

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ECOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

EURÍPEDES JOSÉ DE SOUZA JUNIOR

**ANÁLISE CRÍTICA AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO
AMBIENTAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

BRASÍLIA

2021

EURÍPEDES JOSÉ DE SOUZA JUNIOR

**ANÁLISE CRÍTICA AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO
AMBIENTAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Defesa de Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob
a orientação do Professor Doutor Gilmar Ferreira
Mendes apresentado para obtenção do título de
Mestre em Direito

BRASÍLIA

2021

EURÍPEDES JOSÉ DE SOUZA JUNIOR

**ANÁLISE CRÍTICA AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO
AMBIENTAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Defesa de Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito
Constitucional do IDP, como requisito para obtenção
do título de Mestre em Direito Constitucional

16 de março de 2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes
Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco
Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet
Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

AGRADECIMENTOS

Deixei para o último momento a redação dos agradecimentos (março de 2021). Me peguei refletindo sobre diversos aspectos fundamentais da vida e dos tempos que vivemos. Ao final, só posso dizer que sou um ser privilegiado, primeiro por estar vivo e com saúde enquanto tantos outros lutam por suas vidas (e muitas vezes perecem), segundo porque felizmente meus familiares mais próximos e meus amigos mais queridos se mantiveram com a saúde intacta durante a pandemia.

Tenho, portanto, plena consciência de que passar por tudo isso ileso é, sem sombra de dúvidas, um grande privilégio. Não sei quais são os critérios de Deus, mas sempre tento agradecer por mais um dia de vida e saúde. A ele vai o maior agradecimento.

O presente trabalho foi escrito com o apoio de muitas pessoas (como, aliás, sempre é o caso de todos os mestrados). Agradeço ao escritório Gonçalves, Macedo, Paiva e Rassi Advogados, do qual fui membro por mais de 7 anos, e que me apoiou nessa empreitada, compreendendo minhas ausências semanais do ambiente de trabalho. Sempre digo que tiver certeza da advocacia quando os vi exercerem a função, sempre com técnica, dedicação e, sobretudo, ética. Deixei o escritório no final de 2020 para abrir meu próprio escritório, mas sempre levarei comigo os ensinamentos e aprendizados que carrego do querido GMPR Advogados, minha escola de advocacia.

Não poderia faltar agradecimentos a meus pais. Foram eles que me passaram os valores pelos quais vivo e conduzo minha vida. Foram eles que me proporcionaram as condições materiais de viver experiências que nem eles tiveram, e também me proporcionaram a educação que se tornou a base para que eu pudesse buscar meu próprio sucesso. Nunca me esquecerei das inúmeras vezes que me lembraram que a herança que eu receberia seriam meus estudos, algo que ninguém poderia tirar de mim. Meus filhos também ouvirão muito isso.

O Mestrado foi uma experiência muito especial. Representou, para mim, uma evolução intelectual enorme, além da oportunidade de conviver com pessoas incríveis, algumas das quais pude formar amizades que tenho certeza que durarão toda a vida. A mais especial delas, com certeza, é do meu amigo João Sérgio, gênio do Direito que tem um coração do tamanho do mundo. João foi a primeira pessoa com quem conversei no primeiro dia de aulas, e graças ao poder que ele tem de agregar pessoas boas, e aí vieram André Mirza, José Luiz Galvão, Pedro Tiziotti, Bárbara Bueno, Ana Beatriz e Gabriela Pimenta, além dos amigos Éder Machado, Luiz Ros e Matheus Barra.

Há, enfim, muito a agradecer e pouco a pedir.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – A DELIMITAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL	14
1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS	14
2 – A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL.....	14
2.1 - A INFLUÊNCIA PORTUGUESA.....	15
2.2 - A INFLUÊNCIA ALEMÃ.....	19
2.3 – A DOCTRINA BRASILEIRA DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO	21
3 - DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO.....	26
4 - A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL	31
5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO.....	40
CAPÍTULO 2 – A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	41
1 – INTRODUÇÃO.....	41
2 – OS PRECEDENTES EM POSIÇÃO DE DESTAQUE NO BRASIL E O PROBLEMA DA <i>RATIO DECIDENDI</i> NOS JULGAMENTOS COLEGIADOS	41
3 – A METODOLOGIA DE ANÁLISE E O CRITÉRIO DE SELEÇÃO DAS DECISÕES	44
4 – SELEÇÃO DAS DECISÕES A SEREM ANALISADAS	47
5 – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	48
5.1 – RECURSO ESPECIAL Nº 302.906: O PRIMEIRO CASO	49
5.2 – OS DEMAIS CASOS – AGRUPADOS POR RELATOR	52
5.3 – ANÁLISE DOS RESULTADOS E INFORMAÇÕES RELEVANTES	61
6 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	64
6.1 – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.717	66
6.2 – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.016	70
6.3 – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.066	72

6.4 – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 656 E 658.....	72
6.5 – O CASO DO CÓDIGO FLORESTAL – AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.901, 4.902, 4.903, 4.937 E AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 42	74
6.6 – ANÁLISE DE RESULTADOS	91
CAPÍTULO 3 – CRÍTICA DOGMÁTICA AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	96
1 – O QUE SE PRETENDE EM UMA CRÍTICA DOGMÁTICA	96
2 – ANÁLISE TERMINOLÓGICA: EM QUE SENTIDO A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO É UM “PRINCÍPIO”?	97
3 – A NORMA-PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL SOB A PERSPECTIVA DAS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS	102
3.1 - ALGUNS APONTAMENTOS NECESSÁRIOS SOBRE RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS	102
3.2 – CRÍTICA À PROIBIÇÃO DE RETROCESSO COMO NORMA-PRINCÍPIO.....	105
4 – O DEVER DE PROGRESSIVIDADE E OS TRATADOS INTERNACIONAIS SÃO BLOQUEIOS INTRANSPONÍVEIS AO RETROCESSO?	110
5 – PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO E A POSIÇÃO PREFERENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO	113
REFERÊNCIAS	119

RESUMO:

A proibição de retrocesso ambiental, considerado princípio constitucional implícito pela maioria da doutrina e cujo conteúdo rejeita qualquer redução nos níveis de proteção ambiental, sofreu uma considerável derrota no julgamento das ADI's propostas contra o Código Florestal. Esse caso, que é seguramente o maior caso de (não) aplicação autônoma da proibição de retrocesso ambiental, provoca a necessidade de repensar criticamente o instituto com o objetivo de encontrar sua efetiva utilidade no controle de constitucionalidade ou para abandonar a fórmula definitivamente em prol de um parâmetro de constitucionalidade válido e útil para as reformas legislativas que diminuam os níveis de proteção ambiental. Por meio de revisão bibliográfica para delimitar o conteúdo essencial do princípio da proibição de retrocesso ambiental e análise sistematizada de decisões (não somente a que apreciou a constitucionalidade do Código Florestal, mas outras pertinentes à matéria), o estudo demonstra que a proibição de retrocesso ambiental não foi acolhida como fundamento autônomo para o controle de constitucionalidade da forma proposta pela doutrina, figurando nas decisões mais como reforço argumentativo da tese vencedora. A crítica teórico-dogmática à ideia de um princípio da proibição de retrocesso, em especial nos autores portugueses, sugere que uma abordagem adequada ao controle de reformas legislativas que diminuam o nível de concretização de normas constitucionais é melhor tratada pela teoria das restrições aos direitos fundamentais, que busca, por meio do teste da proporcionalidade, fiscalizar a validade constitucional das novas normas. Como forma de robustecer o controle dos retrocessos, uma possibilidade é que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado assuma uma posição preferencial, de modo que haverá um pesado ônus de justificação ao retrocesso.

Palavras-chave: Proibição de retrocesso; ambiental; restrição a direitos fundamentais; controle de constitucionalidade.

ABSTRACT:

The prohibition on environmental setback, considered implicit constitutional principle by the majority of the authors and whose content rejects any reduction on the environmental protection levels, suffered a considerable defeat in the decisions regarding the new Forest Code. This case, which is certainly the biggest case of (non) autonomous application of the prohibition on environmental setback, demands a critical rethink of the institute with the objective of finding its effective utility in judicial review, or to definitely abandon the formula in favor of a valid and useful constitutionality parameter for the statutes that lower the environmental protection levels. Through bibliographic review in order to delimitate the essential content of the principle of prohibition on environmental setback and systematic analysis of decisions (not just the one regarding the Forest Code, but others as well), this study demonstrates that the prohibition on environmental setback did not find success as an autonomous fundament for judicial review as proposed by many authors, being called upon as mere argumentative reinforcement once the decision is already made on other grounds. The criticism on the idea of prohibition on environmental setbacks, specially found on Portuguese authors, suggests that a proper approach to the control of legislative reform that decrease the level of constitutional norms concretization is best treated by the theory of fundamental rights restrictions, which aims to provide, through proportionality, question the constitutional validity of these norms. As a way of strengthening the control of setbacks, the fundamental right of a healthy environment should be put in a preferred position, imposing on the setbacks a heavy burden of justification.

Palavras-chave: Prohibition on setback; environment; fundamental rights restriction; judicial review.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugura no Brasil a constitucionalização do meio ambiente. Enuncia o caput do art. 225 que “todos tem 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”, e os outros 7 parágrafos, em especial o §1º, contém diretrizes a serem observadas pelas políticas públicas de proteção ao meio ambiente.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado torna-se, a partir de então, direito fundamental e parâmetro de controle de constitucionalidade de todas as demais normas do ordenamento jurídico, que não poderão, sob pena de serem qualificadas como inconstitucionais, ir de encontro a um objetivo de promover o desenvolvimento sustentável.

A proteção ao meio ambiente, no entanto, não se encerra apenas e tão somente na Constituição, pois as normas constitucionais que consagram o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como em muitos casos, carecem de uma certa densidade normativa que permita sua efetiva aplicação, o que demanda a intermediação legislativa a fim de materializar os comandos constitucionais. Em outras palavras, essas normas precisam ser concretizadas por leis ordinárias. Mas não basta, muitas vezes, a regulamentação legislativa do dispositivo constitucional para propiciar sua efetividade máxima, na medida em que a lei, assim como a Constituição, poderá precisar ser regulamentada em maiores detalhes por atos infralegais, e, ao fim e ao cabo, para fazer valer o que as normas impõem é imprescindível toda uma estrutura administrativa e de pessoal capaz de materializar o que a lei determina.

As políticas públicas, portanto, são parte essencial das normas constitucionais, de modo que sem aquelas, estas carecem de verdadeira efetividade. Bem por isso, José Afonso da Silva cunhou a expressão “normas constitucionais de eficácia limitada” para se referir às normas que exigem alguma espécie de complementação por parte do legislador ordinário.

Em uma análise do ordenamento jurídico brasileiro, os dispositivos constitucionais em matéria ambiental foram regulamentados pelo legislador. Dentre as importantes leis que tratam de meio ambiente e proteção ambiental, é possível mencionar a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), a lei de crimes contra o meio ambiente (Lei 9.605/1999), a Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/1997), a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010), o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei 9.985/2000) e o Código Florestal (Lei 12.651/2012), apenas para citar os exemplos mais relevantes.

O problema, portanto, não é mais de concretização das normas constitucionais. Não se pode acusar o legislador brasileiro de ser omissivo no trato legislativo da questão ambiental. O debate, assim, se deslocou da concretização das normas constitucionais que consagram um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para a manutenção dos níveis de proteção ambiental já estabelecidos. Isso porque sempre que surgem propostas de alteração da legislação vigente, o que quase sempre significa, em alguma medida, a flexibilização dos níveis de proteção ambiental, a primeira reação que normalmente se observa por parte considerável dos que se manifestam sobre o mérito da proposta legislativa é qualificar tal proposta como um “retrocesso” e, sobretudo, um retrocesso inconstitucional.

A proibição de retrocesso surgiu justamente para fundamentar a inconstitucionalidade de medidas legislativas (principalmente) que diminuam o nível de proteção ambiental e, como consequência, propiciem uma maior exploração da natureza, poluição, degradação ambiental e etc. A proibição de retrocesso ambiental costuma ser conceituado pela doutrina como princípio constitucional implícito derivado de outros princípios constitucionais (dignidade da pessoa humana, máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais e segurança jurídica, por exemplo), e, de modo genérico, significa que qualquer alteração legislativa que reduza o nível de proteção ao meio ambiente (ou, melhor dizendo, o nível de concretização das normas constitucionais que consagram o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado) é constitucionalmente inadmissível.

O Novo Código Florestal, Lei 12.651/2012, nesse contexto, foi alvo de críticas ferrenhas da doutrina ambientalista nacional, desde sua concepção. Durante todo o Processo Legislativo, a nova Legislação foi acusada de ser menos protetiva que aquela que viria a substituir, a Lei 4.771/1965 e suas inúmeras alterações, notadamente pelo estabelecimento de regras que diminuiriam a dimensão das Áreas de Preservação Permanente e Reserva Legal em todo o país. Praticamente todos os trabalhos doutrinários sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental escritos após 2012, ano de aprovação do Código Florestal, utilizaram a nova lei como exemplo claro e categórico de retrocesso inconstitucional e que, portanto, deveria sofrer intervenção do Supremo Tribunal Federal para que os níveis de proteção ambiental anteriores fossem reestabelecidos. Afirmou-se que as normas protetivas ao meio ambiente previstas no Código Florestal revogado (Lei 4.771/65) já representavam um mínimo indispensável para a manutenção das funções ecológicas em Áreas de Preservação Permanente e Reserva Legal, de modo que qualquer proteção menor seria inconstitucional. Logo após a promulgação, a Lei 12.651/2012 foi impugnada em 4 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's nº 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937), sendo três delas propostas pela Procuradoria-Geral da República e uma

pelo Partido Socialismo e Liberdade. Em defesa da Lei foi proposta a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 42, pelo Partido Progressista.

O julgamento, concluído em fevereiro de 2018 após 5 sessões de julgamento, declarou a constitucionalidade de boa parte da nova lei, frustrando as expectativas daqueles que apostavam no princípio da proibição do retrocesso como trunfo contra a Lei, como defendia a doutrina majoritária. Houveram, é verdade, dispositivos que foram declarados inconstitucionais (total ou parcialmente, bem como outros receberam interpretação conforme), porém dentro do espectro daquilo que se esperava, o Código Florestal foi, em boa parte, preservado. Vitória dos defensores da Lei; derrota para quem confiava na força do princípio da proibição de retrocesso ambiental. O Acórdão (que somente foi publicado em agosto de 2019) trouxe em sua ementa, no item 19, a afirmação de que “o princípio da vedação do retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático no afã de transferir ao Judiciário as funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo, nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo”, o que representa quase que uma negação total do princípio da proibição de retrocesso, embora, é importante que se faça essa ressalva, o julgamento não tenha sido unânime e, portanto, essa premissa afirmada na ementa, embora possa ilustrar a visão da maioria, mereça uma análise mais aprofundada e cuidadosa.

Esse julgamento, que seguramente é o mais importante na matéria, representa a quebra da ideia de proibição absoluta de retrocesso ambiental, ao menos da forma como vinha sendo sustentada pela doutrina. É o momento, então, de lançar sobre o princípio da proibição do retrocesso ambiental um olhar crítico com o intuito de avaliar as fraquezas que possui em sua construção dogmática que, possivelmente, contribuíram para o resultado negativo do julgamento do Código Florestal (sem dúvida, o maior caso de aplicação do princípio no ordenamento jurídico brasileiro). São poucos os trabalhos, sobretudo no Brasil, que fazem uma análise crítica da proibição de retrocesso (social e ambiental), o que justifica a abordagem proposta. O objetivo é, portanto, avaliar se e em que medida o princípio da proibição de retrocesso serve como parâmetro de constitucionalidade para controlar a constitucionalidade de normas ambientais que diminuam níveis de proteção ambiental.

Abre-se aqui um parêntesis para um esclarecimento necessário. A proposta acima anunciada (proceder a uma análise crítica ao princípio da proibição do retrocesso ambiental) não significa a negação de limites ao poder de reforma do legislador ordinário. Não se nega a grave crise planetária decorrente da exploração dos recursos naturais, pelo contrário. A premissa número um é que é preciso reforçar a proteção dos níveis ambientais, sob pena de o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não passar de um enunciado vazio na

nossa Constituição, que já padece de efetividade real em diversos outros quesitos. A premissa número dois – confirmada por um estudo jurisprudencial – é, no entanto, que a proibição de retrocesso não cumpriu o papel a que se propôs, de proteger os níveis de proteção estabelecidos na legislação. Destarte, a doutrina possui dois caminhos: reforçar, do ponto de vista teórico-dogmático, os fundamentos para uma proibição de retrocesso ambiental, o que demanda o enfrentamento e a superação, se possível, de todas as críticas dogmáticas dirigidas ao princípio (muitas delas contidas em diversos votos no julgamento do Código Florestal), ou o abandono do princípio em prol de outra fórmula de proteção dos níveis de proteção ambiental estabelecidos. A hipótese deste trabalho é a seguinte: a defesa dos níveis de proteção ambiental encontra melhor abrigo na teoria das restrições aos direitos fundamentais, notadamente de uma concepção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como detentor de uma posição preferencial quando em conflito com outros direitos ou interesses constitucionalmente relevantes. Essa hipótese, porém, é levantada apenas como uma proposta possível, considerando as conclusões que serão apresentadas ao longo do texto, mas não é o objetivo deste trabalho o aprofundamento nas razões teórico-dogmáticas para que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado assumira uma posição preferencial (o que pode ser objeto de outro trabalho inteiramente distinto).

Ao longo do trabalho pretende-se demonstrar que na aferição de (in)constitucionalidade de normas ambientais a proibição de retrocesso não é parâmetro adequado de constitucionalidade. O que se percebe é que sem o apoio de institutos ou princípios jurídicos já consagrados pela teoria das restrições aos direitos fundamentais, tais como a noção de núcleo essencial, mínimo ecológico e regra da proporcionalidade, a proibição de retrocesso perde seu conteúdo e acaba por não acrescentar nada de muito relevante ao debate.

Uma análise mais acurada dos principais julgados dos tribunais brasileiros, notadamente Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, demonstram que o caso do Código Florestal não foi uma exceção. A proibição de retrocesso raramente aparece como fundamento determinante (ou único) para a tomada de decisão contrária a alguma medida. Em regra, a proibição de retrocesso é invocada como um dentre vários fundamentos, e geralmente apenas como um reforço argumentativo a outros fundamentos. Antes de a proibição de retrocesso aparecer na fundamentação, é comum a referência ao “núcleo essencial” ou “mínimo existencial”.

Antes de adentrar à exposição metodológica do trabalho, uma última observação: a proibição de retrocesso já recebeu várias nomenclaturas diferentes na doutrina (vedação ao retrocesso, vedação a retrogradação, entrincheiramento dos direitos, fora os nomes importados

de outros países). A escolha aqui, já anunciada no próprio título, é se referir apenas a “proibição de retrocesso”.

A pesquisa será desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica e análise sistematizada de decisões, de modo intercalado. O primeiro capítulo, consistente essencialmente em pesquisa bibliográfica, trará os contornos teórico-dogmáticos da proibição do retrocesso ambiental, mediante uma análise do surgimento da proibição de retrocesso social na Alemanha e Portugal – fórmula que certamente inspirou a versão ambiental -, seus fundamentos e, após, a análise dos fundamentos da proibição de retrocesso ambiental, com foco no trabalho de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, bastante representativo da doutrina brasileira.

O segundo capítulo é dedicado à análise de decisões que aplicaram (ou não) a proibição de retrocesso. Para avaliar a aceitação da proibição de retrocesso na jurisprudência, adotar-se-ão métodos de identificação da *ratio decidendi* dos julgados para demonstrar que a proibição de retrocesso não aparece como fundamento determinante da tese vencedora. Naturalmente, a seleção dará destaque às decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, com um enfoque especial ao Acórdão de julgamento do Código Florestal, devido à sua importância para o estudo. A análise será feita observando a posição individual de cada julgador para que se possa apreender, ao máximo, qual foi o posicionamento majoritário sobre o tema. Essa análise sistematizada demonstrará que a doutrina não emplacou a proibição de retrocesso na jurisprudência.

O terceiro capítulo terá dois objetivos: o primeiro é investigar a razão pela qual a proibição de retrocesso não obteve êxito no controle de constitucionalidade, com fundamento na avaliação crítica de diversos autores, sintetizadas pelos trabalhos de Jorge Reis Novais, Catarina Santos Botelho e Flávio Martins. As críticas contundentes desses autores, que nunca foram adequadamente refutadas pelos defensores da proibição do retrocesso, conduz a uma provocação final do trabalho: sugerir, sem maiores aprofundamentos neste trabalho, que o controle de constitucionalidade da redução legislativa dos níveis de proteção ambiental encontra melhor e mais rígido tratamento a partir da concepção de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ocupa uma posição preferencial quando em conflito com outros direitos ou interesses constitucionalmente relevantes, de modo a impor um severo ônus de justificação às medidas de retrocesso.

Em uma palavra final, não é pretensão deste estudo se aventurar em estabelecer parâmetros para o controle de constitucionalidade de normas ambientais, ou demonstrar que o meio ambiente ocupa, efetivamente, uma posição preferencial quando em conflito com outro direito fundamental, o que poderia facilmente se tornar outro trabalho inteiramente distinto. O

foco é, como o próprio título do trabalho diz, proceder a uma análise crítica da proibição de retrocesso ambiental para o controle de constitucionalidade e sugerir instrumentos mais adequados para o fim pretendido, que ao fim e ao cabo é preservar os níveis de proteção ambiental.

CAPÍTULO 1 – A DELIMITAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL

1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O retrocesso é um conceito que pode ser visto por diversos ângulos e vertentes, e mesmo a constatação de um efetivo retrocesso dependerá, muitas das vezes, do ponto de vista sob o qual o indivíduo lança os olhos sobre determinada situação que lhe for apresentada. Nem sempre haverá, portanto, consenso em torno do que é ou não retrocesso; o que para uns pode parecer retrocesso, no sentido verdadeiramente pejorativo da palavra, pode ser considerado um avanço para tantos outros – e aqui parte-se da premissa de que ambos os lados estejam expressando suas impressões de boa-fé. A percepção do retrocesso, portanto, dependerá de diversas características pessoais (ideologia e classe social, por exemplo) daquele que adjetiva algo como um retrocesso.

Assim, antes de saber se é proibido retroceder, é preciso saber se aquilo que se investiga é, de fato, um retrocesso. A resposta não é fácil, porém não é o objetivo deste trabalho adentrar a essa discussão espinhosa. O retrocesso aqui referido, portanto - livre de concepções político-ideológicas - é a concepção objetiva de que uma inovação legislativa reduz, em alguma medida, a obrigação estatal até então vigente na legislação anterior, ou, nas palavras de Christian Courtis, é a noção de que “a norma posterior suprime, limita ou restringe direitos ou benefícios concedidos pela anterior”¹.

2 – A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

Quando se fala em proibição de retrocesso, que nasceu como uma concepção para proteger direitos fundamentais sociais, o que se deve ter em mente é a possibilidade, ou não, de reformas legislativas que afetem, por exemplo, o sistema de seguridade social, acesso ao ensino público e gratuito, flexibilização dos direitos e garantias dos trabalhadores e etc. Assim, a norma constitucional que havia atingido um determinado grau de concretização a partir de uma

¹ Esse é o conceito de “regressividade normativa” apresentado por Christian Courtis, que também fala sobre a “regressividade de resultados”. A regressividade de resultados é uma análise empírica na qual se verifica os resultados de uma política pública estatal pioraram com relação a um lapso temporal anterior eleito como parâmetro. (COURTIS Christian. **La prohibición de regresividad em matéria de derechos sociales: apuntes introductorios**. In Ni un passo atrás: lá prohibición de regresividad em matéria de derechos sociales / compilado por Christian Courtis. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto. 2006. P. 3-4)

regulamentação legislativa, passará a ter uma concretização menor a partir da nova legislação. Se se preferir, é possível dizer, também, que o que antes cumpria em determinado grau uma promessa constitucional passa a cumprir em grau menor essa mesma promessa.

Alguns desses exemplos já se concretizaram, como por exemplo as Reformas da Previdência, a mais recente instituída pela Emenda Constitucional nº 103/2019, a qual recrudescer consideravelmente as regras para a aposentadoria e concessão de benefícios previdenciários. Do ponto que aqui se investiga, a criação de novos requisitos ou endurecimento de outros para a obtenção de um mesmo benefício, ou até mesmo a diminuição do benefício em si, constituem retrocessos. Outro exemplo bastante recente é a reforma trabalhista, instituída pela Lei 13.467/2017, que flexibilizou várias garantias dos trabalhadores e tirou poderes dos Sindicatos que representam os empregados, o que, por consequência, significou mais poder aos empregadores, de modo a representar um retrocesso pelo ponto de vista objetivo.

A constatação que se fez acima diz respeito apenas e tão somente ao reconhecimento de que os retrocessos, nos termos propostos, não são estranhos à realidade fática e é possível vê-los em exemplos muito recentes. O questionamento que se coloca, pois, é saber se esses retrocessos são, ou não, proibidos e em que medida. Definir os limites teórico-dogmáticos da proibição de retrocesso social passa pela compreensão dada a esse instituto em Portugal e na Alemanha (embora fosse possível trazer também construções semelhantes vindas da França, Itália e Espanha), considerando a decisiva influência que esses sistemas constitucionais exercem no Direito Constitucional brasileiro.

2.1 - A INFLUÊNCIA PORTUGUESA

Em Portugal a paternidade da proibição de retrocesso se atribui a J. J. Gomes Canotilho, em especial pelas ideias desenvolvidas em sua célebre obra “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas”, publicada pela primeira vez em 1982.

Canotilho, no contexto da Constituição de Portugal de 1976, pródiga em afirmar direitos e determinar obrigações ao Estado, desenvolve a ideia de que a força normativa da Constituição seria capaz de realizar uma verdadeira transformação social. O legislador ordinário estaria vinculado ao texto constitucional sob várias perspectivas, inclusive a de legislar para cumprir aquilo que a Constituição prometera, sob pena de inconstitucionalidade por omissão. As disposições constitucionais, ademais, seriam dotadas de caráter normativo e eficácia imediata, de modo a conferir direitos subjetivos naquilo que prescindisse de intermediação legislativa. O

legislador, dessarte, atuaria em um campo devidamente limitado e devidamente vigiado, não dispondo da opção de não agir, sob pena de incorrer em ilícito constitucional, e quando agisse não poderia ir em caminho diferente daquele traçado pela Constituição, o que também seria censurado por inconstitucionalidade. Canotilho, em síntese, nutria um otimismo pela capacidade emancipatória da Constituição e de sua capacidade de *dirigir* a sociedade rumo a um ideal de justiça social, consubstanciado na concretização da dignidade da pessoa humana por meio de prestações estatais sociais².

Como consequência das concepções de Canotilho, que, como visto, depositava grandes esperanças nas normas programáticas, sua força normativa e capacidade de alterar a triste realidade vivida, era inegável que as normas constitucionais adquirissem também um efeito de bloqueio a intenções reacionárias. A própria ideia de *dirigismo constitucional* pressupõe uma caminhada progressiva rumo a um determinado fim eleito pela Constituição, o que não admitia a ideia de retrocessos. Se, por um lado, a Constituição *dirigente* não admitia omissões legislativas, não poderia, por imperativo lógico, admitir também que o legislador pudesse voltar, após a concretização de direitos, a um estado anterior de omissão legislativa.

A proibição de retrocesso nasce, desse modo, como uma formulação contrária à hipótese que aventava a possibilidade de revogação de direitos concedidos, o que Canotilho afirmou nos seguintes termos:

O princípio da democracia econômica e social *institucionaliza uma proibição de retrocesso social*.

A ideia aqui expressa tem sido designada como “proibição de contra-revolução social”. Com isto quer-se dizer que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação, etc.), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo*. Desta forma, e independentemente do problema “fático” da irreversibilidade das conquistas sociais, o princípio da democracia social e econômica fundamenta uma *pretensão* imediata dos cidadãos contra as entidades públicas sempre que o grau de realização dos seus direitos for afectado em seu sentido negativo, e estabelece uma *proibição* de “evolução reacionária” (*Ruckschrittsverbot*) dirigida aos órgãos do Estado. Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade

² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora. 2001. *Passim*.

relativamente a normas manifestamente aniquiladoras das chamadas “conquistas sociais” (...)³.

O Tribunal Constitucional Português, em abril de 1984, prolatou o Acórdão n.º 39/84⁴, no qual foi declarada a inconstitucionalidade de dispositivos legais que revogavam diversos artigos que tratavam do Serviço Nacional de Saúde. O argumento acolhido foi no sentido de que a revogação dos dispositivos legais implicava a extinção do Sistema Nacional de Saúde. Esse foi o primeiro caso de aplicação da proibição de retrocesso em Portugal.

O Relator, Conselheiro Vital Moreira (que, inclusive, possui obras em coautoria com Canotilho e, por isso, nutria um alinhamento intelectual com este), votou pela inconstitucionalidade dos dispositivos, afirmando com veemência a inconstitucionalidade da medida por representar um retorno ao estado de omissão inconstitucional e, desse modo, retrocesso social. Disse Vital Moreira, em síntese, que “as tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no a também não aboli-los uma vez criados”⁵, e que “O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor”⁶.

É claro que a visão dos estudiosos portugueses muito evoluiu de lá para cá, o que resultou na mitigação, em grande parte, da força que nutria a noção de proibição de retrocesso. O próprio J. J. Gomes Canotilho escreveu, no ano 2000, um Prefácio à 2ª edição de sua obra aqui citada, na qual fez constar por escrito aquilo que já vinha professando há algum tempo: sua descrença com a Constituição Dirigente.

A revisão de sua tese teve como mote principal a queda dos regimes socialistas ao longo da década de 1980 e as revisões implementadas na Constituição portuguesa que lhe retiraram o caráter emancipatório. O texto original da Constituição Portuguesa de 1976 pregava uma caminhada gradual ao socialismo, de modo que a queda do regime e a alteração do texto foram um grande golpe na concepção de Constituição Dirigente⁷. Assim, Canotilho conclui que o que

³ *Ibidem*, p. 374.

⁴ PORTUGAL. Diário da República n.º 104/1984, Série I de 1984-05-05. P. 1.455-1468.

⁵ *Ibidem*, P. 1.464

⁶ *Ibidem*, p. 1.463.

⁷ “Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da constituição, erguendo-se à categoria de ‘linha Maginot’ contra invasões agressivas dos direitos fundamentais.” (CANOTILHO, op. cit. P. XXIX)

restou da programaticidade constitucional é apenas o estabelecimento de “premissas materiais fundantes das políticas públicas” numa democracia, e que não é mais admissível o tratamento das normas programáticas como “neutralizadoras dos caminhos plurais da implantação da cidadania”⁸, reconhecendo que a o dirigismo constitucional era quase que autoritário, pois o constitucionalismo democrático deve pressupor a admissão de várias alternativas igualmente válidas para o atingimento dos fins.

Apesar da mudança de sua concepção, Canotilho não abandonou completamente a ideia de proibição de retrocesso. Em uma construção um pouco mais elaborada, o princípio da proibição do retrocesso agora aparece como garantidor do núcleo essencial do direito social efetivado:

O princípio da **proibição de retrocesso social** pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) 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, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana (cf. Ac. 509/2002, DR, I 12/2/2003). O problema, hoje, coloca-se perante a *desregulamentação* da prestação de serviços essenciais (gás, água, telecomunicações), impondo-se ao Estado o dever de adopção de medidas neutralizadoras da diminuição dos direitos sociais do “cidadão-utente”⁹.

Outros Autores portugueses corroboram o posicionamento de Canotilho: o que se protege é o núcleo essencial, de modo que o retrocesso é proibido apenas quando atinge o núcleo essencial sem oferecer esquemas alternativos compensatórios.

Com algumas poucas variações, o consenso em torno da proibição do retrocesso se firmou em torno da proteção de um núcleo essencial já concretizado, de modo a evitar o retorno

⁸ *Ibidem*, p. XXX.

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Almedina: Coimbra. 2007. p. 340

a um estado de omissão inconstitucional¹⁰. O retrocesso é, a princípio, admissível, desde que não retire da norma constitucional a eficácia alcançada por meio da legislação¹¹.

2.2 - A INFLUÊNCIA ALEMÃ

Se em Portugal faria, de certo modo, sentido a defesa da noção de proibição de retrocesso a partir da Constituição Dirigente formulada por Canotilho, na Alemanha o contexto era bastante diferente e, como tal, demandava uma solução também muito diversa para que a proibição de retrocesso pudesse ser acolhida.

Com efeito, a Lei Fundamental de Bonn de 1949, o diploma constitucional alemão, optou por não positivizar em seu texto nenhum direito social, referindo-se apenas a um princípio constitucional do Estado Social. Nada obstante, após recuperar-se da Segunda Guerra Mundial, o país veio a paulatinamente legislar sobre direitos sociais, garantindo à população direitos prestacionais que podem ser considerados fundamentais, mas não positivados em texto constitucional. Houve, assim, uma tendência de progressividade dos benefícios sociais a serem entregues pelo Estado.

Na década de setenta, no entanto, a Alemanha se veria pressionada por uma crise econômica aliada a uma ideologia neoliberal crescente, o que lançou luzes à possibilidade de reduzir ou suprimir os direitos sociais até então consagrados como uma alternativa ao enfrentamento da crise, ou até mesmo à adoção de uma concepção que pregava uma diminuição nas tarefas do Estado (defendida pelo neoliberalismo).

Jorge Reis Novais, após descrever o contexto acima sintetizado, explica que a ausência dos direitos sociais no texto constitucional Alemão, nada obstante o reconhecimento da natureza fundamental desses direitos, exigiu da dogmática a criação de um mecanismo de defesa das conquistas sociais alcançadas, haja vista que os institutos já consagrados não eram adequadamente satisfatórios para tal fim. Caso não se formulasse algo para proteger os direitos sociais consagrados pelo legislador ordinário, e notadamente as prestações positivas garantidas por essas leis, “elas estariam naturalmente, como qualquer outra lei ordinária, à mercê do poder

¹⁰ Para uma síntese, conferir BOTELHO, Catarina Santos. **Os Direitos Sociais em Tempos de Crise: ou revisitar as normas programáticas**. Coimbra: Almedina. 2017. P. 434-441.

¹¹ Apesar de se reconhecer que uma característica inerente às normas de direitos fundamentais é a sua aplicabilidade direta, sempre se reconheceu uma categoria de normas que possuem eficácia limitada (para utilizar a expressão cunhada por José Afonso da Silva e bastante difundida na doutrina) por dependerem do legislador ordinário para conferir-lhes concretude. Apenas por meio da lei é que algumas normas constitucionais podem se materializar em prestações positivas (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros. 2015).

de conformação e auto-revisibilidade do mesmo legislador”¹². Para Novais, a proibição do retrocesso era uma “invenção engenhosa destinada a justificar uma proteção jurídica reforçada a direitos a que se recusara natureza constitucional, jusfundamental”, mas que se tratava de “uma invenção alemã para resolver uma dificuldade ou uma eventual lacuna constitucional alemãs”¹³.

E, de fato, a solução encontrada pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha foi bastante peculiar. A partir de uma concepção alargada do direito de propriedade, a proibição de retrocesso social surgiu na Alemanha como a proibição de extinção, sem esquemas compensatórios, de direitos subjetivos públicos de natureza patrimonial¹⁴. Em apertada síntese, a ideia desenvolvida pelo Tribunal Federal Constitucional, com olhos sobre os direitos de seguridade social, não admitia a possibilidade de o Estado recolher dos cidadãos contribuições específicas para que estes pudessem gozar de algum benefício de cunho patrimonial, e que posteriormente, e sem qualquer compensação, simplesmente suprimisse o direito que o indivíduo contribuía para ter. Desse modo, a proibição de retrocesso social, ao menos a princípio, visava apenas proteger prestações estatais pecuniárias que os cidadãos tinham direito a receber por preencher algum requisito estabelecido em lei (o que se pode chamar de benefícios previdenciários).

