



SENADO FEDERAL



O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL

Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor
e Fiscalização e Controle

BRASÍLIA – DF



SENADO FEDERAL

COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA
DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL

BRASÍLIA – DF

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL

Apresentação – Senador Rodrigo Rollemberg

Michel Prieur

Antonio Herman Benjamin

Carlos Alberto Molinaro

Ingo Wolfgang Sarlet

Tiago Fensterseifer

Patryck de Araújo Ayala

Walter Claudius Rothenburg

SUMÁRIO

	<i>Pág.</i>
Apresentação (<i>Senador Rodrigo Rollemberg</i>)	7
1. O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental (<i>Michel Prieur</i>)	11
2. Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental (<i>Antonio Herman Benjamin</i>)	55
3. Interdição da retrogradação ambiental – Reflexões sobre um princípio (<i>Carlos Alberto Molinaro</i>).....	73
4. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental (<i>Ingo Wolfgang Sarlet, Tiago Fensterseifer</i>)	121
5. Direito fundamental ao ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na Constituição brasileira (<i>Patryck de Araújo Ayala</i>)	207
6. Não retrocesso ambiental: direito fundamental e controle de constitucionalidade (<i>Walter Claudius Rotherburg</i>)	247

APRESENTAÇÃO

Consolidar em nosso arcabouço jurídico o princípio da proibição do retrocesso ambiental é demanda premente da época atual, quando a humanidade vive o dilema de colocar um freio no contínuo processo de devastação dos recursos naturais. O momento é decisivo e aponta na direção da afirmação dos direitos estatuídos, jamais na regressão, no voltar às práticas do passado que não mais queremos, nem necessitamos.

Consciente da importância e urgência desse debate, a Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA) do Senado Federal tomou a iniciativa de realizar, pela primeira vez no Parlamento brasileiro, um Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental, em 29 de março de 2012. Os trabalhos foram coordenados pelo Ministro e Professor Antonio Herman Benjamin, precursor do tema no Brasil e um dos expoentes do Direito Ambiental no mundo. Além dos especialistas convidados, a mesa de debates contou com a participação dos senadores Pedro Taques e Randolfé Rodrigues. Cerca de 150 pessoas participaram do evento.

Conforme indicam os ilustres conferencistas, em seus textos publicados neste livro, há sólidos fundamentos éticos, políticos, constitucionais, legais e jurisprudenciais no Brasil

e em outras Nações a garantir o não retrocesso das conquistas jurídico-ambientais, na esteira da tendência que também se observa no terreno dos direitos humanos. A Constituição Federal de 1988 preconiza, em seu artigo 225, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de direito atribuído a um sujeito plural, sobre um bem de uso comum. O que ainda falta é proclamar claramente que este é um direito fundamental do indivíduo e da coletividade que, portanto, não deve ficar à mercê de pressões econômicas de momento ou de outras demandas do capitalismo selvagem, antítese do desenvolvimento sustentável. Isso vale para os avanços em tratados internacionais, e sobretudo para a legislação nacional.

Daí não poder deixar de concordar, plenamente, com os respeitados juristas, quando apontam que os Estados precisam consagrar, no plano global e doméstico, o princípio da proibição do retrocesso ambiental. Minha esperança, como de muitos outros, é que esse compromisso conste expressamente do documento final da Conferência nas Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável – Rio+20. Além de implementar acordos firmados na conferência de 1992, a Rio+20 necessita reafirmar a não regressão, a fim de impedir o recuo, por ação ou omissão, no (insuficiente) nível de proteção jurídica que o meio ambiente já alcançou.

Se não tomarmos providências imediatas e eficazes, a biodiversidade e o patrimônio genético do Planeta ficarão se-

riamente comprometidos, com cicatrizes permanentes, diante da irreversibilidade de muitos dos danos que estamos causando. Apesar de detentor de riqueza biológica inigualável, o Brasil já tem mais de 600 espécies de sua fauna ameaçadas de extinção. O que dizer, então, de outras Nações que destruíram a maior parte de seus ecossistemas naturais? Urge fechar as lacunas na legislação e avançar, criando novos mecanismos de salvaguarda da Natureza.

É hora, pois, de caminhar para a frente, nunca para trás.

Senador **Rodrigo Rollemberg**

Presidente da CMA

1

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL¹

*Michel Prieur*²

Introdução

Em nome da soberania dos parlamentos, o tempo do direito recusa a ideia de um direito adquirido sobre as leis: “o que uma lei pode fazer, outra lei pode desfazer”. Não estaria aí, na seara ambiental, uma porta aberta ao retrocesso do direito, capaz de prejudicar as gerações presentes e futuras?

O ambiente é uma política-valor que, por seu peso, traduz uma busca incessante de um melhor ser, humano e animal, em nome do progresso permanente da sociedade. Assim, em sendo as políticas ambientais o reflexo da busca de um melhor viver, de um respeito à natureza, elas deveriam vedar todo tipo de regressão.

1 Tradução de José Antônio Tietzmann e Silva, advogado e consultor em Direito Ambiental em Goiânia (Jônathas Silva e Adv. Associados - Brasil), Professor do Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da PUC Goiás (Brasil), Professor colaborador e pesquisador associado ao CRIDEAU-OMIJ (UNILIM - França), Professor colaborador do Mestrado em Direito Ambiental e Proteção do Patrimônio Cultural da Universidade Nacional do Litoral (UNL - Argentina).

2 Professor Emérito da Universidade de Limoges (UNILIM - França), Diretor Honorífico da Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas da UNILIM (França), Presidente do Centro Internacional de Direito Ambiental Comparado (CIDCE - França), Membro da Comissão de Direito Ambiental da UICN

O objetivo principal do Direito Ambiental é o de contribuir à diminuição da poluição e à preservação da diversidade biológica. Contudo, no momento em que o Direito Ambiental é consagrado por um grande número de constituições como um novo direito humano, ele é paradoxalmente ameaçado em sua essência. Em vista disso, não deveria o Direito Ambiental entrar na categoria das regras jurídicas eternas, irreversíveis e, assim, não revogáveis, em nome do interesse comum da Humanidade?

No atual momento, são várias as ameaças que podem ensejar o recuo do Direito Ambiental: a) ameaças políticas: a vontade demagógica de simplificar o direito leva à desregulamentação e, mesmo, à “deslegislação” em matéria ambiental, visto o número crescente de normas jurídicas ambientais, tanto no plano internacional quanto no plano nacional; b) ameaças econômicas: a crise econômica mundial favorece os discursos que reclamam menos obrigações jurídicas no âmbito do meio ambiente, sendo que, dentre eles, alguns consideram que essas obrigações seriam um freio ao desenvolvimento e à luta contra a pobreza; c) ameaças psicológicas: a amplitude das normas em matéria ambiental constitui um conjunto complexo, dificilmente acessível aos não especialistas, o que favorece o discurso em favor de uma redução das obrigações do Direito Ambiental.

As formas de regressão são diversas: a) excepcionais em Direito Internacional Ambiental,³ elas são difusas no Direi-

3 A primeira regressão formal em direito internacional consiste na denúncia do Protocolo de Kyoto pelo Canadá, por ocasião da 17ª COP à Convenção sobre as mu-

to Comunitário, por ocasião da revisão de certas diretivas; b) nas normas de Direito Ambiental interno, entretanto, há, em vários países, uma crescente regressão, que é, nas mais das vezes, insidiosa: ela se dá por modificações aportadas às regras procedimentais, reduzindo a amplitude dos direitos à informação e à participação do público, sob o argumento de aliviar os procedimentos; ela ocorre, igualmente, pelas derrogações ou modificações das regras de Direito Ambiental, reduzindo ou transformando em inoperantes as regras em vigor.

Em face dessas ameaças de regressão, os juristas ambientais devem reagir de maneira dura, com fundamento em argumentos jurídicos inquestionáveis. A opinião pública, uma vez alertada, não admitiria retrocessos na proteção ambiental, visto que isso implica ameaça à própria saúde humana.

Um grupo de juristas, especialistas no tema, foi criado em agosto de 2010 no seio da Comissão de Direito Ambiental da União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN). Seu objetivo é compartilhar, na esfera universal, as experiências e os argumentos jurídicos capazes de frear as ameaças de retrocesso do Direito Ambiental (PRIEUR e SOZZO, 2012).

Para descrever esse risco de “não retrocesso”, a terminologia utilizada pela doutrina é ainda hesitante. Em certos países, fala-se num princípio de *stand still* (imobilidade). É o caso da Bélgica (HACHEZ, 2008). Na França, utiliza-se o

danças climáticas, realizada em Durban em dezembro de 2011. Existe uma ação, na justiça canadense, em desfavor do Estado, a esse propósito.

conceito de efeito *cliquet* (trava), ou regra do *cliquet anti-retour* (trava anti-retorno). Os autores falam, ainda, da “intangibilidade” de certos direitos fundamentais (de FROUVILLE, 2004). O não retrocesso está assimilado, igualmente, à teoria dos direitos adquiridos, quando esta última pode ser atacada pela regressão. Evoca-se também a “irreversibilidade”, notadamente em matéria de direitos humanos.⁴ Enfim, utiliza-se a ideia de cláusula de *status quo*.⁵ Em inglês, encontramos a expressão *eternity clause* ou *entrenched clause*, em espanhol, *prohibición de regresividad o de retroceso*, em português, proibição de retrocesso. Utilizaremos a fórmula de “princípio de não regressão”, para mostrar que não se trata de uma simples cláusula, mas de um verdadeiro princípio geral do Direito Ambiental, na medida em que o que está em jogo é a salvaguarda dos progressos obtidos para evitar ou limitar a deterioração do meio ambiente.

Tendo em vista sua forma genérica, o princípio de não regressão é, além de um princípio, a expressão de um dever de não regressão que se impõe à Administração. Uma fórmula positiva, como um “princípio de progressão”, não foi por nós escolhida por ser demasiado vaga e pelo fato de se aplicar, de fato, a toda norma enquanto instrumento, funcionando a serviço dos fins da sociedade. Ao nos servirmos da expressão

4 Teoria de Konrad Hesse.

5 Expressão utilizada por S.R. Osmani, relatório para a Comissão dos Direitos humanos sobre as Políticas de Desenvolvimento no contexto da Globalização, 7 de junho de 2004, E/CN.4/sub.2/2004/18.

“não regressão”, especificamente na seara do meio ambiente, entendemos que há distintos graus de proteção ambiental e que os avanços da legislação consistem em garantir, progressivamente, uma proteção a mais elevada possível, no interesse coletivo da Humanidade.

Na primeira edição de nosso *Droit de l'environnement*, publicado pela Editora Dalloz em 1984, havíamos chegado, de modo premonitório, na conclusão, à seguinte pergunta: “regressão ou progressão do Direito Ambiental?”. Constatávamos naquele momento apenas e tão-somente os retrocessos do Direito Ambiental já verificados em certas reformas, que se fizeram em nome da “desregulamentação” (PRIEUR, 1987), sem que fossem propostos remédios a essa situação.

Desde então, tendo sido o meio ambiente consagrado como direito humano, podemos opor à regressão do Direito Ambiental argumentos jurídicos fortes, em nome da efetividade e da intangibilidade dos direitos humanos. A 6ª edição do *Droit de l'environnement*, de 2011, faz referência à regressão em vários capítulos e demonstra que a não regressão é uma necessidade urgente, para salvaguardar o futuro do Direito Ambiental (PRIEUR, 2011).⁶ As publicações francesas mais recentes têm igualmente concedido espaços novos à não regressão (VAN LANG, 2011; LAVIEILLE, 2011; NAIM-GESBERT, 2011).

6 Recomendamos, nesse sentido, consultar o índice alfabético da obra, vocábulo *régression*.

Para promover a não regressão como um novo princípio fundamental do Direito Ambiental, convém ter apoio numa argumentação jurídica que funda um novo princípio, que se agrega aos princípios já reconhecidos: prevenção, precaução, poluidor-pagador e participação do público. As bases dessa argumentação jurídica repousam sobre três elementos: a própria finalidade do Direito Ambiental, a necessidade de se afastar o princípio de mutabilidade do direito e a intangibilidade dos direitos humanos. Constataremos, então, que, do direito internacional ao direito nacional, encontram-se já várias ilustrações do princípio de não regressão, o que abarca, inclusive, a jurisprudência. A Conferência da Organização das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, também conhecida como Rio+20, foi a ocasião de suscitar, oficialmente, a discussão acerca da importância da não regressão como condição para o desenvolvimento sustentável.

I – OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO PRINCÍPIO DE NÃO REGRESSÃO

A – O caráter finalista do Direito Ambiental

Desde as suas origens, na década de 1970, o objetivo do Direito Ambiental não era apenas o de “regulamentar” o meio ambiente, mas o de contribuir à reação contra a degradação ambiental e o esgotamento dos recursos naturais. O Direito

Ambiental é, por natureza, um direito engajado, que age na luta contra as poluições e a perda da biodiversidade. É um direito que se define segundo um critério finalista, pois se dirige ao meio ambiente: implica uma obrigação de resultado, qual seja, a melhoria constante do estado do ambiente.

É o Direito Ambiental, também, a expressão política de uma ética ou de uma moral ambiental, segundo a expressão do presidente francês Georges Pompidou, em seu discurso de Chicago, de 28 de fevereiro de 1970. Todo retrocesso do Direito Ambiental seria, então, imoral. Seria, também, ilegal ou inconstitucional?

Verificaremos, desde logo, que os princípios clássicos do Direito Ambiental, como os que figuram na Declaração do Rio de Janeiro, de 1992, em vários tratados internacionais e nas constituições ou leis nacionais, podem facilmente serem interpretados como suportes do não retrocesso.

A prevenção impede o recuo das proteções; a sustentabilidade e as gerações futuras enviam à perenidade e à intangibilidade para preservar os direitos de nossos descendentes de poderem gozar de um ambiente não degradado; a precaução permite que a irreversibilidade seja evitada, esta um exemplo claro de regressão definitiva; a participação e a informação do público permitem a garantia de um nível de proteção suficiente, graças a um controle cidadão permanente. Enfim, segundo Ost (1999), a manutenção de um nível de proteção, ao menos equivalente àquele que já se chegou, não faz senão introduzir

“a posta em prática pensada de um projeto de sociedade, inscrito na perenidade”. Toda regra ambiental, *a priori*, tem por fim uma melhor proteção do meio ambiente. Não se imagina que a lei nova tenha a finalidade de permitir maiores níveis de poluição ou a destruição da natureza. Entretanto, várias são as normas sobre caça, em especial na França, que têm por objetivo reduzir os direitos da fauna silvestre, estendendo os períodos de caça ou sendo mais permissivas em relação às técnicas utilizadas pelos caçadores.

O que está em jogo aqui é a vontade de suprimir uma regra (constituição, lei ou decreto) ou de reduzir seus aportes em nome de interesses, claros ou dissimulados, tidos como superiores aos interesses ligados à proteção ambiental. A mudança da regra que conduz a uma regressão constitui um atentado direto à finalidade do texto inicial. O retrocesso em matéria ambiental não é imaginável. Não se pode considerar uma lei que, brutalmente, revogue normas antipoluição ou normas sobre a proteção da natureza; ou, ainda, que suprima, sem justificativa, áreas ambientalmente protegidas.

É de se notar, ainda, que a regressão do Direito Ambiental será sempre insidiosa e discreta, para que passe despercebida. E, por isso, ela se torna ainda mais perigosa. Os retrocessos discretos ameaçam todo o Direito Ambiental. Daí a necessidade de se enunciar claramente um princípio de não regressão, o qual deve ser consagrado tanto na esfera internacional quanto na esfera nacional.

B – A necessidade de se afastar o princípio da mutabilidade do Direito

Segundo os princípios da teoria jurídica, não se poderia simplesmente revogar a teoria da mutabilidade do Direito sem que os fundamentos do sistema democrático fossem ameaçados.

Os autores clássicos consideram que o Direito deve se submeter, necessariamente, a uma regra de adaptação permanente, reflexo da evolução das necessidades da sociedade. Toda regra jurídica deve poder ser modificada ou revogada a todo momento, pois não seria moralmente aceitável que uma “geração de homens tenha o poder de vincular ou de sujeitar a posteridade, até o fim dos tempos, ou de decidir para sempre como o mundo deva ser organizado” (Thomas Paine, *Les droits de l’homme*, 1792). É nesse sentido que o artigo 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 24 de junho de 1793, proclamava na França que “uma geração não pode sujeitar as gerações futuras às suas leis”. Este artigo nunca entrou em vigor.

O meio ambiente e o desenvolvimento sustentável nos obrigam a pensar hoje de maneira diferente, afastando o princípio da mutabilidade do Direito. Isso porque o meio ambiente, como os direitos humanos, constituem exceções a essa regra. Nesse sentido, há que se considerar que, junto com o princípio de desenvolvimento sustentável, não se pode esquecer dos direitos à vida e à saúde das gerações futuras e, assim,

há que se impedir que se tomem medidas que causariam danos a elas.

Reduzir ou revogar as regras de proteção ambiental teria como efeito impor às gerações futuras um ambiente mais degradado. Nesse sentido, o artigo 28, acima mencionado, se interpretado literalmente e combinado com o princípio do desenvolvimento sustentável, pode ser interpretado, no contexto ambiental e atual, como advogando em favor do princípio de não regressão, pois veda a submissão das gerações futuras a normas responsáveis pelo recuo na proteção jurídica do meio ambiente.

C – A intangibilidade dos direitos humanos

Segundo Rebecca J. Cook, “o princípio de não regressão está implícito nas convenções sobre os direitos humanos”.⁷ Na realidade, a não regressão dos direitos humanos é mais que implícita, ela é ética, prática e quase judiciária. Nos termos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a finalidade desses direitos é a de “favorecer o *progresso* social e *instaurar melhores condições de vida*”. Daí, resultam para os Estados obrigações positivas, em especial na seara ambiental. Assim, segundo a bela fórmula de um autor, a não regressão é “uma obrigação negativa inerente a toda obrigação positiva que decorre de um direito fundamental”. Vários textos internacionais de direitos humanos destacam o caráter progressivo dos

7 R.J. Cook, reservation to the convention on the elimination of all forms of discrimination against women, V.J.I.L. vol. 30, 1990, p. 683

direitos econômicos, sociais e culturais, aos quais se vincula o direito humano ao ambiente. Deduz-se, pois, dessa progressividade uma obrigação de não regressão, ou não regressiva.

O Pacto Internacional relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC) visa ao progresso constante dos direitos ali protegidos; é interpretado como proibindo a regressão. O Direito Ambiental, uma vez afirmando o direito humano ao ambiente, pode beneficiar-se dessa teoria do progresso constante, aplicada notadamente em matéria de direitos sociais. O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, em sua observação geral n. 3, de 14 de dezembro de 1990, estigmatiza “toda medida deliberadamente regressiva”. A observação geral n. 13, de 8 de dezembro de 1999, por sua vez, declara que “o Pacto não autoriza nenhuma medida regressiva que diga respeito ao direito à educação, tampouco aos demais direitos ali enumerados”.

A Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, interpretada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, incluiu o meio ambiente entre os direitos fundamentais que são protegidos indiretamente. A fórmula utilizada pela Corte no caso “Tatar contra Romênia”, de 27 de janeiro de 2009, leva a admitir um direito ao gozo de um meio ambiente são e protegido, por meio do artigo 8º da Convenção.⁸ Pode-se, desde logo, considerar que os artigos 17 e 53 da Convenção, que proíbem a interpretação

⁸ Vide artigo de J. P. Marguenaud na *Revue juridique de l'environnement*, 2010-1, p. 62.

extensiva das limitações aos direitos ali enunciados, reconhece – ainda que de forma muito prudente – uma certa obrigação de não regressão ou, pelo menos, uma obrigação de considerar o dispositivo que seja o mais favorável, em matéria de proteção dos direitos humanos enunciados pela Convenção.

Em caso de conflito entre uma norma e a Convenção, ou entre outra convenção e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, é o texto mais protetor do meio ambiente que deverá ser aplicado. O artigo 17, inspirado pelo artigo 30 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, encontrado nos artigos 5º de ambos os pactos de 1966, volta a proibir os Estados de se servirem dos direitos existentes para destruí-los ou limitá-los, visto como a “destruição” ou a “limitação” de um direito fundamental constitui, claramente, uma regressão. Todavia, nenhum julgado da Corte de Estrasburgo permite ainda medir precisamente como ela poderia reagir em face de retrocessos na proteção de um direito para além dos limites normalmente admitidos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em 1969, prevê em seu artigo 26 a garantia “progressiva” do pleno gozo dos direitos, o que implica, da mesma maneira que no PIDESC, uma adaptação temporal e a não regressão. O artigo 29, tratando das normas de interpretação, esclarece que não é possível suprimir o gozo dos direitos reconhecidos ou de restringir seu exercício para além do que preveja a Convenção.

O Protocolo de San Salvador sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, de 1988, comporta um artigo expressamente dedicado ao ambiente (artigo 11). Ora, mesmo que esse artigo não seja oponível diante da Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou da Corte, ele se submete ao princípio trazido pelo artigo 1º, relativo à progressividade dos direitos humanos, capaz de conduzir ao pleno exercício dos direitos reconhecidos, o que implica, necessariamente, sua não regressão.

De acordo com um comentário oficial da Organização dos Estados Americanos (OEA), as medidas regressivas são “todas as disposições ou políticas cuja aplicação significa uma diminuição do gozo ou do exercício de um direito protegido”.⁹ Um recuo na proteção ambiental constituiria, assim, uma regressão juridicamente condenável pelos órgãos de controle da Convenção e do Protocolo acima mencionados.

No caso dos Cinco aposentados contra o Peru, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em sua decisão n. 23/01, de 05 de março de 2001, declarou que “o caráter progressivo da maioria das obrigações dos Estados em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais implica, para os mesmos, uma obrigação geral e imediata de concretizar os direitos já consagrados, sem direito de voltar atrás. As regressões na matéria podem constituir uma violação, entre outros,

9 Conselho Permanente da OEA. *Normes pour l'élaboration des rapports périodiques prévues à l'art. 19 du Protocole de San Salvador*, OEA/Ser.G.CP/CAJP-222604, de 17 de dezembro de 2004.

do artigo 26 da Convenção Americana” (§ 86). A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em seu julgado n. 198, de 28 de fevereiro de 2003, confirmou o mérito da decisão da Comissão, sem precisar, entretanto, de maneira expressa, que a regressão configure uma violação da Convenção de 1969.

Essa proibição de retrocesso dos direitos humanos, aqui discretamente generalizada, pode talvez não chamar a atenção dos positivistas; ela é, entretanto, capaz de satisfazer aos moralistas e repercutirá, de forma inevitável, sobre o direito ao ambiente, enquanto novo direito humano. A aparição desse novo princípio, aplicável ao meio ambiente, está em total sinergia com o caráter finalista e voluntarista desse direito. Poderia, inclusive, levantar menos objeções e resistência do que a não regressão no âmbito dos direitos sociais.

Essa ideia de garantir um desenvolvimento contínuo e progressivo das modalidades do exercício de um direito ao ambiente, até aos níveis mais elevados de sua efetividade, pode parecer utópico. A efetividade máxima é a poluição zero. Sabemos que isso é impossível. Todavia, entre a poluição zero e o uso das melhores tecnologias disponíveis para reduzir a poluição existente, há uma grande margem de manobra.

A não regressão vai, assim, se situar num cursor entre a maior despoluição possível – que evoluirá no tempo, graças aos progressos científicos e tecnológicos – e o nível mínimo de proteção ambiental, que também evolui constantemente. O recuo hoje não seria o mesmo recuo de ontem, como se

pode notar das palavras de Naim Gesbert (2011, p. 28), para quem a não regressão permite uma adaptação “evolutiva, em espiral ascendente”, do Direito Ambiental.

II – AS ILUSTRAÇÕES DO PRINCÍPIO DE NÃO REGRESSÃO

A - Em Direito Internacional Ambiental

O Prof. Maurice Kamto, de modo perspicaz, constatou, desde 1998, que “o Direito Internacional Ambiental chama a atenção para as obrigações de *stand still*” (KAMTO, 1998). Com efeito, a não regressão figura, de maneira explícita ou implícita, nas declarações ou nas convenções internacionais ambientais, visto como, sejam elas de âmbito universal ou regional, visam, todas, à “melhoria do meio ambiente”. O caráter finalista do Direito Internacional Ambiental se verifica facilmente da leitura de todas as convenções internacionais sobre meio ambiente. Trata-se, como precisa o princípio 7º da Declaração do Rio de Janeiro de 1992, “de conservar, proteger e reestabelecer a saúde e a integridade do ecossistema terrestre”. Esse objetivo de proteção é, *a contrario sensu*, uma afirmação de que toda medida contrária a ele está proibida.

Certas convenções trazem, às vezes, de maneira expressa, que não se pode voltar atrás. Assim, nos termos do acordo norte-americano de cooperação na seara ambiental (ALENA), de 1994, e do acordo de livre comércio entre os Estados Unidos e a América Central (CAFTA-DR), de 2003, fica

proibida a redução dos níveis de proteção ambiental. Dessa forma, os Estados Unidos aceitaram a não regressão ambiental desde 1994 em seus tratados multilaterais, o que os levaria a estar numa posição desconfortável para negar a existência desse princípio.

A não regressão aparece igualmente nas cláusulas de salvaguarda, permitindo uma proteção reforçada do meio ambiente. O artigo 2º do Protocolo de Cartagena, de 2000, sobre a prevenção dos riscos biotecnológicos, permite aos Estados tomar “medidas mais rigorosas para a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica”. Na Convenção sobre o Direito do Mar, os artigos 208, 209 e 210 dizem respeito a diversos tipos de poluição marinha, impondo aos Estados que suas leis, regulamentos e medidas nacionais “não sejam menos eficazes que as normas de caráter mundial”. A Convenção de Basileia sobre o controle dos movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos, de 1989, permite aos Estados, em seu artigo 11, “impor condições suplementares para melhor proteger a saúde humana e o meio ambiente”. A Convenção de Berna de 1979 sobre a conservação da vida selvagem e do meio natural da Europa, permite aos Estados, em seu artigo 12, “adotar medidas mais rigorosas” do que as previstas pela Convenção. A Convenção de Helsinki, de 1992, sobre os efeitos transfronteiriços de acidentes industriais, prevê que as Partes possam adotar, de maneira individual ou conjunta, medidas “mais rigorosas” (artigo 2-8).

Nesse mesmo espírito, em caso de conflito entre as disposições de uma convenção e o direito nacional, certos tratados consagram, *a priori*, a superioridade da regra mais favorável ou mais estrita, em matéria de proteção ao ambiente. Citemos, como exemplo, o artigo 12 da Convenção Europeia da Paisagem, de 2000; o artigo XII-3, da Convenção de Bonn sobre as espécies migratórias que pertençam à flora selvagem; ou, ainda, o artigo 12 da Convenção de Berna relativa à conservação da vida selvagem e do meio natural da Europa. Essa superioridade jurídica da regra mais protetora do meio ambiente pode, inclusive, visar tanto às regras existentes, quanto às regras futuras (artigo 12 da Convenção Europeia da Paisagem).

Enfim, dentro das cláusulas de compatibilidade entre as distintas convenções internacionais, a preferência será dada ao mais elevado nível de proteção ambiental. Uma recompensa é dada ao tratado mais favorável em matéria ambiental. É assim, por exemplo, na Convenção sobre a Diversidade Biológica, cujo artigo 22-1 leva ao predomínio de seu texto sobre todo outro acordo internacional existente, cujo respeito “causaria sérios danos à diversidade biológica ou constituiria uma ameaça a ela”. O Protocolo de Cartagena sobre a previsão dos riscos biotecnológicos não permite acordos regionais, senão sob a condição de que “eles não conduzam a um grau de proteção menor que o previsto pelo Protocolo” (artigo 14-1). A Convenção de Espoo, de 1991, sobre a avaliação de impactos sobre o meio ambiente num contexto transfronteiriço, prevê

que os acordos bilaterais possam “aplicar as medidas mais estritas” (artigo 2-9). A Convenção de Basileia de 1989, sobre os rejeitos, permite acordos regionais, sob a condição de que enunciem “disposições que não sejam menos ecologicamente racionais que aquelas previstas pela Convenção” (artigo 11-1). A já mencionada Convenção de Helsinki, de 1992, dispõe, em seu artigo 24-2, que as partes podem adotar medidas que forem “as mais rigorosas” em virtude de acordos bilaterais ou multilaterais.¹⁰

Por essas cláusulas, os Estados buscam garantir a máxima eficácia da proteção ambiental, em relação aos objetivos almejados (WECKEL, 1989, p. 356). De toda forma, se as convenções ou protocolos de aplicação tivessem um conteúdo menos rigoroso que a convenção-quadro, elas constituiriam uma regressão proibida, que poderia ser submetida a um processo de arbitragem internacional ou contestada por qualquer das Partes, diante da Corte Internacional de Justiça (CIJ). A regra *lex posterior derogat priori* encontra-se, assim, afastada em benefício da não regressão, que se exprime através da ideia da busca da proteção mais estrita para o ambiente.

B - No Direito Ambiental da União Europeia (UE)

O Tratado da UE, após o Ato Único de 1987, proclama claramente que o objetivo da política comunitária de ambiente

10 A mesma expressão é utilizada no artigo 4-8 do Protocolo de 18 de junho de 1999 sobre a água e a saúde.

é “a preservação, a proteção e a melhoria da qualidade ambiental [...] a utilização prudente e racional dos recursos naturais” (artigo 191 do Tratado sobre o funcionamento da UE). O artigo 11 desse mesmo Tratado menciona, inclusive, “as exigências da proteção ambiental”, e o artigo 191-2 reitera o termo, além de precisar que “a política da União na seara ambiental visa a um nível de proteção elevado”. Essa exigência de um nível elevado de proteção ambiental é, por oportuno, formulado uma segunda vez, desta feita ainda mais claramente, pelo artigo 3-3 do Tratado sobre a UE, segundo o qual “a União trabalha [...] pelo desenvolvimento sustentável da Europa, fundado sobre [...] um nível elevado de proteção e de melhoria da qualidade ambiental”. Várias diretivas sobre o meio ambiente estabelecem claramente que seu objetivo é garantir, diretamente, “um nível elevado de proteção ambiental”.

Mesmo que o direito ao ambiente não figure como direito fundamental no Tratado, ele tem todas as virtudes dessa categoria de normas, em especial pelo fato de que, com o Tratado de Lisboa, em vigor desde 1º de dezembro de 2009, atribuiu-se à Carta dos Direitos Fundamentais da UE¹¹ o mesmo valor jurídico que têm os tratados (artigo 6º do Tratado sobre a UE), com seu artigo 37 dispondo sobre a proteção do meio ambiente (PRIEUR, 2005, p. 483). A Carta tem por objetivo “reforçar” a proteção dos direitos fundamentais (preâmbulo). O artigo 37 evidencia o que deve ser interpretado como uma

11 Adotada em 12 de dezembro de 2007 e publicada no JO C-303, de 14 de dezembro de 2007.

afirmação da irreversibilidade das medidas que dizem respeito ao ambiente: “o nível elevado de proteção ambiental e a melhoria de sua qualidade”. A regressão parece ser impossível em face dessas duas exigências, que se voltam à promoção de um meio ambiente cada vez melhor.

Essas disposições, como todos os demais direitos fundamentais, são, além disso, regulamentadas pelos artigos 53 e 54 da Carta dos Direitos Fundamentais da UE. A Carta não pode ser interpretada como “limitando” os direitos reconhecidos, tampouco como implicando o direito de destruí-los ou de limitá-los além do que se preveja. Nesse caso, as disposições reforçam a obrigação de não regressividade e, assim, a proibição do retrocesso na proteção jurídica do meio ambiente. Trata-se de cláusulas clássicas nas convenções de direitos humanos, caso dos artigos 17 e 53 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Busca-se dar preferência ao sistema mais protetor e, assim, privilegiar sempre o nível mais elevado de proteção ambiental. Resulta, daí, necessariamente, um privilégio dado à não regressão, como bem demonstra o artigo 53 da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, garantindo, segundo Azoulai (2005, p. 706) “que a evolução não pode se fazer senão no sentido da progressão, e não no da regressão”.

C - A não regressão em direito constitucional

O princípio de não regressão do Direito Ambiental deveria poder apoiar-se tanto sobre as normas constitucionais

não revisáveis, como sobre os direitos fundamentais, não derogáveis.

Deve-se, com efeito, distinguir a não regressão decorrente da proibição expressa de se modificarem as normas constitucionais ambientais, daquela regressão resultante da vedação constitucional imposta ao legislador, de reduzir a extensão de um direito fundamental.

Deixando de considerar os casos específicos do Brasil e de Portugal, encontramos poucas constituições que pretendem congelar o direito aplicável, proibindo expressamente toda modificação constitucional de seu conteúdo em matéria ambiental.

A Constituição brasileira de 1988 comporta vários dispositivos sobre o meio ambiente, dando, assim, a essa política, um lugar eminente na hierarquia jurídica. Com efeito, apesar de esses dispositivos não figurarem no Título II, consagrado aos direitos e garantias fundamentais, a doutrina considera que os direitos ligados ao meio ambiente constituem, tanto no plano material como no plano formal, direitos fundamentais (LEME MACHADO, 2005 e 2011; FENSTERSEIFER, 2008, p. 159 e s.). Essa Constituição comporta um dispositivo original, que consiste em enunciar que os “direitos e garantias individuais” estão excluídos de uma revisão constitucional, segundo o artigo 60, § 4º – é a chamada “cláusula pétrea”, ou cláusula de intangibilidade constitucional. Esses direitos são considerados, assim, como direitos adquiridos. Parece, portanto, estar

claramente admitido que a proteção constitucional do meio ambiente faça parte dos direitos adquiridos qualificados de p eteos, não admitindo qualquer revisão.¹²

Além dessa não regressão constitucional, existiria igualmente no direito brasileiro um princípio de não retrocesso, ou princípio de proibi o da regressão ambiental, que se impõe ao legislador.¹³ A expressão   atribuída a Ingo Wolfgang Sarlet, em suas aulas em Porto Alegre, sobre direitos fundamentais e a Constitui o, em 2005 (FENSTERSEIFER, 2008, p. 258, nota 746). Esse seria um princípio constitucional implícito, que se impõe ao legislador em nome da garantia constitucional dos direitos adquiridos, do princípio constitucional de segurança jurídica, do princípio da dignidade da pessoa humana e, finalmente, em nome do princípio de efetividade máxima dos direitos fundamentais (nos termos do artigo 5 ,   1 , da Constitui o brasileira de 1988).¹⁴

Essa intangibilidade dos direitos fundamentais existe noutras constitui es, na condi o de intangibilidade constitucional absoluta ou cláusula “de eternidade”.

Segundo Lepsius (2009, p. 13), a constitui o alemã garante, em seu artigo 19-2, “o conteúdo essencial dos direitos

12 Segundo da SILVA (2007, p. 928): “Un amendement du texte constitutionnel ne saurait modifier ce droit fondamental (  l’environnement)”.

13 “Garantia da proibi o de retrocesso ambiental”. Molinaro (2006) fala no princípio de veda o da “retrograda o socioambiental”.

14 Essa justificativa teórica para o princípio de não regressão   aplicada em matéria de direitos sociais, mas poderia se aplicar também aos demais direitos fundamentais, segundo Sarlet (2006, p. 346).

fundamentais”, que fazem parte dos domínios intangíveis, beneficiando, assim, da perenidade constitucional do artigo 79-3 da Lei Fundamental de 1949. O conteúdo essencial de um direito diz respeito à sua substância e finalidade. A referência ambígua aos fundamentos naturais da vida e aos animais, no artigo 20-a, não impede que, em teoria, “uma lei que violasse manifesta e massivamente o que já foi conquistado em matéria ambiental seria muito provavelmente inconstitucional” (BOTHE, 2005).

Podemos evocar, da mesma forma, a situação da Turquia, que introduziu em sua constituição “o direito de cada um a um ambiente são e equilibrado”, entre os direitos e deveres sociais (artigo 56). Esse dispositivo poderia ser tachado de intangível, beneficiando-se do que dispõe o artigo 4º da Constituição turca, a título de disposições inalteráveis, visto que o artigo 4º proclama como intangível o artigo 2º, que visa aos direitos do Homem e reenvia aos princípios fundamentais do preâmbulo. Ora, esse preâmbulo remete, segundo Kaboglu (2009), aos direitos e liberdades enunciados na Constituição, dentre os quais figura claramente o direito ao ambiente.

O exemplo talvez mais claro do princípio de não regressão em nível constitucional e em matéria ambiental está na Constituição do Butão, de 2008, cujo artigo 5-3 proclama que 60% das florestas do país são protegidas “pela eternidade”.

Ao lado dessa intangibilidade dos direitos garantidos constitucionalmente, existe, de modo mais difundido, uma

não regressão que se impõe ao legislador. Encontramos em vários textos constitucionais sul-americanos essa ideia, qual seja, a de que os poderes do legislador encontram-se limitados pelas finalidades buscadas por certos direitos essenciais. Assim, segundo a constituição argentina, “os princípios, garantias e direitos reconhecidos nos artigos precedentes, não poderão ser modificados pelas leis que regulamentem seu exercício” (artigo 28). De maneira ainda mais clara, a constituição da Guatemala dispõe, em seu artigo 44, que “serão nulas de pleno direito as leis, as disposições governamentais e outras medidas que diminuam, restrinjam ou deformem os direitos que a Constituição garante” (COURTIS, 2006, p. 21). A constituição do Equador, de 2008, é a primeira a mencionar expressamente a não regressão em matéria ambiental. É importante notar, nesse sentido, que em todas as constituições o meio ambiente está consagrado como um direito protegido e que, em virtude disso, todos esses Estados devem admitir *de jure* a não regressão do Direito Ambiental.

A Constituição francesa, em suas disposições sobre a revisão constitucional (artigo 89, última alínea), proíbe toda revisão que atente contra a forma republicana de governo. A Carta do Ambiente pode, assim, ser modificada, desde que respeitado o procedimento de revisão constitucional. Nenhuma de suas disposições é formalmente intangível, mesmo que o seu caráter finalista engaje a Humanidade e as gerações futuras.

Todavia, contrariamente a vários textos constitucionais, a Carta não formula para o Estado uma obrigação de proteger ou de aportar melhorias ao meio ambiente, o que poderia constituir um fundamento jurídico para a obrigação de não regressão. Poderíamos, entretanto, buscar apoio no artigo 2º da Carta, que impõe “a toda pessoa” de “tomar parte à preservação e à melhoria do meio ambiente”, o que compreende tanto o Estado como o legislador.¹⁵ Assim, esses últimos não poderiam adotar medidas que viessem a ter efeitos inversos à preservação e à melhoria do ambiente.

Num dos comentários à Carta, Trouilly (2005, p. 21) considera que o “dever” pesa também sobre as pessoas públicas, num espírito finalista: “o objetivo consiste não apenas em frear ou em reduzir a degradação ambiental, no âmbito de uma política defensiva, mas também em aportar melhorias ao estado daquele ambiente”. Segundo o mesmo autor, o Conselho Constitucional poderia, assim, censurar o legislador que reduz de maneira excessiva os deveres ambientais, pela introdução de normas mais permissivas em matéria de *installations classes*.¹⁶ *Um recuo na proteção do meio ambiente, através de uma diminuição dos deveres ambientais, poderia, então, ser considerado como uma violação da constituição, encontrando sua origem na constatação de uma regressão.*

15 Vide MARGUENAUD, J. P. (2007, p. 879).

16 Essa categoria jurídica compreende as atividades industriais incômodas, insalubres e perigosas.

Para além do meio ambiente, Decaux (1995, p. 899), em seu comentário ao artigo 60 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, menciona precisamente o conceito de “regressão” aplicável à França, ao considerar que uma nova lei ou convenção internacional que sejam contrárias a um dos elementos do bloco de constitucionalidade – do qual faz parte, desde 2005, a Carta do Ambiente – seriam “bloqueadas”, supõe-se, pelo Conselho Constitucional. Isso equivaleria a considerar que, em nome da não regressão, o legislador tem uma obrigação negativa, no sentido de não se introduzirem restrições aos direitos fundamentais adquiridos.

*A Constituição belga introduziu, em 1994, o direito à proteção de um ambiente sã (artigo 23, alínea 3). Ela confia aos legisladores o cuidado de “garantir” os direitos fundamentais enumerados. O objetivo consiste, então, em pôr em prática os direitos enunciados, a fim de torná-los efetivos, mesmo que se considere que eles tenham efeito direto e que somente a lei pode juridicizá-los. Os trabalhos preparatórios e a doutrina belga, em especial Hachez (2008, p. 44 e s.), consideram que o artigo 23 se beneficia da obrigação de *stand still*, consistindo em garantir a ausência de retrocesso para os direitos protegidos. Essa obrigação se impõe ao legislador. Segundo o Prof. Louis-Paul Suetens, o artigo 23 “contém pelo menos uma obrigação de *stand still*, ou seja, que ela se opõe a que, na Bélgica, o(s) legislador(es) tome(m) as medidas que vão ao encontro dos objetivos de proteção*

de um ambiente são. A vantagem da nova disposição constitucional consiste, segundo Suetens (1998, p. 496), essencialmente em que não se pode voltar atrás sobre as regras de direito já existentes e sobre a proteção de um ambiente são, que se concretiza graças a essas regras”.

Em 2007, a Bélgica procedeu a uma nova inserção do meio ambiente em sua constituição, visando aos objetivos do desenvolvimento sustentável e da solidariedade intergeracional (artigo 7º *bis* da Constituição). Igualmente submetida à obrigação de *stand still*, essa disposição, ainda que bastante vaga quanto ao seu conteúdo normativo, permite reforçar o objetivo ambiental constitucional, a menos que ela não abra a porta a recuos sutis, justificados pela referência ao inalcançável desenvolvimento sustentável, verdadeira caixa de Pandora das conciliações impossíveis.

D - A não regressão na jurisprudência

Pode o juiz impedir a regressão pelo controle do respeito aos objetivos ambientais da norma?

A não regressão dos direitos fundamentais foi reconhecida em Portugal a propósito do direito à saúde, numa decisão do Tribunal Constitucional (decisão n. 39, de 1984), segundo a qual “os objetivos constitucionais impostos ao Estado em matéria de direitos fundamentais o obriga não apenas a criar certas instituições ou serviços, mas também a não os suprimir, uma vez criados”.

Para a Corte Constitucional da Colômbia, “a cláusula de não regressão em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais supõe, finalmente, que uma vez atingido certo nível na concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais, por meio de disposições legislativas ou regulamentares, as condições preestabelecidas não podem ser enfraquecidas pelas autoridades competentes, sem que haja uma justificativa séria” (ARANGO, 2006, p. 157).

No Brasil, a não regressão já foi admitida no âmbito dos direitos sociais.¹⁷ Várias ações estão em curso na seara ambiental, sob a pressão de parte da doutrina, que busca fazer com que o princípio de proibição de retrocesso ecológico seja consagrado judicialmente, o que se faz com fundamento no princípio constitucional de não regressão, estendido aos atos legislativos dos entes federados. Nesse sentido, merece destaque a ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina, em face de uma lei estadual que reduzia os limites do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro: “o princípio da proibição do retrocesso ecológico significa que, afora as mudanças de fatos significativos, não se pode admitir um recuo tal dos níveis de proteção que os leve a serem inferiores aos anteriormente consagrados. Isso limita as possibilidades de

17 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgamento de 18 de dezembro de 2008, processo n. 7002162254; Tribunal de Justiça de São Paulo, julgamento de 25 de agosto de 2009, processo n. 5878524400.

revisão ou de revogação”.¹⁸ No mesmo Estado, outra ação visa o então recém-promulgado Código Ambiental de Santa Catarina, norma considerada pelas associações requerentes como redutora do nível de proteção ambiental. Essa ação está ainda *sub judice* diante do Supremo Tribunal Federal, que faz as vezes de corte constitucional.¹⁹ Uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já anulou uma modificação na constituição daquele Estado por se tratar de retrocesso ecológico, o que se fez com fundamento na doutrina relativa à regressão social (trata-se de permitir a queima dos campos como técnica de limpeza agrícola).²⁰ O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão do ministro Antônio Herman Benjamin, mesmo não havendo reconhecido formalmente o princípio de não retrocesso, já o levou em conta em vários casos. A vedação de emenda constitucional em matéria ambiental leva a considerar que o Poder Executivo, como o Poder Legislativo, estejam vinculados pelos objetivos enunciados constitucionalmente.

Após a consagração constitucional do ambiente, o Conselho de Estado grego já reconheceu, algumas vezes, a existência de um “ganho legislativo”, como demonstra Yannakopoulos (1997, p. 40). A lei n. 1577/1985, que trata do regulamento geral de construção, foi considerada contrária à constituição

18 Ministério Público do Estado de Santa Catarina, ADIN n. 14.661/2009, de 26 de maio de 2009.

19 ADIN n. 4252.

20 ADIN n. 70005054010, decisão de 16 de dezembro de 2002.

por levar ao agravamento das condições de vida dos habitantes, o que atentava contra um “direito urbano adquirido” (Ass. 10/1988). Sobre os direitos adquiridos, a jurisprudência grega seria mais protetora em matéria ambiental do que em matéria social.

É, todavia, na Bélgica que se encontra a jurisprudência mais claramente consagrada à não regressão.²¹ Num julgamento de 27 de novembro de 2002 (n. 169/2002), a Corte de Arbitragem, aplicando o artigo 23 da constituição belga, em matéria social, impõe ao legislador não atentar contra os direitos já garantidos. Várias opiniões do Conselho de Estado consideraram que os decretos atentariam contra a obrigação de *stand still*, ao dispensar ou não prever garantias que já existiam em favor do meio ambiente. O julgamento “Jacobs”, do Conselho de Estado, datado de 29 de abril de 1999 (n. 80018), é o primeiro a aplicar o princípio ao contencioso, ordenando a suspensão de um regulamento atacado, que reduziria as exigências ambientais impostas às pistas de *motocross*. A Corte de Arbitragem, numa decisão de 14 de setembro de 2006 (n. 137/2006), chegou a censurar uma lei que modificava o Código Wallon de ordenamento territorial, por “sensível regressão”. Resulta daí que um simples recuo, incapaz de se afirmar como uma regressão sensível, não seria censurado. A maioria dos casos em que a regressão foi censurada diz respeito ao enfraquecimento ou à revogação das garantias procedimentais

21 Para uma apresentação detalhada em matéria ambiental, vide Hachez (op.cit. p. 109 a 149), Hachez e Jadot (2009, p. 5 a 25) e Haumont (2005, p. 41 a 52).

existentes – nacionais, comunitárias ou internacionais, como é o caso da Convenção de Aarhus – suscetíveis de conduzir a uma perda na proteção ambiental (NEURAY e PALLEMAERTS, 2008, p. 150).

Na França não se encontra senão uma posição jurisprudencial do Conselho Constitucional, que se aplica desde 1984 a certos direitos fundamentais, e que poderia levar ao reconhecimento de um princípio de não regressão em matéria ambiental. Trata-se da jurisprudência dita de *effet cliquet* (efeito trava). A expressão vem dos que já comentaram o caso, não havendo jamais sido utilizada pelo Conselho Constitucional.²² A fórmula utilizada é infeliz e faz pensar mais numa técnica de mecânica do que num princípio jurídico.

Em razão de a jurisprudência francesa não haver censurado o recuo senão raramente e apenas quanto ao cerne dos direitos em questão, Louis Favoreu chegou a mencionar um *effet artichaut* (efeito alcachofra), o que pode parecer mais ecológico, todavia num vocabulário ainda não jurídico – neste caso, mais gastronômico. Em todo caso, seria preferível que, em se tratando de meio ambiente, os efeitos *cliquet* e *artichaut* fossem chamados simplesmente de princípio de não regressão.

