

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Paula Susanna Amaral Mello

**Direito ao meio ambiente e proibição do retrocesso**

Mestrado em Direito

SÃO PAULO

2013

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Paula Susanna Amaral Mello

**Direito ao meio ambiente e proibição do retrocesso**

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direitos Difusos e Coletivos, sob a orientação do Professor Doutor Marcelo Gomes Sodré.

SÃO PAULO

2013

Banca Examinadora

---

---

---

*A meus pais, VICENTE e MARIA THEREZA,  
que me ensinaram o valor dos grandes desafios.*

*A CARLOS ANDRÉ,  
que me compreende e apoia.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao Professor MARCELO GOMES SODRÉ que pacientemente me orientou neste trabalho, sempre esteve disponível para ouvir e pronto para somar com suas valiosas contribuições.

Agradeço ao Professor ROBERTO DIAS pelas sempre pertinentes sugestões, indiscutíveis paciência e apoio.

Agradeço à Professora CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA que muito contribuiu para minha evolução ao longo do curso de Mestrado e me apresentou ao tema, ao qual ora me dedico.

Agradeço a PINHEIRO NETO ADVOGADOS que me ensinou a exercer a advocacia e inquestionavelmente deu o suporte necessário ao curso de Mestrado e à redação deste trabalho. Agradeço especialmente a ALEXANDRE O. JORGE, ANDRÉ VIVAN DE SOUZA, ANTONIO JOSÉ LOUREIRO CERQUEIRA MONTEIRO, EDUARDO DE CAMPOS FERREIRA, FERNANDO BOTELHO PENTEADO DE CASTRO, JOSÉ LUIZ HOMEM DE MELLO, RAPHAEL DE CUNTO, RENÊ G. S. MEDRADO e WERNER GRAU NETO. Sem o apoio de vocês este trabalho não teria sido concluído.

## RESUMO

AMARAL MELLO, Paula Susanna. *Direito ao meio ambiente e proibição do retrocesso*. 2013. 200 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.

Este trabalho tem por objeto analisar o direito fundamental à integridade do meio ambiente e os deveres associados para, em seguida, examinar a proibição do retrocesso ambiental e seus limites. O intuito do trabalho é contribuir para a compreensão do conceito de proibição do retrocesso ambiental, de sua abrangência e limites, evitando a vulgarização do tema. Baseado em sólida pesquisa doutrinária e jurisprudencial, o trabalho examina de forma crítica algumas das principais polêmicas que contornam a proibição do retrocesso. Estudam-se, de forma detalhada, teorias dos direitos fundamentais, estrutura e aplicabilidade de tais direitos e deveres associados para, ao final, optar-se pela base teórica que melhor condiz com a realidade do ordenamento jurídico nacional. Classifica-se a norma constitucional ambiental como princípio e a partir daí seguem conclusões sobre a relatividade de seu conteúdo essencial e do mínimo existencial ecológico. Analisam-se minuciosamente a origem e o conceito de proibição do retrocesso ambiental com enfoque nos direitos sociais, em que o instituto ganhou seus mais conhecidos contornos para, em seguida, criticamente avaliar a abordagem que doutrina e jurisprudência têm dado ao tema na esfera ambiental. Conclui-se pela necessidade da adequada conceituação do instituto na esfera ambiental, apontando a natureza da proibição do retrocesso ambiental como limitação jurídica presente na terceira sub-regra da proporcionalidade. Avaliam-se os limites da proibição do retrocesso ambiental em casos concretos.

**Palavras-chave:** Direito fundamental ao meio ambiente e deveres associados – Princípios e regras – Restrição a direito fundamental – Proporcionalidade – Proibição do retrocesso.

## ABSTRACT

AMARAL MELLO, Paula Susanna. *Direito ao meio ambiente e proibição do retrocesso*. 2013. 200 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.

This paper aims at analyzing the fundamental right to integrity of the environment and obligations relating thereto in order to subsequently review the prohibition of environmental retrogression and limits thereof. The purpose of this paper is to contribute for the comprehension of the concept on prohibition of environmental retrogression, its scope and limits, avoiding vulgarization of the subject. Based on sound researches carried out on jurisprudence and case laws, this paper critically analyzes some of the key controversies involving prohibition of retrogression. A detailed study is conducted on fundamental rights theories, structure and applicability of such rights and obligations related thereto in order to finally choose the theoretical basis that best describes the national legal system reality. The environmental constitutional rule is classified as a principle and based on that conclusions are made on the relativity of its essential content and of the ecological existential minimum. The origin and concept of the prohibition of environmental retrogression is deeply analyzed with emphasis on social rights, in which the doctrine acquired its more famous outline in order to critically analyze the approach the jurisprudence and case law have given to the matter in the environmental sphere. The conclusion is that the doctrine needs to be properly conceptualized in the environmental sphere, pointing out the nature of the prohibition of environmental retrogression as a legal limitation present in the third sub-rule of proportionality. The prohibition of environmental retrogression limits are analyzed in concrete cases.

**Keywords:** Fundamental right to environment and obligations relating thereto – Principles and rules – Restriction to fundamental right – Proportionality – Prohibition of retrogression.

## SUMÁRIO

|                                                                                                                             |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUÇÃO .....                                                                                                            | 11 |
| PARTE I – TEORIA DOS DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE .....                         | 16 |
| 1. DIREITO À INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE E DEVERES ASSOCIADOS.....                                                         | 16 |
| 1.1 Direito fundamental ambiental e a dignidade da pessoa humana .....                                                      | 16 |
| 1.2 Categorias normativas de direitos e de deveres fundamentais .....                                                       | 20 |
| 1.2.1 A crise do positivismo jurídico.....                                                                                  | 21 |
| 1.2.2 Distinções doutrinárias clássicas e contemporâneas entre princípios e regras .....                                    | 22 |
| 1.2.3 A norma fundamental ambiental .....                                                                                   | 28 |
| 1.3 Normas de direitos subjetivos e normas de direitos objetivos: as dimensões do direito ao meio ambiente equilibrado..... | 30 |
| 1.4 Direitos a ações negativas e meio ambiente .....                                                                        | 37 |
| 1.5 Direitos a ações positivas e a tutela ambiental fundamental .....                                                       | 38 |
| 1.6 Deveres fundamentais e dever fundamental ambiental .....                                                                | 39 |
| 2. RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NORMA AMBIENTAL FUNDAMENTAL .....                                                 | 48 |
| 2.1 A possibilidade de restringir todos os direitos fundamentais .....                                                      | 48 |
| 2.2 Razoabilidade, proporcionalidade e ponderação.....                                                                      | 53 |
| 2.2.1 A necessidade de esclarecer questões terminológicas .....                                                             | 53 |
| 2.2.2 O exame das máximas parciais da regra da proporcionalidade .....                                                      | 58 |
| 2.2.2.1 Adequação .....                                                                                                     | 59 |
| 2.2.2.2 Necessidade .....                                                                                                   | 59 |
| 2.2.2.3 Proporcionalidade em sentido estrito .....                                                                          | 60 |
| 2.3 A regra da proporcionalidade como método para justificar intervenções no direito fundamental ambiental.....             | 64 |
| 2.4 Os limites e o conteúdo essencial do direito fundamental ambiental.....                                                 | 70 |

|                                                                        |                                                                                                                             |     |
|------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.5                                                                    | O mínimo existencial ecológico .....                                                                                        | 75  |
| PARTE II – PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL: DA ORIGEM À PRÁTICA..... |                                                                                                                             |     |
|                                                                        |                                                                                                                             | 79  |
| 3.                                                                     | ORIGEM, APLICABILIDADE E LIMITES DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO .....                                                           | 79  |
| 3.1                                                                    | Noções introdutórias .....                                                                                                  | 79  |
| 3.2                                                                    | Proibição do retrocesso, classificação, eficácia e efetividade das normas constitucionais .....                             | 80  |
| 3.3                                                                    | A proibição do retrocesso social: origem e conceito.....                                                                    | 86  |
| 3.3.1                                                                  | Considerações sobre a proibição do retrocesso social no direito comparado .....                                             | 86  |
| 3.3.2                                                                  | A proibição do retrocesso social no Brasil .....                                                                            | 100 |
| 3.4                                                                    | Proibição do retrocesso ambiental: a visão da doutrina no direito comparado e no Brasil.....                                | 118 |
| 3.5                                                                    | A jurisprudência e a proibição do retrocesso ambiental.....                                                                 | 123 |
| 3.6                                                                    | Proibição do retrocesso ambiental, a regra da proporcionalidade e a visão global do conceito.....                           | 133 |
| 4.                                                                     | A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: UM OLHAR SOBRE A LEI FEDERAL N.º 12.651/2012 ..... | 146 |
| 4.1                                                                    | O escopo desta análise .....                                                                                                | 146 |
| 4.2                                                                    | Do Brasil Colônia à Lei Federal n.º 12.651/2012: breve histórico da legislação florestal brasileira.....                    | 148 |
| 4.3                                                                    | O Projeto de Lei n.º 1.876/1999 da Câmara dos Deputados e sua conversão na Lei Federal n.º 12.651/2012 .....                | 155 |
| 4.4                                                                    | As discussões em torno da constitucionalidade da Lei Federal n.º 12.651/2012.....                                           | 157 |
| 4.5                                                                    | A Lei Federal n.º 12.651/2012 e a proibição do retrocesso ambiental...                                                      | 161 |
| 4.5.1                                                                  | Artigos 3.º, XVII, 4.º, IV, 11 e 63, § 3.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012 .....                                            | 163 |
| 4.5.2                                                                  | Artigo 4.º, § 1.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012 .....                                                                     | 165 |
| 4.5.3                                                                  | Artigos 4.º, III, e 5.º da Lei Federal n.º 12.651/2012 .....                                                                | 165 |
| 4.5.4                                                                  | Artigo 12, §§ 4.º e 5.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012 .....                                                               | 169 |
| 4.5.5                                                                  | Artigo 12, §§ 6.º a 8.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012 .....                                                               | 171 |

|                                  |                                                                                                                                     |     |
|----------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4.5.6                            | Artigos 12, <i>caput</i> , 13, § 1.º, e 68 da Lei Federal n.º 12.651/2012 .....                                                     | 173 |
| 4.5.7                            | Artigo 62 da Lei Federal n.º 12.651/2012.....                                                                                       | 175 |
| 4.5.8                            | Artigos 59, §§ 4.º e 5.º, 60, 61-A, 61-B, 61-C, 63 e 67 da Lei Federal n.º 12.651/2012.....                                         | 179 |
| 4.6                              | Apontamentos finais acerca do exame de constitucionalidade da Lei Federal n.º 12.651/2012 a partir da proibição do retrocesso ..... | 184 |
| CONCLUSÃO.....                   |                                                                                                                                     | 186 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ..... |                                                                                                                                     | 190 |

## INTRODUÇÃO

Eram meados de junho de 2011 quando fomos apresentados à proibição do retrocesso social sob a perspectiva de CANOTILHO<sup>1</sup> e de SARLET.<sup>2</sup>

A partir da genérica noção de que o nível legalmente concretizado dos direitos sociais não poderia ser suprimido ou o conteúdo essencial do direito social ser *substancialmente* restringido, passamos a debater e a transpor conceitos dos direitos sociais, em que melhor se desenvolveu a proibição do retrocesso, ao direito ambiental, guiados por algumas obras específicas disponíveis naquele momento.<sup>3</sup>

O tema é convidativo. Despertou interesse, demandou aprofundamento, busca pelas origens e, principalmente, levou-nos a questionar o que, de fato, seria o conteúdo essencial do direito à integridade do meio ambiente e o mínimo existencial ecológico, que doutrina e jurisprudência colocam no centro do debate da proibição do retrocesso ambiental, mas que, contrariamente, reservam pouco ou quase nenhum espaço para analisá-los.