Ingo Sarlet alerta, nessa senda, que não seriam todos os direitos públicos subjetivos de natureza patrimonial que estariam protegidos pela proibição do retrocesso, pois o direito de propriedade somente garantiria a manutenção da prestação social se preenchidos três requisitos cumulativos, a saber: (i) o indivíduo que pretenda receber a prestação deve ter dado ao Estado uma contraprestação pessoal que seja relativamente equivalente àquilo que pleiteia, de modo que ficam excluídas da proibição de retrocesso prestações unilaterais do Estado; (ii) a pretensão, como já afirmado anteriormente, deve ter natureza patrimonial, ou seja, prestação pecuniária; e, enfim, (iii) a prestação deve cumprir a função de garantir a existência do titular¹⁵. O alargamento da noção de propriedade, nesses termos, visava proteger aposentadorias, pensões, seguro-desemprego e seguro contra acidentes de trabalho, por exemplo.

Fica claro que os fundamentos para o reconhecimento da proibição de retrocesso na Alemanha foram limitados, sem dúvidas, ao modelo constitucional adotado naquele país, que,

¹² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais**. 2ª edição. Lisboa: Editora AAFDL. 2016. p. 255.

¹³ *Ibidem*, p. 255.

¹⁴ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. P. 142.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. p. 460.

bem ou mal, optou por não constitucionalizar os direitos sociais, de modo que, em comparação com o desenvolvimento da proibição de retrocesso em Portugal, a Alemanha teve que encontrar uma fórmula mais engenhosa (alargamento do direito de propriedade) e menos ampla para cristalizar as conquistas sociais.

2.3 – A DOCTRINA BRASILEIRA DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Felipe Derbli atribui a José Afonso da Silva a gênese do debate acerca da proibição de retrocesso no Brasil, quando já na obra “Aplicabilidade das Normas Constitucionais” tangenciou o tema a partir da ideia de que as normas programáticas, mesmo dependentes da intermediação legislativa para adquirirem plena eficácia, são normas preceptivas e, como tais, indicam ao menos uma vedação ao legislador, que não poderá ir de encontro ao programa definido na Constituição. Nas palavras de Derbli, sem se referir à expressão “proibição de retrocesso”, para José Afonso “a lei nova não pode desfazer o grau de efeitos da norma constitucional já alcançado através de lei anterior”¹⁶.

A noção de proibição de retrocesso avançou um pouco a partir do tratamento dado por outros Autores, notadamente Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos. Ambos, inclusive, já se referem ao princípio da proibição do retrocesso e desenvolvem ideias semelhantes sobre a questão.

Barroso reconhece a proibição de retrocesso como princípio implícito que veda a supressão pura e simples de lei que regulamenta um direito ou uma garantia, ou, em suas próprias palavras, “se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”. Assim, “o que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir de sua regulamentação”, de modo que o legislador, após ter dado condições de aplicabilidade a uma norma programática, “não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior”. Para Barroso, portanto, é inadmissível a desregulamentação de um direito ou uma garantia, o que não impede eventuais adequações e até mesmo restrições, a princípio, desde que, mais uma vez, não implique numa total desregulamentação do direito, ou nas palavras do próprio autor, o retorno a um “estado de omissão legislativa”¹⁷.

¹⁶ *Ibidem*, p. 166-168.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. P. 158-159.

Ana Paula de Barcellos desenvolve raciocínio semelhante, embora considere que a proibição de retrocesso seja uma modalidade de eficácia das normas constitucionais, em especial dos princípios constitucionais, e não um princípio implícito em si. O raciocínio e as conclusões a que chega são, no entanto, praticamente iguais às já expostas. Para Barcellos, a Constituição vincula o legislador, ainda que a norma constitucional seja um princípio¹⁸. A vinculação, nesses casos, decorre da possibilidade de impedir que o Poder Legislativo contrarie a norma constitucional mediante um agir, o que implica o reconhecimento de que as normas constitucionais de baixa densidade normativa são dotadas ao menos de uma eficácia negativa. Isso proibiria o legislador de revogar uma lei (ou várias leis) que regulamente um direito constitucional, salvo nos casos em que, no lugar das regulamentações revogadas, seja elaborada uma nova formatação para a entrega do direito, ou, como normalmente se diz, sem a elaboração de esquemas compensatórios. Barcellos ressalva, desse modo, que o retrocesso “não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que o novo Legislativo entenda mais apropriada”. O que não se admite, assim, é a mera revogação pura e simples da regulamentação, de modo a deixar a norma constitucional completamente esvaziada, situação que configura uma afronta à Constituição¹⁹.

Apesar de outras manifestações semelhantes na doutrina, é Ingo Wolfgang Sarlet quem irá desenvolver com maior profundidade os fundamentos e parâmetros de aplicação da proibição de retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual será estudado com maior profundidade.

Sarlet considera que a proibição de retrocesso é, com Barroso, um princípio implícito do ordenamento constitucional brasileiro, o qual pode ser reconhecido e extraído de diversos outros princípios e argumentos de matriz jurídico constitucional. O Autor desenvolve 7 (sete) tópicos com argumentos e princípios que considera serem parte do reconhecimento da proibição de retrocesso:

- a) Do princípio do Estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica, além de uma segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral;

¹⁸ O que Ana Paula de Barcellos chama genericamente de princípio são as normas constitucionais com baixa densidade normativa, ou seja, todas aquelas que dependam de intermediação legislativa para adquirir aplicabilidade.

¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. P. 70-80.

b) Do princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar;

c) Do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, contidos no artigo 5º, §1º, e que necessariamente abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais. Com efeito, a indispensável otimização da eficácia e efetividade do direito à segurança jurídica (e, portanto, sempre também do princípio da segurança jurídica) reclama que se dê ao mesmo a maior proteção possível, o que, por seu turno, exige uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo, inclusive na acepção aqui desenvolvida;

d) As manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição, no que diz com a proteção contra medidas de cunho retroativo (na qual se enquadra a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) não dão conta do universo de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica, que, de resto, encontra fundamento direto no artigo 5º, *caput*, da nossa Lei Fundamental e no princípio do Estado Social e democrático de direito;

e) O princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (além da sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe ao poder público – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência de boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas;

f) Os órgãos estatais, especialmente como corolário da segurança jurídica e proteção da confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a uma certa autovinculação em relação aos atos anteriores. Esta, por sua vez, alcança tanto o legislador, quando os atos da administração e, em certa medida, dos órgãos jurisdicionais, aspecto que, todavia, carece de maior desenvolvimento do que o permitido pelos limites do presente estudo;

g) Negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de 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 do Constituinte. Com efeito, como bem lembra Luís Roberto Barroso, mediante o reconhecimento de uma proibição de retrocesso está a se impedir a frustração da efetividade constitucional, já que, na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito, estaria acarretando um retorno à situação de omissão (inconstitucional, como

poderíamos acrescentar) anterior. Precisamente neste contexto, insere-se a também argumentação deduzida pelos votos condutores (especialmente do então Conselheiro Vital Moreira) do já referido *leading case* do Tribunal Constitucional de Portugal, versando sobre o Serviço Nacional de Saúde, sustentando que “as tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a cria-los, obrigam também a não aboli-los uma vez criados”, aduzindo que “após ter emanado uma lei requerida pela constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar esta lei, repondo o estado de coisas anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir a alterá-los ou reforma-los nos limites constitucionalmente admitidos (grifo nosso); mas não pode vir a extingui-los ou revoga-los”. Nesse contexto, é correta a percepção de que uma das funções principais do princípio da proibição do retrocesso é a de impedir a recriação de omissões legislativas, ainda que tal função não corresponda, é preciso enfatizar, a integralidade das consequências jurídicas vinculadas à proibição de retrocesso.

h) Os argumentos esgrimidos restam robustecidos por um fundamento adicional extraído do direito internacional, notadamente no plano dos direitos econômicos sociais e culturais. Com efeito, de acordo com arguta observação de Victor Abramovich e Christian Courtis, bem retomada, entre nós, por André de Carvalho Ramos, sustentando que o sistema de proteção internacional impõe a progressiva implementação efetiva da proteção social por parte dos Estados, encontra-se implicitamente vedado o retrocesso em relação aos direitos sociais já concretizados.²⁰

Com efeito, embora fosse possível condensar alguns dos argumentos acima transcritos a fim de tornar as enunciações mais compactas e objetivas, a importância da fundamentação elaborada por Sarlet é conjugar diversos princípios constitucionais (segurança jurídica, proteção da confiança, máxima efetividade das normas constitucionais e etc.) para enunciar o princípio implícito da proibição de retrocesso.

Sarlet, então, ao constatar não haver debates relevantes com relação ao reconhecimento de uma proibição ao retrocesso, enuncia que a questão ainda não pacificada diz respeito à amplitude da proteção garantida pela proibição do retrocesso, ou, em outros termos, em que medida é proibido retroceder. Isso porque do mesmo modo em que se reconhece, sem maiores controvérsias, a proibição do retrocesso, também se admite que essa proibição não pode assumir um caráter absoluto. Algum retrocesso, portanto, é admissível²¹.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015 P. 464-466.

²¹ *Ibidem*, p. 467.

Pontua Ingo Sarlet que a proibição absoluta de retrocesso não poderia ser admitida porque isso importaria no reconhecimento de um prejuízo substancial da atividade legislativa, que pressupõe a possibilidade de revisão dos esquemas legislativos que emprestam densidade normativa às normas constitucionais. Diz, ainda, que o legislador não é mero executor das decisões constitucionais, o que significa que a Constituição admite caminhos diversos e igualmente legítimos na concretização de suas normas, razão pela qual a escolha feita pelo legislador em um determinado momento não pode impedir que em um momento futuro se opte por uma outra opção, ainda que essa nova opção seja menos concretizadora do que a anterior. Ao endossar as observações de Vieira de Andrade, Sarlet destaca que a absoluta proibição de retrocesso seria incompatível com a teoria dos direitos fundamentais, pois se rejeita a possibilidade de restrição de direitos sociais enquanto que os direitos de defesa podem tranquilamente ser restringidos. Por fim, Sarlet destaca que a absoluta proibição de retrocesso provocaria mais uma anomalia pela constatação de que normas infraconstitucionais teriam status de norma constitucional, haja vista a impossibilidade de sua alteração (ao menos para restringir direitos e garantias) por meio de outras normas infraconstitucionais de igual hierarquia²².

Ante o reconhecimento de que a proibição de retrocesso não assume feição absoluta, e tendo em vista seu caráter principiológico²³, Ingo destaca que é possível aceitar a redução de direitos e garantias consagradas em âmbito infraconstitucional, desde que não haja uma supressão pura e simples desses direitos e garantias, e então remete à fórmula de Canotilho como a melhor forma de balizar o alcance verdadeiro da proibição de retrocesso. Ao fim e ao cabo, o que se protege é o núcleo essencial já concretizado a nível legislativo²⁴.

Em que pese a dificuldade inerente em tentar definir quando o núcleo essencial de um direito estará sendo violado²⁵, o que pode levar a diferentes concepções de quão forte é a proibição de retrocesso e, como consequência, resultar na constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada medida legislativa a depender da concepção que o

²² *Ibidem*, p. 467-468.

²³ O caráter principiológico aqui diz respeito à caracterização das normas de direitos sociais como mandamentos de otimização, conforme a difundida obra de Robert Alexy, que afirma que “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, e que a aplicação de princípios sempre pressupõe a colisão com outros princípios constitucionais, o que atrai um método sofisticado, também muito difundido, de solução desses conflitos, qual seja, a proporcionalidade (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo Malheiros. 2008)

²⁴ *Op. cit.*, p. 468-469.

²⁵ Inclusive, na obra várias vezes citadas de Ingo Sarlet, nas páginas 469 em diante ele se dedica a formular parâmetros e critérios para a aplicação da proibição do retrocesso, ou seja, quando terá havido violação ao núcleo essencial já realizado. Também é comum se referir a mínimo existencial e/ou mínimo vital como parâmetro de aferição de violação ao núcleo essencial.

intérprete tenha do grau de proibição, é certo dizer que há um consenso no sentido de que uma nova lei não é automaticamente inconstitucional apenas e tão somente por ter reduzido direitos e garantias (proibição absoluta), embora, conforme reforça Ingo Sarlet, a redução de direitos e garantias sofreria de uma desconfiança natural acerca de sua validade, o que, segundo o autor resulta em uma presunção relativa de inconstitucionalidade²⁶.

O que importa, nesse momento, é consignar que a noção de proibição de retrocesso no Brasil se limita à proteção do núcleo essencial (embora definir o que é o núcleo essencial seja tarefa por demais complexa e que será objeto de posterior análise) do direito já concretizado, o que afasta qualquer concepção de absoluta proibição de retrocesso. Somente será inconstitucional, portanto, lei nova que suprima política pública instituída para a entrega de um direito, ou restrinja o direito de modo a atingir seu núcleo essencial, violando a noção de mínimo existencial e incorrendo na vedação de proteção deficiente (ou insuficiente).

A concepção de proibição de retrocesso, conforme já referido, foi concebida para proteger, a princípio, os direitos fundamentais de segunda dimensão (direitos sociais, em suma), porém devido às semelhantes características destes com os direitos de terceira dimensão, no que tange à baixa densidade normativa das disposições constitucionais que as preveem e a necessária intermediação legislativa, em especial o meio ambiente, não tardou para que a proibição de retrocesso passasse da proteção social para a proteção ambiental.

3 - DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

O Meio Ambiente é, na história da humanidade, objeto de preocupações relativamente recentes. Apenas a partir da segunda metade do século XX é que surgiram movimentos em prol da proteção ambiental ao redor do mundo, impulsionados por catástrofes ecológicas que voltaram as atenções globais à necessidade de tratar os recursos naturais de forma responsável.

Com efeito, a humanidade sempre, ao menos desde que aprendeu como criar animais e cultivar lavouras, foi a responsável por intervir no meio ambiente com o propósito de atingir um fim específico. A partir da revolução industrial, século XIX, a pressão sobre o meio

²⁶ “(...) merece acolhida a tese de que uma medida restritiva em matéria de direitos sociais em princípio deve ser encarada com reservas, isto é, como uma medida ‘suspeita’ e submetida a uma presunção (sempre relativa) de inconstitucionalidade, de tal sorte que sujeita a controle no que concerne à sua proporcionalidade ou mesmo no que diz com a observância de outras exigências.” (*Ibidem*, p. 472).

ambiente cresceu de modo exponencial. O ser humano passou a sugar o planeta de maneira insustentável, e não tardou para que as consequências disso se manifestassem.

Desastres ambientais resultado da atividade humana passaram a ser uma infeliz constante, e já na década de 1950 e 1960 surgiram diversos movimentos ambientalistas que chamavam a atenção à caminhada que a espécie humana fazia rumo ao abismo, cortesia da irresponsável e abusiva utilização de recursos naturais²⁷.

O nascimento do Direito Ambiental no cenário jurídico internacional é a Convenção de Estocolmo em 1972, que reuniu dezenas de líderes mundiais com o objetivo de discutir, enfim, medidas de proteção ao meio ambiente a serem adotados por todas as nações, mediante o reconhecimento de que a humanidade corria risco de se auto destruir ao destruir o meio ambiente²⁸.

O reconhecimento da necessidade de preservar os recursos naturais para as futuras gerações e a consciência de que danos irreversíveis ao meio ambiente podem vir a ser extremamente prejudiciais à saúde e ao bem estar do ser humano²⁹, dentre diversas outras constatações, demonstra a importância histórica da Declaração de Estocolmo e dos 26 (vinte e seis) princípios ali enunciados, que acabaram por ser, pouco tempo depois, incorporados de maneira quase que integral pelos ordenamentos jurídicos internos dos países signatários do documento.

No Brasil, Herman Benjamin traça um interessante histórico da proteção jurídica outorgada ao meio ambiente na legislação brasileira, que divide-se em três fases caracterizadas principalmente pela valoração ético-jurídica do meio ambiente, ou seja, a forma como o meio ambiente era encarado pelo legislador no momento de regulamentar a utilização dos recursos naturais. A primeira fase é a “fase da exploração desregrada”, em que a questão ambiental não

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago, **Direito Ambiental: Introdução, Fundamentos e Teoria Geral**, São Paulo: Saraiva, 2014, Capítulo 1.

²⁸ *Ibidem*, p. 152.

²⁹ Proclamação 6 da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano: “6. Chegamos a um momento da história em que devemos orientar nossos atos em todo o mundo com particular atenção às consequências que podem ter para o meio ambiente. Por ignorância ou indiferença, podemos causar danos imensos e irreparáveis ao meio ambiente da terra do qual dependem nossa vida e nosso bem-estar. Ao contrário, com um conhecimento mais profundo e uma ação mais prudente, podemos conseguir para nós mesmos e para nossa posteridade, condições melhores de vida, em um meio ambiente mais de acordo com as necessidades e aspirações do homem. As perspectivas de elevar a qualidade do meio ambiente e de criar uma vida satisfatória são grandes. É preciso entusiasmo, mas, por outro lado, serenidade de ânimo, trabalho duro e sistemático. Para chegar à plenitude de sua liberdade dentro da natureza, e, em harmonia com ela, o homem deve aplicar seus conhecimentos para criar um meio ambiente melhor. A defesa e o melhoramento do meio ambiente humano para as gerações presentes e futuras se converteu na meta imperiosa da humanidade, que se deve perseguir, ao mesmo tempo em que se mantém as metas fundamentais já estabelecidas, da paz e do desenvolvimento econômico e social em todo o mundo, e em conformidade com elas.” (disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>, acesso em 28/04/2020)

existia e a omissão legislativa era o traço característico. O que importava era a exploração máxima do meio ambiente, e, quando muito, a questão ambiental surgia como um desdobramento de conflitos de vizinhança. Essa fase durou desde o descobrimento do Brasil até a década de 60 do Século XX, quando se instaura a “fase fragmentária”, caracterizada, por sua vez, pela existência de normas de proteção ambiental dispersas no ordenamento jurídico, porém orientadas pelo utilitarismo, o que significa que somente foi objeto de tutela jurídica aquilo que tinha interesse econômico, e ainda assim sem que o objetivo fosse a proteção do ambiente como um bem em si mesmo. Quando muito, a tutela do meio ambiente tinha como fundamento a proteção da saúde pública, e não o meio ambiente em si³⁰. Durante a fase fragmentária, vale destacar, foi criada a Secretaria Especial do Meio Ambiente, por meio do Decreto Federal nº 73.030, de 30/10/1973, o primeiro órgão ambiental do Brasil (sua criação, como se pode perceber pela data, foi fortemente influenciada pela Conferência de Estocolmo). A promulgação da Lei 6.938/1981³¹ marcaria o fim da fase fragmentária e o início da “fase holística”, quando o “ambiente passa a ser protegido de maneira integral, vale dizer, como sistema ecológico integrado (resguardam-se apenas as partes a partir do todo) e com autonomia valorativa (é, em si mesmo, bem jurídico)”³².

Alguns anos depois o Brasil, já seguindo a tendência de vários países que vinham consagrando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nos textos constitucionais desde a década de 70, promulgou a Constituição Federal de 1988 dedicando todo o artigo 225 da Carta Magna (inserido no Título “Da Ordem Econômica e Social”) à tratativa de questões ambientais, afirmando em seu caput que “todos tem 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”.

A partir, portanto, do reconhecimento de que um meio ambiente equilibrado é condição de possibilidade para uma vida digna e saudável, é natural que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado esteja intimamente conectado a outros direitos fundamentais, em especial o direito à vida e à saúde, além, é claro, de constituir um aspecto

³⁰ Édis Milaré afirma que “aí está, historicamente, o primeiro fundamento para a tutela ambiental, ou seja, a saúde humana, tendo como pressuposto, explícito ou implícito, a saúde ambiental” (**Direito do Ambiente**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. P. 166),

³¹ Para Ingo Sarlet, Paulo Affonso Leme Machado e Tiago Ferstenseifer, a Lei 6.938/1981 é “o marco normativo mais significativo para a consolidação do Direito Ambiental e afirmação dos valores ecológicos no sistema jurídico brasileiro (e mesmo de sua gradual reconstrução e fortalecimento)”, inclusive fazendo referência à Lei como “Código Ambiental” (**Constituição e Legislação Ambiental Comentadas**. São Paulo: Saraiva. 2015. P. 31)

³² BENJAMIN, Antônio Herman V., **Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro**, Revista de Direito Ambiental 14/48, abr/jun 1999.

essencial da dignidade da pessoa humana, o que para alguns autores representa uma “dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana”³³.

Para Édis Milaré, a previsão constitucional de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado colore de “verde” a Constituição Federal³⁴. Ingo Sarlet e Tiago Fersterseifer, embora não se refiram à Constituição “verde” de Milaré, defendem a ideia de que a proteção do meio ambiente passa a ser um novo fundamento de toda a ordem jurídica interna, em especial pelo reconhecimento de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito-dever fundamental, o que coloca “os valores ecológicos no ‘coração’ do Direito brasileiro, influenciando todos os ramos jurídicos, inclusive a ponto de implicar limites a outros direitos (fundamentais ou não)”³⁵. Em outra obra, na qual Sarlet e Fersterseifer escrevem com Paulo Affonso Leme Machado, os autores consignam que a consagração constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado significa a superação do Estado Social, que passa a ser um Estado Socioambiental, que não abandona as conquistas do Estado Social, mas incorpora “uma dimensão ecológica, comprometendo-se com a estabilização e prevenção do quadro de riscos e degradação ecológica”³⁶.

Sobre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente, aliás, Édis Milaré interpreta o art. 225 da Constituição Federal em quatro pilares: (i) representa a própria criação de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sua necessária preservação para as presentes e futuras gerações; (ii) define o meio ambiente como “bem de uso comum do povo”, o que implica o reconhecimento de sua titularidade difusa; (iii) afirma ser o meio ambiente equilibrado a condição para uma sadia qualidade de vida, o que atrai relações inquestionáveis do meio ambiente equilibrado com a dignidade da pessoa humana³⁷;

³³ “O reconhecimento de uma dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana se dá em razão do reconhecimento de que a proteção e promoção do ambiente são também exigências da própria dignidade e vida com dignidade do ser humano e de que este tem deveres para com a vida (natureza) não humana, mitigando-se o antropocentrismo característico do constitucionalismo precedente” (SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Affonso Leme; FERSTENSEIFER, Tiago. **Constituição e Legislação Ambiental Comentadas**. São Paulo: Saraiva. 2015. P. 39-40)

³⁴ “A Constituição de 1988 pode muito bem ser denominada ‘verde’, tal o destaque (em boa hora) que dá à proteção do meio ambiente. Contrariamente aos Textos anteriores, que somente cuidaram da matéria em disposições pontuais, foi ela agora contemplada dentro de uma concepção sistêmica, disciplinando o meio ambiente como princípio das ordens econômicas e social” (*Op. cit.*, p. 175).

³⁵ *Op. cit.*, p. 241. José Rubens Morato Leite e Germana Parente Neiva Belchior também destacam a necessidade de que a proteção ao meio ambiente se irradie sobre todo o ordenamento jurídico ao defender que “ao adotar o paradigma ecológico, é necessário um novo modo de ver a ordem jurídica, com uma pré-compreensão diferenciada do intérprete, o que demanda a utilização de uma Hermenêutica Ambiental específica” (LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Direito Constitucional Ambiental**. In: FARIAS, Talden; TRENNEPOHL, Terence (coord.). **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. P. 83).

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Affonso Leme; FERSTENSEIFER, Tiago. **Constituição e Legislação Ambiental Comentadas**. São Paulo: Saraiva. 2015. P. 36.

³⁷ Para Paulo Affonso Leme Machado, “o direito à vida sempre foi assegurado como direito fundamental nas Constituições brasileiras. Na Constituição de 1988 há um avanço. Resguarda-se a *dignidade da pessoa humana*

e, por fim, (iv) cria deveres para o Poder Público, “geral e positivo, representado por verdadeiras obrigações de fazer, isto é, de zelar pela defesa (defender) e preservação (preservar) do meio ambiente”, de modo que não está dentro das opções discricionárias do Estado defender ou não o meio ambiente; ele está obrigado pela Constituição a defender e preservar o meio ambiente³⁸.

Em arremate, as palavras do Ministro Celso de Mello, em paradigmático precedente do Supremo Tribunal Federal, bem resumem o significado do direito ao meio ambiente na ordem jurídica constitucional inaugurada pela Constituição de 1988:

O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. (...). Os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.³⁹

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado gera, como antes já mencionado, obrigações ao Poder Público, obrigações estas que, no entanto, não são precisas. A Constituição estabelece, no caput do art. 225, a obrigação de defender e preservar o meio ambiente, o que é, de certo modo, melhor definido nos 7 (sete) parágrafos que acompanham o art. 225, em especial o §1º que estabelece várias diretrizes que o Poder Público deve seguir a fim de defender e preservar o meio ambiente⁴⁰. Nada obstante, como característica natural de

(art. 1º, III) e é feita a introdução do *direito à sadia qualidade de vida*.” (MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 23ª edição. São Paulo: Malheiros. 2015. P. 152).

³⁸ *Op. cit.*, p. 180-181. Especificamente com relação a esse último ponto, Milaré afirma que a defesa e preservação do meio ambiente “sai da esfera da conveniência e oportunidade para ingressar num campo estritamente delimitado, o da imposição, onde só cabe um único, e nada mais que único, comportamento: defender e proteger o meio ambiente” (p. 181). Apesar da afirmação peremptória, o Autor não está a defender a plena aplicabilidade das normas constitucionais que tratam da questão do meio ambiente, mas sim que o Poder Público deve agir conforme determina a Constituição. Assim, quando diz que só cabe “um único” comportamento, Milaré está a tratar da dicotomia ação-omissão, e não entre várias opções possíveis de ação voltada à proteção ambiental.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MS nº 22.164. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 1, p. 39.206, 17.11.1995.

⁴⁰ A título de exemplo, a Constituição determina ao Poder Público “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas” (inc. I), “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental” (inc. IV) e “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente” (inc. VI).

um direito fundamental de terceira dimensão, não é possível extrair ações concretas dos dispositivos constitucionais, que dependem de intermediação legislativa para que seja possível conferir real efetividade às normas constitucionais que consagram o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado⁴¹.

No ordenamento jurídico brasileiro é possível afirmar que não há qualquer dispositivo constitucional em matéria ambiental que não tenha sido objeto de legislação integradora. Com efeito, dentre as importantes leis que tratam de meio ambiente e proteção ambiental, é possível mencionar a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), que traça diretrizes gerais acerca da gestão dos recursos naturais e estabelece o Sistema Nacional do Meio Ambiente, composto por órgãos ambientais de todos os níveis federativos, dentre diversas outras importantes previsões. Há, ainda, uma lei específica para tipificar crimes contra o meio ambiente (Lei 9.605/1999), uma Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/1997), uma Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010), um Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei 9.985/2000) e um Código Florestal (Lei 12.651/2012), apenas para citar os exemplos mais relevantes.

Diz-se que no Brasil há um complexo de normas de proteção ambiental extremamente avançado, porém pouco efetivo, no sentido de que tais normas não são devidamente respeitadas e, portanto, não produzem o resultado que delas se espera. Édis Milaré destaca que “o maior dos problemas ambientais brasileiros é o desrespeito generalizado, impunido ou impunível, à legislação vigente”⁴². Nesse quadro, o debate não é mais em torno da efetividade das normas constitucionais atinentes ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, haja vista a existência de leis que dão densidade normativa aos dispositivos constitucionais.

O que gera dúvidas e controvérsias, e sobretudo relevância prática e teórica na discussão acerca da proibição de retrocesso, é, dessarte, a reforma das leis relacionadas à gestão de recursos naturais e/ou proteção ambiental. Esse é o estímulo responsável por acarretar a passagem do princípio da proibição do retrocesso do campo social para o campo ambiental, conforme abaixo analisado.

4 - A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL

⁴¹ O direito ao meio ambiente equilibrado, afirma Paulo Affonso Leme Machado, tem “seus alicerces fincados constitucionalmente para a construção de uma sociedade política ecologicamente democrática e de direito”, porém esse direito prescinde de “normas e políticas públicas para serem dimensionados completamente” (*op. cit.*, p. 152).

⁴² *Op. cit.*, p. 177.

A construção teórica da proibição de retrocesso ambiental é, em certa medida, semelhante à vertente social, pelo menos na doutrina brasileira. Em muitos pontos, no entanto, a defesa da proibição de retrocesso ambiental vai além do que já se defendeu e se defende para a proibição de retrocesso social⁴³. Os primeiros trabalhos tratando da proibição de retrocesso ambiental surgem na primeira década dos anos 2000 e se intensificam a partir do momento em que o Projeto de Lei que resultou no Novo Código Florestal (Lei 12.651/2012) passa a tramitar de maneira mais acelerada e com perspectivas reais de aprovação.

Aliás, o Novo Código Florestal foi o alvo principal de quantidade considerável de trabalhos que trataram da proibição de retrocesso, haja vista que em comparação com a legislação anterior (Lei 4.771/1965 e suas diversas alterações posteriores) a nova lei diminuiu, em alguma medida, alguns níveis de proteção ambiental, sem, no entanto, extinguir nenhum instituto. Sem prejuízo de um aprofundamento maior dessa análise no próximo capítulo, é possível adiantar que o Novo Código Florestal reduziu o nível de proteção conferido às Áreas de Preservação Permanente (APP) e às Reservas Legais (RL), criando até mesmo a figura das Áreas Rurais Consolidadas, as quais isentaram a recuperação de Áreas de Preservação Permanente e Reservas Legais desmatadas ilegalmente sob a égide da legislação anterior, desde que cumpridos os requisitos e condições previstos no Novo Código. Muitos afirmaram que a Lei 12.651/2012 era inconstitucional por violação à proibição de retrocesso, debate que foi parar no Supremo Tribunal Federal tão logo o Código Florestal entrou em vigência.

O nome internacional mais conhecido no Brasil que trata de questões ambientais é Michel Prieur, autor francês de grande prestígio não só aqui, mas no mundo todo. Ele é considerado um dos primeiros a defender uma versão ambiental da proibição de retrocesso, e naturalmente é um crítico ferrenho de propostas que visem flexibilizar o nível de proteção ambiental. Em 2012 publicou um texto tratando do tema em livro digital organizado pelo

⁴³ A título de exemplo: SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFEIR, Tiago. 2010. **Breves Considerações Sobre os Deveres de Proteção do Estado e a Garantia de Proibição de Retrocesso em Matéria Ambiental**. Revista de Direito Ambiental. Vol. 58/2010. Arquivo digital p. 1 – 30; SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFEIR, Tiago. **Novos Desenvolvimentos na Seara do Assim Chamado Princípio da Proibição de Retrocesso Ecológico à Luz da Atual Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal**. Revista de Direito Ambiental. Vol. 96/2019. P. 171 – 218. Out – Dez /2019 (versão eletrônica); AYALA, Patrick de Araújo. **Direito Fundamental ao Ambiente, Mínimo Existencial Ecológico e Proibição de Retrocesso na Ordem Constitucional Brasileira**. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). **Direito Ambiental: Fundamentos do Direito Ambiental**. Coleção Doutrinas Essenciais. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. P. 1039 – 1076; THOMÉ, Romeu. **O Princípio da Vedação de Retrocesso Socioambiental no Contexto da Sociedade de Risco**. Salvador: JusPodivm. 2014; BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e controle (CMA). **O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. 2012. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>. Acesso em 15/02/2020.

Senado Federal, resultado do Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental realizado no mesmo ano, no qual expôs o que entende sobre a matéria⁴⁴.

Para Prieur, a argumentação por uma proibição de retrocesso se funda em três elementos: a finalidade do Direito Ambiental, a necessidade de se afastar a mutabilidade do Direito e, por fim, a intangibilidade dos direitos humanos.

O Direito Ambiental não teria como objetivo apenas a regulamentação do uso dos recursos naturais, mas teria, na verdade, o objetivo principal de promover um meio ambiente mais sadio, ou seja, uma aspiração em despoluir o meio ambiente⁴⁵. Suprimir normas de proteção ambiental, ou mesmo diminuir a proteção ambiental já consagrada é ir de encontro à própria finalidade do Direito Ambiental⁴⁶.

A possibilidade de alteração legislativa, portanto, deve ser repensada. A mutabilidade do Direito deve ser superada em prol da proteção à vida e à saúde das gerações presentes e futuras. O meio ambiente e os direitos humanos constituiriam, assim, exceções à regra da mutabilidade do Direito⁴⁷. Prieur chega a defender que, em nome da proibição de retrocesso, se abandone o clássico postulado de que a lei posterior revoga a anterior⁴⁸.

No mais, Prieur destaca que em diversos diplomas internacionais de direitos humanos há uma pretensão de progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, associados ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de modo que “deduz-se, pois, dessa progressividade uma obrigação de não regressão, ou não regressiva”⁴⁹. As proteções ambientais, portanto, deveriam apenas progredir, e não retroceder.

⁴⁴ PRIEUR, Michel. **Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. In: BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e controle (CMA). O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. 2012. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>. Acesso em 15/02/2020. P. 11 – 54.

⁴⁵ “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.” (*Ibidem*, p. 16-17)

⁴⁶ “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.” (*Ibidem*, p. 18)

⁴⁷ “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.” (*Ibidem*, p. 19-20)

⁴⁸ “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.” (*Ibidem*, p. 28)

⁴⁹ *Ibidem*, p. 20-21. Prieur cita, entre outros, os seguintes diplomas: Pacto Internacional relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC), Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, Convenção Americana de Direitos Humanos e Protocolo de San Salvador. Christian Courtis, de maneira semelhante, invoca diversos diplomas internacionais para justificar seu posicionamento em prol de uma proibição absoluta de retrocesso no campo social (COURTIS Christian. **La**

A partir daí Prieur passa a acrescentar outros argumentos em prol do reconhecimento da proibição de retrocesso, inclusive quase que fazendo um apelo ao reconhecimento de um “caráter finalista e voluntarista” do direito ao meio ambiente, o qual seria capaz de “satisfazer aos moralistas” e superar as objeções que a proibição de retrocesso encontrou na seara social⁵⁰.

Apesar de sua contundente argumentação no sentido de que a proibição de retrocesso ambiental estaria presente em várias Constituições (como a do Brasil) e em textos de tratados internacionais, o autor reconhece, no entanto, que a proibição de retrocesso não decorre de maneira tão explícita desses textos, sugerindo, então, que o controle de normas regressivas seja feito com base em outros princípios já consagrados, tais como o princípio da segurança jurídica, o princípio da confiança legítima e o controle da proporcionalidade da medida⁵¹. Aliás, em entrevista recente, Prieur admite que a proibição de retrocesso não está prevista na Constituição do Brasil, o que possibilitou o retrocesso em alguns casos, como no Código Florestal⁵².

Prieur até mesmo rejeita a possibilidade de retrocesso calcada na ideia de um “mínimo essencial ecológico”, ideia que, como visto, já é bem aceita pela maioria daqueles que defendem a proibição de retrocesso social. Para o autor, a ideia de mínimo existencial (ou núcleo essencial) tal qual desenvolvida no âmbito de direitos sociais não deveria se aplicar ao meio ambiente, considerando as diferenças históricas e de dados, e que aceitar um nível de proteção mínimo é correr o risco de que esse mínimo seja insuficiente. O mínimo ecológico deveria, no entendimento de Prieur, ser a proteção máxima⁵³.

prohibición de regresividad em matéria de derechos sociales: apuntes introductorios. *In* Ni un passo atrás: lá prohibición de regresividad em matéria de derechos sociales / compilado por Christian Courtis. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto. 2006).

⁵⁰ *Ibidem*, p. 24

⁵¹ “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.” (*Ibidem*, p. 44)

⁵² Ao responder se o princípio da proibição do retrocesso estaria na Constituição brasileira, Prieur respondeu: “Não está na Constituição ainda, mas já foi criada jurisprudência em decisões judiciais no passado. Uma mudança na lei pode ajudar muito o país, pois o Congresso, o Executivo e os tribunais seriam obrigados a cumprir o princípio da não regressão, e qualquer violação se tornaria crime. Enquanto não for formalizado, as áreas de meio ambiente do Ministério Público e o Tribunal Superior de Justiça têm de interceder, como já fizeram no passado em decisões sobre mudanças no Código Florestal.” Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/brasil-nao-pode-virar-as-costas-para-o-resto-do-mundo/?fbclid=IwAR0VIRtScflhDudEgKn1GNQKXgsTAOfhbsm47QTOtoEIEu2ng6kecNaHTi0>. Acesso em: 15/04/2020.