Raphaël Romi (2004, p. 10) considera que “o *effet cliquet* conduzirá inelutavelmente a que o legislador seja obrigado

22 À exceção da retomada da formulação dos autores das ações no seio do Conselho Constitucional, n. 202-461 DC, de 29 de agosto de 2002, considerando 64.

pela Carta” cada vez que modificar uma norma jurídica; esse “é certamente o principal aporte da constitucionalização do meio ambiente no contexto francês”. Toda modificação legislativa que não seja no sentido de um dos objetivos definidos pela Carta do Ambiente encontraria a censura do Conselho Constitucional (DRAGO, 2004, p. 133). Esta é também a opinião de Agathe Van Lang (2008, p. 374), que escreveu a propósito do direito ao ambiente e do futuro papel do Conselho Constitucional: “ele poderá também censurar as leis que configurariam unicamente um recuo na sua proteção [do ambiente], em nome do *effet cliquet*”.

A constitucionalização do ambiente, na Carta adotada em 2005, teve como efeito inegável a proibição, para o legislador, de suprimir os textos legais que protegem o meio ambiente. Nesse sentido, segundo Gay e de Lamothe (2007, p. 423), a “alta jurisdição poderia, assim, garantir que um novo dispositivo legal, mais restritivo, não prive das garantias legais as exigências que decorrem da Carta”. Até o presente momento, não há decisão que tenha sido adotada pelo Conselho Constitucional em matéria ambiental. Essa situação, todavia, deve rapidamente se modificar.

Com efeito, o Conselho Constitucional francês pode verificar que as leis votadas não sejam contrárias à Carta Ambiental e, para tanto, as possibilidades para interpelá-lo a esse respeito vieram a ser incrementadas com a revisão consti-

tucional de 23 de julho de 2008,²³ que introduziu a questão prioritária de constitucionalidade (chamada QPC), que pode ser eventualmente levantada diante de qualquer jurisdição. O Conselho de Estado francês pode, *ex officio*, verificar que os textos regulamentares respeitem a lei e a Constituição.

É certo que o legislador não pode atentar contra os direitos fundamentais, é mister manter um regime pelo menos tão protetor quanto o que vigora. Trata-se de “melhorar” o exercício real de um direito, tornando-o mais efetivo, o que obriga o Parlamento a dar sempre à legislação um “efeito ascendente”, segundo a expressão de Dominique Rousseau (2010, p. 261). Entretanto, segundo esse mesmo autor, o Conselho Constitucional ainda não encontrou o justo equilíbrio, visto que chega, por vezes, a tolerar a diminuição ou a redução da proteção dos direitos fundamentais, o que dá à legislação um efeito “descendente”.

Em matéria ambiental, como no que tange a outros direitos humanos, o legislador tem, assim, sua competência vinculada: apenas pode tornar mais efetivos os direitos enunciados pela Carta, sem os distinguir, com vistas a respeitar a finalidade e os objetivos do Direito Ambiental, tais quais expressos pela Carta de 2005, o que compreende, inclusive, seus *consideranda*. Favoreu (1986, p. 482) afirma, mesmo, que “O legislador não tem competência senão para reforçar um direi-

23 Introduzindo um artigo 61-1 na Constituição, completado pela lei orgânica n. 2009-1523, de 10 de dezembro de 2009, e pelo decreto n. 2010-148, de 16 de fevereiro de 2010.

to ou uma liberdade, possibilitando o exercício mais efetivo desse direito; não tem competência para diminuir as garantias de efetividade”. Essa jurisprudência impõe claramente a não regressão, segundo Cohendet (2005, p. 109 e 2008, p. 79-80): “O Conselho Constitucional deve obstaculizar a regressão dos direitos humanos, cujo respeito é exigido pela Constituição”.²⁴

Mesmo diante da ausência de um princípio de não regressão, seja pela falta de dispositivos constitucionais ou internacionais que sejam suficientemente explícitos, ou, ainda, pela falta de jurisprudência que inove na matéria, é certo que várias jurisdições poderiam servir-se facilmente dos conceitos que já são largamente admitidos e cujos resultados seriam equivalentes à aplicação formal do princípio de não regressão. Esses conceitos, que acompanham o raciocínio da maioria dos juízes constitucionais, são: o princípio da segurança jurídica, o princípio da confiança legítima, o princípio dos direitos adquiridos em matéria de direitos humanos, o controle da proporcionalidade. Pode-se pensar que a pressão social coletiva em favor de uma melhor proteção ambiental venha a converter em intoleráveis as medidas regressivas, o que levaria o julgador, igualmente, a censurá-las.

O princípio de não regressão em matéria ambiental não é um obstáculo à evolução do Direito. Ele não “congela” a lei;

24 Há, todavia, parte da doutrina que ainda se opõe a essa evolução e considera “que não existe na França um *cliquet anti-retour*, contrariamente ao que já foi escrito há muito tempo”. Vide, nesse sentido, Mathieu (2005, p. 73).

não constitui uma verdadeira intangibilidade, como é válido para os direitos humanos. As descobertas científicas, graças à pesquisa estimulada pelo princípio de precaução, assim como as melhorias aportadas ao meio ambiente, podem conduzir à supressão da proteção que não seja mais útil ao meio ambiente, como é o exemplo a supressão da inscrição de uma espécie na lista daquelas ameaçadas de extinção por haver-se reconstituído na natureza. Os progressos contínuos do Direito Ambiental, vinculados aos progressos da ciência e da tecnologia, fazem com que os limites de não regressão estejam em constante mutação. Daí por que as reformas sucessivas do Direito Ambiental integrem as novas exigências tecnológicas mais protetoras do ambiente.

Em todo caso, há limites aos próprios limites tolerados. Em se tratando de um princípio de *não regressão*, as hipóteses de retrocesso não podem resultar senão de uma interpretação restritiva das normas e condições. A regressão não deve, jamais, ignorar a preocupação de tornar cada vez mais efetivos os direitos protegidos. Enfim, o recuo de um direito não pode ir aquém de certo nível, sem que esse direito seja desnaturado. Isso diz respeito tanto aos direitos substanciais como aos direitos procedimentais. Deve-se, assim, considerar que, na seara ambiental, existe um nível de obrigações jurídicas fundamentais de proteção, abaixo do qual toda medida nova deveria ser vista como violando o direito ao ambiente. Esse nível ou *standard* mínimo não existe *a priori*. Ele depende de cada país e dos setores do meio ambiente considerados (água,

ar, ruído, paisagem, solos, biodiversidade). Ele poderia haver sido denominado de “mínimo ecológico essencial”.

Entendemos, todavia, que o conceito é perigoso: não existe um mínimo essencial em matéria ambiental, já que não há senão um nível adequado de proteção, consideradas as tecnologias disponíveis. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais explicitou que, para um Estado ser reconhecido como cumpridor de suas obrigações fundamentais mínimas, “deve-se levar em conta as obrigações que pesam sobre o país considerado, em matéria de recursos”.²⁵ Significa, de alguma forma, aplicar o princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas, do Direito Ambiental, o que levaria os limites a variarem segundo o território e os recursos econômicos considerados.

Para determinar os limites, ou os *minima* ecológicos aplicáveis, são indispensáveis indicadores ambientais, tanto científicos como jurídicos. Respondem ao movimento, ora em curso, de elaboração de indicadores para os direitos humanos (HACHEZ, 2008, p. 636).²⁶ Um marco conceitual e metodológico foi elaborado para definir indicadores quantitativos, além de outros dados estatísticos, para servir à promoção e ao controle da aplicação dos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos, tanto civis e políticos, como econômicos, sociais e culturais.²⁷

25 Observações Gerais n. 3 (1990), para. 10.

26 Vide também Observações Gerais do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais n. 14 a 18, que comportam, todos, partes consagradas aos indicadores.

27 Relatório dos presidentes dos órgãos criados por meio de instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos, Genebra, 23-24 de junho de 2005 (A/60/78).

O conceito de conteúdo mínimo de direitos deveria, contudo, ser objeto de uma reflexão especial, adaptada à matéria ambiental. Não deveria constituir um pretexto para reduzir abusivamente os limites de proteção ambiental. As análises feitas em matéria de conteúdo mínimo no âmbito social não deveriam ser estendidas sistematicamente à seara ambiental, posto que a história e os dados de ambos não permite que se confundam. Além disso, as exigências internacionais e, sobretudo, as da UE, impõem, sempre, em matéria ambiental, um nível elevado de proteção, o que não é compatível com qualquer tolerância que signifique regressão, reduzindo a proteção a níveis mínimos, com o risco de serem muito baixos.

O conteúdo mínimo em matéria ambiental deveria, assim, ser a proteção máxima, consideradas as circunstâncias locais. Assimilar o conteúdo mínimo a um simples limite ao princípio de não regressão é abusivo. Somos bastantes reservados quanto às teorias nascentes, que bradam os méritos de um mínimo ecológico, como obstáculo à regressão do Direito Ambiental. O obstáculo à regressão é, isso sim, a crescente gravidade da degradação ambiental, ademais da necessária sobrevivência da Humanidade.

Convém, assim, a título excepcional, não tolerar regressões senão na medida em que elas não contrariem a busca de um nível elevado de proteção ambiental e preservem o essencial do que já foi adquirido em matéria ambiental.

Considerações finais

Os críticos ao princípio de não regressão ambiental não deixarão de invocar uma nova forma de imobilismo ou de conservadorismo. Na realidade, avaliaremos rapidamente o quanto o direito ao ambiente não é um direito humano como os demais. Salvar o que já foi adquirido em matéria ambiental não é uma volta ao passado, mas, ao contrário, uma garantia de futuro.

O Direito Ambiental contém uma substância estreitamente vinculada ao mais intangível dos direitos humanos: o direito à vida, compreendido como um direito de sobrevivência em face das ameaças que pesam sobre o Planeta, pelas degradações múltiplas do meio onde estão os seres vivos.

Essa substância, entretanto, é um conjunto completo, cujos elementos são interdependentes. Daí, uma regressão local, mesmo que limitada, pode ensejar outros efeitos, noutros setores do ambiente. Tocar numa das pedras do edifício pode levar ao seu desabamento. É por isso que os juízes que terão o trabalho de mensurar até onde se poderá regredir sem que isso implique condenar o edifício, deverão ir além da jurisprudência antiga, relativa à intangibilidade dos direitos tradicionais, imaginando uma nova escala de valores, para melhor garantir a sobrevivência do frágil equilíbrio homem-natureza, considerando a globalização do ambiente.

Uma prova da força popular da não regressão está em sua consagração democrática, no referendo realizado na Califór-

nia em 02 de novembro de 2010, quando a maioria dos eleitores daquele estado norte-americano votou contrariamente à suspensão da vigência de uma lei sobre mudanças climáticas e redução das emissões de gases de efeito estufa, aniquilando, assim, as pretensões do setor petrolífero.

Desde 2011, a não regressão entrou, no debate político, o que conduz, pouco a pouco, à sua consagração jurídica, nas searas internacional e nacional. Com efeito, vários indícios provam a emergência da não regressão na agenda internacional: a resolução do Parlamento Europeu, de 29 de setembro de 2011, relativa à Rio+20 (§ 93); a Recomendação n. 1 dos juristas do meio ambiente, reunidos em Limoges (França), em 1º de outubro de 2011 (vide www.cidce.org); o relatório brasileiro, apresentado ao Secretário da conferência Rio+20; o acordo dos *majour groups* durante as negociações da Rio+20, em Nova York, em dezembro de 2011 e em janeiro de 2012; a Chamada de Lyon, da Organização Internacional da Francofonia (OIF), em vista da Rio+20; assim como a resolução apresentada no Congresso Mundial da UICN em Jeju, em setembro de 2012.

A não regressão já está reconhecida como indispensável ao desenvolvimento sustentável, como garantia dos direitos das gerações futuras. Ela reforça a efetividade dos princípios gerais do Direito Ambiental, enunciados no Rio de Janeiro em 1992. É um verdadeiro seguro para a sobrevivência da Humanidade, devendo ser reivindicada pelos cidadãos do mundo, impondo-se, assim, aos Estados.

Para aprofundar e discutir esse novo princípio de Direito Ambiental, junte-se ao grupo de especialistas jurídicos da Comissão de Direito Ambiental da UICN contatando: michel.prieur@unilim.fr e stephanie.bartkowiak@cidce.org.

Referências

ARANGO, R. *La prohibición de retroceso en Colombia*. In COURTIS, Christian (Org.). *Ni Un Paso Atrás*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2006.

AZOULAI, L. Commentaire de l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux. In BOURGOGNE-LARSEN, L., LEVADE, A., PICOD, F. (dir.). *Traité établissant une constitution pour l'Europe*. Tomo 2. Bruxelas: Bruylant, 2005.

BOTHE, M. Le droit à l'environnement dans la constitution allemande. *Revue juridique de l'environnement*, número especial de 2005.

COHENDET, M. A. La Charte et le conseil constitutionnel: point de vue. *Revue juridique de l'environnement*, número especial 2005.

_____. *Droit constitutionnel*. Paris: Montchrestien, 2008

COURTIS, Christian (Org.). *Ni Un Paso Atrás*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2006.

DECAUX, E. *et al. La convention européenne des droits de l'homme*. Commentaire article par article. Paris: Economica, 1995.

- DRAGO, G. Principes directeurs d'une charte constitutionnelle de l'environnement. *AJDA*, n. 3-2004.
- FAVOREU, L. Le droit constitutionnel jurisprudentiel. *Revue du droit public*, n. 2-1986.
- FENSTERSEIFER, T. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.
- de FROUVILLE, O. *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*. Paris: Pedone, 2004.
- GAY, L. e de LAMOTHE, O. D. *Les "droits- créances" constitutionnels*. Bruxelles: Bruylant, 2007.
- HACHEZ, I. *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*. Bruylant: Bruxelles, 2008.
- HACHEZ, I. e JADOT, B. Environnement, développement durable et standstill: vrais ou faux amis? *Aménagement-Environnement*, Kluwer, 2009/1.
- HAUMONT, F. Le droit constitutionnel belge à la protection d'un environnement sain, état de la jurisprudence. *Revue juridique de l'environnement*, numéro especial de 2005.
- KABOGLU, I. Le contrôle juridictionnel des amendements constitutionnels en Turquie. *In Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 27, 2009.
- KAMTO, M. Singularité du droit international de l'environnement. *In* PRIEUR, M. e LAMBRECHTS, C. *Les*

- hommes et l'environnement. Quels droits pour le XXIème siècle? Études en hommage à Alexandre Kiss. Paris: Frison-Roche, 1998.*
- LAVIEILLE, J.M. *Droit international de l'environnement. Paris: Ellipses, 2011.*
- LEME MACHADO, P.A. La constitution brésilienne et l'environnement. *In Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 2005.*
- _____. *Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2011.*
- LEPSIUS, O. Le contrôle par la Cour constitutionnelle des lois de révision constitutionnelle dans la république fédérale d'Allemagne. *In Les cahiers du Conseil constitutionnel, n. 27, 2009.*
- MARGUENAUD, J. P. Les devoirs de l'homme dans la Charte constitutionnelle de l'environnement. *In DEGUERGUE, M. e FONBAUSTIER, L. Confluences, Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand Deviller. Paris: Montchrestien, 2007, p. 879.*
- MATHIEU, B. La Charte et le conseil constitutionnel: point de vue. *Revue juridique de l'environnement, numéro especial 2005.*
- MOLINARO, C. A. Mínimo existencial ecológico e o princípio de proibição da retrogradação socioambiental. *In Congresso Internacional de Direito Ambiental, 2006. Direitos Humanos e Meio Ambiente. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006.*

NAIM-GESBERT, E. *Droit général de l'environnement*. Paris: Lexis Nexis, 2011.

OST, F. *Le temps du droit*. Paris: Odile Jacob, 1999.

NEURAY, J. F. e PALLEMAERTS, M. L'environnement et le développement durable dans la Constitution belge. *Aménagement-Environnement*, Kluwer, maio de 2008, número especial.

PRIEUR, M. e SOZZO, G.. *Le principe de non régression en droit de l'environnement*. Bruylant-Larcier: Bruxelles, 2012.

PRIEUR, M. La déréglementation en matière d'environnement. *Revue Juridique de l'environnement*, 1987-3, p. 319.

_____. *Droit de l'environnement*. Paris: Dalloz, 2011.

PRIEUR, M. Commentaire de l'article 97 de la Charte des droits fondamentaux. In BOURGOGNE-LARSEN, L., LEVADE, A., PICOD, F. (dir.). *Traité établissant une constitution pour l'Europe*. Tomo 2. Bruxelles: Bruylant, 2005.

ROMI, R. Droit à l'environnement, prolégomènes. In *La constitutionnalisation de l'environnement en France et dans le monde*. Cahiers administratifs et politiques du Ponant. Nantes, n. 11-2004.

ROUSSEAU, D. Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2009. *Revue du droit public*, 2010, n. 1.

SARLET, I. W. La prohibición de retroceso en los derechos sociales en Brasil: algunas notas sobre el desafío de la supervi-

- vencia de los derechos sociales en un contexto de crisis. *In* COURTIS, Christian (Org.). *Ni Un Paso Atrás*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2006.
- da SILVA, S. T. Le droit de l'environnement au Brésil. *In* DEGUERGUE, M. e FONBAUSTIER, L. *Confluences, Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand Deviller*. Paris: Montchrestien, 2007.
- SUETENS, P. L. Le droit à la protection d'un environnement sain (art. 23 de la Constitution belge). *In* PRIEUR, M. e LAMBRECHTS, C. *Les hommes et l'environnement*. Quels droits pour le XXIème siècle? Études en hommage à Alexandre Kiss. Paris: Frison-Roche, 1998.
- TROUILLY, P. Le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement : obligation morale ou juridique ? *Environnement*, n. 4, abril de 2005.
- VAN LANG, A. "Droit à l'environnement". *In* Andriantsimbazovina, J. et al. (dir.). *Dictionnaire des droits de l'homme*. Paris: PUF, 2008.
- _____. *Droit de l'environnement*. Paris: Monchrestien, 2011.
- WECKEL, P. *La concurrence des traités internationaux*. Tese de doutorado em Direito. Université Robert Schuman, Strasbourg, 1989.
- YANNAKOPOULOS, C. La notion de droits acquis en droit administratif français. *In* LGDJ, Bibliothèque de droit public, T. 188, 1997.

2

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL

Antonio Herman Benjamin¹

Nunca é demais recordar que vivemos em uma era de consolidação e afirmação de direitos proclamados, que repele a instituição teatral e o uso ornamental das normas, constitucionais ou não². Na mesma linha, também se mostra incompatível com a pós-modernidade, que enfatiza a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a segurança jurídica das conquistas da civilização, transformar direitos humanos das presentes gerações e garantias dos interesses dos nossos pósteros num ioiô legislativo, um acordeão desafinado e imprevisível, que ora se expande, ora se retrai. Essa uma preocupação que domina vários campos do Direito e ganha centralidade na tutela do meio ambiente.

Em tal contexto crescentemente se afirma o princípio da proibição de retrocesso, sobretudo quanto ao chamado núcleo legislativo duro do arcabouço do Direito Ambiental, isto é, os direitos e instrumentos diretamente associados à manutenção do “meio ambiente ecologicamente equilibrado” e dos “processos ecológicos essenciais”, plasmados no art. 225 da Constituição de 1988.

1 Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Brasília.

2 Cf. Antonio Herman Benjamin, *O Estado teatral e a implementação do Direito Ambiental*, in Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental, São Paulo, IMESP, 2004.

Ideia de *progresso* na ordem constitucional e legal brasileira

A Constituição Federal não deixa qualquer dúvida: o modelo político instituído no Brasil tem, como um de seus “objetivos fundamentais”, o “desenvolvimento nacional” e a erradicação da “pobreza” (art. 3º, II e III), norte esse que igualmente informa nossa cooperação com outras nações, que observará, entre outros princípios, “o *progresso* da humanidade” (art. 4º, IX, grifei).

Ao abraçar o “progresso da humanidade” na forma de conceito informador de seu sistema, o texto constitucional mostra-se triplamente propositivo. De um lado, porque se aponta, de maneira inequívoca, que o País buscará avançar naquilo que o constituinte referiu, sem explicar, como “progresso”. De outro, porquanto não se trata apenas de objetivo de concretização nacional, mas de progresso *da e para* a humanidade, uma aspiração constitucionalizada de melhoria universal: *progresso planetário*, de modo a incluir os seres humanos e todas as bases da vida na terra, das quais nossa sobrevivência e bem-estar dependem. Finalmente, porque progresso haverá de se entender não apenas como *prosperidade material*, pois ao certo inclui a ampliação e fortalecimento permanente do arcabouço de velhos (liberdade, p. ex.) e novos (qualidade ambiental, p. ex.) valores intangíveis, muitos deles coletivos por excelência e subprodutos da ética da solidariedade e da responsabilidade: a *prosperidade imaterial*, patrimônio que, embora etéreo e impalpável, configura indiscutível realidade.

Natural, então, que o *progresso*, como ideia-chave do processo civilizatório, exerça dominação irresistível – um dogma, até –, sobre as instituições políticas e seu instrumental jurídico. Não é à toa, portanto, que se considera, por razões evidentes, insuportável e imperdoável aberração a mera hipótese de queda, ou mesmo estagnação, nos padrões de renda, emprego e consumo da população – o pecado mortal do declínio! Ora, se o crescimento econômico contínuo parece ser a única, ou dominante, via de satisfação das expectativas estritamente *materiais* das pessoas e da própria rotina das políticas públicas, nada mais justo que, na mesma toada, os controles legislativos e mecanismos de salvaguarda dos direitos humanos e do patrimônio natural das gerações futuras observem idêntica índole, o “caminhar somente para a frente”.

A proposição nada tem de recente. Não é de hoje que se defende “que a civilização moveu-se, move-se e se moverá numa direção desejável”, conforme resume J. B. Bury, em sua clássica obra de início do Século XX³; ou que a humanidade “avançou no passado, continua avançando agora, e, com toda probabilidade, continuará a avançar no futuro próximo”⁴. Sob a cobertura política dessa ideia-chave, surge o *princípio jurídico da proibição de retrocesso*, que expressa uma “vedação ao legislador de suprimir, pura e simplesmente, a concretização da norma”, constitucional ou não,

3 J. B. Bury, *The Idea of Progress: An Inquiry into its Origins and Growth*, London, Macmillan and Co., 1920, p. 2.

4 Robert Nisbet, *History of the Idea of Progress*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2008, p. XI.

“que trate do núcleo essencial de um direito fundamental” e, ao fazê-lo, impedir, dificultar ou inviabilizar “a sua fruição, sem que sejam criados mecanismos equivalentes ou compensatórios”⁵. Princípio esse que transborda da esfera dos direitos humanos e sociais para o Direito Ambiental.

Transição dos direitos humanos e sociais para o Direito Ambiental

No plano dogmático, o princípio da proibição de retrocesso vem recebendo marcante atenção na esfera dos direitos humanos e direitos sociais⁶. Contudo, em nenhuma outra área dos chamados “novos direitos” é mais vívida a imperiosidade ético-política e a viabilidade jurídico-material de garantir a manutenção e o progresso das existentes medidas legislativas protetórias do que no Direito Ambiental, disciplina na qual, segundo abalizada lição de Ingo Wolfgang Sarlet, acha-se “uma importante e peculiar manifestação” da vedação das medidas legislativas retrocessivas⁷.

5 Felipe Derbli, *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 298.

6 Na doutrina brasileira, sobre o tema, com enfoque nos direitos sociais, cf. Felipe Derbli, *Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007; Luísa Cristina Pinto e Netto, *O Princípio de Proibição de Retrocesso Social*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010; Narbal Antônio Mendonça Fileti, *A Fundamentalidade dos Direitos Sociais e o Princípio da Proibição de Retrocesso Social*, São José, Conceito Editora, 2009; Mário De Conto, *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social: Uma Análise a Partir dos Pressupostos da Hermenêutica Filosófica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008.

7 Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*, 10ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 437.

Primeiro, porque seria um contrassenso admitir a possibilidade de recuo legislativo, quando, para muitas espécies e ecossistemas em via de extinção ou a essa altura regionalmente extintos, a barreira limítrofe de perigo – o “sinal vermelho” do *mínimo ecológico* constitucional – foi infelizmente atingida, quando não irreversivelmente ultrapassada. Num e noutro caso, para usar uma expressão coloquial, já não há gordura para queimar.

Além disso, a matéria de fundo – que reúne, em diálogo íntimo, a perspectiva dos direitos humanos (reconhecidos universal e internacionalmente por acordos e tratados, bem como pela jurisprudência especializada) e dos direitos fundamentais (perfilhados expressamente pela norma constitucional, de Direito interno) – agrega, no plano subjetivo da relação jurídica, o componente das *gerações futuras*, perfilhadas, de maneira direta, pelo ordenamento brasileiro, mas destituídas de presença física ou voz nos debates legislativos do presente, mais ainda nos que visam a retroceder no marco legal, em si mesmo já insuficiente e incapaz de conter a crise ambiental que nos inquieta. Sem falar, claro, dos milhões de espécies, a maior parte ainda desconhecida da Ciência, nossos parceiros de jornada planetária, com presença física no universo dos seres vivos, mas igualmente privados de voz ou capacidade de participação política e jurídica⁸.

8 Sobre o debate ético-jurídico e sua repercussão no nosso Direito Ambiental, cf. Antonio Herman Benjamin, *A Natureza no Direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso*, in Volnei Ivo Carlin (Org.), *Grandes Temas de Direito Administrativo*, Campinas, Millennium, 2009. pp. 49-68.

Há um terceiro ponto, mais pragmático. É que a aplicação do princípio da proibição de retrocesso no Direito Ambiental não carrega as fortes *objeções orçamentárias* que incendeiam o debate em outros campos (basta lembrar o dilema da previdência social); o que se espera, em boa parte dos casos, é um *non facere*, representado, na proteção jurídica do *habitat*, sobretudo da flora, como um “não desmatar” ou “não destruir”.

Logo, o maior investimento reclamado, não é, por conseguinte, em *dispêndio* de escassos recursos financeiros públicos, que competem com outras prioridades do Estado, mas em *poupança* dos recursos naturais que ainda existem. Sabe-se que, pelo menos no Brasil, uma parcela significativa do orçamento da União, dos Estados e Municípios é hoje utilizada não só no financiamento de atividades que, sem cuidado, podem resultar em forte devastação da Natureza (pense-se, a título de exemplo, no crédito agrícola, frequentemente em violação de prescrições legais, claras e inequívocas, como a manutenção da Reserva Legal e das APPs⁹), mas também na recuperação de vegetação degradada (os financiamentos públicos para o reflorestamento de APPs, p. ex.), sem falar nas obras de infraestrutura destinadas a prevenir ou remediar perdas de vida e danos patrimoniais incalculáveis causados por enchentes, assoreamento de rios, deslizamento de encostas e ressacas marinhas.

9 No ano de 2012, o crédito rural envolveu R\$ 107 bilhões no Plano Safra (voltado para médias e grandes propriedades) e R\$ 16 bilhões do Pronaf (para os pequenos imóveis), cf. *Código Florestal traz regras mais brandas aos pequenos proprietários*, in *Brasil Econômico*, edição de 28.5.2012, p. 10.

Cumprir o princípio da proibição de retrocesso, em tal cenário, não acrescenta custos; ao revés, economiza despesas, presentes e futuras, tanto em capital financeiro mal-empregado, como em capital natural dilapidado. Além disso, inverte-se o esquema da “reserva do possível”, frequentemente aventado em debates relativos a prestações positivas e financeiras constitucionalmente reivindicadas do Estado. Assim é porque, a se enfraquecer a eficácia da Constituição, pelo retrocesso na legislação infraconstitucional, cria-se para seus destinatários-beneficiários (= a coletividade) um campo insuperável e perverso de “reserva do impossível”, um conjunto de normas retóricas, sem eficácia prática: impossibilidade de proteger os valores referendados na Constituição, impossibilidade de traduzir as suas ordens em ações concretas, impossibilidade de densificar, legislativa e minimamente, o seu conteúdo e expressão.

E mesmo que custos, até elevados, estivessem associados ao princípio da proibição de retrocesso ambiental (o que não é o caso, repita-se), como se trata de resguardar as bases da vida, e, amiúde, salvar, literalmente, vidas humanas, em nada se justificaria economizar aqui para gastar acolá, ou, pior, gastar muito mais adiante com medidas de recuperação do meio ambiente degradado, de mitigação e de adaptação.

Questões orçamentárias ou carência de recursos materiais e humanos empalidecem, ou deveriam empalidecer, diante do desafio e da demanda intergeracional de propiciar

bases ecologicamente sustentáveis ao nosso progresso, tanto mais no modelo constitucional vigente no Brasil, que elegeu como “foco central o direito fundamental à vida e à manutenção das bases que a sustentam, o que só pode se dar no gozo de um ambiente equilibrado e saudável”¹⁰.

Proibição de retrocesso como princípio geral do Direito Ambiental

É seguro afirmar que a proibição de retrocesso, apesar de não se encontrar, com nome e sobrenome, consagrada na nossa Constituição, nem em normas infraconstitucionais, e não obstante sua relativa imprecisão – compreensível em institutos de formulação recente e ainda em pleno processo de consolidação –, transformou-se em *princípio geral do Direito Ambiental*, a ser invocado na avaliação da legitimidade de iniciativas legislativas destinadas a reduzir o patamar de tutela legal do meio ambiente, mormente naquilo que afete em particular a) processos ecológicos essenciais, b) ecossistemas frágeis ou à beira de colapso, e c) espécies ameaçadas de extinção.

Sim, princípio geral do Direito Ambiental, pois a previsão normativa explícita não se antepõe como pressuposto insuperável ao seu reconhecimento. É que a proibição de retrocesso não surge como realidade tópica, resultado de referência em dispositivo específico e isolado; ao contrário, nela se aninha um *princípio sistêmico*, que se funda e decorre da leitura con-

10 Carlos Alberto Molinaro, *Direito Ambiental: Proibição de Retrocesso*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 113.

junta e diálogo multidirecional das normas que compõem a totalidade do vasto mosaico do Direito Ambiental. Além disso, princípio geral, já que as *bases e conteúdo ecológicos* (= o mínimo ecológico, a garantia dos processos ecológicos essenciais, a hiperproteção dos ecossistemas frágeis ou à beira de colapso, a preservação absoluta das espécies ameaçadas de extinção) da proibição de retrocesso estão claramente afirmados na Constituição e nas leis ambientais brasileiras. Tanto a legislação ambiental, como a jurisprudência¹¹ optaram por esse “caminhar somente para a frente”.

Note-se que o texto constitucional, na proteção do meio ambiente, se organiza, acima referimos, em torno de bem-revelados e fixados *núcleos jurídicos duros* (“centro primordial”, “ponto essencial”, ou “zona de vedação reducionista”), que rejeitam ser ignorados ou infringidos pelo legislador, administrador ou juiz, autênticos *imperativos jurídico-ambientais mínimos*: os deveres de “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais”, “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País”, “proteger a fauna e a flora”, e impedir “práticas que coloquem em risco sua função ecológica” ou “provoquem a extinção de espécies” (art. 225, § 1º, I, II e VII).

11 Reconhecendo, expressamente, a proibição de retrocesso como princípio geral do Direito Ambiental, cf., no Superior Tribunal de Justiça, o EREsp 418.526/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 13.10.2010; em outro precedente, o STJ decidiu que o princípio da proibição de retrocesso é “garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes” (REsp 302.906/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1.12.2010).

Princípio geral ainda porque tanto a legislação (a Lei 6.938/81¹², p. ex.) como a jurisprudência¹³ brasileiras perfilham, sem meias palavras, o *princípio da melhoria ambiental*. Ora, prescrever, como objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente, a “melhoria da qualidade ambiental propícia à vida” é até dizer mais do que ambiciona o princípio da proibição de retrocesso, pois não bastará *manter* ou *conservar* o que se tem, impondo-se melhorar, avançar (= progresso) no terreno daquilo que um dia ecologicamente se teve, e desapareceu, ou hoje se encontra dilapidado, e, se não zelado de maneira correta, mais cedo ou mais tarde desaparecerá.

Um princípio em evolução

Desnecessário, aqui, esquadrihar, em profundidade, os contornos mais precisos do princípio da proibição de retrocesso. Basta indicar, pela sua relevância, que ainda se debate, na doutrina, se nele se encontra uma conformação *estática e absoluta* ou, ao contrário, uma realidade *dinâmica e relativa*.

12 Segundo a Lei 6.938/81, “A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, *melhoria* e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida” (art. 2º, *caput*, grifei).

13 O Superior Tribunal de Justiça, p. ex., já se pronunciou no sentido de que “Ante o *princípio da melhoria da qualidade ambiental*, adotado no Direito brasileiro (art. 2º, *caput*, da Lei 6.938/81), inconcebível a proposição de que, se um imóvel, rural ou urbano, encontra-se em região já ecologicamente deteriorada ou comprometida por ação ou omissão de terceiros, dispensável ficaria sua preservação e conservação futuras (e, com maior ênfase, eventual restauração ou recuperação). Tal tese equivaleria, indiretamente, a criar um absurdo cânone de isonomia aplicável a pretensão direito de poluir e degradar: se outros, impunemente, contaminaram, destruíram, ou desmataram o meio ambiente protegido, que a prerrogativa valha para todos e a todos beneficie” (REsp 769753/SC, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10/06/2011, grifei).

Se dinâmico e relativo, o princípio obedeceria à lógica do “controle de proporcionalidade”, o que interditaria, “na ausência de motivos imperiosos” ou justificativa convincente, uma diminuição do nível de proteção jurídica. Consequentemente, haverá, sempre, de se exigir do legislador cabal motivação ou demonstração de inofensividade da regressão operada – a manutenção do *status quo* de tutela dos bens jurídicos em questão. Em outras palavras, deve-se atestar a equivalência material entre a fórmula legal anterior e a proposta, “a necessidade de uma modificação, demonstrada, a proporcionalidade de uma regressão, apreciada”, abrindo-se, para o juiz, “fiel aos valores que fundam nosso sistema jurídico”, a possibilidade de controlar essas balizas, o que não é o mesmo que “se imiscuir nas escolhas políticas”¹⁴.

Aplicação do princípio da proibição de retrocesso na proteção dos biomas brasileiros

Acima observamos que a Constituição de 1988, pela técnica de *imperativos jurídico-ambientais mínimos*, resguarda, enfática e até pleonasticamente, três núcleos jurídicos duros associados à proteção do “meio ambiente *ecologicamente equilibrado*”: a) os processos ecológicos essenciais, b) a diversidade e integridade genética, e c) a extinção de espécies (art. 225, § 1º, I, II e VII). Os dois primeiros, na forma de um *facere*, um “atuar” (= imperativo mínimo positivo); o terceiro, como um “evitar”, um *non facere* (= imperativo mínimo negativo).

14 Isabelle Hachez, *Le Principe de Standstill dans le Droit des Droits Fondamentaux: une Irréversibilité Relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 658-660.

Daí decorre que pretender reduzir o patamar de tutela jurídica dos biomas nacionais, em época de veloz retração dos *habitats* naturais e de sérias e cientificamente comprovadas ameaças à biodiversidade (é crescente o número de espécies integrantes da *lista vermelha* brasileira¹⁵), nada mais significa que retroceder na roda do tempo, nos avanços do diálogo entre crescimento econômico e conservação da Natureza. Um diálogo que, hoje, já não é domínio exclusivo das Ciências Naturais, Economia e Política, tingido e entrelaçado que está na própria malha da Constituição e da legislação que a densifica.

Na melhor das hipóteses, despertaria perplexidade qualquer iniciativa nessa linha, ao se posicionar e direcionar, em sentidos opostos e com diferentes graus de garantia, o rumo do progresso material e o rumo do progresso (inclusive legislativo) da proteção dos processos ecológicos essenciais, bases naturais da vida. Tudo como se padrão de afluência material pudesse ser isolado de qualidade de vida, e esta, da inserção do ser humano na realidade planetária, nossa inescapável interdependência com as dezenas de milhões de espécies que nos rodeiam.

Nesses termos, inimaginável admitir como ético, viável ou sustentável o progresso material na existência humana sem que se afiance, por igual, o progresso (ou, no pior cenário, a manutenção) dos patamares de proteção

15 No caso da fauna, cf. a Instrução Normativa nº 3, DE 27 DE MAIO DE 2003, do Ministério do Meio Ambiente.

jurídica das bases naturais da vida – toda ela –, com ênfase para os processos ecológicos essenciais.

Fundição entre instrumentos infraconstitucionais e a norma constitucional de garantia do mínimo ecológico

Violações ao princípio da proibição de retrocesso se manifestam de várias maneiras. A mais óbvia é a redução do *grau* de salvaguarda jurídica ou da *superfície* de uma área protegida (Parque Nacional, p. ex.); outra, menos perceptível e por isso mais insidiosa, é o esvaziamento ou enfraquecimento das normas de previsão de direitos e obrigações ou, por outro lado, os instrumentos de atuação do Direito Ambiental (Estudo Prévio de Impacto Ambiental, Áreas de Proteção Permanente, Reserva Legal, responsabilidade civil objetiva, p. ex.).

Consequentemente, tirante a redução pura e simples de espaços territoriais protegidos, o retrocesso pode afetar ora direitos substantivos (= retrocesso substantivo) ora direitos procedimentais ou o *due process* ambiental (= retrocesso formal ou procedimental); ora o marco legislativo em si mesmo (= retrocesso legislativo) ora a política de implementação (= retrocesso de implementação).

Quanto aos instrumentos de implementação, sabe-se que, como toda disciplina jurídica, sem eles, que precisam ser eficazes e eficientes, o Direito Ambiental não existe *in concreto*. O retrocesso opera tanto no *plano da existência* (a pura e simples revogação de determinado instrumento) como no

plano da eficácia (o debilitamento da força coativa da norma de desenho do instrumento, p. ex. ao se retirar ou dificultar o sancionamento penal e administrativo, ou a responsabilização civil) ou no *plano da eficiência* (com o aumento dos custos de transação na implementação, dificultando-se ou mesmo inviabilizando-se a fiscalização, p. ex.).

É bom ressaltar que os instrumentos de Direito Ambiental, no caldo dos múltiplos matizes de origem, filiação filosófica e objetivos que os informam, ostentam variegadas referências de prestígio e eficácia. Há, entre eles, os que atuam no coração da disciplina, chamados *diretos* ou *primários* (salvaguardam, frontalmente, biomas, ecossistemas e processos ecológicos essenciais, entre eles cabendo citar as Áreas Protegidas, a Reserva Legal, as APPs, a declaração de árvore imune a corte); e os que, batizados de *indiretos* ou *procedimentais*, alcançam resultados semelhantes, só que por meios oblíquos, p. ex., ao ampliarem o grau e disseminação de informação ambiental gerada e em circulação, e ao estabelecerem mecanismos de participação pública. A ambas as categorias se aplica o princípio da proibição de retrocesso ambiental.

No âmbito desse “centro primordial”, “ponto essencial”, “núcleo duro” ou “zona de vedação reducionista”, o desenho legal infraconstitucional, uma vez recepcionado pela Constituição, com ela se funde, donde a impossibilidade de anulá-lo ou de afrouxá-lo de maneira substancial, sem que com isso, inafastavelmente, se fira ou mutile o próprio conteúdo e

sentido da norma maior. É o fenômeno da repulsa às normas infraconstitucionais que, desinteressadas em garantir a *máxima* eficácia dos direitos constitucionais fundamentais, não se acanham e são rápidas ao negar-lhes o *mínimo* de eficácia.

Aplicação prática do princípio da proibição de retrocesso ambiental

Firma-se como pressuposto da proibição de retrocesso que os mandamentos constitucionais “sejam concretizados através de normas infraconstitucionais”, daí resultando que a principal providência que se pode “exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas”, sobretudo quando tal revogação ocorre desacompanhada “de uma política substitutiva ou equivalente”, isto é, deixa “um vazio em seu lugar”, a saber, “o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente”¹⁶.

Claro, não se trata aqui de pretender conferir caráter absoluto ao princípio da proibição de retrocesso, sendo um exagero admitir tanto a liberdade irrestrita do legislador, como, no âmbito de sua autonomia legislativa, vedar-lhe inteiramente a revisibilidade das leis que elabora e edita. O princípio da proibição de retrocesso não institui camisa de força ao legislador e ao implementador, mas impõe-lhes limites não discricionários à sua atuação.

¹⁶ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*, 7ª edição, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 380-381.

Especificamente, no caso da proteção de biomas, ecossistemas e espécies, será a seguinte a pergunta que o juiz sempre se fará: as alterações legislativas ou políticas de implementação mantêm ou ampliam as garantias do meio ambiente? Asseguram a proteção dos “processos ecológicos essenciais”? Escudam, eficaz e eficientemente, as espécies ameaçadas de extinção? Ampliam ou reduzem os riscos ambientais a *habitats* vulneráveis? Estabelecem, naquilo que se revisa ou modifica, alternativas técnicas capazes de alcançar os mesmos ou similares resultados da norma ou política de implementação revogada? Reduzem ou mantêm o grau de dificuldade de execução, bem como de cobrança administrativa e judicial (os chamados custos de transação da execução da lei)?

Hermenêutica intergeracional e controle judicial do retrocesso ambiental: da degradação da lei à degradação do ambiente

Em síntese, no *controle judicial de retrocesso ambiental* não se deve esquecer que a degradação ambiental, vista como custo social, não passa de tributação das gerações futuras, encargos esses que da sua imposição política os nossos descendentes não participaram. Não é fácil ao juiz da pequena e distante comarca, nem ao dos Tribunais de apelação, do STJ e do STF, chegar a juízo de valor que resulte de um balanceamento equânime entre os benefícios e malefícios – materiais e imateriais, econômicos e ecológicos – de decisão legislativa ou política de implementação do presente, cujos

resultados perversos só se revelarão por inteiro no futuro, inclusive o mais remoto.

Difícil, sim, mas não impossível, muito menos dispensável. Na verdade, o juiz brasileiro, no desenho da Constituição de 1988, é chamado a fazer *juízos prospectivos*, numa dimensão de complexidade que muito supera a categoria dos lucros cessantes, tão comuns nas ações de responsabilidade civil. Essa tarefa se mostra mais dificultosa quando o juízo prospectivo vai além do caso concreto traduzido na lide, ao demandar uma avaliação do próprio texto da lei, de sua índole geral, do grau de proteção ou desproteção de inteiros *habitats*.

Também os juízes devem ter em mente que os instrumentos do Direito Ambiental não corroem, nem ameaçam a vitalidade produtiva do Brasil e a velocidade de sua inclusão entre as grandes economias do Planeta; tampouco pesam na capacidade financeira do Estado ou se apresentam como contrabando legislativo, devaneio imotivado de um legislador desavisado ou irresponsável. Ao contrário, se inserem no âmbito da *função social* e da *função ecológica da propriedade*, previstas na Constituição de 1988 (arts. 5º, XXIII, e 186, II, respectivamente).

Conseqüentemente, reduzir, inviabilizar ou revogar leis, dispositivos legais e políticas de implementação de proteção da Natureza nada mais significa, na esteira da violação ao princípio da proibição de retrocesso ambiental, que conceder colossal incentivo econômico a quem não podia explorar (e

desmatar) partes de sua propriedade e, em seguida, com a regressão, passar a podê-lo. Tudo às custas do esvaziamento da densificação do mínimo ecológico constitucional.

Retroceder agora, quando mal acordamos do pesadelo da destruição ensandecida dos processos ecológicos essenciais nos últimos 500 anos, haverá de ser visto, por juízes, como privatização de inestimável externalidade positiva (= os serviços ecológicos do patrimônio natural intergeracional), que se agrega à também incalculável externalidade negativa (= a destruição de biomas inteiros), que acaba socializada com toda a coletividade e seus descendentes.

Fica a lição com jeito de alerta: no universo da proteção jurídica do ambiente, o antiprogresso e, pior, o retrocesso legislativo, este sim, tem custos para as presentes e futuras gerações, provavelmente irreversíveis.

É a degradação da lei levando à degradação ambiental.

3

INTERDIÇÃO DA RETROGRADAÇÃO AMBIENTAL

REFLEXÕES SOBRE UM PRINCÍPIO

Carlos Alberto Molinaro¹

Os acontecimentos são frases que somente podem ser “ditas” pela Natureza, pelo Todo. Num grão de areia fala o universo. Em cada pensamento humano, como fato, expressão atual do que foi e essência do que será, fala o universo de todos os tempos. Uma simples palavra tem história infinita: ritmos do que passou e indícios do que virá.

Pontes de Miranda

1. Considerações introdutórias

A gravidade dos problemas planetários na contemporaneidade, entre outros, os políticos, sociais, econômicos, ambientais, morais e jurídicos, exige de respostas rápidas e adequadas. Para os

¹ Doutor em Direito. Professor na Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. (<http://www.camolinaro.net>; molinaro@camolinaro.net).

cultores das ciências, especialmente aqueles dedicados as ciências jurídicas e sociais, impende à tarefa de construir uma perspectiva de conformação do direito ajustado a esses novos tempos. Não basta, apenas, pensá-lo como instrumento de pacificação dos conflitos sociais, como sistema ou ordenamento de normas jurídicas que objetivam assegurar direitos e exigir o cumprimento dos deveres, ou constituir garantias de qualquer tipo, ainda, atribuir e repartir competências e formatar o Estado; precisamos mais, precisamos pensá-lo como um processo sociocultural de promoção, regulação e garantia das conquistas obtidas mediante os indispensáveis processos emancipatórios dos seres humanos, gestados em um ambiente sociopolítico onde ocorrem e se processam relações inter-humanas que possibilitam a coexistência no presente e no porvir. Neste cenário, assume relevância extraordinária as pesquisas e os resultados das ciências ambientais. Nestas, por certo, está incluído o direito ambiental. Um ramo do conhecimento jurídico especializado que mira o social e o ambiental unitariamente, intentando promover, regular e controlar o percurso da atividade humana, com o objetivo de assegurar a manutenção das condições de vida no planeta.

Se entendermos o fenômeno jurídico desde uma ‘razão de equilíbrio do que tende a opor-se’, funcionalmente como um *processo de adaptação e corrigenda das relações inter-humanas* em um espaço social dado (como tantas vezes insistiu Pontes de Miranda em suas clássicas lições²), o compartilhamento dos elementos formadores desta razão, ou dos meios de

2 O conceito aparece pela primeira vez no monumental Sistema de Ciência Positiva do Direito (1922), reeditado em quatro tomo pelo Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1972, sendo posteriormente referido em todas as suas obras.

adaptação, exigem a formulação de conceitos abstratos, mais ainda quando sobre esses modais³ do pensamento se tem a pretensão de constituir ciência. No caso específico do direito ambiental, fragmentando o conceito de direito, apenas com o propósito pedagógico, podemos entendê-lo desde as mais distintas perspectivas. Assim, doutrinadores formularam seus conceitos desde diferentes perspectivas⁴. Muitos conceitos são passíveis de formulação e foram esgrimidos por agudos pensadores da matéria⁵. Seja qual for o conceito, nuclearmente, o direito ambiental é um produto cultural, destinado a estabele-

3 No sentido de tudo aquilo que é relativo ao modo particular por que se deve executar ou cumprir algo.

4 William H. Rodgers ajuizava o direito ambiental, ou do ambiente, de modo macro, perspectivando uma governança internacional do meio ambiente, ou como o direito do governo planetário (Environmental Law. St Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1977, p. 1); David Hughes, mais intimista, em inglês, o arrazoava como the Law regulating the relationship of us to nature, understood both as the world around us and as the nature we carry within ourselves (HUGHES, D., Perspectives for environmental law – Entering the fourth phase, in, Journal of Environmental law, vol. 1, n.º 1/41, 1989, p. 38); já Gerd Winter, pragmático, definiria o direito ambiental como aquele destinado a regular o uso, a proteção e conservação dos três elementos do entorno: terra, ar, e água (WINTER, G., Perspectives for environmental law – Entering the fourth phase, in, Journal of Environmental law, vol. 1, n.º 1/41, 1989); Na Espanha, Luiz Ortega Alvarez, vai lecionar no sentido que o direito ao meio ambiente está caracterizado pela finalidade de suas normas, desde um enfoque teleológico, propiciando a aparição de princípios próprios, impositivos, para fazer possíveis esses fins, manutenção, proteção da ambiência, etc. (ORTEGA ALVAREZ, L., Lecciones de Derecho del Medio ambiente. Valladolid: Lex Nova, 1998, p. 49-50).