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 338-340.

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar.-abr.-maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 21 ago. 2012; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set.-out.-nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 23 ago. 2012; SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, set.-out.-nov. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 23 ago. 2012; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, mar.-abr.-maio 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 23 ago. 2012; e SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revistando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>3</sup> MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição do retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Vimo-nos, assim, obrigados a nos aprofundar na pesquisa. Apesar da existência de diversas outras teorias desenvolvidas acerca do assunto, encontramos a melhor abordagem para esses dois conceitos e a todos os demais que a eles se associam, na *Teoria dos direitos fundamentais*, de ROBERT ALEXY,<sup>4</sup> e no convidativo ensaio *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA.<sup>5</sup>

Mostrou-se coerente e razoável transpor ao direito brasileiro a *Teoria dos direitos fundamentais*<sup>6</sup> concebida por ALEXY para o direito alemão e, a partir daí, definir como normas com estrutura de princípios o direito fundamental ao meio ambiente e os deveres a ele associados, decorrentes do enunciado do artigo 225 da Constituição Federal.

Sendo princípios o direito e os deveres fundamentais ao meio ambiente, seus conteúdos essenciais não são predeterminados, variam de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso e, como decorrência lógica, não são absolutos. Isso influencia diretamente o campo de atuação e os limites da proibição do retrocesso.

Paralelamente à redação de nosso trabalho, o “tema proibição do retrocesso” ambiental foi ganhando mais espaço na doutrina, jurisprudência e na mídia, valendo o destaque para a jurisprudência que não costuma ser criteriosa, manifestando-se das mais variadas formas sobre o assunto.

Em 29.03.2012 a Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA) do Senado Federal realizou, pela primeira vez, um Colóquio Internacional sobre a proibição do retrocesso ambiental.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>5</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. 2.ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>6</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*.

<sup>7</sup> Vide Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. *O princípio da proibição do retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

Em 28.05.2012 entrou em vigor a Lei Federal n.º 12.651/2012, que revogou a Lei Federal n.º 4.771/1965 (Código Florestal), instituindo um novo regime florestal no País. A nova lei provocou mobilizações e tornou ainda mais evidente o tema da proibição do retrocesso.

Em junho de 2012 a proibição do retrocesso ambiental foi tema da Rio+20.

Em janeiro de 2013 o Ministério Público ajuizou três ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, arguindo inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Federal n.º 12.561/2012.<sup>8</sup> Entre outros fundamentos, as ações basearam-se no alegado retrocesso instaurado pela nova lei em termos de proteção ambiental, pois, no entendimento do Ministério Público, de um modo geral, haverá menos florestas preservadas de acordo com o novo regime em comparação com a legislação revogada.

Tudo isso acentuou nosso interesse pelo tema e pela necessidade de delimitá-lo na esfera ambiental, esclarecendo exatamente o que é e como se manifesta, sob pena de banalização, que, diga-se de passagem, já não é de ser ignorada.

Mergulhamos, assim, nessa árdua tarefa de estudar a proibição do retrocesso ambiental, tendo em mente, sempre, duas premissas fundamentais à delimitação do tema: **(a)** à medida que as pretensões aumentam, sua satisfação torna-se cada vez mais difícil.<sup>9</sup> O problema dos direitos fundamentais e, por consequência, do direito fundamental ao meio ambiente não é, portanto, reconhecê-los como fundamentais, e sim como realizá-los;<sup>10</sup> e **(b)** “o homem é um animal teleológico, que atua geralmente em função de finalidades projetadas no futuro. *Somente quando se leva em conta a finalidade de uma ação é que se pode compreender o seu ‘sentido’*”.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> ADIns n.ºs 4.901, 4.902 e 4.903.

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 63.

<sup>10</sup> Idem, ibidem, p. 63.

<sup>11</sup> Idem, p. 51.

Para compreender a proibição do retrocesso, é fundamental entender aspectos inerentes à estrutura e à aplicabilidade dos direitos e deveres fundamentais, sobretudo os conceitos de princípios e regras, de direitos e deveres, de direitos subjetivos e objetivos e de direitos a ações negativas e positivas. Sem tais noções e uma coerência teórica, não faz sentido falar em proibição de retroceder. Esses temas serão analisados no início de nosso trabalho, logo no Capítulo 1.

Deve-se considerar, desde já, que o estudo dos direitos fundamentais e o desenvolvimento de teorias a eles atinentes delinearam-se de forma prioritária, isto é, com maior ênfase, quanto aos chamados direitos de liberdade (direitos de primeira dimensão). Em circunstâncias que ficarão claras no curso deste trabalho, tais teorias adaptaram-se aos direitos fundamentais a prestações (direitos de segunda geração) e, a partir daí, aos direitos de terceira dimensão, no qual se inserem o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os deveres associados,<sup>12</sup> cujos caráter fundamental<sup>13</sup> e importância para as próprias relações sociais<sup>14</sup> não são questionados.

É da doutrina da jusfundamentalidade dos direitos sociais que decorrem os principais contornos de mínimo existencial, e foi nela que melhor se desenvolveu o conceito de proibição do retrocesso, hoje transpostos aos direitos de terceira dimensão, como o meio ambiente, que é um direito completo.<sup>15</sup>

No Capítulo 2, será dedicada atenção à possibilidade de direitos fundamentais serem restringidos, aos limites de tal restrição e a todos os conceitos

---

<sup>12</sup> Algumas vezes, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é classificado como direito de quarta dimensão, mas não é essa a posição à qual nos filiamos. Norberto Bobbio sugere a possibilidade de inclusão do meio ambiente nessa quarta dimensão (*A era dos direitos*, p. 33) e Canotilho afasta tal classificação, assim como outros juristas, diante do fato de os direitos de terceira dimensão, também conhecidos como direitos de solidariedade, já abarcarem os mesmos direitos que se pretende inserir na quarta dimensão (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 386-387).

<sup>13</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. A constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 116 e ss.

<sup>14</sup> DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin (Org.). *Temas de direito ambiental e urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 92.

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 443.

relacionados ao tema. Nesse Capítulo, será examinado o conteúdo essencial do direito ao meio ambiente equilibrado e a ideia de mínimo existencial, que, como já citamos, se encontram no centro dos estudos sobre a proibição do retrocesso.

No Capítulo 3, iniciaremos nossa análise com a origem e o conceito da proibição do retrocesso, traçando um panorama do instituto no âmbito dos direitos sociais, em que, já se viu, foi concebido e melhor desenvolvido. Esse é caminho necessário a ser percorrido para chegarmos às manifestações da doutrina e jurisprudência acerca da proibição do retrocesso ambiental e podermos esmiuçar, conceituar e classificar o instituto nessa esfera. Também reservamos espaço para traçar os limites para retroceder, esclarecendo o que, de fato, o instituto permite seja feito e o que ele veda, considerando-se os desafios que a própria noção de meio ambiente nos oferece.

Ainda no Capítulo 3, abordaremos a eficácia das normas constitucionais, tema de grande debate dos estudiosos da proibição do retrocesso.

No Capítulo 4, propomo-nos a analisar a constitucionalidade da Lei Federal n.º 12.651/2012 à luz da proibição do retrocesso e a partir das considerações da Procuradoria-Geral da República, expostas nas três ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas no início deste ano. O exame abrangerá o histórico da *legislação florestal* brasileira, o contexto em que se inseriu a revisão da Lei Federal n.º 4.771/1965, a proporcionalidade da revisão legal e os limites impostos pela proibição do retrocesso a tal revisão.

## **PARTE I – TEORIA DOS DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE**

### **Capítulo 1 DIREITO À INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE E DEVERES ASSOCIADOS**

#### **1.1 Direito fundamental ambiental e a dignidade da pessoa humana**

É com base nos direitos fundamentais que se tomam decisões acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.<sup>16</sup>

O conteúdo de tais direitos é construído a partir de conceitos oriundos de diversos ramos, e não apenas do Direito. Questões históricas, culturais, econômicas, políticas, biológicas e geofísicas<sup>17</sup> moldam sua concepção e, ao mesmo tempo, limitam seus efeitos.

Se aos direitos fundamentais é conferido pouco conteúdo, mais será delegado ao legislador,<sup>18</sup> o que não significa que este terá ilimitada liberdade para dispor sobre o assunto, sobretudo de forma restritiva.

Uns mais, outros menos, os direitos fundamentais vinculam a atuação do Executivo, Legislativo e Judiciário de forma mais explícita do que quaisquer outros direitos, orientando e limitando a atuação de seus órgãos, exatamente porque influenciam a estrutura das demais normas do ordenamento jurídico.

---

<sup>16</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 522.

<sup>17</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 104.

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 522.

Na maioria das vezes,<sup>19</sup> como também ocorre com o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o sistema dos direitos fundamentais associa-se à dignidade da pessoa humana, concebida em suas dimensões individual e social, e é por isso que os direitos fundamentais são muitas vezes compreendidos como formas de exteriorização, em graus diversos, da própria dignidade.

Assumir que certos direitos, como o direito fundamental ao meio ambiente, podem ter conteúdo que se associe à noção geral de dignidade não significa, contudo, que a dignidade seja a única razão de todos esses direitos ou que a dignidade seja seu núcleo absoluto. O direito ao meio ambiente, ainda que tenha, em certas oportunidades, conteúdo que viabilize a dignidade, deve ser concebido como “um direito em si mesmo”. Deixaremos a questão bastante clara ao longo do texto.

