”, in: OLIVEIRA NETO; Olavo de; LOPES, M. E. de Castro (orgs.). *Princípios Processuais Civis na Constituição*. São Paulo: Elsevier, 2008.
- RUFFERT, Matthias. *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts – Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
- SACHS, Michael. “Einführung”, in: SACHS, Michael (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar*. 3.^a ed. München: C.H. Beck, 2003.

- SALGE JUNIOR, Durval. *Instituição do Bem Ambiental no Brasil, pela Constituição Federal de 1988: seus reflexos jurídicos ante os bens da União*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. “Propriedade imobiliária e obrigações *propter rem* pela recuperação ambiental do solo degradado”. *Revista dos Tribunais Online*, pub. orig. in: Revista de Direito Ambiental, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 34, abr./jun., 2004 (paginação da versão eletrônica difere da versão impressa). Disponível em: www.rtonline.com.br. Acesso em 15.10.2019.
- SAMPAIO, Francisco José Marques. *Responsabilidade Civil e Reparação de Danos ao Meio Ambiente*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- _____. *Evolução da Responsabilidade Civil e Reparação de Danos Ambientais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SAMPAIO, Jorge Silva. *O Dever de Protecção Policial de Direitos, Liberdades e Garantias*. Coimbra: Coimbra, 2012.
- SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. 4.^a ed. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- SANDS, Philippe; PEEL, Jacqueline. *Principles of International Environmental Law*. 4.^a ed. Cambridge, U.K: Cambridge University Press, 2008. Formato Kindle,
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48. Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra/Centro de Estudos Sociais, jun/1997. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF. Acesso em: 30.06.2018.
- SANTOS, Cláudia Maria Cruz; DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo; ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa, in: CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho (coord. cient.). *Introdução ao Direito do Ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), *A Constituição Concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____. “A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais”, in: SAMPAIO, José A. Leite. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____. “Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência”. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 81, 2005.
- _____. “Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível”, in: BONAVIDES, P.; Lima, F. G. M. de; BEDÊ, F. S. (orgs.). *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

- _____. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- _____; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do Direito Ambiental*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 13.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- _____; BRANDÃO, Rodrigo. Comentários ao art. 60, in: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang et. al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP).
- _____; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ecológico*. 6.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SCAFF, Fernando Campos; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. “Da Culpa ao Risco na Responsabilidade Civil”, in: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital (Coord.), *Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.
- SCHERZBERG, Arno. *Grundrechtsschutz und “Eingriffsintensität“: Das Ausmass individueller Grundrechtsbetroffenheit als materiellrechtliche und kompetenzielle Determinante der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Fachgerichtsbarkeit im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.
- _____. “Wertkonflikte vor dem Bundesverfassungsgericht – zur Bewältigung politisch-moralischer Streitfragen im Verfassungsrecht”. *Deutsches Verwaltungsblatt*. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag, 1999.
- SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. München: C.H. Beck, 1985.
- SCHMIDT-JORTZIG, E. “Grundrechte und Liberalismus”, in: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Hg.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. Heidelberg: C. F. Müller, v.1, 2004.
- SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6.^a ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- SCHULTZE-FIELITZ, Helmuth, In: DREIER, Horst (Hrsg.) *Grundgesetz Kommentar*. 3.^a ed. Tübingen: Mohr Siebeck, v.2, 2015.
- SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, Königstein: Athenäum, 1980.
- _____. “Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen”. *Besteuerung und Eigentum: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Innsbruck vom 1. bis 4.*

- Oktober 1980 (pp. i–ii). “*Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*”. Berlin-New York: de Gruyter, 1981. Formato pdf.
- SCHWABE, Jürgen. *Die Sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*. München: Goldmann, 1971.
- _____. “Bundesverfassungsgericht und ‚Drittwirkung‘ der Grundrechte“. *Archiv des öffentlichen Rechts*. [s.l.]: Mohr Siebeck, 100, n. 3, 1975. Disponível em: www.jstor.org/stable/44305602. Acesso em: 28.03.2019.
- _____. *Probleme der Grundrechtsdogmatik*. Darmstadt: s. e., 1977.
- SCHWETZEL, Wolfram. *Freiheit, Sicherheit, Terror: Das Verhältnis von Freiheit nach dem 11. September 2001 auf verfassungsrechtlicher und einfachgesetzlicher Ebene*. München: Vahlen, 2007.
- SEEWALD, Otfried. *Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit*. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns, 1981.
- SHAPIRO, Ian. *The State of Democratic Theory*. Princeton-Woodstock: Princeton University Press, 2003. Formato Kindle.
- SIECKMANN, Jan-Reinard. *Legal Reasoning: the methods of balancing*. Stuttgart: Steiner, 2010.
- SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Protecção dos Direitos Fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica, 2015.
- SILVA, José Afonso da. “Fundamentos Constitucionais da Protecção do Meio Ambiente”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set., n. 27, 2002.
- _____. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. *Comentário Contextual à Constituição*. 9.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. STAUT JÚNIOR, Sebastião Vilela. “Apontamentos sobre a Responsabilidade Civil do Poder Público enquanto Réu em Ação Civil Pública de Natureza Ambiental”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: IBAP, APRODAB, v. 36, mar./abr. 2006.
- SILVA, Virgílio Afonso da. “Prinzipientheorie, Abwägungskompetenzen und Gewaltenteilung”, in: SIECKMANN, Jan-R. (Hrsg.). *Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2007.
- _____. “Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico”, in: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente*. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *A Protecção Internacional do Meio Ambiente*. Barueri: Manole, 2003.