⁵³ *Ibidem*, p. 47. Romeu Thomé vai no mesmo sentido quando afirma que “admitir a possibilidade de definição de um mínimo aceitável de qualidade ambiental poderia, ainda, acarretar a fixação de uma meta ínfima ou insuficiente de proteção, desrespeitando o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (THOMÉ. Romeu. **O Princípio da Vedação de Retrocesso Socioambiental no Contexto da Sociedade de Risco**. Salvador: JusPodivm. 2014, p. 128).

A única concessão que Prieur faz com relação à possibilidade de alterações em normas de proteção ambiental seria no caso de a evolução tecnológica ser capaz de demonstrar que a medida de proteção ambiental pode ser abandonada sem prejuízos. Se descobertas científicas apontarem que determinada proteção não é mais útil ao meio ambiente, ou que novas tecnologias são capazes de mitigar adequadamente o impacto de determinada atividade, aí sim se poderia admitir a exclusão de alguma proteção ao meio ambiente, pois não haveria aí um retrocesso no nível de proteção ambiental⁵⁴.

Em resumo, Prieur faz uma defesa quase que ideológica contra a possibilidade de reformas legislativas que diminuam níveis de proteção ambiental, chegando até mesmo a rejeitar a natural mutabilidade do Direito, o que importa no reconhecimento de que Prieur adota uma concepção absoluta de proibição de retrocesso. Para ele, qualquer lei nova que diminua um nível de proteção ambiental é inconstitucional.

No Brasil é Ingo Sarlet quem, mais uma vez, se destaca no desenvolvimento do tema, muito em função dos seus já aprofundados estudos na matéria de direitos fundamentais e, sobretudo, desenvolvimentos anteriores sobre a proibição do retrocesso. Em coautoria com Tiago Fersterseifer, Ingo Sarlet publicou dois textos que se complementam, um no ano de 2010 e outro no ano de 2019, acerca do princípio da proibição de retrocesso em matéria ambiental.

Sem apelo aos argumentos de que o retrocesso viola a própria finalidade do Direito Ambiental e que a mutabilidade do Direito deve ser revista, para Sarlet e Ferstenseifer os fundamentos para o reconhecimento de proibição de retrocesso ambiental são essencialmente os mesmos daqueles já anunciados para a proibição de retrocesso social. Seria, assim, a proibição de retrocesso ambiental um princípio implícito do ordenamento constitucional brasileiro, que decorre de outros princípios de matriz constitucional, como o Estado de Direito, princípio da dignidade humana, princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, princípio da segurança jurídica e dever de progressividade em matéria de direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais⁵⁵.

⁵⁴ “O princípio de não regressão em matéria ambiental não é um obstáculo à evolução do Direito. Ele não ‘congela’ a lei; 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.” (*Ibidem*, p. 44-45)

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFEIR, Tiago. **Breves Considerações Sobre os Deveres de Proteção do Estado e a Garantia de Proibição de Retrocesso em Matéria Ambiental**. Revista de Direito Ambiental. Vol. 58/2010. Arquivo digital p. 6.

Sarlet e Ferstenseifer, então, destacam que a proibição de retrocesso se encontra no campo da eficácia negativa dos direitos fundamentais, de modo a constituir um dever de abstenção ou não-fazer do Estado, no que se refere à supressão ou redução de direitos e garantias previamente já consolidados, de modo a permitir o controle judicial de inovações legislativas que venham a atentar contra esse bloco normativo, constitucional ou infraconstitucional, já consolidado⁵⁶. Naturalmente, pela vinculação do próprio Poder Judiciário aos direitos fundamentais, caberá a fiscalização das medidas legislativas sob a perspectiva da proibição da proteção insuficiente⁵⁷.

Além dos fundamentos que decorrem da própria teoria dos direitos fundamentais, Sarlet e Fersterseifer invocam, de modo semelhante com o que faz Michel Prieur, diversos diplomas internacionais que impõem aos Estados signatários – entre eles o Brasil –, um dever de progressiva realização dos direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais, o que, por certo, proibiria a admissão de qualquer retrocesso⁵⁸.

Para os autores, uma correta compreensão da proibição de retrocesso ambiental deve partir do pressuposto de que a proteção existente já é insuficiente, de modo que deixam claro sua posição no sentido de não admitir nenhum recuo nos níveis de proteção ambiental, em especial quando afirmam que o dever de progressividade deve atuar “a fim de ampliar a qualidade de vida existente hoje e atender a padrões cada vez mais rigorosos de tutela da dignidade humana, não admitindo o retrocesso, em termos normativos, a um nível de proteção inferior àquele verificado hoje”⁵⁹.

Nada obstante, admitem que restrições seriam admissíveis, nos moldes da fórmula tradicional, preservando-se o núcleo essencial do direito fundamental em questão, porém argumentam por uma suspeição de inconstitucionalidade das medidas restritivas, que teriam de

⁵⁶ “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.” (*Ibidem*, p. 7.)

⁵⁷ *Ibidem*, p. 6.

⁵⁸ “Em outras palavras, a cláusula de progressividade veicula a necessidade de a tutela legislativa dispensada a determinado direito fundamental deve ser permanentemente aprimorada e fortificada, de modo, inclusive, a vincular juridicamente os Poderes Públicos à consecução de tal objetivo.” (*Ibidem*, p. 9)

⁵⁹ *Ibidem*, p. 10. Em pelo menos dois trechos da mesma página os autores deixam claro seu entendimento no sentido de que a proteção atualmente existente é pouca ou insuficiente: “(...) 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” e “Para uma compreensão adequada do conceito de proibição de retrocesso ambiental, é importante destacar que há um déficit em termos de proteção ambiental existente hoje, na medida em que, como é visível na questão do aquecimento global, há que tomar medidas no sentido de “recuar” em termos de práticas poluidoras, não sendo suficiente apenas impedir que tais práticas sejam ampliadas.”

passar por rigoroso escrutínio para demonstrar sua própria constitucionalidade⁶⁰, o que significa uma inversão, na prática, da presunção de constitucionalidade das leis.

No ano de 2019, Sarlet e Fersterseifer revisitaram o tema e avançaram em alguns pontos para firmar posição por uma proibição de retrocesso ainda mais contundente e absoluta. Se no primeiro texto os autores já deram sinais de que a proibição de retrocesso ambiental seria muito mais rígida do que a proibição de retrocesso social, no mais recente estudo essa ideia foi claramente explicitada.

Sarlet e Fersterseifer, nesse sentido, destacam a autonomia da proibição de retrocesso ambiental face ao retrocesso social. O argumento é que as prestações sociais estariam limitadas por questões políticas e orçamentárias, ao passo que a proteção do meio ambiente visa proteger a integridade física do planeta, o que não poderia depender das mesmas limitações da prestação social⁶¹.

A compreensão da vinculação dos Poderes à proibição de retrocesso também é melhor desenvolvida, indo além do Poder Legislativo para referir-se com mais profundidade ao Poder Executivo e Poder Judiciário. Assim, defendem os autores que reformas administrativas que atinjam órgãos ambientais podem ser objeto de controle sob o crivo da proibição de retrocesso. A extinção de órgãos ambientais, assim, seria inconstitucional, salvo se da extinção do órgão exsurja outro com igual ou superior eficácia⁶². Até mesmo o Judiciário estaria sujeito à proibição de retrocesso, o que, ao menos em tese, impediria a revisão de entendimentos jurisprudenciais considerados protetivos ao meio ambiente e até mesmo de enunciados de Súmulas dos Tribunais Superiores⁶³. Estaria, portanto, o próprio Judiciário vedado a revisar ou

⁶⁰ *Ibidem*, p. 12.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Novos Desenvolvimentos na Seara do Assim Chamado Princípio da Proibição de Retrocesso Ecológico à Luz da Atual Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal**. Revista de Direito Ambiental. Vol. 96/2019. (versão eletrônica). P. 15. Em sentido semelhante: BENJAMIN, Antonio Herman. **Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. In: BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e controle (CMA). **O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. 2012. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>. Acesso em 15/02/2020. P. 27.

⁶² *Ibidem*, p. 12. Em reforço argumentativo: “A margem de atuação do Poder Executivo está muito bem e solidamente mapeada normativamente tanto em sede constitucional quanto infraconstitucional, de modo que a transposição de tais limites e vulneração do regime de proteção de um dos direitos mais básicos do ser humano, indispensável a lhe assegurar uma vida digna, ensejará inevitavelmente a necessidade da correção de tal desvio de conduta pelo Poder Judiciário com base no princípio da proibição de retrocesso ecológico – e também do princípio da proibição de proteção insuficiente –, cabendo aos Juízes e Tribunais não somente a salvaguarda dos interesses e direitos das presentes como também das futuras gerações humanas que ainda hão – assim se espera – de habitar o Planeta Terra no futuro.” (*Ibidem*, p. 14)

⁶³ “A reversão de determinado entendimento jurisprudencial com viés protetivo em matéria ecológica já consolidado em reiteradas e progressivas decisões de Tribunais e Cortes Superiores deve ser vislumbrado com cautela, cabendo, pelo menos, sólida fundamentação judicial para justificá-la. A título de exemplo, podemos considerar a vedação de retrocesso em relação a determinado entendimento jurisprudencial sumulado, como, por exemplo, as Súmulas 613 e 618 do STJ. Ambos os entendimentos sumulados representam importantes conquistas

rediscutir teses jurídicas que são consideradas favoráveis a uma maior proteção ao meio ambiente (como, por exemplo, inversão do ônus da prova em ações que discutam danos ambientais, imprescritibilidade de danos ambientais e inaplicabilidade da teoria do fato consumado em matéria ambiental).

O conteúdo da proibição de retrocesso ambiental teria, nesses moldes, um novo contorno assim enunciado:

A garantia da proibição de retrocesso ecológico, nessa perspectiva, seria concebida no sentido de que a tutela jurídica ambiental – tanto sob a perspectiva constitucional quanto infraconstitucional – deve operar de modo progressivo tanto no âmbito normativo quanto institucional, a fim de assegurar a ampliação da qualidade de vida existente hoje e atender a padrões mais rigorosos de tutela da dignidade da pessoa humana, não admitindo redução no seu regime jurídico, em termos normativos e fáticos, a um nível de proteção inferior àquele já consolidado e existente na atualidade⁶⁴.

Não é difícil perceber, desse modo, que a proibição de retrocesso ambiental se tornou, ao menos em sua formulação teórica mais difundida, um dogma quase que absoluto por quem o defende. O enunciado acima aponta para uma compreensão da proibição de retrocesso com natureza absoluta⁶⁵. Mesmo quem nega o caráter absoluto à proibição de retrocesso ambiental impõe tantas restrições e reservas que parece difícil imaginar uma situação concreta em que um retrocesso seria efetivamente admitido.

No caso do Código Florestal, por exemplo, tão logo entrou em vigência o Supremo Tribunal Federal recebeu quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra a nova norma (ADI's 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937), todas fundamentadas, basicamente, na proibição de

em matéria ambiental, delineando a consolidação progressiva do entendimento jurisprudencial do STJ. A sua reversão representaria retrocesso contundente no regime jurídico ambiental já consolidado no nosso sistema jurídico e, portanto, a nosso ver, incompatível com os deveres estatais de proteção de tutela ecológica que também recaem sobre o Poder Judiciário.” (*Ibidem*, p. 14)

⁶⁴ *Ibidem*, p. 6-7.

⁶⁵ Em seu livro de referência, Ingo Sarlet, no entanto, ao tratar sobre proibição de retrocesso social, critica, conforme visto acima, a concepção absoluta, e até admite a validade de críticas contra a autonomia do princípio da proibição de retrocesso social, conforme o seguinte trecho: “Independentemente da discussão em torno da maior ou menor autonomia (se é que tal autonomia – pelo menos no sentido de autonomia absoluta – de fato existe, visto que sempre apontamos a conexão da proibição de retrocesso com outras categorias, como a segurança jurídica e a proporcionalidade, por exemplo) da proibição de retrocesso em relação ao regime jurídico dos limites dos limites dos direitos fundamentais – no contexto do qual a proibição de retrocesso atuaria, segundo já se apontou, como limite dos limites (...).” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. P. 472)

retrocesso ambiental, e uma Ação Declaratória de Constitucionalidade em defesa do diploma (ADC 47).

O Código Florestal, aliás, foi objeto de inúmeros estudos acadêmicos sob a perspectiva da proibição de retrocesso ambiental. A grande maioria concluiu pela inconstitucionalidade de boa parte das disposições da Lei 12.651/2012, tendo em vista a redução de níveis de proteção ambiental⁶⁶. Mesmo quem trabalhou a ideia de alguma possibilidade de redução de níveis de proteção ambiental a um “mínimo existencial ecológico” afirmou a inconstitucionalidade do Novo Código Florestal sob o argumento de que “os padrões de proteção ambiental previstos na legislação anterior já eram o mínimo admissível⁶⁷”.

A conclusão que se chega, portanto, é que a defesa de uma proibição de retrocesso ambiental implica na rejeição absoluta de qualquer medida que restrinja ou diminua um nível de proteção ambiental consolidado. Ainda que eventual autor argumente pela proibição relativa de retrocesso ambiental, de modo a possibilitar reformas que não atinjam o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado já concretizado ou que preserve o mínimo essencial ecológico, na prática não se encontram posições doutrinárias que, ao mesmo tempo, tenham admitido a proibição de retrocesso e a validade constitucional de medida que importasse em retrocesso.

O Novo Código Florestal foi, seguramente, a maior batalha já travada em torno da aplicação da proibição de retrocesso ambiental (objeto de análise detalhada no próximo capítulo), em que a doutrina apostou quase todas as suas fichas na declaração de inconstitucionalidade das medidas. Imaginou-se que não haveria exemplo melhor de retrocessos inconstitucionais do que a Lei 12.651/2012. Isso, porém, não se confirmou no Supremo Tribunal Federal.

⁶⁶ Apenas para citar dois exemplos: LUZ, Josiane Paula da; MAZZARINO, Jane Marcia; TURATTI, Luciana. **A mudança legislativa do Código Florestal e a Reserva Legal: as marcas do Retrocesso**. Revista de Direito Ambiental. Vol. 85/2017. P. 293-307; DOBLER, Gustavo; ASSUNÇÃO, Aldo Fernando. **O Regime Jurídico das Áreas de Preservação Permanente no Código Florestal (Lei 12.651/12) à luz do Princípio da Proibição do Retrocesso: estudo a partir da Lei 4.771/65 e da Constituição Federal**. Revista de Direito Ambiental. Vol. 89/2018. P. 159-184.

⁶⁷ “Sendo assim, fixando como contexto concreto, o do Código Florestal e o da definição das áreas de preservação permanente vinculadas à proteção dos recursos hídricos (objeto das iniciativas modificadoras veiculadas sobre seu próprio texto, e pela proposta do novo Código Ambiental Brasileiro), os limites fixados pelo Código Florestal para as áreas de preservação permanente (arts. 2º e 3º, da Lei 4.771/1965) reproduzem no plano material, um mínimo indispensável para a manutenção das funções ecológicas naquele espaço.” (AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Fundamental ao Ambiente, Mínimo Existencial Ecológico e Proibição de Retrocesso na Ordem Constitucional Brasileira**. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). Direito Ambiental: Fundamentos do Direito Ambiental. Coleção Doutrinas Essenciais. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 1068)

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO

As noções conceituais básicas que envolvem a proibição do retrocesso foram assentadas ao longo deste capítulo. Essa base é relevante para a análise que será feita no capítulo seguinte, focada na avaliação do desempenho da proibição de retrocesso na jurisprudência brasileira.

Pretende-se avaliar qual foi o papel da proibição de retrocesso na fundamentação das decisões judiciais (se foi um papel de destaque ou secundário). Para tanto, entender a noção básica dos conceitos que normalmente envolvem a proibição de retrocesso é fundamental para que a análise seja adequada para o objetivo traçado.

CAPÍTULO 2 – A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

1 – INTRODUÇÃO

No capítulo anterior foram estabelecidas as principais raízes teóricas de um princípio da proibição de retrocesso ambiental, bem como suas consequências práticas no âmbito do controle de constitucionalidade: proibir, com o perdão da redundância, medidas legislativas entendidas como retrocesso do ponto de vista objetivo que foi estabelecido.

Por ser um princípio implícito no ordenamento constitucional – e sobre isso não há divergências – o estudo dos casos concretos mais notáveis em que o princípio em questão foi invocado é de extrema relevância, pois afinal é a aplicação prática dos institutos que determinará, efetivamente, a relevância da construção teórica.

O objetivo do presente capítulo, guiado por essa curiosidade, é verificar se e em que medida o princípio da proibição do retrocesso ambiental foi, ou é, aplicado pela jurisprudência brasileira nos moldes propostos pelas formulações teóricas descritas no capítulo anterior. Dito de outro modo, o que se pretende é avaliar os casos em que o princípio foi testado na prática para saber qual foi seu desempenho efetivo no controle de medidas que representam retrocessos.

Feita essa breve introdução para iluminar os caminhos da análise, passo agora a traçar um breve panorama da importância de uma análise mais detalhada dos precedentes, o que é novo e ainda pouco valorizado na tradição jurisdicional brasileira para, então, definir a metodologia de análise dos julgados selecionados.

2 – OS PRECEDENTES EM POSIÇÃO DE DESTAQUE NO BRASIL E O PROBLEMA DA *RATIO DECIDENDI* NOS JULGAMENTOS COLEGIADOS

O Brasil é um país com tradução jurídica de origem romano-germânica, com um sistema jurídico conhecido pelo nome *civil law*. O outro modelo de sistema jurídico ocidental é o *common law*, de origem anglo-saxã.

Frederick Schauer ressalta a diferença entre o *civil law* e o *common law* a partir do que se considera fonte primária do direito. Nos sistemas de *civil law*, é a lei que é a fonte primária do direito, representada principalmente pelos códigos extensos e analíticos produzidos pelo Poder Legislativo, e que cabe ao juiz decidir o caso concreto mediante aplicação de uma regra já previamente estabelecida ou, quando muito, interpretar o ordenamento jurídico para dar uma

solução ao caso. No *common law*, por sua vez, são os precedentes que ocupam o papel de fonte primária do direito, na medida em que os juízes não seriam orientados em suas decisões por códigos detalhados, facilmente compreensíveis e internamente coerentes, mas sim pelo seu próprio senso de justiça e ponderação, o que seria fundamentado em razões escritas que, então, seriam conhecidas pelos juízes para que aplicassem os mesmos fundamentos em casos futuros⁶⁸.

É claro que essa forma de explicar as diferenças entre os sistemas jurídicos é certamente caricata e não exatamente fidedigna, o que o próprio Schauer ressalta. A lei escrita e aprovada pelo Poder Legislativo é muito importante no julgamento dos casos no *common law*, assim como decisões anteriores desempenham um papel relevante na decisão de casos presentes no *civil law*, porém é fato que apesar das convergências o *common law* permanece como um sistema muito mais centrado na figura do juiz e dos precedentes do que o *civil law*, que tem a lei escrita como sua fonte primária do direito⁶⁹.

Embora haja quem defenda que o Brasil possui, desde sempre, características de ambos os sistemas⁷⁰, é certo que já há algum tempo o ordenamento jurídico brasileiro caminha no sentido de alçar o precedente judicial a condição de fonte primária do direito, ou algo muito próximo disso, lado a lado com a lei escrita.

Possui um certo consenso a afirmação de que o ponto de partida para a formação de um sistema de precedentes brasileiro⁷¹ foi a Emenda Constitucional nº 45/2004, em que foram criados os institutos da Súmula Vinculante e da Repercussão Geral – este último responsável pelo fenômeno da “objetivação do Recurso Extraordinário”⁷². O Código de Processo Civil de 2015 foi um grande passo na valorização dos precedentes, com a criação e fortalecimento de mecanismos de formação de precedentes vinculantes e o controle de sua aplicação. O respeito às decisões judiciais, especialmente quando dotadas de caráter vinculante, se tornou imperativo

⁶⁸ SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer**. Harvard University Press. 2009. P. 103-108.

⁶⁹ Schauer afirma que “although there is much overlap and considerable convergence between common and civil law, there is still more than a touch of reality in the observation that the civil law is substantially code-centered while the common law continues to be substantially judge-centered” (*Ibidem*, p. 108)

⁷⁰ Fredie Didier Jr. destaca que o nosso direito constitucional é de inspiração estadunidense, pois desde sempre admitiu controle difuso de constitucionalidade, embora indubitavelmente tenhamos características marcantes do *civil law* (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 18ª edição. Salvador: Jus Podvim. 2016. P. 59).

⁷¹ Existem inúmeras críticas extremamente pertinentes acerca da pretensão de parcela da doutrina processualista brasileira em afirmar que o Brasil possui um “sistema de precedentes”. Ver, a título ilustrativo: ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. P. 1008-1009.

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 974.

e obrigatório aos juízes de primeiro grau, ainda que estes não concordem com a interpretação jurídica da legislação.

Essa nova forma de enxergar o precedente, no entanto, demanda uma mudança na própria forma de operar o direito. Devido à tradição jurídica de *civil law*, centrada na legislação como fonte primária, o jurista brasileiro nunca aprendeu a adequadamente lidar com precedentes, até porque sempre foi treinado para interpretar e aplicar apenas as leis. Na prática judiciária é muito comum que a utilização de precedentes se limite à transcrição de ementas, as quais nem sempre traduzem com fidelidade os fundamentos determinantes da decisão, e isso é um retrato que ilustra a afirmação de que os juristas brasileiros não foram treinados para aplicar precedentes. Aplicar precedentes, afinal, demanda um trabalho minucioso de análise de decisões, o que vai muito além do simples exame da ementa, assim como a interpretação da lei vai muito além do simples exame do enunciado linguístico.

Lenio Streck e Georges Abboud afirmam que não é possível criar, por intermédio da legislação, um genuíno sistema de precedentes como o modelo existente no *common law*, tendo em vista que, ao contrário do sistema brasileiro, no *common law* o precedente não nasce como precedente e não é previamente definido como tal⁷³. O problema, segundo Streck e Abboud, é que no Brasil corre-se o risco de uma aplicação mecânica e subsuntiva dos precedentes, pois aqui se criou a prática de proclamar a tese jurídica⁷⁴, consubstanciada em um enunciado com a pretensão de refletir as premissas jurídicas que guiaram o julgamento do caso concreto. Sob o argumento de que a questão já teria sido resolvida pelos Tribunais Superiores em decisão vinculante com tese proclamada, os juízes aplicariam irrefletidamente a tese, sem observar adequadamente o próprio precedente que a gerou. Essa dinâmica de julgamento, verificável no dia-a-dia forense, está muito longe de ser a forma como se trabalham os precedentes no *common law*.

Em um genuíno sistema de precedentes a *ratio decidendi* assume importância considerável, pois é o que efetivamente vincula em um precedente no sistema do *common law*. É a partir do conhecimento da *ratio decidendi* de uma decisão que se pode afirmar se aquela solução é, ou não, aplicável ao caso concreto em análise⁷⁵, e se no ordenamento jurídico brasileiro se pretende aplicar com seriedade os precedentes judiciais, cabe à doutrina voltar os

⁷³ STRECK, Lenio; ABBoud, Georges. **O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando**. In: DIDIER JR., Fredie, et. Al. **Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. V. 3. Salvador: Jus Podvium: 2015. P. 176.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 179.

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento colegiado e precedente**. Revista de Processo | vol. 264/2017 | p. 357 - 394 | Fev / 2017.

olhos ao desenvolvimento de métodos minimamente seguros para que a *ratio* possa ser encontrada e devidamente aplicada nos casos futuros.

Não é tarefa fácil, no entanto, encontrar a melhor forma (ou forma correta) de definir e encontrar a *ratio decidendi*. Georges Abboud, por exemplo, faz referência ao trabalho de Pierluigi Chiassoni, no qual este autor reuniu em um quadro 11 propostas de critérios metodológicos para encontrar a *ratio decidendi* de um julgado. Abboud, então, consigna que é “gritante o quão dúbia é a definição desse elemento vinculante e importante à doutrina dos precedentes”⁷⁶.

A sistemática de julgamento colegiado no Brasil contribui ainda mais para o aumento dessa complexidade, na medida em que se adota o modelo de decisão *seriatim*. Nesse modelo, cada integrante do colegiado pode adotar uma das seguintes posturas: (i) apenas acompanhar o voto do relator e sua fundamentação; (ii) acompanhar o voto do relator e declinar sua própria fundamentação (oralmente ou por escrito); (iii) divergir do relator, estando, nesse caso, obrigado a declinar a fundamentação se for o primeiro a divergir; e (iv) acompanhar a divergência já inaugurada pelos seus próprios fundamentos ou declinar sua própria fundamentação (oral ou escrita)⁷⁷. Essa sistemática de julgamento pode dificultar, a depender do comportamento individual dos julgadores, a definição da *ratio decidendi*.

A partir das reflexões acima, é preciso avaliar com cautela afirmações peremptórias de que o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, teria, em determinado caso, consagrado um princípio, como já se afirmou com relação ao princípio da proibição de retrocesso ambiental⁷⁸. Quer-se dizer que uma análise mais cuidadosa do inteiro teor da decisão pode surpreender.

3 – A METODOLOGIA DE ANÁLISE E O CRITÉRIO DE SELEÇÃO DAS DECISÕES

⁷⁶ ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. P. 1037.

⁷⁷ André Rufino do Vale destaca que “o resultado da deliberação é apresentado em texto composto pelos diversos votos e suas respectivas *ratio decidendi*, tornando bastante complicada em algumas ocasiões a tarefa de definir com precisão o fundamento determinante da decisão do tribunal, a qual normalmente pode ser realizada pela extração do ‘mínimo comum’ entre os distintos argumentos individuais”. (VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. São Paulo: Almedina Brasil. 2019. P. 149.

⁷⁸ Em trabalho já citado no primeiro capítulo, Tiago Fensterseifer e Ingo Wolfgang Sarlet enumeram alguns julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como exemplos de consagração jurisprudencial do princípio da proibição de retrocesso. A análise dos julgados, no entanto, não foi aprofundada e analítica, como será feita adiante, momento em que os resultados da presente análise serão confrontados com as afirmações de Fensterseifer e Sarlet.

Apesar da imensa dificuldade em definir qual a *ratio decidendi*, é necessário adotar um método que guie a análise das decisões, pois buscarei a *ratio* de precedentes que tratam sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental para saber se o princípio está, de fato, contido na *ratio decidendi*.

A doutrina brasileira adota, em geral, a ideia de que a *ratio decidendi* é composta pelos fundamentos determinantes do precedente, sem os quais não seria possível que o resultado do julgamento fosse aquele⁷⁹. Essa é a fórmula proposta por Eugene Wambaugh⁸⁰, que elabora um teste bifásico para a identificação da *ratio*: primeiro, faz-se uma proposição jurídica (tese) representativa do fundamento relevante do julgado e, após, inverte-se essa proposição. A *ratio* será a proposição jurídica se a sua inversão alterar o resultado do julgamento, pois se não houver alteração no resultado, aquela proposição não é fundamento determinante, logo não é *ratio decidendi*⁸¹. Em outras palavras, se determinado fundamento for retirado da equação argumentativa e o resultado não for alterado, então o fundamento não é, efetivamente, uma razão de decidir.

A análise das decisões será guiada a partir da ideia acima desenvolvida de fundamentos determinantes, ou, como mais recentemente se tem falado, a tese do julgamento. Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, adotou a praxe de sempre enunciar a tese do julgamento antes de decidir o caso concreto propriamente dito, visando facilitar a aplicação do precedente em casos futuros.

É preciso aprofundar um pouco mais a questão da sistemática decisória dos colegiados no Brasil para fins de identificação da *ratio decidendi*. No tópico anterior, foi ressaltado que o integrante de um colegiado jurisdicional pode adotar 4 (quatro) diferentes condutas durante um julgamento⁸², entre acompanhar ou divergir, com ou sem fundamentação declinada. Tomando

⁷⁹ Para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, a *ratio* “são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 2. 11ª ed. Salvador: Jus Podvim. 2016. P. 455-456). José Rogério Cruz e Tucci define a *ratio* como “a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (rule of law)” (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. P. 175).

⁸⁰ No *common law* o debate em torno de um método de identificação da *ratio decidendi* não é novidade e já existem inúmeros trabalhos avançados.

⁸¹ WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases - A course of instruction in Reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests*. 2ª ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1894, p. 8. *Apud*, MACÉDO, Lucas Buril de, **Contributo para a Definição de Ratio Decidendi na Teoria Brasileira dos Precedentes Judiciais**. In: DIDIER JR., Fredie, et. Al. *Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. V. 3. Salvador: Jus Podvium: 2015. P. 220.

⁸² Para relembrar: (i) apenas acompanhar o voto do relator e sua fundamentação; (ii) acompanhar o voto do relator e declinar sua própria fundamentação (oralmente ou por escrito); (iii) divergir do relator, estando, nesse caso, obrigado a declinar a fundamentação se for o primeiro a divergir; e (iv) acompanhar a divergência já inaugurada pelos seus próprios fundamentos ou declinar sua própria fundamentação (oral ou escrita).

como exemplo o Supremo Tribunal Federal, é possível suscitar dois exemplos interessantes decorrentes dessas possibilidades: (i) pode ocorrer, como já ocorreu, de um julgamento ser unânime, porém com 11 votos escritos e juntados no acórdão; (ii) pode ocorrer, por outro lado, de um julgamento com apertada maioria (6x5) com apenas um voto na corrente vencedora.

Guilherme Klafke e Bruna Pretzel, em estudo empírico destinado a investigar a procedência de críticas relacionadas à ausência de debates efetivos entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal – o que originou a metáfora das 11 ilhas –, desenvolveram alguns conceitos interessantes que serão tomados de empréstimo para a metodologia de análise deste estudo. As críticas consistem na dificuldade em se encontrar uma maioria coesa na fundamentação, pois nem sempre os ministros que integram a corrente vencedora concordam nos fundamentos, embora concordem no resultado. Ainda que seja possível identificar os mesmos fundamentos nos diversos votos, o só fato de existirem diversos votos em igual sentido dificulta a identificação da *ratio decidendi*⁸³. Essa crítica não se aplica apenas ao Supremo Tribunal Federal, mas a qualquer órgão jurisdicional colegiado no Brasil, embora nos Tribunais Superiores isso seja perceptível com muito mais frequência.

Os conceitos desenvolvidos no estudo mencionado que nos interessam consistem na ideia de “concentração” e “dispersão” da fundamentação. A concentração significa que o acórdão possui uma única (ou poucas) fundamentação na corrente vencedora, enquanto que a dispersão significa que existem inúmeras fundamentações na corrente vencedora (veja que aqui se fala em fundamentações, e não em fundamentos). Disso decorre que em colegiados com mais de 3 integrantes (como é o caso do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça) é possível verificar graus de concentração e dispersão da fundamentação dos acórdãos. Uma decisão com concentração máxima significa que há apenas uma fundamentação na corrente vencedora, com o qual todos os outros integrantes do bloco vencedor concordam. Já uma decisão com dispersão máxima é aquela em que cada integrante do bloco vencedor declinou sua própria fundamentação. Há ainda, as decisões com concentrações submáximas, quando menos da metade dos integrantes do bloco vencedor declinaram suas próprias fundamentações⁸⁴.

Naturalmente, Klafke e Pretzel argumentam, com razão, que quanto mais dispersa for a fundamentação de um determinado acórdão, mais difícil é identificar a *ratio decidendi* de um

⁸³ KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. **Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas**. Revista de Estudos Empíricos em Direito. V. 1. Nº 1. Jan. 2014. P. 92

⁸⁴ *Ibidem*. P. 95-97.

julgado, o que não acontece, naturalmente, com as decisões em que exista apenas um voto na corrente vencedora⁸⁵.

É claro que uma decisão com fundamentação concentrada não resolve, por si só, o problema de encontrar a *ratio decidendi*, porém é certamente muito menos complexo tentar identificar a *ratio* em uma decisão com fundamentação concentrada do que em uma decisão com fundamentação dispersa. Encontrar a *ratio decidendi* em um caso com fundamentação dispersa é como tentar montar um quebra-cabeça com peças que muitas das vezes não irão se encaixar para formar aquilo que se procura: o fundamento determinante do Tribunal – e não do voto de um ou outro julgador.

Algumas situações podem ser verificadas a partir das definições acima. Pode ser que o voto do relator, em um determinado caso com fundamentação dispersa, contenha diversos fundamentos que seriam capazes de resolver o caso por si só (teses autônomas), porém o colegiado manifeste adesão a apenas um deles. Pode ser, ainda, que em um caso de dispersão máxima na fundamentação não seja possível sequer identificar uma maioria em torno de um único fundamento, o que prejudicaria até mesmo a afirmação de que há uma *ratio decidendi*. Por outro lado, um caso de concentração máxima na fundamentação significa, ao menos em tese, que todos os integrantes da corrente vencedora aderem a todos os fundamentos da decisão. Em suma, a ideia de *ratio decidendi*, concentração e dispersão na fundamentação impõem cuidado e atenção na afirmação de que o Supremo Tribunal Federal (ou qualquer outro tribunal) já teria decidido isso ou aquilo. Sem uma análise pormenorizada dos votos que compõem a corrente vencedora, pode ser precipitada a afirmação de que determinado acórdão revela o que o Tribunal tenha compreendido sobre o tema em estudo (como, a meu ver, é o que acontece com o princípio da proibição de retrocesso ambiental), em especial se a análise do acórdão se limitar à leitura da ementa.

O critério de análise das decisões buscará responder aos seguintes questionamentos: qual o conteúdo dado ao princípio da proibição de retrocesso ambiental no caso? É possível afirmar que o princípio da proibição de retrocesso ambiental foi o fundamento determinante do caso?

4 – SELEÇÃO DAS DECISÕES A SEREM ANALISADAS

⁸⁵ *Ibidem*, p. 96.

O universo de análise compreenderá apenas acórdãos, tendo em vista que decisões monocráticas podem, muitas vezes, refletir um posicionamento isolado de um ou outro julgador que não corresponde ao entendimento da maioria. Não que o posicionamento individual de um julgador não seja relevante, porém para os fins propostos será levado em consideração a totalidade das deliberações – o que implica levar em consideração a posição individual de cada julgador no âmbito do julgamento específico em análise.

Serão selecionadas decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Esse recorte se dá em razão de serem o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça os responsáveis pelas decisões que influenciam decisivamente o entendimento dos demais Tribunais do país acerca da aplicação dos institutos jurídicos, em especial o Supremo Tribunal Federal que exerce a função de guardião da Constituição e é quem faz o papel de Corte Constitucional – o que é extremamente relevante para o presente trabalho porque a análise aqui diz respeito ao controle de constitucionalidade. Não serão considerados, assim, acórdãos dos Tribunais de Justiça e de Tribunais Regionais Federais.

Começemos pelo Superior Tribunal de Justiça.

5 – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Utilizando a ferramenta de pesquisa de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁸⁶ é possível encontrar 31 (trinta e um) acórdãos⁸⁷ com os critérios de pesquisa “proibição retrocesso ambiental” e “vedação retrocesso ambiental”⁸⁸. São 10 (dez) de relatoria do Ministro Francisco Falcão, 7 (sete) de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, 6 (seis) de relatoria do Ministro Herman Benjamin, 3 (três) de relatoria da Ministra Assusete Magalhães e 3 (três) de relatoria do Ministro Og Fernandes e 2 (dois) de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Não foi necessário, considerando a quantidade de acórdãos encontrados a partir dos critérios de pesquisa, realizar um recorte temporal. A análise de todos os acórdãos mostrou-se viável.

Dos acórdãos analisados, o mais antigo é do ano de 2010, quando se supõe que pela primeira vez o princípio da proibição de retrocesso ambiental foi mencionado na Corte. Os

⁸⁶ <https://scon.stj.jus.br/SCON/>

⁸⁷ A pesquisa foi feita no mês de agosto de 2020 e atualizada por último aos 16 de setembro de 2020.