Ademais, não é pelo fato de o conteúdo de certos direitos fundamentais certas vezes viabilizar a dignidade humana que se legitima o raciocínio de que tais direitos são complementares ou se limitam a garantias mútuas. Como pontua VIEIRA DE ANDRADE, os direitos fundamentais “surgem nas situações concretas da vida, *normalmente* dissonantes e quase sempre entre si conflituais”.<sup>20</sup>

Por tudo isso, compreender o conceito de dignidade humana é ponto de partida para entender o direito e as normas de direitos fundamentais.

---

<sup>19</sup> Ingo Wolfgang Sarlet salienta que o núcleo essencial dos direitos fundamentais nem sempre corresponde ao seu conteúdo em dignidade, podendo variar de acordo com o direito em causa, sendo plausível imaginar situações de inconstitucionalidade, em que há violação ao núcleo essencial sem que seja afetada a dignidade da pessoa humana (SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso..., p. 101).

<sup>20</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 102.

Ana Paula de Barcellos, por sua vez, defende que os “três grupos de direitos [direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais, econômicos e culturais] não estão propriamente em oposição, antes se complementam, na medida em que os direitos sociais viabilizam o exercício real e consciente dos direitos individuais e políticos e que todos, conjuntamente, contribuem para a realização da dignidade” (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 136-137).

A discussão sobre dignidade tem origem com o Cristianismo, com a elevação da imagem do homem à semelhança de Deus e com os sentimentos de solidariedade e piedade propagados por Jesus Cristo.<sup>21</sup> As ideias de igualdade e de respeito entre os homens tornaram-se marcos para uma vida digna.

No entanto, apenas no século XVIII, a dignidade humana ganha o contorno de atributo da pessoa, como hoje a conhecemos.<sup>22</sup> Em tal período, o conceito passa por transformação, afastando-se do aspecto religioso e vinculando-se ao ideal de liberdade, mas uma liberdade ainda usufruída apenas pela burguesia e que não alcança todas as classes sociais.<sup>23</sup>

No final do século XVIII (1785), em *Fundamentação da metafísica dos costumes*, KANT<sup>24</sup> associa as ideias de moral e razão para concluir que a dignidade humana funda-se no fato de a pessoa ser um fim em si mesma, não uma função do Estado, da sociedade ou da nação,<sup>25</sup> de modo que os fins de todos os homens tornaram-se os fins de cada homem.<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> Vide os panoramas históricos traçados acerca do conceito de dignidade humana por Helena Regina Lobo da Costa (*A dignidade humana: teorias de prevenção positiva*. São Paulo: RT, 2008. p. 21 e ss.) e por Ana Paula de Barcellos (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 126-127).

<sup>22</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção positiva*, p. 21.

<sup>23</sup> Idem, *ibidem*, p. 22-23.

<sup>24</sup> Nas palavras de Kant, “a necessidade prática de agir segundo este princípio [dignidade humana], isto é, o dever, não assenta em sentimentos, impulsos e inclinações, mas sim somente na relação dos seres racionais entre si, relação essa em que a vontade de um ser como racional tem de ser considerada sempre e simultaneamente como legisladora, porque de outra forma não podia pensar-se como fim em si mesmo. A razão relaciona pois cada máxima de vontade concebida como legisladora universal com todas as outras vontades e com todas as ações para conosco mesmos, e isto não em virtude de qualquer outro móbil prático ou de qualquer vantagem futura, mas em virtude da ideia da dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele simultaneamente dá.

No reino dos fins tudo tem ou **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70. p. 77).

<sup>25</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 128.

<sup>26</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção positiva*, p. 24.

HELENA REGINA LOBO DA COSTA ensina que apesar de a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, no início do século XX, terem enfatizado a importância da vida digna para o desenvolvimento do homem, a concepção kantiana não encontrou, na época, espaço para plena concretização. Isso se deu, em parte, pela corrida pelo progresso e desenvolvimento dos séculos XIX e XX e do consequente segundo plano em que se colocou a subjetividade.<sup>27</sup>

Após a Segunda Guerra Mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e dos direitos humanos, o conceito passa a ser constitucionalizado<sup>28</sup> de forma mais intensa e disciplinado no direito internacional.<sup>29</sup> É também nesse momento que o conceito se molda pela importância que KANT lhe atribuiu e tem sua dimensão ampliada em razão dos horrores do pós-guerra.

Até 1975 não se falava na obrigação de o Estado promover o mínimo necessário à vida digna. O conceito de dignidade só foi ampliado para abarcar tal ideia a partir de decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, em que se afirmou a obrigação do Estado de assistir aos necessitados e de assegurar a todos condições mínimas para uma existência digna.<sup>30</sup>

Aos poucos, o conceito foi evoluindo, concebendo-se, até os anos 80, com base nos direitos de primeira e de segunda dimensão (liberdade e prestação).<sup>31</sup> Hoje, a dignidade humana afeta direitos de terceira dimensão, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois não há dúvidas acerca de sua relação com a sadia qualidade de vida, inerente à própria dignidade.

---

<sup>27</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção positiva*, p. 25.

<sup>28</sup> É o caso da Constituição italiana de 1947 e da Lei Fundamental alemã de 1949. Posteriormente, em 1988, a própria Constituição brasileira tratou da dignidade humana no artigo 1.º, III, referindo-se ao conceito ao longo de seu texto implícita e/ou expressamente.

<sup>29</sup> É o caso, entre outros, da Declaração dos Direitos do Homem de 1948, da Comissão Europeia de Direitos Humanos e da Corte Europeia de Direitos Humanos, criadas em 1950, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e da criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1969. A esse respeito vide também as considerações de BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 133.

<sup>30</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 176.

<sup>31</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção positiva*, p. 31.

Pautado em conceitos históricos e sofrendo influências culturais, econômicas, políticas e sociais, entre tantas outras, o conceito de dignidade humana está sujeito à constante evolução. Na realidade, à mesma evolução a que se sujeita a sociedade, e, por isso, VIEIRA DE ANDRADE costuma se referir ao “sistema” de direitos fundamentais como uma ordem pluralista e aberta.<sup>32</sup>

## 1.2 Categorias normativas de direitos e de deveres fundamentais

O intuito da abordagem que faremos neste item, apontando contribuições clássicas e contemporâneas de destaque sobre as categorias das normas jusfundamentais na época posterior a HART,<sup>33</sup> é fornecer subsídios não apenas para o exame das restrições a direitos fundamentais, diretamente atreladas ao conceito de proibição de retrocesso, como também para o estudo da natureza jurídica da proibição do retrocesso, acerca da qual já adiantamos haver divergências: a doutrina a classifica, principalmente, como princípio<sup>34</sup> ou como modalidade de eficácia jurídica dos princípios.<sup>35</sup>

A escolha que faremos aqui pela “Teoria dos Direitos Fundamentais” de ALEXY,<sup>36</sup> como ficará claro adiante, pressupõe coerência ao longo do trabalho e, por isso, orientará todas as conclusões às quais chegaremos. Daí a relevância deste exame.

<sup>32</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 103.

<sup>33</sup> HART, Hebert L.A. *The concept of Law*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2004.

<sup>34</sup> Nesse sentido, entre outros, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*; SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988; SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais...; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica...; e SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso...; DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

<sup>35</sup> Seguem essa corrente Ana Paula de Barcellos (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*) e Luís Roberto Barroso (*Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008).

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*.

### 1.2.1 A crise do positivismo jurídico

A crise do positivismo jurídico levou à superação da distinção entre direito e moral, defendida por H. L. A. HART,<sup>37</sup> e à abertura do debate filosófico-jurídico contemporâneo aos valores ético-políticos. Dentre os resultados mais expressivos dessa abertura, aparecem as teorias constitucionalistas ou o neoconstitucionalismo.<sup>38</sup>

CARLA FARALLI<sup>39</sup> ensina que a teoria constitucionalista ou neoconstitucionalista reconhece o aumento da complexidade da estrutura normativa dos sistemas constitucionais contemporâneos pela introdução dos princípios em tais sistemas e por sua diferenciação de regras. É daí que decorre a distinção entre as constituições do modelo de Estado Constitucional e as constituições do modelo de Estado de Direito: naquelas são destacados os princípios, em que se expressam decisões valorativas, que se impõem ao legislador.<sup>40</sup>

A identificação do constitucionalismo como teoria do Direito e sua distinção do positivismo foi proposta por ALEXY<sup>41</sup> e DREIER no final dos anos 1980, diante do debate alemão sobre o papel do Tribunal Constitucional Federal e a interpretação de sua jurisprudência.<sup>42</sup>

No entanto, a abordagem constitucionalista já havia sido antecipada por DWORKIN,<sup>43</sup> que pode ser considerado o precursor das ideias de formulação de tal teoria ou o responsável por sua primeira corrente.<sup>44</sup>

---

<sup>37</sup> HART, Hebert L.A. *The concept of Law*.

<sup>38</sup> FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Tradução de Candice Premaor Gullo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 11.

<sup>39</sup> Idem, *ibidem*, p. 17.

<sup>40</sup> Idem, p. 17.

<sup>41</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*.

<sup>42</sup> FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*, p. 11.

<sup>43</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977; e DWORKIN, Ronald. The Model of Rules. *The University of Chicago Law Review*, v. 35, n. 1, p. 14-46, Autumn 1967.

<sup>44</sup> FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*, p. 12-14.

### 1.2.2 Distinções doutrinárias clássicas e contemporâneas entre princípios e regras

DWORKIN<sup>45</sup> criticou a doutrina de HART por entender que não seria adequado reduzir os ordenamentos jurídicos a regras (*primary and secondary rules*), uma vez que estas existiriam ao lado de padrões (*standards*) – ou pautas, como prefere EROS ROBERTO GRAU<sup>46</sup> –, que se mostram evidentes em casos de difícil julgamento (*hard cases*), funcionando como princípios ou políticas ou diretrizes<sup>47</sup> (*policies*).<sup>48</sup>

DWORKIN defende que tanto regras como princípios fixam padrões para a tomada de decisão particular sobre uma obrigação legal, mas diferem quanto ao caráter/qualidade da direção a ser seguida.<sup>49</sup>

Para DWORKIN, regras seriam aplicadas no modo do tudo ou nada (*all-or-nothing fashion*). Se surgem os fatos disciplinados por uma regra, então ou a regra é válida, caso em que a resposta normativa que ela fornece à situação deve ser aceita, ou a regra é inválida e não contribui de forma alguma para a decisão que será tomada. DWORKIN admite, no entanto, que as regras podem comportar exceções.<sup>50</sup>

Em um confronto concreto de regras, DWORKIN entende que uma poderá ser considerada mais importante do que outra, por exemplo, em razão de seu papel de maior destaque na regulação do comportamento humano, mas não haverá regra mais importante do que outra dentro de um mesmo sistema.