5 Cf., entre outros, o excelente trabalho de SILVA, J. A. da, Direito Ambiental Constitucional. 5.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 19-20; pela amplitude do conceito de “meio ambiente”, FIORILLO, C. A. P., ABELHA RODRIGUES, M., e, ANDRADE NERY, R. M., *Direito Processual Ambiental Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 30-31; complexo normativo de MILARÉ, E., *Direito do Ambiente*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 93; pelo trifásico de fontes de ANTUNES., P. de B., *Direito Ambiental*. 3.ª Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999, p. 09-10; ou pela função instrumental de MUKAI, T., *Direito ambiental sistematizado*. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 32; todos esses, por seus méritos, com sucessivas reedições.

cer um procedimento de proteção e corrigenda dos defeitos de adaptação do ser humano ao *habitat*, numa relação inclusiva de condições bióticas e abióticas; está dominado por normas (princípios e regras) e técnicas, que estabelecem um mínimo de segurança e que defendem, promovem, conservam e restauram o ‘meio ambiente’. Tem, necessariamente, que ser encarado desde uma perspectiva global, já que a contaminação, a degradação ambiental, enfim a salvaguarda da integridade do ambiente não obedece a fronteiras políticas ou geográficas.

No direito brasileiro, o art. 225 da Carta de 1988, *topos* central no espaço jurídico ambiental dispõe: “*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”. Do texto constitucional fica bem esclarecido que o ambiente é um direito atribuído a um sujeito plural sobre bem de uso comum. Como *res communes omnium* é um bem público com um qualificado predicado: a atemporalidade. De outro modo, como totalidade atributiva⁶, caracteriza-se como um ‘macrobem’ que não se confunde com os bens que o incorporam⁷. Ade-

6 As totalidades atributivas são aquelas cujas partes estão referidas umas com as outras, seja simultaneamente, seja sucessivamente e, mais, suas conexões atributivas não implicam a inseparabilidade.

7 Cf. BENJAMIM, Antônio Herman V., Função ambiental, in, *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 66-69. Cf., ainda, SOUZA FILHO, Carlos F. Marés, O dano socioambiental e sua reparação, in, FIGUEIREDO, Guilherme J. Purvin de (coord.), *Direito Ambiental em debate*, Rio de Janeiro: Esplanada, 2004, p.67-75. Cf., também, LEITE, José R. Morato; AYALA, Patryck de Araújo, *Novas Tendências e Possibilidades do Direito*

mais, é insusceptível de apropriação, também indisponível, indivisível, imaterial e de titularidade difusa. O ambiente, como um bem salienta o Prof. Herman Benjamin, é um bem público em sentido objetivo e não subjetivo⁸, perspectivado no interesse difuso, o que oportuniza a dimensão de horizontalidade do dever de proteção e preservação: Estado e coletividade. O direito fundamental ambiental está informado por muitos princípios que a doutrina vem afirmando com grande insistência, cuja revelação à ciência jurídica e os pretórios vêm aperfeiçoando. Todos esses princípios são decorrentes do primado da dignidade humana, e se apresentam como: o princípio da legalidade; da supremacia do interesse público em matéria ambiental e da indisponibilidade desse interesse; da obrigatoriedade de proteção; da prevenção ou precaução; da compulsoriedade da avaliação prévia de riscos em obras potencialmente danosas; da publicidade; da reparabilidade; da participação da coletividade; da ampla informação ambiental; da função social dos contratos e da propriedade; do poluidor-pagador; da compensação; da responsabilidade; do desenvolvimento sustentável; da educação ambiental; da coo-

Ambiental no Brasil, em WOLKMER, Antonio Carlos e LEITE, José Rubens Morato, orgs., Os Novos Direitos no Brasil: Natureza e Perspectivas. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. , p. 181-292: “[...] Com efeito, desta forma, visualiza-se o meio ambiente como um macrobem, que além de bem incorpóreo e imaterial se configura como bem de uso comum do povo. Isso significa que o proprietário, seja ele público ou particular, não poderá dispor da qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, devido à previsão constitucional, considerando-o macrobem de todos. Adita-se, no que se refere à atividade privada, a qualidade do meio ambiente deve ser considerada, pois o constituinte diz que a atividade econômica deverá observar, entre outros, o princípio da proteção ambiental, conforme estatui o art. 170, VI, da Constituição da República Federativa do Brasil. [...]” p. 216.

8 Op. cit., loc. cit., p. 66.

peração internacional e o princípio da soberania dos Estados em política ambiental. Todos esses, em sua maioria, decorrentes da amplitude do tipo contido no artigo 225, incisos e parágrafos da Constituição de 1988, combinados com outras normas (princípios e regras) inseridas na mesma carta, e em tratados e convenções, por ela recepcionados, ademais, decorrentes legislação infraconstitucional pertinente.

Princípio – dos mais relevantes – tema desta reflexão é o denominado de ‘proibição de retrocesso ambiental’ ou de proibição da regressividade, que preferimos denominar de vedação da retrogradação, ele está diretamente subsumido no entrelaçamento dos princípios matrizes dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica, ele é essencial na atribuição de responsabilidade ambiental informada pela fraternidade que deve estar impressa em todas as relações com o ambiente. Sobre o princípio da proibição de retrocesso social e, notadamente, ambiental (socioambiental), com ineditismo de perspectiva e com clareza exemplar já lecionou Ingo Sarlet⁹, sua exposição é abrangente e se insere no discurso jurídico com

⁹ De longa data Ingo Sarlet vem dedicando especial atenção ao princípio da proibição do retrocesso no âmbito dos direitos sociais para aclarar e promover o bom debate na doutrina confira-se ao final, nas referências deste ensaio, sua ampla contribuição doutrinária (por ora, cf., SARLET, I. W., Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise, *in*, VV. AA., (Neo)Constitucionalismo – ontem, os Códigos hoje, as Constituições, Rev. do Inst. de Hermenêutica Jurídica, v. I, n. 2, Porto Alegre: 2004, p. 121-168; mais recentemente, com Tiago Fensterseifer, Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental, *in*: Revista de Direito Ambiental, n. 58. Abr./Jun. 2010; também no capítulo quarto do excelente Direito Ambiental Constitucional (Revista dos Tribunais, 2011).

rigor acadêmico. Não ousaríamos acrescentar mais. Contudo, aditaremos algumas breves considerações (desde outra perspectiva), acreditando que dito princípio estará sempre acompanhado de uma proposição significativa, isto é, do sub-princípio de garantia do mínimo existencial ecológico. Esse conteúdo proposicional não está aí por acaso. Quando nos referimos a direitos e deveres fundamentais ambientais, o que buscamos é a identificação de um conjunto normativo que atenda um compromisso antrópico viabilizador da existência do ser humano, defendendo antes de tudo a sua dignidade; de outro modo, dirigimo-nos a manutenção, pelo menos, de um núcleo essencial e intangível ou inalterável para o ambiente consistente, minimamente, na manutenção de suas condições atuais, vedando-se a retrogradação¹⁰.

2. Princípio de vedação da retrogradação e mínimo existencial ecológico

2.1. Ambiente um ‘lugar de encontro’

Podemos conceber o ambiente como um ‘lugar de encontro’¹¹, esta concepção carrega o etimológico do substan-

10 Aqui nos seja permitido lembrar que a garantia da não interdição em tema de direitos fundamentais (sociais) estava já bem delineada em Konrad Hesse na sua teoria da irreversibilidade (*Nichtumkehrbarkeitstheorie*), pois entendia que a regulação das obrigações sociais e a pauta das pretensões não poderia ser objeto de medidas regressivas das dispostas na Constituição pelo mandamento da irreversibilidade das conquistas alcançadas (Hesse, K., *Grünzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg y Karlsruhe: Müller, Juristischer Verl., 1978, p. 86 e 87)..

11 Cf. MOLINARO, C. A., *Direito Ambiental – Proibição de Retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 22 e ss. *Ambiente é um lugar de encontro das*

tivo/adjetivo: ambiente. Como ensina Ávila Coimbra, ambiente está composto por duas propostas latinas *amb(o)* que induz a ideia de “andar à volta”, ao redor, e o verbo *ire*, *ir*, daí *amb + ire = ambire*, vale dizer, ambiente é tudo o que vai à volta, o que rodeia determinado ponto ou ser¹². Este “andar à volta”, este lugar de ‘encontro’ (substantivo), mesmo, do ‘encontro’ (verbo flexionado) com o *outro*, com os demais seres bióticos e abióticos, exige permanência e manutenção (ação de manter, ou de segurar com a mão), reclama a efetividade do princípio de proibição de retrocesso social e por consequência da interdição da retrogradação socioambiental. Por isso, se pode entender o princípio e seu objeto, a interdição da retrogradação ambiental, como informador, também, de uma ecocidadania responsável, como uma razão de meios que viabiliza a existência de um mínimo existencial ecológico¹³. Assim, é dever do Estado, e dever de cada um dos cidadãos, um comportamento pautado por uma postura

condições bióticas e abióticas que possibilitam à existência, esta oração substitui, porque inclusiva, todo o articulado no texto constitucional art. 225, incisos e §1º, I, VII; art. 215, §1º e §2º; art. 182; art. 21, XX; art. 5º, XXIII; art.7, XXII; art. 200, VIII, e na ambiência infraconstitucional, o art. 3º, I, da Lei nº 6.938/81. Observe-se que esta singela definição nos livra dos inconvenientes de descrever aquilo que a doutrina chama de ambiente natural, construído, artificial, do trabalho, etc. Um lugar de encontro dos seres e das coisas, um lugar onde nos encontramos com o nosso ambiente interior, onde nos encontramos exteriormente com os demais e a natureza, e onde somos o “encontro”, onde tem lugar a narração da história multitudinária do planeta, vale dizer, a história dos seres (pessoas, animais ou coisas) considerados ou não em seu conjunto, agrupamento heterogêneo e plural, que age e reage em diversos círculos sociais onde estão dispostos os indivíduos, de modo impulsivo ou não, premidos por uma conjugação de estímulos: contatos físicos, ideologias, mandados, subordinação, etc.

12 Cf. ÁVILA COIMBRA, J. de, *O outro lado do meio ambiente*. 2ª ed. Campinas: Millenium Editora, 2002, p. 25, nota 9.

13 Cf. MOLINARO, op. cit., p. 91 e ss.

ecologicamente responsável. Esta revelação implica a proteção especial que os pretórios de todos os povos vêm respeitando sistematicamente¹⁴; bem como, têm estimulado a evitar o que já foi denominado de falácia ecológica, isto é, a pretensão de explicar o comportamento dos sujeitos a partir de uma tensão entre informações (no caso, as relativas ao ambiente), entre variáveis colhidas territorialmente, e aquelas colhidas individualmente¹⁵.

2.2. Vedação da retrogradação¹⁶

Vedação da retrogradação ambiental é a denominação que damos ao princípio da proibição de retrocesso social (ambiental) em sede de direito ambiental, pois retrogradar expressa melhor a ideia de retroceder, *de ir para trás*, no tempo e no

14 Cf. DERECHO AL AMBIENTE SANO / DERECHOS FUNDAMENTALES. Núcleo esencial: La ecología contiene un núcleo esencial, entendiendo por éste aquella parte que le es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos y que le dan vida resulten reales y efectivamente tutelados. Se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Los derechos al trabajo, a la propiedad privada y a la libertad de empresa, gozan de especial protección, siempre que exista un estricto respeto de la función ecológica, esto es, el deber de velar por el derecho constitucional fundamental al ambiente. (REF: Sentencia No. T-411; Expediente N° T-785, La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional; Santafé de Bogotá, D.C., 17/06/1992)

15 Contudo, atente-se que as variáveis ecológicas colhidas num espaço social determinado não implicam que estas guardem relação com aquelas colhidas diretamente do indivíduo.

16 Bem sabemos que a expressão 'proibição de retrocesso' (dos direitos sociais – incluídos aí o direito ao ambiente, como direito humano e como direito fundamental) já está consagrada na doutrina, todavia, o que queremos acentuar é o caráter de interdição da degradação ambiental, da retrogradação, isto é, o movimento de 'recuo físico'. Voltaremos ao tema.

espaço. Ainda mais, o que o direito ambiental objetiva proteger, promover e evitar é a degradação do ambiente, portanto, intensamente deve coibir a retrogradação que representa uma violação dos direitos humanos, e uma transgressão a direitos fundamentais. Por certo, ao atingir-se um estado superior não se deve retornar a estágios inferiores, expressa a máxima central do primado da evolução dos seres e das coisas.

O princípio de vedação da retrogradação ambiental tem limites bem definidos. Para estudá-los torna-se necessário previamente precisar, para melhor entendimento de nossa reflexão, os termos que o compõe. São eles: (a) princípio(s); (b) vedação; (c) retrogradação; e, (d) ambiental.

O primeiro destes conceitos (a) refere-se ao substantivo ‘princípio’. Utilizamo-lo desde sua pureza etimológica: *arché* (αρχή), que é o que está na origem. O substantivo *princípio* revela-se em toda a proposição fundamental ordenadora do conhecimento. Todo princípio está adiante radicalmente, isto é, está na raiz de todas as coisas como ponto de partida, ou como suporte do raciocínio. Os princípios estão orientados por valores. Aqui tomamos valores no sentido que lhes atribuiu Nietzsche¹⁷, vale dizer, *vitais*, fundados no homem, melhor ainda, no modo de ser do homem. Os princípios ocupam um lugar de *fundamentalidade*, estão em primeiro lugar e o toma, e dele deriva a realidade cognoscitiva, valorada desde a percepção que dele deduzimos como resultado (de nossas preferências) do

17 NIETZSCHE, F., *La genealogía de la moral*. Trad. A. Sánchez Pascual. Madrid: Alianza, 1998.

objeto investigado. Princípio é mais que postulado ou axioma, aliás, esses dois últimos substantivos, são, modernamente, tidos como sinônimos e inconfundíveis com o primeiro¹⁸. Um princípio incorpora valor (ἀξία), e valor refere-se à utilidade emprestada aos bens, ou a dignidade prestada aos seres. Portanto, todo valor, mais que um ser é um dever ser (*sollen*), nasce da afirmação da vida, por isso vital, esse dever ser está radicado *no modo de ser do homem*, sua autêntica possibilidade de escolha, isto já estava em Weber, que acreditava no embate constante de diferentes valores à escolha dos homens. Note-se que Weber, fazia uma distinção lógica entre ser e dever ser para acreditar seu postulado da *Wertfreiheit* (“neutralidade valorativa”¹⁹), mas não rechaçava os valores nem o fenômeno mesmo dos valores, negando apenas o seu caráter absoluto e universal²⁰. Os princípios abrigam valores em conexão com uma situação dada. Aliás, Frondizi insistia na ênfase que se deve dar a tal conexão, pois concebia o valor como uma *qualidade estrutural* que tem existência e sentido em situações concretas; assim, se apoia duplamente na realidade, pois a estrutura valiosa surge de qualidades empíricas e o bem a que se incorpora se dá em *situações reais*, todavia, advertia que o valor não se esgota em suas realizações

18 De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, os princípios jurídicos “são mandamentos nucleares do sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” (MELLO, C. A. B. de., Curso de Direito Administrativo. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 144).

19 Como isenção, liberdade ou autonomia valorativa.

20 Cf. FARÍÑAS DULCE, M. J., *La sociología del derecho de Max Weber*. Madrid: Civitas, 1991, p. 122-128, esp. 128.

concretas, senão que deixa aberta uma larga via à atividade criadora do homem²¹.

Os princípios, desde seu nódulo valorativo, substancialmente, pavimentam esta larga via da atividade criadora do homem. Pontes de Miranda, com a profundidade costumeira, afirmava:

[...] Qualquer espírito pode formular concepções com os materiais abstratos das imagens, das ideias e demais elementos formadores dos pensamentos; os princípios somente com elementos objetivos podem ser formulados. Ninguém deve improvisar princípios jurídicos, como ninguém pode fazer regras econômicas, políticas ou morais. É com tijolo que se constroem casas, e não com palavras. É das relações sociais que se tiram os princípios, de modo que entre as leis e eles pode haver paralelismo e a ineficácia daquelas será proporcional à discordância entre uns e outros. Na vida, toda a aplicação tenderá para reduzir as leis aos princípios e a perfectibilidade está em formulá-las o mais próximas deles que for possível. Todos os princípios têm conteúdo especial (ético, político, econômico, etc.), ou geral (social), e seria preciso modificar a substância social para modificar, ou para suprimi-los. É pela indução que, das soluções mostradas nas relações que se observam, pode tirar-se o princípio; depois, pela dedução, aplicar-se-á aos casos análogos²².

21 Cf. FRONDIZI, R., *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología*. 3.^a, 15.^a reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 220-221. Frondizi afirmava que, frente aos objetos do mundo físico podemos ser indiferentes. Contudo, tão pronto se incorpora a eles um valor, a indiferença não é possível; nossa reação – e o valor correspondente – serão positivos ou negativos, de aproximação ou rechaço. Não há obra de arte que seja neutra, nem pessoa que se mantenha indiferente ao escutar uma sinfonia, ler um poema ou ver um quadro (op. cit., p. 20).

22 PONTES DE MIRANDA, F. C., *Sistema de Ciência Positiva do direito*. 2.^a ed., vol. IV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 221-222.

Logo, para os efeitos de nossa reflexão, atribuímos aos princípios uma concepção não muito delimitada: *princípios jurídicos, como razões seminais do direito, são orações deônticas que colhemos de um discurso fundado na evidência da razão cumulada pela evidência da experiência, valorados desde a racionalidade de uma fundamentação suficiente (que se crê verdadeira) que constrói normas, sempre de modo não exaustivo, informadas pelo resultado dos processos de adaptação e corrigenda das relações inter-humanas havidas num cronotopos social dado, e reativo das formulações ali contextualmente gestadas, com o objetivo primário de integrar, complementar, interpretar ou aplicar uma ordem objetiva de conhecimentos jurídicos, ou um sistema jurídico.* Desde seu reconhecimento incorporam-se em normas cujo núcleo duro está preenchido por valores induzidos pela experiência comum. Esses valores são valores jurídicos, vale dizer, ‘preferências coloridas pelo direito’. Os princípios jurídicos são informados ademais, por valores advindos de outros processos de adaptação e corrigenda das relações inter-humanas (religião, estética, ética, política, economia, ciência, como já anteviu Pontes de Miranda); além do mais, eles compõem uma metodologia da *praxis* social cujo objeto é “a indagação objetiva que pode dar-nos a realidade”²³.

Em (b), ‘vedar’ e ‘proibir’ guarda sinonímia. Contudo, no imaginário social, vedar é mais que proibir, veda-se para não “escorrer” qualquer fluido, para não perder-se qualquer subs-

23 Cf. PONTES DE MIRANDA, F. C., *Sistema...*, vol. II, p. 164.

tância. ‘Vedar é obstruir, impedir algum processo ou ação’, o substantivo vedação reveste esse impedimento. Proibir é vedar também, mas *posterius*, pois está em alguém que ordena, interdita ou desautoriza, vedar é *prius*. Utilizamos o substantivo vedação em lugar de proibição, pois queremos acentuar esse *prius*. Com vedação da retrogradação, nos afastamos do ato externo da *proibição*; vedação é interior, é uma *proposição empírica* de imediatividade, mais aproximada do “princípio” está nele mesmo. A razão de sua eleição está fundada num sentido epistêmico inclusivo: princípio de vedação com diferentes graus deonticos entre os princípios de vedação e os princípios de proibição; os primeiros são endógenos as relações psicossociais, os segundos exógenos. Os primeiros, mais instintivos e emocionais, os segundos mais intelectivos e racionais, mas também eventualmente cesaristas. Os primeiros estão mais aproximados da *estética*, e conformam-se na *ética*; os segundos, mais aproximados do cartesianismo, o que por vezes pode incluir antagonismos, tais como a idolatria ou a alienação e conformam-se no jurídico. Ademais, com a infirmação da proibição em favor da vedação intentamos nos afastar de eventuais conteúdos ideológicos presentes nos princípios de proibição. Ambos, no entanto, implicam uma *disposição* imperativa que resulta em *posições* conformadas ao máximo proveito comum.

De outra parte, impende esclarecer o sentido que damos a (c), isto é, ao substantivo ‘retrogradação’ para os nossos efeitos. Atrás referimos que preferimos denominar retrogradação

para designar retrocesso. Não se trata de mero capricho linguístico. Antes, de precisar uma concepção peculiar ao direito ambiental. Na sua razão etimológica o verbo retrogradar é expressivo. Composto pelo prefixo *retro-*, do latim *re-*, com a ideia de movimento para trás, retroativo, e *gradar*, do latim, pospositivo *-grado* ou antepositivo *grad-*, com o sentido de avançar passo a passo; assim, o verbo retrogradar, expressa a ação de ir para trás, retroceder – passo a passo –, induzindo o substantivo retrogradação no sentido de um movimento de retroceder no tempo e no espaço. O substantivo foi apropriado pela astronomia para indicar o sentido retrógrado dos astros, conformando uma nova imagem sideral. Para nosso uso, apropriamos o sentido de retrogradação para significar o ‘recuo físico’, qualificando o retroceder ao perder qualidade, ou a involução de um estado atual (ou o declínio de um estado melhor para um pior) ainda que este esteja já degradado, conformando uma imagem ambiental deteriorada.

Finalmente, em (d), o substantivo ‘ambiente’, com a aposição do sufixo *-al* formando-se o adjetivo ‘ambiental’, isto é, *relativo ao ambiente* qualificando-o como “um lugar de encontro”²⁴, vale dizer um espaço físico apropriado para o exercício das atividades humanas, exurgindo um conjunto complexo de condições sociais, morais, naturais e culturais que cercam os seres vivos e neles podem influir decisivamente. Ambiente, para nós, é um “lugar de encontro”, um *locus loquens* onde se reúnem as condições bióticas e abióticas propiciadoras da existência dos seres e das coisas.

24 Cf. nota n. 9 *retro*.

Portanto, quando referimos o princípio de vedação da retrogradação ambiental, queremos afirmar uma proposição empírica, que através de uma eleição valiosa de nossa existência e de uma avaliação intergeracional, não consente ou previne que se retrocedam às condições ambientais prévias àquelas que desfrutamos no presente. O princípio de vedação da retrogradação ambiental, assim concebido, é um importante preceito normativo, intrinsecamente contido em diversos mandamentos constitucionais, cujo objetivo é evitar que as condições ambientais que desfrutamos retornem *in statu quo ante*.²⁵ Contudo, como veremos, esse princípio precisa ser contextualizado e relativizado para que não se torne um obstáculo para aquisições ulteriores de maior qualidade de vida.

2.3. Vedação da retrogradação e mínimo existencial ecológico

A garantia da intangibilidade de um mínimo ecológico está afirmada, entre outras articulações possíveis, também pelo princípio de proteção da continuidade ou da existência (*Bestandsschutzprinzip*), assim como o princípio de conser-

25 Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, em artigo exemplar, onde analisam com profundidade o tema constitucional sobre os deveres de proteção e a garantia da não regressividade (Notas sobre os deveres de proteção do estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria (socio)ambiental. Disponível em <http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=artigos>), afirmam que [...] é possível afirmar que a garantia da proibição de retrocesso tem por escopo preservar o bloco normativo – constitucional e infraconstitucional – já construído e consolidado no ordenamento jurídico, especialmente naquilo em que objetiva assegurar a fruição dos direitos fundamentais, impedindo ou assegurando o controle de atos que venham a provocar a supressão ou restrição dos níveis de efetividade vigentes dos direitos fundamentais.

vação ou manutenção do status quo (*Prinzip der Status-quo-Erhaltung*), ou ainda, o princípio de proibição da deterioração (*Verschlechterungsverbot*)²⁶, todos expressões do que denominamos de *interdição da retrogradação*, dirigem-se no sentido da vedação da degradação, ou de “evolução reacionária” no dizer de Canotilho²⁷, das condições ambientais conquistadas. Esses princípios, qualquer que seja a expressão que adotemos, dirigem-se a concretude das condições de um mínimo existencial ecológico, desde uma perspectiva de efetivação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica. Portanto, em sede de direitos fundamentais, num Estado Socioambiental e Democrático de Direito, a interdição da retrogradação – incorporada nestes princípios, onde se inclui inclusive o princípio de proibição do retrocesso socioambiental – vincula o legislador infraconstitucional ao poder originário revelador da Constituição, não podendo a norma infraconstitucional retroceder em matéria de direitos fundamentais declarados originariamente. Contudo, este

26 KLOEPFER, M., Grundprinzipien und Instrumente des europäischen und deutschen Umweltrechts (em arquivo Word – cedido por Ingo Wolfgang Sarlet, que traduzimos e de breve publicação), p. 3; ainda, confira-se, Umweltrecht. 3. Aufl. München: Verlag C. H. Beck oHG, 2004, p. 169.

27 José Joaquim Gomes Canotilho assim formula uma concepção do princípio de proibição do retrocesso: “[...] o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efectivados através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado” (CANOTILHO, J. J. G., Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 1.998, p. 320 e 321).

princípio (e aqui nos referimos especificamente ao princípio da vedação da retrogradação) não é absoluto, dirige-se apenas a porção do que se considera como “núcleo duro” do direito (-dever) fundamental (ambiente, vida), vale dizer, a “fronteira que o legislador não pode ultrapassar, delimitando o espaço que não pode ser invadido por uma lei sob o risco de ser declarada inconstitucional”²⁸, fronteira espacial que está demarcada e que não poderá ser violada em afronta a Constituição. Já em relação à fronteira temporal, Ingo Sarlet²⁹ anotou que a proibição de determinadas alterações do texto constitucional objetiva o futuro, já que a Constituição projeta-se nele, num exercício proléptico inarredável. Logo, o redesenho destes limites, no que não ofenda o núcleo essencial desses direitos, impõem-se em defesa (formal) da própria Carta Magna. Esses limites dizem, também, com a eficácia (social e jurídica) das normas sobre o direito fundamental incorporado ao ambiente³⁰. No magistério de José Afonso da Silva, desde a perspectiva da efetividade social, infere-se a certeza de “[...] uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; [e,] refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada”; citando Kelsen – continua o eminente constitucionalista –, a

28 D’ÁVILA LOPES, A. M., Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2.001, p. 188.

29 A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.353; também cf., p. 371 da 3.ª edição.

30 Leciona Juarez Freitas no sentido que é dever do “intérprete constitucional [...] guardar vínculo com a excelência ou otimização da efetividade do discurso normativo da Carta, no que esta possui de eticamente superior e universalizável, conferindo-lhe, assim, a devida coerência interna – eficácia jurídica – e a não menos eficácia social” (FREITAS, J., A interpretação sistemática do direito. 4.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 223).

eficácia da norma está na conformação do “fato real de que ela é efetivamente aplicada e seguida, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos”; colmando-se o objetivo juridicamente proposto realizam-se os fins pretendidos pelo legislador, donde a eficácia jurídica reproduz – em diferentes graus – efeitos jurídicos sobre um modelo de estados, situações, relações e condutas, desde as funções de aplicabilidade, exigibilidade ou executividade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica³¹. O tratamento constitucional sobre direitos fundamentais, incluindo-se aí os ambientais, lhes dá aplicação imediata, como está inscrito no art. 5º, §1º da Carta de 1988, pois os mesmos estão, no dizer de Sarlet, “[...] protegidos não apenas contra o legislador ordinário, mas até mesmo contra a ação do poder constituinte reformador, já que integram [...] o rol das “cláusulas pétreas” do art.60, § 4º, inc. IV, da CF/88”³². De outro modo, o tratamento constitucional sobre o desfrute de um ambiente equilibrado e salubre, como direito fundamental, está entre aqueles que mais “repercutem sobre a estrutura do Estado e da sociedade”³³. Importa recordar, neste passo, que a Carta de 1988, constituiu-se num sistema aberto, rela-

31 Cf., SILVAJ. A. da, Aplicabilidade das normas constitucionais. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 65-66

32 SARLET, I. W., Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In, www.direitobancario.com.br/artigos/direitoconstitucional/01mar_151.htm; uma versão ampliada pode ser compulsada na Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 200. Disponível na Internet, in, www.direitopublico.com.br

33 SARLET, I., A eficácia dos direitos fundamentais, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 81; p. 83 da edição de 2003.

tivamente a materialidade dos direitos fundamentais (§ 2.º do art. 5º), sendo os direitos fundamentais ambientais, acolhidos por fora do Título II da Carta de 1988 e, substancialmente, lhe basta a “circunstância de terem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nesses ocupada pela pessoa humana”³⁴ – assertiva que se ajusta em todo o discurso deste ensaio.

Impende ainda, na seara dos direitos fundamentais ambientais, especialmente pensando-se na proteção do mínimo existencial, sua ‘essencialidade’, identificar que o princípio de vedação da retrogradação socioambiental, por ser uma norma implícita ao Estado Socioambiental e Democrático de Direito, não está submetido ao denominado princípio da *reserva do possível*, tampouco ao princípio da *reserva parlamentar orçamentária*. Com efeito, o princípio de vedação da retrogradação socioambiental inaugura o desvelar de outro mandamento, já denominado pelo senso comum como o da “*reserva da reserva do possível*”³⁵, isto é, não há possibilidade, sob pena de negar-se a qualidade do Estado-socioambiental, alegar a carência de recursos materiais e humanos para concretizar a interdição da retrogradação ambiental. A eventual depen-

34 SARLET, I. W., A eficácia..., p. 81, p. 83 da edição de 2003.

35 A propósito, vale a advertência de Juarez Freitas, no sentido que “Cumpre, sim, nutrir reservas à reserva do possível. Neste sentido, não é exagero cobrar, em relação à íntegra dos direitos fundamentais, o imediato reconhecimento do mínimo nuclear de realização, a afirmativa é válida igualmente para os direitos sociais” (FREITAS, J., A interpretação..., p. 211)

dência de disponibilidade destes recursos deverá ser solvida por uma ordem de prioridade nas políticas econômico-financeiras do Estado. A relativização do princípio, todavia, pode se dar por circunstâncias de meios técnicos, sociais ou geofísicos, nunca por (meios de) ordem financeira. De igual modo, o legislador está afetado e possui competência para estabelecer ou modelar uma ordem de prioridade para atender as necessidades ambientais, constitucionalmente, e minimamente asseguradas³⁶. Sabemos que esta afirmação é forte e pode ser objeto de polêmica, mas é uma afirmação suportada na substancialidade do “contrato político” que elege como foco central o direito fundamental à vida e a manutenção das bases que a sustenta. O que só se pode dar no gozo de um ambiente equilibrado e saudável, onde vai concretizar-se, em sua plenitude, a dignidade humana. Ademais, um tipo de Estado com esta característica, está comprometido com o privilegiar a existência de um “mínimo ecológico”, pois tem a obrigação de proteção das gerações vindouras; por evidente, a afirmação que fizemos diz respeito à essencialidade prevista na norma, o que superar o “essencial”³⁷, v.g., o alargamento das condições

36 Muito embora os critérios políticos nem sempre se ajustam a uma ordem de prioridades.

37 Uma das mais tormentosas tarefas está em conceber o “essencial”, ou desenhar as fronteiras da “essência” dos direitos fundamentais. Como entender o “núcleo essencial” de um direito fundamental, como a vida ou o ambiente, por exemplo? De modo simplista podemos dizer que essência revela o que uma coisa é. Na teoria da lógica dos predicados, ou forma de atribuição dos conceitos, costuma-se distinguir o que é comum (a essência) entre espécies (gênero) e a parte que é própria, privativa da espécie (diferença específica). Para os gregos, a “essência” era concebida como uma característica puramente lógica ou ontológica, isto é, essência é o

ambientais para torná-las mais aprazíveis fica dependente de medidas fáticas e financeiras que vão se subordinar aos princípios das “reservas”, já com respeito as medidas normativas para esse “alargamento”, aquelas que gerarem custos, recebe-

que corresponde nas coisas a sua definição e o que lhes dá sua natureza própria. Contudo, um dos grandes problemas é que nunca poderemos estar seguros de poder apreender, nem de fato ou em princípio, a essência de alguma coisa, e menos ainda, de apreendê-la íntegra e adequadamente. Afirmava Zubiri: “[...] El que lo real tenga esencia, es una imposición de la realidad profunda misma. Pero el que esta esencia tenga tal o cual contenido, esto, por verdadera que sea mi intelección profunda, será siempre cuestión abierta. Cada nota por ser real remite en su realidad física misma a otras, de suerte que la intelección racional de la esencia es constitutivamente abierta no sólo en cuanto mi intelección nunca termina, sino en cuanto lo inteligido mismo, esto es, cada nota, remite en principio a otra. Y jamás sabremos la amplitud de esta remisión. (Cf. ZUBIRI, X., *Inteligencia y Razón*. Madrid: Alianza. IRA, 1983, p. 114). Segundo Aristóteles, a essência é o correlato real da definição. A essência, para o estagirita, é algo real, mas suportado desde o *logos* definidor. A construção da definição (*logos*), segundo Aristóteles é a via da natureza (*physis*); ademais, para ele, o “primeiramente definível é a “substância”, não o “acidente”. Só a substância incorpora-se no sujeito último da definição (ARISTÓTELES, *Metafísica*, 1030b5, in, *Obras Completas...*, p. 986; especialmente 991). Aristóteles pensava a “essência”, como especificação ou ‘quididade’, para o estagirita, todo o inespecífico, todo individual, é não essencial, portanto, descartado ou “acidental”, ele subsumia o individual no universal, pois, afirmava que do que não é possível o conhecimento científico diz-se que não possui essencialidade. Atente-se que na filosofia aristotélica toda “substancialidade” (*hypokeimenon*) é essência, caracterizada por sua subjetividade e separabilidade, vale dizer, como subjace aos “acidentes” é separável deles. Zubiri não aceitava a subjetividade da substância, e dizia que do ponto de vista predicativo “toda realidad, sea cualquiera su índole, puede ser convertida en sujeto de predicación” (Cf. ZUBIRI, X., *Sobre la esencia*. Madrid: Alianza Editorial, 1962, p. 86). Em Hegel e no racionalismo em geral, essência está identificada com seu conceito, vale dizer, a essência de alguma coisa será o conceito conforme a coisa. Por isso para Hegel a estrutura da realidade e a estrutura da razão são uma e a mesma coisa, o que leva a conclusão que a essência das coisas não é mais que uma essência racional; o mesmo é dizer que o real se funda no racional, e é o racional que possibilita o real. Para Hegel, todo o ser da coisa real, enquanto real, lhe está conferido pela concepção formal da razão: ser consiste em ser concebido. Hegel afirmava: “o conceito é a verdade do ser e o ser um momento do conceito” (Enciclopédia, § 159 – HEGEL, G. W. F., *Enciclopedia delle Scienze Filosofiche in Compendio*. Trad. B. Croce. Bari, 1951). Como se pode observar, tomando-se apenas três autores: Aristóteles, Zubiri e Hegel, não se pode, como fizemos no início desta nota, pensar numa concepção de essência de modo simplista.

ção igual tratamento. O princípio de vedação da retrogradação socioambiental como já afirmamos, embora restrinja a “afetação” da liberdade parlamentar, praticada nos limites do “mínimo”, remanescendo o excedente, no entanto, agora veda o poder de desconstituição, mesmo do excedente, desde que já consolidado. Em sede de direitos fundamentais ambientais, relativamente à eficácia, opera-se uma tensão dialética bem definida entre a sua dimensão objetiva e subjetiva. O ensinamento de Vieira de Andrade vem a calhar quando afirma que os direitos fundamentais não podem e não devem ser perspectivados tão-só desde as preferências e desejos dos indivíduos, na suposição ou concreção de faculdades ou poderes de que são titulares atribuídos, sim que valem juridicamente, e especialmente, do ponto de vista do coletivo, da comunidade envolvida no “lugar de encontro”, como valores ou fins.³⁸ A derivação vai pelo estabelecimento de especiais deveres de proteção aos direitos fundamentais; o que se observa, então, é um reducionismo e reativação entre o normativo constitucional e o infraconstitucional, num exercício de *freios e contrapesos*, o que leva o Estado à obrigação na proteção dos direitos fundamentais através de imperativos de abstenção ou imposição de condutas, a par do dever de prestar. Deste modo, podemos estar certos que, a norma principal da proibição do retrocesso

38 VIEIRA DE ANDRADE, J. C., Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976., 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 111-112, 129, 138 e s. 149 e s.

socioambiental e a conseqüente interdição da retrogradação, instituidora de valor apreciável sobre a vida social e política alcança regular as relações de todos neste “lugar de encontro”, de particulares e do Estado, ademais de particulares entre si³⁹.

3. Alcance do princípio de vedação da retrogradação

Não há ação que não esteja limitada no tempo e no espaço que não tenha ‘divisas’. Toda a atividade humana, física ou psíquica, está limitada em extensão, conformando fronteiras que não podem ser ultrapassadas impunemente. O que tem limite (*Grenze*) está *determinado*, isto é, está demarcado (tem fronteiras, bordes, divisas), e o que está demarcado tem utilidade, *scilicet*, àquilo que é conveniente ou valioso. A língua germânica tem duas expressões muito significativas: *Grenzbegriff* (o *Noumenon* em Kant) e *Grenzwert*; a primeira delas, expressa em nosso léxico a categoria “conceito-limite”; a outra, “valor-limite”. Em ambas, o que vemos é *determinação e utilidade*. Ambos os termos identificam o *limite* seja em relação à capacidade de aquisição do conhecimento, seja em relação à qualidade desta aquisição⁴⁰. Um *conceito-limite*, fu-

39 Cf. Carlos Vieira de Andrade, op. cit., p. 270 e s; SARLET, I. W., Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, in: A constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 107 e s.

40 Um bom aprofundamento da questão pode ser encontrado em Harald Holz, *Immanente Transzendenz*. Würzburg : Königshausen & Neumann, 1997, p. 22 e ss., especialmente, 26, 114, 132 e ss., 181 e ss., 192.

gindo do kantismo, é um conceito cuja extensão está contida no próprio objeto que identifica, e um *valor-limite* qualifica a grandeza deste.

Os princípios têm limites. Estão demarcados em sua extensão e proveito. São frutos relacionais, cujo reconhecimento está contido na experiência comum. Os limites dos princípios são os limites da experiência comum. O princípio de vedação da retrogradação ambiental também tem seus limites. Sua extensão e proveito devem servir aos seres relacionados e não servir-se deles. Toda imobilidade é gravosa quando travestida de imobilismo, vale dizer, quando repudia novas conquistas, apegando-se ao passado, ou fixando-se ao presente não deixa espaço para a inovação criativa. Por isso, não se pode imobilizar o progresso, e até mesmo, o regresso quando este se impõe, com a razão do princípio de vedação da retrogradação ambiental.

Todavia, há condições especiais que exigem um “voltar atrás”, um retorno a situações passadas (gravosas ou não) que são necessárias para a existência⁴¹. De outro modo, há momentos em que retroceder é uma conquista⁴². Muitos são os exemplos possíveis, *v.g.*, a transformação de áreas degradadas (atuais, portanto) em reservas reflorestadas, ou reconversão

41 É o caso da definição legal brasileira para ‘recuperação’, isto é, “restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada a uma condição não degradada, *que pode ser diferente de sua condição original*” (Lei nº 9985/2000, art. 2º, XIII – itálico nosso).

42 É o caso dos processos de ‘restauração’, implicando “a restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada o mais próximo possível da sua condição original” (ib. XIV).

com planejamento industrial ou outro tipo de exploração sustentado. Aí, em nada se ofende o princípio de vedação da retrogradação ambiental. Não há recuo físico. O estado atual (degradado) não é valioso, a reconversão sim. Os limites, portanto, nos dão as condições em que se encontram os bens protegidos pelo princípio. De outro modo, mesmo em situações ambientais não degradadas, o estado atual pode ser objeto de retrogresso, quando as condições de existência o exigem, *v.g.*, técnicas de cultivo contaminadoras, exclusivas, em determinadas situações, para atender imediatamente necessidades mais relevantes – a fome poder ser uma delas, ou a reversão parcial de reservas naturais para atividade culturais preciosas, ou conquistas da ciência e da tecnologia que compensem eventual degradação. Esses motivos, que afastam a incidência do princípio de vedação da retrogradação, devem ser objeto de cuidadoso tratamento definitório da sua eleição. Avultam aí, outros princípios que devem ser sopesados, entre eles, o princípio da dignidade humana, da segurança jurídica, o da supremacia do interesse público primário em matéria ambiental, o da proporcionalidade.

3.1. Vedação da retrogradação ambiental e tempo

Tempus regit actum, é o célebre brocardo, embora muito utilizado no campo “civilista”, muito apropriado para a *máxima* da vedação da retrogradação. Já no *Eclesiastes* consta: *Para tudo há um tempo, para cada coisa há um momento debaixo dos céus* (3,1): (...) *tempo para plantar e tempo, e*

tempo para arrancar, o que foi plantado (3,2); (...) tempo para demolir, e tempo para construir (3,3). O tempo está incorporado aos princípios, numa existência autêntica que conduz a uma antecipação, a uma prolepse: vivemos no presente o futuro o imaginado. Nesse “lugar de encontro”, no ambiente, o tempo revela-se como duração e como *continuum*, fixando um “estar” ou permanecer. Tempo é experiência, podemos percebê-lo e concebê-lo. Tempo é história, podemos narrá-la e explicá-la. No ambiente o mesmo se dá.

Da relação substantiva natureza/cultura, sua derivação adjetiva natural/cultural impõe uma temporalidade complexa: há um tempo histórico e biológico; há um tempo tecnológico; e há um tempo cosmológico. O tempo histórico é percebido pelo biológico através das aquisições e desenvolvimento da vida no longo percurso da evolução. O tempo tecnológico apropria-se da vida e passa a dominá-la. O tempo cosmológico enreda a todos e se esconde no mistério... *Chrónos* (Χρόνος) e *Kairós* (Καίρός) disputam a primazia. O primeiro, lineal, devorador é um tempo de espera, um tempo onde o retorno não é possível e, no presente, antecipa-se todo o futuro. O segundo, cíclico, é o tempo da memória, é o tempo onde todo retorno é possível, é o tempo do *acontecimento*, das utopias, do imaginário. É um tempo que não apropria e permanece. Passado e presente convivem numa memória exemplar, e o futuro está no presente que se prolonga. Com o ambiente o mesmo se dá. O ambiente é *Kairós*. A ação do homem sobre o ambiente é *Chrónos*. O natural é *Kairós*, o

cultural é *Chrónos*. Não permitir a retrogradação ambiental é intervir na disputa entre *Kairós* e *Chrónos*. Contudo, esta contenda não tem vencedor, só vencidos. O princípio de vedação da retrogradação só pode atenuar o embate, estabelecer uma paz relativa, como relativo é todo o tempo; por isso, não permite o imobilismo absoluto, pois sabe que o futuro como representação se incorpora ao presente. Nesse *lugar de encontro* há um tempo para tudo. Permanecer nele é o mais importante. Impedir que a sua degradação revela-se como um dever *prima facie*, mesmo que esse *lugar* já não seja o dos nossos sonhos...

Atente-se, que é desde o espaço, que o tempo passa a existir. Esse primeiro átimo temporal inaugura o *lugar* em que ocorreu. Uma só dimensão: a extensão. Assim, o tempo é o espaço percorrido pelas transformações: a mesma flor, que era botão e agora está aberta, a despeito da *identidade*, mudou; a folha que era verde ficou amarela⁴³. *O tempo é algo que permite a variação do idêntico*⁴⁴. Portanto, não se pode absolutizar a vedação da retrogradação, pois se impediria a transformação. Contudo não se deve cair num relativismo irresponsável, onde o indistinto marca a sua presença, sim, reconhecer a pluralidade e a heterogeneidade das relações naturais/culturais que se desenvolvem nesse *lugar de encontro*, no ambiente.

43 O exemplo é de Felix Auerbach, *Das Wesen der Materie*, Leipzig, 1918, 9, *apud*, PONTES DE MIRANDA, F. C., *Sistema...*, vol I, p. 157.

44 *Id.*, *ib.*

O tempo de plantar é diferente do tempo de colher, mas para colher, por vezes, é necessário destruir o que foi plantado. A reconstrução é sempre sobre o que foi construído, em alguns casos o retroceder é um ensaio para o novo. O problema está na qualidade deste *novo*. O ato retrocessivo em si não causa dano. O dano está no *efeito* que possa o ato causar. Portanto, a prudência é o farol guia de todo princípio. A ponderação, que é peso, portanto *força* é seu instrumento. *Tempus regit actum*, adquire assim uma nova feição, passa a ser um *tempus loquendi*, onde o falar marca o ritmo, a fruição ou o gozo de estar ou permanecer. Mudar para melhorar, não para piorar. Contudo, por vezes, o pior pode vestir-se como o melhor. Tudo isso está nuclearmente contido no princípio de vedação da retrogradação ambiental. O tempo é seu mais forte aliado, e a conquista da manutenção do princípio revela-se como um *direito-dever* de todos indistintamente.

3.2. Princípio de vedação da retrogradação ambiental e espaço

Não vai nos interessar, neste momento, o debate entre o *nominalismo* e o *realismo*, relativamente ao conceito de espaço, aqui não é o lugar apropriado para fazê-lo, ademais de não termos a competência intelectual para tanto. Assim, o que nos interessa é construir uma concepção de *espaço*, útil para os nossos propósitos. O próprio princípio de vedação da retrogradação ambiental ocupa um espaço. Um espaço psíquico, intelectual num primeiro momento, depois, um espaço

moral, político, jurídico, social, econômico... Mais ainda, um espaço corporal o próprio “meio”: cósmico, físico, biológico... É desta conformação espacial que vamos tratar.

Espaço é *lugar*, já estava em Aristóteles na sua *Física*, como o *limite (i)móvel que abraça um corpo*⁴⁵. Todavia, não é só *lugar*, é ainda o que *contém*; um conceptáculo, isto é, o *locus* da concepção de algo e o recipiente que vai abrigar a sua multidimensionalidade, conformando um *campo*. Mais além da concepção *natural* do espaço, há a concepção *cultural* que radica na (a)percepção de sua *realidade*. Aí muitas *posições* são possíveis. Uma delas se revela na *teologia*. O espaço do sagrado, a ‘substancialidade’ do mítico, a distinção do *céu* e da *terra* intermediada pelo demiurgo. Outra está diretamente vinculada a uma *posição* subjetiva de conceber o *espaço*; neste sentido, ainda atual o pensamento de Leibniz, que o entendia como uma narração expressiva das relações das coisas entre si⁴⁶. Para nosso proveito, pode interessar uma concepção de espaço, não puramente kantiano, nem puramente empirista, humaniano; mas, uma concepção que atenda a uma representação *presuntiva* enquanto *intuição*, ou uma experiência corpórea enquanto *percepção relacional*; a primeira é contemplativa; a segunda é compreensiva. Portanto, uma concepção deste matiz entende o espaço

45 Cf. ARISTÓTELES, *Física*, Lib. IV, 212a, in, *Obras Completas*, Madrid: Aguilar, 1967, p. 618-620.

46 Cf., LEIBNIZ, G. W., *Novos ensaios sobre o entendimento humano*. Trad. L. J. Baraúna, São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 297; especialmente, Cf. Leibniz, G. W., *Correspondência com Clarke*. Trad. C. L. De Mattos. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 413 s.

de modo não antropocêntrico, pois não podemos fundar o espaço em nossas *sensações*, logo, não podemos concebê-lo como infinito e contínuo⁴⁷, antes como relações corpóreas singulares ou plurais, finitas, contínuas e descontínuas interpenetradamente. O espaço é onde essas relações se dão, portanto, *não temos no mundo um só espaço, e sim muitos*⁴⁸.

O princípio de vedação da retrogradação ambiental, objetiva proteger as condições *atuais* da coexistência dos espaços ambientais contra eventuais agressões que possam implicar em sua regressão. A regressão positiva, *scilicet*, aquela que beneficia, manifestamente não é alcançada pela vedação. Seu tempo, portanto, não se mede por *atualidade*, antes se revela por uma dialética de permanência/impermanência.