⁸⁸ A troca das palavras “proibição” e “vedação” não afetou o resultado da pesquisa. Os mesmos precedentes foram encontrados.

demais são todos posteriores ao ano de 2017. Há uma interessante razão para esse longo período de tempo sem a aparição da proibição de retrocesso na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o que explicitarei mais adiante.

Um último dado relevante antes de adentrar à análise dos precedentes: de todos os 31 (trinta e um) acórdãos analisados, 29 (vinte e nove) trataram da aplicação do Novo Código Florestal (Lei 12.651/2012) em diversas situações, porém em contextos relativamente semelhantes. Fora, portanto, o primeiro julgado (de 2010) e o segundo (de 2017), em termos cronológicos, todos os demais versavam sobre questões relacionadas à aplicação e interpretação do Novo Código Florestal (que, não custa ressaltar, é objeto central deste estudo como um todo).

Feitos os esclarecimentos iniciais, pode parecer curioso que se queira avaliar precedentes do Superior Tribunal de Justiça que envolvam a aplicação da proibição de retrocesso ambiental, considerando que, conforme foi amplamente exposto no primeiro capítulo, o princípio da proibição de retrocesso possui assento constitucional e, como tal, serve para realizar controle de constitucionalidade de leis que possam ser consideradas retrocesso a partir do critério objetivo eleito (diminuição nos níveis de proteção).

O Superior Tribunal de Justiça, salvo raríssimas exceções, não exerce o controle de constitucionalidade, sobretudo pelos dados colhidos na pesquisa feita para o presente trabalho. Todos os acórdãos analisados (fornecidos de modo aleatório pela própria ferramenta de pesquisa do Superior Tribunal de Justiça, de modo a afastar eventuais dúvidas quanto aos métodos de seleção dos julgados) foram prolatados no exercício da competência recursal extraordinária (em sentido amplo) do Superior Tribunal de Justiça, de modo que, nos termos do art. 105, III, “a” da Constituição Federal, a Corte Cidadã estava a responder se os acórdãos recorridos estavam a “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”.

A primeira questão que deve captar a atenção do leitor é: de que forma o Superior Tribunal de Justiça, sem exercer o controle de constitucionalidade, aplicou o princípio da proibição de retrocesso ambiental nos 31 acórdãos que sua ferramenta de busca aponta?

5.1 – RECURSO ESPECIAL Nº 302.906: O PRIMEIRO CASO

A primeira vez que o princípio da proibição de retrocesso ambiental é expressamente mencionado em um julgamento do Superior Tribunal de Justiça é no julgamento do Recurso Especial nº 302.906, de Relatoria do Ministro Herman Benjamin.

O resultado do julgamento, iniciado aos 27 de novembro de 2007 e concluído aos 26 de agosto de 2010, foi por uma apertada maioria. Na corrente vencedora, pelo desprovimento do Recurso Especial, figuraram o Ministro Relator Herman Benjamin, o Ministro Castro Meira e o Ministro Mauro Campbell (voto de desempate). A Ministra Eliana Calmon e o Ministro Humberto Martins ficaram vencidos, pois davam provimento ao Recurso Especial.

A fundamentação do acórdão foi dispersa, haja vista que todos os julgadores componentes da corrente vencedora declinaram suas próprias fundamentações para desprover o recurso.

O caso, enfim, envolvia duas ações que tramitaram em conjunto (uma Ação de Nunciação de Obra Nova e uma Ação Civil Pública), nas quais se discutia a legalidade da construção de um edifício de 9 (nove) andares na região denominada City Lapa, no Município de São Paulo. De um lado estava a tese de que as restrições convencionais impostas pelo loteador quando da implantação do loteamento não permitiriam a construção daquele edifício; do outro lado a tese defendida sustentava que a legislação municipal posterior permitiria a construção por ser menos restritiva que as restrições convencionais. Em resumo, o debate girava em torno da seguinte questão: entre a restrição convencional mais restritiva e a legislação municipal posterior mais permissiva, qual deveria prevalecer?⁸⁹

Para os fins e objetivos do presente estudo, não é necessário examinar a fundo todas as questões jurídicas envolvendo o julgamento do caso, mas apenas, reiterar-se, a forma como o princípio da proibição de retrocesso ambiental foi tratado e, sobretudo, se foi fundamento determinante do acórdão. Com isso em mente, e conforme já antecipado, venceu a corrente que defendia a prevalência das restrições convencionais sobre a legislação municipal superveniente menos restritiva.

O fundamento determinante da decisão, no entanto, não parece ter sido a proibição de retrocesso ambiental. É que dos 3 (três) votos integrantes da corrente vencedora, apenas o voto do Relator faz referência ao princípio, e o faz como uma espécie de reforço argumentativo da posição defendida. O voto longo do Ministro Herman Benjamin (71 páginas) trata da proibição de retrocesso ambiental no tópico 8, denominado “*ius variandi* para afrouxamento das restrições convencionais: princípio da não-regressão (ou da proibição de retrocesso) urbanístico-ambiental”. Vale transcrever as considerações do Ministro:

⁸⁹ O Ministro Herman Benjamin, Relator, assim resumiu a questão em seu voto de mérito: “Eis a razão pela qual analisarei específica e preponderantemente esse aspecto recursal: *prevalência, ou não, da restrição convencional à luz do art. 572 do CC/1916, em consonância com os arts. 26 e 45 da Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.776/1979) e o art. 39 da Lei Municipal 8.001/1973, com a vedação que lhe deu a Lei 9.846/1985*”.

Em linha de princípio – princípio inescapável -, o Estado só está autorizado a flexibilizar restrições urbanístico-ambientais convencionais na presença de *inequívoco interesse público*, incapaz de ser atendido por outra via ou mecanismo menos gravoso à coletividade de vizinhos, jamais para satisfazer interesses políticos do momento, contingências eleitorais, arroubos populistas, objetivos imediatistas, ou para se curvar a demandas da febre insaciável da especulação imobiliária.

Vale dizer, o legislador pode, sim, abrandar as exigências urbanístico-ambientais. No entanto, ao contrário do amplo poder de intervenção que lhe confere a ordem constitucional e legal vigente para aumentar seu rigor, ao reduzi-lo só poderá fazê-lo em circunstâncias excepcionais e de maneira cabalmente motivada. Essa regra geral, aplicável ao direito Urbanístico (em sintonia com igual fenômeno no Direito Ambiental), é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades e 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 destruídos ou negados pela geração atual.

Diante dessas premissas, todas sindicáveis judicialmente, ao Poder Legislativo – e nunca à Administração de maneira *ad hoc*, por meio de atos administrativos individualizados e casuísticos – cumpre compatibilizar o interesse público, geral por excelência, e os interesses privados, individuais por excelência, mesmo que para tanto seja obrigado a afastar as restrições convencionais, sobretudo quando, por alteração profunda e irreversível das circunstâncias, o que sobeja aos vizinhos não vai além de um ‘interesse nominal’, sem qualquer ‘benefício substantivo’ a seu favor ou algo de valor que lhe sobre para oferecer à coletividade (Donald G. Hagman and Julian Conrad Juergensmeyer, *Urban Planning and Land Development Control Law*, St. Paul, West Publishing Company, 1986, p. 581).

Dito de outra forma, as restrições urbanístico-ambientais convencionais não estão imunes à intervenção do Estado, o que é o mesmo que atribuir ao Poder Público a titularidade, no caso de flexibilização, de um *poder de modificabilidade estritamente condicionada* e sindicável judicialmente, assim denominada por se sujeitar a rigorosos pressupostos específicos. É disso que cuidaremos em seguida.

O Relator, assim, trata da proibição de retrocesso ambiental (aqui numa interface urbanística) como um obstáculo à flexibilização, mas não uma barreira intransponível, pois é possível, respeitados os pressupostos que elege, retroceder⁹⁰.

De qualquer modo, é interessante analisar, de modo breve, a fundamentação dada pelo voto de desempate do Ministro Mauro Campbell, considerando que este teve a oportunidade de ouvir todos os demais votos e sopesar todos os argumentos para, enfim, definir qual seria o pronunciamento do colegiado. O voto do Ministro Campbell, portanto, foca na questão jurídica que foi efetivamente o objeto central dos demais votos: as restrições convencionais, estabelecidas a partir de autorização legal, seriam atos jurídicos perfeitos, intocáveis, portanto, por lei posterior. O seguinte trecho do voto do Ministro Mauro Campbell é claro nesse sentido:

Em resumo: o que estamos avaliando aqui, por enquanto, é a extensão que uma lei (a Lei municipal n. 8.001/79, com redação dada pela Lei municipal n. 9.846) deve ter sobre um ato existente, válido (pois foi visto que não havia vedação legal às restrições convencionais na época em que o loteamento que as previa foi elaborado – entre 1935 e 1940) e eficaz *erga omnes* (porque registrado em cartório, com toda publicidade

⁹⁰ Para a análise que se pretende fazer não é relevante aprofundar nos pressupostos para o retrocesso. Basta compreender que o retrocesso é admitido, ainda que como uma exceção absoluta.

legalmente exigida) datado de alguns muitos anos antes (o primeiro compromisso de compra e venda do imóvel).

Ora, é evidente que qualquer que seja a lei, mais ou menos restritiva, ela não terá o condão de abarcar atos jurídicos perfeitos. Para mim, portanto, o dito princípio da prevalência da lei sobre os negócios jurídicos só poderia ser arguido se fosse superada a problemática da incidência do princípio da irretroatividade das leis, o que não ocorre no caso concreto.

Em que pese o princípio da proibição de retrocesso tenha sido mencionado no voto do Relator, o trecho acima transcrito do voto final de desempate é o que efetivamente representa a *ratio decidendi* do julgado, pois é o fundamento determinante de todos os três votos componentes da corrente vencedora.

Nada obstante, a ementa do julgado, que é naturalmente elaborada pelo Relator, traz uma síntese de seu próprio voto, com um tópico tratando da proibição de retrocesso ambiental como uma faceta da garantia de proibição de retrocesso:

11. O exercício do *ius variandi*, 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.

Considerando, pois, a fundamentação dispersa e que apenas o voto do Relator tratou da proibição de retrocesso como fundamento da decisão (e, ainda assim, não como fundamento determinante), não parece ser possível afirmar que houve, nesse caso, uma aplicação efetiva do princípio da proibição de retrocesso.

E, como última observação, é possível perceber que aqui a proibição de retrocesso ambiental possui um conteúdo não muito coincidente com aquilo que a doutrina expõe e trabalha, conforme exposto no capítulo 1. Aqui a proibição de retrocesso parece estar intimamente ligada à noção de ato jurídico perfeito⁹¹.

5.2 – OS DEMAIS CASOS – AGRUPADOS POR RELATOR

Todos os demais acórdãos analisados foram julgados por unanimidade nos termos do voto do respectivo relator, de modo que são decisões com fundamentação concentrada. A

⁹¹ De acordo com o art. 6º, §1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.

análise constatou que a fundamentação dos acórdãos relatados pelo mesmo Ministro é praticamente idêntica, tendo em vista que todos os acórdãos tinham como matéria de fundo a questão da aplicabilidade do Novo Código Florestal (com a exceção de um de relatoria do Ministro Herman Benjamin).

Essa identidade das fundamentações nas decisões relatadas pelo mesmo Ministro permite que o estudo dispense a análise pormenorizada de cada um dos acórdãos para focar na fundamentação que cada Ministro reproduziu nos julgados que relatou. Isto evitará repetições desnecessárias e tornará a leitura mais fluída.

5.2.1 – Ministro Herman Benjamin

Responsável por introduzir o princípio da proibição de retrocesso ambiental na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Herman também foi o primeiro a retomar o uso da expressão em suas decisões no ano de 2017, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.662.799⁹². Embora o Recurso Especial não tenha sido conhecido – de modo que não houve, propriamente, análise da aplicação ao caso da proibição de retrocesso -, a ementa do julgado trouxe, no item 1, um parágrafo que descrevia o objeto da controvérsia jurídica de mérito⁹³, o qual não chegou a ser analisada por questões formais que implicaram, como dito, o não conhecimento do Recurso. Por evidente, portanto, a proibição de retrocesso não foi fundamento determinante (sequer fundamento foi, em verdade).

Todos os demais acórdãos relatados pelo Ministro Herman Benjamin (e, de igual modo, dos demais Ministros) versaram sobre a aplicação do Novo Código Florestal. É possível resumir os casos da seguinte forma: tendo sido ajuizada uma demanda judicial (quase sempre uma Ação Civil Pública) visando impor obrigações previstas no antigo Código Florestal (Lei 4.771/1965),

⁹² REsp 1662799/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 05/05/2017.

⁹³ Eis o trecho da ementa mencionado: “1. Na origem, trata-se de Ação Civil Pública proposta por Associação com o propósito de garantir a Área de Proteção Ambiental – APA de Maricá, espaço territorial em que se encontram rica biodiversidade, do pouco que ainda resta da Mata Atlântica, paisagens paradisíacas de dunas, vegetação de restinga e sistema lagunar, além de sítios arqueológicos e sambaquis. Ao que consta, norma posterior (Decreto Estadual 41.048/2007) à que criou a Unidade de Conservação (Decreto Estadual 7.230/1984) teria – a pretexto de instituir, à luz da Lei Federal 9.985/2000, seu *Plano de Manejo* – reduzido, por via transversa, o grau de salvaguarda dos patrimônios ambiental, histórico e cultural da região. A rigor, o que essencialmente se discute na lide, em tese, é a questão de haver ou não o Estado do Rio de Janeiro afrontado o *princípio da proibição de retrocesso ambiental* e o *princípio da inalterabilidade administrativa* das Unidades de Conservação, este último estampado no art. 225, § 1º, III, *in fine*, da Constituição de 1988, pois a) teria enfraquecido, por meio de exigências menos restritivas, os mecanismos de controle de atividades e empreendimentos econômicos que pretendam instalar-se na área e possam comprometer o espaço territorial e seus componentes especialmente protegidos e, b) ao assim proceder, não o fez por lei em sentido formal, como constitucionalmente exigido, e sim por decreto.”

a entrada em vigor do Novo Código Florestal (Lei 12.651/2012) durante o trâmite da demanda deveria influir no julgamento do caso, de modo a aplicar os dispositivos do Novo Código e, em muitos casos, afastar a pretensão deduzida em juízo? Em outras palavras (aproveitando a terminologia utilizada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça), o Novo Código Florestal retroagiria para se aplicar a fatos ocorridos sob a égide da legislação anterior (mais protetiva)?

No Recurso Especial nº 1.676.447⁹⁴, julgado em outubro de 2017, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Ministro Herman Benjamin, se debruçou sobre acórdão de Tribunal de Justiça que admitiu a aplicabilidade da Lei 12.651/2012 ao caso, para fins de cômputo de Área de Preservação Permanente em Reserva Legal⁹⁵. Na fundamentação, consta que

o Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da 'incumbência' do Estado de garantir a preservação e a restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, §1º, I).

O acórdão recorrido foi, assim, reformado para afastar a aplicação do Novo Código Florestal sob argumentos de direito adquirido ambiental, ato jurídico perfeito e coisa julgada. A proibição de retrocesso, embora apareça na ementa do julgado, é citada apenas em um trecho do relatório em que o relator sintetiza os argumentos do recorrente: “afirma ainda que devem ser observados os *princípios da proibição do retrocesso, da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e os direitos ambientais adquiridos*”.

Essa fundamentação é integralmente reproduzida em todos os demais acórdãos relatados pelo Ministro Herman Benjamin: Recurso Especial nº 1.694.622⁹⁶, Recurso Especial nº 1.680.699⁹⁷ e Recurso Especial nº 1.728.244⁹⁸.

⁹⁴ REsp 1676447/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 17/12/2018.

⁹⁵ A possibilidade de cômputo de Área de Preservação Permanente em Reserva Legal foi um dos pontos controversos do Novo Código Florestal, pois flexibilizou a proteção da Reserva Legal ao permitir que, preenchidos os pressupostos do art. 15 da Lei 12.651/2012, o proprietário do imóvel rural pudesse somar à Reserva Legal a Área de Preservação Permanente no imóvel para cumprir os percentuais mínimos de Reserva previsto em Lei, possibilidade inexistente no regime anterior, o que resultou em uma diminuição de áreas protegidas.

⁹⁶ REsp 1694622/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 19/12/2017.

⁹⁷ REsp 1680699/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 19/12/2017.

⁹⁸ REsp 1728244/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 08/03/2019.

5.2.2 – Ministro Mauro Campbell

No Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.115.534⁹⁹, o Ministro Mauro Campbell afirmou, pela primeira vez em caso de sua relatoria, a incidência da proibição de retrocesso para impedir a aplicação do Novo Código Florestal. Em fundamentação reproduzida em todos os demais acórdãos de sua relatoria, o Ministro assim delineou o argumento em prol do afastamento da Lei 12.651/2012:

O que pretende a agravante é a aplicação da novel codificação ambiental para fato ocorrido antes de sua vigência, mais precisamente utilizar a exigência de seu art. 38, § 4º, para infirmar o entendimento adotado pelas instâncias ordinárias. Ocorre que tal pretensão não encontra amparo na jurisprudência desta Corte, pois, conforme demonstrado na decisão agravada, o novo Código Florestal não pode ser aplicado a fatos pretéritos em razão da vedação de retrocesso ambiental.

Esse fundamento aparece também nos Agravos Internos em Agravos nos Recursos Especiais nº 1.326.910¹⁰⁰, 1.759.746¹⁰¹, 1.744.609¹⁰², 1.759.746¹⁰³ e 1.687.335¹⁰⁴.

No julgamento dos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 1.597.589¹⁰⁵ houve um acréscimo relevante à fundamentação padronizada do Ministro Mauro Campbell, pois o embargante suscitou que o acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça no caso estava em contrariedade à decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a constitucionalidade de boa parte do Código Florestal, inclusive e principalmente o dispositivo legal em discussão no caso.

Ao votar pelo desprovemento dos Embargos de Declaração (acompanhado dos demais Ministros), o Ministro Mauro Campbell justificou que não estava a julgar em contrariedade ao Supremo Tribunal Federal:

⁹⁹ AgInt no AREsp 1115534/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 27/06/2018.

¹⁰⁰ AgInt no AREsp 1326910/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 19/02/2019.

¹⁰¹ AgInt no REsp 1759746/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 02/04/2019.

¹⁰² AgInt no REsp 1744609/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 02/04/2019.

¹⁰³ AgInt no REsp 1759746/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 02/04/2019.

¹⁰⁴ AgInt no REsp 1687335/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 05/04/2019.

¹⁰⁵ EDcl no AgInt no REsp 1597589/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 27/06/2018.

Pelo que se vê, tais conclusões dizem respeito à *constitucionalidade* dos dispositivos do novo Código Florestal, na linha de que poderia o Legislador tratar da matéria ambiental conciliando o dever de proteção ao meio ambiente com a busca do desenvolvimento sustentável do País, sem estar engessado pelo princípio da vedação de retrocesso ambiental *nesse contexto*.

Ocorre que a questão tratada pelo acórdão embargado é diversa, qual seja, se o novo Código Florestal pode ser aplicado a demanda iniciada sob a égide da legislação anterior.

Em outras palavras, é de outro tipo de retrocesso ambiental de que cuidou o acórdão embargado, que sequer fez juízo sobre a constitucionalidade do art. 15 do novo Código Florestal.

Assim, de acordo com o entendimento do Ministro Mauro Campbell acima transcrito, há uma espécie de proibição de retrocesso que não implica a inconstitucionalidade da lei, mas sim que ela não deve ser aplicada porque menos benéfica ao meio ambiente, sob o argumento de aplicação da lei no tempo. Dito de outro modo, o Ministro Mauro Campbell parece dar a dica de que a proibição de retrocesso de que trata o Superior Tribunal de Justiça é, em verdade, uma questão de aplicação da lei no tempo – conteúdo diverso do que a doutrina usualmente confere ao princípio da proibição de retrocesso.

5.2.3 – Ministro Francisco Falcão

Também o Ministro Falcão apresenta um padrão muito bem definido na fundamentação dos acórdãos que relatou sobre o tema. O primeiro foi o Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.719.552¹⁰⁶. O trecho característico da fundamentação é seguinte:

Quanto à ofensa dos direitos ambientais adquiridos, bem como o princípio de proibição do retrocesso na preservação ambiental, ao ser aplicado a novo Código Florestal à presente demanda pelo Tribunal *a quo*, o acórdão recorrido merece reforma, por encontrar-se em dissonância com a jurisprudência do STJ, conforme se depreende da leitura dos seguintes precedentes:

No Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.704.047¹⁰⁷, o Ministro Francisco Falcão acrescentou os seguintes fundamentos, em reforço ao acima transcrito:

Na hipótese dos autos, tem-se que a ação originária foi proposta em momento anterior à vigência do Novo Código Florestal, envolvendo fatos igualmente anteriores a esta vigência. Assim, inviável a aplicação da nova disciplina legal, em razão do princípio de proibição de retrocesso na preservação ambiental, uma vez que a norma mais

¹⁰⁶ AgInt no REsp 1719552/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 15/02/2019.

¹⁰⁷ AgInt no REsp 1704047/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 25/09/2019.

moderna estabelece um padrão de proteção ambiental inferior ao existente anteriormente.

Por outro lado, o princípio do *tempus regit actum* orienta a aplicabilidade da lei no tempo, considerando que o regime jurídico incidente sobre determinada situação deve ser aquele em vigor no momento da materialização do fato. No caso em tela, portanto, deve prevalecer os termos da legislação vigente ao tempo da infração ambiental.

De maneira semelhante ao Ministro Mauro Campbell, o Ministro Francisco Falcão também rejeitou, nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.717.736¹⁰⁸, a alegação da declaração de constitucionalidade do Código Florestal decidida pelo Supremo Tribunal Federal sob o argumento de que o Superior Tribunal de Justiça não estaria analisando a constitucionalidade, mas apenas qual a lei aplicável:

Por outro lado, não há omissão relacionada ao decidido nas ADIs 4.901, 4.902 e 4.902 “manejadas perante o STF, nas quais não foi declarada a inconstitucionalidade do mencionado artigo e se decidiu pela inviabilidade de alegação de ‘vedação ao retrocesso’”. O acórdão embargado não analisa a constitucionalidade dos dispositivos, mas apenas aplica ao caso jurisprudência pacífica desta Corte no sentido de que os dispositivos do Código Florestal não admitem interpretação para reduzir “o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção”.

Os outros acórdãos relatados pelo Ministro Francisco Falcão são os seguintes, todos com fundamentação praticamente idêntica: Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.708.568¹⁰⁹, Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.726.737¹¹⁰, Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.795.237¹¹¹, Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.715.932¹¹², Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.719.552¹¹³ e Recurso Especial nº 1.717.736¹¹⁴.

5.2.4 – Ministro Og Fernandes

¹⁰⁸ EDcl no REsp 1717736/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 28/08/2020.

¹⁰⁹ AgInt no REsp 1708568/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 10/03/2020.

¹¹⁰ AgInt no REsp 1726737/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/12/2019, DJe 11/12/2019.

¹¹¹ AgInt no REsp 1795237/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2020, DJe 24/04/2020.

¹¹² AgInt nos EDcl no REsp 1715932/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2020, DJe 24/04/2020.

¹¹³ AgInt no REsp 1719552/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 15/02/2019.

¹¹⁴ REsp 1717736/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 09/09/2019.

Foram 3 (três) os julgados relatados pelo Ministro Og Fernandes que trataram da aplicação do princípio da proibição de retrocesso, e de um modo um pouco diferente do que foi relatado até aqui.

No Recurso Especial nº 1.546.415¹¹⁵ discutiu-se qual lei deveria disciplinar o tamanho da Área de Preservação Permanente: Código Florestal ou Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766/79). Enquanto aquela estabelece o mínimo de 50 (cinquenta) metros para a Área de Preservação Permanente, esta admite um mínimo de 15 (quinze) metros. Em seu voto, o Ministro Og argumenta que a antinomia legal é apenas aparente, pois a própria Lei de Parcelamento de Solo Urbano admite que outra lei estabeleça uma Área de Preservação Permanente maior, de modo que deveria ser observado o disposto no Código Florestal. Sobre a incidência da proibição de retrocesso ao caso o voto afirma:

“Ora, reduzir o tamanho da área de preservação permanente, com base na Lei de Parcelamento do Solo Urbano, afastando a aplicação do Código Florestal, implicaria verdadeiro retrocesso em matéria ambiental.”

Em outro caso, o Agravo em Recurso Especial nº 1.312.435¹¹⁶, o Ministro Og mais uma vez enfrentou uma questão de aparente antinomia entre normas definidoras de padrões de proteção ambiental, com a diferença de que neste caso havia uma lei municipal que estabelecia uma metragem de Área de Preservação Permanente em patamar inferior ao estabelecido no Código Florestal. O voto consignou a prevalência do Código Florestal, porém com a ressalva de que o Código Florestal é um patamar mínimo, e que os entes federados podem, caso queiram, instituir restrições mais amplas:

“O Tribunal *a quo* equivocou-se, pois, considerou que o Código Florestal estabeleceu limites máximos de proteção ambiental, podendo a legislação municipal reduzir o patamar protetivo. Ocorre que a norma federal conferiu uma proteção mínima, cabendo à legislação municipal apenas intensificar o grau de proteção às margens dos cursos de água, ou quando muito, manter o patamar de proteção.”

De modo semelhante ao julgado analisado anteriormente, afirma o voto prolatado pelo Ministro Og Fernandes que “reduzir o tamanho da área de preservação permanente afastando a aplicação do Código Florestal implicaria verdadeiro retrocesso em matéria ambiental”.

¹¹⁵ REsp 1546415/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 28/02/2019.

¹¹⁶ AREsp 1312435/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 21/02/2019.

Por fim, nos Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.731.932¹¹⁷, que tratou sobre a aplicação do Novo Código Florestal a fatos anteriores à sua vigência (nos moldes analisados nos julgados já analisados até aqui), a fundamentação foi mais uma vez pautada na alegação de irretroatividade do Código Florestal e aplicação do *tempus regit actum*.

O Ministro Og Fernandes introduz, portanto, uma nova forma de compreensão do princípio da proibição de retrocesso ambiental: em caso de antinomia de normas que definem padrões de proteção do meio ambiente, prevalecerá aquela que mais proteja o meio ambiente.

5.2.5 – Ministra Assusete Magalhães

Nos 3 (três) julgados relatados pela Ministra Assusete Magalhães, em nenhum deles se faz menção ao princípio da proibição de retrocesso no voto, salvo pela transcrição da ementa de outros julgados que constem menção expressa ao princípio. É na ementa dos julgados relatados pela Ministra Assusete Magalhães que há menção expressa ao princípio.

De todo modo, a Ministra apenas fundamenta, nos três votos, que a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de proteger o ato jurídico perfeito e os direitos ambientais adquiridos, a exemplo do trecho abaixo extraído do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.800.781¹¹⁸:

Na forma da jurisprudência do STJ, “não se emprega norma ambiental superveniente de cunho material aos processos em curso, seja para proteger o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, seja para evitar a redução do patamar de proteção de ecossistemas frágeis sem as necessárias compensações ambientais” (STJ, AgInt no AREsp 826.869/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/12/2016).

Os outros dois julgados relatados pela Ministra Assusete Magalhães são os seguintes: Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.800.781¹¹⁹ e Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.382.830¹²⁰.

¹¹⁷ EDcl no AgInt no REsp 1731932/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2020, DJe 14/05/2020.

¹¹⁸ AgInt no REsp 1800781/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe 24/09/2019.

¹¹⁹ EDcl no AgInt no REsp 1800781/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 28/10/2019.

¹²⁰ AgInt no AREsp 1382830/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/06/2020, DJe 19/06/2020.

5.2.6 – Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Responsável pelos únicos dois julgados da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que fazem menção ao princípio da proibição de retrocesso ambiental, o Ministro Napoleão dedica todo o voto – tanto no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.199.197¹²¹, quanto no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.668.484¹²² – a argumentar contra a jurisprudência dominante do Tribunal para ressaltar seu entendimento pessoal. Os casos julgados trataram também da aplicação do Novo Código Florestal a fatos ocorridos sob a égide do Código Florestal anterior.

Embora, portanto, o Ministro Napoleão julgue em conformidade com a jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, seu voto é dedicado a oferecer contrapontos às ideias de direito ambiental adquirido e ato jurídico perfeito (*tempus regit actum*) à luz da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade do Novo Código Florestal, pelo que vale a transcrição dos principais trechos da fundamentação:

7. Portanto, não se pode acolher, de forma genérica, a tese de que o direito adquirido ambiental impediria a aplicação da Lei 12.651/2012 nos casos ora tratados. As considerações a respeito do maior ou menor nível de proteção do Novo Código em relação ao antigo, ou à prevalência do interesse ambiental coletivo sobre o exercício individual do direito à propriedade, são questão já enfrentadas pelo STF nas sobreditas ações concentradas, de maneira que não se pode, agora, adotar a mesma argumentação para conferir *ultratatividade* à Lei 4.771/1965.

8. De mais a mais, o ato jurídico – qual seja, o dano pela degradação do espaço protegido – não se qualifica como *perfeito, completo ou finalizado*, justamente pelo seu caráter contínuo, renovando-se de forma ininterrupta. A aplicação da Lei 12.651/2012 para as supressões de vegetação ocorridas durante a vigência da Lei 4.771/1965 não configura, desse modo, retroatividade sobre o ato jurídico acabado, pois o dano permanece; a *hipótese trata-se, isso sim, da tradicional aplicabilidade imediata da Lei aos fatos acontecidos em sua vigência*.

9. O que não se pode é admitir o fracionamento da natureza jurídica do dano ambiental por degradação de espaços protegidos: de um lado, para a contagem da prescrição, considera-lo como dano permanente, de modo a renovar o termo inicial do prazo prescricional e impedir com isso sua fluência; de outro, para definir qual a Legislação aplicável, tratar o dano como um ato jurídico perfeito, a atrair a incidência da Lei mais gravosa.

10. Consequentemente, a análise da existência e a recomposição do dano em APP, reserva legal ou outro dos espaços tutelados pelo Novo Código devem se pautar, atualmente, pela totalidade do regime da Lei 12.651/2012 (ressalvadas, por óbvio, as disposições declaradas inconstitucionais pelo STF), ainda que a degradação tenha ocorrido na vigência da Lei 4.771/1965.

¹²¹ AgInt no AREsp 1199197/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 31/08/2020, DJe 04/09/2020.

¹²² AgInt no REsp 1668484/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 31/08/2020, DJe 03/09/2020.

Além dos parágrafos acima, que trouxeram, como dito, contrapontos interessantes sobre a ideia de direito adquirido ambiental e ato jurídico perfeito, o Ministro Napoleão também tece importantes considerações sobre o princípio da proibição de retrocesso e seu conteúdo, nos termos que teriam sido definidos pelo Supremo Tribunal Federal:

4. É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, então, a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental, contudo, deixando claro e expresse que tal princípio tem por escopo e limites a proteção do núcleo essencial (núcleo duro) dos direitos e garantias socioambientais conquistadas, não podendo ser entendido como uma vedação geral para qualquer tipo de alteração legislativa que venha modificar, limitar ou restringir direitos e obrigações atinentes ao Direito Ambiental.

5. Não é plausível, assim, que o legislador fique indefinidamente vinculado às legislações anteriores e não possa alterar o modo de concretização de determinado direito social, do contrário, o *princípio da vedação do retrocesso* constituiria óbice absoluto a qualquer proposta legislativa tendente a redimensionar a concreção de um direito social, conferindo, assim, uma intangibilidade às normas infraconstitucionais que não é extensível nem mesmo às normas constitucionais.

6. Tais fatores demonstram que, na interpretação da Corte Suprema – a quem compete a guarda da Constituição Federal –, a Lei 12.651/2012 não introduziu retrocesso proibido à tutela ambiental, justamente porque o *princípio da vedação ao retrocesso não implica imutabilidade ou engessamento da atividade legislativa*. Destarte, concluir por um suposto direito adquirido da coletividade à aplicação da Lei 4.771/1965, em detrimento da incidência imediata da Nova Codificação, consistiria, por vias transversas, em afastar a decisão *vinculante* do STF em controle concentrado de constitucionalidade e consagrar a completa imobilização legislativa para um sem-número de situações.

O Ministro Napoleão externa, portanto, uma posição pessoal contrária à orientação dominante do Superior Tribunal de Justiça, que mesmo após a declaração de constitucionalidade de grande parte do Novo Código Florestal manteve sua jurisprudência firme no sentido de negar aplicabilidade ao diploma em prol da legislação revogada.

5.3 – ANÁLISE DOS RESULTADOS E INFORMAÇÕES RELEVANTES

A partir dos casos analisados acima, é possível afirmar que o Superior Tribunal de Justiça consagra um princípio da proibição de retrocesso ambiental, porém é necessário fazer algumas observações relevantes a essa constatação.

É que, conforme se colocou anteriormente, não é papel do Superior Tribunal de Justiça exercer o controle de constitucionalidade de leis, e o princípio da proibição de retrocesso ambiental é uma construção teórica vocacionada a tutelar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado por meio do controle de constitucionalidade. Toda a

análise feita no Capítulo 1 foi no sentido de demonstrar que a compreensão doutrinária da proibição de retrocesso é de que se trata de um princípio constitucional.

Nos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, no entanto, o princípio da proibição de retrocesso aparece com uma configuração diferente – justamente pela função precípua do Tribunal que é interpretar lei federal, ficando ao Supremo Tribunal Federal a função de aplicar a Constituição Federal. Em praticamente todos os casos analisados, a proibição de retrocesso aparece como um argumento amalgamado entre a afirmação da existência de um “direito adquirido ambiental”, da existência de um “ato jurídico perfeito” e da incidência do princípio “*tempus regit actum*” para afastar a aplicabilidade do Novo Código Florestal aos casos que eram ali analisados. Todos esses argumentos se conjugam para afirmar a irretroatividade da norma aos fatos ocorridos antes de sua vigência.

O princípio da proibição do retrocesso foi interpretado pelo Superior Tribunal de Justiça como um princípio que orienta a aplicação da lei no tempo. Disse o Superior Tribunal de Justiça que naquelas situações seria aplicável o Código Florestal anterior, e não o novo. Essa pode ser uma forma de compreensão do princípio da proibição de retrocesso, embora não seja a compreensão original do princípio¹²³.

Outra compreensão acerca do princípio da proibição de retrocesso ambiental a partir das decisões analisadas é a de que em caso de conflito entre normas deverá prevalecer aquela que é mais protetiva, independentemente do ente da federação responsável pela edição da legislação¹²⁴.

Analisar a coerência teórica dessas compreensões do princípio da proibição de retrocesso ambiental não é o objetivo deste trabalho. O corte metodológico aplicado teve como intenção, como o próprio título da dissertação revela, realizar uma análise crítica ao princípio em questão no controle de constitucionalidade. Não poderia, contudo, deixar de apresentar os

¹²³ Comentando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer afirmam que o reconhecimento de um direito ambiental adquirido é uma forma de consagração do princípio da proibição de retrocesso ambiental: “Um dos pontos mais relevantes, juntamente com a consagração dos direitos adquiridos ambientais (em contraposição, aliás, a um suposto ‘direito adquirido a poluir’, conforme também já se manifestou a Corte no sentido da sua rejeição), diz respeito ao reconhecimento, por parte do STJ, acerca da existência de ‘limite constitucional intocável e intransponível’ em matéria ambiental, o que, em última instância, alinha-se às premissas do princípio constitucional da proibição de retrocesso ecológico.” (SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Novos Desenvolvimentos na Seara do Assim Chamado Princípio da Proibição de Retrocesso Ecológico à Luz da Atual Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal**. Revista de Direito Ambiental. Vol. 96/20019. P. 171 – 218. Out – Dez /2019 (versão eletrônica). P. 18.)

¹²⁴ Para Marcos de Abreu Torres, essa solução contraria a sistemática de repartição de competências legislativas previstas na Constituição Federal. Não é o nível de proteção ambiental que deveria definir a norma aplicável, mas sim se aquela norma foi editada dentro dos limites da competência concorrente para legislar sobre meio ambiente. (TORRES, Marcos Abreu. **Conflito de Normas Ambientais na Federação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016. P. 139-147)

dados e conclusões acima a título informativo, tendo em vista a relevância de se compreender em quais contextos o princípio da proibição de retrocesso pode encontrar aplicabilidade.