---

<sup>45</sup> DWORKIN, Ronald. *The Model of Rules*, p. 25. Nesse mesmo sentido: DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*.

<sup>46</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 156 e ss.

<sup>47</sup> Segundo Eros Roberto Grau, *ibidem*, p. 156 e ss.

<sup>48</sup> Willis Santiago Guerra Filho invoca Arnold J. Heidenheimer para tratar da dificuldade de traduzir o termo “policy” para outras línguas ocidentais (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 124).

<sup>49</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, p. 24.

<sup>50</sup> DWORKIN, Ronald. *The Model of Rules*, p. 25. Ver também DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, p. 24-25.

Princípio, de acordo com DWORKIN, é um padrão (*standard*) que indica uma direção a ser seguida, e não é aplicado no modo do “tudo ou nada”, mas de forma gradual.<sup>51</sup> Os princípios têm uma dimensão de peso ou importância não encontrada nas regras, que por sua vez possuem importância ou falta de importância *funcional*. Para DWORKIN, quando princípios são confrontados, seus pesos devem ser levados em conta para verificar qual princípio se sobrepõe no caso concreto.

Nesse contexto, DWORKIN sustenta que os princípios são complementares às regras no ordenamento jurídico. As regras são válidas como normas estabelecidas e podem ser alteradas por uma deliberação. Os princípios são válidos na medida em que correspondem a exigências morais sentidas em um período específico, e seu peso relativo pode mudar no decorrer do tempo. Os tribunais devem recorrer aos princípios para resolver os casos mais difíceis (*hard cases*),<sup>52</sup> aos quais não seria possível aplicar uma regra sem cometer uma injustiça.<sup>53</sup>

Para DWORKIN, os princípios desempenham, ainda, papel de destaque na atividade de interpretação do direito, assegurando a solução mais adequada ao caso, que não pode ser deixada à mera discricionariedade dos juízes.<sup>54</sup> Esse é o ponto central de sua teoria.

Princípios e políticas ou diretrizes (*policies*) são diferenciados por DWORKIN de acordo com quem estas são *standards*, que definem um objetivo a ser perquirido, geralmente relacionado a melhorias no setor econômico, político ou social, e aqueles devem ser observados não por assegurarem melhorias políticas, econômicas ou sociais desejadas, mas por referirem-se a fins ou valores e por serem uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão de moralidade.<sup>55</sup>

A classificação, no entanto, não é inflexível, pois a ordem constitucional admite que certo conceito desenvolva papel de princípio e, em outra oportunidade,

---

<sup>51</sup> DWORKIN, Ronald. The Model of Rules, p. 26.

<sup>52</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, p. 81 e ss.

<sup>53</sup> FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*, p. 4.

<sup>54</sup> DWORKIN, Ronald. The Model of Rules, p. 38-40.

<sup>55</sup> Idem, *ibidem*, p. 23.

opere como *standard*. Ao realizar exercício sobre o tema, EROS ROBERTO GRAU<sup>56</sup> aponta que a dignidade humana comparece no artigo 1.º, III, da Constituição Federal como princípio, e, no artigo 170, *caput*, da Constituição Federal, como *standard*, ao prever que a todos deve ser assegurada uma existência digna.

ALEXY vale-se da teoria de DWORKIN para aprimorá-la, partindo do ponto de que regras e princípios são espécies de normas<sup>57</sup> e, por isso, a distinção entre regras e princípios passa a ser uma distinção entre normas.<sup>58</sup> Para ALEXY, um modelo de norma ideal é satisfeito pelo modelo semântico compatível com as diversas teorias sobre validade.<sup>59</sup> Essa tese passou a ser amplamente aceita no âmbito do Direito Constitucional.

Segundo Alexy,

[...] o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização* [utilizado em sentido amplo para incluir permissões e proibições], que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação

<sup>56</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 159.

<sup>57</sup> Humberto Ávila, invocando os ensinamentos de Riccardo Guastini, esclarece que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”.

Ávila explica, ainda, que não há correspondência entre normas e dispositivos, “no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22).

Ana Paula de Barcellos, por sua vez, esclarece que o “enunciado normativo corresponde ao conjunto de frases, isto é, aos signos linguísticos que compõem o dispositivo legal ou constitucional e descrevem uma formulação jurídica deontológica, geral e abstrata, contida na Constituição ou na lei, ou extraída do sistema. Quando se trata de disposições constitucionais ou legais, o enunciado normativo corresponde ao texto, mas é perfeitamente possível haver enunciados implícitos ou que decorram do sistema como um todo. A norma, diversamente, corresponde ao comando específico que dará solução ao caso concreto. De forma geral, ela encontra seu fundamento principal em um ou mais de um enunciado normativo, ainda que seja perfeitamente possível haver normas extraídas do sistema como um todo”. (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 57-58).

<sup>58</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 87.

<sup>59</sup> Idem, *ibidem*, p. 52 e ss.

não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.<sup>60</sup>

O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos próprios princípios e por regras colidentes, estas solucionadas em virtude da validade/invalidade ou por uma exceção.

ALEXY também entende que os princípios não contêm mandamentos definitivos, mas apenas mandamentos *prima facie*, visto que, apesar da relevância do princípio para determinado caso concreto, não necessariamente o resultado do caso será a exigência do princípio, dadas as razões antagônicas dos diversos princípios existentes em um sistema.<sup>61</sup>

A visão de princípios de DWORKIN é mais restrita do que a visão de ALEXY, não compreendendo normas que se associem a direitos e interesses coletivos.<sup>62</sup> Para DWORKIN estas seriam *policies*.

Por outro lado, para ALEXY, regras são “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível”,<sup>63</sup> e é por isso que, enquanto os princípios contêm mandamentos *prima facie* [podem ser ponderados e superados em casos de conflito, realizando-se em diversos graus], as regras compreendem mandamentos *definitivos*.<sup>64</sup>

O caráter definitivo das regras, contudo, não seria absoluto, pois uma cláusula de exceção faz com que a regra perca tal característica. No entanto, mesmo nos casos em que se faz presente a cláusula de exceção, o caráter *prima facie* dos princípios e das regras não será o mesmo. E isto porque um princípio cede lugar a

---

<sup>60</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 90.

<sup>61</sup> Idem, *ibidem*, p. 104.

<sup>62</sup> Idem, p. 116.

<sup>63</sup> Idem, p. 91.

<sup>64</sup> Idem, p. 106.

outro em razão do peso que lhe foi conferido em determinado caso (os princípios são suscetíveis de “expansão e compressão” e sua aplicabilidade depende do exame de seu conteúdo literal, do conteúdo de outros princípios e do caso concreto),<sup>65</sup> e uma regra não é superada apenas porque o princípio contrário àquele que a sustenta ganhou maior peso no caso concreto.<sup>66</sup>

Para que regras e princípios passem a ter o mesmo caráter *prima facie*, é necessário que também se deixe de atribuir peso, ou seja, que sejam superados os princípios, os quais estabelecem que as regras criadas pelas autoridades legitimadas devem ser seguidas e não podem ser relativizadas sem motivos (princípios formais). O esvaziamento do peso dos princípios formais teria como consequência “o fim das regras enquanto regras”.<sup>67</sup>

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA<sup>68</sup> filia-se à teoria de ALEXY e defende que o principal diferenciador entre regras e princípios não é o grau de importância que desempenham no sistema jurídico, mas o fato de os direitos que garantem ou deveres que impõem apresentarem características definitivas ou *prima facie* e de os princípios constituírem mandamentos de otimização.

Em sentido diverso, JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>69</sup> propõe uma distinção não entre regras e princípios, mas entre normas e princípios, basicamente fundada em seu grau de importância para o ordenamento jurídico. Princípios seriam mais relevantes no sistema e materializados pelas normas.

Com o intuito de tornar a distinção entre regras e princípios mais operacional, ANA PAULA DE BARCELLOS<sup>70</sup> propôs um novo critério de diferenciação dos institutos. Para a jurista, os princípios diferenciar-se-iam das regras porque, em certos

---

<sup>65</sup> FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*, p. 17.

<sup>66</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 105.

<sup>67</sup> Idem, *ibidem*, p. 105.

<sup>68</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 45.

<sup>69</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>70</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*.

aspectos, haveria indeterminação quanto aos seus efeitos (objetivo) e em relação às condutas (meios) a serem adotadas para se alcançarem seus efeitos, indeterminação que decorreria de a compreensão completa do princípio depender de concepções valorativas, filosóficas, morais e/ou de opções ideológicas e políticas.<sup>71</sup>

HUMBERTO ÁVILA<sup>72</sup> também desenvolveu uma análise crítica a respeito do assunto e formulou sua própria proposta conceitual de dissociação entre as duas espécies de normas (regras e princípios). Em um plano distinto das normas, ÁVILA inseriu as metanormas, como os postulados normativos, que definiu como instrumentos normativos metódicos, categorias que impõem condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo.<sup>73</sup> De acordo com ÁVILA, “postulados não descrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação de normas que o fazem”.<sup>74</sup>

A proposta de ÁVILA é inovadora, mas não ficou imune a críticas<sup>75</sup> tampouco é acolhida neste trabalho, uma vez que o reconhecimento do caráter definitivo das regras e *prima facie* dos princípios, visto por ÁVILA com certas ressalvas, é fundamental para avaliar quando o legislador constitucional ponderou tudo quanto havia a ponderar antes de estabelecer a norma no sistema (regras), ou quando deixou certa margem de ponderação e valoração aos poderes constituídos (princípios).<sup>76</sup> Tais questões, como já se anunciou, são elementos essenciais ao estudo da restrição de direitos fundamentais, indissociáveis da proibição do retrocesso, e mais adequadamente tratadas por ALEXY, razão pela qual é a sua teoria à qual nos filiamos.

---

<sup>71</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 65, 67 e 70.

<sup>72</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*.

<sup>73</sup> Idem, *ibidem*, p. 63.

<sup>74</sup> Idem, p. 81.

<sup>75</sup> Virgílio Afonso da Silva é um dos críticos da teoria de Humberto Ávila. Vide as ponderações do autor em: *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 607-630, 2003, e em *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*.

<sup>76</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 580.

### 1.2.3 A norma fundamental ambiental

A aplicabilidade dos direitos, a própria regulamentação da Constituição Federal e o funcionamento do sistema jurídico são inviáveis se tomar como base um modelo constitucional puro de regras ou de princípios.