3.3. O tempo e o espaço ambiental – permanência, conservação e manutenção

O espaço e o tempo são relativos. E aí, nada obstante o momento que os distancia, Leibniz e Einstein de algum modo coincidem. Pois, dizia Leibniz que o espaço é algo meramente relativo, o mesmo que o tempo. Sustentava que o espaço se podia conceber como uma ordem de *coexistências*, assim como o tempo, podia ele ser concebido como uma ordem de *sucessões*. Porque, dizia Leibniz, a noção de espaço denota,

47 Cf. PONTES DE MIRANDA, F. C., *Introdução à Sociologia Geral*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello & C., 1926, p. 92-101, especialmente p. 94-95

48 Id., ib., p. 95

em termos de *possibilidade*, uma ordem de coisas que existem ao mesmo tempo, isto é, consideradas como existindo juntas, sem inquirir sobre o seu *modo* de existir. E, quando vemos varias coisas juntas, percebe-se essa ordem de coisas entre as mesmas. Dizia Leibniz, que duas coisas existentes, A e B, estão em uma relação de situação, pois, em verdade, todas as coisas coexistentes estão em relações de situação. Ademais, se consideramos, simplesmente como coexistindo, isto é, como estando em relações mútuas de situação, temos a imagem de espaço como ideia de uma ordem de coexistência. E se não dirigimos a atenção a nenhuma coisa realmente existente, mas simplesmente concebemos a ordem de possíveis relações de situação, temos a ideia abstrata de espaço. O espaço abstrato, pois, não é nada real: é simplesmente de uma ordem relacional possível. Também o tempo é relacional, dizia Leibniz, pois se dois acontecimentos, A e B, não são simultâneos, mas sucessivos, há entre eles certa relação que expressamos dizendo que A é antes que B, e B depois que A. E se concebemos a ordem de relações possíveis dessa espécie temos a ideia abstrata de tempo. O tempo abstrato não é mais real do que o é o espaço abstrato. Não há nenhum espaço abstrato real no qual as coisas estejam situadas, nem há um tempo real abstrato e homogêneo em que se deem. O tempo abstrato não é mais real do que o é o espaço abstrato. Não há nenhum espaço abstrato real em que as coisas estejam situadas, não há um tempo real abstrato e homogêneo em que se deem as sucessões⁴⁹.

49 Cf. LEIBNIZ, *Correspondencia...*, p. 413 e s., 419 e s., 434 e s., especialmente 436-437, 439 e s., 443, 450

Desse breve esboço, a conclusão leibniziana, no sentido que o espaço pode ser concebido como uma *ordem de coexistência* que o situa em um *campo* (Einstein), influi decisivamente na concepção de que o espaço é um campo aberto de relações. Portanto, sua *permanência, conservação e manutenção exigem* a apercepção dessa realidade, sua imediatividade e concreção relacional. Pontes de Miranda, com sua acuidade costumeira já afirmava: *só existe espaço social onde há matéria, onde há energia social; portanto, só existe espaço social onde há relações sociais*⁵⁰. A permanência, conservação e manutenção do espaço ambiental, onde se dão as relações ambientais, revela-se como o teleológico do princípio de vedação da retrogradação ambiental. Conservar é manter íntegro, respeitar o que aí está; a substantivação do verbo deu como resultado *conservação*, revelando o efeito que se quer perseguir, vale dizer, uma metódica prática que objetiva à utilização dos *recursos naturais*, com o escopo da preservação e renovação sempre que possível. A conservação traz consigo a

50 PONTES DE MIRANDA, F. C., *Introdução...*, p. 98; *Sistema...*, I, p. 151-152. Pontes de Miranda acrescentava: “onde há espaço social há direito”. Onde dois ou mais homens conseguem insular-se da ação social do Estado ou pela diversidade dos fins de um e do outro meio (Estado e Igreja, Estado e maçonaria, etc.), ou pelas impossibilidades físicas de aplicação do direito de qualquer sociedade constituída, começa a germinar e acaba por nascer novo direito, que se apresenta sob a forma rudimentar e primitiva de regras inconscientes e costumeiras ou soluções violentas da nova comunidade. Se quisermos concretizar o pensamento, basta trazer-se para o mundo social, para a vida comum, a afirmação concernente ao mundo atmosférico: onde há espaço social há direito, como onde há espaço atmosférico há corpos sólidos, líquidos ou fluídos que o ocupem. O vácuo é criação do artifício humano e por isso mesmo imperfeito. Aonde não vai a dilatabilidade de um direito surge a do outro que preenche o trato de espaço aberto à vida de relação. E no mundo jurídico, – como no físico, com a expansão dos gases, – é incompatível a pureza química do ambiente. Todos os sistemas jurídicos são heterogêneos como o ar atmosférico (*Sistema...*, tomo I, p. 77).

permanência, que é subsistir e implica a manutenção; cuidemos que a manutenção descubra *aquilo que se mantém com a mão*, isto é, a ação de manter para perdurar, aí se inclui tudo: a espatemporalidade física, psíquica, social, cósmica...

4. Considerações finais

Ainda que advogemos uma postura ecocêntrica, não tem sentido falar-se do princípio de vedação da retrogradação ambiental (e mesmo na sua perspectiva de proibição de retrocesso) sem referir à humanidade. Só há ambiente protegido desde uma razão humana. O espaço ambiental sem o homem é apenas espaço relacional, compósito possível de coexistência, e ainda não adjetivado pelo cultural. É com a sua ocupação, pelo ser humano relacionado, que adquire relevo, isto é, passa a ter prioridade à existência. Passa a ser objeto dos diversos *processos adaptativos das relações inter-humanas*: religião, estética, ética, política, direito, economia, ciência... Passam a ser “espaço social”, mesmo aqueles “lugares” ainda não explorados ou habitados pelo homem, pois estão lá, ao alcance do humano, e já constituem objeto de seu conhecimento; ainda, o espaço estelar, cósmico já é objeto da apreensão humana, pois cognoscível, passível, portanto, de apropriação. Vê-se, pois, a enorme importância da vedação da retrogradação que baliza, e bem, a atividade humana na utilização destes espaços, com a imposição dos deveres de conservação e manutenção de suas condições para a coexistência dos relacionados. Isto é assim, pois a humanidade se *faz* com o ambiente,

sua produção está com ele correlacionada imediatamente, e é responsável pela geração do “ambiente humano”, num *oíkos* (οἶκος) conformado pela totalidade de suas conquistas *naturais/culturais*. Por isso, toda a realidade se dá como realidade interpretada pelo agir humano, organizada por um normativo dialético produzido em uma relação de subjetividade/objetividade dos interesses, das necessidades, dos sentimentos e das ideologias, desvelando uma complexa fronteira intercultural, onde muitas ciências concorrem para delimitar as condições do humano e dos outros seres. É desde esta fronteira que avulta a responsabilidade e a demanda ética dos seres humanos para com o ambiente.

Outros enfoques são possíveis na articulação da defesa dos princípios que informam garantia para a incolumidade ambiental. Talvez o mais importante, quando se trata de retrocesso, regressividade ou outra forma de interdição da retrogradação esteja na proteção dos direitos humanos na perspectiva do direito internacional ao meio ambiente. Desse direitos, por vezes mal compreendidos, por vezes inflacionados chegando até o ‘imperialismo’ de seu discurso. Contudo, é precisamente no campo da proteção e da garantia dos direitos humanos que a ideia de interdição de regressividade surge como contraponto a de progressividade. É inegável a existência de um direito humano ao ambiente (equilibrado), a Declaração de 1948 de modo seminal já o previu no artigo 3º combinado com os artigos 22, 25 e 28, bem como os Pactos de 1966, sobre direitos sociais, económicos e culturais (artigos

3, 10, 11, 12 e 13) e sobre direitos civis e políticos (artigos 2, 23, 24, e 25)⁵¹; de outro modo, ainda no âmbito do *soft law*, é inegável, também, que a Declaração de Estocolmo de 1972⁵², já o previu no seu primeiro princípio: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, igualdade e condições adequadas de vida, ‘em um ambiente de qualidade’ que permita uma vida de dignidade e bem-estar, e ele tem uma responsabilidade solene de proteger e melhorar o ambiente para as gerações presentes e futuras”⁵³. Sem sombra de dúvida, toda degradação ambiental provoca violação dos direitos humanos, seja na expressão do bem-estar, da economia na utilização dos recursos naturais (renováveis e não renováveis), ademais da contaminação de recursos hídricos, atmosféricos afetando a saúde e alterando a qualidade de vida, ao fim e ao cabo, impede as condições de sustento para a existência de todos, agravando densamente o disfrute do direito de viver. A consequência mais imediata da Carta de Estocolmo foi a Conferência Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992, que acentuou a imprescindibilidade do alargamento do princípio da solidariedade, ao mesmo tempo em que afirma

51 Textos oficiais em: <http://www2.ohchr.org/english/law/index.htm>.

52 Aqui se estabelece, no dizer de Valério De Oliveira Mazzuoli, um marco no que tange à proteção internacional do meio ambiente como um direito humano fundamental (A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 97-123, abr./jun. 2004. p. 105).

53 “Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations” (Principle 1. Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, in: United Nations Environment Programme: <http://www.unep.org/>).

que “[...] os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza” (Princípio 1). Todavia, o primeiro documento internacional que afirmou explicitamente o direito humano ao ambiente foi a Declaração de Vizcaya produzida durante o Seminário Internacional sobre Direito Ambiental que teve curso em Bilbao-Espanha, entre os dias 10 a 13 de fevereiro de 1999, com a participação da UNESCO e do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, dispondo: “Artículo 1º. Derecho al Medio Ambiente1. Toda persona, tanto a título individual como en asociación con otras, tiene el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. 2. El derecho al medio ambiente es un derecho que puede ejercerse ante los poderes públicos y entidades privadas, sea cual sea su estatuto jurídico en virtud del Derecho nacional e internacional”⁵⁴.

No direito ambiental brasileiro, parece-nos inegável que o princípio do não retrocesso social, e de modo especial o de vedação da retrogradação estão implícitos na Carta de 1988. Se creditarmos aos princípios em tela, a garantia da ‘impossibilidade de recuo físico’, o mandamento contido no art. 225 que atribui ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo no presente e para o porvir só adquire sentido pela plena existência deles, isto é, ‘defender’ e ‘pre-

54 O texto na íntegra pode ser consultado em: <http://www.absostenible.es/index.php?id=11>.

servar' exige o mandamento de interdição da retrogradação. Ademais, o dever imposto ao Estado de “restaurar os processos ecológicos essenciais” (§ 1º, I) é denso, pois a ação de restaurar é recuperar alguma coisa perdida ou arruinada, portanto é fazer medrar o que declinou, ou um passo do regresso ao progresso. Da mesma forma, o articulado constitucional que define espaços especialmente protegidos “veda qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção” (§1º, III), está impedido, portanto, qualquer recuo físico. Muitos outros dispositivos constitucionais poderiam ser citados, articulando-se logicamente os postulados de proteção. Observe-se que mesmo na ordem econômica vamos encontrar o comando constitucional firme – ao lado do princípio de simetria capital/trabalho previsto como fundamento da República (art. 1º, IV) – que “assegura a todos uma existência digna” (art. 170, cabeça) e para tanto dispõe compulsoriamente “a defesa do ambiente” (art. 170, VI) frente a eventuais externalidades produzidas pela relação capital/trabalho. As normas infraconstitucionais, por evidente, não dispregam, v.g., a Política Nacional de Meio Ambiente firmada pela Lei nº 6938/1981 (recepcionada pela Carta de 1988) contém o mandamento da vedação da retrogradação ao dispor o dever da “ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo” (art. 2º, II); ademais, só para exemplificar, nela a interdição é forte na imposição de proteção de áreas ameaçadas

de degradação e de recuperação de áreas degradadas, definindo degradação da qualidade ambiental como “a alteração adversa das características do meio ambiente”⁵⁵.

No direito comparado podemos encontrar o princípio do retrocesso ambiental, da proibição de regressividade, e mesmo o assemelhado ao que preferimos vedação da retrogradação em sistemas bem estruturados. Observe-se, por exemplo, o caso da Bélgica, na região flamenga, o princípio de vedação da retrogradação está incorporado no artigo 1.2.1, § 2 e 3 do Decreto do Parlamento Flamengo (05/04/1995), sob a denominação, em inglês, de ‘*standstill principle*’⁵⁶, que bem poderia ser traduzido por princípio do *status quo*, ou da paralização (ou suspensão, imobilização), isto é a obrigação de não interdição ambiental com o fim de

55 Consulte-se o texto integral em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm

56 Uma boa definição do ‘*standstill principle*’ pode ser encontrada em Isabelle Hachez: [...] déduite a contrario du caractère progressif des obligations positives expressément consacrées ou implicitement contenues dans les droits fondamentaux, le principe de *standstill* interdit à l’État, en l’absence de motifs impérieux, de diminuer le plus haut niveau de protection conféré à ces droits depuis le moment où la norme internationale ou constitutionnelle qui les consacre s’impose à lui, ou de le diminuer de manière significative lorsque l’État fait usage de la marge de manoeuvre que lui confère ce principe en choisissant de garantir différemment ledit niveau de protection (Le principe de *standstill* dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative. Athènes-Bruxelles-Baden Baden: Sakkoulas-Bruylant-Nomos Verlagsgesellschaft, 2008, p. 472 – [...] *deduzido ao contrário das características progressivas das obrigações positivas expressamente consagradas ou implicitamente contidas nos direitos fundamentais, o ‘standstill principle’ (aqui status quo) proíbe o Estado, na ausência de motivos imperiosos, de reduzir após a norma internacional ou constitucional que os consagrou, o mais alto nível de proteção conferido a esses direitos, ou diminuir de modo significativo quando o Estado faz uso da margem de manobra que lhe confere este princípio pela escolhendo garantir diferentemente dito nível de proteção.* Trad. Livre).

assegurar um mínimo de manutenção da qualidade presente do ambiente⁵⁷. Na Holanda, o mesmo princípio está consagrado no Plano Nacional de Política Ambiental Holandês em suas duas mais importantes regulações, o Soil Protection Act (*Wet bodembescherming – bb*) e o Environmental Protection Act (*Wet milieubeheer – Wm*); a primeira contém regras gerais para evitar a contaminação do solo; e a segunda, a lei ambiental mais importante, estabelece que as empresas na utilização dos solos devam indicar previamente as medidas que tomarão para proteger o ambiente, cabendo-lhes a responsabilidade para devolver a terra a seu estado original. Ademais, compõe a estrutura do Environment Management Act (EMA), o Soil Quality Decree (*Besluit bodemkwaliteit*) e o Building Materials Decree que consagra o *standstill principle* e o *fit for use principle*, o primeiro determinando que o solo utilizado deva estar em condições iguais ou melhores que o solo recebido para uso; o segundo, afirma que a qualidade do solo no local deve corresponder com o seu uso atual e / ou futuro⁵⁸. Semelhantes disposições nós encontramos na legislação da Alemanha como ‘Bestandsgarantie’, ‘Bestands-

57 Cf., VV. AA. *Introduction, Basic Principles of Environmental Law*, p. 28; ib. *I. The Right to Enjoy the Protection of a Healthy Environment*, p. 74. In: Belgium – International Encyclopaedia of Laws, editada por Frederik Schutysen e Kurt Deketelaere. Haia. Londres. Boston: Kluwer Law International, 2000, pode ser consultada online em: www.ielaws.com/modelenviBelgium.pdf.

58 NL Agency (Dutch Ministry of Economic Affairs, Agriculture and Innovation), , in: <http://www.agentschapnl.nl/>, confira: Dutch soil policies – a comprehensive overview http://www.agentschapnl.nl/sites/default/files/sn_bijlagen/dutch_soil_policies_overview-24-310092.pdf.

chutz' ou 'Rückschrittsverbot'⁵⁹ especialmente na planificação territorial, nos transportes, na lei de emissões e de energia nuclear, e também na proteção dos animais. Na França, a doutrina do *effect cliquet* e do *cliquet non-retour*, tem servido para a proteção da garantia de interdição da degradação, contudo está mais cingida ao âmbito das restrições aos direitos fundamentais. Com efeito, figure-se o caso em que o Tribunal Constitucional poderia rejeitar como inconstitucional uma lei que reduzisse os critérios para a segurança do armazenamento de resíduos tóxicos, todavia, em termos de poluição ou contaminação do ar e na luta contra o efeito estufa, o legislador ficaria livre para melhorar a redução das emissões, mas não poderia reduzir as exigências a serem cumpridas pelos industriais, ou motoristas sem incorrer em sanção pelo Conselho Constitucional⁶⁰.

Agora estamos nos aproximando da 'Rio+20' (junho/2012),

59 Cf., KLOEPFER, M., *Umweltschutzrecht*. Munique: C. H. Beck, 2008, p. 45, §2, 18. Também, *Umweltrecht*, 3ª ed., Munique: C. H. Beck, 2004, p. 133, § 47, 3; p. 792 e ss. § 10, 169. Ainda, JUNG, N., *Artikel 20a GG: Umweltschutz als Staatsziel*, Munique: GRIN Publishing GmbH, 2006, p. 17 e ss. (o texto pode ser consultado online pelo sistema de pay-per-view no site do editor, em: <http://www.grin.com/de/e-book/63500/artikel-20a-gg-umweltschutz-als-staatsziel>. Na Grundgesetz, o art. 20a tem endereço para assegurar na lei de proteção aos animais (*Tierschutzgesetz*) o não regressão no bem-estar do animal. Com respeito ao princípio de proibição do retrocesso (*Rückschrittsverbot*) a única monografia especializada que encontramos, em catálogos de Bibliotecas e no Google Books, é a de Rolf-Ulrich Schlenker, *Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz: Aspekte verfassungsrechtlicher Einwirkung auf die Stabilität sozialer Rechtslagen* – Berlin: Duncker & Humblot, 1986 (272 pp) com sucessivas reedições, infelizmente não tivemos a oportunidade de consultar esta obra, aliás já bem explorada por Ingo Sarlet.

60 COHENDET, M.-A. *Vers la constitutionnalisation du droit de l'homme à un environnement sain et écologiquement équilibré. 20 ans de protection de la nature. Hommage au professeur Michel Despax*. SFDE. Limoges. PULIM, 1996, p. 300.

nada obstante certo ar de descrédito que acomete a muitos, pois as preocupações econômico-financeiras da grande maioria dos países certamente influirão nas decisões que serão produzidas nesta conferência. Contudo, refletindo sobre os princípios de proibição de retrocesso, ou de não regressividade, ou mesmo no viés de uma ‘vedação da retrogradação’, observamos com bastante simpatia a proposta de Michel Prieur de alocar-se espaço para a afirmação da urgência da instituição formal (em âmbito internacional e local) do princípio do não retrocesso ambiental (aqui nos parece forte a vedação a retrogradação, ao recuo físico)⁶¹. Aliás, observe-se que em 29 de setembro de 2011, iniciou-se na Universidade de Limoges (França) a III Reunião Mundial de Juristas e de Associações de Direito Ambiental, “Rio+20” Ali foi debatido e aprovado um projeto de recomendação sobre o princípio de não regressão no direito ambiental, no qual se afirma que “[existe] um consenso internacional sobre a necessidade de tomar medidas legais para atingir um nível elevado de proteção e melhoria da qualidade ambiental que tem o efeito de reduzir progressivamente a poluição que afeta a saúde e aumentar a preservação biodiversidade essencial para o equilíbrio ecológico entre os homens e a natureza, [...] Considerando que a não regressão pode resultar de uma disposição expressa contida na Constituição ou nas leis, bem como da jurisprudência dos tribunais com base no princípio do direito humano ao meio ambiente que necessariamente leva a evitar qualquer ação que resulta em uma perda de biodiversidade

61 Cf., PRIEUR, M. De Lurgente Nécessité De Reconnaître Le Principe De “Non Régression” En Droit De L’Environnement, in: <http://www.iucnael.org/en/e-journal/current-issue-.html>.

ou aumento dos níveis de poluição, [...] Solenemente solicita aos Chefes de Estado e de Governo reunidos no Rio de Janeiro em junho de 2012 para o 20º aniversário da Declaração do Rio para anunciar oficialmente na declaração final como um novo Princípio de Direito Ambiental, que completa os princípios que já proclamou no Rio em 1992 que: “Para evitar o declínio na proteção do ambiente, os Estados devem, no interesse comum da humanidade, reconhecer e consagrar o princípio de não regressão; para este efeito, os Estados devem tomar as medidas necessárias para assegurar que nenhuma ação pode reduzir o nível de proteção ambiental atingido até agora”⁶².

Ingo W. Sarlet, com acerto, concluiu que “a proibição de retrocesso assume a condição de um dos mecanismos para a afirmação efetiva de um direito constitucional inclusivo, solidário e altruísta”⁶³, um “mecanismo afirmativo” desde tipo tem de levar em consideração que a natureza não pode ser separada da cultura, e que precisamos pensar “*transversalmente*” as interações entre os diversos campos do saber (mesmo no *interior* de um deles: o direito; e, seu mandamento positivo maior: a Constituição). Para finalizar estas reflexões, vale relembrar Pontes de Miranda, quando afirmava que a apropriação intelectual do saber se faz sempre desde uma imparcialidade objetiva do estudo da ciência, o que possibilita a certeza que os resultados futuros de nossas ações nos vão transcenderem, pois, [...] *o universo passa a estar dentro de nós*,

62 Centre international de droit Comparé de l'Environnement. Recommandation n°1. Le principe de Non Régression en Droit de l'environnement, in: <http://www.cidce.org/>.

63 SARLET, I. W., *Direitos Fundamentais...*, loc., cit., p. 163.

*e nós, cada vez mais, mais dentro do universo*⁶⁴. Uma boa razão para vedar-se ou proibir-se qualquer ação passível de degradação ambiental presente e futura.

Referências

- ANTUNES., P. de B., Direito Ambiental. 3.a Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999.
- ARISTÓTELES, Física, Lib. IV, 212a, in, Obras Completas, Madrid: Aguilar, 1967.
- _____, Metafísica, 1030b5, in, Obras Completas. Madrid: Aguilar, 1967.
- ÁVILA COIMBRA, J. de, O outro lado do meio ambiente. 2a ed. Campinas: Millenium Editora, 2002.
- BENJAMIM, A. H. V., Função ambiental, in, Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- CANOTILHO, J. J. G., Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 1.998.
- COHENDET, M.-A. Vers la constitutionnalisation du droit de l'homme à un environnement sain et écologiquement équilibré. 20 ans de protection de la nature. Hommage au professeur Michel Despax. SFDE. Limoges. PULIM, 1996
- D'ÁVILA LOPES, A. M., Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2.001.
- FARIÑAS DULCE, M. J., La sociología del derecho de Max Weber. Madrid: Civitas, 1991.
- FIORILLO, C. A. P., ABELHA RODRIGUES, M., e, ANDRADE

64 PONTES DE MIRANDA, *Sistema...*, I, p. 100.

- NERY, R. M., *Direito Processual Ambiental Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FREITAS, J., *A interpretação sistemática do direito*. 4.a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- FRONDIZI, R., *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología*. 3.a, 15.a reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- HACHEZ, I., *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*. Athènes-Bruxelles-Baden Baden: Sakkoulas-Bruylant-Nomos Verlagsgesellschaft, 2008
- HEGEL, G. W., F., *Enciclopedia delle Scienze Filosofiche in Compendio*. Trad. B. Croce. Bari, 1951.
- HESSE, K., *Grünzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg y Karlsruhe: Müller, Juristischer Verl., 1978
- HOLZ, H., *Immanente Transzendenz*. Würzburg : Königshausen & Neumann, 1997,
- HUGHES, D., *Environmental Law*. Londres: Butterworths, 1996.
- KLOEPFER, M., *Umweltschutzrecht*. Munique: C. H. Beck, 2008
- _____, *Umweltrecht*. 3. Aufl. München: Verlag C. H. Beck oHG, 2004.
- _____, *Grundprinzipien und Instrumente des europäischen und deutschen Umweltrechts* (em arquivo Word – cedido por Ingo Wolfgang Sarlet, que traduzimos e de breve publicação).
- LEIBNIZ, G. W., *Correspondência com Clarke*. Trad. C. L. De Mattos. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- _____, *Novos ensaios sobre o entendimento humano*. Trad. L. J. Baraúna, São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- MARÉS SOUZA FILHO, C. F., *O dano socioambiental e sua reparação*, in, FIGUEIREDO, Guilherme J. Purvin de (coord.),

- Direito Ambiental em debate. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 97-123, abr./jun. 2004.
- MILARÉ, E., *Direito do Ambiente*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.
- MOLINARO, C. A., *Direito Ambiental – Proibição de Retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MORATO LEITE, J. R., AYALA, P. de A., *Novas Tendências e Possibilidades do Direito Ambiental no Brasil*, em WOLKMER, A. C., e MORATO LEITE, J. R., Orgs., *Os Novos Direitos no Brasil: Natureza e Perspectivas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MUKAI, T., *Direito ambiental sistematizado*. 3.a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- NIETZSCHE, F., *La genealogía de la moral*. Trad. A. Sánchez Pascual. Madrid: Alianza, 1998.
- JUNG, N., *Artikel 20a GG: Umweltschutz als Staatsziel*, Munique: GRIN Publishing GmbH, 2006.
- ORTEGA ALVAREZ, L., *Lecciones de Derecho del Medio ambiente*. Valladolid: Lex Nova, 1998.
- PONTES DE MIRANDA, F. C., *Introdução á Sociologia Geral*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello & C., 1926.
- _____, *Sistema de Ciência Positiva do direito*. 2.a ed., vol. IV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.
- PRIEUR, M., *De Lurgente Nécessité De Reconnaître Le Principe De “Non Régression” En Droit De L’Environnement*, in: <http://www.iucnael.org/en/e-journal/current-issue-.html>
- RODGERS, C., *Environmental Law*. St Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1977.

SARLET, I. W., Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz: eine rechtsvergleichende Untersuchung. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1997.

_____, O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade, in: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, nº 17, 1999.

_____, Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, in: A constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

_____, O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. Revista de Direito Social nº 3/28, 2001.

_____, Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise, in: (Neo)constitucionalismo. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003.

_____, A eficácia do Direito Fundamental à segurança jurídica: Dignidade da pessoa humana, Direitos fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 57, 2006.

_____, A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001/2003/2009.

SARLET, I. W., e FENSTERSEIFER, T., Direito Ambiental Constitucional (Revista dos Tribunais, 2011).

SARLET, I. W., e FENSTERSEIFER, T., Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental, in: Revista de Direito Ambiental, n. 58. Abr./Jun. 2010.

- SARLET, I. W., e FENSTERSEIFER, T., Capítulo 7 – Brasil, in *The role of the judiciary in environmental governance: comparative perspectives*, Kotze, Louis J., e Kotzé, Alexander R. (Org.). Alphen aan den Rijn (Holanda): Kluwer Law International, 2009.
- SENTENCIA No. T-411; Expediente N° T-785, La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional; Santafé de Bogotá, D.C., 17/06/1992
- SILVA J. A. da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA, J. A. da, *Direito Ambiental Constitucional*. 5.a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- VIEIRA DE ANDRADE, J. C., *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.*, 2.a ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- VV. AA. *Introduction, Basic Principles of Environmental Law*. In: *Belgium – International Encyclopaedia of Laws*, editada por Frederik Schutyser e Kurt Deketelaere. Haia. Londres. Boston: Kluwer Law International, 2000.
- _____, I. *The Right to Enjoy the Protection of a Healthy Environment*. In: *Belgium – International Encyclopaedia of Laws*, editada por Frederik Schutyser e Kurt Deketelaere. Haia. Londres. Boston: Kluwer Law International, 2000.
- WINTER, G., *Perspectives for environmental law – Entering the fourth phase*, in, *Journal of Environmental law*, vol. 1, n.º 1/41, 1989.
- ZUBIRI, X., *Inteligencia y Razón*. Madrid: Alianza. IRA, 1983.
- ZUBIRI, X., *Sobre la esencia*. Madrid: Alianza Editorial, 19

4

NOTAS SOBRE A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO EM MATÉRIA (SOCIO) AMBIENTAL¹

Ingo Wolfgang Sarlet²
Tiago Fensterseifer³

-
- 1 O presente texto corresponde substancialmente, embora com algum ajuste, ao Capítulo IV da obra dos autores *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
 - 2 Doutor em Direito pela Universidade de Munique. Estudos em Nível de Pós-Doutorado nas Universidades de Munique (bolsista DAAD), Georgetown e junto ao Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional (Munique), como bolsista do Instituto, onde também atua como representante brasileiro e correspondente científico. Pesquisador visitante na Harvard Law School. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/RS. Professor de Direito Constitucional nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da PUC/RS e da Escola Superior da Magistratura do RS (AJURIS). Professor do Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha), Professor Visitante (bolsista do Programa Erasmus Mundus) da Universidade Católica Portuguesa (Lisboa). Coordenador do NEDF – Núcleo de Estudos e Pesquisa sobre Direitos Fundamentais da PUC/RS (Sistema de Grupos de Pesquisa do CNPq), vinculado ao Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/RS. Autor, entre outras, das seguintes obras: *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009; *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. Juiz de Direito de Entrância Final (RS).
 - 3 Doutorando e Mestre em Direito Público pela PUC/RS (Bolsista do CNPq). Associado do Instituto O Direito por um Planeta Verde, do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP) e da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB). Professor-convidado da Especialização em Direito Constitucional da PUC/SP e da Especialização em Direito Ambiental da PUC/RJ. Autor da obra *Direitos fundamentais e proteção do ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008; e co-autor, juntamente com Ingo Wolfgang Sarlet, da obra *Direito constitucional ambiental*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Defensor Público (SP).

1. Os Deveres de Proteção do Estado em Matéria Ambiental: Entre Proibição de Excesso e Proibição de Proteção Insuficiente

Breves considerações sobre os
deveres de proteção ambiental do Estado brasileiro

Ajustada à evolução no âmbito do direito constitucional comparado registrada na última quadra do Século XX, especialmente por força da influência do ordenamento internacional (onde se consolidou todo um conjunto de convenções e declarações em matéria de proteção ambiental), a CF88 consagrou, em capítulo próprio (art. 225), o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como direito (e dever!) fundamental da pessoa humana e estabeleceu um conjunto de princípios e regras em matéria de tutela ambiental, reconhecendo o caráter vital da qualidade (e segurança) ambiental para o desenvolvimento humano em níveis compatíveis com a sua dignidade, no sentido da garantia e promoção de um completo *bem-estar existencial*. A CF88 (art. 225, *caput*, e art. 5.º, § 2.º) atribuiu ao direito ao ambiente o *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, bem como consagrou a proteção ambiental como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado – Socioambiental – de Direito brasileiro, o que conduz ao reconhecimento, pela ordem constitucional, da *dupla funcionalidade* da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, a qual toma a forma simultaneamente de um *obje-*

tivo e tarefa estatal e de um direito (e dever) fundamental do indivíduo e da coletividade, implicando todo um complexo de direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico. A partir das considerações, resulta caracterizada a obrigação constitucional do Estado de adotar medidas – legislativas e administrativas – atinentes à tutela ecológica, capazes de assegurar o desfrute adequado do direito fundamental em questão.

Nessa perspectiva, os deveres de proteção no âmbito do Estado Constitucional estão alicerçados no compromisso (político e jurídico-constitucional) assumido pelos entes estatais, por meio do *pacto constitucional*, no sentido de tutelar e garantir nada menos do que uma *vida digna e saudável* aos indivíduos e grupos sociais, o que passa pela tarefa de promover a realização dos seus direitos fundamentais, retirando possíveis óbices colocados à sua efetivação. De acordo com tal premissa, a implantação das liberdades e garantias fundamentais (direito à vida, livre desenvolvimento da personalidade etc.) pressupõe uma ação positiva (e não apenas negativa) dos poderes públicos, no sentido de remover os “obstáculos” de ordem econômica, social e cultural que impeçam o pleno desenvolvimento da pessoa humana.⁴ Nesse sentido, uma vez que a proteção do ambiente é alçada ao *status* constitucional de direito fundamental (além de tarefa e dever do Estado e da sociedade) e o desfrute da qualidade ambiental passa a ser identificado como elemento indispensável ao pleno desenvol-

⁴ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 214.

vimento da pessoa humana, qualquer “óbice” que interfira na concretização do direito em questão deve ser afastado pelo Estado, seja tal conduta (ou omissão) obra de particulares, seja ela oriunda do próprio Poder Público.

Se considerarmos a *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*, pode-se afirmar que a proteção ambiental foi alçada para o plano de valor jurídico do Estado *Socioambiental* de Direito consolidado na CF88. Nesse ponto, à luz da experiência constitucional portuguesa, Pereira da Silva acentua que a dimensão objetivado direito fundamental ao ambiente implica, de imediato, que os princípios e valores ambientais sejam tomados como *bens jurídicos fundamentais*, projetando-se na atuação quotidiana de aplicação e de concretização do direito, para além de imporem objetivos e finalidades que não podem ser afastados pelos poderes públicos, como tarefa ou objetivo estatal.⁵ De modo a atender aos seus deveres de proteção e de acordo com as lições de Alexy, para além da sua função de proteção perante terceiros, incumbe ao Estado, por exemplo, tutelar os direitos fundamentais por meio de normas de direito penal, de normas de responsabilidade civil, de normas de processo civil, além de atos administrativos e ações fáticas.⁶ Para além dos exemplos trazidos acima, pode-se destacar

5 PEREIRA DA SILVA, *Verde cor de direito...*, p. 63-64.

6 ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais...*, p. 450. No tocante à legislação ambiental brasileira, vale registrar que a mesma é apontada por vários especialistas nacionais e estrangeiros como uma das mais avançadas do mundo, em que pese a sua efetividade deixar – e muito! – a desejar, observando-se, nesse cenário, um déficit procedimental, organizacional e estrutural, no que diz respeito aos órgãos incumbidos da proteção ambiental e aos meios disponíveis para bem exercerem suas atribuições.

também a cogente adoção, pelo Estado, de políticas públicas para a tutela e promoção de direitos fundamentais. No caso da proteção ambiental, como expressão mais específica dos deveres de proteção do Estado, além da elaboração de legislação versando sobre a tutela ambiental, pode-se citar a adoção de medidas de controle e fiscalização de ações poluidoras do ambiente, a criação de unidades de conservação, a criação e estruturação de órgãos públicos destinados à tutela ecológica e até mesmo campanhas públicas de educação e conscientização ambiental, além de outras medidas que objetivem a efetividade do direito em questão.

Na mesma perspectiva, Canotilho afirma que, ao lado do “direito ao ambiente”, situa-se um “direito à proteção do ambiente”, expressando-se nos deveres atribuídos ao ente estatal de: a) combater os perigos (concretos) incidentes sobre o ambiente, a fim de garantir e proteger outros direitos fundamentais imbricados com o ambiente (direito à vida, à integridade física, à saúde etc.); b) proteger os cidadãos (particulares) de agressões ao ambiente e qualidade de vida perpetradas por outros cidadãos (particulares).⁷ Assim, conforme destaca Ferreira Mendes, o dever de proteção do Estado toma a forma de dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), autorizando os entes estatais a atuarem em defesa do cidadão mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico,⁸ o que, vale

7 CANOTILHO, *O direito ao ambiente como direito subjetivo...*, p. 188.

8 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 12.

ressaltar, é de fundamental importância na tutela do ambiente, já que algumas das maiores ameaças ecológicas provêm do uso de determinadas técnicas com elevado poder destrutivo ou de contaminação do ambiente (como, por exemplo, o aquecimento global e a contaminação química). Ainda sob a ótica da atuação do Estado na tutela ecológica, considerando que tal, por força do princípio da precaução, deve se antecipar ao dano ambiental propriamente, Cançado Trindade aponta para a obrigação do Estado de evitar riscos ambientais sérios à vida, inclusive com a adoção de “sistemas de monitoramento e alerta imediato” para detectar tais riscos ambientais sérios e “sistemas de ação urgente” para lidar com tais ameaças.⁹ Tal entendimento é adequado, por exemplo, à tutela do ambiente atrelada às questões climáticas, pois tais “sistemas estatais de prevenção do dano ambiental” permitiriam uma atuação mais efetiva em casos de eventos climáticos extremos (enchentes, desabamentos de terra etc.), de modo a prever os desastres naturais, e, mesmo em caráter preventivo (ou, pelo menos, buscando minimizar os impactos), tutelar de forma mais efetiva os direitos fundamentais das pessoas expostas a tais situações. Enfim, a partir das considerações tecidas acima, resulta patente a obrigação constitucional do Estado-Legislador de adotar medidas legislativas e do Estado-Administrador de executar tais medidas de forma adequada e suficiente à tutela ecológica, assegurando o desfrute do direito fundamental em questão. E, quando tal não ocorrer, por omissão ou atuação insuficiente, o Estado-Juiz poderá ser

9 CANÇADO TRINDADE, *Direitos humanos e meio ambiente...*, p. 75.

acionado para coibir ou corrigir eventuais violações aos parâmetros constitucionalmente exigidos em termos de proteção e promoção do ambiente e da vida humana e não humana.

Outro aspecto importante atrelado aos deveres de proteção ambiental do Estado diz respeito à limitação da discricionariedade estatal (legislativa, administrativa e judicial) deles decorrente. Os deveres de proteção ambiental conferidos ao Estado vinculam os poderes estatais ao ponto de limitar a sua liberdade de conformação na adoção de medidas atinentes à tutela do ambiente. A consagração constitucional da proteção ambiental como tarefa estatal, de acordo com o entendimento de Garcia, traduz a imposição de deveres de proteção ao Estado que lhe retiram a sua “capacidade de decidir sobre a oportunidade do agir”, obrigando-o também a uma adequação permanente das medidas às situações que carecem de proteção, bem como a uma especial responsabilidade de coerência na autorregulação social.¹⁰ No caso especialmente do Poder Executivo, há uma clara limitação ao seu *poder-dever*¹¹ de discricionariedade, de modo a restringir a sua margem de liberdade na escolha nas medidas protetivas do ambiente, sempre no intuito de garantir a maior eficácia possível ao direito fun-

90 GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *O lugar do direito na proteção do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 481.

11 Sobre a ideia de *dever discricionário* (e não poder discricionário!) como “eixo metodológico” do Direito Público, é lapidar a lição de BANDEIRA DE MELLO: “é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público. Assim, o dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõe-se, para qualquer agente público, como um ímã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 15.

damental em questão. Na mesma vereda, Benjamin identifica a redução da discricionariedade da Administração Pública como benefício da “constitucionalização” da tutela ambiental, pois as normas constitucionais impõem e, portanto, vinculam a atuação administrativa no sentido de um permanente dever de levar em conta o meio ambiente e de, direta e positivamente, protegê-lo, bem como exigir o seu respeito pelos demais membros da comunidade estatal.¹²

Em outras palavras, pode-se dizer que – na perspectiva dos deveres de proteção e do dever de proteção suficiente que lhes é correlato – tanto não há “margem” para o Estado “não atuar”, quanto não lhe é deferida a prerrogativa de “atuar de forma insuficiente” (tudo à luz do *princípio da proibição de insuficiência* de proteção ou de proteção deficiente, aqui vislumbrado, em especial, na sua conexão com as exigências da *proporcionalidade*) na proteção do ambiente, pois tal atitude estatal resultaria em prática inconstitucional. Conforme a lição de Leme Machado, ante o tratamento constitucional de “bem de uso comum do povo” dispensado ao ambiente, o Poder Público passa a figurar, não como proprietário de bens ambientais – por exemplo, das águas e da fauna –, mas como gestor, o qual administra bens que não são dele e, por isso, deve explicar convincentemente sua gestão.¹³ Tal concepção de um Estado “Gestor” do patrimônio ambiental caminha alinhada com a perspectiva dos deveres de proteção ambiental,

12 BENJAMIN, *Constitucionalização do ambiente...*, p. 75.

13 LEME MACHADO, Paulo Afonso. *Direito ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 127.

já que ao Estado cabe tutelar um direito fundamental que é de toda a sociedade, devendo lançar mão de todas as medidas necessárias à consecução de tal objetivo. Além disso, importa frisar que nesta mesma perspectiva e como decorrência específica dos deveres de proteção, incumbe ao Estado prestar contas aos seus cidadãos a respeito da adequação e suficiência das medidas adotadas para a tutela ecológica, visto que, a depender das circunstâncias, também neste caso cabível a intervenção judicial.

A partir do conteúdo normativo do art. 225 da CF88, Gavião Filho traça um modelo de atuação do Estado, com as seguintes características: a) recusa da estatização, no sentido de que a tutela do ambiente é uma função de todos, e não apenas do Estado; b) a insuficiência da visão liberal no sentido de que o Estado não se resume a um mero Estado de polícia, confiante na obtenção da ordem jurídica ambiental pelo livre jogo de forças contrapostas; c) a abertura ambiental no sentido de que os indivíduos possam obter do Poder Público todas as informações sobre o ambiente; d) a participação dos indivíduos nas questões relativas à defesa e proteção do ambiente, notadamente no âmbito dos procedimentos administrativos que tratam das questões ambientais; e) o associacionismo ambiental no sentido de que a sociedade, regularmente organizada, possa valer-se dos instrumentos da democracia para exercitar pressão sobre o legislador e o administrador em relação às questões ambientais, inclusive por intermédio de ações para a preservação e reparação de ações ou omissões

estatais ou privadas lesivas ao ambiente.¹⁴ O Estado, nesse contexto, a depender da situação concreta, deve adotar tanto condutas positivas quanto negativas na sua atuação, buscando potencializar ao máximo a proteção ambiental no âmbito das funções estatais (legislativa, executiva e jurisdicional) de todos os entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), bem como de outras instituições estatais, como é o caso do Ministério Público e da Defensoria Pública. Nesse sentido, vale lembrar que a CF88, no seu art. 23, consagrou a competência material comum, e, portanto, a tarefa e responsabilidade solidária de todos os entes federativos, no sentido de, por meio da sua atuação administrativa, “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI)” e “preservar as florestas, a fauna e a flora (inciso VII)”. O dispositivo constitucional em questão foi recentemente regulamentado no âmbito infraconstitucional por meio da Lei Complementar 140, de 08 de dezembro de 2011 (Competência Administrativa em Matéria Ambiental). Tal diploma legal fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do capute do parágrafo único do art. 23 da CF88, visando à cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora. A nova legislação em matéria

14 GAVIÃO FILHO, *Direito fundamental ao ambiente...*, p. 24-25.

de competência administrativa ambiental objetiva, com a delimitação das atribuições de cada esfera administrativa, a promoção de gestão descentralizada das políticas ambientais, mas, ao mesmo tempo, assegurar a uniformidade entre as mesmas por meio da cooperação entre os entes federativos.

Seguindo, ainda, na análise do tratamento constitucional conferido aos deveres de proteção ambiental do Estado pela CF88, cumpre registrar que os inúmeros incisos do § 1.º do art. 225 trazem, de forma expressa, uma série de medidas protetivas a serem patrocinadas pelos entes públicos, consubstanciando projeções normativas de um *dever geral de proteção ambiental do Estado*.¹⁵ Entre as medidas impostas ao Estado com o objetivo de assegurar a higidez do ambiente, encontram-se: I) preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II) preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III) definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente por meio de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV) exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade poten-

15 MILARÉ também destaca a ideia em torno de um “dever estatal geral de defesa e preservação do meio ambiente”, o qual seria fragmentado nos deveres específicos elencados no art. 225, §1.º, da CF88. MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 189 e ss.

cialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V) 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; VI) promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; e VII) proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.¹⁶ Por certo, deve-se destacar que o rol dos deveres de proteção ambiental do Estado traçado pelo §1.º do art. 225 é apenas exemplificativo,¹⁷ estando aberto a outros deveres necessários a uma tutela abrangente e integral do ambiente, especialmente em razão do surgimento permanente de novos riscos e ameaças à Natureza provocadas pelo avanço da técnica, como é o caso, por exemplo, do aquecimento global. O Estado, nesse contexto, não está apenas “habilitado”, mas sim “obrigado” a normatizar condutas e atividades lesivas ao ambiente como, por exemplo, com a tipificação de crimes ambientais ou de infrações administrativas, bem como por meio da regulamentação da responsabilidade civil do poluidor pe-

16 O rol constitucional de deveres de proteção dos entes federativos, notadamente em relação às ações de cunho administrativo que cabem a cada um, foi recepcionado em grande medida e ampliado por intermédio da Lei Complementar 140/2011, conforme se pode apreender da leitura dos seus arts. 7º (União), 8º (Estados), 9º (Municípios) e 10 (Distrito Federal).

17 Também no sentido de conferir ao dispositivo do art. 225, § 1.º, natureza meramente exemplificativa, e não *numerusclausus*, v. BARROSO, *Proteção do meio ambiente...*, p. 68.

los danos causados ao ambiente.¹⁸ Como exemplo de medida tomada pelo Estado brasileiro no sentido de concretizar o seu dever de proteção ambiental, pode-se destacar a edição da Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), a qual tratou de prever sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, inclusive com a caracterização da responsabilidade penal da pessoa jurídica (art. 3.º),¹⁹ de modo a regulamentar dispositivo constitucional (art. 225, § 3.º). Tal medida legislativa, acompanhada de todo o conjunto de leis ambientais brasileiras, que não cabe aqui relacionar, dão cumprimento aos deveres de proteção ambiental atribuídos ao Estado pela CF88.

O atual projeto normativo-constitucional do Estado (So-

18 Sobre a caracterização da responsabilidade civil – inclusive de natureza objetiva – do poluidor ambiental na legislação ambiental brasileira, remete-se o leitor ao art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/81. No direito comparado, destaca-se a novel legislação que regulou o regime de prevenção e reparação do dano ecológico no ordenamento jurídico português, editada através do Decreto-Lei 147, de 29 de junho de 2008, o qual transpôs, para o plano nacional, a Diretiva 2004/35 da Comunidade Europeia. Sobre o tema da responsabilidade civil na perspectiva do direito português, inclusive com foco na análise da legislação citada, v. GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago (Orgs.). *Actas do Colóquio “A responsabilidade Civil por Dano Ambiental”*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (Faculdade de Direito de Lisboa)/Associação Portuguesa para o Direito do Ambiente/Instituto Lusíada para o Direito do Ambiente, 2009. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/publicacoes>>. Acesso em 23 de outubro de 2010. Ainda, no cenário jurídico espanhol, há a *Ley de ResponsabilidadMedioambiental* (Ley 26, de 23 de outubro de 2007). No âmbito da literatura brasileira, v., por todos, MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial (teoria e prática)*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; e STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

19 Sobre a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, já se manifestou favoravelmente o Superior Tribunal de Justiça: REsp 610114/RN, 5.ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 17.11.2005.

cioambiental!) de Direito brasileiro, delineado pela Lei Fundamental de 1988, conforma um Estado “guardião e amigo” dos direitos fundamentais,²⁰ estando, portanto, todos os poderes e órgãos estatais vinculados à concretização dos direitos fundamentais, especialmente no que guardam uma direta relação com a dignidade da pessoa humana. Tal perspectiva coloca para o Estado brasileiro, além da proibição de interferir (de maneira ilegítima) no âmbito de proteção de determinado direito fundamental, também a missão constitucional de proteger e promover os direitos fundamentais, mediante medidas de caráter positivo (prestacional). Assim, em maior ou menor medida, todos os Poderes Estatais, representados pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Judiciário (incluindo, no âmbito das atribuições, as funções essenciais à Justiça, como é o caso do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública), estão constitucionalmente obrigados, na forma de *deveres de proteção e promoção ambiental*, a atuar, no âmbito da sua esfera constitucional de competências, sempre no sentido de obter a maior eficácia e efetividade possível dos direitos e deveres fundamentais ecológicos. Nesse cenário, quando se volta a atenção para a degradação ambiental em termos gerais – inclusive e em especial no que diz com os “novos” problemas ecológicos, como é o caso do aquecimento global –, notadamente tendo em vista os riscos sociais e ambientais a ela correlatos (estejam, ou não, em curso) verifica-se a rele-

20 A respeito da consagração do modelo de Estado de Direito contemporâneo como um Estado “guardião ou amigo” dos direitos fundamentais, v. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p. 143.

vância do reconhecimento de uma série de deveres estatais a serem adotados no sentido do enfrentamento das suas causas. A não adoção de tais medidas de proteção (ou mesmo a sua manifesta precariedade) por parte do Estado – nas esferas municipal, estadual e federal –, no sentido de assegurar a eficácia e efetividade do direito fundamental em questão, resulta, conforme será desenvolvido a partir de agora, em prática inconstitucional, passível de controle judicial, tanto sob a via abstrata quanto difusa.