Ainda sobre a proibição de retrocesso ambiental no Superior Tribunal de Justiça, há outro esclarecimento relevante a ser feito. É que o leitor atento certamente percebeu, em primeiro lugar, que entre o primeiro e o segundo julgados que falam sobre o princípio da proibição de retrocesso houve um hiato de 7 (sete) anos, além do fato de que todos os julgados analisados, com a exceção dos precedentes de relatoria do Ministro Napoleão Nunes, são da 2ª Turma do Tribunal. Os questionamentos naturais é se não houve, de fato, nenhum julgado que tenha tratado da proibição de retrocesso ambiental nesse intervalo de 7 (sete) anos e se não há outros julgados da 1ª Turma sobre o tema, visto que tanto a 1ª quanto a 2ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça são competentes para conhecer a matéria.

Desde a entrada em vigor do Código Florestal, em 2012, o Superior Tribunal de Justiça já vinha decidindo, nas 2 (duas) Turmas, sobre a aplicabilidade ou não do Código – exatamente nos moldes dos julgados analisados até aqui. Ocorre, no entanto, que nesses julgados anteriores a 2017 não se falava em proibição de retrocesso ambiental; a questão era resolvida apenas com a invocação do direito adquirido ambiental, ato jurídico perfeito e *tempus regit actum*¹²⁵. Portanto, quando o princípio da proibição de retrocesso surgiu nos julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre o Código Florestal, a orientação da Corte já era firme. Em razão disso, não parece que a proibição de retrocesso ambiental tenha sido fundamento determinante de qualquer dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, mormente porque sequer houve uma reflexão aprofundada sobre o tema nas decisões – apesar da unanimidade de todos os acórdãos.

Por fim, em que pese a orientação pacífica do Superior Tribunal de Justiça, desde que o Supremo Tribunal Federal julgou a constitucionalidade de boa parte do Código Florestal, começaram a chegar ao Supremo Reclamações contra decisões judiciais que continuaram a negar aplicação ao Código, apesar de sua constitucionalidade.

A primeira já julgada no mérito foi a Reclamação nº 38.764, de relatoria do Ministro Edson Fachin, na qual (por decisão monocrática do relator) o Supremo Tribunal Federal cassou

¹²⁵ A título de exemplo, para citar apenas um julgado nesse sentido e que não invocou o princípio da proibição de retrocesso ambiental, segue trecho do voto do Ministro Humberto Martins no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.434.797, o qual é reproduzido de forma muito semelhante em quase todos os outros julgados da Corte: “A alegação de que o novo Código Florestal retroagiria, acolhendo a pretensão recursal da parte, não deve, igualmente, prosperar. O novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir, de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais, o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da ‘incumbência’ do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, §1º, I).” (AgRg no REsp 1434797/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 07/06/2016).

acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região para determinar a aplicação do art. 62 do Código Florestal¹²⁶. Praticamente todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal já receberam Reclamações sobre o tema, e, ao que tudo indica, o Supremo tende a reconhecer a aplicabilidade do Código Florestal em contrariedade ao que o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo há muitos anos, pois os Ministros vêm concedendo liminares para suspender decisões que tenham deixado de aplicar o Código Florestal por potencial violação à autoridade de decisão do supremo Tribunal Federal¹²⁷.

Aliás, coincidência ou não, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em setembro de 2020, decidiu afetar dois Recursos Especiais (nº 1.731.334 e nº 1.762.206) ao rito dos Recursos Repetitivos para definir a “possibilidade de se reconhecer a retroatividade de normas não expressamente retroativas da Lei nº 12.651/2012 (novo Código Florestal) para alcançar situações consolidadas sob a égide da legislação anterior”¹²⁸.

Resta saber se o Supremo Tribunal Federal irá chancelar a compreensão de proibição de retrocesso do Superior Tribunal de Justiça (ainda que vestida pelos nomes de direito ambiental adquirido, ato jurídico perfeito e *tempus regit actum*), e se o Superior Tribunal de Justiça irá, se for o caso, se alinhar à orientação do Supremo Tribunal Federal.

6 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

¹²⁶ O dispositivo da decisão foi assim redigido: “Contata-se, assim, que o acórdão reclamado, ao afastar a aplicação do art. 62 da 12.651/2012, deixou de observar a autoridade das decisões desta Corte proferidas em sede de controle concentrado. Ante o exposto, nos termos do arts. 21, § 1º, e 161, parágrafo único, do RISTF, julgo procedente a presente reclamação, para cassar a decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que apreciou a Apelação Cível nº 0002737-88.2008.4.03.6106/SP, e determinar que nova decisão seja proferida com a observância do que decidido por esta Corte na ADI 4903 e na ADC 42.”

¹²⁷ Na decisão mais recente, publicada aos 24 de setembro de 2020 na Reclamação nº 42.786, a Ministra Carmem Lúcia listou as diversas Reclamações recebidas pela Corte e que os respectivos relatores haviam concedido liminar: “Na mesma linha, em casos análogos ao presente, nos quais aplicado o princípio *tempus regit actum* para afastar a incidência de normas do Novo Código Florestal, os Ministros deste Supremo Tribunal têm suspenso as decisões reclamadas. Confirmam-se, a propósito, as seguintes decisões monocráticas: Reclamação n. 40.343, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 26.8.2020; Reclamação n. 42.711, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 25.8.2020; Reclamação n. 37.981, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 27.7.2020; Reclamação n. 38.764, Relator o Ministro Edson Fachin, DJe 16.6.2020; Reclamação n. 39.991, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 24.4.2020; e Reclamação n. 39.270, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 27.2.2020.”

¹²⁸ “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. PROPOSTA DE AFETAÇÃO COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA AMBIENTAL. LEI N. 12.651/2012 (NOVO CÓDIGO FLORESTAL). APLICAÇÃO NO TEMPO. 1. Delimitação da questão de direito controvertida: possibilidade de se reconhecer a retroatividade de normas não expressamente retroativas da Lei n. 12.651/2012 (novo Código Florestal) para alcançar situações consolidadas sob a égide da legislação anterior. 2. Recurso especial submetido à sistemática dos recursos repetitivos, em afetação conjunta com o REsp n. 1.762.206/SP.” (ProAfr no REsp 1731334/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/09/2020, DJe 16/09/2020)

Sendo a proibição de retrocesso um princípio para a aferição da constitucionalidade de normas, o Supremo Tribunal Federal é, por excelência, o Tribunal qualificado para não só aplicá-lo, como também delimitar seu conteúdo.

Utilizando o mesmo método de pesquisa aplicado no Superior Tribunal de Justiça, em que no endereço eletrônico destinado à pesquisa jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal¹²⁹ fez-se a busca com os critérios de pesquisa “proibição retrocesso ambiental” e “vedação retrocesso ambiental”, foi possível encontrar 9 (nove) acórdãos¹³⁰.

Excluiremos da análise 3 (três) acórdãos – 2 (dois) prolatados em sede de Recurso Extraordinário e 1 (um) prolatado em Ação Direta de Inconstitucionalidade. O primeiro é o Recurso Extraordinário nº 760.931, pois a matéria debatida é impertinente ao objeto do presente estudo, tendo em vista que tratou sobre terceirização na Administração Pública e eventual responsabilidade do Poder Público em caso de inadimplemento dos encargos trabalhistas por parte do particular terceirizador¹³¹. O segundo acórdão que não será analisado é o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.216.014, pois embora o contexto da decisão tangencie a matéria ambiental (aplicabilidade/retroatividade do Código Florestal), a decisão apenas analisou e concluiu que houve violação à reserva de plenário (art. 97 da Constituição e Súmula Vinculante nº 10)¹³². Por fim, o terceiro acórdão foi prolatado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239, e não será analisado haja vista que a matéria dizia respeito ao procedimento de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos Quilombos¹³³, não sendo, portanto, pertinente ao estudo.

Ao contrário do que foi feito quando da análise dos acórdãos do STJ, quando fez-se a análise da fundamentação de cada Ministro nos processos de sua relatoria, aqui analisaremos cada um dos 6 (seis) acórdãos selecionados e os argumentos de cada Ministro dentro daquele contexto decisório.

Vale lembrar que a intenção é tentar identificar se o princípio da proibição de retrocesso ambiental foi fundamento determinante da decisão, de modo que a análise perpassa

¹²⁹ <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>

¹³⁰ Na pesquisa com o critério “proibição retrocesso ambiental” o resultado foram 8 (oito) acórdãos, enquanto que com o critério “vedação retrocesso ambiental” o resultado foram 4 (quatro) acórdãos, dos quais 3 (três) já haviam sido identificados na primeira pesquisa. A única ressalva foi a ADI 5016, relatoria Ministro Alexandre de Moraes.

¹³¹ RE 760931, Relator(a): ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-206 DIVULG 11-09-2017 PUBLIC 12-09-2017.

¹³² RE 1216014 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 14/02/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 27-02-2020 PUBLIC 28-02-2020.

¹³³ ADI 3239, Relator(a): CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019.

também pela verificação da concentração ou dispersão da fundamentação e, sobretudo, se houve concentração de fundamentação em torno do princípio.

Seguirei ordem cronológica de conclusão de julgamento na análise, ressalvado o acórdão do Código Florestal que, pela sua importância e relevância no tema, será o último a ser analisado.

6.1 – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.717

Talvez o caso mais importante no que diz respeito à aplicação do princípio da proibição de retrocesso ambiental, ressalvado o caso do Código Florestal, o precedente firmado na ADI 4717 é comumente referenciado como um exemplo de que o Supremo Tribunal Federal consagrou a proibição de retrocesso ambiental.

A ação foi proposta contra a Medida Provisória nº 558/12, convertida na Lei 12.678/12, que dispunha “sobre alterações nos limites dos Parques Nacionais da Amazônia, dos Campos Amazônicos e Matinguari, das Florestas Nacionais de Itaituba I, Itaituba II e do Crepori e da Área de Proteção Ambiental do Tapajós”. A questão jurídica objeto de decisão foi delimitada pela Ministra Cármen Lúcia nos seguintes termos:

A discussão, quanto à constitucionalidade, é jurídica basicamente em dois itens. Primeiro, sobre a parte formal, se medida provisória poderia ter sido utilizada para o cuidado dessa matéria e, em especial, se os pressupostos constitucionais – o Supremo Tribunal Federal tem determinado que pode e deve verificar urgência e relevância – estariam presentes e, mesmo que estivessem, se essa matéria poderia ter sido tratada pela medida provisória.

E outro dado que, em grande parte, se vincula a esse é se, na medida provisória, teria sido observado o princípio da precaução – que já seria uma inconstitucionalidade também material, porque, como disse, atinge a matéria no que se refere à parte formal – e do princípio da proibição do retrocesso ambiental.¹³⁴

Tratou-se, portanto, de alteração dos limites de Unidades de Conservação por meio de Medidas Provisórias. Os parâmetros de constitucionalidade eram o art. 62 da CF, e também o art. 225, §1º, III, que dispõe que é dever do Poder Público “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção”.

¹³⁴ ADI 4717, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 05/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 14-02-2019 PUBLIC 15-02-2019, p. 7.

A relatora, Ministra Carmem Lúcia, afirma, em primeiro lugar, que não ficou demonstrada “urgência apta à autorização do exercício excepcional da competência normativa primária do Presidente da República”¹³⁵. Acrescenta ainda que é inviável a edição de Medida Provisória em matérias sujeitas à reserva de lei em sentido formal (como seria o caso da alteração e supressão de espaços territoriais especialmente protegidos). Vale transcrever trecho do voto em que a relatora afasta a possibilidade de Medida Provisória dispor sobre a matéria em questão:

Não se pode deixar de observar, contudo, que o precedente acima citado tratava de medida provisória que veiculava norma favorável ao meio ambiente. A mesma orientação não pode ser estendida a normas que importam diminuição da proteção ao meio ambiente equilibrado, especialmente em se tratando de diminuição ou supressão de unidades de conservação, com consequências potencialmente danosas e graves ao ecossistema protegido.

A melhor exegese do art. 225, §1º, inc. III, da Constituição da República, portanto, imõe que a alteração ou supressão de espaços territoriais especialmente protegidos somente pode ser feita por lei formal, com amplo debate parlamentar e participação da sociedade civil e dos órgãos e instituições de proteção ao meio ambiente, em observância à finalidade do dispositivo constitucional, que é assegurar o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.¹³⁶

Há, portanto, na primeira parte do voto da Ministra Carmem Lúcia a definição de que a Medida Provisória e a Lei da qual resultou são inconstitucionais por vício formal, considerando a interpretação de que o art. 225, §1º, III da Constituição Federal afastaria a possibilidade de supressão ou alteração de espaços territorialmente protegidos pela via da Medida Provisória.

Nada obstante, a Ministra prossegue em seu voto para apreciar a (in)constitucionalidade da Lei também do ponto de vista material, e é nesse momento que entra em cena o princípio da proibição de retrocesso ambiental.

A Ministra, então, faz considerações conceituais sobre a proibição de retrocesso ambiental e parece afastar o caráter absoluto do princípio, ao argumentar que “a aplicação da proibição de retrocesso ambiental não pode engessar a ação legislativa e administrativa, sendo forçoso admitir certa margem de discricionariedade às autoridades públicas em matéria ambiental”¹³⁷. Entende, contudo, aplicável ao caso o princípio sob os seguintes fundamentos:

Contudo, o que se consumou, na espécie, foi a indevida alteração de reservas florestais à revelia do devido processo legislativo formal, por ato discricionário da Presidente da República, em prejuízo da proteção ambiental reservada a Parques Nacionais em área de Amazônia.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 22.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 34.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 39.

Aquele mesmo autor salienta que medidas que restringem direito sociais ou ecológicos devem ser submetidas a um rigoroso controle de constitucionalidade que avalie sua proporcionalidade e sua razoabilidade e seu respeito ao núcleo essencial dos direitos socioambientais.¹³⁸

(...)

Os parâmetros acima apontados não foram observados pela Medida Provisória n. 558/2012, convertida na Lei n. 12.678/2012, o que se pode extrair do confronto entre as finalidades objetivadas pela lei e a diminuição das unidades de conservação.¹³⁹

(...)

As alterações promovidas pela Lei n. 12.678/2012, à exceção do acréscimo à área do Parque Nacional dos Campos Amazônicos, importaram em gravosa diminuição da proteção dos ecossistemas abrangidos pelas unidades de conservação acima referidas, acarretando ofensa ao princípio da proibição de retrocesso socioambiental, ao atingirem o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da Constituição da República.¹⁴⁰

Em síntese, a relatora entende que há vício de inconstitucionalidade formal e material nos atos normativos impugnados, e aqui, na concepção da relatora, a inconstitucionalidade material decorre de violação ao princípio da proibição de retrocesso ambiental, entendida como vulneração ao núcleo essencial do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Com relação aos demais votos, o Ministro Alexandre de Moraes é o primeiro a se manifestar após o voto da relatora e manifesta sua concordância com a conclusão de que a Medida Provisória e a posterior Lei são inconstitucionais. Nada obstante, o Ministro declina como fundamento único a inconstitucionalidade formal pela utilização da Medida Provisória para supressão e alteração de espaços territoriais especialmente protegidos:

Em que pese a proteção ao meio ambiente não constar expressamente no elenco de limitações do art. 62, §1º, CF, tenho que a exigência de reserva legal constante do art. 225, §1º, III, da CF, não é satisfeita apenas com a edição de lei em sentido formal, mas também exige que essa lei seja editada mediante o processo legislativo comum ordinário, como garantia de que opção política dessa natureza seja amadurecida por um debate parlamentar qualificado, com ampla participação da sociedade. Caso se permita a conclusão de que medidas provisórias satisfazem a exigência de reserva legal – com base na referência do art. 62, *caput*, da CF, de que medida provisórias “*tem força de lei*” -, haveria indevido esvaziamento da salvaguarda estabelecida pelo legislador constituinte em prol da defesa do meio ambiente.¹⁴¹

(...)

Nessa linha, impõe-se reconhecer que o processo legislativo para edição de medidas provisórias não satisfaz a exigência de lei em sentido formal para a alteração ou modificação de unidades de conservação. Conclusão diversa implicaria flexibilizar matéria que a Constituição submeteu a regime mais rígido e estável.¹⁴²

¹³⁸ *Ibidem*, p. 40.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 41.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 42.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 48.

¹⁴² *Ibidem*, p. 49.

O Ministro Edson Fachin, na mesma linha, acolhe a inconstitucionalidade por não ser matéria passível de tratamento por MP, sem mencionar a proibição de retrocesso ambiental:

Tem-se que a Constituição não proíbe a alteração e nem mesmo a supressão de espaços territoriais especialmente protegidos. Ao contrário, tais modificações são permitidas, desde que se atenda à exigência de edição de lei para sua promoção.¹⁴³

(...)

Nesse passo, conclui-se que somente a edição de lei em sentido formal permite que o debate legislativo seja travado com o necessário adensamento que a matéria exige. Resta evidente, portanto, que a tutela conferida pela Constituição da República aos espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos não é imutável. No entanto, as alterações no sentido da diminuição da proteção ambiental demandam a edição de lei em sentido estrito.¹⁴⁴

(...)

A Constituição da República delimita, no art. 225, §1º, III, um espaço específico em que se vislumbra a possibilidade de diminuição da proteção ambiental, de modo a reduzir ou suprimir os espaços territoriais especialmente protegidos. O texto da Carta, não obstante, exige edição de lei formal para permitir que a redução da tutela ambiental. O vocábulo “*lei*”, contido na redação do art. 225, §1º, inciso III, CRFB, não autoriza compreensão elasticada. Ou seja, para fins de tutela ambiental o conceito de lei não abrange a medida provisória.¹⁴⁵

O Ministro Luís Roberto Barroso também se atém apenas à inconstitucionalidade formal e propõe uma tese sobre o julgamento que admite, em tese, a edição de MP sobre o tema:

A minha tese de julgamento é a seguinte: a supressão ou redução de uma unidade de conservação ambiental, como regra geral, não constituirá providência de urgência capaz de preencher os requisitos do *caput* do art. 62 da Constituição. É possível, em tese e por exceção, que o Poder Executivo seja capaz de superar o ônus argumentativo da demonstração da urgência.

De modo que estou de acordo que não é possível, como regra geral, fazer por medida provisória, embora possa, em tese, imaginar que, se for possível demonstrar urgência, isso será cabível.¹⁴⁶

O Ministro Ricardo Lewandowski também acompanha pela impossibilidade de reduzir espaços territorialmente protegidos por MP: “(...) eu concordo que não é possível reduzir reservas ambientais mediante uma medida provisória, porque o efeito é irreversível.”¹⁴⁷

A decisão, portanto, tomada por unanimidade, nos termos do voto da Relatora, foi pela declaração de inconstitucionalidade da lei, sem pronúncia de nulidade naquilo que fosse irreversível. A fundamentação dispersa do acórdão impõe a necessidade de análise individual dos votos para tentar identificar qual foi, de fato, o fundamento determinante da decisão.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 63.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 67-68.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 76.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 77.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 78.

Como visto, o voto da Ministra Carmem Lúcia trouxe dois fundamentos que ela certamente entendia suficientes para resolver o caso: inconstitucionalidade formal por impossibilidade de Medida Provisória dispor sobre alteração ou supressão de espaços territoriais especialmente protegidos, nos termos do art. 225, §1º da Constituição Federal, e a inconstitucionalidade material pela violação ao princípio da proibição de retrocesso ambiental, traduzido na agressão ao núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ocorre, contudo, que o fundamento verdadeiramente determinante foi a impossibilidade de Medida Provisória estar contida no conceito de “Lei”, conforme prevista no art. 225, §1º, III da Constituição Federal. Todos os demais votos declarados acompanharam o voto da relatora apenas com relação à inconstitucionalidade formal, nada dizendo ou sequer tangenciando a aplicação ou não do princípio da proibição de retrocesso ambiental.

O princípio da proibição de retrocesso ambiental no Supremo Tribunal Federal não foi fundamento determinante da decisão, constando apenas e tão somente no voto da relatora, Ministra Carmem Lúcia.

6.2 – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.016

O Estado da Bahia aprovou uma Lei que possibilitou a dispensa de outorga de direito de uso de recursos hídricos ou de manifestação prévia em casos de perfuração de poços tubulares. A Ação Direta de Inconstitucionalidade fundamentou-se na violação de competência exclusiva da União, do princípio democrático e a vedação do retrocesso, pois a nova legislação teria reduzido o controle estatal sobre esse tipo de captação de recurso hídrico.

Em seu voto, o relator, Ministro Alexandre de Moraes, deixa claro o entendimento que a lei da Bahia é inconstitucional por invadir competência exclusiva da União:

“A competência em questão integra o rol de competências materiais da União. Assim, é vedado aos Estados e aos Municípios estabelecer os critérios de outorga de direitos de uso de recursos hídricos.”¹⁴⁸

(...)

“Nesse sentido, se apenas a União é competente para estabelecer os casos de outorga, as exceções também devem ser previstas, exclusivamente, por esse ente da federação”¹⁴⁹

(...)

¹⁴⁸ ADI 5016, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 26-10-2018 PUBLIC 29-10-2018, p. 11.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 12.

“A legislação federal, como se vê, estatui que a concessão de outorga pelo Poder Público de direito de uso dos recursos hídricos é a regra. As exceções foram arroladas em três categorias. A perfuração de poços tubulares não se encontra textualmente entre as exceções disciplinadas na lei federal, não sendo possível, de plano, concluir-se que nelas se enquadraria. Não há como garantir que os poços tubulares serão criados apenas para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos habitacionais, tampouco há como enquadrar a situação como captação insignificante, visto que pode causar grave dano ao meio ambiente, se não for realizada conforme os padrões cabíveis.

Concluo, dessa forma, que a redação do art. 18, §5º, da lei impugnada, permite alargar as hipóteses postas na lei federal de dispensa de outorga de direito de uso, ferindo o disposto no art. 21, XIX, da Constituição Federal.”¹⁵⁰

Além da inconstitucionalidade formal por invasão de competência da União, o Ministro Alexandre de Moraes argumenta também pela inconstitucionalidade material da Lei pela falta de controle efetivo, o que comprometeria o meio ambiente ecologicamente equilibrado:

Observo, ademais, que a perfuração de poços tubulares, se realizada sem o devido cuidado, poderá contaminar e reduzir a quantidade de água em reservatórios subterrâneos, consequências que afrontam o art. 225, §1º, V, da Carta Magna e o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado, por comportarem risco à vida, à qualidade de vida e ao meio ambiente.¹⁵¹

Ainda no que tange à inconstitucionalidade material, o Ministro argumenta que o caso representa violação à proibição de retrocesso, o que faz nos seguintes termos:

Assim, a lei atacada resultou em afronta ao princípio da vedação do retrocesso, que impossibilita qualquer supressão ou limitação de direitos fundamentais já adquiridos. Tal garantia se coaduna com os princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica, estabelecendo um dever de progressividade em matérias sociais, econômicas, culturais e ambientais.¹⁵²

A decisão foi unânime com fundamentação concentrada, pois não houveram outros votos declarados. O Ministro Alexandre de Moraes parece adotar uma posição inclinada à proibição absoluta de retrocesso, haja vista que afirma a impossibilidade de “qualquer supressão ou limitação de direitos fundamentais já adquiridos”.

Assim, embora nesse caso o princípio da proibição de retrocesso ambiental tenha sido um fundamento suficiente para a tomada de decisão, é importante destacar que haviam outros argumentos que poderiam por si só resolver a questão (como a questão da competência exclusiva da União). Vale dizer: o princípio da proibição de retrocesso foi fundamento suficiente, porém não necessariamente determinante para o resultado do caso.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 12-13.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 13.

¹⁵² *Ibidem*, p. 15-16.

6.3 – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.066

Famoso caso do amianto, a ADI 4.066 foi proposta contra o art. 2º da Lei 9.055/95, que “disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim”. O argumento para a inconstitucionalidade é, em síntese, que o material “amianto crisotila” causa danos à saúde humana.

A Ministra Rosa Weber, relatora para o caso, resumiu a controvérsia jurídica nos seguintes termos:

se, em face do que afirma o consenso médico e científico atual – que em absoluto pode ser desconsiderado -, a extração do amianto crisotila, bem como sua exploração industrial e comercial, na forma como autorizada pela Lei nº 9.055/1995, é compatível com a escolha política, efetuada pelo Poder Constituinte, de assegurar, a todos os brasileiros, os direitos à saúde e à fruição de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.¹⁵³

Toda a fundamentação de mérito foi calcada na proteção à saúde, na medida em que havia consenso científico de que o amianto crisotila é nocivo à saúde humana e ao meio ambiente. Não há nenhuma menção ao princípio da proibição de retrocesso no voto da relatora, até porque o caso não versava sobre uma alteração legislativa que tenha diminuído o nível de concretização de um direito fundamental – aliás, a lei questionada estava, na verdade, vigente há décadas.

O princípio da proibição de retrocesso, no entanto, aparece no voto do Ministro Celso de Mello, que cita os conceitos de Canotilho e Vital Moreira mencionados no capítulo 1. Apesar de fazer menção ao princípio, o Ministro Celso de Mello não deixa muito claro de que modo a proibição de retrocesso se aplicaria ao caso na resolução da controvérsia.

Essa decisão, de caráter disperso, não debate efetivamente o princípio da proibição de retrocesso, de modo que o princípio não foi fundamento determinante da decisão.

6.4 – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 656 E 658

¹⁵³ ADI 4066, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018, p. 30.

Tratando do mesmo tema, as ADPF's nº 656¹⁵⁴ e 658, ambas de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, foram julgadas em conjunto por unanimidade e com decisão de fundamentação concentrada, com apenas o voto do relator.

O caso disse respeito à Portaria nº 43/2020, expedida pelo Secretário de Defesa Agropecuária do Ministério da Agricultura - MAPA, no bojo da qual foram estabelecidos prazos para aprovação tácita de atos públicos de liberação de responsabilidade da Secretaria de Defesa Agropecuária, o que envolvia a eventual aprovação tácita de agrotóxicos independentemente da conclusão de estudos técnicos relacionados aos efeitos nocivos ao meio ambiente e/ou consequências à saúde da população.

Em seu voto, o relator deu ênfase ao princípio da precaução, ressaltando que a liberação tácita de agrotóxicos violaria o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e também o direito à saúde.

Sobre a proibição de retrocesso ambiental, o Ministro afirma o seguinte:

Nesse debate é preciso, ainda, trazer para ordem do dia o princípio da proibição de retrocesso socioambiental, segundo o qual, atingido um dito “mínimo existencial socioambiental”, e sem que se iniba a relativa margem de discricionariedade ínsita à ação legislativa e administrativa em matéria ambiental, não se mostra admissível permitir que se vulnere o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição da República (ADI 4.717/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia).¹⁵⁵

O princípio da proibição de retrocesso aparece como reforço argumentativo no voto do relator, porém na sua versão relativa, consistente na proteção do núcleo essencial do direito fundamental, consignando o relator de maneira expressa a relativa margem de discricionariedade do legislador.

O voto, então, de passagem considera que a aprovação tácita de agrotóxicos é um retrocesso inconstitucional, embora o fundamento central tenha sido, conforme dito, o princípio da precaução. Aqui também é possível afirmar que o princípio foi fundamento suficiente, porém não determinante.

¹⁵⁴ ADPF 656 MC, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-216 DIVULG 28-08-2020 PUBLIC 31-08-2020.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 11.

6.5 – O CASO DO CÓDIGO FLORESTAL – AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.901, 4.902, 4.903, 4.937 E AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 42

A relevância do caso do Código Florestal para o princípio da proibição de retrocesso ambiental é, sem dúvidas, enorme. É possível afirmar que foi efetivamente no julgamento desse caso que os Ministros realmente se debruçaram sobre a proibição de retrocesso e sua aplicação no controle de constitucionalidade, o que torna esse julgamento um divisor de águas na compreensão do princípio.

Com efeito, em que pese todas as discussões e controvérsias do Novo Código Florestal, o Projeto de Lei do qual resultou tramitou por 10 (dez) anos no Congresso Nacional, tendo sido realizadas mais de 70 (setenta) audiências públicas e 200 (duzentas) reuniões nos Estados da federação, tudo a permitir um amplo debate e composição de interesses. O Código foi aprovado na Câmara com 410 (quatrocentos e dez) votos favoráveis e 67 contrários, enquanto que no Senado foram 59 votos favoráveis. De posse desses dados é possível afirmar, ao menos a nível de presunção, que o Código Florestal foi uma lei adequadamente gestada, debatida, amadurecida e que compôs minimamente os mais diversos interesses; acomodou, pois, as disputas entre quem se preocupava prioritariamente com a proteção ao meio ambiente e quem se preocupava prioritariamente com segurança jurídica para desenvolver o agronegócio.

Após a sanção não tardou para que a constitucionalidade do Código fosse questionada no Supremo. Apoiado em doutrina majoritária, a Procuradoria-Geral da República ajuizou as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.901, 4.902 e 4.903. Pouco depois, o Partido Socialismo e Liberdade ajuizou, com os mesmos fundamentos, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.937. O Partido Progressista, enfim, ajuizou a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 42, em defesa do Código Florestal. Todas as ações tramitaram em conjunto sob a relatoria do Ministro Luiz Fux.

A argumentação central das Ações Diretas de Inconstitucionalidades girou em torno da alegação de que o Novo Código Florestal diminuía os níveis de proteção ambiental então estabelecidos pela legislação revogada, o que violaria dispositivos constitucionais, em especial o art. 225, *caput* e §1º, III, e o princípio da proibição de retrocesso ambiental.

Todos os Ministros prolataram declarações de voto, de modo que a decisão foi dispersa. Além disso, tendo em vista a quantidade de dispositivos impugnados, a decisão se tornou extremamente complexa pelo fato de que praticamente todos os Ministros divergiram do relator em algum aspecto.

O Novo Código Florestal, Lei 12.651/2012, não será analisado pormenorizadamente porque essa análise não é pertinente aos objetivos do trabalho. A proposta é analisar cada voto e seus fundamentos, em especial sobre o princípio da proibição de retrocesso e sua aplicação.

6.5.1 – MINISTRO LUIZ FUX

Relator do caso e redator para o acórdão, o Ministro Luiz Fux foi o responsável por apresentar o primeiro e mais detalhado voto. Tendo em vista a complexidade da matéria, o Ministro Fux inicia seu voto por um tópico denominado “premissas teóricas”, as quais se encontram relativamente bem resumidas na ementa do julgado.

Para Fux, a proteção ao meio ambiente é um dentre vários interesses constitucionalmente relevantes, e que na formulação de políticas públicas o Legislador acaba tendo que optar entre escolhas trágicas que envolvem uma maior proteção de um direito em detrimento, muitas vezes, de uma menor proteção de outro direito. Por isso, Fux rejeita o princípio da proibição de retrocesso ambiental, ao menos como um trunfo argumentativo que descarta uma análise ponderativa entre os diversos aspectos em discussão:

No entanto, a escolha de políticas públicas no âmbito do Direito Ambiental representa a difícil tarefa de acomodar a satisfação de diferentes valores relevantes em permanente tensão, valores esses que podem pertencer igualmente à seara do meio-ambiente ou podem transbordar para outros setores, como o mercado de trabalho, o desenvolvimento social, o atendimento às necessidades básicas de consumo dos cidadãos *etc.* Dessa forma, não é adequado desqualificar determinada regra legal como contrária ao comando constitucional de defesa do meio ambiente (art. 225, *caput*, CRFB), ou mesmo sob o genérico e subjetivo rótulo de “retrocesso ambiental”, ignorando as diversas nuances que permeiam o processo decisório do legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interesses conflitantes por meio de regras gerais e objetivas. Não se deve desprezar que a mesma Constituição protetora dos recursos ambientais do país também exorta o Estado brasileiro a garantir a livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170), o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), a erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III; art. 170, VII), a proteger a propriedade (art. 5º, *caput* e XXII; art. 170, II), a buscar o pleno emprego (art. 170, VIII; art. 6º), a defender o consumidor (art. 5º, XXXII; art. 170, V) *etc.*¹⁵⁶

(...)

A preservação dos recursos naturais para as gerações futuras não pode ser um valor absoluto, a significar a ausência completa de impacto do homem na natureza, consideradas as carências materiais da geração atual e também a necessidade de gerar desenvolvimento econômico suficiente para assegurar uma travessia confortável para os nossos descendentes. A questão, portanto, envolve diversas nuances, em especial a justiça intergeracional, demandando escolhas trágicas a serem realizadas pelas

¹⁵⁶ ADC 42, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 12-08-2019 PUBLIC 13-08-2019, p. 50.

instâncias democráticas, e não pela convicção de juízes, por mais bem-intencionados que sejam.¹⁵⁷

Fux, então, defende que o Poder Judiciário adote uma posição de maior deferência ao Legislador, notadamente quando a controvérsia envolver questões técnicas e que demandariam uma revisão judicial de premissas empíricas. O Ministro relator chega a chamar de “singela e arbitrária” a utilização do princípio da proibição de retrocesso em sua modalidade absoluta, esclarecendo que o que se protege é o núcleo essencial do direito fundamental em jogo:

Evidencia-se, à luz do exposto, que a revisão judicial das premissas empíricas que embasam determinada medida regulatória, quanto mais quando editada pelo legislador democrático, não pode ocorrer pela singela e arbitrária invocação de um suposto “retrocesso” na defesa do meio ambiente. Na realidade, os proponentes da denominada “teoria da vedação do retrocesso” entendem existente um estado de inconstitucionalidade quando eliminada determinada norma infraconstitucional ou estrutura material essencial para a concretização mínima de um comando explícito da Carta Magna. Assim, o que se qualifica como vedada é a omissão do Estado quanto ao atendimento do núcleo essencial de uma ordem constitucional inequívoca a ele dirigida – assim decidiu esta Egrégia Corte, *v. g.*, nos seguintes precedentes: ARE 745745 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014; ARE 727864 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 04/11/2014.¹⁵⁸

Assim, o princípio da proibição de retrocesso ambiental, para o Ministro Fux, viola também o princípio democrático, na medida em que prega o engessamento de políticas públicas:

Entender como “vedação ao retrocesso” qualquer tipo de reforma legislativa ou administrativa que possa causar decréscimo na satisfação de um dado valor constitucional seria ignorar um elemento básico da realidade: a escassez. Rememore-se que, frequentemente, legisladores e administradores somente poderão implementar avanços na concretização de determinados objetivos constitucionais por meio de medidas que causam efeitos negativos em outros objetivos igualmente caros ao constituinte. O engessamento das possibilidades de escolhas na formulação de políticas públicas, a impedir a redistribuição de recursos disponíveis entre as diversas finalidades carentes de satisfação na sociedade, em nome de uma suposta “vedação ao retrocesso” sem base no texto constitucional, viola o núcleo básico do princípio democrático e transfere indevidamente ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo. Não fosse o suficiente, ainda afasta arranjos mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo.¹⁵⁹

Outro aspecto muito sensível ao relator foi a qualidade democrática do Novo Código Florestal, pois, como visto acima, além de ter sido aprovado por uma ampla maioria tanto na

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 54.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 61.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 62-63.