Fosse a Constituição Federal formada unicamente por regras, os direitos nunca estariam sujeitos a sopesamentos, e, ainda que se alegasse ser possível recorrer a regras de hermenêutica, os direitos não poderiam ceder diante das peculiaridades fáticas e jurídicas de cada situação.<sup>77</sup>

De outro lado, acolher um sistema puro de princípios é reconhecer que todo e qualquer direito está sujeito a sopesamento, o que em uma visão bastante radical seria não levar a sério a forma como a própria Constituição foi concebida e disciplinou certos assuntos.<sup>78</sup>

Tudo isso nos leva a uma conclusão obrigatória já adiantada acima: a viabilidade e a efetividade dos direitos residem na combinação de um sistema formado por regras e por princípios.<sup>79</sup>

Como já se viu, no “mundo dos princípios há lugar para muita coisa”.<sup>80</sup> É o mundo do “dever-ser ideal” e, por isso mesmo, as colisões com outros direitos é inevitável. A forma de resolver tais colisões, como se verá adiante com mais vagar, é a regra da proporcionalidade, e é assim que se passará do ideal do dever-ser para o dever ser *real e definitivo*,<sup>81</sup> que no âmbito da atividade legislativa será a

---

<sup>77</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 123.

<sup>78</sup> Idem, *ibidem*, p. 122.

<sup>79</sup> Idem, p. 135.

<sup>80</sup> Idem, p. 139.

<sup>81</sup> Idem, p. 139.

cristalização dos princípios na forma de regras, após o sopesamento pelo legislador.<sup>82</sup>

Na Constituição Federal brasileira, as normas de direitos fundamentais manifestam-se principalmente sob a forma de princípios. É o modo de o direito tornar-se exequível e *justo*.

É possível, no entanto, localizar normas de direito fundamental com estrutura de regras. O artigo 5.º, III, que prevê que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, é exemplo desse caso, em que a dignidade humana cristalizou-se sob a forma de uma regra.

Quanto ao direito fundamental ao meio ambiente e deveres associados previstos de forma autônoma<sup>83</sup> no artigo 225 da Constituição Federal, não se pode negar que de alguns enunciados, por exemplo, do § 1.º, IV, e dos §§ 2.º, 3.º, 5.º e 6.º, decorrem normas com estrutura de regras gerais acerca do licenciamento ambiental, responsabilidade ambiental e terras devolutas necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. Tais regras não estão sujeitas a ponderações. Entretanto, do enunciado do artigo 225, *caput*, da Constituição Federal, do qual extraímos o direito e os deveres originários, o direito e os deveres “em si”<sup>84</sup> à integridade do meio ambiente, decorrem normas com *natureza de princípios* que preveem direitos e deveres e o equilíbrio ecológico e a sadia qualidade de vida como ideais a serem buscados pelo Poder Público e pela coletividade, *na máxima medida possível e de acordo com as peculiaridades fáticas e jurídicas de cada situação*.<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> Conforme NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 576-577.

<sup>83</sup> O meio ambiente passará a ser abordado indiretamente por outros direitos consagrados ao longo do texto constitucional, como o direito à saúde, ao trabalho etc. A respeito do assunto vide BENJAMIN, Antônio Herman. A constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira, p. 124.

<sup>84</sup> As expressões são invocadas em oposição às regras previstas no artigo 225 da Constituição Federal (§ 1.º, IV, e §§ 2.º, 3.º, 5.º e 6.º) e que são formas de cristalização de tais direitos e dever originários.

<sup>85</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 511.

Os deveres impostos ao Poder Público no artigo 225, § 1.º, da Constituição Federal também integram, em sua maioria, o rol dos deveres a serem cumpridos para que o equilíbrio ecológico seja assegurado na máxima medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes em cada circunstância e momento. Como direitos e deveres ambientais *prima facie*, as normas decorrentes do enunciado do artigo 225 da Constituição Federal podem ser sopesadas com outros princípios, diante das peculiaridades existentes, e ceder, se colidirem com outros princípios de maior peso, e é esse caráter *prima facie* do direito fundamental ao meio ambiente que permite levá-lo a sério sem demandar o impossível.

O fato de tais direitos e deveres serem mandamentos de otimização não lhes retira, contudo, o caráter *vinculante*. A proteção do meio ambiente deve obrigatoriamente ser buscada pelo Poder Público, mas isso deve ser feito de acordo com as possibilidades de cada momento, sem se “atropelarem” outros direitos e deveres fundamentais.

Feitos tais esclarecimentos, e assumida a estrutura principiológica dos direitos e deveres fundamentais ambientais, passamos a analisar as dimensões, direitos e deveres associados à norma jusfundamental ambiental.

### **1.3 Normas de direitos subjetivos e normas de direitos objetivos: as dimensões do direito ao meio ambiente equilibrado**

A classificação de normas como consagradoras de direitos subjetivos ou impositivas de direitos objetivos tem relevância para o estudo dos direitos e deveres fundamentais – como o direito ao meio ambiente equilibrado e deveres associados – e a compreensão da proibição do retrocesso, na medida em que evidencia a estrutura do direito à integridade ao meio ambiente. Tal classificação, entretanto, nem sempre foi objeto de consenso.

Entende-se por *direito objetivo* “o conjunto de normas impostas pelo Estado, de caráter geral, a cuja observância os indivíduos podem ser compelidos mediante

coerção”.<sup>86</sup> Tal conjunto de regras comportamentais gera aos indivíduos a faculdade de satisfazer determinadas pretensões e de praticar os atos necessários para alcançá-las. Sob esse ângulo, *direito subjetivo* pode ser entendido como a faculdade individual de agir de acordo com o direito objetivo, invocando sua proteção.<sup>87</sup>

MIGUEL REALE entende que o direito subjetivo

[...] só existe quando a *situação subjetiva implica a possibilidade de uma pretensão, unida à exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem*. O núcleo do conceito de direito subjetivo é a *pretensão (Anspruch)*, a qual pressupõe que sejam *correspectivos* aquilo que é *pretendido* por um sujeito e aquilo que é *devido* pelo outro (tal como se dá nos contratos) ou que pelo menos entre a *pretensão* do titular do direito subjetivo e o *comportamento exigido* de outrem haja certa *proporcionalidade* compatível com a regra de direito aplicável à espécie.<sup>88</sup>

Assim, para MIGUEL REALE, “direito subjetivo é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas do direito atribuem a alguém como próprio”.<sup>89</sup>

CANOTILHO ensina que um direito subjetivo é garantido por uma norma quando “o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o direito a um determinado acto, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse acto”.<sup>90</sup> O autor defende, então, que os direitos subjetivos configuram uma relação trilateral entre titular de direito, destinatário e objeto.

LUÍS ROBERTO BARROSO apresenta três razões que singularizam os direitos subjetivos, distinguindo-os de quaisquer outras posições ou dimensões jurídicas. São elas: **(a)** ao direito subjetivo corresponde sempre um *dever jurídico*; **(b)** o direito subjetivo é *violável*, na medida em que a parte contrária deixar de cumprir seu dever;

<sup>86</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 6.

<sup>87</sup> Idem, ibidem, p. 6.

<sup>88</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 261.

<sup>89</sup> Idem, ibidem, p. 262.

<sup>90</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1254.

e **(c)** a *ação judicial* está à disposição do titular do direito subjetivo para exigir o cumprimento deste.<sup>91</sup>

HANS Kelsen<sup>92</sup> foi o maior expoente da teoria negativista, para quem o *direito subjetivo era o próprio direito objetivo, não havendo uma dupla dimensão a ser defendida*. Kelsen entendia que o direito de agir e exigir condutas seria mera consequência da norma jurídica, não podendo encaixar-se em uma “nova categoria de direito”.

Em oposição à teoria negativista de Kelsen, situam-se as teorias afirmativas que distinguem direitos objetivos de direitos subjetivos e defendem a diferenciação entre as dimensões das normas fundadas na vontade e no interesse. Tais teorias dividiram-se, basicamente, em **(a)** teoria da vontade de SAVIGNY, WINDSCHEID e outros;<sup>93</sup> **(b)** teoria do interesse de IHERING;<sup>94</sup> e **(c)** teorias mistas.<sup>95</sup>

Como nenhuma das teorias ficou imune a críticas, caminhou-se para novas acepções de direitos objetivos e subjetivos, que podem, assim, ser sintetizadas:

<sup>91</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 104.

<sup>92</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. 2.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 142 e ss.

<sup>93</sup> A *teoria da vontade* acredita que o direito subjetivo é um poder ou faculdade do indivíduo, nos limites dos quais sua vontade é soberana. A vontade de um indivíduo seria reconhecida pela ordem jurídica, imperaria a qualquer vontade alheia e sua eficácia estaria vinculada à vontade do titular (Vide TESHEINER, José Maria Rosa. Ação e direito subjetivo. Texto publicado no site da Academia Brasileira de Direito Processual Civil e disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Jos%C3%A9%20M%20Tesheiner%20-formatado.pdf>>. Acesso em: 7 jun. 2012).

<sup>94</sup> A *teoria do interesse* surgiu como evolução à teoria da vontade, que não explicava a ausência de vontade (em sentido jurídico) dos incapazes ou nos casos em que os indivíduos não manifestavam vontade real em exercer o direito. Para tal teoria, o direito subjetivo seria o “interesse juridicamente protegido” (Vide TESHEINER, José Maria Rosa. Ação e direito subjetivo).

A teoria do interesse também não ficou imune a críticas e logo surgiram as teorias mistas, que conjugaram os conceitos *vontade* e *interesse* de diversas formas para definir direito subjetivo, sendo seu principal expoente Jellinek.

<sup>95</sup> As teorias mistas foram igualmente alvo de diversas críticas por se entender que direito subjetivo não constituiria poder da vontade ou interesse protegido, mas seria meramente um poder ou faculdade de agir e exigir certo comportamento de outrem para se alcançar determinado interesse objetivo, legitimado pelo ordenamento jurídico.