A inconstitucionalidade de medidas violadoras da *proibição de proteção insuficiente* na esfera da tutela do direito fundamental ao ambiente

Muito embora a acirrada controvérsia em torno da intensidade da vinculação dos órgãos estatais e a ausência de maior uniformidade no que diz com os efeitos jurídicos que decorrem dos deveres de proteção estatais, tem sido generalizadamente aceita a noção de que ao Estado, também (e, de modo especial, em virtude da relevância da questão ambiental) no que tange aos seus *deveres de proteção ambiental*, incumbe medidas positivas no sentido de assegurar a tutela do ambiente, de tal sorte que a ação estatal acaba por se situar, no âmbito do que se convencionou designar de uma *dupla face* (ou dupla dimensão) do princípio da proporcionalidade, entre a *proibição de excesso* de intervenção, por um lado, e a *proibição de insuficiência de proteção*,²¹ por outro. Posto de outra

21 Sobre a dupla face do princípio da proporcionalidade, simultaneamente como proibição de insuficiência e proibição de excesso, v. SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre

forma, se, por um lado, o ente estatal não pode atuar de modo excessivo, intervindo na esfera de proteção de direitos fundamentais a ponto de desatender aos critérios da proporcionalidade ou mesmo a ponto de violar o *núcleo essencial* do direito fundamental em questão, também é certo que o Estado, por força dos deveres de proteção aos quais está vinculado, também não pode omitir-se ou atuar de forma insuficiente na promoção e proteção de tal direito, sob pena incorrer em violação da ordem jurídico-constitucional.

Nesse contexto, se tomarmos a questão ambiental como exemplo, considerando os deveres de proteção ambiental dos entes federativos delineados na CF88 (art. 225 e art. 23, VI e VII), a *não atuação* (quando lhe é imposto juridicamente agir) ou a *atuação insuficiente* (de modo a não proteger o direito fundamental de modo adequado e suficiente), no tocante a medidas legislativas e administrativas voltadas ao combate às causas geradoras da degradação do ambiente, pode ensejar até mesmo a responsabilidade do Estado, inclusive no sentido de reparar os danos causados a indivíduos e grupos sociais afetados pelos efeitos negativos dos danos ambien-

proibição de excesso e proibição de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, Mar-Abr, 2004, p. 60-122; STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 53, maio-set, 2004, p. 223-251. Com enfoque voltado para a matéria ambiental, v. FREITAS, Juarez. “Princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância”. In: *Separata Especial de Direito Ambiental da Revista Interesse Público*, n. 35, 2006, p. 33-48. Mais recentemente, v. os desenvolvimentos em FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, e, por último, SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, p. 395 e ss.

tais.²² Assim, cabe ao Estado, por força dos seus deveres de proteção para com os direitos fundamentais, assegurar uma tutela efetiva de tais direitos, especialmente no que tange – o que assume uma posição de destaque para a esfera dos direitos sociais e ambientais – à garantia do *mínimo existencial socioambiental*, que, nesse contexto, atua como uma espécie de garantia do núcleo essencial dos *direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA)*, aspecto que será retomado mais adiante no contexto da proibição de retrocesso em matéria ambiental. O que importa sublinhar, nesta quadra, é que, de acordo com os deveres de proteção, o Estado estará – no âmbito do que se designou da relação multipolar (CALLIESS)²³ que se estabelece em função da *proibição de excesso* e da *proibição de insuficiência* – vinculado, simultaneamente, a respeitar (na perspectiva negativa ou defensiva) os direitos fundamentais e (na perspectiva positiva ou prestacional) atuar na proteção de tais direitos e outros bens constitu-

22 Sobre a possibilidade de responsabilização do Estado por danos causados às vítimas de desastres ambientais associados às mudanças climáticas, v. FENSTERSEIFER, Tiago. A responsabilidade do Estado pelos danos causados às pessoas atingidas pelos desastres ambientais associados às mudanças climáticas: uma análise à luz dos deveres de proteção ambiental do Estado e da correspondente proibição de insuficiência na tutela do direito fundamental ao ambiente. In: LAVRATTI, Paula; PRESTES, Vanêscabuzelato (Orgs.) *Direito e mudanças climáticas (n. 2): responsabilidade civil e mudanças climáticas* (Instituto O Direito por um Planeta Verde). Disponível em: <<http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=publicacoes>>. Acesso em 16 de outubro de 2010. Sobre a questão da responsabilidade civil do Estado, em tema afeto à questão dos efeitos negativos das mudanças climáticas (enchentes decorrentes de episódios climáticos extremos), v. decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em ação civil pública proposta pela Defensoria Pública: TJSP, AI 990.10.427255-6, Seção de Direito Público, Câmara Especial de Meio Ambiente, rel. Des. Renato Nalini, j. 03.02.2011.

23 Cf. CALLIESS, C. Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis. *JZ* (JuristenZeitung) 2006, p. 330.

cionais em relação aos quais incidem imperativos de tutela. Sob tal enfoque, Vieira de Andrade aponta para a exigência do dever de proteção no plano da intervenção legislativa, o que, para além das “imposições de legislação específica” contidas nos preceitos constitucionais para proteção de direitos fundamentais, determina a formulação, em paralelo com o já tradicional princípio da proibição do excesso e inspirado nele, um princípio de *proibição de déficit* (*Untermabverbot*), nos termos do qual o Estado está obrigado a assegurar um nível mínimo adequado de proteção dos direitos fundamentais, sendo, inclusive, responsável pelas omissões legislativas que não assegurem o cumprimento dessa *imposição genérica*.²⁴

Cumprir destacar, na esteira da doutrina de Canaris, que, na aplicação da categoria da proibição de insuficiência de proteção, vinculada à função dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* ou *deveres de proteção* do Estado, não incidem exatamente os mesmos argumentos que são utilizados no âmbito da proibição de excesso, visto que vinculada à função defensiva dos direitos fundamentais, ou seja, naquilo que atuam como proibições de intervenção. Com efeito, enquanto na esfera da proibição de intervenção está a se controlar a legitimidade constitucional de uma intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, no campo dos imperativos de tutela cuida-se de uma omissão (ou ação “insuficiente” ou “defeituosa”) por parte do Estado em assegurar a proteção de

24 VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p. 144.

um bem fundamental ou mesmo de uma situação insuficiente para assegurar de modo minimamente eficaz esta proteção.²⁵

A liberdade de conformação do legislador ordinário, ao transpor para o plano infraconstitucional os comandos constitucionais relativos aos direitos fundamentais, conforme já sinalizado anteriormente, situa-se entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, exigindo que o direito infraconstitucional ofereça uma proteção eficiente no seu conjunto, o que deixa frequentemente diversas possibilidades de variação em aberto para o legislador, quanto ao modo como esse direito deve ser especificamente conformado.²⁶ Nesse sentido, ao traçar a relação entre o dever de proteção e a proibição de insuficiência, Canaris destaca que o primeiro tem em conta o “se” da proteção do direito fundamental, ao passo que o segundo diz respeito ao “como” o imperativo de tutela será efetivado, a ponto de resguardar as exigências mínimas em termos de sua eficiência e que são constitucionalmente exigidas, e se bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobreavaliados.²⁷ Assim, num primeiro passo, há que fundamentar a existência do dever de proteção como tal, e, num segundo momento, verificar se o direito ordinário satisfaz suficientemente

25 SARLET, *Constituição e proporcionalidade...*, p. 103-104.

26 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 119.

27 *Idem*, p. 122-123.

esse dever de proteção, ou se, pelo contrário, apresenta insuficiências nesse aspecto.²⁸

Diante da insuficiência manifesta de proteção, há violação do dever de tutela estatal, e, portanto, está caracterizada a inconstitucionalidade da medida, tenha ela natureza omissiva ou comissiva, sendo possível o seu controle judicial, de tal sorte que, nesse contexto, ganha destaque a própria vinculação do Poder Judiciário (no sentido de um poder-dever) aos deveres de proteção, de modo que se lhe impõe o dever de rechaço da legislação e dos atos administrativos inconstitucionais, ou, a depender das circunstâncias, o dever de correção de tais atos mediante uma interpretação conforme a Constituição e de acordo com as exigências dos deveres de proteção e da proporcionalidade.²⁹ A vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais,³⁰ e, portanto, aos deveres de proteção, guarda importância singular não só para a análise da categoria da proibição de proteção insuficiente, mas também para garantia da proibição de retrocesso, que constitui um dos eixos deste Capítulo,

28 Idem, p. 123.

29 SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, p. 372.

30 Sobre o papel do Poder Judiciário na implementação da legislação ambiental, inclusive por força dos deveres de proteção a que se encontra vinculado, v. a emblemática decisão do Superior Tribunal de Justiça, de lavra do Min. Herman Benjamin: “Processual civil. Natureza jurídica dos manguezais e marismas. Terrenos de Marinha. Área de preservação permanente. Aterro ilegal de lixo. Dano ambiental. Responsabilidade civil objetiva. Obrigação *propterrem*. Nexo de causalidade. Ausência de prequestionamento. Papel do Juiz na implementação da legislação ambiental. Ativismo judicial. Mudanças climáticas. (...)” (STJ, REsp 650.728/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 23.10.2007).

posto que, também no que diz respeito a atos do poder público que tenham por escopo a supressão ou redução dos níveis de proteção social e ambiental (cujo controle igualmente implica consideração dos critérios da proporcionalidade na sua dupla perspectiva) caberá aos órgãos jurisdicionais a tarefa de identificar a ocorrência de prática inconstitucional e, quando for o caso, afastá-la ou corrigi-la.

2. A Garantia Constitucional de *Proibição de Retrocesso*: da Proibição de Retrocesso Social à Proibição de Retrocesso (Socio)Ambiental³¹

Em linhas gerais, é possível afirmar que a humanidade caminha na perspectiva de ampliação da salvaguarda da dignidade da pessoa humana, conformando a ideia de um “patrimônio político-jurídico” consolidado ao longo do seu percurso histórico-civilizatório, para aquém do qual não se deve retroceder. Em termos gerais, essa é a ideia consubstanciada na assim designada garantia (princípio) constitucional da proibição de retrocesso. A *proibição de retrocesso socioambiental*, da mesma forma como ocorre com a *proibição*

31 O presente tópico foi baseado substancialmente em desenvolvimentos anteriores do autor Ingo W. Sarlet sobre o tema da proibição de retrocesso, com destaque para a obra *A eficácia dos direitos fundamentais...*, p. 433 e ss. e o artigo publicado sob o título A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latino-americano. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, n. 11, julho/setembro 2009, p. 167-206.

de retrocesso social,³² está, por sua vez, relacionada ao princípio da segurança jurídica e dos seus respectivos desdobramentos (princípio da proteção da confiança e as garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada), bem como guarda conexão com os limites materiais à reforma constitucional, considerando que tais institutos também objetivam a tutela de direitos e bens de matriz constitucional em face de atos e/ou medidas de caráter retroativo ou que venham, de algum modo, afetar situações e posições jurídicas. A estabilidade institucional (incluindo a estabilidade jurídica) é fundamental para o exercício dos direitos fundamentais do cidadão, na medida em que a dignidade humana não restará suficientemente respeitada e protegida onde as pessoas estejam expostas a tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.³³

A proibição de retrocesso, nesse cenário, diz respeito mais especificamente a uma garantia de proteção dos direi-

32 Sobre a proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, especialmente no caso dos direitos sociais, v. SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, p. 433-457. No que diz com a produção monográfica nacional, especificamente dedicada ao tema da proibição de retrocesso social, destacam-se as obras de DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; CONTO, Mario de. *Princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008; FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. São José: Conceito Editorial, 2009; PINHO E NETO, Luísa C. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Por último, v. MIOZZO, Pablo Castro. *A dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

33 SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, p. 433 e ss.

tos fundamentais (e da própria dignidade da pessoa humana) contra a atuação do legislador, tanto no âmbito constitucional quanto – e de modo especial – infraconstitucional (quando estão em causa medidas legislativas que impliquem supressão ou restrição no plano das garantias e dos níveis de tutela dos direitos já existentes), mas também proteção em face da atuação da administração pública. A proibição de retrocesso, de acordo com o entendimento consolidado na doutrina, consiste em um *princípio constitucional implícito*, tendo como fundamento constitucional, entre outros, o princípio do Estado (Democrático e Social) de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, o princípio da segurança jurídica e seus desdobramentos, o *dever de progressividade* em matéria de *direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais* (DESCA), apenas para citar os mais relevantes fundamentos jurídico-constitucionais invocados.³⁴ Por outro lado, quanto à sua amplitude, se tomarmos a ideia da proibição de retrocesso em um sentido amplo, significando toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público (com destaque para o legislador e o administrador!), que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ambientais etc.) constata-se, em termos gerais, que, embora nem sempre sob este rótulo, tal noção já foi recepcionada no âmbito do constitucionalismo

34 Para maiores desenvolvimentos, v. SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, p. 444 e ss.

brasileiro e, em perspectiva mais ampla, no cenário constitucional latino-americano e mesmo alguns países europeus, sem prejuízo da evolução na esfera do direito internacional.³⁵

Com efeito, desde logo se verifica que, num certo sentido, as garantias constitucionais (expressas ou implícitas) do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, assim como as demais vedações constitucionais de atos re-troativos, ou mesmo – e de modo todo especial – as normas constitucionais, em especial, todavia, a construção doutrinária e jurisprudencial, dispendo sobre o controle das restrições de direitos fundamentais, já dão conta de o quanto a questão da proteção de direitos contra a ação supressiva e mesmo erosiva por parte dos órgãos estatais encontrou ressonância. Da mesma forma, a proteção contra a ação do poder constituinte reformador, notadamente no concernente à previsão de limites materiais à reforma, igualmente não deixa de constituir uma relevante manifestação em favor da manutenção de determinados conteúdos da Constituição, em particular de todos aqueles que integram o cerne material da ordem constitucional ou – para os que ainda teimam em refutar a existência de limites implícitos – pelo menos daqueles dispositivos (e respectivos conteúdos normativos) expressamente tidos como insuscetíveis de abolição mediante a obra do poder de reforma constitucional, limites que também (embora, é certo, com significativa variação) já constituem um elemen-

35 *Idem*, p. 433 e ss.

to comum ao direito constitucional contemporâneo.³⁶ Nesse sentido, vale ressaltar a inserção da proteção ambiental no rol dos conteúdos permanentes da nossa ordem constitucional, o que se deu com a sua consagração como direito fundamental, conferindo-lhe, inclusive, o *status* de “cláusula pétrea”.³⁷

Numa primeira aproximação da noção de proibição de retrocesso, embora não limitada a tal aspecto, é corrente, no direito constitucional brasileiro, a tese de que em relação a qualquer norma constitucional (ainda que se trate de norma impositiva de uma tarefa ou objetivo estatal) existe um *direito subjetivo negativo*, ou seja, a possibilidade de impugnação de qualquer medida contrária aos parâmetros estabelecidos pela normativa constitucional, o que, importa reafirmar, se verifica mesmo na seara das assim designadas normas constitucionais programáticas (impositivas de programas, fins e tarefas) ou normas impositivas de legislação, o que aponta para a noção de uma proibição de atuação contrária às imposições constitucionais, tal qual adotada no âmbito da proibição de retrocesso. Nesse sentido, o reconhecimento de uma proibição de retrocesso situa-se na esfera daquilo que tem sido designado, abrangendo todas as situações referidas, de uma *eficácia nega-*

36 Idem, p. 409 e ss. Para uma perspectiva de direito comparado, embora centrada na experiência norte-americana e europeia, v., em especial, RICCI, Sergio M. Diaz. *Teoria de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2004. Entre nós, em termos de bibliografia especializada, v., por último, BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

37 Nesse sentido, v. SILVA, José Afonso da. Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jul-Set, 2002, p. 55; e ALONSO JR., Hamilton. *Direito fundamental ao ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 49.

*tiva das normas constitucionais.*³⁸ Assim, independentemente da exigibilidade dos direitos sociais e ecológicos na sua condição de direitos positivos, ou seja, de direitos subjetivos a prestações de caráter fático ou normativo, no âmbito da assim designada eficácia negativa se está em face de uma importante possibilidade de exigibilidade judicial de tais direitos como direitos subjetivos de defesa, em outros termos, como proibições de intervenção ou proibições de eliminação de determinadas posições jurídicas já consolidadas.³⁹ Em linhas gerais, portanto, é possível afirmar que a garantia da proibição de retrocesso tem por escopo preservar o bloco normativo – constitucional e infraconstitucional – já construído e consolidado no ordenamento jurídico, especialmente naquilo em que objetiva assegurar a fruição dos direitos fundamentais, impedindo ou assegurando o controle de atos que venham a provocar a supressão ou restrição dos níveis de efetividade vigentes dos direitos fundamentais.

Com efeito, é possível recolher a lição de Barroso, que, aderindo à evolução doutrinária precedente, destaca que “por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao

38 Dentre tantos – aderindo, nesse ponto, à tradição consolidada por José Afonso da Silva na sua clássica obra *A aplicabilidade das normas constitucionais* –, v., especialmente, BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990, p. 106 e ss. (em edições mais recentes, o autor também se refere à proibição de retrocesso como princípio implícito do direito constitucional brasileiro); e BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 70 e ss.

39 V., por todos, SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, p. 444 e ss.

regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”.⁴⁰ Embora tal fundamentação seja insuficiente para dar conta da complexidade da proibição de retrocesso, ela demonstra que a noção de proibição de retrocesso segue, como já frisado acima, sendo vinculada à noção de um *direito subjetivo negativo*, no sentido de que é possível impugnar judicialmente toda e qualquer medida que se encontre em conflito com o teor da Constituição (inclusive com os objetivos estabelecidos nas normas de cunho programático), bem como rechaçar medidas legislativas que venham, pura e simplesmente, subtrair supervenientemente a uma norma constitucional o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador.⁴¹ E, segundo a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, as normas constitucionais que reconhecem direitos sociais de caráter positivo implicam uma proibição de retrocesso, já que “uma vez dada satisfação ao direito, este se transforma, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de

40 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

41 Neste sentido, aponta-se, entre outros, além do já referido entendimento de BARROSO, a lição já clássica (mantida em edições mais recentes de sua obra) de SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 147 e 156 e ss.; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 397-99; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 261, assim como BARCELLOS, *A eficácia dos princípios constitucionais...*, p. 68 e ss., que sustenta tratar-se de um desdobramento de uma eficácia negativa dos princípios constitucionais.

atentar contra ele”.⁴²

Seguindo tal entendimento, não é possível, portanto, admitir-se uma ausência de vinculação do legislador (assim como dos órgãos estatais em geral) às normas de direitos sociais (e também dos direitos ecológicos ou socioambientais), assim como, ainda que em medida diferenciada, às normas constitucionais impositivas de fins e tarefas em matéria de justiça social, pois, se assim fosse, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição, pois o legislador – que ao legislar em matéria de proteção social (e ecológica) apenas está a cumprir um mandamento do Constituinte – poderia pura e simplesmente desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição. Valendo-nos aqui da lição de Jorge Miranda (que, todavia, admite uma proibição apenas relativa de retrocesso), o legislador não pode simplesmente eliminar as normas (legais) que concretizam os direitos fundamentais, pois isso equivaleria a subtrair às normas constitucionais a sua eficácia jurídica, já que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador.⁴³ Em outras palavras, mesmo tendo em conta que o espaço de prognose e de decisão dos órgãos legislativos é variável, ainda mais no marco dos direitos sociais e das políticas públicas para a sua

42 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 131.

43 MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional...*, p. 397 e ss.

realização,⁴⁴ não se pode admitir que em nome da liberdade de conformação do legislador o valor jurídico de tais direitos, assim como a sua própria fundamentalidade, acabem sendo esvaziados.⁴⁵ Assim, constata-se que também a problemática da proibição de retrocesso acaba guardando forte relação com o tema da liberdade de conformação do legislador (em outras palavras, da margem de ação legislativa) e as possibilidades e limites de seu controle, em especial por parte da assim chamada jurisdição constitucional, no marco do Estado Democrático – e Socioambiental – de Direito.

À luz do sistema constitucional alemão, Shulte destaca a existência de uma blindagem das garantias do Estado Social (tal como existente em relação às garantias “clássicas” do Estado de Direito), o que se dá em razão da proibição da retroatividade das leis referentes aos direitos sociais – e o autor inclui a proteção do ambiente entre eles – e do mandamento da proteção da confiança, bem como pelo fato de os direitos subjetivos públicos a prestações sociais (incluindo as expectativas de direitos) gozarem também de uma proteção constitucional com base no art. 14 da Lei Fundamental, considerando-as abrangidas no âmbito de proteção da garantia da pro-

44 QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 75. Desenvolvendo o tópico no âmbito da proibição de retrocesso, v., da mesma autora, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 83 e ss., em especial no tocante à vinculação do legislador aos direitos sociais.

45 Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 190.

priedade.⁴⁶ A propriedade, de tal sorte, “não protege apenas a propriedade no âmbito dos direitos reais, mas alcança uma função conservadora de direitos, no sentido de que ela igualmente tem por escopo oferecer ao indivíduo segurança jurídica relativamente aos direitos patrimoniais reconhecidos pela ordem jurídica, além de proteger a confiança depositada no conteúdo de seus direitos”.⁴⁷ A proibição de retrocesso atua, portanto, em termos gerais, como uma garantia constitucional do cidadão contra a ação do legislador (mas também em face da Administração Pública), no intuito de salvaguardar os seus direitos fundamentais consagrados pela Constituição.

Outro aspecto importante diz respeito aos deveres de proteção do Estado (já tratados anteriormente), que estabelecem a vinculação dos poderes públicos a garantir a máxima eficácia aos direitos fundamentais, resguardando-os contra qualquer violação (e retrocesso!). Negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significa, em última, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de um modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa

46 SHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 311.

47 SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista da AJURIS*, n. 73, julho, 1998, p. 214.

do Constituinte, ainda mais onde existe um dever de proteção e/ou um dever de atuação constitucionalmente estabelecido.

Resulta perceptível, portanto, que a proibição de retrocesso atua como baliza para a impugnação de medidas que impliquem supressão ou restrição de direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos) e que possam ser compreendidas como efetiva violação de tais direitos, os quais, por sua vez, também não dispõem de uma autonomia absoluta no sistema constitucional, sendo, em boa parte e em níveis diferenciados, concretizações da própria dignidade da pessoa humana. Assim, na sua aplicação concreta, isto é, na aferição da existência, ou não, de uma violação da proibição de retrocesso, não se poderiam – como, de resto, tem evidenciado toda a produção jurisprudencial sobre o tema – dispensar critérios adicionais, como é o caso da proteção da confiança (a depender da situação concreta, é claro), da dignidade da pessoa humana e do correlato mínimo existencial (social e socioambiental), do núcleo essencial dos direitos fundamentais, da proporcionalidade, apenas para citar os mais relevantes e que, no seu conjunto, asseguram a devida operatividade à noção de proibição de retrocesso no plano jurídico-constitucional.

Por certo, a proibição de retrocesso se expressa a partir da ideia de proteção dos direitos fundamentais, especialmente no que tange ao seu *núcleo essencial*, na medida em que a tutela e o exercício efetivo de tais direitos só são possíveis

onde esteja assegurado um nível mínimo de segurança jurídica e previsibilidade do próprio ordenamento jurídico objetivo, bem como dos direitos subjetivos dos cidadãos. A violação perpetrada ao núcleo essencial de determinado direito fundamental, por sua vez, resulta na inconstitucionalidade da medida legislativa ou administrativa em questão. Por força do art. 5.º, § 1.º, da nossa Lei Fundamental, é imposta a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o art. 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais (em vista de que medidas administrativas e decisões jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção de confiança), os quais são incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização dos direitos fundamentais, o que não permite, em qualquer hipótese, a supressão ou restrição desses de modo a invadir o seu núcleo essencial, bem como, atentar, de outro modo, às exigências do princípio da proporcionalidade, o que voltará a ser explorado logo mais adiante.⁴⁸

Na esfera dos fundamentos jurídicos da proibição de retrocesso há que destacar, ainda, a *cláusula de progressividade* ou o *dever de progressiva realização (e proteção)* prevista no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Cul-

48 SARLET, Ingo Wolfgang. Direito fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Vol. 2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 150.

turais, de 1966, que impõe aos Estados pactuantes a implementação progressiva dos direitos sociais nele consagrados. Dispõe o art. 2, parágrafo 1, do Pacto que “cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, *progressivamente*, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”. Também o art. 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), complementado pelo art. 1 do Protocolo de San Salvador Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), prevê o “desenvolvimento progressivo” dos direitos econômicos, sociais e culturais. Da obrigação de progressividade na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, como acentua Piovesan, decorre a chamada “cláusula de proibição do retrocesso social”, na medida em que é vedado aos Estados retrocederem na implementação de tais direitos,⁴⁹ mas sempre tendo em conta o máximo de recursos disponíveis em cada Estado para cumprir com tal objetivo.⁵⁰

49 Entre nós, v. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 178. Para uma análise pormenorizada, remetemos aqui ao conjunto de contribuições contidas na coletânea coordenada por COURTIS, Christian (Comp.). *Ni un paso atrás: laprohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2006.

50 No entanto, destaca-se que a cláusula da *reserva do possível*, ou seja, da possibilidade financeira de o Estado prover os direitos sociais não pode ser colocada como barreira à realização do núcleo mínimo dos direitos sociais, denominado de *mínimo*

Em outras palavras, a cláusula de progressividade veicula a necessidade de a tutela legislativa dispensada a determinado direito fundamental ser permanentemente aprimorada e fortificada, vinculando juridicamente os Poderes Públicos à consecução de tal objetivo. Assim, a garantia constitucional da proibição de retrocesso contempla dois conteúdos normativos que se complementam:⁵¹ se, por um lado, impõe-se ao Estado a obrigação de “não piorar” as condições normativas hoje existentes em determinado ordenamento jurídico – e o mesmo vale para a estrutura organizacional-administrativa –, por outro lado, também se faz imperativo, especialmente relevante no contexto da proteção do ambiente, uma obrigação de “melhorar”, ou seja, de aprimorar tais condições normativas – e também fáticas – no sentido de assegurar um contexto cada vez mais favorável ao desfrute de uma vida digna e saudável pelo indivíduo e pela coletividade como um todo. Tal parece ser o conteúdo também da norma inscrita no art. 37 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, quando dispõe que “todas as políticas da União devem integrar um elevado nível de proteção do ambiente e a melhoria da sua qualidade, e assegurar-los de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável”. A partir da ideia de um “nível elevado” de proteção ecológica e de uma melhoria da qua-

existencial (social), da mesma forma como ocorre com o mínimo existencial socio-ambiental. Sobre tal discussão, v. FENSTERSEIFER, Direitos fundamentais e proteção do ambiente..., p. 264 e ss.

51 Sobre dupla face da proibição de retrocesso social, notadamente em relação às obrigações de “progresso” e “não regressividade”, v. ABRAMOVICH; COURTIS, *Los derechossociales...*, p. 93-94.

lidade ambiental, além da evidente proibição de retrocessos legislativos ou administrativos, também se configura o dever de uma melhoria dos níveis de proteção ecológica. O desrespeito a tal diretriz normativa colocaria a medida legislativa ou administrativa praticada pelo Estado-Membro em confronto aberto com a Carta dos Direitos Fundamentais.

A partir de tais considerações, conforme entendimento por nós sustentado, o mais adequado, do ponto de vista da Teoria dos Direitos Fundamentais e mesmo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é o tratamento integrado e interdependente dos direitos sociais e dos direitos ecológicos, a partir da sigla DESCAs (para além da clássica denominação de DESC), ou seja, como *direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*, de modo a contemplar a evolução histórica dos direitos fundamentais e humanos, incorporando a tutela do ambiente em tal núcleo privilegiado de proteção da pessoa. Nesse sentido, o Protocolo de San Salvador Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988) incorpora a compreensão acerca dos DESCAs, apontando, no bojo do seu texto, que “toda pessoa tem direito a viver em um meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos” (art. 11.1), bem como que “os Estados-Partes promoverão a proteção e *melhoramento* do meio ambiente” (11.2). E, muito antes ainda do Protocolo de San Salvador, também o próprio Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) já sinalizava a sua receptividade e abertura à tu-

tela ecológica – ainda bastante incipiente no plano normativo internacional, considerando que a Declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano data de 1972 –, de modo que alguns dispositivos do seu texto já destacam a relação da proteção do ambiente com os direitos sociais, na medida em que dispõe sobre o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado e de uma melhoria contínua das condições de vida (art. 11.1), bem como acerca do direito de toda pessoa a desfrutar do mais elevado nível de saúde física e mental relacionado à melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente (art. 12.1 e 12.2.b). Portanto, a *cláusula de progressividade* atribuída aos direitos sociais deve abarcar, necessariamente, também as medidas normativas voltadas à tutela ecológica, de modo a instituir uma *progressiva melhoria da qualidade ambiental* e, consequentemente, da qualidade de vida em geral.⁵² De tal sorte, é possível sustentar a ampliação da incidência do instituto da proibição de retrocesso para além dos direitos sociais, de modo a contemplar os direitos fundamentais em geral,⁵³ mais uma razão para levar a sério a crítica assacada por Novais, no sentido de que a metódica mais correta consiste em aplicar ao universo dos direitos fundamentais (incluindo, portanto, o direito ao ambiente) a teoria geral que dispõe sobre os li-

52 A *cláusula (e dever) de melhoria progressiva da qualidade de vida*, no tocante à proteção do ambiente, pode ser encontrada na Lei de Bases do Ambiente Portuguesa (Lei 11/87), ao dispor, no seu art. 40.º, 1, que “é dever dos cidadãos, em geral, e dos sectores público, privado e cooperativo, em particular, colaborar na criação de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e na melhoria progressiva e acelerada da qualidade de vida”.

53 Cf., por todos, SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, p. 437.

mites e restrições dos direitos fundamentais, em vez de tratar os direitos sociais como se não fossem fundamentais ou mesmo constituíssem um grupo distinto a merecer uma tutela diferenciada,⁵⁴ discussão que aqui não será explorada, mas que não pode ser pura e simplesmente menosprezada.

Assim, considerando que a proibição de retrocesso em matéria de proteção e promoção dos DESCAs guarda relação com a previsão expressa de um *dever de progressiva realização* contido em cláusulas vinculativas de direito internacional, poder-se-á afirmar que pelo menos tanto quanto proteger o pouco que há em termos de direitos sociais e ecológicos efetivos, há que priorizar o dever de progressiva implantação de tais direitos e de construção de uma cidadania inclusiva, até mesmo em termos de uma cidadania ecológica. Com efeito, progresso, aqui compreendido na perspectiva de um *dever de desenvolvimento sustentável*, necessariamente conciliando os eixos econômico, social e ambiental, segue sendo possivelmente o maior desafio não apenas, mas especialmente para Estados Constitucionais tidos como periféricos ou em fase de desenvolvimento. Assim, a garantia da *proibição de retrocesso socioambiental*⁵⁵ seria concebida no sentido de que a tutela

54 NOVAIS, *Direitos fundamentais...*, p. 196 e ss.

55 Merece referência a expressão *princípio da proibição de retrogradaçõesocioambiental*, difundida, entre nós, por MOLINARO, Carlos Alberto, *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, na esteira da doutrina de MICHAEL KLOEPFER, substituindo a expressão “princípio de proibição de retrocesso ambiental (ou socioambiental)”. Todavia, por ser a expressão proibição de retrocesso social já consagrada na doutrina e mesmo por apontar para a perspectiva mais ampla, da conexão entre os direitos sociais e a tutela ambiental no contexto da socioambientalidade, parece-nos mais adequado, para efeitos do presente estu-

normativa ambiental – tanto sob a perspectiva constitucional quanto infraconstitucional – deve operar de modo progressivo no âmbito das relações socioambientais, a fim de ampliar a qualidade de vida existente hoje e atender a padrões cada vez mais rigorosos de tutela da dignidade da pessoa humana, não admitindo o retrocesso, em termos normativos, a um nível de proteção inferior àquele verificado hoje. De acordo com 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-lhe vedado adoptar novas políticas que traduzam em *retrocesso retroactivo* de posições jurídico-ambientais fortemente enraizadas na cultura dos povos e na consciência jurídica geral”.⁵⁶

Não sem razão, o conceito de desenvolvimento sustentável, cunhado no âmbito da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas (Relatório Brundtland/Nosso Futuro Comum), traz a ideia de que o mesmo seria “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”.⁵⁷ A ideia de sustentabili-

do, apenas adaptá-la para a sua feição ecológica, ao invés criar outra denominação, evitando-se, assim, a multiplicação de expressões referentes ao mesmo instituto jurídico.

56 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português e da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 5.

57 *Nosso Futuro Comum/Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 43.

dade⁵⁸ está na razão de ser da proteção do ambiente, já que manter (e, em alguns casos, recuperar) o equilíbrio ambiental implica o uso racional e harmônico dos recursos naturais, de modo a não os levar ao seu esgotamento, e, consequentemente, à sua degradação. Em sintonia com tal premissa, a Lei 6.938/81, no seu art. 4.º, VI, entre os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, destaca “a preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida”. Até por uma questão de justiça entre gerações humanas, a geração presente teria a responsabilidade de deixar como legado às gerações futuras *condições ambientais idênticas ou melhores* do que aquelas recebidas das gerações passadas, estando a geração vivente, portanto, vedada a alterar em termos negativos as condições ecológicas, até por força do *princípio da proibição de retrocesso socioambiental* e do *dever* (do Estado e dos particulares) *de melhoria progressiva da qualidade ambiental*.

No caso particular do direito ao saneamento, tal garantia – que, para além da proibição de retrocesso, também impõe uma dever de melhoria progressiva do gozo dos direitos socioambientais – resultou consagrada de forma expressa na Lei da Política Nacional de Saneamento Básico (Lei 11.445/2007), ao dispor o diploma em questão, no seu art. 3.º, III, que, através do objetivo de universalização das políticas públicas para o

58 Especificamente sobre o desenvolvimento sustentável, v., por todos, BOSSELMANN, Klaus. *The principle of sustainability*. Reino Unido: Ashgate, 2008.

setor, deve-se contemplar a “ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico”. Assim, no tocante às medidas legislativas e políticas públicas levadas a cabo para a efetivação do direito fundamental ao saneamento básico, típico direito fundamental de feição socioambiental, deve o Legislador – e, em certa medida, também o Administrador – atentar para a garantia constitucional da *proibição de retrocesso socioambiental*, conforme resulta expresso na norma em comento.

Para uma compreensão adequada do conceito de proibição de retrocesso socioambiental, é importante destacar, ainda, que há um déficit em termos de proteção ambiental existente hoje, na medida em que, como é visível na questão do aquecimento global, impõem-se medidas no sentido de “recuar” em termos de práticas poluidoras – por exemplo, reduzir as emissões dos gases geradores do efeito estufa –, não sendo suficiente apenas impedir que tais práticas sejam ampliadas. Em sintonia com tal entendimento, com o intuito de fazer com que as práticas poluidoras “recuem” – através da “redução dos impactos” da ação humana sobre o ambiente – e a qualidade ambiental melhore de forma progressiva, a Lei da Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC (Lei 12.187, de 29 de dezembro de 2009), que, além de enunciar, no *caput* do art. 3.º, como diretrizes para a questão climática, a consagração dos princípios da precaução, da prevenção, da participação cidadã e do desenvolvimento sustentável – além do princípio das responsabilidades comuns, porém diferen-

ciadas, aplicado no âmbito internacional –, estabelece, no mesmo artigo citado, inciso I, que “todos têm o dever de atuar, em benefício das presentes e futuras gerações, para a redução dos impactos decorrentes das interferências antrópicas sobre o sistema climático”.

Assim, no caso especialmente da legislação ambiental que busca dar operatividade ao dever constitucional de proteção do ambiente, há que assegurar a sua blindagem contra retrocessos que a tornem menos rigorosa ou flexível, admitindo práticas poluidoras hoje proibidas, assim como buscar sempre um nível mais rigoroso de proteção, considerando especialmente o déficit legado pelo nosso passado e um “ajuste de contas” com o futuro, no sentido de manter um equilíbrio ambiental também para as futuras gerações. O que não se admite, até por um critério de justiça entre gerações humanas, é que sobre as gerações futuras recaia integralmente o ônus do descaso ecológico perpetrado pelas das gerações presentes e passadas. Quanto a esse ponto, verifica-se que a noção da limitação dos recursos naturais também contribui para a elucidação da questão, uma vez que boa parte dos recursos naturais não é renovável, e, portanto, tem a sua utilização limitada e sujeita ao esgotamento. Assim, torna-se imperativo o uso racional, equilibrado e equânime dos recursos naturais, no intuito de não agravar de forma negativa a qualidade de vida e o equilíbrio dos ecossistemas, comprometendo a vida das futuras gerações. Investir na proibição de retrocesso e correlata proibição de proteção insuficiente em matéria de tutela do

meio ambiente, constitui, portanto, tarefa urgente para o jurista e os assim designados operadores do Direito, para além dos demais atores envolvidos.

A doutrina, diante de tal preocupação, tem caminhado no sentido de consagrar o princípio da socioambiental, que, na verdade, veda o retrocesso jurídico em termos de garantia e proteção das condições ambientais existentes hoje, para aquém das quais não devemos retroceder. Nesse sentido, Molinaro assevera que o princípio em questão afirma uma proposição empírica de que, por intermédio de uma eleição valiosa de nossa existência e de uma avaliação intergeracional, não é permitido que se retroceda a condições ambientais prévias àquelas que se desfrutam na atualidade.⁵⁹ Canotilho, por sua vez, destaca que a consagração constitucional do ambiente como tarefa ou fim do Estado determina a proibição de retrocesso ecológico, determinando que “a água, os solos, a fauna, a flora, não podem ver aumentado o ‘grau de esgotamento’, surgindo os ‘limites do esgotamento’ como limite jurídico-constitucional da liberdade de conformação dos poderes públicos”.⁶⁰ Ainda, na esteira do pensamento de Teixeira, o princípio da proibição de retrocesso ecológico encontra assento constitucional e visa inviabilizar toda e qualquer medida regressiva em desfavor do ambiente, impondo limites à atuação dos poderes públicos, bem como autorizando a intervenção do Poder Público para impedir o retrocesso, quer por

59 MOLINARO, *Direito ambiental...*, p. 99-100.

60 CANOTILHO, *O direito ao ambiente como direito subjetivo...*, p. 182.

medidas de polícia administrativa quer por meio de decisões judiciais. Nesse contexto, conclui que o direito fundamental ao ambiente “só é modificável *in mellius* e não *in pejus*, uma vez que é expressão da sadia qualidade de vida e da dignidade da pessoa humana”.⁶¹

Assim, na medida em que a proibição de retrocesso socioambiental se coloca como “blindagem protetiva” em face da atuação dos poderes públicos, no âmbito das suas funções legislativa, administrativa e judiciária, pode-se conceber a sua incidência sobre a própria estrutura administrativa e organizacional do Estado voltada à promoção de determinado direito fundamental. Com base em tal entendimento, determinado ato administrativo que culminasse por reduzir em demasia – portanto, de forma desproporcional – a estrutura administrativa hoje existente para a tutela ecológica, impossibilitando a fiscalização e a adoção de políticas públicas ambientais de modo minimamente suficientes para salvaguardar tal direito fundamental, estaria por violar a proibição de retrocesso socioambiental (além da proibição de proteção insuficiente!) e a medida administrativa em questão estaria eivada de inconstitucionalidade. Nesse cenário, Gavião Filho aponta para a proibição de retrocesso no âmbito da perspectiva organizacional e procedimental dos direitos fundamentais, o que impossibilitaria um “enxugamento” da estrutura administrativa posta hoje no Estado brasileiro para dar efetivação ao direito fundamental ao ambiente. Conforme afirma

61 TEIXEIRA, *O direito ao meio ambiente...*, p. 124.

o autor, a estrutura administrativo-organizacional do Estado Constitucional Ambiental brasileiro está orientada no sentido da realização do direito fundamental ao ambiente, notadamente pela distribuição de sua atuação política e administrativa para as três entidades federativas com a fixação de um órgão nacional. Tal “organização”, que dá forma ao *direito à organização*, encontra-se protegida pela proibição de retrocesso, o que acarreta a impossibilidade de o Estado extinguir os órgãos (de tutela!) ambientais, salvo criando outros com a mesma ou superior eficácia, já que a não consideração de tal situação pode implicar violação de posições jurídicas fundamentais em matéria ambiental, passível de correção pela via judicial por intermédio dos mecanismos disponíveis, tais como a ação popular, a ação civil pública, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de segurança, dentre outros que poderiam ser colacionados.⁶²

Tendo em vista que o reconhecimento de uma garantia da proibição de retrocesso social, que inclui a proteção dos níveis de proteção ambiental, não parece ser em si objeto de maior resistência (pelo menos no âmbito da produção doutrinária nacional, onde, pelo contrário, a proibição de retrocesso tem encontrado ampla consagração), é na esfera da sua aplicação, ou seja, na esfera dos critérios para aferição da ilegitimidade de medidas restritivas da proteção e da efetividade dos direitos socioambientais de um modo geral que se verifica a maior

62 GAVIÃO FILHO, *Direito fundamental ao ambiente...*, p. 91-92.

dificuldade, notadamente pela pouca repercussão prática, no que diz com o número de julgados dos Tribunais Superiores no Brasil (e mesmo em outros lugares) da proibição de retrocesso. Tal dificuldade de aferir até que ponto é possível controlar juridicamente e impedir medidas estatais que impliquem retrocesso em matéria de direitos socioambientais (dificuldade que também se manifesta no campo da convencional teoria dos limites e limites aos limites dos direitos fundamentais em geral) não é, de qualquer sorte, apenas registrada no Brasil.

Uma constatação de caráter mais genérico diz respeito à circunstância de que por força da proibição de retrocesso não é possível engessar a ação legislativa e administrativa, portanto, não é possível impedir ajustes e mesmo restrições. Do contrário – e quanto ao ponto dispensam-se maiores considerações – a proibição de retrocesso poderia até mesmo assegurar aos direitos socioambientais uma proteção mais reforçada do que a habitualmente empregada para os direitos civis e políticos, onde, em princípio, se parte do pressuposto de que não existem direitos absolutamente imunes a qualquer tipo de restrição, mormente para salvaguarda eficiente (do contrário, incidiria a proibição de proteção insuficiente) de outros direitos fundamentais e bens de valor constitucional.⁶³

Nesse alinhamento, portanto, assumindo como correta a tese de que a proibição de retrocesso não pode impedir qualquer tipo de restrição a direitos socioambientais, parte-se aqui da mesma diretriz que, de há muito, tem sido adotada no plano

63 Nesse sentido, v. SARLET, *A assim designada proibição de retrocesso social...*, p. 190.

da doutrina especializada, notadamente a noção de que sobre qualquer medida que venha a provocar alguma diminuição nos níveis de proteção (efetividade) dos direitos socioambientais recai a *suspeição de sua ilegitimidade jurídica*, portanto, na gramática do Estado Constitucional, de sua inconstitucionalidade, acionando assim um dever no sentido de submeter tais medidas a um *rigoroso controle de constitucionalidade*,⁶⁴ onde assumem importância os critérios da proporcionalidade (na sua dupla dimensão anteriormente referida), da razoabilidade e do núcleo essencial (com destaque para o conteúdo “existencial”) dos direitos socioambientais, sem prejuízo de outros critérios, como é o da segurança jurídica e dos seus respectivos desdobramentos. Assim, ganha destaque a já retratada noção de que no campo da edição de atos legislativos e administrativos que afetam o âmbito de proteção dos direitos socioambientais, é preciso ter sempre presente que tanto o legislador quanto o administrador encontram-se vinculados às proibições de excesso e de insuficiência de proteção, portanto, deverão observar as exigências internas da proporcionalidade, quais sejam, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, bem como da razoabilidade, que aqui não serão objeto de aprofundamento,⁶⁵ mas que são – juntamente com a segurança jurídica (em especial a proteção da confiança e a tutela dos direitos adquiridos) reconhecidos

64 Cf., por todos, COURTIS, *La prohibición de regresividad...*, p. 29 e ss.

65 Aqui remetemos, para maior desenvolvimento, dentre outros, a SARLET, *Aeficácia dos direitos fundamentais...*, p. 394 e ss. (capítulo sobre os limites aos limites dos direitos fundamentais).

por expressiva doutrina como indispensáveis também ao controle de medidas restritivas em matéria de direitos socioambientais.⁶⁶

De outra parte, também é perceptível que reduzir a proibição de retrocesso a um mero controle da razoabilidade e proporcionalidade, assim como de uma adequada justificação das medidas restritivas, poderá não ser o suficiente, ainda mais se ao controle da proporcionalidade não for agregada a noção de que qualquer medida restritiva deverá preservar o núcleo (ou conteúdo essencial) do direito fundamental afetado, o que, por sua vez, guarda relação com a opção, no que diz com os limites aos limites dos direitos fundamentais, entre a teoria externa e a teoria interna, sem prejuízo de outros aspectos relevantes a serem considerados e que aqui não serão desenvolvidos. É precisamente aqui, no que diz com o alcance da proteção assegurada por conta de uma proibição de retrocesso, que a dignidade da pessoa humana e o assim designado *mínimo existencial socioambiental* (assim como a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais socioambientais) podem assumir particular relevância, tal como tem apontado relevante doutrina e jurisprudência.⁶⁷

Por certo, é nessa perspectiva que se colaciona lição de Canotilho, sustentando que o núcleo essencial dos direitos sociais concretizado pelo legislador encontra-se constitucional-

66 Por último, v. a minuciosa análise de PINTO E NETTO, *O princípio de proibição de retrocesso...*, especialmente p. 167 e ss.

67 Cf. as ponderações de SARLET, *A assim designada proibição de retrocesso social...*, p. 192-93.

mente garantido contra medidas estatais que, na prática, resultem na anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial, de tal sorte que a liberdade de conformação do legislador e a inerente autorreversibilidade encontram limitação no núcleo essencial já realizado.⁶⁸ O legislador (assim como o poder público em geral) não pode, portanto, uma vez concretizado determinado direito social ou ecológico no plano da legislação infraconstitucional, mesmo com efeitos meramente prospectivos, voltar atrás e, mediante uma supressão ou mesmo relativização (no sentido de uma restrição), afetar o núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito socioambiental constitucionalmente assegurado. Assim, é em primeira linha o núcleo essencial dos direitos sociais que vincula o poder público no âmbito de uma proteção contra o retrocesso e que, portanto, representa aquilo que efetivamente se encontra protegido.⁶⁹

Muito embora tal concepção possa servir como ponto de partida para a análise da problemática do alcance da proteção contra o retrocesso em matéria de direitos socioambientais, não nos parece dispensável algum tipo de aprofundamento, notadamente no que diz com a vinculação do problema às noções de dignidade da pessoa e da garantia das condições materiais mínimas para uma vida digna, que, por sua vez, guardam relação com a noção de *núcleo essencial dos direitos socioambientais*, embora não se confundam necessariamente.