Câmara dos Deputados quanto no Senado, o Processo Legislativo contou com dezenas de audiências públicas e um amplo debate:

É preciso, portanto, desde logo assentar que as opções legislativas positivadas no Novo Código Florestal gozam de legitimidade institucional e democrática. Segundo apurei por ocasião da audiência pública realizada nas presentes ações, as discussões para a aprovação da Lei se estenderam por mais de dez anos no Congresso Nacional. Somente no âmbito do Parlamento, mais de 70 (setenta) audiências públicas foram promovidas com o intuito de qualificar o debate social em torno das principais modificações relativas ao marco regulatório da proteção da flora e da vegetação nativa no Brasil. Dessa maneira, além da discricionariedade epistêmica e hermenêutica garantida ao Legislativo pela Constituição, também militam pela autocontenção do Judiciário no caso em tela a transparência e a extensão do processo legislativo desenvolvido, que conferem legitimidade adicional ao produto da atividade do Congresso Nacional. A transparência cria um ambiente propício à consistência regulatória, na medida em que constringe os agentes decisórios a explicitar, com maior rigor analítico, os motivos causadores e fins perseguidos pela intervenção estatal. Sem prejuízo de todos os fatores já enumerados, que sugerem uma postura judicial deferente, também as características do processo legislativo que culminou na lei em apreço aumentam o ônus argumentativo para o apontamento de inconstitucionalidades no novo Código Florestal.¹⁶⁰

Fux afasta, desse modo, a constitucionalização de normas infralegais que estabelecem níveis de proteção ambiental, como por exemplo, a metragem de Áreas de Preservação Permanente:

Novamente, a pretensão do Requerente pressupõe a constitucionalização de metragens de áreas de proteção permanente, desconsiderando a autorização conferida ao legislador para alteração ou supressão de espaços territoriais especialmente protegidos (art. 225, § 1º, III, da CRFB). O Requerente postula até mesmo o reconhecimento de retrocesso ambiental por supostamente não ter o legislador se submetido à Resolução nº 302/2002 do Conama. Sendo certo que a resolução administrativa não constitui parâmetro válido de controle abstrato de constitucionalidade, bem como que o texto constitucional não estabelece qualquer rigidez na definição da metragem de áreas de proteção ambiental, deve-se rejeitar a declaração de nulidade da norma objeto de controle. O estabelecimento legal de metragem máxima para áreas de proteção permanente no entorno de reservatórios d'água artificiais constitui legítima opção de política pública ante a necessidade de compatibilizar a proteção ambiental com a produtividade das propriedades contíguas, em atenção a imperativos de desenvolvimento nacional e eventualmente da própria prestação do serviço público de abastecimento ou geração de energia (art. 175 da CRFB). A revisão judicial do modelo implantado pelo legislador equivaleria a indevida violação ao princípio democrático, resultando em acomodação discricionária do grau de satisfação dos valores em tensão sem base empírica ou normativa.¹⁶¹

Essas considerações, no entanto, não significam que o Código Florestal estaria imune ao controle de constitucionalidade. O próprio Ministro Fux, aliás, votou pela declaração de

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 66.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 94-95.

inconstitucionalidade ou interpretação conforme de alguns dispositivos por entender que havia ali uma agressão ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas não com base em um princípio da proibição de retrocesso ambiental; o fundamento foi a violação do núcleo essencial:

Uma vez justapostos esses três elementos, conclui-se que o extenso *under-enforcement* do direito sancionador provocado pelo Programa de Regularização Ambiental esvazia por completo o núcleo essencial dos valores constitucionais do artigo 225, §3º, da Constituição, pelo que a declaração da inconstitucionalidade dos artigos 59, §§ 4º e 5º, e 60 do Código Florestal é medida que se impõe.¹⁶²

O voto do Relator, portanto, rejeita claramente um princípio da proibição de retrocesso ambiental na sua modalidade absoluta, e utiliza como critério para a aferição da inconstitucionalidade dos dispositivos a proporcionalidade das medidas, declarando a inconstitucionalidade quando detectada a vulneração do núcleo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nesse sentido, seria possível afirmar que o Ministro Fux admite a proibição relativa de retrocesso, haja vista que admite a possibilidade de retrocesso legislativo, limitado pelo núcleo essencial do direito.

6.5.2 – MINISTRO MARCO AURÉLIO

Marco Aurélio não expõe de maneira aprofundada as premissas teóricas de seu voto. Em um parágrafo, o Ministro apenas dá a entender que sua compreensão sobre o tema é de que a proibição de retrocesso é absoluta, na medida em que afirma que somente com uma análise global da nova legislação é possível afirmar se houve um robustecimento da tutela ambiental, o que parece indicar que se não houver o robustecimento, a inconstitucionalidade seria conclusão inafastável:

O princípio da proibição do retrocesso ambiental evidencia as dificuldades a serem enfrentadas pelo Tribunal no exame do tema, tendo em vista a necessidade de conhecimentos técnicos sobre quais medidas efetivamente implicam o recuo na proteção ambiental. A par desse aspecto, a leitura das normas impugnadas deve ser feita de forma sistêmica. A compreensão isolada dos preceitos pode conduzir à equivocada conclusão de ter-se retrocesso quando a aplicação conjunta dos dispositivos revela o robustecimento da tutela ambiental.¹⁶³

¹⁶² *Ibidem*, p. 141.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 158-159.

Em voto bastante mais rígrado que o do Ministro Luiz Fux, Marco Aurélio declara a inconstitucionalidade da maioria dos dispositivos do Novo Código Florestal. É interessante observar, no entanto, que apesar de uma maior inclinação sobre o reconhecimento de uma proibição absoluta de retrocesso, o Ministro Marco Aurélio oscila em alguns poucos momentos e, nesses poucos momentos, externa posicionamento semelhante ao do relator:

A propósito da redução das áreas de preservação permanente no entorno de reservatórios d'água artificiais implantados para abastecimento público e geração de energia (artigos 5º e 62), tem-se a adoção de arquitetura legislativa semelhante àquela revelada nos parágrafos 6º, 7º e 8º do artigo 12, que versa a dispensa de reserva legal nas áreas utilizadas por empreendimentos de abastecimento público de água, tratamento de esgoto, energia elétrica, bem como de ferrovias e rodovias. Surge estreme de dúvidas a adequada ponderação levada a efeito pelo legislador na busca pelo equilíbrio entre a tutela do meio ambiente e o desenvolvimento econômico, inexistindo autorização genérica de desmatar.

Tomar a razoável diminuição dos limites mínimos anteriormente previstos pela legislação de regência como prova incontestada de retrocesso ambiental representaria restringir injustificadamente a esfera de tomada de decisão das instâncias democráticas e representativas. Destaque-se que a própria Constituição Federal, no artigo 225, § 1º, inciso III, expressamente reservou à legislação poder de conformação que engloba a possibilidade de alteração ou supressão de “espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos”. É dizer, não compete ao Supremo constitucionalizar a metragem das áreas de preservação permanente.¹⁶⁴

No trecho acima transcrito, o Ministro Marco Aurélio rejeita o princípio da proibição de retrocesso ambiental na modalidade absoluta, inclusive rejeitando o que podemos chamar de método comparativo, no qual a inconstitucionalidade da nova lei se dá mediante sua comparação com a lei anterior.

Nada obstante, como dito, em outros trechos Marco Aurélio reconhece a inconstitucionalidade pelo retrocesso, embora diga que a inconstitucionalidade, no caso específico, não se resume a eventual diminuição da metragem:

Observem que a inconstitucionalidade articulada não reside em eventual diminuição da metragem das áreas de proteção, situação autorizada no artigo 225, § 1º, da Constituição Federal. A mácula legislativa a reclamar reparo por parte do Supremo consubstancia-se no reconhecimento de que a inclusão do vocábulo “perenes” no inciso IV do artigo 4º representa não apenas retrocesso na legislação ambiental mas também opção que não se justifica cientificamente, mostrando-se, ainda, contrária à lógica legislativa que conduziu a elaboração redacional do inciso I do mesmo artigo.¹⁶⁵

Portanto, embora Marco Aurélio tenha admitido a validade do princípio da proibição de retrocesso ambiental, ao longo do voto ele afasta a proibição absoluta e julga muito mais

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 194-195.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 198.

calcado na ideia de proteção insuficiente do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

6.5.3 – VOTO MINISTRA CARMÉN LÚCIA

É no voto da Ministra Carmén Lúcia que o princípio da proibição de retrocesso ambiental surge em sua expressão máxima, embora a Ministra não declare a inconstitucionalidade de todos os dispositivos impugnados. A Ministra, aliás, na parte introdutória de seu voto, no qual enuncia suas premissas teóricas, deixa claro que acolhe o método comparativo para julgar a inconstitucionalidade do Novo Código Florestal, bastando verificar se houve diminuição da proteção já consagrada pelo Código Florestal revogado:

Não se tem, expresso, no texto da Constituição da República a proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais de terceira e de quarta dimensão. Entretanto, quanto ao meio ambiente, esse preceito deriva diretamente do *caput* de seu art. 225, ao garantir a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e impor ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Não se pode admitir que o Código Florestal, que já vigorava quando da promulgação da Constituição de 1988, editado em 1965, seja superada sob a justificativa de se privilegiar o desenvolvimento nacional.¹⁶⁶

A Ministra, assim, assume uma posição pela proibição absoluta de retrocesso, em especial quando afirma que “não é compatível com a Constituição da República, portanto, a superação da legislação ambiental, sem que sejam simultaneamente editadas medidas que compensem o impacto ambiental causado por normas mais permissivas”¹⁶⁷.

A declaração de inconstitucionalidade pelo método comparativo pode ser ilustrado no seguinte trecho do voto:

Essa interpretação decorre, ainda, do princípio da proibição do retrocesso socioambiental, pois, como visto, o Código Florestal revogado elencava a ausência de alterativa técnica e locacional como requisito para a supressão de vegetação em APP em favor de empreendimentos/atividades de utilidade pública ou interesse social, o que obsta a retirada desse requisito na nova legislação de regência.¹⁶⁸

O parâmetro de constitucionalidade foi, claramente, a lei ordinária revogada, o que também ocorreu no trecho abaixo transcrito, no qual a Ministra até mesmo admite que a nova

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 225.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 231.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 235.

disposição não é inconstitucional porque em confronto com a Constituição, mas sim porque menos protetiva que a legislação anterior:

Analisado isoladamente, não há, no inc. XIX do art. 3º da Lei 12.651/2012 contrariedade à Constituição da República, pois a norma traz a definição técnica de “leito regular”. Essa norma, todavia, assume importância central quando instituída, pelo art. 4º, inc. I, como novo parâmetro para o cálculo das APPs nas margens dos cursos d’água.

Tem-se, então, que o inc. XIX do art. 3º acoplado ao inc. I do art. 4º, ambos da Lei n. 12.651/2012 conduz a sensível redução daquelas APPs nas faixas marginais dos cursos d’água naturais, acarretando diminuição do patamar de proteção ambiental que havia sido assegurado pela legislação anterior, sem contrapartida justificável.¹⁶⁹

Apesar dessa linha de raciocínio, a Ministra declarou a constitucionalidade de alguns dispositivos considerados polêmicos no Novo Código, como o art. 15, que permite o cômputo de Áreas de Preservação Permanente em Reserva Legal, não reconhecendo o retrocesso. Em outros casos, a Ministra pareceu adotar a proibição relativa de retrocesso, ao admitir o retrocesso sob o argumento de que o núcleo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado havia sido preservado, como no trecho abaixo transcrito:

Assim, quanto à supressão de vegetação para uso alternativo do solo, o regramento da Lei n. 12.651/2012 não ofendeu o núcleo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, afigurando-se compatível com a Constituição da República o art. 28 daquele diploma legal.¹⁷⁰

A Ministra Carmén Lúcia é a que adota, junto com o Ministro Ricardo Lewandovski, a versão mais absoluta do princípio da proibição de retrocesso ambiental, de modo a, como ressaltado, realizar inclusive um método comparativo com a legislação anterior para determinar se há ou não inconstitucionalidade.

6.5.4 – VOTO ALEXANDRE DE MORAES

Aproximando-se das premissas teóricas do relator, o Ministro Alexandre de Moraes consigna que a lei nova somente será inconstitucional se comprometer o núcleo essencial do direito fundamental em causa, a partir de uma análise calcada no princípio da razoabilidade:

O mandamento constitucional de proteção ao meio ambiente envolve um juízo de equilíbrio e ponderação entre interesses contrapostos. Eventual opção legislativa por

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 244-245.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 287.

certo grau de proteção ambiental, a partir de um determinado arranjo entre as exigências de proteção ambiental e de fruição econômica dos recursos disponíveis, *somente será inconstitucional se demonstrado o comprometimento do núcleo essencial de proteção à garantia fundamental em causa*. Dentro dessa perspectiva, a análise das opções legislativas consubstanciadas no Código Florestal deverá ser realizada perante o *princípio da razoabilidade*, para a verificação da existência de compatibilidade e equilíbrio entre a preservação ambiental e o desenvolvimento sustentável nas novas normas, levando-se em conta critérios racionais e coerentes, inclusive com o exame da evolução científica e tecnológica na proteção ambiental e na constatação de que antigas previsões legislativas protetivas demonstraram-se inúteis com o passar do tempo.

Essa análise é necessária, sob pena de realizarmos verdadeiro *congelamento eterno* da legislação ambiental, deixando de rever instrumentos legislativos obsoletos e superados pelo desenvolvimento técnico-científico da exploração dos recursos naturais, sempre sob a genérica alegação da *proibição do retrocesso*, independentemente da comprovação de que as normas anteriores demonstraram-se excessivas ou inócuas.¹⁷¹

Rejeitando a ideia de uma proibição de retrocesso, sobretudo na modalidade absoluta, o Ministro Alexandre de Moraes critica o método comparativo largamente utilizado pela Ministra Carmén Lúcia, de proclamar a inconstitucionalidade da lei nova com base na lei revogada:

Não me parece possível examinar eventual inconstitucionalidade somente a partir do cotejo entre a nova lei e o regramento anterior, pois em muitos casos é possível depreender que a alteração legislativa frustrou a expectativa de alguns por um padrão mais intenso e radical de preservação ambiental; mas também se percebe que o legislador assim procedeu em atenção a outros interesses sociais de igual relevância, sem atentar ou comprometer o *núcleo essencial de proteção ao meio ambiente*, adotando critérios racionais e equilibrados.¹⁷²

O Ministro Alexandre frisa também a capacidade institucional do Judiciário na análise da inconstitucionalidade, além da qualidade democrática do Novo Código Florestal, tudo a sugerir uma postura de autocontenção:

O mérito dessas medidas é sindicável em sede judicial. Como demonstrado pelo Ministro Relator, o exame do acerto ou desacerto dessas medidas escapa à capacidade institucional do Poder Judiciário, pois envolve a percepção e análise de uma realidade que não é aferível do contraste entre a legislação impugnada e o projeto normativo da Constituição em matéria de proteção ambiental. Na verdade, as teses de inconstitucionalidade articuladas nas presentes ações diretas dependem da demonstração técnica e científica da alegada insuficiência total da nova legislação em assegurar um padrão mínimo essencial de proteção ambiental.¹⁷³

Sem realizar uma análise pormenorizada de cada dispositivo impugnado, o Ministro acompanha o Relator na quase totalidade do voto. Fica claro, no entanto, que o Ministro

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 324-325.

¹⁷² *Ibidem*, p. 325.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 327.

Alexandre de Moraes rejeita uma concepção absoluta do princípio da proibição de retrocesso. Para o Ministro, o retrocesso é possível, desde que preservado o núcleo essencial a partir de uma análise da razoabilidade da medida.

O posicionamento externado pelo Ministro Alexandre de Moraes nesse caso é bem diverso daquele que externou como relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.016, na qual, como demonstrado em tópico específico, o Ministro mostrou forte inclinação a uma proibição absoluta de retrocesso.

6.5.5 – VOTO EDSON FACHIN

O Ministro Edson Fachin, ao longo de seu voto, apenas faz referência ao princípio da proibição de retrocesso ambiental ao enunciar quais foram as teses dos requerentes das ações. Isso significa que o Ministro não chega a efetivamente afirmar sua compreensão do princípio e, sobretudo, sua aplicabilidade ao caso.

Grande parte de seu voto, ao menos naquilo que considerou o Novo Código Florestal constitucional, foi calcado na possibilidade admitida pela Constituição Federal de alterar ou suprimir espaços territoriais especialmente protegidos, conforme o art. 225, §1º III da Carta:

O legislador constituinte não criou óbice intransponível às alterações legislativas em matéria ambiental. Fixou, entretanto, linhas bem demarcadas no inciso III do § 1º do art. 225, CRFB. É possível, mediante edição de lei formal, alterar e até mesmo suprimir espaços territoriais especialmente protegidos. O texto constitucional, contudo, não permite, em qualquer hipótese, a utilização de tais espaços territoriais e de seus componentes de maneira a comprometer a integridade dos atributos que ensejaram a proteção, em primeiro lugar.

Desenvolvimento econômico e proteção ambiental não são valores incompatíveis. Por isso mesmo, o desenho das políticas públicas deve respeitar os limites instituídos pela Constituição da República. Os limites da função desempenhada pelos espaços territoriais especialmente protegidos constituem, assim, nos termos do art. 225, § 1º, III, da CRFB, a integridade dos atributos que justificam sua proteção e, nessa dimensão, impõem um ônus ao Poder Legislativo. É face a esse limite constitucional que se deve examinar as alterações legais promovidas.¹⁷⁴

O critério para a aferição da conformidade constitucional das alterações é, para Edson Fachin, se a supressão e/ou alteração compromete a integridade dos atributos daqueles espaços protegidos.

Sem a definição de um método específico para verificar se a integridade dos atributos foi ou não comprometida, Fachin acompanha em boa parte o voto do relator, declarando a

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 365-366.

constitucionalidade da maioria dos dispositivos. Os que declara inconstitucionais, Fachin apenas afirma a violação ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sem mencionar a proibição de retrocesso ambiental.

Considerando que Fachin externa o entendimento de que o retrocesso é admissível, desde que com limites, é possível afirmar que o Ministro adota uma proibição relativa de retrocesso.

6.5.6 – VOTO LUÍS ROBERTO BARROSO

O Ministro Barroso traça algumas premissas teóricas acerca de sua compreensão sobre o conflito constitucional em julgamento, a começar pelo reconhecimento de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, mas que existem outros interesses constitucionalmente relevantes e que impõem uma ponderação, à luz do princípio da proporcionalidade, para que se possa chegar a uma solução constitucionalmente adequada:

A necessidade de compatibilização de valores constitucionais contrapostos faz com que o intérprete, a fim de conferir máxima efetividade aos princípios em questão e preservar a unidade da Constituição, tenha de avaliar medidas restritivas à luz do princípio da proporcionalidade, ou do mandamento da proporcionalidade, recorrendo à técnica da ponderação. Nesse contexto, surge a ideia de desenvolvimento sustentável, compreendido como aquele apto a atender às necessidades básicas das gerações atuais e futuras, viabilizando, ao mesmo tempo, a renovação dos estoques atuais de recursos.

Portanto, Presidente, o que estou aqui dizendo é que o meio ambiente desfruta de especial proteção constitucional; mas, por evidente, essa proteção há de ser compreendida em ponderação com outros valores como o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades e a erradicação da pobreza.¹⁷⁵

O Ministro, então, enfrenta de maneira expressa o princípio da proibição de retrocesso, enunciando seu entendimento por uma proibição relativa de retrocesso, de modo a preservar o princípio democrático:

Presidente, o último conceito teórico de que considere importante arrumar as ideias diz respeito à proibição do retrocesso. O princípio constitucional implícito da proibição do retrocesso impede a retirada de efetividade das normas constitucionais e representa uma importante exigência de vinculação do legislador ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Tal princípio, todavia, não pode ser compreendido como vedação absoluta a escolhas legislativas cujos propósitos podem ser considerados razoáveis para a garantia e a efetivação de interesses condicionais relevantes. Interpretá-lo de outra forma limitaria excessivamente o exercício da função típica do Poder Legislativo e seria incompatível com o princípio democrático. O modo como

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 429.

eu entendo o princípio da vedação do retrocesso – que considero implicitamente inserido no ordenamento brasileiro – é que onde se obteve um determinado avanço social não se pode retroceder sem que se coloque no lugar alguma coisa que seja constitucionalmente aceitável e não implique em um déficit significativo de proteção de um determinado bem social. Do contrário, nós dificultaríamos qualquer mudança legislativa que eventualmente precisasse acompanhar a evolução dos fatos e da própria realidade social.¹⁷⁶

E assim, Barroso desenvolve raciocínio para declarar a inconstitucionalidade de dispositivo por entender que, como resultado da aplicação da máxima da proporcionalidade, não foi atendida a noção de proporcionalidade em sentido estrito, bem como houve proteção deficiente:

Digo eu: tendo em vista que a competência para a concessão de anistia conferida pela Constituição ao Congresso Nacional com sanção presidencial é ampla, cabe a esses órgãos a avaliação dos critérios de conveniência e oportunidade do ato. Como regra geral, não há inconstitucionalidade na opção legislativa pela suspensão ou extinção da responsabilidade administrativa, cível ou criminal, imposta em virtude da prática de atos lesivos ao meio ambiente. De modo que na anistia, como ato complexo que envolve o Legislativo e a Presidência da República – eu posso divergir, parodiando o Ministro Marco Aurélio, a não mais poder do seu conteúdo –, o limite da minha intervenção é a inconstitucionalidade ou não. E digo eu aqui: a significativa atenuação do dever de reparação ao meio ambiente, com a definição de regime jurídico mais favorável para aqueles que desmataram áreas de preservação permanente e de reserva legal, anteriormente a 22 de julho de 2008 – com todas as vênias de quem entende diferentemente – viola, a meu ver, o princípio da proporcionalidade, tanto na dimensão da proteção deficiente quanto na proporcionalidade em sentido estrito, porque impõe severos ônus ao meio ambiente, mas gera benefícios ínfimos em razão da estabilização de situações jurídicas consolidadas.¹⁷⁷

Para o Ministro Barroso, portanto, o princípio da proibição de retrocesso é relativo, e que o princípio está intimamente ligado à máxima da proporcionalidade, de modo que na exposição do argumento jurídico pela declaração de inconstitucionalidade, o Ministro deixa claro que o método de julgamento é a máxima da proporcionalidade (sem menção expressa à proibição de retrocesso).

6.5.7 – VOTO ROSA WEBER

A Ministra Rosa Weber também caminha com a maioria ao ressaltar que a proteção do meio ambiente concorre com outros direitos e interesses constitucionalmente relevantes,

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 430-431.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 431.

notadamente o desenvolvimento econômico, e invoca também a necessidade de equilíbrio a partir de uma ponderação entre os dois:

Inconteste que ao meio ambiente foi atribuída especial proteção constitucional (art. 225 CRFB), considerado o seu status de direito fundamental, no sentido formal e material. Entretanto, essa proteção deve ser realizada em conjunto com a tutela constitucional que fora atribuída ao desenvolvimento econômico nacional (art. 170 CRFB). Ou seja, ambos direitos possuem a mesma estatura constitucional e são elementos estruturantes do Estado constitucional brasileiro, de modo que a máxima efetividade do desenho institucional ocorrerá com a aplicabilidade dos dois, a partir do postulado normativo da ponderação, que fornecerá as justificativas necessárias para a predominância de um em face do outro, em contextos jurídicos específicos.¹⁷⁸

Rosa Weber também traz uma noção de núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como baliza para a verificação da inconstitucionalidade das conformações legislativas que importem retrocesso:

O núcleo essencial dos direitos fundamentais não é compreendido como espaço de vedação absoluta às escolhas legislativas, as quais têm preferência enquanto formulação de política pública necessária para o adimplemento do dever constitucional de realização daqueles direitos. Compete, por primeiro, em verdade, ao legislador esse dever de densificação.

Nesse contexto, de deferência à liberdade de conformação do legislador na formulação de política pública de proteção ao meio ambiente, com a adoção de mecanismos razoáveis de proteção, compete ao Poder Judiciário interferir em casos de tutela normativa insuficiente, de omissão ou de políticas públicas contrárias ao núcleo do direito fundamental incidente.¹⁷⁹

A argumentação segue ainda no sentido de destacar que o caráter altamente técnico da matéria, bem como a incapacidade institucional relativa do Poder Judiciário na avaliação da adequação constitucional das medidas, faz com que o campo de discricionariedade legislativa seja maior e resulta numa maior autocontenção do Poder Judiciário (claro, com ressalvas):

Com efeito, os elementos e critérios interpretativos da legislação questionada em face do quadro normativo constitucional demandam discussão e soluções jurídicas que transcendem uma simples análise de interpretação jurídica para a conformação da opção do legislador com a Constituição, devido ao caráter altamente técnico da matéria.

Essa circunstância fática que informa a matéria de regulação pelo Código Florestal atribui ao legislador e ao regulador administrativo um maior espaço de discricionariedade para a formulação da política pública e legislativa, nas quais há um confronto entre os valores e direitos igualmente tutelados, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado e o desenvolvimento sustentável.

Esse argumento junto com o dever jurisdicional de controle de validade constitucional dos atos normativos justifica a construção de uma resposta jurisdicional no sentido da sua autocontenção, em razão da capacidade institucional para a análise adequada

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 440-441.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 441-442.

acerca dos danos (e potenciais ilícitos) causados pela nova legislação, bem como da efetividade das políticas públicas formuladas para a proteção do meio ambiente.¹⁸⁰

E, no que se refere à proibição de retrocesso ambiental, a Ministra conclui afirmando que a proporcionalidade é a técnica de verificação dos retrocessos inconstitucionais, o que revela, portanto, a relatividade da proibição:

Assim, entendo que eventual medida restritiva do direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado deverá encontrar respaldo na própria ordem constitucional, como nas hipóteses de determinadas atividades econômicas, respaldo esse que se justifica a partir do emprego do postulado normativo da proporcionalidade, como técnica de tutela do princípio da vedação do retrocesso em matéria ambiental. Ademais, a veiculação de qualquer medida restritiva deve ocorrer por meio da espécie normativa lei, em seu sentido formal e material.¹⁸¹

O voto, no entanto, não adentra a análise específica de cada dispositivo. A Ministra expõe apenas suas premissas teóricas, as quais vão ao encontro do que o Ministro Barroso já havia exposto, no sentido de negar um caráter absoluto ao princípio da proibição de retrocesso, de modo que a verificação da constitucionalidade da medida dependerá do exame de sua proporcionalidade.

6.5.8 – VOTO DIAS TOFFOLI

O Ministro Toffoli também acompanha a maioria com relação às premissas para o julgamento, rejeitando a ideia de uma proibição absoluta de retrocesso. Um ponto muito relevante para o Ministro é a qualidade democrática do Novo Código Florestal, o que seria um fator para maior autocontenção do Poder Judiciário:

Essas circunstâncias recomendam, da parte deste Tribunal, muita cautela na análise das presentes ações e deferência às escolhas políticas consolidadas na Lei nº 12.651/2012. Entendo que decisões dessa qualidade somente podem ser revistas pelo Poder Judiciário, especificamente por este Supremo Tribunal Federal (espaço qualificado por uma intersubjetividade muito mais restrita que a existente no Poder Legislativo, não obstante busque-se amenizar isso por meio dos *amicus curiae* e da audiência pública), quando se tratar de inconstitucionalidade cuja constatação não requeira profunda revisão das premissas fáticas e técnico-jurídicas adotadas na tomada da decisão legislativa.¹⁸²

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 444.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 446.

¹⁸² *Ibidem*, p. 586.

Especificadamente sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental, o Ministro não só critica a concepção absoluta do princípio, mas critica também a pretensão de utilização da legislação revogada como parâmetro, por meio de um método comparativo entre lei vigente e lei revogada:

Portanto, o aludido princípio constitucional não comporta interpretação no sentido de se tomar por petrificadas as normas infraconstitucionais garantidoras de determinado padrão de proteção ambiental, como se tivessem passado por um processo de constitucionalização.

Tendo em vista essa compreensão teórica, entendo que o antigo Código Florestal (Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965) e demais normas anteriores à Lei nº 12.651/2012 não podem ser convertidas – como faz crer a argumentação dos requerentes das ações diretas de inconstitucionalidade – em parâmetro de controle da legitimidade da nova lei florestal.¹⁸³

Toffoli também rejeita, portanto, uma proibição absoluta de retrocesso, sem que isso implique a ausência de limites na revisão de níveis de proteção ambiental.

6.5.9 – VOTO RICARDO LEWANDOVSKI

O voto do Ministro Lewandovski é, na mesma linha do voto da Ministra Carmén Lúcia, o que aplica o princípio da proibição absoluta de retrocesso ambiental de maneira mais rígida, tanto que logo de início anuncia que acompanharia o voto que apresentasse a solução mais protetiva ao meio ambiente, dentre os votos do Ministro Fux, do Ministro Marco Aurélio e da própria Ministra Carmén Lúcia.

Em seu voto, o Ministro afirma a proibição de retrocesso como uma regra (e não como um princípio), o que ainda não havia sido aventado em outros votos:

Além disso, é preciso fazer menção a um outro princípio que deve incidir na espécie. Com efeito, atualmente não há mais controvérsias, no plano da doutrina, de que, em matéria de direitos fundamentais, em particular os de segunda e terceira gerações - dentre os quais se destaca a proteção do meio ambiente -, em relação aos quais a atuação do Estado, seja ela positiva ou negativa, é fundamental, sobreleva a regra da “proibição do retrocesso”, materializada, dentre outros documentos legais internos e internacionais, no art. 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, promulgada sob a égide das Nações Unidas, pouco depois do fim da Segunda Guerra Mundial.¹⁸⁴

¹⁸³ *Ibidem*, p. 588.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 473.

Apesar de não haver um aprofundamento do Ministro acerca de sua compreensão da proibição de retrocesso como uma garantia absoluta, tudo indica que é essa, de fato, a compreensão de Lewandovski, em especial porque o Ministro se vale do método comparativo entre a lei vigente e a lei revogada como critério para afirmar o retrocesso ou não:

Ademais, numa interpretação sistemática, percebe-se que a inserção das expressões “gestão de resíduos” e “instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais” em dispositivo que elenca ações de utilidade pública não condiz com o objetivo da lei, que é a proteção do meio ambiente. Tais expressões, como visto, não constavam da legislação anterior, o que, a meu ver, implica em flagrante desrespeito ao princípio do não retrocesso em matéria ambiental. (...)

Além disso, como observou a Ministra Cármen Lúcia em seu voto, a lei revogada autorizava a intervenção ou a supressão de vegetação nativa em APP quando não existisse “alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto”. O novo Código, contudo, não repetiu tal exigência, caracterizando ofensa ao princípio da proibição do retrocesso.¹⁸⁵

Ao utilizar como critério para a declaração de inconstitucionalidade a não reprodução de um padrão de proteção ambiental previsto na lei revogada, o Ministro aplica a proibição absoluta de retrocesso.

6.5.10 – VOTO MINISTRO GILMAR MENDES

Único a votar pela total improcedência das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, o Ministro Gilmar Mendes apresenta um voto crítico à proibição de retrocesso. Em tópico dedicado ao tema, o Ministro destaca que é a modalidade relativa do princípio que deve prevalecer:

Embora se possa entender que a proibição de retrocesso tem em vista assegurar a preservação de direitos consolidados, especialmente aqueles direitos de caráter prestacional, não se pode olvidar que vicissitudes de índole variada podem afetar a capacidade do Estado de garantir tais direitos na forma inicialmente estabelecida. Daí a necessidade, portanto, de compreender-se *cum grano salis* tal garantia e de não lhe conferir caráter absoluto contra revisão ou mudanças.¹⁸⁶

Assim, Gilmar Mendes ressalta que os retrocessos são permitidos, desde que o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja preservado:

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 480.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 552-553.

Sem embargo da importância acadêmica e jurisprudencial conferida a tal princípio, é preciso compreender que ele visa à inviolabilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais envolvidos. Não significa, de modo algum, que não possa haver alterações nos níveis de tutela jurídica fundamental de determinados sujeitos ou bens jurídicos. (p. 555)

(...)

E mais: a ideia da proibição do retrocesso é pouco mais do que a ideia do núcleo essencial à proteção de direito fundamental que não pode ser eliminado, disposto como cláusula pétrea no art. 60, § 4º, da Constituição, o qual proíbe as emendas constitucionais tendentes a abolir direitos fundamentais.¹⁸⁷

Além dessas considerações, o Ministro critica também o método comparativo, o qual transforma a legislação revogada em parâmetro de constitucionalidade:

A rigor, a interpretação que este Tribunal está efetivando ao princípio da proibição ao retrocesso, significa que o controle de constitucionalidade deixa de ser a Constituição e passa a ser a antiga lei de 1965, o que significa o distanciamento da dogmática jurídica.¹⁸⁸

Em outros trechos, Gilmar ainda se alia a outros argumentos já externados no sentido de que a matéria, por ser extremamente técnica, sugere uma autocontenção do Judiciário, o que também é corroborado pela qualidade democrática do Novo Código Florestal.

Embora não rejeite alguma noção de proibição de retrocesso ambiental, o Ministro Gilmar Mendes deixa claro que somente a modalidade relativa do princípio é admissível, com vistas a preservar o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

6.5.11 – VOTO CELSO DE MELLO

Encerrando a votação, o Ministro Celso de Mello acompanha em grande parte os votos do relator e do Ministro Toffoli, conforme ele mesmo afirma. Sem uma análise pormenorizada de cada dispositivo, é possível afirmar que, pelos votos que acompanha, o Ministro rejeita uma concepção de proibição absoluta de retrocesso.

Nada obstante isso, o Ministro fornece algumas premissas teóricas, a começar pela valorização do princípio da proporcionalidade e dos princípios da prevenção e precaução:

Essencial, portanto, que o Estado, seja no exercício de suas funções legislativas, seja na realização de suas atividades administrativas, respeite o princípio da proporcionalidade, em cuja estrutura normativa compreende-se, além da proibição do

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 564.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 566.

excesso, o postulado que veda, em sua outra dimensão, a insuficiência da proteção estatal.

É de destacar-se, bem por isso, que a União Federal, ao editar a legislação em matéria ambiental, deve adequar-se, para fins de observância e respeito ao princípio que veda a proteção insuficiente, ao postulado da prevenção, que se mostra aplicável a situações apoiadas na existência de certeza científica quanto à nocividade de medidas cuja execução culmine por afetar, mesmo potencialmente, a incolumidade do meio ambiente, como sucederia, p. ex., nos casos de devastação florestal ou de degradação ambiental provocadas pela ação predatória do homem.¹⁸⁹

Aliás, sobre o princípio da precaução, o Ministro faz longas considerações que conduzem à seguinte conclusão:

Entendo, bem por isso, na perspectiva dessa importantíssima evolução, que questões que envolvam e comprometam o meio ambiente não podem subordinar-se a interesses de índole corporativa ou de caráter econômico, pois, segundo o postulado da precaução, “as pessoas e o seu ambiente devem ter em seu favor o benefício da dúvida, quando haja incerteza sobre se uma dada ação os vai prejudicar”, vale dizer, se dúvida houver a propósito da nocividade ou periculosidade de um dado elemento ou de certa atividade, não haverá solução outra senão a de decidir-se favoravelmente à preservação do meio ambiente, como advertiu, em seu douto voto, o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, ao referir-se à fórmula segundo a qual “in dubio pro natura” ou “in dubio pro securitate”.¹⁹⁰

Apesar disso, o Ministro, ao tratar da proibição de retrocesso, afasta o caráter absoluto do princípio, de modo a admitir retrocessos:

Reconheço, no entanto, que o princípio vedatório do retrocesso social, quando particularmente invocado em matéria ambiental, não se reveste de valor absoluto, como esta Suprema Corte já teve o ensejo de acentuar, ocasião em que, ao julgar a ADI 4.350/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, assinalou que “o princípio da vedação ao retrocesso social não pode impedir o dinamismo da atividade legiferante do Estado, mormente quando não se está diante de alterações prejudiciais ao núcleo fundamental das garantias sociais”.¹⁹¹

O fato de o Ministro Celso de Mello ter acompanhado os votos dos Ministros Fux e Toffoli, os quais foram menos rígidos na aferição da inconstitucionalidade do Novo Código Florestal, é possível afirmar que o Ministro Celso adota uma concepção relativa da proibição de retrocesso.

6.6 – ANÁLISE DE RESULTADOS

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 638.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 652.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 660.

Antes do julgamento das 4 (quatro) Ações Diretas de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade que versaram sobre o Código Florestal, não parece que o Tribunal tenha se debruçado de maneira satisfatória sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental.

Como visto, na ADI 4.717 a Ministra Carmén Lúcia, relatora, trouxe a questão em seu voto, o qual foi seguido por todos os demais Ministros, porém o foco da discussão foi a inconstitucionalidade formal das medidas legislativas questionadas. Todos os Ministros que declararam voto – a fundamentação foi dispersa - afirmaram seguir o voto da relatora ressaltando, vale lembrar, que para fins de alteração ou supressão de espaços territorialmente protegidos, nos termos do art. 225, §1º, III da Constituição Federal, a Medida Provisória não seria admissível. A proibição de retrocesso ambiental não foi fundamento determinante, pois mesmo se esse fundamento fosse retirado do voto da relatora o resultado seria rigorosamente o mesmo.