[...] direito subjetivo e direito objetivo são aspectos da mesma realidade, que pode ser encarada de uma ou de outra forma. Direito subjetivo é a expressão da *vontade individual*, e direito objetivo é a expressão da *vontade geral*. Não somente a vontade, ou apenas o interesse, configura o direito subjetivo. Trata-se de um poder atribuído à vontade do indivíduo, para a satisfação dos seus próprios interesses protegidos pela lei, ou seja, pelo direito objetivo.<sup>96</sup>

A partir daí é possível afirmar que os direitos fundamentais são, em regra, direitos subjetivos, concebidos para a proteção e preservação individual e exigência de seu respeito e valorização por terceiros e pelo Estado. Contudo, os direitos fundamentais não podem ser entendidos unicamente como direitos subjetivos. Valem juridicamente, também, do ponto de vista da comunidade, produzindo efeitos gerais,<sup>97</sup> como “valores” ou “fins” que a própria sociedade se propõe a seguir, principalmente pela ação do Estado.<sup>98</sup> São, por outras palavras, direitos fundantes do Estado, que “produzem efeitos jurídicos reforçados”.<sup>99</sup>

VIEIRA DE ANDRADE propôs entender a dimensão subjetiva como principal dimensão dos direitos fundamentais consagrados na Constituição da República portuguesa, “que abrange todas as faculdades susceptíveis de referência individual,

<sup>96</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, p. 8. Nesse mesmo sentido Canotilho ensina que “um fundamento é subjectivo quando se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo, para seus interesses, para sua situação da vida, para sua liberdade [...] [e há] fundamentação objectiva de uma norma consagradora de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a colectividade, para o interesse público, para a vida comunitária” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1256).

<sup>97</sup> Nesse sentido, Felipe Derbli sustenta que “os direitos fundamentais devem ser compreendidos sob perspectivas *subjetiva*, ou seja, relativamente à posição jurídica conferida ao indivíduo em face do Estado, e *objetiva*, vale dizer, no que concerne à produção de seus efeitos sobre toda a sociedade, incluindo-se as relações travadas entre particulares” (DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, p. 86).

<sup>98</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 109. A respeito da “multifuncionalidade” dos direitos fundamentais, veja também CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1402.

<sup>99</sup> Conforme José Vicente dos Santos Mendonça, em termos de produção de efeitos jurídicos reforçados, os direitos fundamentais **(a)** possuem *eficácia irradiante*, importando reinterpretção constitucional do direito ordinário; **(b)** possuem *eficácia horizontal*, vinculando Poder Público e esfera privada; **(c)** asseguram a proteção de determinadas garantias institucionais fundamentais; **(d)** importam o reconhecimento de um dever de proteção do Estado contra agressões aos direitos fundamentais; **(e)** impõem a determinação de que se criem e resguardem organizações estatais e procedimentos necessários à sua viabilidade” (MENDONÇA, José Vicente dos Santos. *Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 12 – Direitos Fundamentais, p. 205-236, 2003).

reduzindo a dimensão objectiva a uma ‘*pura dimensão objectiva*’, em que só têm lugar os conteúdos normativos (as garantias ou os deveres) a quem não possam corresponder direitos individuais”.<sup>100</sup> Isto porque o sistema dos direitos fundamentais português funda-se, sobretudo, na defesa individual, e não, principalmente, na ordem objetiva ou de bens coletivos.<sup>101</sup>

VIEIRA DE ANDRADE alerta, contudo, para o risco de uma “emocionalidade jurídica” levar ao alargamento desorientado da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, e que não se deve, por isso, flexibilizar

[...] a ideia de uma *presunção a favor da dimensão subjectiva* – que deve valer [...] na medida em que represente o predomínio natural do direito subjectivo na matéria dos direitos fundamentais – ao ponto de pretender subordinar à lógica dos direitos fundamentais toda a actividade pública.<sup>102</sup>

VIEIRA DE ANDRADE<sup>103</sup> defende, assim, que a existência de um direito subjetivo deve pautar-se na efetiva “necessidade de o direito” ser garantido pelo Estado e de ser esta a única forma de satisfazê-lo, levando-se sempre em conta os “limites materiais e jurídicos da atividade estatal”. Nas palavras de VIEIRA DE ANDRADE,

[...] só deve considerar-se a existência de um direito subjectivo dos particulares relativamente a deveres de prestação estadual, quando essas prestações sejam, em abstracto (perante o legislador) ou no caso concreto (perante a Administração ou o juiz), necessárias à realização do conteúdo essencial do direito fundamental de um determinado indivíduo.<sup>104</sup>

Quanto ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, discute-se, como ficará claro, a preponderância de sua dimensão subjetiva sobre a objetiva e, ainda, sobre sua inserção em novas categorias de direitos: os direitos-

<sup>100</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 110.

<sup>101</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1257.

<sup>102</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 146.

<sup>103</sup> Idem, ibidem, p. 147-148.

<sup>104</sup> Idem, p. 147.

deveres ou direitos de solidariedade, que, de certo modo, afastam ou ao menos reduzem a importância da dimensão subjetiva da norma jusfundamental ambiental, diante da preponderância dos direitos, interesses e vontades coletivas a ela inerentes e do dever de fazer ou não fazer para garantir a proteção de tais direitos.

Ao analisarmos a expressão “impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, veremos que o artigo 225, *caput*, da Constituição Federal vincula o Estado e o povo (aqui incluídos os indivíduos) à promoção da preservação ambiental, adotando a defesa e proteção do meio ambiente como fim que a sociedade se propõe a seguir pela ação conjunta do Estado e de indivíduos (posições legiferantes, fornecimento de prestações e execução de ações específicas). Destaca-se, assim, uma dimensão objetiva das normas decorrentes do enunciado do artigo 225 da Constituição Federal.

Por seu turno, a expressão “*todos* têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do *povo* e essencial à *sadia qualidade de vida*”, decorrente do enunciado do mesmo artigo, evidencia a característica difusa do direito e, ao mesmo tempo, sua dimensão subjetiva, uma vez que as palavras “*todos*” e “*povo*” abarcam a coletividade e, ao mesmo tempo, de forma autônoma, cada indivíduo que a compõe, sendo seu direito afastar atos soberanos do Estado e exigir a preservação das características ecológicas.<sup>105</sup>

Contudo, é da expressão “*sadia qualidade de vida*” que se pode extrair a mais expressiva referência à dimensão subjetiva do direito ambiental, na medida em que a *sadia qualidade de vida* é essencial à dignidade e à própria vida humana e ambas

---

<sup>105</sup> Para Cristiane Derani trata-se simultaneamente de um direito constitucional social e individual: “esse direito é explicitado como sendo simultaneamente um direito social e individual. Pois, deste direito de fruição ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não advém nenhuma prerrogativa privada. Não é possível, em nome deste direito, apropriar-se individualmente de parcelas do meio ambiente para consumo privado. O caráter jurídico do ‘meio ambiente ecologicamente equilibrado’ é de um bem de uso comum do povo. Assim, a realização individual deste direito fundamental está intrinsecamente ligada à sua realização social” (DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 325-326).

são direitos do indivíduo que o Estado e os próprios particulares têm o dever de não agredir.<sup>106</sup>

Convém esclarecer, todavia, que não se está a defender que há sempre e em qualquer situação um direito constitucional subjetivo expresso a não poluição. Tal dimensão se manifesta quando há o risco potencial ou efetivo de a poluição afetar negativa e individualmente a vida digna e a sadia qualidade de vida, que, fora de qualquer dúvida, são direitos com dimensões subjetivas.

CARLOS ALBERTO MOLINARO não partilha tal entendimento. O jurista entende que o meio ambiente ecologicamente preservado é um *direito-dever* e não um direito subjetivo, porque, se pertence à coletividade, não pode ser visto como tal.<sup>107</sup>

Não consideramos a questão dessa forma. O fato de o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pertencer, também, à coletividade dele não exclui a dimensão subjetiva, nas circunstâncias supra-apresentadas.

Em suma, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado possui **(a)** uma *dimensão subjetiva*, pela qual é garantido ao indivíduo o direito de exigir prestações do Estado voltadas à preservação do meio ambiente e à manutenção da dignidade e sadia qualidade de vida, assim como a abstenção do Estado de atos que possam prejudicar o equilíbrio ecológico e, consequentemente, a dignidade e a sadia qualidade de vida; e **(b)** uma *dimensão objetiva* ao adotar o equilíbrio ecológico como máxima social.

Oportuna, nesse sentido, a ponderação de HERMAN BENJAMIN de que o direito ao meio ambiente é direito coletivo, mas também individual, “não se perdendo a característica unitária do bem jurídico ambiental – cuja titularidade reside na comunidade (‘todos’) – ao reconhecer-se um direito subjetivo ao meio ambiente

---

<sup>106</sup> Canotilho anota que o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida previstos no artigo 66 da Constituição da República portuguesa são direitos com dimensões subjetivas com a mesma dignidade subjetiva dos direitos, liberdades e garantias, pois nem o Estado tampouco terceiros podem agredir posições jurídicas reentrantes no âmbito de proteção desses direitos (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 476).

<sup>107</sup> MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição do retrocesso*, p. 74-75.

ecologicamente equilibrado”.<sup>108</sup> No caso, a discussão acerca da preponderância do direito subjetivo sobre o direito objetivo no âmbito dos direitos fundamentais e especificamente quanto ao meio ambiente pode ser resolvida na medida em que a subjetivação é tão somente um mandamento *prima facie*.<sup>109</sup>

#### 1.4 Direitos a ações negativas e meio ambiente

Existem divergências sobre a natureza dos direitos gerados pelas normas, havendo os que defendem ser irreal afirmar que certas espécies de normas apenas produziriam direitos negativos (direito de abstenção) e/ou positivos (direito a prestações estatais).<sup>110</sup>

Os direitos negativos, também denominados direitos de defesa,<sup>111</sup> são os direitos gerados por certas normas, que impõem ao Estado e a terceiros o dever de se absterem de neles interferir.

Os direitos fundamentais de liberdade são originalmente assegurados como direitos negativos e podem ser divididos entre **(a)** direitos que devem ser plenamente exercidos sem qualquer impedimento do Poder Público ou ato tendente a dificultá-los; **(b)** direitos a que o Estado não afete certas características ou situações do titular; e **(c)** direitos a que posições jurídicas não sejam eliminadas.<sup>112</sup>

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, muito embora não seja um direito de liberdade, claramente abarca ações negativas, impondo ao Estado e a terceiros o dever de se absterem de interferir no meio ambiente sob pena

<sup>108</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. A constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira, p. 123.

<sup>109</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 517.

<sup>110</sup> Stephen Holmes e Cass R. Sunstein consideram discutível a existência de princípios que produzam apenas direitos negativos ou positivos. Para os autores, todos os direitos são positivos (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights*. New York – London: W.W. Norton & Company, 1999).

<sup>111</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 196.

<sup>112</sup> Nesse sentido vide ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 196; e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1258.

de afetarem a dignidade da pessoa humana e a qualidade de vida, atingindo o titular coletivo e/ou individual do direito.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado também impõe ao Poder Público o dever de se abster de eliminar certas posições e garantias ambientais, respeitadas determinadas premissas, que serão adiante estudadas. É sob este último prisma do direito ao meio ambiente a ações negativas que se manifesta a proibição do retrocesso.