68 CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, p. 338 e ss.

69 Nesse sentido, v. também, QUEIROZ, *Direitos fundamentais sociais...*, p. 81 e ss. e p. 101 e ss.

Além disso, a noção de mínimo existencial, compreendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável,⁷⁰ ou seja, de uma vida que corresponda a padrões qualitativos mínimos, nos revela que a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial (embora não necessariamente em todos os casos e da mesma forma), quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial, que, na esteira de farta doutrina, abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser restringido, portanto, à noção de um mínimo vital ou a uma noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais,⁷¹ ainda mais em se tratando de um cenário constitucional marcado – pelo menos no plano formal – por um constitucionalismo social e ambientalmente comprometido, para o qual a

70 Sobre o ponto, v. SARLET, *Dignidade da pessoa humana...*, p. 70.

71 A respeito da noção de mínimo existencial, remetemos ao indispensável e pioneiro estudo – atualizado e aprofundado em contribuições mais recentes – de TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 177, 1989, p. 29 e ss., muito embora o autor – a partir de uma profunda análise especialmente da doutrina norte-americana e germânica – esteja aparentemente a se inclinar em prol de uma noção liberal (embora não necessariamente reducionista) de mínimo existencial, já que bem destaca o papel da dignidade da pessoa na construção do conceito de mínimo existencial. Dentre as contribuições mais recentes, importa referir, além do nosso *A eficácia dos direitos fundamentais...*, p. 330 e ss., o já citado estudo de BARCELLOS, de Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, especialmente p. 247 e ss., assim como LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; e TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Por último, v. BITTENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

garantia da dignidade humana e da dignidade da vida de um modo geral são tão caras. É precisamente por essa razão que a noção de um mínimo existencial, na perspectiva socioambiental, deve ser acrescida da dimensão ecológica já referida anteriormente, atuando como critério material para a concretização dos patamares mínimos de tutela ambiental, aquém dos quais se estará incorrendo (assim como no que diz respeito ao mínimo existencial em matéria de direitos sociais) em flagrante violação da proibição de proteção insuficiente e da proibição de retrocesso.

Assim, lançadas tais premissas, o que importa é enfatizar que por força da proibição de retrocesso (mas não necessariamente e muito menos exclusivamente em função desta) o mínimo existencial (socioambiental)⁷² opera como limite material a vincular negativa (mas também positivamente) o poder público, sem prejuízo de uma eficácia na esfera das relações entre particulares que aqui não está posta em causa. Nesta perspectiva, colaciona-se a emblemática decisão do Tribunal Constitucional de Portugal (Acórdão 509/2002), que versa sobre a inconstitucionalidade (por violação do princípio da proibição de retrocesso) do Decreto da Assembleia da República que, ao substituir o antigo rendimento mínimo garantido por um novo rendimento

72 De modo a considerar o mínimo existencial ecológico como “barreira normativa defensiva” a impedir retrocessos legislativos em matéria ambiental, v. AYALA, Patryck de Araújo. “O direito ambiental das mudanças climáticas: mínimo existencial ecológico e proibição de retrocesso na ordem constitucional brasileira”. In: BENJAMIN, Antônio Herman; IRIGARAY, Carlos T.; LECEY, Eladio; CAPPELLI, Sílvia (Orgs.). *Anais do 14.º Congresso Internacional de Direito Ambiental* (Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos). São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde/Imprensa Oficial, 2010, p. 275.

social de inserção, excluiu da fruição do benefício (ainda que mediante a ressalva dos direitos adquiridos) pessoas com idade entre 18 e 25 anos. Em termos gerais e para o que importa neste momento, a decisão, ainda que não unânime, entendeu que a legislação revogada, atinente ao rendimento mínimo garantido, concretizou o direito à segurança social dos cidadãos mais carentes (incluindo os jovens entre os 18 e 25 anos), de tal sorte que a nova legislação, ao excluir do novo rendimento social de inserção as pessoas nesta faixa etária, sem a previsão e/ou manutenção de algum tipo de proteção social similar, estaria a retroceder no grau de realização já alcançado do direito à segurança social a ponto de violar o conteúdo mínimo desse direito já que atingido o conteúdo nuclear do direito a um mínimo de existência condigna, não existindo outros instrumentos jurídicos que o possam assegurar com um mínimo de eficácia. Destaca-se, ainda, que o Tribunal Constitucional português reiterou pronunciamentos anteriores, reconhecendo que, no âmbito da concretização dos direitos sociais, o legislador dispõe de ampla liberdade de conformação, podendo decidir a respeito dos instrumentos e sobre o montante dos benefícios sociais a serem prestados, sob pressuposto de que, em qualquer caso a escolha legislativa assegure, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia do direito a um mínimo de existência condigna para todos os casos.⁷³

Diante de tais considerações, não obstante o seu desenvolvimento ainda embrionário na doutrina brasileira, a garantia

73 Para quem deseja aprofundar a análise, vale a pena conferir na íntegra a fundamentação do já citado Acórdão 509/2002, Processo 768/2002, apreciado pelo Tribunal Constitucional de Portugal em 19.12.2002.

constitucional da *proibição de retrocesso socioambiental* (ou mesmo *ecológico*, como preferem alguns) assume importância ímpar na edificação do Estado Socioambiental de Direito, pois opera como instrumento jurídico apto a assegurar, em conjugação com outros elementos, níveis normativos mínimos em termos de proteção jurídica do ambiente, bem como, numa perspectiva mais ampla, de tutela da dignidade da pessoa humana e do direito a uma existência digna, sem deixar de lado a responsabilidade para com as gerações humanas vindouras. Nessa quadra, importa colacionar a lição de Häberle, que, em termos de uma dogmática constitucional comprometida com a dignidade e os direitos fundamentais, afirma que na planificação dos modelos de Estado de Direito, existe uma “garantia cultural do *status quo*”, que aponta para determinados conteúdos irrenunciáveis para o Estado Constitucional,⁷⁴ ou seja, conquistas levadas a cabo ao longo da caminhada histórica da humanidade e consolidadas no seu patrimônio jurídico-político fundamental não podem ser submetidas a um retrocesso, de modo a fragilizar a tutela da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, mas, pelo contrário, objetivam a continuidade do projeto da modernidade no sentido de elevar cada vez mais o *espírito humano*. Tal formulação, como é fácil perceber, ajusta-se como uma luva à ideia que subjaz ao princípio de *proibição de retrocesso socioambiental*, tendo em vista sempre a busca de uma salvaguarda cada vez mais ampla e qualificada da dignidade da pessoa humana e dos correlatos direitos fundamentais, com destaque para os *direitos*

74 HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 87.

*econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA).*⁷⁵

Por fim, com o intuito de concretizar, à luz de dois exemplos, uma possível aplicação da proibição de retrocesso em matéria ambiental no Brasil, e procurando lançar mão de casos atuais e relevantes, seguem, no próximo segmento, primeiramente, breve apresentação e análise de questão objeto de discussão no Supremo

75 Na jurisprudência brasileira, no sentido de reconhecer a faceta ecológica da garantia constitucional da proibição de retrocesso, notadamente em matéria urbano-ambiental, merece destaque julgado do Superior Tribunal de Justiça: “PROCESUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E URBANÍSTICO. LOTEAMENTO CITY LAPA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. RESTRIÇÕES URBANÍSTICO-AMBIENTAIS CONVENCIONAIS ESTABELECIDAS PELO LOTEADOR. ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL EM FAVOR DE TERCEIRO, DE NATUREZA PROPTER REM. DESCUMPRIMENTO. PRÉDIO DE NOVE ANDARES, EM ÁREA ONDE SÓ SE ADMITEM RESIDÊNCIAS UNI FAMILIARES. PEDIDO DE DEMOLIÇÃO. VÍCIO DE LEGALIDADE E DE LEGITIMIDADE DO ALVARÁ. IUS VARIANDI ATRIBUÍDO AO MUNICÍPIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA NÃO-REGRESSÃO (OU DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO) URBANÍSTICO-AMBIENTAL. (...) 1. As restrições urbanístico-ambientais convencionais, historicamente de pouco uso ou respeito no caos das cidades brasileiras, estão em ascensão, entre nós e no Direito Comparado, como veículo de estímulo a um novo consensualismosolidarista, coletivo e intergeracional, tendo por objetivo primário garantir às gerações presentes e futuras espaços de convivência urbana marcados pela qualidade de vida, valor estético, áreas verdes e proteção contra desastres naturais. (...)10. O relaxamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais convencionais, permitido na esteira do iusvariandi de que é titular o Poder Público, demanda, por ser absolutamente fora do comum, ampla e forte motivação lastreada em clamoroso interesse público, postura incompatível com a submissão do Administrador a necessidades casuísticas de momento, interesses especulativos ou vantagens comerciais dos agentes econômicos. 11. O exercício do iusvariandi, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes (...)”. (STJ, REsp 302.906/SP, 2.ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 26.08.2010).

Tribunal Federal,⁷⁶ embora ainda não tenha ocorrido pronunciamento definitivo, relativamente ao Código do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina, bem como, num segundo momento, serão comentados alguns aspectos do Projeto de Lei, em trâmite no Congresso Nacional, de alteração do Código Florestal Brasileiro. Em ambas as situações, está em causa, entre outros argumentos, a alegação da violação da garantia da proibição de retrocesso em termos socioambientais.

3. Estudos de Caso Sobre a Garantia Constitucional de Proibição de Retrocesso (Socio)Ambiental

3.1 A controvérsia em torno da (in)constitucionalidade do Código Estadual do Meio Ambiente (Lei 14.675, de 13 de abril de 2009) do Estado de Santa Catarina

A exemplo de outras iniciativas registradas em diversos Estados da Federação⁷⁷ e mesmo no âmbito federal – confor-

⁷⁶ Mais recentemente, a proibição de retrocesso em matéria ambiental voltou a ser sustentada na fundamentação da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4529) proposta pelo Procurador-Geral da República em face de dispositivos do Código do Meio Ambiente do Estado do Mato Grosso (Lei Complementar Estadual 38/95, com alterações trazidas pela Lei Complementar Estadual 70/00), os quais, de forma contrária à legislação federal, ampliaram as hipóteses de dispensa de estudo prévio de impacto ambiental para o licenciamento ambiental de empreendimentos hidrelétricos.

⁷⁷ De modo exemplificativo, vale destacar que tramita, na Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, o Projeto de Lei 154/2009, o qual dispõe sobre o Código Estadual do Meio Ambiente gaúcho e, em termos muito similares ao texto catarinense, traz medidas legislativas que tutelam o ambiente de forma menos rígida em comparação com o bloco normativo federal. À semelhança do que ocorre com o diploma catarinense, o projeto de lei gaúcho, além de inúmeras outras “flexibilizações” da norma federal, traz a redução da extensão da

me será tratado no tópico seguinte –, o Estado de Santa Catarina, por meio da Lei 14.675, de 13 de abril de 2009, aprovou o seu Código Estadual do Meio Ambiente, diploma que já vinha sendo objeto de acirrada controvérsia quando da tramitação na esfera do processo legislativo, de tal sorte que, uma vez em vigor, acabou tendo diversos dos seus dispositivos⁷⁸ impugnados no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4252, interposta pelo Procurador-Geral da República junto ao STF.⁷⁹ Levando em conta que um dos pontos centrais da discussão diz com a alegação de que o Código Estadual teria, em vários momentos, gerado uma redução dos níveis de proteção ambiental vigentes e consagrados em legislação federal, um dos argumentos principais colacionados em prol da inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei 14.675/2009 é o da proibição de retrocesso e da violação dos deveres de proteção ambiental do Estado. Assim, sem adentrar novamente na seara descritivo-conceitual dos institutos jurídicos (notadamente, o da proibição de retrocesso e dos deveres de proteção e seus corolários), parte-se, desde logo, para uma rápida apresentação e análise dos aspectos principais discutidos no STF.

área de preservação permanente – no caso específico das matas ciliares – em até 80% (art. 200, I) em relação ao que estabelece a Resolução 303/2002 do CONAMA. Disponível em: <<http://64.233.163.132/search?q=cache:YrF8m6yLOEIJ:proweb.procergs.com.br/Diario/DA20090807-01-100000/EX20090807-01-100000-PL-154-2009.pdf+pl+154+2009+ambiente+rio+grande+do+sul&cd=8&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 07 de outubro de 2010.

78 Arts. 28, incisos XV, XVI, XVII, XVIII, XX, XXII, XXX, XL, XLVIII, LX, LXV e LXVI, e seus §§ 1.º, 2.º e 3.º; 101 a 113, e seus incisos e §§; 114, incisos e alíneas, e §§ 1.º e 2.º; 115, *caput* e incisos; 116, *caput* e incisos; art. 118, inciso X, art. 121, § Único; e art. 140, § 1.º e incisos.

79 STF, ADI 4252, Rel. Min. Celso de Mello, ajuizada em 16.6.2009 e ainda pendente de julgamento.

Para tanto, indispensável contextualizar a controvérsia, de tal sorte que não há como deixar de destacar que o Estado de Santa Catarina foi recentemente (mais uma vez!) severamente atingido pelas sequelas atreladas ao fenômeno das mudanças climáticas – agora já oficial e mundialmente reconhecido pela comunidade científica através do Painel Intergovernamental sobre Mudança do Clima (IPCC) da Organização das Nações Unidas⁸⁰ –, o qual inclui, entre os seus efeitos, a maior intensidade e frequência de episódios climáticos extremos, a alteração nos regimes de chuvas, como ocorre na hipótese de chuvas intensas em um curto espaço de tempo, entre outros eventos naturais. No referido Estado brasileiro, o volume de chuva previsto para todo o mês de dezembro de 2008 foi verificado em apenas um dia do referido mês, causando enchentes e desastres ambientais de proporções catastróficas.⁸¹ No entanto, justamente o Estado-membro atingido por tais efeitos ambientais nefastos (que já são recorrentes e voltaram a se manifestar nos anos de 2009 e 2010, com grave

80 O Relatório de Desenvolvimento Humano 2007/2008 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento descreve que a atividade mais intensa das tempestades tropicais é uma das certezas resultantes das alterações climáticas, de modo que o aquecimento dos oceanos irá impulsionar eventos climáticos cada vez mais intensos (p. 101). *Relatório de Desenvolvimento Humano 2007/2008 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento*. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/rdh/>. Acesso em: 02 de outubro de 2010.

81 No Estado de Santa Catarina – embora a ocorrência de episódios similares em outras regiões (basta apontar para os fatos ocorridos no Rio de Janeiro, especialmente na região de Angra dos Reis e Ilha Grande no final de dezembro de 2009), as catástrofes ambientais alcançaram as maiores proporções entre os Estados brasileiros, registrando-se, em decorrência das chuvas ocorridas em dezembro de 2008, 135 mortes e 78 mil pessoas desabrigadas. Reportagem sobre chuvas em Santa Catarina. *Folha Online*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2008/chuvaemsantacatarina/>. Acesso em: 07 de outubro de 2010.

repercussão patrimonial e extrapatrimonial para um número significativo de pessoas, isto sem falar no impacto ambiental), editou diploma legislativo – ora questionado perante o Supremo Tribunal Federal –, reduzindo os padrões de proteção e promoção ambiental existentes no plano federal, de modo a flexibilizar e enfraquecer institutos jurídico-ambientais essenciais para evitar os efeitos negativos referidos acima, como é o caso das *áreas de preservação permanente*⁸² e da *reserva legal*.⁸³ Cumpre agregar que as pessoas vitimadas pelas catástrofes ambientais ocorridas no Estado de Santa Catarina encontram-se, em geral, em situação similar a dos *refugiados ambientais*, já que, muitas vezes, se viram obrigadas a se deslocarem e reconstituírem suas vidas em outras localidades, além de terem absolutamente comprometidas as suas condições materiais mínimas para uma vida digna (em flagrante violação ao direito fundamental ao *mínimo existencial socio-ambiental*).

O que se esperaria em termos de proteção jurídica do ambiente por parte do Estado de Santa Catarina, não apenas por conta do dever constitucional de tutela ecológica e social, mas especialmente em face do compromisso ético com a superação (ou pelo menos redução) dos problemas causados pela falta de respeito ao ambiente, seria justamente uma postura mais rígida, no sentido de, ante a evidente falta de eficácia dos instrumentos disponíveis, elevar os níveis legislativos

82 Art. 1.º, § 2.º, II, da Lei 4.771/65 (Código Florestal Brasileiro).

83 Art. 1.º, § 2.º, III, da Lei 4.771/65 (Código Florestal Brasileiro).

de tutela ecológica, de modo a salvaguardar a sua população dos desastres ambientais relatados acima, inclusive a partir da efetiva atribuição de efeitos aos *princípios (e deveres) de prevenção e precaução*. No entanto, o que se viu, não só, mas especialmente (no que diz com o objeto deste trabalho) do ponto de vista legislativo, foi a redução da proteção normativa dispensada ao patrimônio ambiental estadual, favorecendo a ocorrência de novos desastres ambientais e, portanto, violando, pela ótica dos princípios da proibição de insuficiência e da proibição de retrocesso, o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado da população catarinense – e mesmo da população brasileira como um todo. À luz do exposto, o que se pretende demonstrar, ainda que em caráter sumário, é que com a edição do Código Estadual do Meio Ambiente (Lei 14.675/2009), o Estado de Santa Catarina, pelo menos é o que se sustenta neste ensaio, acabou por violar tanto o princípio da proibição de retrocesso, quanto a proibição de insuficiência de proteção, por sua vez decorrente da violação do dever de proteção ambiental. A principal razão a embasar tais alegações reside no fato de que, mediante a “flexibilização” levada a cabo pela lei em comento, o legislador catarinense reduziu substancialmente os níveis de proteção ambiental assegurados pela legislação federal vigente, o que pode ser exemplificado diante do tratamento normativo conferido aos institutos da área de preservação permanente e da reserva legal.

Assim, apenas em caráter ilustrativo, já que são diversos

os dispositivos impugnados no âmbito da ADI 4252 ajuizada pelo Procurador-Geral da República, vale destacar o art. 114 do diploma catarinense,⁸⁴ que trata das matas ciliares e das faixas marginais ao longo de rios, cursos d'água, banhados e nascentes, enfraquecendo sobremaneira – e de modo desproporcional – a sua proteção em comparação com as previsões editadas pela legislação federal, notadamente pelo Código Florestal e pelas Resoluções 303/2002⁸⁵ e 369/2006 do CONA-

84 “Art. 114. São consideradas áreas de preservação permanente, pelo simples efeito desta Lei, as florestas e demais formas de cobertura vegetal situadas: I – ao longo dos rios ou de qualquer curso de água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima seja: a) para propriedades com até 50 (cinquenta) ha: 1. 5 (cinco) metros para os cursos de água inferiores a 5 (cinco) metros de largura; 2. 10 (dez) metros para os cursos de água que tenham de 5 (cinco) até 10 (dez) metros de largura; 3. 10 (dez) metros acrescidos de 50% (cinquenta por cento) da medida excedente a 10 (dez) metros, para cursos de água que tenham largura superior a 10 (dez) metros; b) para propriedades acima de 50 (cinquenta) ha; 1. 10 (dez) metros para os cursos de água que tenham até 10 (dez) metros de largura; e 2. 10 (dez) metros acrescidos de 50% (cinquenta por cento) da medida excedente a 10 (dez) metros, para cursos de água que tenham largura superior a 10 (dez) metros; II – em banhados de altitude, respeitando-se uma bordadura mínima de 10 (dez) metros a partir da área úmida; III – nas nascentes, qualquer que seja a sua situação topográfica, com largura mínima de 10 (dez) metros, podendo ser esta alterada de acordo com critérios técnicos definidos pela EPAGRI e respeitando-se as áreas consolidadas; IV – no topo de morros e de montanha; V – em vegetação de restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; VI – nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo; e VII – em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação”.

85 Resolução do CONAMA 303/2002: “Art. 3.º Constitui Área de Preservação Permanente a área situada: I – em faixa marginal, medida a partir do nível mais alto, em projeção horizontal, com largura mínima, de: a) trinta metros, para o curso d'água com menos de dez metros de largura; b) cinquenta metros, para o curso d'água com dez a cinquenta metros de largura; c) cem metros, para o curso d'água com cinquenta a duzentos metros de largura; d) duzentos metros, para o curso d'água com duzentos a seiscentos metros de largura; e) quinhentos metros, para o curso d'água com mais de seiscentos metros de largura; II – ao redor de nascente ou olho d'água, ainda que intermitente, com raio mínimo de cinquenta metros de tal forma que proteja, em cada caso, a bacia hidrográfica contribuinte; III – ao redor de lagos e lagoas naturais, em faixa com metragem mínima de: a) trinta metros, para os que estejam situados em áreas urbanas consolidadas; b) cem metros, para

MA. Só para destacar um exemplo da “flexibilização” que se está a afirmar, a Resolução 303/2002 do CONAMA determina, no seu art. 3.º, I, “a”, que a área de preservação permanente situada em faixa marginal, medida a partir do nível mais alto, em projeção horizontal, terá largura mínima de trinta (30) metros, para o curso d’água com menos de dez metros de largura, ao passo que o diploma catarinense ora impugnado – também quanto a este ponto – estabelece, no seu art. 114, I, “a”, que a área de preservação permanente, em situação idêntica, teria, para propriedades com até 50 (cinquenta) ha, extensão de 05 (cinco) metros para os cursos de água inferiores a 05 (cinco) metros de largura, 10 (dez) metros para os cursos de água que tenham de 05(cinco) até 10 (dez) metros de largura; e 10 (dez) metros acrescidos de 50% (cinquenta

as que estejam em áreas rurais, exceto os corpos d’água com até vinte hectares de superfície, cuja faixa marginal será de cinquenta metros; IV – em vereda e em faixa marginal, em projeção horizontal, com largura mínima de cinquenta metros, a partir do limite do espaço brejoso e encharcado; V – no topo de morros e montanhas, em áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a dois terços da altura mínima da elevação em relação a base; VI – nas linhas de cumeada, em área delimitada a partir da curva de nível correspondente a dois terços da altura, em relação à base, do pico mais baixo da cumeada, fixando-se a curva de nível para cada segmento da linha de cumeada equivalente a mil metros; VII – em encosta ou parte desta, com declividade superior a cem por cento ou quarenta e cinco graus na linha de maior declive; VIII – nas escarpas e nas bordas dos tabuleiros e chapadas, a partir da linha de ruptura em faixa nunca inferior a cem metros em projeção horizontal no sentido do reverso da escarpa; IX – nas restingas: a) em faixa mínima de trezentos metros, medidos a partir da linha de preamar máxima; b) em qualquer localização ou extensão, quando recoberta por vegetação com função fixadora de dunas ou estabilizadora de mangues; X – em manguezal, em toda a sua extensão; XI – em duna; XII – em altitude superior a mil e oitocentos metros, ou, em Estados que não tenham tais elevações, à critério do órgão ambiental competente; XIII – nos locais de refúgio ou reprodução de aves migratórias; XIV – nos locais de refúgio ou reprodução de exemplares da fauna ameaçadas de extinção que constem de lista elaborada pelo Poder Público Federal, Estadual ou Municipal; XV – nas praias, em locais de nidificação e reprodução da fauna silvestre”.

por cento) da medida excedente a 10 (dez) metros, para cursos de água que tenham largura superior a 10 (dez) metros. Já para propriedades acima de 50 (cinquenta) ha, a extensão da área de preservação permanente seria de 10 (dez) metros para os cursos de água que tenham até 10 (dez) metros de largura e 10 (dez) metros acrescidos de 50% (cinquenta por cento) da medida excedente a 10 (dez) metros, para cursos de água que tenham largura superior a 10 (dez) metros.

Assim, conforme se pode depreender da comparação entre os regramentos estadual e federal, a “perda” em termos de extensão da área de preservação permanente, no exemplo apontado, poderia chegar, em alguns casos, a mais de 80%, como ocorreria na hipótese de cursos de água inferiores a 05 (cinco) metros de largura, visto que, segundo a legislação federal, a extensão mínima da área de preservação permanente seria de 30 (trinta) metros, ao passo que, de acordo com a norma estadual, a mesma teria extensão mínima de 5 (cinco) metros. Com tal medida, a redução dos níveis de proteção assegurados pela legislação ambiental brasileira levada a cabo pela legislação catarinense é flagrante, configurando inequívoca intervenção na esfera da proteção ambiental – inclusive de modo a ferir o núcleo essencial do direito fundamental em causa –, o que implica rigoroso controle em termos de legitimidade jurídico-constitucional. Por força da comparação entre as legislações ora cotejadas, por força em especial do flagrante retrocesso socioambiental que a norma “menos protetiva” veicula, incide aqui uma *presunção de inconstitucio-*

nalidade que inquina, em termos gerais, medidas estatais restritivas de direitos fundamentais, cabendo ao ente estatal autor das medidas (no caso, de cunho legislativo), não apenas a demonstração da legitimidade da medida (por exemplo, de que necessária para a proteção de outros bens fundamentais), sem prejuízo do controle da constitucionalidade das opções do legislador e administrador, mediante aplicação dos critérios da proporcionalidade e da salvaguarda do núcleo essencial, entre outros que poderão incidir no caso concreto.

Com efeito, desde logo não acarreta maior dificuldade verificar que não existe justificativa plausível a legitimar tais mudanças legislativas “para pior” em termos de proteção ambiental. Se a intenção do legislador era retirar o “ônus” da proteção ambiental – no caso, minimizar o “custo ambiental” – que atinge o produtor rural, beneficiando a livre iniciativa e a atividade econômica, andou muito mal, pois tal justificativa, por si só, não ampara tal medida de restrição ao direito fundamental ao ambiente – que, é bom lembrar, não tem só o produtor rural como seu titular. No caso da limitação imposta ao direito ao ambiente pela legislação ambiental catarinense, ainda mais no contexto particular de vulnerabilidade ambiental do Estado de Santa Catarina a episódios climáticos extremos – conforme já apontado em passagem anterior –, resulta evidenciada a falta de proporcionalidade de tal medida, que, além disso, implica a violação do núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente, além de afetar significativamente direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos)

de um número significativo de pessoas. Por certo, é possível sustentar que – a prevalecer a opção legislativa estadual ora questionada – haveria também violação à garantia do *mínimo existencial socioambiental*, haja vista que as pessoas mais vulneráveis aos efeitos imediatos dos episódios climáticos extremos provocados pelo aquecimento serão aquelas mais pobres e necessitadas, as quais já possuem uma condição de vida precária em termos de bem-estar, desprovidas do acesso aos seus direitos sociais básicos (moradia adequada e segura, saúde básica, saneamento básico e água potável, educação, alimentação adequada etc.). A sujeição de tais indivíduos e grupos sociais aos efeitos negativos das mudanças climáticas, como consequência da maior vulnerabilidade dos ecossistemas catarinenses provocada pela “flexibilização” da legislação ambiental – notadamente do enfraquecimento dos institutos da área de preservação permanente e da reserva legal –, irá agravar negativamente as suas condições existenciais, submetendo-as a um quadro de ainda maior indignidade e cristalizando, por meio da legislação adotada pelo Estado de Santa Catarina, violação flagrante aos seus deveres de proteção e à proibição de proteção insuficiente no que tange aos direitos fundamentais socioambientais de tais pessoas.

Também o art. 121⁸⁶ do Código Estadual de Santa Ca-

86 Lei Estadual n. 14.675/2009: “Art. 121. Fica autorizado o cômputo da área de preservação permanente na composição da área de reserva legal, da seguinte forma: I – 100% (cem por cento) da área de preservação permanente existente no imóvel, quando se tratar de pequena propriedade ou posse rural, nos termos definidos nesta Lei; II – 60% (sessenta por cento) da área de preservação permanente existente no imóvel, nos demais casos. Parágrafo único. A área de preservação perma-

tarina padece do vício de inconstitucionalidade, igualmente por implicar redução injustificada dos níveis de proteção ambiental, no caso, por afetar o instituto da área de preservação permanente, ao permitir a sua compensação com a área de reserva legal, em descompasso com o que dispõe o art. 16, §§ 6.º e 7.º, do Código Florestal Brasileiro.⁸⁷ A permissão legal de compensação estabelecida no Código catarinense, além de afastar requisitos constantes da legislação federal para a sua concessão– “áreas relativas à vegetação nativa” e “desde que não implique em conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo” –, reduz de forma significativa os percentuais federais constantes do §6.º do art. 16 do Código Florestal. A pressão política no sentido de reduzir o rigor do tratamento legal dispensado pelo Código Florestal aos institutos da reserva legal e da área de preservação permanente não é novidade nos cenários políticos estadual⁸⁸ e federal, tendo em vista a

nente existente no imóvel também será considerada, nos termos definidos neste artigo, para o cálculo da área de reserva legal quando a averbação da reserva legal ocorrer em outro imóvel”.

87 Art. 16 da Lei 4.771/65 (Código Florestal Brasileiro): (...) “§ 6.º Será admitido, pelo órgão ambiental competente, o cômputo das áreas relativas à vegetação nativa existente em área de preservação permanente no cálculo do percentual de reserva legal, desde que não implique em conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo, e quando a soma da vegetação nativa em área de preservação permanente e reserva legal exceder a: I – oitenta por cento da propriedade rural localizada na Amazônia Legal; II – cinquenta por cento da propriedade rural localizada nas demais regiões do País; e III – vinte e cinco por cento da pequena propriedade definida pelas alíneas ‘b’ e ‘c’ do inciso I do § 2.º do art. 1.º § 7.º. O regime de uso da área de preservação permanente não se altera na hipótese prevista no § 6.º”.

88 Em caso semelhante, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais entendeu serem inconstitucionais dispositivos do Código Estadual de Meio Ambiente mineiro que reduziam a proteção jurídica dispensada no âmbito federal – notadamente através do Código Florestal – aos institutos da reserva legal e da área de preservação permanente: “Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 17, incisos V, VI e

relação direta existente entre a redução da amplitude de tais institutos e o maior aproveitamento econômico da área rural para as atividades de agricultura ou pecuária. Por outro lado, a resistência política jurídico-constitucional contra a “flexibilização” de tais institutos está amparada justamente numa perspectiva de *desenvolvimento sustentável*, ou seja, de não permitir que a atividade econômica, em função do avanço da fronteira agrícola e pecuária, desencadeie um processo ainda maior de degradação ambiental, considerando, inclusive, a contribuição direta do desmatamento e das práticas agropastoris para o aquecimento global. Conforme se pode apreender do que foi dito até aqui, tal legislação ambiental estadual entra em absoluta rota de colisão com o bloco legislativo ambiental hoje consolidado no ordenamento jurídico brasileiro, espe-

VII e § 6.º da Lei Estadual n.º 14.710/2004. Política florestal e de proteção à biodiversidade no Estado. Artigo 19, incisos V e VII, e parágrafo 6.º, do Decreto Estadual n.º 43.710/2004. Regulamento. Reserva legal. Inconstitucionalidade manifesta. Extrapolação de competência suplementar. Disciplina contrária à legislação federal de regência. Ofensa ao artigo 10, inciso V, e parágrafo 1.º, I, da Constituição Estadual. Representação acolhida. Vício declarado. A recomposição da reserva legal em imóveis rurais a ser implementada mediante compensação, consoante a legislação federal de regência, somente é possível se der por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia. V.v. Ação direta de inconstitucionalidade (ADI). Reserva legal. Lei Estadual n.º 14.309/2002, art. 17, incisos V, VI e VII; Decreto Estadual n.º 43.710/2004, art. 19, incisos V e VI e § 6.º. Suposta inconstitucionalidade. Alegada exorbitância da norma estadual em relação à norma federal que trata da mesma matéria. Lei n.º 4.771/65, art. 44, incisos I, II e III. Competência concorrente. Suposta infração à CR/88, art. 24, *caput*, inciso VI e parágrafos; e, CEMG/89, art. 10, *caput*, incisos V e VI, e parágrafos 1.º e 2.º, e, art. 11, *caput* e incisos II e VI. Inocorrência. Normas estaduais que se limitam a regulamentar a norma federal, respeitando as diretrizes ditas pela União e atendendo àquelas estabelecidas para a preservação e conservação do meio ambiente. Preliminares rejeitadas e representação julgada improcedente” (TJMG, ADI 1.0000.07.456706-6/000, Comarca de Belo Horizonte, Rel. Des. Roney Oliveira, Rel. para o acórdão Des. Herculano Rodrigues, j. 27.08.2008).

cialmente na esfera federal, resultado de um longo processo de evolução no campo da luta política pela proteção ambiental. O retrocesso legislativo contido no Código Estadual de Meio Ambiente catarinense acarreta, pelo menos à vista dos elementos ora identificados e ante a ausência de demonstração cabal do contrário (ou seja, de que, no seu conjunto, a reforma legislativa não está a afetar substancialmente os níveis de proteção ambiental) indiscutível violação à garantia constitucional de proibição de retrocesso socioambiental, eivando os dispositivos apontados na inicial da ADI 4252 de flagrante inconstitucionalidade.

Ainda no que diz com a ilegitimidade constitucional das medidas promovidas pelo legislador catarinense, vale destacar que a competência legislativa concorrente conferida ao Estado-membro pelo art. 24, VI, da CF88, autoriza o ente federativo a legislar, de forma suplementar, regulamentando a matéria estabelecida pela norma geral editada pela União. No entanto, o Estado-membro deve respeitar o padrão normativo estabelecido na norma geral e tomar tal *standard* de proteção ambiental como *piso legislativo mínimo*, de tal sorte que – a prevalecer este argumento – apenas estaria autorizado a atuar para além de tal referencial normativo e não para aquém, como o fez o Estado de Santa Catarina ao editar a Lei 14.675/2009, notadamente em relação aos dispositivos questionados no âmbito da ADI 4252. Assim, ao legislar de modo “menos protetivo” em relação ao padrão estabelecido pela norma geral editada pela União (no caso, o Código

Florestal Brasileiro), e já consolidada também no âmbito de Resoluções do CONAMA, o legislador catarinense subverteu a sua competência legislativa suplementar e incorreu em prática inconstitucional. Assim, resulta correta a aplicação ao conflito normativo ora apresentado do *princípio (e critério hermenêutico) da prevalência da norma mais benéfica à tutela ecológica*,⁸⁹ o qual, como já destacado no âmbito deste estudo, reforça a tese de que no âmbito do dever de proteção ambiental do Estado, impõem-se tanto o *dever de progressiva melhoria da qualidade ambiental* e de sua respectiva proteção, quanto as correlatas noções de proibição de retrocesso e insuficiência de proteção.

O Projeto de Lei (1.876/99) de reforma do Código Florestal Brasileiro⁹⁰

89 De acordo com tal compreensão, v. ALONSO JR., Hamilton. *Direito fundamental ao ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 51 e ss.; LEITE FARIAS, Paulo José. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 356; e MAGALHÃES, Vladimir Garcia. Competência concorrente em matéria ambiental: proteção ao ambiente e justiça. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 2, Jul-Dez, 2003, p. 141-163. O mesmo entendimento, ao que parece, resultou consignado no voto do Min. Sepúlveda Pertence, quando o STF, no julgamento da ADI 1.086-7/SC, entendeu inconstitucional dispositivo da Constituição do Estado de Santa Catarina que dispensava a elaboração de estudo de impacto ambiental no caso de áreas de reflorestamento ou reflorestamento para fins empresariais, de modo a criar exceção incompatível com o disposto no art. 225, § 1.º, IV, da CF88. De acordo com o Min. Sepúlveda Pertence, “não pode a Constituição Estadual, por conseguinte, excetuar ou dispensar nessa regra, ainda que, dentro de sua competência supletiva, pudesse criar formas mais rígidas de controle. Não formas mais flexíveis ou permissivas” (STF, ADI 1.086-7/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 07.06.2001).

90 Neste tópico, cumpre esclarecer ao leitor que, ao tempo da atualização e revisão deste texto para o Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental promovido pela Comissão de Meio Ambiente do Senado Federal, não havia ainda uma definição quanto ao texto final do “novo” Código

O Código Florestal Brasileiro (Lei 4.771/65), com as alterações trazidas pela Medida Provisória 2.166/2001, é um dos mais importantes marcos normativos da proteção ambiental no cenário jurídico brasileiro. Em razão da sua importância para frear e reprimir práticas degradadoras – como, por exemplo, o desmatamento das nossas florestas –, ele é hoje objeto de uma verdadeira “cruzada” no sentido da flexibilização da regulação jurídica por ele dispensada às nossas áreas florestais, com claro intuito de ampliar as fronteiras agrícolas e pecuárias sobre as áreas protegidas. Tal tendência se pode aferir mediante breve análise do Projeto de Lei 1.876/99, de relatoria do Deputado Federal Aldo Rebelo, em trâmite na Câmara dos Deputados. Entre os “retrocessos” mais significativos veiculados pelo projeto de lei em questão, destaca-se a diminuição das áreas de preservação permanente de 30 para 15 metros ao longo dos cursos d’água com menos de 5 metros de largura, a extinção da reserva legal para propriedades com menos de 4 (quatro) módulos rurais (na Amazônia, isso significa propriedades com até 400 hectares), além da anistia para quem desmatou ilegalmente até 22 de julho de 2008 e a extinção de algumas espécies de áreas de preservação permanente, como as de altitude (morros, montes, montanhas, serras e tabuleiros).

Florestal Brasileiro, muito embora a sua aprovação (com diversas emendas) no Senado Federal no final de 2011 e a afirmação corrente de que sua votação definitiva na Câmara dos Deputados ocorreria ainda no primeiro semestre de 2012. De tal sorte, optamos, por não fazer qualquer alteração no conteúdo do presente item e aguardar a aprovação definitiva e sanção presidencial do novo diploma legislativo florestal.

Em tempos de mudanças climáticas, justamente quando o Brasil se projeta no cenário mundial e se compromete internacionalmente a diminuir o desmatamento (especialmente na Floresta Amazônica, área tida como patrimônio nacional e dotada de especial proteção jurídica nos termos do art. 225, § 4.º, da CF88), e, por conta disso, reduzir as suas emissões de gases geradores do aquecimento global, notadamente do CO₂, resulta evidente um retrocesso injustificável – inclusive do ponto de vista jurídico-constitucional – trazido pelas alterações pretendidas pelo projeto de lei ora objeto de sumária e pontual análise. Da mesma forma como apontado anteriormente quando da análise do Código Ambiental de Santa Catarina, as alterações em questão tem como foco (ou pelo menos como consequência) central, além da impunidade dos responsáveis pelos desmatamentos, a fragilização de institutos basilares da política ambiental florestal, como é o caso da área de preservação permanente (APP) e da reserva legal (RL). Tais institutos, conforme já desenvolvido no tópico antecedente, objetivam a proteção dos solos e do ecossistema florestal como um todo – e, no caso da área de preservação permanente, também do equilíbrio ecológico da área urbana –, de modo a evitar erosões e deslizamentos de terra, além de serem fundamentais para a proteção dos recursos hídricos, preservação da biodiversidade e fertilidade do solo, além da manutenção do microclima, entre outros serviços ambientais. A tudo isso se soma também, conforme anunciado no início deste parágrafo, a importância de tais institutos para amenizar os efeitos

negativos das mudanças climáticas, especialmente no caso de episódios climáticos extremos (por exemplo, grande intensidade de chuvas em curto espaço de tempo), conforme já assinalado no primeiro estudo de caso analisado.

As razões para manter o Código Florestal Brasileiro com o padrão normativo (no sentido da tutela do ambiente) atualmente vigente são muitas – tanto a partir de uma abordagem social e ecológica, quanto pelo prisma de uma perspectiva econômica –, ao passo que, do outro lado, as razões para se endossarem as mudanças afunilam-se no interesse – puramente econômico e exclusivo – do setor agropecuário. O descaso do projeto de lei com a qualidade e o equilíbrio ecológico é gritante, alinhando-se a isso também todos os aspectos sociais e econômicos vinculados à degradação ecológica. A prevalecerem os termos do projeto, mais uma vez, o ônus ecológico (socioambiental) do aumento do desmatamento das nossas florestas, que inevitavelmente virá em função dos estímulos do novo regramento, recairá sobre os indivíduos e grupos sociais mais pobres e necessitados, consoante, aliás, dão conta os exemplos dos últimos desastres naturais – São Paulo, Rio de Janeiro, Santa Catarina etc. – provocados por episódios climáticos extremos, que já foram objeto de referência quando do exame da alteração legislativa levada a efeito em Santa Catarina.

Assim, quando se parte para a análise do caso em face da garantia constitucional da proibição de retrocesso socioambiental, toda teia normativa de proteção dos direitos funda-

mentais – liberais, sociais e ecológicos – faz peso na balança no sentido de caracterizar a inconstitucionalidade das “flexibilizações” legislativas que venham a comprometer a proteção hoje dispensada a eles e, acima de tudo, à tutela de uma vida digna e saudável – em condições de qualidade e segurança ambiental. As reformas pretendidas para o Código Florestal Brasileiro não são singelas e tampouco insignificantes para a tutela dos direitos fundamentais. E, repita-se, até por força da indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais, não é somente o direito fundamental ao ambiente que será afetado, mas também a tutela dos direitos sociais (moradia, saúde, saneamento básico, alimentação etc.) sofrerá significativo impacto com o retrocesso legislativo pretendido, considerando também uma tutela integrada de ambos (DESCA). A “fragilização” da proteção ambiental ocasionada pelo aviltamento da reserva legal e da área de preservação permanente trará reflexo direto nas condições de bem-estar da população brasileira, em flagrante violação ao direito fundamental ao *mínimo existencial socioambiental*. E, quando se fala em direitos fundamentais, considerando a sua centralidade no sistema constitucional brasileiro (Pós-1988), as limitações por eles sofridas, especialmente por conta da atividade legislativa infraconstitucional, devem atender ao imperativo da proporcionalidade. Nesse sentido, é bom lembrar que democracia constitucional é muito mais do que uma regra majoritária parlamentar, ou seja, há muito mais em jogo e os direitos fundamentais, nesse sentido, cumprem justamente o papel de limitador da discricionariedade do legis-

lador. Se verificada violação ao conteúdo essencial do direito fundamental que sofreu limitações legislativas – no caso, o núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente e também do próprio mínimo existencial socioambiental, como ocorre de forma cristalina nas alterações pretendidas para o Código Florestal Brasileiro –, impõe-se a decretação da inconstitucionalidade da lei em questão.

Para ilustrar com os exemplos mais contundentes de retrocessos trazidos pelo projeto de lei, destacam-se, conforme já pontuado inicialmente: 1) a diminuição das áreas de preservação permanente de 30 para 15 metros ao longo dos cursos d'água com menos de 5 metros de largura (art. 3.º, I, “a”); 2) a extinção de algumas espécies de áreas de preservação permanente, como as de altitude, morros, montes, montanhas, serras, tabuleiros etc.; e 3) a extinção da reserva legal para propriedades com menos de 4 (quatro) módulos rurais (art. 14). Com relação à primeira situação, a diminuição em 50% da extensão da área de preservação permanente, em vista dos argumentos lançados neste tópico e reiterando tudo o que foi dito com relação ao diploma catarinense – que foi até mais longe, chegando a reduzir em até 80% a área de preservação permanente em exemplo idêntico –, trata-se de medida em descompasso com o bloco normativo ambiental – Código Florestal Brasileiro vigente e Resoluções 303/2002 e 369/2006 do CONAMA –, de modo a provocar retrocesso legislativo substancial. Como dito em passagem anterior, e a Lei da Política Nacional de Mudança do Clima (Lei 12.187/2009) reforça

isso no art. 3.º, I, a proibição de retrocesso, especialmente em matéria ambiental, impõe não apenas medidas no sentido de evitar “recuos” do legislador e do administrador, mas também de impor “avanços e progressos” em termos protetivos para os direitos fundamentais. Por tanto, é, no mínimo, contraditório, do ponto de vista da atitude do legislador nacional, caso aprovado o projeto de lei em questão nos termos hoje propostos, haja vista o que dispõe a Lei da Política Nacional de Mudança do Clima aprovada no final de 2009, já que nesta última há um claro compromisso político-jurídico de combater as fontes emissoras dos gases geradores do aquecimento global, despondo entre eles o desmatamento e as correspondentes queimadas florestais. E o projeto de lei de reforma do Código Florestal Brasileiro faz justamente o contrário, legalizando a impunidade do desmatador e estimulando mais desmatamento.

Ainda na análise das inovações legislativas, no caso da extinção de algumas espécies de áreas de preservação permanente, como as de altitude, morros, montes, montanhas, serras, tabuleiros, entre outras, aplica-se o mesmo raciocínio esposado, não havendo razoabilidade em tal medida dada a particularidade e importância, do ponto de vista biológico, de tais ecossistemas. E, com relação à extinção da reserva legal para propriedades com menos de 4 (quatro) módulos fiscais, a situação é ainda piorar. Além de eventual estímulo a que o proprietário rural venha a fragmentar as suas propriedades rurais de modo a não ultrapassar os 4 (quatro) módulos rurais e isentar-se da manutenção da reserva legal, abre-se

um espaço normativo para legitimar futuros desmatamentos, além de desobrigar aqueles que já o fizeram de reparar o dano ambiental causado. Conforme lançado em estudo do Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia, na região da Amazônia – onde os 4 módulos rurais significam propriedades com até 400 hectares –, computa-se o estímulo ao desmatamento na ordem de 35 milhões de hectares e a emissão de CO₂ dele decorrente entre 10,5 e 13,5 bilhões de toneladas. Nesse sentido, vale lembrar que os desmatamentos e as queimadas, substancialmente impulsionados pela isenção da reserva legal trazida pelo projeto de lei, representam 50% das emissões de CO₂ brasileiras. Enfim, o prejuízo, em termos ecológicos e de qualidade de vida para a população brasileira, é extremamente significativo, não havendo, do outro lado da balança, demonstrados benefícios econômicos que possam compensá-los, até porque crescimento não é sinônimo de desenvolvimento econômico, ainda mais quando se impõe constitucionalmente que este último seja sustentável, social e ecologicamente. Além do mais, as alterações legislativas pretendidas, além de caracterizarem indiscutível violação à garantia constitucional de proibição de retrocesso socioambiental – além de violação também aos deveres de proteção ambiental do Estado brasileiro e à proibição de proteção insuficiente – estão em absoluto descompasso com os princípios que orientam a proteção jurídica do ambiente, notadamente os princípios da prevenção, da precaução, do desenvolvimento sustentável e

da responsabilidade para com as futuras gerações humanas.⁹¹

Por fim, cumpre considerar que, em eventual ação direta de inconstitucionalidade, que certamente virá com a aprovação do projeto de lei nos moldes em que se encontra hoje, a legislação ora contestada, precisamente por diminuir níveis de proteção ambiental, haverá de ser *presumida como sendo eivada de inconstitucionalidade*, cabendo ao ente estatal que a elaborou o ônus de justificar o contrário, ou seja, de que a mesma não afronta os direitos fundamentais, em particular o direito a uma vida digna, segura e saudável da população brasileira. O mesmo “dever de fundamentação e justificação” – incidirá sobre os Juízes e Tribunais encarregados de julgar as impugnações sofridas por tal norma, tanto no plano abstrato quanto difuso, no âmbito do estrito controle da legitimidade constitucional de qualquer tipo de restrição a direitos fundamentais, tomando a sério as exigências, entre outras, da proporcionalidade e salvaguarda do assim chamado conteúdo essencial (não conteúdo mínimo) dos direitos, inclusive no âmbito da proibição de retrocesso em matéria socioambiental. Ainda, reiterando o que já foi dito em passagem anterior, em matéria de direitos fundamentais a discricionariedade do legislador (o mesmo vale também para o administrador) encontra claro limite de ordem material, especialmente quando

91 Para uma maior análise e reflexão sobre o Código Florestal Brasileiro, inclusive sob a perspectiva das alterações legislativas ventiladas pelo Projeto de Lei 1.876/99, v. a obra coletiva LEUZINGER, Márcia Dieguez; MONTEIRO DA SILVA, Lindamir; PURVIN DE FIGUEIREDO, Guilherme José; RODRIGUES, Marcelo Abelha (Orgs.). *Código Florestal 45 Anos: estudos e reflexões*. São Paulo: IBAP, 2010.

as medidas legislativas adotadas venham a limitar e reduzir o gozo e o desfrute de tais direitos. No caso das alterações legislativas veiculadas pelo projeto de lei ora em análise, verifica-se sensível transposição dos limites (ainda que relativamente abertos) da função legislativa na regulação do direito fundamental ao meio ambiente, visto que evidente a violação das exigências da proporcionalidade, inclusive alcançando o seu núcleo essencial, aspectos sobre os quais certamente ainda haverá de se manifestar o Poder Judiciário.