- SOARES-FILHO, Britaldo Silveira. *Impacto da Revisão do Código Florestal: como viabilizar o grande desafio adiante?* SAE; UFMG, [s.d]. Disponível em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/artigo-codigo-florestal_britaldo_soares_sae_2013pdf.pdf. Acesso em: 13.01.2020.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2.^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- STAECHLIN, Gregor. “Läßt sich das ‘Unrtemaßverbot’ mit einem liberalen Strafrechtskonzept vereinbaren?”, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a M. (Hrsg.). *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt am Main – Berlin - Bern: Peter Lang, v. 50, 1995.
- STARCK, Christian. “Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens: Zum zweiten Abtreibungsurteil des BVerfG”. *JuristenZeitung*. [s.l.]: Mohr Siebeck, n. 17, set., 1993.
- STEIGLEDER, Annelise Monteiro. “Aspectos jurídicos da reparação de áreas contaminadas por resíduos industriais”. *Revista dos Tribunais Online*, pub. orig. in: *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29, jan./mar., 2003 (paginação da versão eletrônica difere da versão impressa). Disponível em: www.rtonline.com.br. Acesso em 15.10.2019.
- _____. *Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. 2.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte*. München: C.H. Beck, v. III/1, 1988.
- STOCCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 10.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- STÖRRING, Lars Peter. *Das Untermaßverbot in der Diskussion: Untersuchung einer umstrittenen Rechtsfigur*. Berlin: Duncker und Humblot, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. “Bem Jurídico e Constituição: da Proibição de Excesso (Übermaßverbot) à Proibição da Proteção Deficiente (Untermaßverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. 80, 2004.
- _____. *Jurisdição Constitucional*. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- SZCZEKALLA, Peter. *Die sogenannten Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*. Berlin: Duncker und Humblot, 2002.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 16.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano Moral Coletivo: a configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos*. Curitiba: Juruá, 2014.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2011.

- THIBIERGE, Catherine. “Libre propôs sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers um alargissement de la fonction de la responsabilité civile?)”. *Revue trimestrielle de droit civil*. Paris: Dalloz, n.3 jul./set. 1999.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. “Derechos de solidariedad”, in: ARANGUREN et al., *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. San José (Costa Rica): IIDH, t. 1, 1994. Disponível em: <http://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2250/estudios-basicos-01-1994.pdf>. Acesso em: 12.06.2018.
- TUNC, André. *La Responsabilité Civile*. Paris: Economica, 1981.
- TZEMOS, Vasileios. *Das Untermaßverbot*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004.
- UNGER, Russel. “Brandishing the Precautionary Principle through the Alien Tort Claims Act”, in: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). *Dano ambiental: responsabilidade em matéria ambiental*. (Coleção doutrinas essenciais, Direito Ambiental, v. 5). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- UNRUH, Peter. *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.
- VAN DER BROOKE, Alexandre Moreira. *Direitos Fundamentais e Proibição da Proteção Suficiente (Untermaßverbot)*. Curitiba: CRV, 2016.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Obrigações e Responsabilidade Civil*. 19.^a ed. São Paulo: Atlas, v. 2, 2019.
- VESTENA, Carolina Alves. *Participação ou Formalismo? O Impacto das Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal Brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas, 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/7832>. Acesso em 29.12.2019.
- VIEIRA, Oscar Viena. “A Constituição como Reserva de Justiça”. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política [on line]*. N. 42, 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n42/a03n42.pdf>. Acesso em: 25.11.2019.
- WAHL, Rainer; MASING, Johannes. “Schutz Durch Eingriff”. *JuristenZeitung*. [s.l.]: Mohr Siebeck, v. 45, n. 12, 1990. Disponível em: www.jstor.org/stable/20821522. Acesso em: 25.08.2019.
- WANDT, Andrew P. H. *Die Begrenzung der Aktionärsrechte der öffentlichen Hand*. Berlin: Duncker und Humblot, 2005.
- WEDY, Gabriel. *O princípio constitucional da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública*. 2.^a ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.
- _____; MOREIRA, Rafael Martins Costa. *Manual de Direito Ambiental: de acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- WEISS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- WEISS, Edith Brown. *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity*. Tokyo: The United Nations University; New York: Transnational Publishers, 1992.

- WOLKMER, Antonio Carlos. “Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos ‘novos’ direitos”. *Revista Jurídica*. Curitiba: Unicuritiba, vol. 2, n. 31, 2013. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593/454>. Acesso em: 30.05.2018.
- YOKOHAMA, Alessandro Otavio. *Teoria da Proporcionalidade: o judiciário como legislador*. Curitiba: Juruá, 2018
- ZAGREBELSKI, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia Costituzionale II: Oggetti, procedimenti, decisioni*. 2.^a ed. Bologna: Il Mulino, 2018.
- ZWERMANN-MILSTEIN, Nina Tabea. *Grund und Grenzen einer verfassungsrechtlich gebotenen gesundheitlichen Mindestversorgung*. Baden-Baden: Nomos, 2015.