Já na ADI 5.016, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, tivemos uma decisão com fundamentação concentrada no voto do relator. Também nesse caso, contudo, a fundamentação do voto escorou-se tanto na inconstitucionalidade formal (incompetência do Estado da Bahia para disciplinar o uso da água), quanto na inconstitucionalidade material. No voto do Ministro Alexandre de Moraes, na parte em que trata da inconstitucionalidade material, houve a afirmação de uma proibição absoluta de retrocesso (ao menos da forma como foi citada). Embora, como visto acima, o Ministro Alexandre de Moraes tenha externado entendimento bastante diverso sobre a proibição de retrocesso no caso do Código Florestal, na ADI 5.016 é possível afirmar que a proibição de retrocesso foi fundamento suficiente e determinante, já que, como não houveram outros votos declarados, os Ministros concordaram com o relator em todos os termos.

Na ADI 4.066, de relatoria da Ministra Rosa Weber, a proibição de retrocesso somente foi suscitada no voto do Ministro Celso de Mello. Ao decidir sobre a inconstitucionalidade da lei que regulamenta o uso do amianto no Brasil, os fundamentos giraram em torno do direito à saúde e dos princípios da prevenção e precaução, o que conduz à conclusão de que a proibição de retrocesso não foi fundamento determinante.

Nas ADPF's 656 e 658, enfim, em decisão com fundamentação concentrada, o Ministro Ricardo Lewandovski, relator do caso, cita a proibição de retrocesso de passagem, e em sua versão relativa, ressaltando a proteção do núcleo essencial do direito fundamental e a relativa discricionariedade do Legislador na conformação das políticas públicas. O fundamento

determinante para rejeitar a possibilidade de aprovação tácita de agrotóxicos foi o princípio da precaução e o direito à saúde, e não a proibição de retrocesso.

Não houve, em qualquer desses casos, um debate verdadeiro em torno da proibição de retrocesso ambiental, seu alcance e seus limites, o que somente ocorreu quando do julgamento do Código Florestal.

A importância do julgamento do Código Florestal, portanto, é inegavelmente singular, em especial pelas premissas enunciadas pelos Ministros e pelo resultado do julgamento. Como já dito em outras passagens, o Código Florestal teve os seus pilares principais preservados, com algumas normas declaradas inconstitucionais ou com interpretação conforme. O caso e, em especial, a votação foram tão complexos que em que pese o julgamento tenha sido concluído aos 28 de fevereiro de 2018, o acórdão só foi publicado aos 13 de agosto de 2019 (um hiato de 18 meses).

O que, portanto, é possível extrair desse caso emblemático, no que diz respeito à proibição de retrocesso ambiental?

Em primeiro lugar, pelo menos 8 (oito) Ministros rejeitam expressamente uma noção de proibição absoluta de retrocesso. Apenas Marco Aurélio, Carmén Lúcia e Ricardo Lewandovski apresentam um posicionamento mais tendente à aplicação da proibição absoluta. Os dois últimos, aliás, chegam até mesmo a utilizar o método comparativo, no qual o parâmetro de constitucionalidade de diversos dispositivos foi a legislação revogada. Nesse sentido, o fundamento da inconstitucionalidade limitou-se à constatação de que a proteção proporcionada pela nova legislação é menor do que a proteção existente com a vigência das normas anteriores.

Marco Aurélio não chega a utilizar-se do método comparativo, tal qual fizeram Carmén Lúcia e Ricardo Lewandovski, porém em seu voto a tendência era a declaração de inconstitucionalidade sempre que o nível de proteção aparentava ser menor, o que, conforme o Ministro, geraria uma proteção insuficiente.

Com relação aos demais Ministros, alguns de modo mais contundente, a proibição de retrocesso foi rejeitada ou relativizada com base em alguns argumentos que surgiram com recorrência. Talvez o principal deles seja o de que a admissão de uma proibição absoluta de retrocesso violaria o princípio democrático, impedindo que o Legislador pudesse alterar a política pública em questão, ainda que para retroceder, desde que dentro de um limite constitucionalmente admitido a ser aferido pela máxima da proporcionalidade com vistas a preservar o núcleo essencial do direito fundamental em questão. Muito também se falou sobre a capacidade institucional do Poder Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal, para avaliar a constitucionalidade ou não de uma lei dotada de caráter extremamente técnico e

científico, o que implicaria a revisão de premissas empíricas que o Supremo não teria condições de realizar adequadamente. Aliado a tudo isso, no caso específico do Código Florestal foi bastante ressaltado o fato de que o Processo Legislativo que culminou com o diploma aprovado foi bastante elogiado pelos Ministros, tendo em vista o tempo de tramitação, a qualidade, transparência e democratização dos debates, bem como a expressiva votação favorável ao texto levado a Plenário, tudo a sugerir que a autocontenção era uma medida de prudência para o caso.

Alguns Ministros teceram críticas severas à proibição de retrocesso ambiental tal qual apresentada pelos autores das Ações Diretas de Inconstitucionalidade. O relator, Ministro Luiz Fux, chega a qualificar como “singela e arbitrária” a pretensão de revisão judicial de medidas legislativas com base somente na alegação de retrocesso¹⁹². O Ministro Alexandre de Moraes, que na ADI 5.066 parecia se inclinar pelo reconhecimento de uma proibição absoluta de retrocesso, critica a “genérica alegação da proibição de retrocesso” para impedir a revisão legislativa¹⁹³. O Ministro Dias Toffoli também critica o que seria a constitucionalização da legislação infraconstitucional, de modo a tornar a lei anterior o parâmetro de constitucionalidade da lei nova, que foi a pretensão dos autores das Ações Diretas de Inconstitucionalidade¹⁹⁴. E, por fim, o Ministro Gilmar Mendes, único a votar pela total improcedência das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, defende que a proibição de retrocesso se limita à proteção do núcleo essencial do direito fundamental e ressalta também que o controle de constitucionalidade não pode se basear na lei revogada, como se parâmetro de constitucionalidade fosse¹⁹⁵.

Por evidente, nenhum dos Ministros negou a importância e a relevância de uma rígida proteção ambiental. O meio ambiente ecologicamente equilibrado foi reconhecido como direito fundamental por todos, sem exceção. A pretensão, no entanto, foi rejeitada pela forma como apresentada: o Código Florestal seria inconstitucional porque os níveis de proteção seriam menores que os da legislação anterior, e apenas isso. O que se percebeu é que para a maioria dos Ministros a verificação da (in)constitucionalidade da Lei 12.651/2012 não era tão simples quanto um cálculo aritmético, tendo em vista que outros fatores afastariam uma concepção de proibição absoluta de retrocesso.

É claro que não é possível delimitar efetivamente o que a Corte ou o que cada Ministro entende como os limites do retrocesso, pois os parâmetros não são suficientemente claros.

¹⁹² *Ibidem*, p. 61.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 325.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 588.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 566.

Todos os Ministros, com exceção do Ministro Gilmar Mendes, votaram pela inconstitucionalidade de dispositivos do Código Florestal; todos os Ministros, aliás, admitiram algum retrocesso, até mesmo os Ministros mais rígidos em suas votações, os quais votaram pela constitucionalidade de dispositivos que claramente implicam retrocesso¹⁹⁶.

No fim das contas, o caso do Código Florestal parece indicar que o princípio da proibição de retrocesso ambiental e sua proposta dogmática de proibição absoluta fracassaram no controle de constitucionalidade. O princípio como um trunfo argumentativo capaz de, em tese, qualificar de inconstitucional qualquer medida legislativa que implique diminuição nos níveis de proteção ambiental encontrou obstáculos que não conseguiu superar.

O capítulo seguinte será dedicado a explorar as principais críticas teórico-dogmáticas ao princípio da proibição de retrocesso ambiental, muitas já ilustradas na análise do caso do Código Florestal, para que se possa, então, efetivamente lançar luzes sobre a correta compreensão do que é e o que representa o princípio no controle de constitucionalidade.

¹⁹⁶ A Ministra Carmén Lúcia, por exemplo, declarou a constitucionalidade do cômputo de Área de Preservação Permanente para fins de atendimento aos percentuais mínimos de Reserva Legal no imóvel, o que é uma hipótese que pressupõe a admissão de menos vegetação nativa no imóvel do que haveria sem esse somatório. (*Ibidem*, p. 288).

CAPÍTULO 3 – CRÍTICA DOGMÁTICA AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1 – O QUE SE PRETENDE EM UMA CRÍTICA DOGMÁTICA

As críticas que serão desenvolvidas ao longo deste capítulo final são de cunho teórico-dogmático, e buscam apenas lançar ao debate algumas observações que raramente são adequadamente enfrentadas pelos defensores do princípio da proibição de retrocesso ambiental, em especial sua utilização no controle de constitucionalidade.

A necessidade de provocar um melhor debate em torno dos contornos dogmáticos do chamado princípio da proibição de retrocesso ambiental exsurge das análises e verificações do capítulo anterior. Existe uma distância considerável entre o que a doutrina diz ser o conteúdo do princípio e sua forma de aplicação e aquilo que os Tribunais, notadamente o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, entendem sobre o princípio.

De forma alguma o presente trabalho critica o princípio com o objetivo de facilitar que retrocessos sejam implementados. Pelo contrário: a crítica surge a partir de uma percepção de que é imprescindível aprimorar o contorno dogmático do instituto para que o controle dos retrocessos seja mais rígido e efetivo. Longe de querer enfraquecer a proteção ao meio ambiente, portanto, a intenção é debater a capacidade do princípio da proibição de retrocesso ambiental de cumprir o papel a que se propõe.

Aparar essas arestas é certamente interesse de todos os operadores do direito que atuam na área ambiental, sob pena de o princípio da proibição de retrocesso ambiental poder se encaixar na crítica de Gary Marchant e Kenneth Mossman ao princípio da precaução.

Gary e Kenneth apontam que o princípio da precaução, presente e consagrado no mundo todo como um princípio de Direito Ambiental, busca mitigar riscos diante de incertezas científicas acerca dos danos potenciais de determinada atividade, porém o princípio sofre de extrema vagueza e ambiguidade, e no fim das contas seu conteúdo normativo não oferece nenhum critério seguro para a tomada de decisão. Para os autores, os estudiosos sobre o assunto não se esforçaram em responder questões intrincadas sobre o princípio da precaução porque a força do princípio estaria justamente na sua ambiguidade¹⁹⁷. O princípio da precaução se

¹⁹⁷ “In short, the precautionary principle has not been fully specified because the proponents of the principle recognize that the power of the principle lies in its ambiguity”. (MARCHANT, Gary E.; MOSSMAN, Kenneth L.. **Arbitrary and capricious: The precautionary principle in the European Union Courts**. Washington: The AEI Press. 2004. P. 14)

mantém viável justamente pelo fato de ser ambíguo, o que, segundo Gary e Kenneth, conduz a arbitrariedades na utilização e aplicação do princípio, mediante uma aplicação seletiva de acordo com os interesses de quem o utiliza¹⁹⁸.

Esse também é o alerta de José Rodrigo Rodriguez, que aponta que uma parcela relevante “dos juristas tende a ver os institutos jurídicos como dotados de uma verdade histórica transcendente que não se deve questionar, ou de uma racionalidade intrínseca que se relaciona à perfeição sistêmica do ordenamento jurídico”, e que tal comportamento “visa pôr a salvo da crítica e do debate social determinadas soluções dogmáticas e institucionais, desligando-as dos problemas concretos enfrentados pela sociedade”¹⁹⁹.

Dito tudo isso, a primeira análise a ser feita abaixo é de cunho terminológico, focado em esclarecer em que sentido o princípio da proibição de retrocesso ambiental pode ser considerado um princípio (ou se é regra). Será analisado, após, qual o lugar da proibição de retrocesso no estudo das restrições aos direitos fundamentais, e se faz sentido em falar sobre autonomia jurídica do princípio da proibição de retrocesso ambiental. Ainda, será feita uma análise sobre a relação entre a proibição de retrocesso e o dever de progressividade e, por fim, o arremate se dará com uma sugestão de proposta dogmática para o princípio da proibição de retrocesso ambiental.

2 – ANÁLISE TERMINOLÓGICA: EM QUE SENTIDO A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO É UM “PRINCÍPIO”?

Nas últimas décadas o estudo do Direito Constitucional no Brasil incorporou, em especial a partir das concepções de Robert Alexy e Ronald Dworkin, a discussão da norma jurídica como gênero, tendo como espécies as regras e os princípios.

Os autores citados trabalham as categorias das regras e dos princípios de maneiras bastante semelhantes, embora com algumas ligeiras distinções. André Rufino do Vale destaca que tanto Alexy quanto Dworkin fazem uma distinção de natureza lógica ou qualitativa entre princípios e regras, especialmente focados na forma de aplicação do direito pela utilização dessas normas²⁰⁰.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 17.

¹⁹⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Para uma pedagogia da incerteza: a dogmática como experimento e como imaginação**. In: *Dogmática é Conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica*. RODRIGUES, José Rodrigo; PUSCHEL, Flávia Portella; Machado, Marta Rodriguez de Assis (org.). São Paulo: Saraiva. 2012. P. 65.

²⁰⁰ VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva. 2009. P. 63.

De maneira sintetizada, pelo feliz resumo de Virgílio Afonso da Silva²⁰¹, Dworkin parte da crítica ao positivismo jurídico de Herbert Hart, que, ao reconhecer a insuficiência das regras na resolução de casos complexos, pregava a discricionariedade judicial para resolver o caso concreto. Para Dworkin, os princípios seriam normas aplicáveis em casos complexos quando as regras não fossem suficientes para dar uma solução ao caso, e a distinção principal entre tais espécies de normas é que os princípios operariam numa dimensão de peso e as regras operariam numa dimensão de validade. Essa distinção se mostra mais evidente em casos de conflitos entre normas, haja vista que no conflito de regras a resolução do conflito se dá pela verificação de qual norma é válida, a qual deverá ser aplicada em sua integralidade (daí surge a referência ao método de aplicação *tudo ou nada*). Já nos conflitos entre princípios, o caso concreto é quem dirá qual princípio possui maior peso, de modo que a prevalência de um princípio sobre outro em determinada situação nada diz sobre a sua validade, mas apenas sobre seu desempenho naquele específico caso. Alteradas as circunstâncias do caso, o peso dos princípios em colisão pode se alterar e o resultado da ponderação ser diverso²⁰².

Alexy, por sua vez, e de maneira semelhante, define os princípios como normas que determinam que “algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”²⁰³. Os princípios seriam, portanto, mandamentos de otimização. As regras, por outro lado, são “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”²⁰⁴, o que significa que se o suporte fático da regra ocorrer, suas consequências jurídicas devem incidir integralmente, e por isso são chamadas de mandamentos definitivos. Também em Alexy a diferença se mostra mais evidente nos casos de colisão. Na colisão entre regras a solução estaria em verificar qual delas é inválida, assim como em Dworkin, ou se há uma cláusula de exceção a alguma delas, o que, nesse último caso, eliminaria o conflito (o conflito seria apenas aparente). Já na colisão entre princípios, também como Dworkin, Alexy elege as circunstâncias do caso concreto como o fator determinante para definir qual princípio prevalecerá naquela específica situação²⁰⁵, e como método para sistematizar essa análise Alexy trabalha a “máxima” da

²⁰¹ Não é pertinente ao presente trabalho, no presente momento, descrever minuciosamente as teorias de Alexy e Dworkin sobre o tema.

²⁰² SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais I. 2003. P. 610.

²⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2017. P. 90

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 91. Mais a frente, Alexy afirma (p. 104): “Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve”.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 93: “Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência sobre o outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta”.

proporcionalidade²⁰⁶ e suas três submáximas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), já bastante conhecidas no direito brasileiro.

Em que pese a existência de diversas outras concepções e teorias acerca das distinções entre regras e princípios²⁰⁷, as mais aceitas e difundidas dentre os juristas brasileiros é a distinção qualitativa de Alexy e Dworkin (que, repita-se, mais se assemelham do que divergem). Essa concepção dos princípios – relativamente nova para os juristas brasileiros – convive, no entanto, com outras concepções já consolidadas na nossa tradição acerca do que seriam os princípios, e que nada tem a ver com a ideia do princípio como uma espécie do gênero norma.

Virgílio Afonso da Silva nota muito bem que é muito mais comum encontrar na literatura jurídica brasileira a conceituação dos princípios como normas de extrema importância, ou as “normas mais fundamentais do sistema”, enquanto que as regras costumam ser definidas como a “concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental”²⁰⁸. As regras seriam, de certo modo, uma espécie de antecipação da concretização do conteúdo axiológico dos princípios para a resolução de casos concretos. Os princípios seriam princípios, seguindo essa lógica, mais pela sua importância do que por qualquer outro critério. Para Alexy e Dworkin, os princípios são princípios em razão de sua estrutura normativa, e não de sua fundamentalidade. A fundamentalidade, embora seja comum encontrar uma norma-princípio com essa característica, não é essencial para a identificação da norma como princípio.

Nada há de errado na utilização do “princípio” como referência a uma norma fundamental do sistema, desde que fique claro em qual sentido se fala em “princípio” no dado contexto e, sobretudo, desde que seja respeitada a coerência metodológica, sob pena de contradições relevantes, ou, no mínimo, falta de clareza acerca daquilo a que se refere. Como alerta Virgílio Afonso²⁰⁹,

Muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio, deveria ser, se seguirmos a forma de distinção proposta por Alexy, chamado de regra. Assim, falar em princípio do *nulla poena sine lege*, em princípio da legalidade, em princípio da

²⁰⁶ Comumente difundido no Brasil como “princípio da proporcionalidade”, embora alguns autores como o próprio Virgílio Afonso da Silva (**O proporcional e o razoável**. RT-798. Abr/2002) e Humberto Ávila (**Teoria dos Princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos**. 19 ed. São Paulo: Malheiros. 2019) já tenham criticado essa nomenclatura por não refletir a verdadeira natureza jurídica da proporcionalidade.

²⁰⁷ Para uma análise mais completa: VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva. 2009.

²⁰⁸ VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva. 2009. P. 612. O autor ainda sintetiza diversos conceitos de princípios no sentido tratado, tais como “mandamentos nucleares”, “disposições fundamentais de um sistema”, “núcleo de condensações”, entre outros.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 613.

anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, *essas normas são regras, não princípios*.

Para Dworkin e, principalmente, Alexy a identificação de um princípio não tem qualquer relação com seu valor ou sua importância. O que é relevante para a identificação de um princípio é a sua lógica de aplicação (mandamentos de otimização ou mandamentos definitivos).

Em resumo, a adoção de tal ou qual classificação deve guardar coerência com a sua utilidade. Uma classificação que defina o que é um princípio pela fundamentalidade da norma nada diz sobre a sua forma de aplicação. Como bem exemplificou Virgílio Afonso na transcrição acima, muitos princípios consagrados na literatura jurídica brasileira são verdadeiras regras no momento da aplicação.

O princípio da proibição de retrocesso ambiental (e o social também) parece sofrer desse problema de terminologia. Não há dúvidas de que a ideia de que retrocessos ambientais são indesejáveis e por isso devem ser, em regra, proibidos é, certamente, uma noção fundamental extraível de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nesse sentido, é perfeitamente compreensível a nomenclatura “princípio” da proibição de retrocesso ambiental.

Ocorre, no entanto, que a doutrina defende o princípio da proibição de retrocesso ambiental como norma jurídica (inclusive emprestando-lhe autonomia), o que deve levar à reflexão sobre se essa norma é uma regra ou um princípio, pois isso impacta definitivamente no seu modo de aplicação. Como visto no capítulo 1, a doutrina ambiental majoritariamente entende que a proibição de retrocesso ambiental é absoluta, e não relativa²¹⁰.

Se for absolutamente proibido o retrocesso, então o princípio da proibição de retrocesso é, na verdade, uma regra, haja vista que uma vez verificado o suporte fático (o retrocesso), a consequência jurídica deve ser sempre e em sua integralidade aplicada (declaração de inconstitucionalidade). Faz sentido, assim, a utilização de métodos comparativos entre leis para verificar se a nova lei é menos protetiva e, conseqüentemente, inconstitucional²¹¹.

²¹⁰ A proibição absoluta não admite o retrocesso em qualquer hipótese, enquanto que a proibição relativa admite o retrocesso, cujos limites são comumente associados à proteção do núcleo essencial do direito fundamental em jogo, no caso o meio ambiente.

²¹¹ O método comparativo foi utilizado de maneira mais expressa pela Ministra Carmén Lúcia e pelo Ministro Ricardo Lewandovski no julgamento do Código Florestal, e é o que expressamente defende Christian Courtis no seguinte trecho: “Em definitivo, o juízo que o impugnante da norma deverá propor é do tipo comparativo, devendo propor de modo concreto e categórico que a norma impugnada é menos favorável para o titular do direito que a substituída” (COURTIS Christian. **La prohibición de regresividad em matéria de derechos sociales: apuntes introductorios**. In Ni un passo atrás: lá prohibición de regresividad em matéria de derechos sociales / compilado por Christian Courtis. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto. 2006. P. 42)

Embora, como visto no capítulo anterior, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal não tenham se debruçado de maneira adequada para definir o conteúdo e os contornos do que se convencionou chamar princípio da proibição de retrocesso ambiental, e quando o fizeram, em especial o Supremo, rejeitaram uma noção absoluta da proibição de retrocesso, a doutrina ainda defende a proibição absoluta de retrocesso como regra.

A crítica nesse ponto não é uma crítica vazia de sentido, haja vista que em um debate dogmático sobre métodos de aferição de inconstitucionalidade de leis é extremamente importante que os conceitos e institutos sejam trabalhados da maneira mais clara e coerente possível, em especial se o parâmetro de constitucionalidade é regra ou princípio. Afinal, se o parâmetro de inconstitucionalidade é regra ou princípio é determinante para definir como se dará o debate. Para quem entende que o retrocesso é inadmissível em qualquer hipótese, é importante deixar claro que a proibição de retrocesso é uma regra²¹², e que a menção a princípio é utilizada pela fundamentalidade da norma, apenas. Por certo é menos atraente a crítica que se faz a um princípio (como norma fundamental de um sistema), em especial quando a crítica envolve utilidade e construção dogmática, do que a uma regra, pois a palavra “regra” normalmente não carrega o peso de incorporar à norma um conteúdo axiológico fundamental.

É importante destacar, contudo, que a concepção absoluta da proibição de retrocesso, ou, em outras palavras, a proibição de retrocesso como regra, não foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Código Florestal (pelo menos não pela maioria dos Ministros). Diversos Ministros destacaram a necessidade de conciliar a proteção ao meio ambiente com outros interesses constitucionais relevantes, de modo a rejeitar a inconstitucionalidade de diversos dispositivos legais. Embora alguns dispositivos tenham sido declarados inconstitucionais, a lógica decisória do Supremo Tribunal Federal não foi uma lógica de aplicação *tudo ou nada* (se houve retrocesso, logo é inconstitucional). Se houve a acolhida de um princípio da proibição de retrocesso, certamente não foi a modalidade absoluta.

Se, por outro lado, se considerar que o princípio da proibição de retrocesso ambiental é, de fato, uma norma-princípio, daí é natural que a proibição de retrocesso colida com outros princípios, o que levará o intérprete a ponderar qual dos princípios prevalecerá no caso concreto

²¹² Embora o mais comum seja encontrar referências à proibição de retrocesso como princípio, em trabalho importante e já citado diversas vezes no capítulo 1, Ingo Sarlet e Tiago Fersterseifer fazem menções ao princípio da proibição de retrocesso também como “garantia” da proibição de retrocesso ambiental (SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFEIR, Tiago. 2010. **Breves Considerações Sobre os Deveres de Proteção do Estado e a Garantia de Proibição de Retrocesso em Matéria Ambiental**. Revista de Direito Ambiental. Vol. 58/2010. Arquivo digital p. 1 – 30).

mediante a aplicação da máxima da proporcionalidade. Não é essa, no entanto, a inclinação majoritária da doutrina ambiental, como já explanado, que adota uma posição de rigidez absoluta frente a retrocessos ambientais, tratando o princípio da proibição absoluta como regra²¹³. Nada obstante, ainda sobre a proibição de retrocesso como norma-princípio (ou proibição relativa de retrocesso), há questões relevantes a serem debatidas no tópico seguinte.

3 – A NORMA-PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL SOB A PERSPECTIVA DAS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins apontam a relevância do estudo das restrições aos direitos fundamentais com a seguinte afirmação: “Estudar os direitos fundamentais significa principalmente estudar suas limitações”²¹⁴. Essa afirmação vale especialmente para os direitos fundamentais de liberdade. Já para os direitos sociais e direitos ambientais (os direitos fundamentais de 2ª e 3ª dimensões), a lógica não é exatamente a mesma, haja vista que, ao contrário dos direitos de liberdade, os direitos sociais e ambientais enfrentam uma dificuldade maior e mais relevante em sua concretização.

Uma vez concretizados em algum nível, todavia, também os direitos de 2ª e 3ª dimensão podem ser objeto de alguma limitação ou restrição posterior, em especial na forma de rearranjos legislativos que impliquem algum tipo de retrocesso na modalidade objetiva aqui tratada. É importante, portanto, algumas breves considerações sobre restrições a direitos fundamentais, a começar pela ideia da proteção do núcleo essencial.

3.1 - ALGUNS APONTAMENTOS NECESSÁRIOS SOBRE RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

A proteção do núcleo essencial, conforme explica Gilmar Mendes com fundamento na doutrina alemã, pode ser considerada por dois pontos de vista diferentes e que refletem visões

²¹³ Uma importante exceção na doutrina ambiental é Édís Milaré. Em passagem crítica, na qual rejeita a noção de proibição de retrocesso como regra, o autor afirma que “segundo a ótica de alguns, o princípio seria arma certa para impugnar alterações capazes de implicar diminuição de restrições já materializadas em lei preordenada à proteção do ambiente. Ouse-se tocar no sistema posto e as trombetas do apocalipse atrotaram os ares do Oiapoque ao Chui!”. Édís, no entanto, não nega o princípio, adotando a concepção relativa ao afirmar que “a utilização do princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental, assim, deve ser reservada a situações nas quais o núcleo do direito fundamental esteja claramente sendo violado com a inovação legislativa, a caracterizar situação de manifesta proteção insuficiente de interesse que goza de especial tutela por parte do sistema jurídico”. (MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. P. 281-283)

²¹⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. P. 130.

teóricas distintas sobre a própria noção de núcleo essencial. Para a “teoria absoluta”, o núcleo essencial seria uma “unidade substancial autônoma” do direito fundamental. Os adeptos dessa teoria enxergam o núcleo essencial como uma esfera intangível dentro de outra maior. A esfera maior – representativa de tudo que o direito fundamental protege em tese - poderia ser reduzida até chegar ao mesmo tamanho da esfera menor, momento em que se atingiria o núcleo essencial do direito fundamental, ou “um espaço insuscetível de regulação”. A “teoria relativa”, por outro lado, vislumbra o núcleo essencial como uma definição casuística, de modo que a restrição ao direito fundamental poderá ser válida ou não a depender de sua justificação. O método de aferição da validade da restrição seria uma “ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade”.

Ambas as concepções teóricas do núcleo essencial possuem seus próprios pontos de desvantagem. A teoria absoluta esbarra na dificuldade, ou impossibilidade, de delimitar com precisão o que é ou não núcleo essencial do direito fundamental, enquanto que a teoria relativa carrega o risco de uma flexibilização demasiada da proteção fundamental, na falta de uma definição ainda que singela daquilo que se pode entender como núcleo essencial²¹⁵.

Os principais estudos sobre proibição de retrocesso (inclusive já citados) indicam que na análise da constitucionalidade de novas leis prevalece a teoria relativa. Ingo Sarlet, com relação à proibição de retrocesso social, defende a noção de que o núcleo essencial dos direitos sociais está ligado à dignidade da pessoa humana, de modo que as prestações mínimas constitucionalmente aceitáveis são aquelas que garantam uma vida digna, o que vai além de uma garantia de mera sobrevivência física²¹⁶. A aferição da violação ao núcleo essencial seria feita pela análise da proporcionalidade da medida restritiva, considerando que a proporcionalidade, no que diz respeito aos deveres de proteção, opera como uma proibição de proteção insuficiente, a qual poderá variar de acordo com o contexto histórico, social e econômico²¹⁷. Sempre será o caso concreto e a intensidade da restrição que ditará se o núcleo essencial foi violado ou não.

Quando se passa ao estudo do Direito Ambiental, Ingo Sarlet, Paulo Affonso Leme Machado e Tiago Fersterseifer asseveram que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado dá uma dimensão ecológica à noção de mínimo existencial, tendo em vista que para

²¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: estudos de direitos constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. P. 58-60.

²¹⁶ Nesse ponto, Sarlet trata com equivalência a ideia de núcleo essencial e mínimo existencial (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015.p. 471)

²¹⁷ *Ibidem*, p. 474-475.

uma vida digna e saudável o meio ambiente preservado é pressuposto. Haveria, assim, um mínimo existencial socioambiental, traduzido pela necessidade de se tutelar o meio ambiente em patamares mínimos a fim de garantir a fruição dos demais direitos²¹⁸. Os desenvolvimentos doutrinários acerca do mínimo ecológico costumam ir além para ressaltar que esse mínimo deve ser deveras abrangente, considerando que a humanidade já está em débito com o meio ambiente. Os alarmantes sinais que vem sendo dados pela natureza sinalizam para que a proteção mínima seja a máxima possível²¹⁹.

A admissão de um mínimo ecológico (ou núcleo essencial) significa que, ao menos a princípio, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser restringido.

Se a proibição de retrocesso não for absoluta, deve haver um método de aferição da validade constitucional das restrições, e esse método é a máxima da proporcionalidade. Seu objetivo é, em síntese, verificar se a restrição ao direito fundamental viola o núcleo essencial do direito, aqui no caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A proporcionalidade, na forma mais conhecida entre nós, é desenvolvida por Robert Alexy na sua teoria dos direitos fundamentais, como já anteriormente mencionado. Para evitar repetições desnecessárias, não será aqui desenvolvido novamente o critério lógico ou qualitativo de Alexy para distinguir regras e princípios, o que nesse ponto já é um pressuposto.

A partir da distinção estrutural entre regras e princípios, Alexy desenvolve a máxima da proporcionalidade como consectário lógico da teoria que atribui aos princípios a natureza de mandamentos de otimização. A máxima da proporcionalidade²²⁰ é o método para a solução de colisão de princípios. O método consiste em 3 (três) máximas parciais: adequação (a medida fomenta, em alguma medida, o princípio que se pretenda prevalecer), necessidade (entre duas medidas igualmente adequadas, deve prevalecer aquela menos gravosa, ou seja, menos restritiva a um dos princípios colidentes) e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação ou sopesamento)²²¹.

²¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Affonso Leme; FERSTERSEIFER, Tiago. **Constituição e Legislação Ambiental Comentadas**. São Paulo: Saraiva. 2015. P. 41.

²¹⁹ Para uma análise abrangente da questão, vide: AYALA, Patrick de Araújo. **Direito Fundamental ao Ambiente, Mínimo Existencial Ecológico e Proibição de Retrocesso na Ordem Constitucional Brasileira**. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). *Direito Ambiental: Fundamentos do Direito Ambiental*. Coleção Doutrinas Essenciais. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. P. 1039 – 1076.

²²⁰ Embora Virgílio Afonso da Silva tenha traduzido a obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” de Robert Alexy e, na tradução, tenha se referido à proporcionalidade como uma “máxima”, em outro trabalho Virgílio afirma, ao criticar a referência a proporcionalidade como princípio, que Alexy “classifica-o explicitamente como regra” (SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais nº 798. 2002. P. 25-26). Como se está fazendo referência à obra traduzida de Alexy, serei fiel à terminologia por ela utilizada.

²²¹ *Op. cit.*, p. 116-120.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins entendem a proporcionalidade (que chamam de “critério”) como “elemento disciplinador do limite à competência constitucional atribuída aos órgãos estatais de restringir a área de proteção de direitos fundamentais”, e complementam no sentido de que a “decisão política de tutelar (de certa maneira, privilegiar) um bem jurídico-constitucional em detrimento de outro somente pode prevalecer se a forma dessa escolha poupar ao máximo possível o direito restringido”²²².

A ideia de verificação da validade constitucional de uma determinada medida remete, assim, às expressões “limites dos limites”, “proibição de excesso” e “proibição de proteção deficiente”. Os limites dos limites representam a própria ideia de que há limites na limitação de direitos fundamentais, e a proporcionalidade existe justamente para garantir que esses limites sejam observados. Já a proibição de excesso e de proteção deficiente estão ligados aos possíveis resultados decorrentes da aplicação da máxima da proporcionalidade que constatem alguma agressão ao núcleo essencial do direito fundamental em questão. No primeiro caso, a restrição ao direito fundamental terá sido excessiva por uma intervenção indevida, e no segundo caso a restrição ao direito fundamental terá sido excessiva por falta da realização de um mínimo esperado (mínimo existencial)²²³.

A proteção do meio ambiente geralmente entra em rota de colisão com o direito de propriedade e na livre iniciativa. O desafio, portanto, é garantir um desenvolvimento sustentável, que ao mesmo tempo que preserva o meio ambiente permite avanços de ordem econômica. A proporcionalidade é a forma de aferição da validade constitucional da solução equalizadora dada pela legislação ordinária²²⁴. A legislação ordinária é quem irá ditar o peso das variáveis da equação, e desde que o resultado final da equação esteja dentro de um determinado patamar aceitável, a princípio será constitucional a lei, ainda que implique restrição em algum dos direitos fundamentais em jogo.

3.2 – CRÍTICA À PROIBIÇÃO DE RETROCESSO COMO NORMA-PRINCÍPIO

²²² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. P. 219.

²²³ MENDES, op. cit., p. 76.

²²⁴ A máxima da proporcionalidade é duramente criticada por diversas razões, uma das quais se aplica especialmente no contexto brasileiro, que é a sua má aplicação. Um estudo jurisprudencial sobre aplicação da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal demonstra que o rigor metodológico que a aplicação da proporcionalidade pressupõe não é devidamente observada nos julgamentos. Vide: MORAIS, Fausto Santos. **Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. 2ª ed. Salvador: Jus Podvium. 2018.

Mesmo a ideia de que o princípio da proibição de retrocesso ambiental é, de fato, um princípio com autonomia jurídica no ordenamento jurídico pode vir a sofrer objeções dogmáticas de cunho relevante.

Jorge Reis Novais faz uma crítica contundente à ideia de que a proibição de retrocesso seria um princípio jurídico autônomo. Segundo Reis Novais, a proibição de retrocesso (ou teoria da irreversibilidade) teria surgido na Alemanha como um desdobramento do princípio constitucional do Estado Social, tendo em vista uma tendência da época (anos 70) de revisar as prestações sociais então concedidas. Novais destaca, então, que essa discussão fez sentido no contexto alemão porque a Constituição alemã não previa direitos sociais, de modo que as prestações sociais, por serem “meras realizações do legislador ordinário, elas estariam naturalmente, como qualquer outra lei ordinária, à mercê do poder de conformação e auto-revisibilidade do mesmo legislador”. A proibição de retrocesso seria, assim “uma invenção alemã para resolver uma dificuldade ou uma eventual lacuna constitucional alemãs”²²⁵.

Ao analisar as peculiaridades do ordenamento jurídico alemão e português, bem como outros que dispõem em suas Constituições sobre direitos sociais como direitos fundamentais, Jorge Reis Novais critica a importação do referido princípio onde ele não teria utilidade²²⁶:

Surpreende ainda, sobretudo, o sucesso quase universal que a fórmula obtém, incluindo em países e ordens constitucionais onde não apresenta qualquer justificativa ou utilidade, mais precisamente nas ordens constitucionais em que os direitos sociais são juridicamente considerados direitos fundamentais, direitos constitucionais, beneficiando, portanto, da proteção que decorre da sua natureza formal e materialmente constitucional, sem quaisquer necessidades de *invenção* de princípios incertos ou inexistentes e, como se verá, intrinsecamente contraditórios, como é o princípio da proibição do retrocesso.