4. Conclusões Articuladas

4.1 O atual projeto normativo-constitucional do Estado (Socioambiental!) de Direito brasileiro, delineado pela Lei Fundamental de 1988, conforma um Estado “guardião e amigo” dos direitos fundamentais, estando, portanto, todos os poderes e órgãos estatais vinculados à concretização dos direitos fundamentais, especialmente no que guardam uma direta relação com a dignidade da pessoa humana. No que tange aos seus *deveres de proteção ambiental* do Estado, incumbe ao mesmo a adoção medidas positivas no sentido de assegurar a tutela do ambiente, de tal sorte que a ação estatal acaba por se situar, no âmbito do que se convencionou designar de uma *dupla face* (ou dupla dimensão) do princípio da proporcionalidade, entre a *proibição de excesso* de intervenção, por um lado, e a *proibição de insuficiência de proteção*, por outro. Posto de outra forma, se, por um lado, o ente estatal não pode atuar de modo excessivo, intervindo na esfera de

proteção de direitos fundamentais a ponto de desatender aos critérios da proporcionalidade ou mesmo a ponto de violar o *núcleo essencial* do direito fundamental em questão. Assim, em maior ou menor medida, todos os Poderes Estatais, representados pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Judiciário (incluindo, no âmbito das atribuições, as funções essenciais à Justiça, como é o caso do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública), estão constitucionalmente obrigados, na forma de *deveres de proteção e promoção ambiental*, a atuar, no âmbito da sua esfera constitucional de competências, sempre no sentido de obter a maior eficácia e efetividade possível dos direitos e deveres fundamentais socioambientais. A não adoção de tais medidas de proteção (ou mesmo a sua manifesta precariedade) por parte do Estado – nas esferas municipal, estadual e federal –, no sentido de assegurar a eficácia e efetividade do direito fundamental em questão, resulta passível de controle judicial.

4.2 A proibição de retrocesso diz respeito a uma garantia de proteção dos direitos fundamentais (e da própria dignidade da pessoa humana) contra a atuação do legislador, tanto no âmbito constitucional quanto – e de modo especial – infraconstitucional (quando estão em causa medidas legislativas que impliquem supressão ou restrição no plano das garantias e dos níveis de tutela dos direitos já existentes), mas também proteção em face da atuação da administração pública. A proibição de retrocesso consiste (à míngua de expressa previsão no texto constitucional) em um *princípio constitucio-*

nal implícito, tendo como fundamento constitucional, entre outros, o princípio do Estado (Democrático e Social) de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, bem como o princípio da segurança jurídica e seus desdobramentos.

4.3 O mais adequado, do ponto de vista da Teoria dos Direitos Fundamentais e mesmo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é o tratamento integrado e interdependente dos direitos sociais e dos direitos ecológicos, a partir da sigla DESCAs (para além da clássica denominação de DESC), ou seja, como *direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*, de modo a contemplar a evolução histórica dos direitos fundamentais e humanos, incorporando a tutela do ambiente em tal núcleo privilegiado de proteção da pessoa. Portanto, a *cláusula de progressividade* atribuída aos direitos sociais deve abarcar, necessariamente, também as medidas normativas voltadas à tutela ecológica, de modo a instituir uma *progressiva melhoria da qualidade ambiental* e, conseqüentemente, da qualidade de vida em geral.

4.4 Por uma questão de justiça entre gerações humanas, a geração presente tem a responsabilidade de deixar, como legado às gerações futuras, pelo menos *condições ambientais tendencialmente idênticas* do que aquelas recebidas das gerações passadas, estando a geração vivente, portanto, vedada a alterar em termos negativos as condições ecológicas, por for-

ça do *princípio da proibição de retrocesso socioambiental* e do *dever* (do Estado e dos particulares) *de melhoria progressiva da qualidade ambiental*. No caso especialmente da legislação ambiental que busca dar operatividade ao dever constitucional de proteção do ambiente, há que assegurar a sua blindagem contra retrocessos que a tornem menos rigorosa ou flexível, admitindo práticas poluidoras hoje proibidas, assim como buscar sempre um nível mais rigoroso de proteção, considerando especialmente o déficit legado pelo nosso passado e um “ajuste de contas” com o futuro, no sentido de manter um equilíbrio ambiental também para as futuras gerações. O que não se admite, até por um critério de justiça entre gerações humanas, é que sobre as gerações futuras recaia integralmente o ônus do descaso ecológico perpetrado pelas das gerações presentes e passadas. Quanto a esse ponto, verifica-se que a noção da limitação dos recursos naturais também contribui para a elucidação da questão, uma vez que boa parte dos recursos naturais não é renovável, e, portanto, tem a sua utilização limitada e sujeita ao esgotamento. Assim, torna-se imperativo o uso racional, equilibrado e equânime dos recursos naturais, no intuito de não agravar de forma negativa a qualidade de vida e o equilíbrio dos ecossistemas, comprometendo a vida das futuras gerações.

4.5 Assumindo como correta a tese de que a proibição de retrocesso não pode impedir qualquer tipo de restrição a direitos socioambientais, parte-se aqui da mesma diretriz que, de há muito, tem sido adotada no plano da doutrina

especializada, notadamente a noção de que sobre qualquer medida que venha a provocar alguma diminuição nos níveis de proteção (efetividade) dos direitos socioambientais recai a *suspeição de sua ilegitimidade jurídico-constitucional*, portanto – na gramática do Estado Constitucional –, de sua inconstitucionalidade, acionando assim um dever de submeter tais medidas a um *rigoroso controle de constitucionalidade*, onde assumem importância os critérios da proporcionalidade (na sua dupla dimensão anteriormente referida), da razoabilidade e do núcleo essencial (com destaque para o conteúdo – não necessariamente coincidente – “existencial”) dos direitos socioambientais, sem prejuízo de outros critérios, como é o da segurança jurídica e dos seus respectivos desdobramentos.

5. Referências

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

ALONSO JR., Hamilton. *Direito fundamental ao ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

AYALA, Patryck de Araújo. “O direito ambiental das mudanças climáticas: mínimo existencial ecológico e proibição de retrocesso na ordem constitucional brasileira”. In: BENJAMIN, Antônio Herman; IRIGARAY, Carlos T.; LECEY, Eladio; CAPPELLI, Sílvia (Orgs.). *Anais do 14º Congresso Internacional de Direito Ambiental (Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos)*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde/Imprensa Oficial, 2010, p. 261-293.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e*

- controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. Proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 2. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 58-79.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57-130.
- BITTENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BOSELTMANN, Klaus. *The principle of sustainability*. Reino Unido: Ashgate, 2008.
- CALLIESS, Christian. Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis. In: *JZ (JuristenZeitung)* 2006.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: SAFE, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjetivo. In: CANOTILHO, José Joaquim Go-

- mes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 177-189.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e democracia sustentada. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 493-508.
- CONTO, Mario de. *Princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian (Comp.). *Ni Un Paso Atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 2006.
- DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- 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.
- FENSTERSEIFER, Tiago. *A responsabilidade do Estado pelos danos causados às pessoas atingidas pelos desastres ambientais ocasionados pelas mudanças climáticas: uma análise à luz dos deveres de proteção ambiental do Estado e da correspondente proibição de insuficiência na tutela do direito fundamental ao ambiente*. Disponível em: http://planetaverde.mikonos.uni5.net/artigos/arq_04_42_55_29_05_09.pdf. Acesso em:

07.11.2010.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. São José: Editora Conceito Editorial, 2009.

FREITAS, Juarez. Princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância. In: *Separata Especial de Direito Ambiental da Revista Interesse Público*, n. 35, 2006.

GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *O lugar do direito na proteção do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2ª Ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

LAVRATTI, Paula; PRESTES, Vanêscabuzelato (Orgs.) *Direito e mudanças climáticas (n. 2): responsabilidade civil e mudanças climáticas (Instituto O Direito por um Planeta Verde)*. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=publicacoes>. Acesso em 16 de agosto de 2010.

LEITE FARIAS, Paulo José. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: SAFE, 1999.

LEME MACHADO, Paulo Afonso. *Direito ambiental brasileiro*

- ro.16.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*.3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*.4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MORATO LEITE, José Rubens. Estado de Direito do Ambiente: uma difícil tarefa. In: MORATO LEITE, José Rubens (Org.). *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudos das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Verde Cor de Direito: lições de Direito do Ambiente*.Coimbra: Almedina, 2002.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.
- PINHO E NETO, Luísa C. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

- QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- RICCI, Sergio M. Diaz. *Teoria de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.9*.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latino-americano”. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, n. 11, julho/setembro 2009, p. 167-206.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. In: *Revista de Direito Ambiental*, n. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, Out-Dez/2008, p. 73-100;
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e proibição de insuficiência. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, Mar-Abr, 2004, p. 60-122.
- SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas Liberal, Social e Pós-Social (Pós-modernidade constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 375-414.
- SCHMIDT, Reiner; KAHL, Wolfgang. *Umweltrecht*. 7.ed. München: C. H. Beck, 2006.
- SHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proi-

- bição de retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SILVA, José Afonso da. Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente. In: *Revista de Direito Ambiental*, n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jul-Set, 2002, p. 51-57.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 53, maio-set, 2004, p. 223-251.
- TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 177, 1989.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001.

5

DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE E A PROIBIÇÃO DE REGRESSO NOS NÍVEIS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA¹

Patryck de Araújo Ayala²

Introdução

Em um contexto em que resulta cada vez mais visível a aceleração dos processos que modificam de forma extrema os sistemas climáticos globais e que representam uma real pos-

-
- 1 O texto expõe versão reduzida e revista de trabalho publicado originalmente no volume nº 901 da Revista dos Tribunais. Uma análise mais detalhada sobre um imperativo de não retorno nos níveis de proteção ambiental também pode ser conferido em: AYALA, 2011. Também constitui uma parte das atividades do projeto de pesquisa registrado sob o nº 484312/2010-3/CNPQ, e está vinculado às ações do grupo de pesquisa «Jus-Clima», registrado no CNPQ.
 - 2 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, tendo realizado estágio de doutoramento junto à Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa no ano de 2006 (PDEE/CAPES). Professor adjunto II, nos cursos de graduação e de mestrado em Direito da UFMT. Professor visitante no programa de pós-graduação em Direito da UFSC (PPGD-UFSC) desde 2011. Coordenador adjunto do Programa de Mestrado em Direito Agroambiental da UFMT (2011-2013). Pesquisador do grupo de pesquisas “Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco” (certificado pela Instituição e cadastrado no CNPQ), líder do grupo de pesquisas “Jus-Clima”, membro da Commission on Environmental Law (Steering Committee) da IUCN. Membro e sócio-fundador da Associação dos Professores de Direito Ambiental (APRODAB). Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP). É secretário-geral do Instituto “O Direito por um Planeta Verde”. Procurador do Estado de Mato Grosso. Autor, co-autor e colaborador em obras e periódicos nacionais e internacionais.

sibilidade de comprometimento dos rumos da existência da humanidade, o problema central que é proposto neste trabalho implica indagar [a partir do reconhecimento de que as ações de conservação da biodiversidade podem contribuir de forma decisiva para cenários de adaptação e mitigação de tais efeitos], como propostas que exponham a flexibilização de normas de proteção ambiental [e, portanto, da tarefa estatal de proteção do meio ambiente e dos direitos fundamentais, incluído aquele na condição de um dos direitos fundamentais de interesse a esta exposição, senão o mais relevante para este fim] podem ser admitidas pelo projeto político e de sociedade definido pela ordem constitucional brasileira, analisando as razões que fundamentariam a hipótese proposta.

O texto enfatiza que uma vez que foi atribuído ao Estado o dever de proteger o meio ambiente, através de suas funções, e assegurar o acesso em igual qualidade aos direitos fundamentais que possam decorrer desta proteção, e uma vez que o exercício dos deveres estatais de proteção e dos deveres fundamentais deve ser contextualizado em um espaço influenciado por uma nova cultura constitucional, o reconhecimento e a afirmação de um dever de solidariedade, [que constitui um dos primados da República], constitui o fundamento capaz de justificar a redefinição do alcance de tais deveres. A questão que ganha ênfase nesse contexto de uma cultura constitucional adaptada à realidade de uma comunidade moral global e que sujeita esta comunidade a novas respostas é: a que [objetivos] esse Estado está vinculado?

Situando a questão sob o plano ético, se à humanidade não foi conferido o direito ao suicídio ou não lhe está assegurada a liberdade de escolhas ao ponto de ser possível que tome uma decisão que possa resultar em sua extinção, na cessação de sua existência, também se encontra *fora do alcance das escolhas públicas*, realizadas sob o plano de suas instituições, a *capacidade de dispor sobre os rumos de existência da humanidade*. (JONAS, 1995, p. 83-84; JONAS, 1998, p. 69-116). Esta conseqüência argumentativa não tem sua origem exclusiva em uma discussão ética, sendo possível [e este é o segundo objetivo determinante desta exposição] situá-la no plano normativo e político das escolhas e dos projetos para o bem-estar de uma determinada sociedade e para o futuro de sua existência.

Sob semelhante perspectiva, a afirmação e a elaboração de deveres para com as futuras gerações, a consideração destes interesses no contexto do conjunto das decisões políticas fundamentais de uma comunidade e o desenvolvimento de estruturas institucionais ecologicamente sensíveis, baseadas na concretização de princípios cujo sentido depende da consideração direta de juízos de decisão sujeitos a escalas de tempo e a referências morais diferenciadas [desenvolvimento sustentável e a responsabilidade de longa duração] proporcionam que se possa justificar severas restrições e condicionamentos às escolhas que poderão ser realizadas pelo Estado para o fim de assegurar que sejam alcançados seus objetivos e concretizadas as tarefas que lhes foram reservadas.

Nesse sentido, o trabalho está organizado ao longo de duas seções, nas quais são expostas, primeiro, o conjunto de conseqüências que decorre da afirmação de uma nova cultura constitucional vinculada a valores como a solidariedade intergeracional, no contexto das mudanças climáticas globais, que passa a sujeitar o Estado e os particulares a um dever geral de solidariedade para com a humanidade, e expor à censura todas as iniciativas públicas e privadas que possam implicar em deficiência na concretização de tais deveres que, ressalte-se, deixaram de ser concebidos tão somente como uma elaboração no interesse de objetivos comunitários em escalas limitadas, ao passo que expõem agora um compromisso que é global e intergeracional.

Sob esta perspectiva, são analisados, na seqüência, os princípios da proibição de retrocesso e a noção de mínimo ecológico de existência, situados na condição de manifestações de tais deveres de proteção, cuja execução se estrutura em uma estrutura de compromissos compartilhados e que concorrem para a compreensão do sentido de um direito fundamental ao meio ambiente, na ordem constitucional brasileira, e em um contexto de transformações extremas a que se encontra exposta a qualidade de vida da pessoa humana e de toda a humanidade.

Nessa ocasião, procura-se sustentar que, se de um lado ao Estado e aos particulares restam vedadas as iniciativas que possam resultar em estados de deslealdade com o compromisso assinalado, de outro lado, tem-se a afirmação [estando

aqui o argumento determinante para a hipótese exposta no texto, vinculada à proibição de retrocesso nos níveis existenciais de qualidade de vida] de um dever de proteção ativa que requer da função legislativa, administrativa e judicial, a intervenção positiva no sentido de assegurar que os instrumentos propostos e os procedimentos existentes sejam aqueles que permitam, neste caso, contribuir para a mitigação e a adaptação aos efeitos das mudanças climáticas globais.

Na última seção, a elaboração de uma noção de mínimo existencial ecológico é desenvolvida a partir da organização do regime de competências legislativas. Este é compreendido como a manifestação, no plano vertical, dos deveres estatais de proteção do meio ambiente, estando condicionado, enquanto tal, à proibição de seu exercício para o fim de propor iniciativas retrocessivas.

Reduzir os níveis de proteção já alcançados resulta, em um cenário como o descrito, em conseqüências bastantes mais severas do que aquelas costumeiramente vinculadas à defesa da manutenção dos níveis de proteção social [que inspiraram a elaboração do princípio], uma vez que nunca antes se teve em foco como objeto de proteção realidades existenciais como esta, influenciadas por escalas de tempo e de espaço como as que são propostas, agora como desafio real ao Direito Público, em geral, e ao Direito Ambiental. Neste momento, lida-se com a real possibilidade de que retrocessos legislativos e, portanto, retrocessos existenciais, afetem a so-

brevivência não de um grupo social, ou de uma determinada comunidade política, senão os rumos da existência de toda a humanidade, em maior ou menor grau.

O texto não tem, naturalmente, o propósito de eliminar controvérsias, limitando-se tão somente a propor uma abordagem possível ao problema e que parece exigir, neste momento, o seu lugar no centro dos problemas dogmáticos de relevância de nossa comunidade política de riscos.

1. A proteção do meio ambiente na cultura constitucional de uma comunidade moral plural

A influência de uma ordem pública global sobre o sentido das ações públicas no Direito brasileiro pode ser visualizada já a partir de sua arquitetura constitucional, que encontra seu fundamento em um dever geral de solidariedade com a humanidade, mensagem emancipatória que foi considerada no âmbito de um projeto político de sociedade que prioriza e enfatiza o bem-estar coletivo como tarefa determinante da qual depende a manutenção da ordem pública e social.

Sob esse contexto ganha ênfase a posição angular que recebe o princípio da dignidade da pessoa humana em semelhante regime de governança, que projeta suas conseqüências em realidades sociais e ecológicas da existência da pessoa nesse espaço público.

Baseado no primado da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) e em um dever geral de solidariedade para

com a humanidade (artigo 3º, inciso I e artigo 225, *caput*), modificações substanciais podem ser constatadas no projeto de ordem social proposto pela Constituição brasileira e que também se projeta como uma tendência em visível expansão em outras experiências ocidentais. (AYALA, 2011, p. 173-230).

A afirmação política e normativa de um objetivo de solidariedade e de um compromisso com as gerações presentes e futuras, como as que se encontram expressas nos artigos 3º, inciso I, e 225, *caput* da Constituição brasileira, impõe a sujeição do Estado e dos particulares ao dever de auto-restrição no livre exercício da autonomia da vontade.

Nem todas as escolhas são toleráveis e admissíveis pelo projeto de sociedade [que neste caso, também é um projeto de futuro] definido pela ordem constitucional brasileira. Cumprir às funções estatais obstar excessos na definição das escolhas sobre como é possível e como se desenvolverá a existência da humanidade.

A subtração de tal capacidade de escolha [que também se encontra assegurada às futuras gerações] e a sujeição dessa sociedade a modelos determinados de desenvolvimento, incapazes de assegurar a existência de todas as formas de vida, representam comportamentos de deslealdade com semelhante proposta de cultura constitucional que orienta o modelo contemporâneo de um Estado comprometido com tarefas sociais, econômicas, culturais e ecológicas.

Em um modelo de Estado exposto a exigentes desafios e tarefas capazes de interferir sobre realidades exis-

tenciais de longo curso, a dignidade da pessoa humana passa a constituir-se em postulado primário para a compreensão do alcance que tais objetivos de proteção, antes associados a uma dimensão antropocêntrica de uma existência efêmera, passaram a assumir nas sociedades contemporâneas.

A dignidade humana, situada enquanto primado que condiciona a realização das tarefas estatais, adquire um significado diferenciado quando contextualizada perante um conjunto de valores de uma sociedade plural e de uma comunidade moral axiologicamente complexa, contribuindo, v.g, para a afirmação da inclusão dos animais não-humanos e da natureza, conjuntura que só se faz possível porque a definição dos valores que devem ser protegidos vincula-se e está fundamentada em uma ordem permanentemente aberta. Esta, por sua vez, tem na configuração contemporânea de Estado sua manifestação jurídico-política. (REVORIO, 1997).

Considerando-se o conjunto dos argumentos analisados, e se é correto admitir que a sobrevivência e o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas dependem de que sejam garantidos ou mantidos determinados níveis de qualidade aos recursos naturais em geral, é possível atribuir à natureza a condição de bem que manifesta valor intrínseco, razão pela qual as ordens constitucionais contemporâneas, situadas que estão no contexto de projetos emancipatórios de qualidade diferenciada, tendem a reconhecer e a exprimir o valor

de existência da natureza [e o valor de existência de outras formas de vida] como manifestação de um pluralismo moral na definição das tarefas estatais de proteção.

Sendo assim, a afirmação de um direito fundamental ao meio ambiente [que será analisado adiante] não pode representar necessariamente a afirmação de um antropocentrismo que não seja moderado e que permita ser situado nesta comunidade moral que é plural, admitindo que todas as formas de vida estão sujeitas à proteção estatal. Assim o é porque a sua própria existência constitui a causa que justifica e fundamenta o dever de cooperação coletiva (ANDRADE, 2004), dever que é, fundamentalmente, um dever de colaboração com a humanidade [vinculada aqui a um sentido de natureza humana que não a reconhece, v.g. em determinados comportamentos lesivos ou que sujeitem outras formas de vida a estados de desfavorabilidade].

A tarefa estatal de assegurar o bem-estar ganha, portanto, a partir da afirmação de um Estado ambiental, dimensões bastante mais extensas em relação ao alcance de semelhante dever. Este lhe impõe severas exigências de escala para a consecução da tarefa de assegurar o bem-estar social, pois os valores da sociedade que se quer proteger estão vinculados agora aos interesses de titulares e beneficiários que ainda não participam da comunidade política, a saber, os animais não-humanos e principalmente, as futuras gerações, objeto de interesse desta exposição.³

³ Saliente-se que a tarefa referida já se encontrava desvinculada de uma perspectiva utilitária de otimização das pretensões e expectativas individuais, uma vez que

Isso somente se faz possível a partir de um modelo de cultura constitucional fundado em um pluralismo moral [responsável pelo alargamento da comunidade moral que justifica os interesses protegidos], pressuposto indispensável para que o sentido do primado da dignidade da pessoa humana possa proporcionar uma proteção reforçada para todos os membros capazes de ter seus interesses afetados, que podem, de algum modo, compreender e vivenciar o valor dignidade.

Em um Estado ambiental que se encontra exposto a ameaças e aos efeitos de problemas ambientais de segunda geração, como podem ser situados os resultantes das alterações climáticas globais, somente se pode conceber uma proteção reforçada para os interesses de uma comunidade moral heterogênea e complexa a partir de um reforço sobre a própria consideração do primado da dignidade da pessoa humana, situado que está agora em uma cultura constitucional moralmente plural.

Somente se pode conceber dignidade a partir de uma referência deontológica que considera a coletividade sob uma perspectiva de escala diferenciada, vinculada a noção de humanidade. Portanto, o dever estatal e os deveres fundamentais atribuídos a cada membro desta comunidade política não se

já não é recente na dogmática pública a afirmação de um sentido social, cuja expressão se refletia em objetivos de segurança social à coletividade, próprios de um Estado social de direito. Este por sua vez, representa uma perspectiva de proteção que é *adicionada* [não exprimindo, portanto, uma noção de superposição ou de substituição de projetos políticos por projetos autônomos] àquela primeira, própria de uma orientação liberal para o exercício do poder político, cuja expressão também se refletia na definição do conteúdo dos direitos fundamentais. Esta definição priorizava a garantia do livre desenvolvimento da personalidade, para a qual era fundamental o livre exercício das liberdades econômicas e civis.

esgota, no projeto de sociedade delineado pela Constituição brasileira, na garantia do bem-estar e na qualidade de vida destes mesmos membros, senão aponta para uma tarefa [estatal] e para deveres [estatais e sociais] perante a humanidade. O princípio da dignidade da pessoa humana impõe, nessa direção, deveres estatais e deveres fundamentais sujeitos a uma escala exigente de concretização.

A própria definição do conteúdo das tarefas públicas é visivelmente influenciada pela modificação das relações de poder que se desenvolvem em escala global e influenciada pelos objetivos e pelos consensos obtidos em um espaço global de negociações. Perante a constatação de ameaças que podem comprometer a existência da humanidade e que decorrem de maior ou menor contribuição de todos para a redução ou para a aceleração dos processos que alteram drasticamente os sistemas climáticos globais, é requerido que os Estados se responsabilizem com semelhante tarefa também no plano nacional, reproduzindo na forma de deveres, condicionamentos e sujeição, através do exercício das funções legislativa, executiva e judicial, que mediante leis, procedimentos administrativos, instrumentos de proteção e a intervenção judicial possam atingir o objetivo de redução dos riscos. Este resultado decorre, assim, de deveres ou de decisões públicas cujo conteúdo tem seu fundamento último em um compromisso que não é exclusivamente nacional. A atuação legislativa através de legislação e de procedimentos que asseguram a redução das emissões e de suas fontes ocorre no plano nacional, mas

suas conseqüências se projetam em escalas espaciais diferenciadas, em maior ou menor grau.

Sendo assim, resulta visível que as conseqüências das escolhas públicas têm origem cada vez menos relevante em objetivos exclusivamente nacionais, orientada que estão pela necessidade de se assegurar a concretização de compromissos globais.

Este cenário também expõe uma nova realidade para a arquitetura das relações de poder a partir de padrões de governança tipicamente associado à forma de se atingir objetivos globais que não podem ser alcançados exclusivamente pela atuação nacional ou ainda pela iniciativa de instituições internacionais.

Compromissos como os que se relacionam ao objetivo de assegurar processos eficazes para a adaptação perante os efeitos das mudanças climáticas globais expõem uma preocupação que se vincula ao interesse de toda a humanidade, diante da ameaça real de degradação de sua existência. Entretanto, estes objetivos somente podem ser atingidos pela conjugação de estruturas institucionais capazes de se comunicar e de interagir entre si.

A construção de semelhante arquitetura não resulta da ação exclusiva de instrumentos internacionais e de suas instituições, e muito menos da atuação dos Estados segundo sua própria pauta de prioridades e projetos de desenvolvimento, mas sim da realização de semelhantes objetivos, globais, *através* dos Estados, e no plano de decisões públicas que são

tomadas no âmbito e na forma dos próprios arranjos institucionais nacionais.

Trata-se aqui, da exposição de um arranjo que tende priorizar um modelo pelo qual, através de *escolhas nacionais*, comprometidas com compromissos globais é que pode conceber e assegurar a realização de objetivos comunitários. Entretanto, isto não decorre necessariamente de um processo de internacionalização das ordens nacionais, senão de um extenso e mais profundo *processo de transformação da cultura constitucional* (HÄBERLE, 2000, p. 36-39), que por sua vez, define o projeto de sociedade que se pretende viabilizar ou que deve ser viabilizado através das formas políticas e jurídicas.

Situada a questão nesses moldes, é possível reconhecer que ao Estado e a cada um de nós foi atribuído pela ordem constitucional brasileira um conjunto de deveres perante a humanidade, deveres que resultam em conseqüências que não conhecem limites geográficos ou fronteiras políticas, muito embora ainda decorram de decisões de Estados-nacionais, que são agora, formações influenciadas e integradas na estrutura de uma ordem jurídica que deixa de ser nacional e que também não pode ser compreendida como internacional, senão como uma ordem global. Esta tem sua organização baseada em uma estrutura de redes, que não contempla a autonomia de padrões, referências morais ou culturais, e que procura atingir seus objetivos a partir da consideração das diferenças, das contradições e das divergências.

O conflito e não o consenso constitui o ponto-de-partida para as decisões e para a organização desta nova ordem, que privilegia a interação entre as experiências em detrimento da autonomia dos sistemas.

2. Direito fundamental ao meio ambiente, mínimo existencial ecológico e a proibição de retrocesso em matéria ambiental

2.1. O mínimo de existência em matéria ambiental

A elaboração ou a determinação de uma referência semântica para a noção de mínimo existencial nunca chegou a obter um consenso sobre o seu sentido positivo, na experiência germânica, na qual tem sua origem, sendo ainda mais complexa a determinação do que se poderia considerar como um mínimo de existência sob a perspectiva ecológica. Isto se deve, especialmente, porque não se impõe como tarefa singela a de se apontar a que conjunto de prestações o Estado se encontra vinculado.

Entretanto, se não é possível determinar, *prima facie*, a que espécie de prestações o Estado está vinculado, visando assegurar a proteção dos fundamentais de seus titulares [reforçado aqui, o direito fundamental ao meio ambiente], o desenvolvimento da noção de um *mínimo de existência ecológica* (CANOTILHO, 2004b)⁴ ou de um *mínimo vital* (PIZOLLA-

4 Na ordem constitucional alemã, a ausência de um direito fundamental ao meio ambiente é compensada, entre outras alternativas, exatamente pela afirmação, em um caso concreto, de um *mínimo de existência ecológica*, exemplificado por Weidner na hipótese de poluição ambiental produzida por iniciativa estatal que pudesse

TO, 2004), pode ser elaborado a partir de uma determinação negativa.

Partindo de uma análise sobre a ordem constitucional alemã, Luther (LUTHER, 1986) argumenta que a fundamentação de um mínimo ecológico de existência far-se-ia em analogia ao reconhecimento de um mínimo *social* de existência.

Por meio dessa construção dogmática, Luther (LUTHER, 1986) observa que seria possível propor uma leitura ecológica baseada em um conceito de dignidade humana — pelo qual o homem não poderia ser reduzido a um mero objeto do mundo técnico-industrial — e a partir dos direitos fundamentais à vida, ao livre desenvolvimento da personalidade e do princípio do Estado social.

Tomando-se como referências as funções defensiva e prescricional, é possível argumentar que a elaboração de um direito fundamental ao meio ambiente propõe, essencialmente, obter como *efeito* da norma preservar, proteger, ou garantir a obtenção do resultado dignidade de vida e do resultado qualidade de vida.

Desse modo, o *resultado prático* de um direito fundamental ao meio ambiente não poderia ser compreendido senão com o resultado de uma composição de posições jurídicas e de realidades subjetiva e objetiva do direito fundamental, que tendem a orientar a concretização de um mínimo de condições existen-

produzir prejuízos à vida, à saúde humana e à propriedade. Somente nos casos em que aquele *mínimo de existência ecológica* fosse posto em perigo por atividades estatais, seria possível justificar pretensões subjetivas. (WEIDNER, 1995).

ciais que permita garantir aquelas finalidades. De forma mais relevante, seria o resultado de uma postura de não eliminação de posições (defensivas) ou de criação das infra-estruturas necessárias e suficientes para sua existência (prestacional); uma existência que supõe uma realidade existencial de múltiplos conteúdos, agregando-se, entre eles, uma variável ambiental.

Portanto, uma referência possível para desenvolver a noção de um mínimo de conteúdo ambiental (mínimo de existência ecológica) pode ser associada à suficiente qualidade de vida enquanto resultado de uma leitura de dignidade, compreendida esta como a manifestação de diversas posições jurídicas fundamentais de um direito fundamental como um todo: funções defensiva e prestacional do direito fundamental ao meio ambiente, além de também ser o resultado de uma tarefa estatal.

O desenvolvimento dessa noção ainda tem sua relevância reforçada porque pode justificar a consideração de padrões de proteção ambiental mínima perante riscos existenciais,⁵ que, a partir desse mínimo, poderiam ser considerados intoleráveis ou inaceitáveis.

5 Ainda que não proponha expressamente esta abordagem (de mínimo existencial como fundamento para a redução de riscos existenciais de natureza ambiental), é conveniente a consulta da posição de Häberle, que argumenta que proteção ambiental mínima é uma manifestação de dignidade humana. (HÄBERLE, 2005). Portanto, parece ser lógico sustentar que um dos efeitos de uma garantia de proteção ambiental mínima seria a redução de riscos existenciais e, particularmente, aqueles de especial relevância, seja por sua magnitude, seja por não terem sido suficientemente investigados ou acessíveis ao conhecimento científico disponível. De outro modo é conveniente sustentar que um padrão mínimo de proteção não necessariamente implica considerar que o resultado a ser obtido deverá ser o de garantir riscos mínimos à sociedade. Nesse sentido, diante da consideração de um princípio da precaução, a garantia de um padrão mínimo de proteção seria compatível com a defesa de uma proteção obrigatória, adequada e suficiente sobre determinadas fontes, processos e tecnologias potencialmente arriscadas.

É o que, de certo modo, parece ser possível propor a partir da abordagem que vinculasse a determinação de um mínimo ecológico de existência a uma noção de espaço ecológico ou uma margem de tolerância ecológica, propostos por O’Riordan (O’RIORDAN, 1999).

Um *mínimo ecológico de existência* tem a ver, portanto, com a proteção de uma zona existencial que deve ser mantida e reproduzida; mínimo que não se encontra sujeito a iniciativas revisoras próprias do exercício das prerrogativas democráticas conferidas à função legislativa. É neste ponto que a construção de uma noção de mínimo existencial (também para a dimensão ambiental) estabelece relações com um princípio de proibição de retrocesso para admitir também ali uma dimensão ecológica que deve ser protegida e garantida contra iniciativas retrocessivas que possam, em alguma medida, representar ameaça a padrões ecológicos elementares de existência.

O que importa fixar neste momento é que, se a proteção de um mínimo de existência pode não parecer tão relevante para assegurar o cumprimento de metas mais otimistas para os *níveis de proteção* do meio ambiente, (CANOTILHO, 2004b, p. 182)⁶ pode justificar, pelo menos, imposições no sentido de organização das estruturas de serviços e de infra-estrutura suficientes que possam

6 A consecução dessa tarefa pode ser justificada através de outro fundamento, o do princípio da responsabilidade de longa duração, que será tratado na seção dos efeitos do sistema objetivo de proteção, que poderia impor ao Estado a orientação vinculante de suas ações, por exemplo, no sentido da organização de um modelo de desenvolvimento econômico compatível com a manutenção dos equilíbrios dinâmicos dos recursos naturais e de seu usufruto no interesse das futuras gerações.

manter a qualidade desses recursos e oportunizar o acesso eqüitativo aos mesmos.

Além de imposições vinculadas aos resultados fáticos sobre a qualidade dos recursos naturais, a definição de um mínimo de existência também não pode estar dissociada de uma proteção subjetiva que permita impor ao Estado uma estrutura de organização mínima de proteção e garantia desses resultados protegidos pelo direito fundamental, que derivam das imposições fáticas.

É nesse sentido que, com maior ênfase para a função legislativa, vincular seu exercício e vincular a extensão das prestações normativas a um mínimo de existência acarretam um *dever de conformação adequada da ordem jurídica*.

Em um esforço de consolidação das duas manifestações prestacionais do direito fundamental (que podem ser identificadas na ordem constitucional brasileira), verifica-se que um direito à emanção de pressupostos de existência do direito ao meio ambiente vincula essa existência à presença de pressupostos fáticos, normativos e estruturais, em uma postura bastante próxima da orientação descrita por Pizollato ao analisar a noção de nível essencial.

Explica Pizollato que a noção de nível essencial não pode limitar-se a uma leitura *quantitativa* do que seja essencial à existência, de modo que, sob a mesma noção, também devem ser consideradas as estruturas de organização que sejam indispensáveis para a garantia e para a existência das liberdades (PIZOLLATO, 2004).

Desse modo, parece ser possível argumentar que, quando se faz referência a um direito a que a proteção do meio ambiente seja conformada adequadamente por meio de prestações estatais, essa proteção não pode ser *limitada* à noção de *mínimo de existência ecológica* como o resultado daquelas prestações *fáticas* que sejam necessárias ao desenvolvimento dos equilíbrios dinâmicos dos recursos naturais,⁷ ou à manutenção de sua qualidade, de forma suficiente, para o acesso por todos os titulares do direito.

Independentemente de se considerar ou não uma noção de mínimo ecológico de existência como uma manifestação das diversas posições jurídicas de proteção emergentes de um direito fundamental ao meio ambiente, parece ser interessante sustentar, a exemplo de posição admitida no plano da interpretação do artigo 20a do texto constitucional alemão, que a fixação de um dever estatal de proteção reforçada que recaia sobre o meio ambiente reproduz a imposição ao legislador de um dever de “[...] reduzir fundamentalmente as ameaças à vida e à saúde decorrentes de danos ambientais, tanto para as gerações presentes como para as gerações futuras da forma mais abrangente possível.” (KLOEPFER, 2005, p. 168-169).⁸

7 Utiliza-se aqui uma noção de equilíbrios dinâmicos como resultado da abordagem ecológica proposta por Botkin, pela qual a noção de natureza, como um conjunto de relações estáveis e capaz de retornar ao seu estado constante, na hipótese em que seja atingida por perturbações, não pode ser admitida como uma representação da realidade física e biológica de como as relações naturais se processam. Cf. BOTKIN, 1990, p. 2-13, 185-192. Para uma análise de síntese e consolidação dessa orientação e da literatura científica relacionada, consultar: AYALA, 2002, p. 69-87.

8 Convém salientar que Kloepfer também admite que a proteção do meio ambiente tenha sido reforçada como objetivo autônomo em relação à vida e à saúde. (KLOEPFER, 2004).

O que interessa enfatizar neste sentido é a possibilidade de se reconhecer, sob o mesmo argumento, que, independentemente de se considerarem ou não os efeitos que uma noção de mínimo ecológico de existência exerça sobre as diversas realidades normativas de proteção do direito fundamental ao meio ambiente, a própria condição e a posição dos deveres estatais de proteção do meio ambiente enumerados no texto brasileiro permitem que sejam expostas duas conseqüências de grande relevância.

Pela primeira, tem-se que há, também na ordem constitucional brasileira, um dever estatal de reduzir os riscos ao meio ambiente;⁹ pela segunda, que esse dever estatal de reduzir os riscos alcança indistintamente os riscos que estejam acessíveis ao conhecimento científico disponível (redução de seus efeitos) e mesmo os riscos inacessíveis, de forma plena, ao conjunto das manifestações desse conhecimento, reforçando-se — agora sob uma abordagem estrita de uma realidade objetiva do direito fundamental ao meio ambiente — a particularidade do regime de regulação de riscos definido pela Constituição ambiental brasileira.

Trata-se de um regime que propõe uma abordagem preventiva e precaucional, orientada por um dever estatal geral de reduzir os riscos e pelos deveres reforçados de prevenir os riscos vinculados aos efeitos de aplicações tecnológicas e de garantir

9 A consideração da noção de mínimo de existência ecológico trabalha aqui com o problema de que extensão seria exigível das instituições, em relação ao resultado redução dos riscos. Sob essa noção, já se sustentou anteriormente que o mais adequado seria admitir que não está imposto o dever de reduzir os riscos ao mínimo, mas um dever de reduzi-los e não admitir riscos que, por sua magnitude e ignorância sobre seus efeitos, possam comprometer atingir o objetivo protegido por aquela noção: garantir um mínimo de proteção ambiental.

proteção perante riscos potenciais de processos, técnicas e tecnologias ainda suscetíveis a indefinições científicas — esta uma abordagem estritamente precaucional.

A prevenção supõe, portanto, o conhecimento dos riscos e das medidas destinadas a evitar ou a diminuir os danos, enquanto a aplicação do princípio da precaução é determinada em razão das incertezas do não conhecimento (LE DÉAUT, 2001).

Nem sempre a urgência da adoção de medidas de proteção diante de riscos demandará ações precaucionais, já que é possível atendê-los por medidas preventivas. Da mesma forma, se os efeitos negativos de novas tecnologias não necessariamente geram a adoção de medidas de precaução, parece que a afirmação constitucional de um princípio de responsabilidade de longa duração e a potencialidade de que isso afete os interesses das futuras gerações (os quais não podem ser determinados *prima facie*) impõem aos deveres de proteção, nessa hipótese, não apenas um imperativo de ponderação preventiva, mas um *imperativo de ponderação precaucional* de suas escolhas na conformação dos deveres de proteção (CANOTILHO, 2007).

O objetivo ou princípio da responsabilidade de longa duração fundamenta o reforço sobre a proteção objetiva do ambiente (deveres de proteção), indicando à ação pública que considere essa dimensão na seleção de suas opções e, mais especificamente, que considere os riscos de cuja existência, causalidade ou magnitude ainda não tenham certeza científica, para o efeito da proposição de quaisquer medidas de regulação.

Uma vez que, no contexto da ordem constitucional brasileira, os deveres de proteção estatal podem se manifestar como imperativos de *ponderação preventiva* ou imperativos de *ponderação precaucional*, é possível justificar, considerando a qualidade dos efeitos das fontes responsáveis pelas alterações climáticas extremas, e o princípio da responsabilidade de longa duração, que *todos* os deveres de proteção definidos pelo § 1º, do artigo 225 possuem a aptidão para veicular uma abordagem precaucional e vinculam os particulares e o próprio Estado.

É assim que, evidenciada, *v.g.*, a existência de riscos marginais de elevada magnitude que não podem ser completamente esclarecidos pelo conhecimento científico disponível, seria possível autorizar a justificação de medidas de proteção nas hipóteses de: a) práticas que pudessem expor a efeitos negativos a função ecológica da fauna e flora; b) processos ou atividades já inseridos na cadeia produtiva que possam produzir prejuízos à saúde humana e ao meio ambiente; c) toda e qualquer iniciativa ou omissão que possa expor a riscos a diversidade e a integridade do patrimônio genético, mesmo quando não se tenha conhecimento científico disponível que possa *confirmar* a produção dos efeitos enumerados.

Em síntese, é possível conceber a noção de mínimo ecológico de existência na condição de resultado que decorre da combinação do exercício da iniciativa estatal e dos parti-

culares, objetivando assegurar a proteção de níveis de qualidade dos recursos naturais, que sejam indispensáveis para que se possa assegurar um conjunto de realidades existenciais dignas ao homem, compreendido este sob a forma de uma específica imagem de homem em um Estado de direito, que é social, democrático e ambiental. Compreende-se, sob a noção de um mínimo ecológico de existência que este homem, pessoa humana que deve ter asseguradas condições para o livre desenvolvimento de sua personalidade, somente pode fazê-lo se lhe estiverem acessíveis realidades existenciais capazes de proporcionar o exercício dessas liberdades. Garantias relacionadas a um conjunto mínimo de prestações de conteúdo social, econômico, cultural e, agora, ecológico, constituem o veículo para uma existência digna do homem como pessoa, destinatária da proteção estatal e não mais como objeto de sua iniciativa.

A noção de mínimo ecológico de existência surge, portanto, conforme salientado, como *uma* consequência no plano existencial [no plano ecológico de existência] de um sistema de responsabilidades compartilhadas. Se a coletividade possui o dever de defender e assegurar que seus comportamentos não degradem a qualidade de vida de um bem que é indivisível e que pode afetar o bem-estar de terceiros, cabe ao Estado, em primeiro lugar, assegurar por sua iniciativa, que esta qualidade não seja degradada por deficiência em sua proteção normativa, pela ausência de proteção ou por insuficiência na proteção.

2.2. A proibição de retrocesso nos níveis de proteção ambiental

A construção de uma proibição de retrocesso no plano dos níveis de desenvolvimento dos direitos fundamentais geralmente está associada à realização, pelo Estado, de padrões existenciais sociais, econômicos e culturais, e se impõe como uma garantia de que *o núcleo essencial* desses direitos — que já tenham sido efetivados e realizados pelo legislador — não possa ser removido (por iniciativas de anulação, revogação ou pura aniquilação) sem medidas de compensação (CANOTILHO, 2004a).

O princípio aponta para uma *proibição da reversão* no desenvolvimento dos direitos fundamentais e para uma *garantia de não-retorno* a graus de proteção que já tenham sido ultrapassados¹⁰. Por outro lado, também veicularia como efeito uma proibição de reversibilidade dos estágios de desenvolvimento e de proteção de várias realidades existenciais, os quais foram proporcionados, por iniciativa do Estado, a uma determinada sociedade, residindo neste aspecto o principal problema sobre sua admissão.

É assim que as decisões sobre a forma de realização dos direitos fundamentais dependem de opções que estão atribu-

¹⁰ A consideração do princípio sob a referência de um não retorno na concretização é atribuída a Jorge Miranda, que, com esta orientação — vinculada à estabilização das expectativas sobre os estágios de realização dos direitos econômicos, sociais e culturais — argumenta que “[...] não é possível eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações, porque eliminá-las significaria retirar eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais.” (MIRANDA, 2000, p. 397).

ídas, inicialmente, ao legislador. Este, em princípio, poderia selecionar as alternativas que melhor atendessem a concretização de realidades existenciais em cada momento, revendo até mesmo essas decisões, levando também em consideração as restrições e limitações materiais e financeiras de cada contexto, não sendo admissível subtrair-lhe a iniciativa de poder, o qual lhe foi atribuído democraticamente.¹¹

Não é, entretanto, sob esse âmbito funcional que atua um princípio de proibição de retrocesso, o que reforça que se o legislador tem o poder de realizar escolhas sobre o estágio de desenvolvimento dos direitos fundamentais não pode dispor livremente sobre eles, na medida em que a legislação está vinculada aos direitos fundamentais, não sendo, portanto, a *dona dos direitos fundamentais*, para utilizar a referência de Canotilho (CANOTILHO, 1994, p. 369).

A proibição de retrocesso não se impõe enquanto um princípio geral (ANDRADE, 2004) que veda a revisão de escolhas sobre a concretização dos direitos fundamentais, mas se impõe estritamente sobre a garantia de revisão e de retorno na concretização de um mínimo, cujo conteúdo está materialmente associado à dignidade humana, e é somente este mínimo que se encontraria sob a reserva de revisão pelas decisões estatais (SARLET, 2006).¹²

11 Isso se deve porque, conforme salienta Vieira de Andrade, “A liberdade constitutiva e a auto-revisibilidade, ainda que limitadas, constituem características típicas da função legislativa [...]” (ANDRADE, 2004, p. 408).

12 Em outro momento, Sarlet reforça sua orientação, ao salientar que relaciona o mínimo existencial concretizado e a dignidade humana, argumentando que “[...] não se poderá esquecer jamais que uma violação do mínimo existencial (ainda tendo

Uma posição diferenciada é apresentada por Novais (NOVAIS, 2003)¹³, para quem uma proibição de retrocesso ou de regressividade não poderia ser considerada o resultado da realização de direitos sociais, tampouco possuiria autonomia heterovinculativa sobre o legislador.

Mas o fato de não reconhecê-la nessa condição não exclui a possibilidade de admitir a proteção contra a revisibilidade de situações jurídicas estabilizadas sob outras garantias (proteção da confiança ou segurança jurídica), ou, ainda, de direitos sujeitos à reserva do possível, caso se tenha um grau considerável de estabilização de expectativas na sociedade, que orientem a manutenção de um determinado grau de realização (NOVAIS, 2003).

Em outro momento, parece ter proposto um maior desenvolvimento àquela orientação, esclarecendo que o problema não se imporia em termos daquele princípio, mas sim

em conta o núcleo essencial dos direitos sociais legislativamente concretizado) significará sempre uma violação da dignidade da pessoa humana [...]. (Tradução nossa). Lê-se no original: “[...] no pude olvidare jamás que una violación del mínimo existencial (aun teniendo en cuenta el núcleo esencial legislativamente concretado de los derechos sociales) significará siempre una violación de la dignidad de la persona humana [...]” (Tradução nossa.) (SARLET, Ingo Wolfgang. *La prohibición de retrocesso en los derechos sociales fundamentales en Brasil*. p. 356).

- 13 Em outro sentido, Vieira de Andrade menciona a possibilidade de uma posição mais restritiva, que admite essa orientação não como um princípio geral de proibição de retrocesso, mas como uma exceção que poderia justificar, pelo menos, um direito de não ser privado pelo Estado e de ter subtraído pelo Estado o mínimo que já foi adquirido pelo cidadão (sentido negativo da proibição de retrocesso), apesar de não impor, segundo sustenta, uma obrigação de garantir de forma positiva esse mínimo a cada cidadão. (ANDRADE, 2004, p. 404). Sua orientação, entretanto, admite apenas um efeito de constitucionalização da legislação que, excepcionalmente poderia enfraquecer o poder de livre disposição do legislador. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 408-409).

como um problema de restrições a direitos fundamentais, de modo que, se o legislador pode efetivamente revisar e alterar um nível de proteção conferido a um direito fundamental, ele somente pode fazê-lo mediante a apresentação e demonstração de relevantes razões jusfundamentais de justificação. (NOVAIS, 2004).¹⁴

Ainda que não se admita um princípio autônomo de proibição de regresso nos graus de realização social, e a menos que ele seja admitido como um princípio de proibição geral, pode-se argumentar que há relativo consenso que define como efeito a ser considerado a proibição de uma desconstituição sem um efeito compensatório e a proteção perante iniciativas de desconstituição de níveis de organização ou de realização de direitos fundamentais que não tenham justificativas jusfundamentais suficientes.