### **1.5 Direitos a ações positivas e a tutela ambiental fundamental**

Direitos positivos são direitos a prestações devidas pelo indivíduo em face do Estado e que se dividem em ações fáticas e ações normativas.<sup>113</sup> ALEXY ensina que “a irrelevância da forma jurídica na realização da ação para a satisfação do direito é o critério para distinção entre direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas”.

As ações positivas fáticas supõem a existência de direitos que levam à realização das ações que se pretende sejam executadas (como a efetiva garantia de um mínimo existencial). Já os “direitos a ações positivas normativas são direitos a atos estatais de criação de normas”.<sup>114</sup>

Também os direitos de liberdade e os direitos políticos dependem, a seu modo, de prestações positivas, isto é, de prestações do estado voltadas à implementação de instituições e procedimentos necessários ao exercício desses direitos. Diferenciam-se nesse âmbito dos direitos sociais, classicamente direitos a prestações, porque não buscam uma igualdade material entre os indivíduos.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 200.

<sup>114</sup> Idem, *ibidem*, p. 202.

<sup>115</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 78 e ss.

O direito jusfundamental ambiental depende tanto de ações negativas (abstenção de violar o equilíbrio ecológico) como de prestações positivas normativas e fáticas para produzir todos os seus efeitos. Em razão dessa característica, ALEXY classifica-o como *direito fundamental completo*,

[...] formado por um feixe de posições de espécies bastante distintas [que envolvem posições individuais dos cidadãos e do Estado]. Assim, aquele que propõe a introdução de um direito fundamental ao meio ambiente, ou que pretende atribuí-lo por meio de interpretação a um dispositivo de direito fundamental existente, pode incorporar a esse feixe, dentre outros, um direito a que o Estado se abstenha de determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular contra intervenções de terceiros que sejam lesivas ao meio ambiente (direito a proteção), um direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedimentos) e um direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas ao meio ambiente (direito a prestação fática).<sup>116</sup>

EURICO BITENCOURT NETO, reconhecendo essa mesma característica do direito ao meio ambiente, classifica-o como direito fundamental híbrido, por reunir em pé de igualdade as vocações dos direitos de liberdade e sociais, supondo que “Estado e particulares se abstenham de afetar as condições para que se mantenha saudável e equilibrado e ao mesmo tempo [...] prestações estatais no sentido de manter um ambiente ecologicamente equilibrado e adequado à vida humana”.<sup>117</sup>

## 1.6 Deveres fundamentais e dever fundamental ambiental

Os deveres fundamentais não são comumente abordados pela doutrina. Trata-se de tema pouco estudado, que se colocou à sombra dos direitos, sendo, por isso, chamado de a face oculta dos direitos fundamentais.<sup>118</sup>

<sup>116</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 443.

<sup>117</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*, p. 171.

<sup>118</sup> A expressão é de José Casalta Nabais em A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, out. 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

A própria Constituição Federal trata com maior expressividade dos direitos fundamentais, reservando poucos artigos para, expressa e claramente, disciplinar os deveres, e, quando o faz, aborda, de forma prioritária, os deveres do Estado perante os indivíduos e a coletividade – como os deveres de o Estado garantir a segurança pública (artigo 144), a saúde (artigo 196) e fomentar práticas desportivas (artigo 217).

Afora os deveres dos indivíduos ou da coletividade em conjunto com o Estado e que se referem à atuação familiar,<sup>119</sup> o único dever fundamental difuso expressamente previsto na Constituição Federal é o dever de promoção do equilíbrio do meio ambiente, decorrente do enunciado do artigo 225.

Os deveres fundamentais já foram, contudo, categoria jurídica de “mesma dignidade” dos direitos fundamentais,<sup>120</sup> e sua posição de “menor destaque” nas Constituições atuais pode ser explicada pela tentativa de afirmação de direitos individuais em face do totalitarismo vivenciado na Segunda Guerra Mundial, no comunismo e nos regimes ditatoriais. A expressão dos direitos em detrimento dos deveres seria, então, manifestação de defesa da liberdade e da dignidade.<sup>121</sup>

O tratamento reservado aos deveres fundamentais pode, no entanto, conduzir ao precipitado raciocínio de que eles manifestar-se-iam apenas de forma implícita nos dispositivos que consagram os direitos, como se apenas funcionassem em decorrência lógica destes. Ou seja, onde há direitos, de outro lado, alguém possui deveres para garantir o cumprimento e respeito a esses direitos. É esse

---

<sup>119</sup> Dever do Estado e da família de assegurar e promover a educação (artigo 205), dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (artigo 227); dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores e dos filhos maiores de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (artigo 229); dever da família, da sociedade e do Estado de amparar as pessoas idosas (artigo 230).

<sup>120</sup> Esse foi o caso da República de Weimar, na Alemanha. A respeito do assunto vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 531.

<sup>121</sup> Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 531-532; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 156-157; LIMA, Francisco Gérson Marques de. Dos deveres constitucionais: o cidadão responsável. Disponível em: <<http://www.prt7.mpt.gov.br/artigos/2011/Deveres%20Constitucionais.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

entendimento que se poderia descuidadamente extrair do Capítulo I, Título II, da Carta Magna, intitulado “*Dos direitos e deveres individuais e coletivos*” e no qual não há nenhuma menção a deveres, apenas a direitos.

É certo que a ideia de deveres fundamentais sempre será associada aos direitos, na medida em que caracterizar a repartição dos encargos comunitários, necessários à existência e ao funcionamento do Estado.<sup>122</sup> A esse respeito, INGO WOLFGANG SARLET e TIAGO FENSTERSEIFER pontuam que os deveres fundamentais

[...] estão atrelados à *dimensão comunitária ou social* da dignidade da pessoa humana, fortalecendo a atuação solidária do indivíduo situado em dada comunidade estatal, o que demanda uma releitura do conteúdo normativo do direito à liberdade, amarrando-o à ideia de igualdade e vinculação social do indivíduo.<sup>123</sup>

Ou seja, o Estado é “uma ordem de liberdade limitada pela responsabilidade”.<sup>124</sup>

A mesma constatação está expressa em documentos internacionais e em diplomas nacionais. A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, por exemplo, prevê no artigo 29 que “toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”.

Nesse mesmo sentido, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, em seu preâmbulo, dispõe que o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de buscar a vigência e observância dos direitos reconhecidos no Pacto.

Por sua vez, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos de 1981 possui capítulo especialmente dedicado aos deveres, estipulando que **(a)** cada

<sup>122</sup> NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998. p. 97.

<sup>123</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Deveres fundamentais ambientais: a natureza de direito-dever da norma jusfundamental ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 67, p. 21, jul.-set. 2012.

<sup>124</sup> Idem, ibidem, p. 21.

indivíduo tem deveres para com a família e a sociedade, para com o Estado e as outras coletividades legalmente reconhecidas e para com a Comunidade internacional; e **(b)** os direitos e as liberdades de cada pessoa exercem-se no respeito dos direitos de outrem, da segurança coletiva, da moral e do interesse comum (artigo 27).

Muito embora não haja garantia jurídica real dos direitos fundamentais sem o cumprimento de deveres,<sup>125</sup> afirmar que deveres existem apenas associados a direitos nada mais é do que efetivamente reconhecer o dever geral imposto a todos de cumprimento das normas jurídicas, decorrente de sua execução jurídica compulsória (coerção).<sup>126</sup>

Nesse contexto, cabe a lição de CANOTILHO<sup>127</sup> para quem o estudo dos deveres fundamentais impõe a necessidade de reconhecer que não há relação estrita entre direitos e deveres fundamentais, valendo, no caso, o princípio da assimetria, segundo o qual a não correspondência entre direitos e deveres é condição necessária ao “estado de liberdade”.

Nessa mesma linha, LUIS MARÍA BANDIERI<sup>128</sup> anota que os deveres que surgem em convenções e constituições não se expressam com estrita correlatividade com os direitos reconhecidos em tais instrumentos.

O tema da autonomia dos deveres fundamentais é, contudo, bastante polêmico. DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS defendem que “o dever fundamental

---

<sup>125</sup> NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo, p. 59.

<sup>126</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 48. A respeito do sentido dogmático autônomo do conceito de direito fundamental veja BANDIERI, Luis María. Derechos fundamentales¿ Y deberes fundamentales? In: LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Coord.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodium, 2011. p. 211-244; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Deveres fundamentais. In: LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Coord.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodium, 2011. p. 325-345; LLORENTE, Francisco Rubio. Los deberes constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 21, n. 62, p. 11-56, mayo-ago. 2001.

<sup>127</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 533.

<sup>128</sup> BANDIERI, Luis María. Derechos fundamentales¿ Y deberes fundamentales?, p. 230-231.

só faz sentido dogmático autônomo se for entendido como endereçamento aos indivíduos, isto é, se forem eliminados do conceito os deveres estatais”.<sup>129</sup> Isto porque as tarefas desenvolvidas pelas autoridades, muito embora sejam tratadas como deveres, são, na realidade, competências, e alterar sua denominação para deveres fundamentais seria influir no estudo dos direitos fundamentais e da organização estatal.

FRANCISCO RUBIO LLORENTE<sup>130</sup> sustenta que deveres constitucionais em sentido estrito são **(a)** em regra os deveres autônomos, isto é, deveres não associados a direitos; e **(b)** deveres que a Constituição impõe como deveres perante o Estado, como elementos do *status* geral de sujeição ao poder. Para o autor, os deveres que resultam da legislação protetora do meio ambiente são simplesmente meios que a norma possui para assegurar seu objetivo direto, que é a proteção de determinadas realidades físicas. Assim, não haveria por que falar, a princípio, em deveres fundamentais ambientais.

Adotando uma “posição mista”, VIEIRA DE ANDRADE<sup>131</sup> concebe a existência de *deveres fundamentais autônomos* e de *deveres fundamentais associados ou conexos com direitos fundamentais*. Aqueles, como já introduzimos, podem ser entendidos como os deveres que decorrem imediatamente da ordem constitucional, não dependem de qualquer direito,<sup>132</sup> e são necessários à manutenção e ao funcionamento do Estado. São deveres essenciais à ordem do sistema, tais quais o dever de pagar impostos e o dever do serviço militar. Estes, por sua vez, seguem a ideia de que, em certos casos, o exercício de um direito está relacionado a um dever, como ocorre com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

VIEIRA DE ANDRADE alerta para o fato de os *deveres associados* poderem se manifestar sob três perspectivas: **(a)** não necessariamente interferirem no conteúdo

<sup>129</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Deveres fundamentais, p. 339.

<sup>130</sup> LLORENTE, Francisco Rubio. Los deberes constitucionales, p. 18, 21 e 34.

<sup>131</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 150 e ss.