Após tecer críticas severas de ordem empírica sobre o princípio da proibição de retrocesso²²⁷, Reis Novais chega ao ponto dogmático relevante para o presente estudo. Observa o autor que a fórmula da proibição relativa (embora falar em proibição “relativa” seja uma

²²⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais**. 2ª edição. Lisboa: Editora AAFDL. 2016. P. 254-255.

²²⁶ *Ibidem*, p. 255-256.

²²⁷ Não é o foco do trabalho a crítica empírica ou consequencialista, mas sim a teórico-dogmática. Mesmo assim é interessante registrar a reflexão de Jorge Reis Novais acerca da impossibilidade de se acolher um princípio da proibição de retrocesso, tendo em vista a escassez moderada de recursos (*Ibidem*, p. 257): “Logo, em situação de escassez moderada, não é judicialmente exigível a realização progressiva dos direitos sociais independentemente da correspondente definição política de prioridades de alocação dos recursos existentes. Ora, de onde se retiraria a ideia de que os recursos disponíveis serão mais amanhã e mais ainda depois de amanhã e assim sucessivamente até ao fim da história? E mesmo que, considerando o longo prazo, essa ideia fosse sustentável, por que razão não poderia haver situações momentâneas ou intercalares de crise econômica, de dificuldades financeiras extremas ou até de penúria? Por que razão, nessas alturas, e ao abrigo da referida reserva do financeiramente possível, não seria necessário e admissível retroceder no nível de realização objetivo anteriormente proporcionado?”

contradição em si mesma²²⁸), para fins de verificação da inconstitucionalidade de uma medida, está sempre associada a retrocessos que afetem “o *mínimo social*, que afetem o *conteúdo essencial* dos direitos em causa, que sejam *desproporcionados* ou *desrazoáveis*, ou que afetem a *proteção da confiança*, a *igualdade* ou a *dignidade da pessoa humana*”²²⁹.

Reis Novais demonstra, desse modo, que a autonomia jurídica da proibição de retrocesso é bastante questionável, tanto na modalidade absoluta quanto relativa²³⁰:

No entanto, como facilmente se percebe numa análise mais rigorosa, se o princípio é dogmaticamente implausível e insustentável numa *versão absoluta*, ele não apresenta também, nesta sua nova perspetivação *relativa*, autonomia dogmática relativamente àqueles outros princípios em que se pretende sustentar conjunta ou separadamente, como ainda terá o inevitável efeito de obscurecer, na sombra de uma referência vaga, imprecisa, mas sempre controversa, ao *retrocesso social*, os efeitos autónomos ou combinados que alguns daqueles outros princípios podem desenvolver num outro contexto de justificação.

Para Reis Novais, então, a formulação teórica do princípio da proibição de retrocesso se confunde com a ideia de “limites dos limites”, ou seja, os limites inerentes à restrição de qualquer direito fundamental. E se a proibição de retrocesso como norma-princípio (proibição relativa) não é mais nem menos que a fiscalização da legitimidade constitucional da restrição a um direito fundamental (no caso social, ou ambiental), Reis Novais questiona mais uma vez a real utilidade de tratar da proibição de retrocesso como um princípio autónomo, ao invés de trata-lo pelo que ele realmente é: uma restrição inconstitucional a um direito fundamental, verificável pela invocação de diversos institutos consagrados da teoria dos direitos fundamentais²³¹. E, de fato, como ressalta Novais, os estudos que trabalham a proibição relativa de retrocesso no controle de constitucionalidade aplicam “precisamente os mesmos padrões e critérios de controlo desenvolvidos pela teoria das restrições: igualdade, dignidade da pessoa humana, proibição de excesso, proporcionalidade, razoabilidade, proteção da confiança e segurança jurídica, garantia do conteúdo essencial”²³².

²²⁸ *Ibidem*, p. 259: “Daí que a doutrina que persiste na fórmula lhe tenha que atribuir um sentido de relativização através do qual, se bem que contradizendo o enunciado emblemático, se pretende *salvar* a viabilidade do princípio: a proibição deixa verdadeiramente de o ser. Ou seja, onde se lê ‘é proibido retroceder’ deveria passar a entender-se ‘é admissível retroceder, com limites ou com exceções’”.

²²⁹ *Ibidem*, p. 259.

²³⁰ *Ibidem*, p. 260.

²³¹ *Ibidem*, p. 261: “Pergunta-se, então – e aquilo que surpreende é tanto a ausência de resposta quanto da raridade da pergunta – porquê, pura e simplesmente, não tratar o *retrocesso* por aquilo que, na realidade, é, ou seja, restrição a direito fundamental, legítima ou ilegítima consoante se observam ou se desrespeitam os limites constitucionais das restrições aos direitos fundamentais? Porquê não resolver o aparentemente inextrincável problema da defesa dos direitos sociais tão somente recorrendo à teoria das restrições aos direitos fundamentais, desenvolvida, testada e utilizada generalizadamente em Estado de Direito há mais de cinquenta anos?”

²³² *Ibidem*, p. 263.

Outro trabalho com críticas dogmáticas importantes foi desenvolvido por Catarina Santos Botelho, também autora portuguesa. Em sua opinião, o princípio da proibição de retrocesso “nunca foi apresentado com suficiente precisão”, estando sempre escorado em outros princípios constitucionais consagrados²³³.

Botelho sintetiza os argumentos favoráveis e contrários ao princípio da proibição de retrocesso social, dentre os quais destacam-se três que são ligeiramente diversos daqueles já apresentados acima: (i) a impossibilidade de revisão de leis atentaria contra o próprio princípio democrático²³⁴ (que foi um argumento muito relevante no julgamento do Código Florestal perante o Supremo Tribunal Federal), (ii) a aceitação de um princípio da proibição de retrocesso acabaria por subverter a lógica da hierarquia das normas, dando a lei ordinárias status de norma constitucional²³⁵, e (iii) além de conferir maior proteção a direitos sociais do que a direitos de liberdade contra intervenções legislativas²³⁶.

Sobre a questão da dificuldade democrática do princípio da proibição de retrocesso, Catarina destaca que a defesa do princípio muitas vezes “olvida o funcionamento saudável de uma democracia”, ainda que “parta de um raciocínio intelectualmente elegante e que cria empatia social”²³⁷. E, de fato, a cristalização de uma legislação, que se torne infensa a revisões legislativas, é muito sensível do ponto de vista democrático, em especial considerando que nem mesmo a Constituição está imune a mudanças, nem mesmo cláusulas pétreas (desde que a alteração não tenda a aboli-la). Durante o julgamento do Código Florestal, em diversos votos se viu o destaque a essa questão, em especial para afastar a utilização do princípio da proibição de retrocesso ambiental como um trunfo contra qualquer tipo de eventual retrocesso, sob pena

²³³ BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise**: ou visitar as normas programáticas. Coimbra: Editora Almedina, 2017. P. 435-436.

²³⁴ *Ibidem*, p. 437-438: “Invoca-se o ‘princípio da auto-revisibilidade’ como marca distintiva do poder legislativo, num Estado democrático, no qual vigoram os ‘princípios da maioria e da periodicidade’. Nesta sede, é importante salientar a ‘liberdade constitutiva e a autorrevisibilidade’ como características endógenas à função legislativa, sendo imperativo existir uma abertura a todas as opções políticas que se movam dentro do marco constitucional. Assim, o princípio do Estado social não impede que o legislador perca sua liberdade concretizadora, porquanto a regra de alternância democrática é uma manifestação do Estado de Direito e resulta plasmada, v.g., nos artigos 10º, nº 1 e 114º da Constituição portuguesa. Ao invés, a esta sua ‘liberdade de concretização’ dos direitos sociais corresponde a ‘liberdade da sua modificação ainda que tal possa implicar um retrocesso’”.

²³⁵ *Ibidem*, p. 438-439: “Entende-se igualmente que esta admissibilidade conduz a uma confusão na hierarquia normativa”, promovendo uma ‘quasi-constitucionalização’ da legislação ordinária. Como perspicazmente observa JORGE REIS NOVAIS, ‘do Código Civil ao Código Comercial, do Código Laboral ao direito de família, não há praticamente hipóteses de alteração legislativa sem que, com isso, de alguma forma se afetem situações ou posições constituídas no passado e que permanecem à entrada em vigor da nova lei’. A Constituição seria uma espécie de novo *totem*, que tudo regularia, até à exaustão, em desrespeito pelo princípio da essencialidade, que resulta umbilicalmente conexionado com a vocação de permanência e de normatividade da Constituição”.

²³⁶ *Ibidem*, p. 439: “Ironicamente, a aplicação da proibição do retrocesso social teria um *efeito perverso*, porquanto acabaria por tornar os direitos sociais “mais imunes ao legislador” do que os próprios direitos, liberdades e garantias, visto que estes últimos podem ser restringidos, nos termos dos nº 2 e 3 do artigo 18º”.

²³⁷ *Ibidem*, p. 445.

de consequências graves e relevantes para a democracia decorrentes do engessamento da legislação²³⁸. Catarina destaca, em reflexão sobre a problemática em torno do engessamento da legislação, que²³⁹

A Constituição é um quadro normativo aberto, que não pretende perpetuar indefinidamente as opções jurídico-políticas de um determinado Governo, mas que está aberta a uma diferente perspetivação da ordem de prioridades por parte das novas gerações, assim como à escassez de recursos económicos, que tanto ameaça a sustentabilidade financeira dos Estados ocidentais.

Catarina reconhece, na mesma linha de Jorge Reis Novais, que o princípio da proibição de retrocesso está sempre associado a outros princípios constitucionais, sem os quais a proibição de retrocesso ficaria destituída de conteúdo²⁴⁰ (por isso afirma que o princípio nunca foi apresentado com suficiente precisão). Sem o apoio de outros princípios, portanto, o princípio da proibição do retrocesso não teria qualquer conteúdo autónomo, de modo que Botelho conclui que “a invocação de uma proibição do retrocesso social acaba por ser redundante”²⁴¹.

No Brasil, Flávio Martins, em linha com os autores portugueses aqui citados, trabalha o princípio da proibição de retrocesso com olhar crítico, de modo que afirma que o princípio, em que pese os argumentos que ele próprio qualifica como sedutores, é um “princípio de índole política, mas não jurídica”²⁴². Nega, portanto, a autonomia jurídica do princípio da proibição de retrocesso.

Para Flávio, o princípio da proibição de retrocesso teria índole política porque, em sua visão, “a busca pela constitucionalização do princípio da proibição do retrocesso é uma tentativa do jurista limitar a liberdade política, máxime em razão do seríssimo e histórico déficit no tocante aos direitos sociais”²⁴³.

²³⁸ O Ministro Luiz Fux, vale lembrar, teceu duras críticas ao princípio da proibição de retrocesso em seu voto no caso do Código Florestal, em especial pela articulação do princípio como regra, chegando a afirmar que “a revisão judicial das premissas empíricas que embasam determinada medida regulatória, quanto mais quando editada pelo legislador democrático, não pode ocorrer pela singela e arbitrária invocação de um suposto “retrocesso” na defesa do meio ambiente”. (ADC 42, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 12-08-2019 PUBLIC 13-08-2019, p. 54).

²³⁹ *Idem*.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 441-442: “Bem vistas as coisas, o princípio da proibição do retrocesso resulta conexo com outros princípios, tais como: a proteção da confiança legítima, o princípio da proporcionalidade, a reserva do possível, o mínimo para uma existência condigna, ou a justiça intergeracional. Em confirmação e como adiante veremos, a jurisdição constitucional tem igualmente dado provas de associar a violação da proibição do retrocesso à violação destes princípios”.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 442.

²⁴² MARTINS, Flávio. **Direitos Sociais em tempos de crise econômica**. São Paulo: Saraiva. 2020. P. 399.

²⁴³ *Idem*. Essa visão também é compartilhada por Catarina Santos Botelho, que afirma que a proibição de retrocesso somente pode “ser encarada como um mote de luta política, ao jeito de um expressivo e ecoante ‘nem um passo atrás’ (*ni un passo atrás*), mas não constituir um princípio jurídico-constitucional” (*op. cit.*, p. 439).

Também Flávio sustenta que o ordenamento constitucional já oferece inúmeros princípios capazes de tutelar adequadamente os retrocessos, sem os quais, aliás, o princípio da proibição de retrocesso perderia todo seu conteúdo²⁴⁴.

Há limites constitucionais expressos ou implícitos às restrições operadas pelo Poder Público no tocante a direitos fundamentais. Há um arcabouço de princípios, como a proporcionalidade, a razoabilidade, a intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais, a necessidade de cumprimento do mínimo existencial dos direitos sociais etc. Por essa razão, parece-nos insustentável a autonomia do princípio da proibição do retrocesso, já que umbilicalmente ligado a outros princípios constitucionais.

Após endossar todas as críticas já descritas acima, Flávio destaca que negar autonomia jurídica ao princípio da proibição de retrocesso não significa “permitir que o Poder Público restrinja livremente a tutela de direitos fundamentais (máxime os direitos sociais), bem como extinga, sem qualquer justificativa, políticas públicas relacionadas a direitos sociais diversos”²⁴⁵.

O que é comum, e digno de destaque, nas críticas descritas acima é que em nenhum momento se nega ou se rejeita a possibilidade, muito menos a necessidade de controle das restrições aos direitos fundamentais sociais (o que, por evidente, impacta também o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado). A crítica é pela criação de um princípio para esse fim que pouco ou nada acrescenta de maneira qualitativa ao debate acerca da constitucionalidade de retrocessos sociais ou ambientais.

Tanto na modalidade absoluta (regra), como na modalidade relativa (princípio), a proibição de retrocesso encontra obstáculos dogmáticos consideráveis no que tange à sua utilidade para os fins que pretende.

4 – O DEVER DE PROGRESSIVIDADE E OS TRATADOS INTERNACIONAIS SÃO BLOQUEIOS INTRANSPONÍVEIS AO RETROCESSO?

Ainda do ponto de vista dogmático, é muito comum encontrar entre os defensores do princípio da proibição de retrocesso o fato de diversos tratados internacionais de direitos humanos preverem deveres de progressividade, ou não-regressividade, dos direitos socioambientais²⁴⁶. De acordo com essa interpretação, e pelo status normativo desses tratados,

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 404.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 416.

²⁴⁶ Também é comum relacionar os deveres de progressividade, ou não-regressividade, à eficácia negativa dos direitos fundamentais como direitos subjetivos negativos, no sentido de “viabilizarem a impugnação de atos que

o legislador ordinário estaria impedido de realizar reformas legislativas que implicassem retrocesso em termos de direitos sociais e ambientais, haja vista que o dever de progresso somente admite a ampliação dos direitos sociais e o aumento dos níveis de proteção ambiental, sendo qualquer pretensão de recuo é inadmissível e passível de censura judicial²⁴⁷.

É preciso reconhecer que a proibição de retrocesso foi expressamente reconhecida e consagrada como princípio no Acordo Regional de Escazú (“Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe”), ao lado do dever de progressividade²⁴⁸. Nada obstante, o diploma não explicita o conteúdo normativo nem de um e nem de outro princípio, de modo que as reflexões (repite-se, de cunho dogmático) do presente tópico permanecem válidas.

A questão que se coloca é se o dever de progressividade, insculpido em tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, teriam o condão de obstar todo e qualquer recuo nos níveis de proteção ambiental – ou, em outras palavras, se a proibição de retrocesso, em vista do dever de progressividade, se tornaria uma regra, ao invés de um princípio.

Há quem entenda, ao que nos parece com razão, que a interpretação que se tira do dever de progressividade insculpida no art. 2º, 1, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, não pode conduzir à conclusão de que a progressividade é uma regra (da qual implicitamente se extrairia a regra da proibição de retrocesso), e isso com base no que o Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (órgão responsável por monitorar a aplicação do Pacto) disse em seu “Comentário Geral nº 3”, de 1990, cujo item 9 foi assim redigido²⁴⁹:

sejam contrários à sua realização.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. P. 290.

²⁴⁷ Como exemplo, cf. COURTIS Christian. **La prohibición de regresividad em matéria de derechos sociales: apuntes introductorios**. In Ni un passo atrás: lá prohibición de regresividad em matéria de derechos sociales / compilado por Christian Courtis. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto. 2006. Na síntese feliz de Jorge Reis Novais, desenvolveu-se uma “fundamentação não menos engenhosa, tomando como apoio o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mais precisamente, o PIDESC, em cujo art. 2º, 1, se impõe aos Estados a tomada de medidas, até ao máximo dos recursos disponíveis, que permitam alcançar progressivamente a plena efetividade dos direitos sociais reconhecidos no Pacto. Ora, diz-se, esta obrigação de ‘realização progressiva’ contém *implicitamente* uma correspondente proibição de retrocesso que, de resto, teria sido assumida pelo órgão das Nações Unidas encarregado de vigiar a aplicação e cumprimento do PIDESC, o Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”. (*Op. Cit.*, p. 256)

²⁴⁸ “(...) Artigo 3 - Princípios - Na implementação do presente Acordo, cada Parte será guiada pelos seguintes princípios: (...) c) princípio de vedação do retrocesso e princípio de progressividade.” (Disponível em https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43611/S1800493_pt.pdf. Acesso em 01/11/2020).

²⁴⁹ Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/c3.html>. Acesso em 01/11/2020)

9. A principal obrigação de resultado refletida no artigo 2º (1) é tomar medidas “com vistas a alcançar progressivamente a plena realização dos direitos reconhecidos” no Pacto. O termo “progressiva realização” é muitas vezes usado para descrever a intenção dessa expressão. O conceito de progressiva realização constitui um reconhecimento do fato de que a plena realização de direitos econômicos, sociais e culturais não é possível de ser alcançada num curto espaço de tempo. Nesse sentido, a obrigação difere significativamente daquela contida no artigo 2º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que inclui uma obrigação imediata de respeitar e assegurar todos os direitos relevantes. Contudo, o fato de a realização ao longo do tempo ou, em outras palavras, progressivamente, ser prevista no Pacto, não deve ser mal interpretada como excluindo a obrigação de todo um conteúdo que lhe dê significado. De um lado, a frase demonstra a necessidade de flexibilidade, refletindo as situações concretas do mundo real e as dificuldades que envolve para cada país, no sentido de assegurar plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro lado, a expressão deve ser lida à luz do objetivo global, a verdadeira razão de ser, do Pacto que é estabelecer obrigações claras para os Estados-partes no que diz respeito à plena realização dos direitos em questão. Assim, impõe uma obrigação de agir tão rápida e efetivamente quanto possível em direção àquela meta. Além disso, qualquer medida que signifique deliberado retrocesso haveria de exigir a mais cuidadosa apreciação e necessitaria ser inteiramente justificada com referência à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto do uso integral do máximo de recursos disponíveis.

No comentário acima redigido é possível notar que o Comitê ressalta a “necessidade de flexibilidade, refletindo as situações concretas do mundo real e as dificuldades que envolve para cada país”, e que “qualquer medida que signifique deliberado retrocesso haveria de exigir a mais cuidadosa apreciação e necessitaria ser inteiramente justificada com referência à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto do uso integral do máximo de recursos disponíveis”.

Para Jorge Reis Novais, “esta teorização, correta, do Comitê das Nações Unidas contém, precisamente, a explicação que revela a inconsistência e caráter contraditório da ideia de existência de um princípio constitucional de proibição de retrocesso”²⁵⁰, haja vista que mesmo o dever de progressividade não é absoluto e, portanto, a proibição de retrocesso também não pode o ser.

E, de fato, a progressividade não poderia ser um dever absoluto por ir de encontro à realidade e algo inevitável na vida cotidiana de qualquer Estado: a escassez. A escassez é um elemento importante para bem refletir a ideia de proibição de retrocesso como decorrência lógica de um dever de progressividade. O que o dever de progressividade sugere é que os retrocessos devem estar acompanhados de uma justificativa suficientemente aceitável para que possam ser admissíveis, ou, nas palavras de Flávio Martins²⁵¹, “ainda que adotado o princípio

²⁵⁰ *Op. Cit.*, p. 257.

²⁵¹ *Op. Cit.*, p. 415. Em outro trecho na mesma página, Flávio arremata: “Dessa maneira, Em decorrência do princípio da *progressividade* previsto nos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, entendemos que o retrocesso é excepcional, como também deve ser excepcional

da progressividade, o retrocesso é excepcional, mas admitido, desde que devidamente fundamentado na proporcionalidade e na razoabilidade”.

É preciso, portanto, concordar com a defesa de uma rigidez significativa na fiscalização de constitucionalidade de retrocessos²⁵², haja vista que o dever, ou princípio, da progressividade exige um standard de justificação bastante elevado para que os retrocessos sejam legítimos.

No caso do Código Florestal, como visto no capítulo anterior, um dos fatores que pareceu pesar mais na decisão dos Ministros de votarem, em geral, a favor da constitucionalidade do Código e dos retrocessos foi a qualidade democrática da lei, ressaltada em diversas passagens e diversos votos. Inúmeros fatores levaram à conclusão de que o Novo Código Florestal teria sido uma lei bem gestada, dentre eles o tempo de tramitação, as dezenas de audiências públicas feitas para debater a lei e também a votação amplamente favorável que recebeu em ambas as casas, o que sugeriria que o Código teria sido objeto de um consenso amplo no âmbito do Legislativo, ainda que tenham sido declarados inconstitucionais alguns dispositivos.

O dever de progressividade, assim, não é uma regra e, por evidente, não transforma o princípio da proibição de retrocesso em regra, mas certamente aumenta o tamanho do obstáculo a ser transposto para que o retrocesso possa ser considerado constitucional.

5 – PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO E A POSIÇÃO PREFERENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Se a proibição de retrocesso ambiental é uma norma-princípio, então isso significa que pode entrar em rota de colisão com outros princípios. Em seu voto no caso do Código Florestal, o Ministro Luiz Fux pontuou que²⁵³

Não se deve desprezar que a mesma Constituição protetora dos recursos ambientais do país também exorta o Estado brasileiro a garantir a livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170), o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), a erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III; art. 170,

qualquer restrição a direito fundamental, devendo ser devidamente justificada pelo poder público. O princípio da *progressividade* não tem e nunca terá o condão de condicionar a realidade atingida por relativa escassez”.

²⁵² Christian Courtis chega a falar em “inversão do ônus da prova” (*Op. cit.*, p. 29), e Ingo Sarlet e Tiago Ferterseifeir falam em suspeição de inconstitucionalidade (SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFEIR, Tiago. **Breves Considerações Sobre os Deveres de Proteção do Estado e a Garantia de Proibição de Retrocesso em Matéria Ambiental**. Revista de Direito Ambiental. Vol. 58/2010. Arquivo digital p. 12).

²⁵³ ADC 42, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 12-08-2019 PUBLIC 13-08-2019, p. 50.

VII), a proteger a propriedade (art. 5º, *caput* e XXII; art. 170, II), a buscar o pleno emprego (art. 170, VIII; art. 6º), a defender o consumidor (art. 5º, XXXII; art. 170, V) *etc.*

A resolução desse conflito, como é de se pressupor, não é nada fácil e dependerá substancialmente do caso concreto em análise. De todo modo, conforme já trabalhado neste capítulo, a ponderação, preferencialmente realizada pela máxima da proporcionalidade, fornecerá um resultado no qual se deverá considerar que o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente foi preservado ou não.

De todo modo, das críticas que foram expostas e desenvolvidas acima extrai-se como conclusão que o princípio da proibição de retrocesso, como categoria jurídica, pouco ou nada acrescenta efetivamente no exame da constitucionalidade de medidas que impliquem retrocessos nos níveis de proteção ambiental, pois, ao fim e ao cabo, o princípio precisa do apoio de outros princípios ou institutos consagrados da teoria dos direitos fundamentais para que possa revelar algum conteúdo concreto.

A colisão de direitos fundamentais que envolva, em um dos lados, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no entanto, deve tender mais para a proteção do meio ambiente. Nesse sentido, uma proposta possível ao fortalecimento da proteção aos níveis de proteção ambiental já consagrados seria considerar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado teria uma posição preferencial frente aos demais direitos fundamentais em conflito.

A ideia de uma posição preferencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado surge como uma proposta ou sugestão, que será aqui apenas ilustrada para que, eventualmente, seja aprofundada em um outro trabalho.

Embora a questão da hierarquia entre direitos fundamentais seja uma questão polêmica, já há uma sólida posição doutrinária pelo reconhecimento de posições preferenciais de alguns direitos fundamentais quando em conflito com outras. De acordo com Leticia de Campos Velho Martel, a doutrina da posição preferencial desenvolveu-se no contexto do constitucionalismo norte-americano, e significa que quando for necessário ponderar entre qual direito fundamental prevalece em um determinado caso concreto, caso um dos direitos em colisão possuir uma posição preferencial “o julgador já o inicia colocando mais peso em um dos pratos da balança”²⁵⁴.

²⁵⁴ MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Hierarquização de Direitos Fundamentais**: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana. Revista Sequência. Nº 48. 07/2004. P. 100.

Isso não significa que haja hierarquia entre direitos fundamentais, apenas que a justificação para uma restrição ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado terá de ser uma justificação robusta, adequada e suficiente. O ônus argumentativo da justificação para a restrição, pois, é alto.

A existência de direitos fundamentais com posições preferenciais já foi mencionada no julgamento da Reclamação nº 22.328, de relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso, que expressamente tratou do tema ao decidir sobre o conflito entre a liberdade de expressão e a honra²⁵⁵. Embora o acórdão não revele uma concordância expressa de todos os Ministros com relação à existência de posições preferenciais entre direitos fundamentais, não se pode ignorar que a aplicação desse entendimento do direito ao meio ambiente eliminaria uma série de inconvenientes.

Assim, se, ao invés de falar em princípio da proibição de retrocesso ambiental, as discussões fossem pautadas na posição preferencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo como consequência um rígido padrão de justificação necessário para que restrições a esse direito fundamental sejam constitucionalmente válidas, acredita-se que haveria um ganho qualitativo na proteção ao meio ambiente.

²⁵⁵ Rcl 22328, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 09-05-2018 PUBLIC 10-05-2018.

CONCLUSÃO

Na tutela do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é de extrema importância que os rearranjos legislativos sejam passíveis de controle, em especial quando importarem na diminuição dos níveis de proteção ambiental. Os retrocessos ambientais poderão ser inconstitucionais.

Ao longo do presente trabalho demonstrou-se que a pretensão da doutrina majoritária em direito ambiental de defender uma proibição (sobretudo absoluta) de retrocesso ambiental encontra resistências significativas na jurisprudência, e também não são poucas – e muito menos irrelevantes – as vozes doutrinárias que questionam a formulação teórico-dogmática do princípio da proibição de retrocesso.

No primeiro capítulo o princípio da proibição de retrocesso foi apresentado como uma fórmula de proteção de direitos sociais que foi, posteriormente, incorporada pelo direito ambiental, porém com uma conotação ainda mais rígida. Enquanto que em matéria de direitos sociais a maioria da doutrina defende uma proibição relativa – ou seja, é possível retroceder, mas com limites -, em matéria de direito ambiental a ampla maioria doutrinária defende uma proibição absoluta – não se admite o retrocesso em qualquer hipótese.

No segundo capítulo, por meio de extensa pesquisa jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal foi possível constatar que o princípio da proibição de retrocesso ambiental não foi acolhido como prega a doutrina. No Superior Tribunal de Justiça o princípio assumiu contornos diversos do que normalmente é tratado, aparecendo em meio a ideias como direito ambiental adquirido, ato jurídico perfeito, prevalência da norma mais protetiva e etc. O princípio foi amplamente utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para negar aplicação ao Código Florestal sem, contudo, declarar-lhe inconstitucional. Aliás, conforme se demonstrou, muitos julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre o Código Florestal aplicaram as noções de direito adquirido ambiental e ato jurídico perfeito para chegar ao mesmo resultado (não aplicação do Código), o que, aparentemente, diminuiu a importância do princípio da proibição de retrocesso ambiental para o resultado. No Supremo Tribunal Federal, por sua vez, antes do julgamento do Código Florestal o princípio da proibição de retrocesso havia sido invocado por alguns Ministros em processos por eles relatados, porém o debate efetivamente se resolvia em outra seara e não era possível dizer que o princípio da proibição de retrocesso ambiental era o fundamento determinante da decisão. No caso do Código Florestal, contudo, todos os Ministros votaram e externaram seu posicionamento sobre a questão, e o resultado final demonstrou que a maioria do Tribunal rejeitou uma proibição

absoluta de retrocesso, acolhendo apenas a proibição relativa para fins de avaliar a inconstitucionalidade das medidas por meio da razoabilidade e proporcionalidade. Em que pese alguns dispositivos tenham sido declarados inconstitucionais, o Código foi mantido em partes consideradas retrocessos graves, o que significou uma derrota ao princípio da proibição de retrocesso ambiental.

No capítulo final foram expostas as principais críticas dogmáticas ao princípio da proibição de retrocesso ambiental, tanto na modalidade absoluta como na modalidade relativa, as quais devem ser enfrentadas adequadamente pela doutrina que ainda pretenda defender a aplicação do princípio. A ideia foi provocar o debate para aprimorar a defesa dos níveis de proteção ambiental. Ao longo do capítulo, demonstrou-se que a própria ideia da proibição de retrocesso como norma-princípio ou norma-regra não era clara, e que essa era uma questão crucial entre aqueles que entendem que a proibição de retrocesso é relativa ou absoluta. No âmbito da proibição relativa de retrocesso, foi demonstrado que como norma-princípio a proibição de retrocesso não parece possuir autonomia jurídica, haja vista que seu conteúdo depende e está intrinsecamente conectado a outros institutos de teoria de direitos fundamentais que servem para controlar a restrição de direitos fundamentais (limites dos limites, núcleo essencial, mínimo existencial, proibição de proteção deficiente e etc.). A proibição de retrocesso ambiental acaba, portanto, por ser uma redundância. Nem mesmo a conexão do princípio da proibição de retrocesso ambiental ao dever de progressividade é capaz de conferir autonomia jurídica à proibição, haja vista que nem mesmo o dever de progressividade é absoluto. Do ponto de vista dogmático, dessarte, o princípio da proibição de retrocesso possui muitos pontos de interrogação de difícil resposta.

Nada obstante todas as objeções dogmáticas, é certo que a proibição de retrocesso já é uma nomenclatura consagrada para um princípio, e que é mundialmente reconhecido por esse nome. Se o abandono da fórmula não é viável, apesar de sua questionável utilidade, as críticas aqui expostas servem ao menos para lançar luzes ao princípio da proibição de retrocesso ambiental pelo que ele realmente é: um nome diferente para algo que, na essência, já existia (e vale aqui repetir os institutos jurídicos associados ao princípio, sem os quais ele perde seu conteúdo, quais sejam os limites dos limites, núcleo essencial, mínimo existencial, proibição de proteção deficiente e etc.).

Isso não quer dizer, no entanto, que o meio ambiente não deva receber proteção especial para evitar ou dificultar retrocessos contra as normas de proteção ambiental. Para isso, do ponto de vista dogmático, tendo em vista que o meio ambiente é essencial à sadia qualidade de vida, e, assim, intimamente conectado à dignidade da pessoa humana, uma sugestão para conferir

mais rigidez à análise de retrocessos talvez seja considerar que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado goza de uma posição preferencial perante quando em colisão com outros direitos fundamentais, de modo a impor um severo ônus de justificação às medidas de retrocesso, garantindo maior proteção ao meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo Malheiros. 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos**. 19 ed. São Paulo: Malheiros. 2019

AYALA, Patrick de Araújo. **Direito Fundamental ao Ambiente, Mínimo Existencial Ecológico e Proibição de Retrocesso na Ordem Constitucional Brasileira**. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). *Direito Ambiental: Fundamentos do Direito Ambiental*. Coleção Doutrinas Essenciais. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman V., **Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro**, Revista de Direito Ambiental 14/48, abr/jun 1999.

BENJAMIN, Antonio Herman. **Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. In: BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e controle (CMA). **O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. 2012. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>. Acesso em 15/02/2020.

BOTELHO, Catarina Santos. **Os Direitos Sociais em Tempos de Crise: ou visitar as normas programáticas**. Coimbra: Almedina. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MS nº 22.164. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 1, p. 39.206, 17.11.1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Almedina: Coimbra. 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora. 2001.

COURTIS Christian. **La prohibición de regresividad em matéria de derechos sociales: apuntes introductorios**. In Ni un passo atrás: lá prohibición de regresividad em matéria de derechos sociales / compilado por Christian Courtis. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto. 2006.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 18ª edição. Salvador: Jus Podvim. 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 2. 11ª ed. Salvador: Jus Podvim. 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.

DOBLER, Gustavo; ASSUNÇÃO, Aldo Fernando. **O Regime Jurídico das Áreas de Preservação Permanente no Código Florestal (Lei 12.651/12) à luz do Princípio da Proibição do Retrocesso: estudo a partir da Lei 4.771/65 e da Constituição Federal**. Revista de Direito Ambiental. Vol. 89/2018. P. 159-184.

KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. **Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas**. Revista de Estudos Empíricos em Direito. V. 1. Nº 1. Jan. 2014.

LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Direito Constitucional Ambiental**. In: FARIAS, Talden; TRENNEPOHL, Terence (coord.). Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

LUZ, Josiane Paula da; MAZZARINO, Jane Marcia; TURATTI, Luciana. **A mudança legislativa do Código Florestal e a Reserva Legal: as marcas do Retrocesso**. Revista de Direito Ambiental. Vol. 85/2017. P. 293-307.

MACÊDO, Lucas Buril de, **Contributo para a Definição de Ratio Decidendi na Teoria Brasileira dos Precedentes Judiciais**. In: DIDIER JR., Fredie, et. Al. Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V. 3. Salvador: Jus Podvium: 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 23ª edição. São Paulo: Malheiros. 2015.

MARCHANT, Gary E.; MOSSMAN, Kenneth L.. **Arbitrary and capricious: The precautionary principle in the European Union Courts**. Washington: The AEI Press. 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento colegiado e precedente**. Revista de Processo | vol. 264/2017 | p. 357 - 394 | Fev / 2017.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Hierarquização de Direitos Fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana**. Revista Sequência. Nº 48. 07/2004.

MARTINS, Flávio. **Direitos Sociais em tempos de crise econômica**. São Paulo: Saraiva. 2020.

MELLO, Paula Susanna Amaral. **Direito ao meio ambiente e proibição de retrocesso**. Programa de Pós-Graduação. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direitos constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Editora Coimbra. 2012.

MORAIS, Fausto Santos. **Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. 2ª ed. Salvador: Jus Podvium. 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais**. 2ª edição. Lisboa: Editora AAFDL. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Affonso Leme; FERSTERSEIFER, Tiago. **Constituição e Legislação Ambiental Comentadas**. São Paulo: Saraiva. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago, **Direito Ambiental: Introdução, Fundamentos e Teoria Geral**, São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Novos Desenvolvimentos na Seara do Assim Chamado Princípio da Proibição de Retrocesso Ecológico à Luz da Atual Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal**. Revista de Direito Ambiental. Vol. 96/2019. Versão eletrônica.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFEIR, Tiago. **Breves Considerações Sobre os Deveres de Proteção do Estado e a Garantia de Proibição de Retrocesso em Matéria Ambiental**. Revista de Direito Ambiental. Vol. 58/2010. Versão eletrônica.

SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer**. Harvard University Press. 2009

SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de Legislar e Protecção Jurisdicional contra Omissões Legislativas: Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão**. Lisboa: Editora Universidade Católica. 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais nº 798. 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais I. 2003.

STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. **O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando**. In: DIDIER JR., Fredie, et. Al. **Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. V. 3. Salvador: Jus Podvium: 2015.

PRIEUR, Michel. **Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. In: BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e controle (CMA). **O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. 2012. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>. Acesso em 15/02/2020.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Para uma pedagogia da incerteza: a dogmática como experimento e como imaginação**. In: Dogmática é Conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica. RODRIGUES, José Rodrigo; PUSCHEL, Flávia Portella; Machado, Marta Rodriguez de Assis (org.). São Paulo: Saraiva. 2012.

THOMÉ, Romeu. **O Princípio da Vedação de Retrocesso Socioambiental no Contexto da Sociedade de Risco**. Salvador: JusPodivm. 2014.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

TORRES, Marcos Abreu. **Conflito de Normas Ambientais na Federação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das Normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva. 2009.

VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Almedina Brasil. 2019.