Na medida em que, para aqueles que sustentam a elaboração do princípio, um mínimo de existência representaria, na verdade, *um* argumento jusfundamental relevante para manter determinado nível de realização de um direito fundamental, parece possível reconhecer em sua elaboração um sentido pelo qual, apesar de não proibir a reversão, define-se uma margem de reserva que não pode ser afetada pelas decisões públicas de desenvolvimento so-

14 Sob esse argumento, explica que: “[...] o legislador pode optar, amplamente, por outro tipo de realização, por modificá-lo ou substituí-lo, por conferir-lhe um diferente grau, medida ou ritmo de realização; não pode é, a não ser com justificação constitucional bastante, pura e simplesmente, integral ou parcialmente, suprimir a realização que um direito social já obtivera.” (NOVAIS, 2004, p. 309).

cial, a menos que uma melhor razão jusfundamental seja apresentada.

A manutenção de um determinado nível de desenvolvimento social estaria justificada em um argumento jusfundamental (mínimo de existência), que imporia um ônus argumentativo extremamente alto para fundamentar uma reversão. É estritamente sob essa orientação que se justifica a abordagem com base em uma referência a um princípio de proibição de retrocesso e, agora, a um princípio de proibição de retrocesso ambiental.¹⁵

Qualquer abordagem sobre a noção de proibição de retrocesso, incluída aqui uma abordagem ecológica sobre o princípio, não pode prescindir de que se determine, primeiro, de que objeto se ocupa a proteção de retrocesso, mais especificamente, de garantir uma proteção dos efeitos materiais da norma no plano da proteção concreta de bens ou uma proteção de uma determinada realidade normativa (das realidades existenciais proporcionadas, ou de posições jurídicas constituídas), e depois, de que modo pode ser demonstrada uma situação objetiva de retrocesso ou de reversão proibida.¹⁶

Em relação ao primeiro problema, fazendo referência ao retrocesso nos níveis de proteção do ambiente (nominada

15 Faz-se referência ao princípio para manter a uniformidade de sua abordagem na literatura relacionada à sua investigação, não obstante Molinaro proponha sua abordagem sob a referência de um princípio de proibição de retrodegradação socioambiental. (MOLINARO, 2007. p. 91-120).

16 O segundo problema é enfatizado por Queiroz em: QUEIROZ, 2006a. p. 116. E, no mesmo sentido, em: QUEIROZ, 2006b, p. 74.

como retrocesso ecológico), Canotilho (CANOTILHO, 2004b) parece propor que o objetivo protegido é a proteção de realidades normativas ou o efeito da norma de direito fundamental sobre a definição de uma determinada realidade existencial.

Desse modo, como critério para aferir a evidência de uma situação veiculadora de retrocesso ecológico, considera, em princípio, que a evidência básica deve ser a de agravamento da situação ecológica global, não obstante reconheça que a concretização do princípio, enquanto mandado de proibição, encontra melhores condições de operacionalização se considerados individualmente os recursos naturais (CANOTILHO, 2004b). Isso porque:

[...] A água, os solos, a fauna, a flora, não podem ver aumentado o 'grau de esgotamento', surgindo os 'limites do esgotamento' como limite jurídico-constitucional da liberdade de conformação dos poderes públicos. (CANOTILHO, 2004b, p. 184).

Sobre o segundo, Courtis (COURTIS, 2006) considera que um critério relevante seria a admissão da noção de progressividade fixada pelo artigo 2º, § 1º, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), que vincula a iniciativa dos Estados aos níveis de concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais.¹⁷

17 A redação é do artigo 2º, § 1º, do PIDESC, assim fixada: "Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas." (Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, (1966). Disponível em:

Desse modo, uma norma deve ser considerada regressiva sempre que o grau de efetividade de um direito veiculado pela nova norma resulte inferior àquele que já havia sido alcançado anteriormente, de modo que somente seria possível afirmar-se uma situação de reversão proibida ou de retrocesso proibido mediante uma análise empírica e comparativa entre as realidades normativas.^{18 19}

A composição dessas conclusões importa admitir como feitos de uma proibição de retrocesso ambiental o fato de não ser possível ao Estado autorizar, tolerar ou atribuir proteção normativa a comportamentos privados que degradem a qualidade dos recursos naturais ou que os próprios particulares se esquivem de proceder à execução de seus deveres de defesa do ambiente ou ainda que estes excedam os limites

<http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/texto_2.html>. Acesso em: 12 mar. 2008).

- 18 Portanto, Curtis também considera uma abordagem normativa sobre o fenômeno da regressividade. Cf. COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad em materia de derechos sociales, p. 4.
- 19 Fensterseifer parece propor uma leitura um pouco diferenciada, considerando o critério da progressividade na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, fixado no artigo 2º do PIDESC. Para tanto, crê que “[...]o princípio da proibição de retrocesso ambiental (ou ecológico) seria concebido tendo em vista que a tutela normativa ambiental deve operar de modo progressivo no âmbito das relações jurídicas, a fim de ampliar a qualidade de vida existente hoje e atender a padrões cada vez mais rigorosos de tutela da dignidade humana, não retrocedendo jamais a um nível inferior àquele verificado hoje.” (FENSTERSEIFER, 2008, p. 261). Ainda que não se divirja de sua conclusão, não parece ser possível considerar que a obrigação de progressividade tenha seu fundamento no princípio da proibição de retrocesso, que parece estar vinculado de forma muito mais próxima à proteção de um mínimo ecológico de existência (e proteção no sentido de que esse mínimo não pode ser erodido sem que haja uma justificação razoável de uma restrição, e que esta seja fundada em princípios constitucionais, após a realização de um juízo de ponderação), do que à idéia de obrigação de progressividade.

constitucionais para o exercício de suas liberdades econômicas.

Portanto, vinculadas a uma proibição de retrocesso que pode ser justificada no próprio conteúdo definido pelo sistema de proteção objetiva do ambiente na ordem constitucional brasileira — orientado por um princípio de responsabilidade de longa duração —, as decisões privadas regulatórias (políticas, normativas, legislativas ou judiciais) encontram-se vinculadas a um dever de proteção que somente pode ser corretamente concretizado se protegidos os interesses das futuras gerações.²⁰

Como bem acentuado por Canotilho (CANOTILHO, 1999), os poderes públicos possuem responsabilidades perante as futuras gerações e estas responsabilidades tornam-se concretas apenas quando adotados, na condição de deveres, comportamentos privados e públicos, que sejam amigos do ambiente.

Uma vez que as funções estatais e os particulares estão vinculados a um princípio de responsabilidade de longa duração, o processo de formação de suas decisões *não pode produzir como resultado um estado de proteção inferior ao precedente, tampouco um estado de qualidade dos recursos de mesma medida.*²¹

20 Molinaro, baseando-se na literatura alemã, também parece ressaltar a relação do princípio com a proteção das futuras gerações, ao referir-se como subprincípio, além da proibição da degradação, àquele que veicula uma proteção da continuidade ou da existência. (MOLINARO, 2007, p. 110).

21 A vinculação entre um princípio de responsabilidade de longa duração, o princípio da proibição de retrocesso ambiental (nominado de princípio de proibição de retrodegradação socioambiental), e um mínimo existencial ecológico podem ser verificados na obra de Molinaro. (MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental*,

Häberle (HÄBERLE, 2001, p. 131) parece admitir a idéia de proibição de retrocesso *com base na proteção da dignidade da pessoa humana*, concebida como a imagem *antropológica* de um Estado constitucional, que proibiria a regressão a momento anterior ao reconhecimento das garantias jurídicas revolucionárias de 1789.

Entretanto, o argumento não importa considerar que a referência de dignidade se restrinja à imagem revolucionária do homem, já que seu conceito se mantém aberto aos direitos fundamentais, permanecendo suscetível à revisão, para que possa assumir conteúdos novos e transformadores. (HÄBERLE, 2001).

Uma manifestação dessas transformações propõe agora a consideração de que *um mínimo de existência também agrega uma concepção não-biologicista e, ecológica, sobre a definição de uma realidade existencial protegida pela proibição de retrocesso*, que, vinculada à necessidade de preservação desse mínimo ecológico de existência, *não pode ser desconsiderada seja pelo Estado, seja pelos particulares*, igualmente vinculados à sua proteção, que é o resultado da composição de realidades subjetivas e objetivas do princípio da dignidade e do próprio direito fundamental ao meio ambiente (SARLET, 2007, p. 339-342).

Situando estes argumentos perante o objeto de análise neste trabalho, tem-se que os níveis de proteção veiculados

p. 104). Para tanto, Molinaro considera que privilegiar a existência de um mínimo existencial ecológico seria o resultado de uma obrigação de proteção para a posteridade atribuída ao Estado.

pelas normas expostas no Código Florestal vigente reproduzem o *mínimo* indispensável para a manutenção das funções ecológicas naqueles espaços.

Deste contexto, pode resultar uma situação de proteção deficiente e insuficiente aquelas iniciativas veiculadas pelo próprio poder central, quando proponha a revisão dos níveis de garantia existencial já atingidos sem que proponha realidades compensatórias adicionais, assim como aquelas decorrentes de iniciativas legislativas estaduais, que concretizem níveis inferiores aos já expostos pela norma-geral de iniciativa da União.

Ambos os cenários são capazes de reproduzir efeitos retrocessivos sobre a proteção normativa dos espaços naturais. Tais efeitos degradam, sistematicamente, o núcleo das garantias vinculadas a proteção de realidades existenciais ecológicas que sejam mínimas.

Conclusões articuladas

O trabalho demonstrou a relação existente entre a definição de um direito ao meio ambiente na condição de direito fundamental e a elaboração de um sentido alargado de dignidade de vida.

Para tanto, propôs-se que a necessidade de proteção dos elementos naturais decorre de um projeto existencial definido pela ordem constitucional brasileira, que requer a colaboração estatal e coletiva, com vistas a garantir a existência duradoura de todas as formas de vida.

Semelhante tarefa requer a proteção de um nível mínimo de qualidade dos recursos naturais, cujo acesso e existência constituem parte integrante de uma noção ampla de bem-estar, que procura compor necessidades de conteúdo antropocêntrico e biocêntrico, em torno da noção do que se denomina mínimo existencial ecológico.

Sustentou-se no texto que esse nível de proteção, por refletir o que uma determinada organização social admite e requer como indispensável ao desenvolvimento digno da vida, não pode ser eliminada por iniciativas estatais retrocessivas.

Iniciativas como as referidas, geralmente destinadas a mitigar cada vez mais os condicionamentos ecológicos impostos ao exercício das liberdades econômicas, proporcionam e sugerem uma mensagem em sentido diametralmente oposto não só àqueles compromissos globais que o Estado brasileiro assumiu perante a ordem pública global, como com o próprio compromisso republicano exposto pelo texto constitucional, com um determinado projeto existencial que é, em última análise, um projeto prospectivo, um projeto de futuro: propõe um sentido de comprometimento com um determinado cenário de futuro desejável e esperado para a ordem social, econômica e cultural.

Nesse contexto, cumpre ao Estado responder oportunamente e de forma suficiente pelo exercício de seu dever de proteção para o fim de assegurar uma proteção reforçada aos elementos naturais e a todas as formas de vida [preponderan-

temente, por iniciativa de sua função legislativa ou através de escolhas ou decisões sobre as políticas públicas], de modo a permitir a proteção da pessoa humana, de sua dignidade, e de todas as suas realidades existenciais, assegurando-lhe a liberdade de escolher e de definir os rumos de sua própria existência [autodeterminação da vontade e livre desenvolvimento de sua personalidade].

Em relação ao tema da proteção dos espaços naturais, é possível argumentar que a mitigação da proteção dos espaços naturais veiculada por quaisquer iniciativas normativas é capaz de expor, objetivamente, não só a integridade da existência dos bens sob proteção, como a integridade do dever de assegurar proteção aos mesmos, através das funções estatais e em cooperação com a coletividade, no interesse de beneficiários que não se encontram adstritos a escalas de tempo e de espaço determinadas.

Em outras palavras, verifica-se que a ordem constitucional brasileira não assegura proteção constitucional às iniciativas legislativas estaduais que se afastem do dever de proteção dos direitos fundamentais [neste caso, do dever de proteger o ambiente], e mesmo à iniciativa do poder central que proponha semelhante redução nos níveis de proteção sem que seja proposta realidade compensatória, configurando-se os excessos em seu exercício, desvios censurados sob o ângulo dos artigos 24, *caput*, inciso VI, §§ 2º e 3º e, 225, *caput*, e inciso VII, da CRFB de 1988.

Se o Estado não dá respostas a estes novos desafios, se não assegura proteção reforçada, não se verifica apenas a degradação da natureza, da cultura, e dos processos ecológicos, senão a existência da humanidade. Esta se vê comprometida porque será incapaz de ter acesso e se desenvolver plenamente, diante da subtração de uma das realidades existenciais indispensável para que usufrua de condições dignas de vida, a ecológica. Se as políticas públicas são deficientes, se as escolhas são inadequadas, se as opções são insuficientes ou simplesmente ausentes, cabe à função judicial assegurar uma alternativa, uma resposta, que pode até propor caminhos para a ação pública, reforçar ou ainda, auxiliar no processo de deliberação política sobre como se desincumbirá destas tarefas em um cenário de controvérsias, indefinições e multiplicação de posições.

Referências

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- AYALA, Patryck de Araújo. Devido processo ambiental e direito fundamental ao meio ambiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BOTKIN, Daniel. *Discordant harmonies. A new ecology for the twenty-first century*. New York: Oxford, 1990.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1-11.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 77-89.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Coimbra, 1994.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de direito. Lisboa: Gradiva, 1999.
- COURTIS, Christian. (Compilador). *Ni un paso atrás*. La prohibición de regresividad em materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.
- COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad em materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian. (Compilador). *Ni un paso atrás*. La prohibición de regresividad em materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. La constitución como orden abierto. Madrid: MacGraw-Hill, 1997.
- 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.

- HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Dimensões da dignidade*. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- HÄBERLE, Peter. La imagen del ser humano dentro del estado constitucional. Tradução de Carmen Zavala. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.
- HÄBERLE, Peter. Teoría de la constitución como ciência de la cultura. Trad. de: Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.
- JONAS, Hans. Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique. Traduit par: Jean Greisch. Paris: Flammarion, 1995.
- _____. Pour une éthique du futur. Traduit par: SabienCornilel et Philippe Ivernel. Paris: Payot & Rivarge, 1998.
- KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Dimensões da dignidade*. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.
- LE DÉAUT, Jean-Yves. Le responsable politique face à la gestion du risque: L'exemple des biotechnologies. In: FERENCZI, Thomas. (Direc.). *Les défis de la technoscience*. Paris: Complexe, 2001.
- LUTHER, Jörg. Profili costituzionali della tutela dell'ambiente in Germania. *Giurisprudenza costituzionale*, v. I, p. 2556, 1986.
- MIRANDA; Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.
- MOLINARO, Carlos Alberto. Direito ambiental. Proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra, 2004.

- NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra, 2003.
- O'RIORDAN, Tim. The politics of the precautionary principle. In: HARDING, Ronnie; FISHER, Elizabeth (Editors). Perspectives on the precautionary principle. New South Wales: Federation Press, 1999.
- Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, (1966). Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/texto_2.html>. Acesso em: 12 mar. 2008.
- PIZOLLATO, Filippo. Il minimo vitale. Profili costituzionali e procesi attuativi. Milano: Giuffrè, 2004.
- QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra, 2006a.
- _____. O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra, 2006b.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.
- _____. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 321-354.
- _____. La prohibición de retrocesso en los derechos sociales fundamentales en Brasil: algunas notas sobre el desafío de la supervivencia de los derechos sociales en un contexto de cri-

sis. In: COURTIS, Christian. (Compilador). Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad em materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

WEIDNER, Helmut. 25 years of modern environmental policy in Germany. Treading a well-worn path to the top of the international field. Discussion paper. Berlin: Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, 1995.

6

NÃO RETROCESSO AMBIENTAL: DIREITO FUNDAMENTAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG¹

I. Não retrocesso e o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado

O princípio do não retrocesso², segundo o qual o nível de promoção e proteção de um direito não admite diminuição ou enfraquecimento, é uma conquista já sedimentada da teoria dos direitos fundamentais³ e não lhe prestar a devida atenção constitui por si um retrocesso.

Segundo o Ministro HERMAN BENJAMIN, o “princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso) [significa] garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão

1 Mestre e Doutor em Direito pela UFPR, Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Paris II, Procurador Regional da República, Professor de pós-graduação da Instituição Toledo de Ensino (ITE) e Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBEC).

2 M. PRIEUR (2011, p. 251) aponta expressões utilizadas em inglês: “cláusula de eternidade” (*eternity clause*) ou “cláusula de trincheira” (*entrenched clause*).

3 No Brasil, as referências pioneiras e abrangentes de INGO W. SARLET (2009, p. 433-457), que chega a propor “[a]lguns critérios para aferição do alcance possível (necessário) do princípio da proibição de retrocesso”. Quanto ao caráter principiológico, veja-se A. H. BENJAMIN, 2005, p. 392-393.

diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes”⁴

I.a) A dupla dimensão positiva (de promoção) e negativa (de proteção ou defesa) do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado e do princípio do não retrocesso

Importa destacar a dupla dimensão positiva e negativa do princípio do não retrocesso, que funciona tanto para *promover* os direitos fundamentais (para esta reflexão, particularmente o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado), quanto para *protegê-los*.

A dimensão negativa do princípio do não retrocesso ambiental é evidente. Presta-se ele a proteger o ambiente contra ameaças ou agressões que atinjam o nível atual de proteção jurídica conferido. Nesse sentido, o princípio do não retrocesso ambiental considera o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado principalmente como um direito de defesa. A formulação não é completamente ortodoxa: provavelmente terá sido necessária a atuação de um sujeito externo (mais frequentemente o Poder Público) para o estabelecimento dos contornos atuais do direito ao ambiente, de modo que se pode considerá-lo, nesses termos, como um direito prestacional. A violação a esse direito, porém, ocorre por atuação ou omissão contrária ao nível de proteção já atingido,

4 Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma), Recurso Especial 302.906/SP, julgado em 26/08/2010.

e é justamente contra tal diminuição que é preciso proteger-se. Imaginemos o estabelecimento de controle de emissão de poluentes pelos veículos automotores (uma atuação estatal) e, depois, a tentativa de afrouxar esse controle (a violação potencial contra a qual se requer proteção), questão que se discute hoje na cidade de São Paulo.

Mas há ainda a dimensão positiva do princípio do não retrocesso, no sentido de promover-se o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, ou seja, criarem-se condições ambientais adequadas. Percebe-se logo que não está em causa a violação de níveis já adquiridos de proteção ambiental, e sim o estabelecimento de níveis de proteção razoáveis. Não se trata, portanto, de “deixar em paz” o direito ao ambiente, por meio da proteção contra ameaças ou agressões, mas de “fornecer a paz” ao ambiente, por meio da promoção. A busca por alternativas combustíveis menos poluentes aos veículos automotores – para permanecemos com o exemplo “sobre rodas” – apresenta-se assim como imperativo jurídico indeclinável do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado. Deixar de fazer a adequação do regime jurídico às exigências ambientais atuais é o que caracteriza a dimensão positiva do princípio do não retrocesso.

O *direito à informação ambiental* é excelente ilustração.⁵ Mesmo quando não se percebe uma agressão ou ameaça ao ambiente, será preciso produzir e divulgar o conhecimento acerca das condições ambientais. Ademais, como as condi-

5 P. A. L. MACHADO, 2006.

ções ambientais estão em constante modificação e o conhecimento dessas condições altera-se e aperfeiçoa-se, é necessário manter o direito à informação sempre atualizado, sintonizado com o momento, pois a informação de ontem pode não mais corresponder à realidade de hoje. Nessa medida, a falta de atualização da informação implica desrespeito ao direito ambiental e constitui retrocesso vedado. Isso mostra que o princípio do não retrocesso ambiental não se baseia apenas num padrão historicamente estabelecido, fixo, que é garantido em face de piora. O não acompanhamento da realidade cambiantes também ofende o princípio e revela um padrão dinâmico, que não é imune ao influxo do tempo.⁶

I.b) Proibição de proteção insuficiente e o princípio do não retrocesso

Próximos são o critério da proibição de proteção insuficiente e o princípio do não retrocesso. Aquele é uma das leituras do critério da proporcionalidade, o mais importante meio de se realizar o sopesamento quando em jogo diversos direitos fundamentais (ou outros bens constitucionalmente protegidos).

Via de regra, utiliza-se a proporcionalidade para se proceder a restrições a direitos fundamentais, em função da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Na hipótese da proibição de proteção insuficien-

⁶ FRANÇOIS OST, 2005.

te, o que se avalia não é a restrição, mas a implementação ou desenvolvimento. Os promotores dos direitos em jogo (principalmente as autoridades públicas, legisladores à cabeça) estão obrigados a uma ação e não podem deixar de “alcançar limites mínimos”.⁷

Com efeito, como ressalta DIETER GRIMM, isso representa “uma adaptação do princípio da proporcionalidade à função positiva dos direitos fundamentais”, já que “a proibição de ir longe demais (*Übermaßverbot*) e a proibição de fazer muito pouco (*Untermaßverbot*) são o mesmo mecanismo, visto por diferentes ângulos”.⁸

PAULO GILBERTO C. LEIVAS refere a adaptação do critério da proporcionalidade aos direitos fundamentais prestacionais (sociais): a adequação imporá o descarte do meio que não consiga alcançar o objetivo proposto, e a busca de outros meios adequados; a necessidade imporá a realização do objetivo exigido, com o sacrifício menos intenso das “posições jusfundamentais colidentes”; a proporcionalidade em sentido estrito imporá uma rigorosa ponderação, “considerando os graus de satisfação ou não-satisfação alcançados pelos meios adequados e necessários”.⁹

Para a proibição de proteção insuficiente o que interessa principalmente é o grau de proteção conferido ao direito fundamental. Tome-se como exemplo a admissão da capacidade criminal das empresas (pessoas jurídicas): seria essa uma

7 P. G. C. LEIVAS, 2006, p. 76.

8 2007, p. 161-162.

9 2006, p. 76-77.

medida importante à proteção ambiental, de sorte a poder-se afirmar que, sem ela, o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado restará insuficientemente protegido?

Distingue-se a proibição de proteção suficiente do não retrocesso porque aquela avalia, materialmente, o conteúdo do desenvolvimento do direito fundamental (a proteção suficiente), enquanto este assegura o nível de desenvolvimento atingido e funciona como uma cláusula de garantia daquela.

I.c) Otimização ou máxima efetividade e não retrocesso

Não se deve confundir o princípio do não retrocesso, sob o enfoque promocional, com a otimização ou máxima efetividade¹⁰. Esta também é uma característica dos direitos fundamentais, segundo a qual deles se deve sempre procurar extrair o máximo de conteúdo e realização que possam oferecer.¹¹ Ela aponta para o aperfeiçoamento, para a melhor configuração jurídica possível de um direito fundamental. O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é especialmente tocado por essa característica. MICHEL PRIEUR assevera que, ao aludir ao princípio da não regressão ambiental, o que se pretende é “significar que existem etapas na proteção do ambiente e que os progressos da legislação consistem em assegurar progressivamente a mais elevada proteção possível ao ambiente no interesse coletivo da humanidade”.¹²

10 PRIEUR, 2011, p. 259.

11 ROTHENBURG, 2000, p. 157.

12 2011, p. 251.

Mas a maximização não se confunde com a eficácia impositiva de retrocesso principalmente pelo aspecto da intensidade (quantitativo): enquanto a maximização é mais pretensiosa e visa extrair o melhor possível de um direito, a proibição do retrocesso é mais modesta e contenta-se com o nível de concretização já alcançado ou que ainda se possa razoavelmente obter, mesmo que um nível de excelência consiga ser atingido (sabe-se lá a que custo).

Contudo, essa distinção básica entre os princípios da maximização e do não retrocesso não deve esconder a profunda convergência entre ambos, radicada numa perspectiva evolucionista e otimista dos direitos fundamentais em geral e do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado em especial. Enquanto a otimização puxa o direito ao ambiente para níveis cada vez mais aperfeiçoados, o não retrocesso garante os níveis de desenvolvimento já atingidos e impede que retroajam.

I.d) O princípio do não retrocesso não vale apenas para os direitos sociais

É usual a referência do princípio do não retrocesso aos direitos fundamentais sociais¹³, que não se satisfazem com uma leitura defensiva, em que a mera abstenção dos potenciais

13 M. PRIEUR, 2011, p. 255. Veja-se, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (2ª Turma), o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337/SP, relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 23/08/2011; porém, para uma questão que não era de direito social (mas de indenização por dano moral individual), o Recurso Extraordinário 351.750/RJ, relator Ministro Carlos Britto (1ª Turma), julgamento em 17/03/2009.

agressores já é suficiente ao gozo dos direitos. Justamente porque requereriam a atuação de outro sujeito – normalmente o Poder Público – para sua realização, os direitos fundamentais dependeriam dessa integração e demandariam uma estratégia de garantia quanto à implementação já ocorrida. Ainda que não houvesse meios jurídicos para exigir a prestação original dos direitos sociais, haveria mecanismos jurídicos para assegurar o nível de prestação porventura alcançado. O princípio do não retrocesso seria assim um argumento talhado para o figurino dos direitos sociais e situado nesse segundo momento, de impedimento da involução. Darwin ao contrário.

É possível fazer uma crítica a essa concepção, que não traduz toda a potencialidade do princípio do não retrocesso. A crítica, na verdade, é mais geral e atinge o próprio conceito dos direitos sociais.¹⁴ Respeitadas as virtudes explicativas da distinção entre direitos “civis e políticos” (“direitos liberais”) e direitos “econômicos, sociais e culturais” (“direitos sociais”), a principal consequência prática dessa diferenciação é a atribuição de um regime jurídico distinto aos direitos sociais, que não contempla todas as possibilidades oferecidas aos direitos liberais. Os direitos sociais careceriam de interposição legislativa, dependeriam de recursos financeiros (reserva do possível), teriam um controle judicial menos intenso...

Ocorre que tanto os “direitos liberais” podem demandar atuação “externa” (e caracterizarem-se, portanto, como direitos prestacionais), quanto os “direitos sociais” podem pres-

14 L. FAVOREU et al., 2007, p. 118-119.

cindir dessa atuação (e caracterizarem-se, portanto, como direitos de defesa). Além disso, o direito fundamental a um ambiente ecologicamente equilibrado tem aspectos de ambos os “tipos” de direitos, caracterizando-se tanto como um direito individual e “liberal”, quanto como um direito difuso e “social”. Posso pretender que ninguém se intrometa nas condições naturais de uma área onde passo meus momentos de lazer, o que aproxima essa minha reivindicação de um direito de liberdade; assim como a ONG de que participo pode pretender a instituição de uma reserva em área degradada, com a reconstituição dos padrões originais, e essa reivindicação aproxima-se de um direito prestacional (social).

Em suma, o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado não é apenas um direito social: é também um direito fundamental individual (“civil”) e não se resume apenas a um direito de defesa ou somente a um direito prestacional, pois reúne ambas as dimensões.

Vai daí que o princípio do não retrocesso deve servir como critério de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais em geral. Ele contempla, no caso do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, a dimensão prestacional, mas também a dimensão defensiva. Um exemplo polêmico pode ser dado pela presença de comunidades tradicionais (poderiam ser remanescentes de quilombos ou mulheres quebradeiras de coco de babaçu) em unidades de conservação de proteção integral: dada a presença tradicional dessas

comunidades inclusive como fator de preservação ambiental, assegurar o convívio dessa gente e garantir que não seja retirada corresponde a uma perspectiva clássica de direito de liberdade, de “primeira geração”, de defesa. A criação da unidade de conservação e sua qualificação formal como unidade de proteção integral (nos termos da Lei 9.985/2000) podem implicar um retrocesso vedado. É o princípio do não retrocesso ambiental aplicado a um direito fundamental que não se apresenta ortodoxamente como um direito social. (Deixo de considerar a articulação coletiva do direito, enquanto direito de um grupo com características distintas; o exemplo poderia ser adaptado para uma situação individual.)

I.e) Conteúdo mínimo de direito fundamental e princípio do não retrocesso

Aspecto indispensável à configuração de um direito fundamental é a definição de um conteúdo mínimo, aquém do qual a restrição ocasionada pela influência de outros direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos é intolerável. O próprio significado de um direito fundamental reside nesse conteúdo mínimo, que encerra a essência (perdoado seja o termo de evocação transcendental) do direito e cujo desrespeito acarreta o esvaziamento do âmbito de proteção.

O princípio do não retrocesso vincula-se intimamente a esse conceito nuclear da teoria geral dos direitos

fundamentais e dá conta inclusive do caráter dinâmico do conteúdo mínimo. Com efeito, os direitos fundamentais normalmente demandam integração por meio da atuação normativa e da atuação concreta. Privacidade, propriedade, saúde etc. são direitos em redefinição contínua e progressiva. Mesmo o conteúdo mínimo não é estático e mantém-se em constante aperfeiçoamento. O princípio do não retrocesso apanha as sucessivas reelaborações do conteúdo mínimo e impede que ele seja amesquinhado ou volte a padrões anteriores, quando menos desenvolvidos.

Nessa medida, o conteúdo mínimo não se revela um limite ao não retrocesso¹⁵, mas, ao contrário, o não retrocesso revela-se um ampliador do conteúdo mínimo. No campo do direito ao ambiente, veja-se a inclusão do ambiente artificial das cidades e a atenção aos aspectos genéticos, para que se verifique a modificação do conteúdo mínimo e a importância do não retrocesso como garantia do desenvolvimento ambiental.

I.f) O aspecto objetivo dos direitos fundamentais e o princípio do não retrocesso

A dimensão positiva do princípio do não retrocesso realça o caráter complexo do direito ao ambiente, enquanto direito fundamental, não apenas em seu aspecto subjetivo de

15 PRIEUR, 2011, p. 271.

direito exigível por seus titulares para satisfazer seus próprios interesses (direito subjetivo), senão que em seu aspecto objetivo¹⁶, institucional, determinante da organização da sociedade e da atuação do Estado.¹⁷

A importância do aspecto objetivo pode ser ilustrada com a necessidade de que o orçamento público contemple a alocação de recursos financeiros para as medidas de promoção ambiental, e com a atuação de órgãos autônomos – no caso do Brasil, marcadamente o Ministério Público – em prol do ambiente, ainda que os sujeitos diretamente interessados não reivindicuem suas posições subjetivas (interesses).¹⁸

Porque os direitos fundamentais têm um aspecto objetivo e não é diferente com o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, o princípio do não retrocesso ambiental enfatiza tal aspecto ao assegurar que a organização da sociedade e a atuação do Estado orientem-se em prol do ambiente, seus recursos e suas populações, bem como ao não tolerar o desmonte ou diminuição dos meios e modos de promoção e proteção já existentes.

16 J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, 2007, p. 279.

17 D. DIMOULIS e L. MARTINS, 2011, p. 118-120; D. SARMENTO, 2004, p. 133-138.

18 A propósito da intervenção do Ministério Público em questões ambientais, reconheceu-lhe a obrigatoriedade o Ministro HERMAN BENJAMIN: “Há ‘interesse público evidenciado pela natureza da lide’ (art. 82, III, do CPC) na criação de Unidade de Conservação, sobretudo em Unidade de Uso Sustentável, como é o caso da Reserva Extrativista (art. 14, IV, da Lei 9.985/2000). Isso decorre, sobretudo, do fato de que tal área é de domínio público e de que seu uso é ‘concedido às populações extrativistas tradicionais’ (art. 18, § 1º, da mesma Lei).” – Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma), Recurso Especial 1.182.808/AC, julgado em 07/12/2010.

I.g) O princípio do não retrocesso e o direito do passado

A aventura dos direitos fundamentais ao longo da história tende a narrar sua trajetória e – isso é mais marcante no Direito Ambiental – a projetá-los no futuro. Ocorre isso também com o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado e, por consequência, com o princípio do não retrocesso, que busca assegurar condições ambientais para a posteridade. Todavia, é possível um olhar retrospectivo ao não retrocesso, que acolha o passado e reconheça os direitos das gerações anteriores, cuja memória e testemunho não devem ser amesquinçados. Trata-se não apenas de um direito ao passado, que temos todos nós, mas de um direito *do passado*, constituído em homenagem aos antepassados.

Conquanto os direitos fundamentais apresentam-se sempre com atualidade, tendo como porta-voz cada geração, eles, porém, comprometem futuro e passado e suscitam compromissos entre gerações: a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos são pactos intergeracionais. Desmente-se em parte a Declaração Universal dos Direitos do Homem francesa de 1793, cujo art. 28 dispunha que “uma geração não pode sujeitar a suas leis as gerações futuras” – artigo que “nunca esteve em vigor”, conforme aponta M. PRIEUR.¹⁹

As pessoas (e quem sabe outros seres) que tiveram existência histórica são titulares de direitos fundamentais, ainda que não os possam articular (reivindicar política e jurídica-

¹⁹ 2011, p. 254.

mente, por exemplo) por razões óbvias; isso fica por conta de sujeitos atuais (indivíduos, associações, instituições oficiais etc.). As gerações passadas continuam legítimos representantes da humanidade, tendo direito a que os conheçamos, conservemos suas experiências, compreendamos suas mensagens, atentemos para suas advertências ou simplesmente respeitemos sua existência histórica e permanência.

A garantia da perpetuidade histórica não se faz somente em vista do futuro, mas em homenagem ao próprio passado: um direito autônomo aos registros anteriores, cuja proteção e promoção não podem ser diminuídas.

II. O princípio do não retrocesso como argumento para o controle de constitucionalidade

Especificamente no domínio do Direito Ambiental, a consagração do princípio do não retrocesso em termos jurídico-positivos, em normas de Direito Internacional, do Direito Comunitário, das Constituições e de atos normativos infraconstitucionais, é um fato que demonstra o acatamento da teoria. Estabelecido o não retrocesso ambiental em normas do mais alto escalão, fica possível a realização de controle judicial dos atos e comportamentos, com a adequação destes aos padrões ambientais ou, em último caso, com a anulação dos atos e comportamentos incompatíveis.

Do ponto de vista da argumentação jurídica, o princípio do não retrocesso no campo dos direitos fundamentais em

geral e no do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado em especial fornece um valioso critério para debater a conformidade dos atos supostamente violadores – principalmente das leis – aos parâmetros jurídicos superiores dados pela Constituição (controle de constitucionalidade) e pelo Direito Internacional (controle de convencionalidade). Fiquemos apenas com o parâmetro constitucional, sem ignorar que o Direito Internacional já se apresenta como parâmetro eficiente e mesmo tendencialmente superior, e que o controle de convencionalidade é um fenômeno da mesma lógica de seu homólogo controle de constitucionalidade.²⁰

O princípio do não retrocesso vale para os direitos fundamentais em geral, quaisquer que sejam os atos com eles implicados. Tanto pode ser uma alteração legislativa que menospreza o direito fundamental ao substituir normas anteriores que lhe davam uma conformação mais adequada – e a exigência de respeito ao nível já alcançado de realização do direito fundamental é endereçada ao Poder Legislativo ou quem lhe faça as vezes (como, no caso brasileiro, a edição de normas primárias pelo Chefe do Poder Executivo, por meio de medidas provisórias) –, quanto pode ser um ato ou procedimento administrativo que diminua o grau de implementação do direito fundamental – a observância, então, é cobrada do Poder Executivo ou de quem se apresenta como a autoridade administrativa responsável pelo ato ou procedimento –, ou, enfim, uma decisão judicial pode ser a provocadora do enfraquecimento do direito fundamental – ago-

20 W. C. ROTHENBURG, 2010, p. 30.

ra a determinação é para que o Poder Judiciária garanta o padrão atingido.

O controle de constitucionalidade, enquanto técnica judicial de conformação dos atos e comportamentos à Constituição, permite avaliar todos esses atos e fiscalizar todos essas autoridades. Contudo, do ponto de vista democrático, avulta em importância e complexidade o controle que tem por objeto as leis e por sujeito o Poder Legislativo. Mesmo numa democracia, os legisladores podem estar sob suspeita.

Costuma-se afirmar que esse fenômeno, de intervenção do Poder Judiciário (mais especificamente, de um Tribunal ou Corte Constitucional, que pode não estar integrada ao Judiciário) na atuação dos demais Poderes e na cena político-social, é contramajoritário, pois arrosta a representação popular do Parlamento. Com efeito, o controle de constitucionalidade pode aparecer episodicamente contramajoritário, quando os demais Poderes (principalmente o Legislativo) manifestarem uma vontade majoritária que se afasta do compromisso constitucional, dotado de maior estabilidade e... legitimidade.

Porém, se a Constituição ainda é legítima e consagra os valores mais importantes adotados democraticamente por uma sociedade, o adjetivo “majoritário” – e qualificadamente majoritário, porque constituinte – haveria de qualificar a ela, Constituição, e não as leis que a confrontassem.

Ocorre ainda, e não raro, de as leis veicularem uma vontade muito parcial e representarem grupos de interesse

restritos, que nem de longe correspondem às expectativas da maioria da população. Em situações tais, a intervenção judicial de controle de constitucionalidade qualifica-se com mais propriedade como majoritária e retoma, justamente, a legitimidade ameaçada pelas leis acusadas de inconstitucionais. É curioso, quase paradoxal, perceber então o Poder Judiciário (o Tribunal ou Corte constitucional), composto de integrantes não eleitos, manifestar-se como mais autêntico porta-voz da sociedade em contraste com os representantes eleitos (legisladores). A reivindicação do qualificativo “majoritário” pode ser mais problemática do que se suporia.

A Constituição brasileira é particularmente generosa quanto a quem pode suscitar o controle objetivo de constitucionalidade por meio de ações diretas ao Supremo Tribunal Federal. Os legitimados abrangem os mais variados setores da sociedade e podem articular anseios de parcelas altamente representativas, tão ou mais do que aquelas que instigaram o Poder Legislativo a editar as leis enfraquecedoras de direitos fundamentais. O Ministério Público é um exemplo evocativo de instituição que, muitas vezes, traz ao Judiciário reivindicações fortemente populares e, especificamente em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, questiona – na pessoa do Procurador-Geral da República – leis que retrogradam o nível de proteção dos direitos fundamentais.

O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é tema que tende a corresponder às expectativas generalizadas da so-

cidade, tendo em vista tratar-se de direito difuso. A atenção é crescente à medida da conscientização das pessoas. Quem hoje não se preocupa com a qualidade do ar e dos alimentos, com a salvaguarda da natureza e das paisagens? Portanto, o controle de constitucionalidade das leis que diminuem a proteção do ambiente tende a ser majoritário, e contramajoritárias essas leis que não representam os interesses de grande parte da população.

Percebe-se claramente, assim, a importância do princípio do não retrocesso como argumento para a fiscalização da constitucionalidade. Tanto mais quando a incompatibilidade das normas não for evidente. À primeira vista, uma lei que fixe a área de proteção das margens dos cursos de água em 50 metros não apenas não viola o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, como, muito pelo contrário, concretiza esse direito e traduz uma avaliação da competência exclusiva do Legislativo (uma reserva de conformação legislativa). Tudo muda de figura, no entanto, se essa lei surge no lugar de outra anterior que estabelecia uma área de proteção de 100 metros, pois agora os cursos de água terão uma proteção menor, menos intensa.

Ainda no contexto do controle de constitucionalidade, o princípio do não retrocesso ambiental expressa-se em uma perspectiva estática e em uma perspectiva dinâmica. Ele desconstrói a pretensão à imutabilidade do

produto legislativo a menos que os próprios legisladores queiram a alteração, pois estes não poderão proceder a alterações que regridam no patamar de desenvolvimento já alcançado de um direito fundamental. Por outro ângulo, o princípio do não retrocesso reclama um acompanhamento contínuo da realidade e um progressivo desenvolvimento da legislação ambiental, de modo que, quando as leis existentes não se mostrarem mais tão adequadas, urge alterá-las. Sob ambas as perspectivas estática e dinâmica, será possível, com M. PRIEUR, afirmar que não existe um direito adquirido às leis.²¹

O Direito Ambiental tem de estar preparado para resistir às poderosas investidas de agressão ao ambiente ecologicamente equilibrado, pois essa especialização jurídica nasceu, justamente, como foco de reação à degradação do ambiente e do esgotamento dos recursos naturais.²² Nessa estratégia de luta, o princípio do não retrocesso oferece um escudo às ameaças políticas (representadas pela desregulação e deslegalização), às ameaças econômicas (num cenário de recessão em que se procura evitar qualquer os custo ambiental) e às ameaças psicológicas (ligadas à complexidade das normas ambientais, que as torna inacessíveis aos leigos e favorece o discurso em favor da simplificação e da redução), conforme o panorama apresentado por PRIEUR.²³

21 2011, p. 249.

22 M. PRIEUR, 2011, p. 252.

23 2011, p. 249-250.

O contexto federativo da forma de Estado brasileira apresenta interessante campo de reflexão para o princípio do não retrocesso ambiental. Nas hipóteses em que a competência – seja material, para a realização de tarefas, seja a legislativa, para a edição de normas – estiver compartilhada entre diversos entes da federação, o não retrocesso pode auxiliar na definição dos respectivos âmbitos de atuação.

Pensemos na proibição de produção, transporte e comercialização de substâncias poluidoras, por exemplo. Nos vários cenários alvitráveis, o princípio do não retrocesso pode ter algo a dizer. Suponha-se que à União caiba a edição de normas gerais, cabendo aos Estados editar normas específicas. Se algum Estado estabelecer um padrão de proteção ambiental mais rigoroso, a futura alteração das normas gerais federais não poderá infirmar a validade de tais normas estaduais. Em situações-limite, a omissão da União em editar normas de sua competência exclusiva poderá autorizar os Estados a, excepcionalmente, legislar sobre o tema, até a superveniência das normas federais, e, mesmo nessa hipótese, o nível de desenvolvimento normativo haverá de ser respeitado. A proibição de retrocesso ambiental imporá a interpretação mais favorável, à revelia das distribuições formais de competência, tal como já ocorre no eventual conflito entre normas internas e internacionais ou comunitárias.²⁴

Como o controle de constitucionalidade, no contexto federativo, tem a frequente missão de resolver conflitos nor-

24 Prieur, 2011, p. 255 e 259.

mativos relacionados à distribuição constitucional de competências, percebe-se a utilidade do princípio do não retrocesso ambiental como critério de decisão. A oportunidade para alternativas criativas e mais adequadas em âmbito local, com a valorização das experiências de Estados e Municípios, é enfatizada pelo emprego possível do princípio.

Vivemos no Brasil um momento particularmente delicado em relação à promoção e proteção jurídica do ambiente. O clássico dilema entre o desenvolvimento econômico e o ambiente ecologicamente equilibrado repropõe-se entre nós em termos dramáticos em razão do bom momento econômico por que passa o país. As árduas e tímidas conquistas ambientais nem bem se fixaram e já estão ameaçadas por programas governamentais de crescimento econômico em favor do capitalismo nacional e transnacional.

Ações e projetos que afetam gravemente o ambiente e os povos e comunidades tradicionais são propostos e executados, dos quais a construção da hidroelétrica de Belo Monte é a mais evidente. Tentativas de alteração legislativa que afastem ou amenizem os “óbices” ambientais dos empreendimentos estão em curso, como é o caso do projeto de novo Código Florestal. Neste, está sendo discutida, por exemplo, a diminuição do percentual de reserva legal em área de floresta na Amazônia legal (que é de 80%) para até 50% quando o Município tiver mais de 50% e o Estado, mais de 65% da área ocupada por unidades de conservação e terras indígenas homologadas

(sendo que, em relação aos Municípios, a redução aplica-se apenas para fins de recomposição).

O controle judicial e em especial o controle de constitucionalidade certamente serão desencadeados e, se desempenhados com a altivez que deles se espera, permitirão a proteção e promoção do ambiente ecologicamente equilibrado pautados pelo princípio do não retrocesso ambiental.

A vocação ecológica do Brasil, expressa pela realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (Eco 92) e reafirmada pelo compromisso Rio+10 (Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, realizada 2002 na África do Sul)²⁵, traduz simbolicamente o princípio do não retrocesso ambiental e inspira a iminente Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, que não poderá jamais ser menos (Rio-20).

Referências

BENJAMIN, Antônio Herman. O meio ambiente na Constituição federal de 1988. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Sandra Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no século XXI. Estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 363-398.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da*

²⁵ J. SANTILLI (2005, p. 49) adverte que “[o] sentimento geral das organizações ambientalistas é de que não houve nenhum avanço em relação aos documentos assinados durante a Eco-92”.

- República Portuguesa anotada – Volume I*. 4. ed. Coimbra: Coimbra; 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FAVOREU, Louis et al. *Droit des libertés fondamentales*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2007.
- GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 149-165.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005.
- PRIEUR, Michel. De l'urgente nécessité de reconnaître le principe de non régression en droit de l'environnement. In: OLIVEIRA, Carina Costa de; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha (Org.). *A economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável: a governança dos atores públicos e privados*. Rio de Janeiro: FGV, Direito Rio, 2011, p. 249-272.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito constitucional*. São Paulo: Verbatim, 2010.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, p. 146-158, jan./mar. 2000.
- SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos. Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005.

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

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*.
Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Colóquio Internacional

Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental

Promoção:

Senado Federal – Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA)
Escola Superior do Ministério Público do Uruguá
Embaixada da França
Instituto O Direito por um Planeta Verde
União Internacional para a Conservação da Natureza – UICN, Brasil

PROGRAMAÇÃO

Brasília, 29 de março de 2012

13h30 Abertura

Senador Rodrigo Rollemberg
Presidente da Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor, Fiscalização e Controle do Senado Federal
Ministro Antônio Herman Benjamin
Secretário Nacional do Ambiente
Embaixador Yves Edouard Saint-Geours
Embaixador da França no Brasil
Procurador Nicolau Dino
Procurador-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul

14h15 Visão Geral do Princípio da Proibição do Retrocesso

Mediador: senador Pedro Taques
Expositores:
Professor Michel Peirer
Coordenador do Sistema Nacional de Meio Ambiente
Ministro Antônio Herman Benjamin
Secretário Nacional do Ambiente
Professor Ingo Sarlet
FUC-RS

15h45 Debates

16h15 Coffee-Break

16h30 Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental: Visão Brasileira

Mediador: senador Randolfo Rodrigues
Expositores:
Professor Carlos Alberto Molinaro
FUC-RS
Procurador Patryck Ayala
Procurador do Estado do Mato Grosso
Defensor Público Tiago Fensterseifer
Defensor Público do Rio Grande do Sul
Procurador Walter Claudius Rothenburg
Procurador-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul

18h Debates

18h30 Encerramento

Senador Rodrigo Rollemberg
Presidente da Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor, Fiscalização e Controle do Senado Federal
Conselheiro Claudio Maretti
União Internacional para a Conservação da Natureza – UICN

Local: Plenário da CMA
Endereço: Ala Nilo Coelho, Plenário 6, Anexo 2, Senado Federal
Inscrições gratuitas no site
www.esmpu.gov.br, link "inscrições".
Informações: inscricoes@esmpu.gov.br

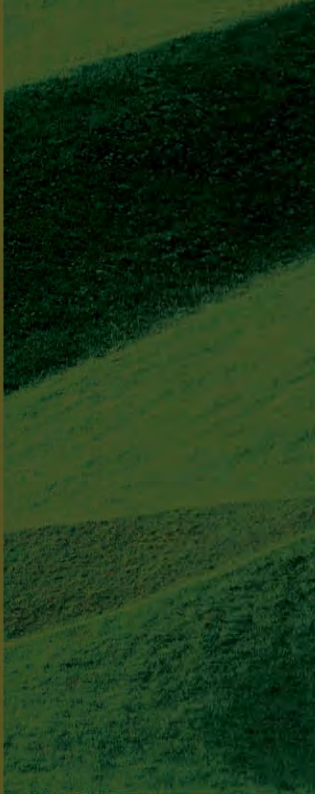


Ministério do Meio Ambiente

BRASIL
RAIO BRILHANTE E RAIO VERDE

Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle

3174400
4230841



Capa: Paulo@evinhho