<sup>132</sup> Idem, ibidem, p. 151-152.

específico dos direitos fundamentais com os quais se relacionam por serem meras afirmações de valores ou interesses comunitários; ou **(b)** alterarem o conteúdo estrutural (estrutura) dos direitos fundamentais com os quais se relacionam, elevando-os à categoria de *direitos de solidariedade*; ou **(c)** atingirem a natureza do direito (significado), que, reconfigurados, passam à categoria de direitos-deveres ou poderes-deveres.<sup>133</sup> Quando os direitos fundamentais são elevados a direitos de solidariedade ou direitos-deveres, podem passar a admitir “profunda intervenção dos poderes públicos e [...] acabar anulados ou funcionalizados, isto é, pura e simplesmente postos ao serviço de forças ou de finalidades colectivas”, limitando a liberdade individual.<sup>134</sup>

O direito ao meio ambiente, para VIEIRA DE ANDRADE, é exemplo de *direito de solidariedade* por não se restringir “ao direito à intervenção prestadora do Estado, nem sequer à exigência do respeito por um bem próprio (individual)”,<sup>135</sup> mas depender do comportamento de todos os indivíduos e ser exercido de forma recíproca e solidária como um “direito circular”, que tem seu conteúdo “definido necessariamente em função do interesse comum, *pelo menos em tudo aquilo que ultrapassa a lesão directa de bens individuais*”.<sup>136</sup>

VIEIRA DE ANDRADE também entende que, em parte, os deveres de defesa e de promoção da saúde se enquadram na categoria de direitos de solidariedade, na medida em que se relacionam ao direito a um ambiente saudável. De qualquer modo, “o estabelecimento do dever não afecta o conteúdo do direito individual à protecção da saúde, podendo, sim, justificar restrições da liberdade por via legislativa (proibição de fumar, obrigatoriedade de vacinação)”.<sup>137</sup>

Quanto aos direitos de solidariedade, CANOTILHO ensina que “pressupõem o dever de colaboração de todos os estados e não apenas o actuar ativo de cada um

<sup>133</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 158-159.

<sup>134</sup> Idem, ibidem, p. 152.

<sup>135</sup> Idem, p. 158. Nota de rodapé 126.

<sup>136</sup> Idem, p. 158-159. Nota de rodapé 126. Grifos nossos.

<sup>137</sup> Idem, p. 159. Nota de rodapé 126.

e transportam uma dimensão colectiva justificadora de um outro nome dos direitos em causa: *direito dos povos*. Por vezes, estes direitos são chamados de *direitos de quarta geração*".<sup>138</sup>

Os direitos-deveres ou poderes-deveres são abordados por VIEIRA DE ANDRADE em relação aos deveres dos pais de manutenção e de educação dos filhos. O jurista português ensina que "os direitos concedidos aos pais dentro da família [devem ser] acoplados com deveres quando tenham a natureza de poderes de pessoas sobre outras pessoas, exercidos no interesse destas últimas e não dos seus titulares". VIEIRA DE ANDRADE ressalva, no entanto, que o exemplo é um caso especial e que não deve ser generalizado ou utilizado para a criação de "analogias de superfície".<sup>139</sup>

Na doutrina nacional, há quem defenda que o direito ao meio ambiente equilibrado seja um *direito-dever*, decorrente da própria estrutura do artigo 225 da Constituição Federal, que simultaneamente prevê o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o dever de defendê-lo e de preservá-lo. CARLOS ALBERTO MOLINARO<sup>140</sup> entende que é exatamente essa a característica que afasta a dimensão subjetiva do direito ao meio ambiente, como mencionado anteriormente.

INGO WOLFGANG SARLET E TIAGO FENSTERSEIFER sustentam que o direito humano e fundamental ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado também é exemplo paradigmático de um direito-dever ou de direito da solidariedade, com "um peso maior da sua perspectiva objetiva no que diz com a conformação normativa de posições jurídicas, em detrimento da sua perspectiva subjetiva".<sup>141</sup>

---

<sup>138</sup> A doutrina não mais fala em gerações, mas em dimensões de direitos fundamentais. A esse respeito confira-se CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 386-387.

<sup>139</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 158-159, nota de rodapé 127.

<sup>140</sup> MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição do retrocesso*, p. 75.

<sup>141</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Deveres fundamentais ambientais: a natureza de direito-dever da norma jusfundamental ambiental, p. 24-25.

MOLINARO, SARLET E FENSTERSEIFER não se valem exatamente das mesmas premissas adotadas por VIEIRA DE ANDRADE para distinguir *direito de solidariedade* de *direito-dever* e sobretudo os últimos adotam ambos os termos como sinônimos. Seguindo a doutrina e sem qualquer vinculação aos ensinamentos de VIEIRA DE ANDRADE, a jurisprudência também se refere ao meio ambiente como direito-dever,<sup>142</sup> diante da estrutura da norma constitucional decorrente do artigo 225.

Para este estudo abraçamos a ideia de que os deveres fundamentais ambientais são *deveres associados ao direito à integridade do meio ambiente*, concebidos como deveres *prima facie*, substantivos e instrumentais, genéricos e específicos, expressos e implícitos, todos igualmente relevantes e, novamente *prima facie*, vinculantes, cuja inobservância compromete o próprio direito.<sup>143</sup> Tais deveres têm os indivíduos ou coletividade como seus destinatários, assim como o próprio Poder Público. Destinam-se, em última instância, “ao Estado em todas as suas formas de manifestação”.<sup>144</sup>

Assim como o fazem SARLET e FENSTERSEIFER, reconhecemos que,

[...] mesmo que não se venha a atribuir a titularidade do *direito fundamental* ao meio ambiente às gerações humanas futuras, não há como negar a existência, ao menos, de *deveres fundamentais* de proteção do ambiente que vinculam a geração atual em prol das gerações futuras, inclusive de modo a ensejar a limitação de direitos fundamentais dos integrantes da geração presente.<sup>145</sup>

Este dever não está apenas previsto de forma expressa no *caput* do artigo 225 da Constituição Federal, mas encontra-se também em normas infraconstitucionais como na Lei da Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei Federal n.º 12.187/2009), que no artigo 3.º, I, prevê o dever de todos atuarem “em

<sup>142</sup> TJSP, 1.ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, AC n.º 9180339-83.2009.8.26.0000, Rel. Des. Aguilar Cortez, j. 28.02.2013, v.u.

<sup>143</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. A constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira, p. 133.

<sup>144</sup> Idem, ibidem, p. 132.

<sup>145</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Deveres fundamentais ambientais: a natureza de direito-dever da norma jusfundamental ambiental, p. 47.

benefício das presentes e futuras gerações, para a redução dos impactos decorrentes das interferências antrópicas sobre o sistema climático”.

Assumimos, ademais, que também deveres fundamentais associados compreendem ações negativas, no caso do meio ambiente, a ação negativa à eliminação de certas posições jurídicas, conquistadas por meio desses deveres associados.

Assumimos também que os deveres fundamentais ambientais *prima facie* dependem de previsão legislativa para se tornarem efetivas fontes de obrigações, pela criação de esquemas organizatórios, procedimentais e processuais.<sup>146</sup> Isso ocorre igualmente com os demais deveres fundamentais previstos na Constituição Federal, que possuem baixa densidade normativa. O próprio artigo 5.º, § 1.º, da Constituição Federal atribuiu aplicação imediata apenas às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, e não aos deveres fundamentais.<sup>147</sup>

Com razão, deveres fundamentais *prima facie* de defesa e proteção do meio ambiente dependem de estruturação normativa para plena aplicação, pois seu conteúdo é bastante genérico.

Nesse sentido, DIMITRI DIMOULIS e de LEONARDO MARTINS<sup>148</sup> assinalam que nos deveres difusos é imprescindível a regulamentação infraconstitucional, que permite concretizar o dever, transformando-o em difuso, individual ou transindividual, e sem a qual a norma constitucional permanece normativamente inoperante para os indivíduos.

Ambas as constatações são de grande valia para justificar o porquê de a proibição do retrocesso não se vincular apenas aos direitos fundamentais, mas também aos deveres, como deixaremos claro na Parte II deste trabalho.

---

<sup>146</sup> Nesse sentido: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 160; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 535; NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos; BANDIERI, Luis María. *Derechos fundamentales ¿Y deberes fundamentales?*, p. 231.

<sup>147</sup> A respeito do assunto veja DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Deveres fundamentais, p. 325-345.

<sup>148</sup> Idem, ibidem, p. 33.

## Capítulo 2

### RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NORMA AMBIENTAL FUNDAMENTAL

Na medida em que a proibição do retrocesso impede a pura e simples supressão ou a desproporcional restrição de garantias alcançadas em sede infraconstitucional, decorrentes de direitos e deveres fundamentais, torna-se pertinente a este trabalho examinar a possibilidade de direitos e deveres fundamentais serem restringidos, os limites em que tal restrição pode ocorrer e todas as premissas a ela inerentes. É o que nos propomos a fazer nos itens seguintes.

#### 2.1 A possibilidade de restringir todos os direitos fundamentais

Assumimos para fins deste estudo, diante da necessidade de manter a pertinência temática, que restrição a bens e direitos fundamentais pode resultar de duas principais situações:<sup>149</sup> **(a)** da intervenção legislativa,<sup>150</sup> sempre que lei restrinja direitos e deveres fundamentais; e **(b)** da colisão ou conflito de direitos fundamentais, isto é, sempre que dois valores ou bens forem simultaneamente protegidos pela Constituição de formas opostas em determinada situação

---

<sup>149</sup> A doutrina distingue restrições legislativas de colisões, concorrência de direitos e da renúncia a direitos fundamentais ou de sua autolimitação por vontade exclusiva do titular. Neste estudo não trataremos de todas essas hipóteses porque nem todas influenciam o trabalho a que nos propomos desenvolver. De toda forma, a respeito dos temas vide ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 308 e ss.; ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 125 e ss.; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, p. 211 e ss.

<sup>150</sup> A Constituição da República portuguesa contém dispositivo que expressamente orienta as restrições legislativas a direitos fundamentais. O artigo 18.º, n.ºs 2 e 3 da Constituição da República portuguesa prevê que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” e “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

concreta.<sup>151</sup> A colisão é verificada principalmente na atividade jurisprudencial, e para JORGE REIS NOVAIS<sup>152</sup> só se manifesta verdadeiramente quando, para satisfazer pretensão de direito fundamental a que está vinculado, o Estado se vir impossibilitado de atender a outra pretensão à qual está igualmente vinculado, ainda que tenha que justificar a razão de ter ponderado dever constitucional com dever ordinário.

Pertinente esclarecer, desde já, que partimos de uma teoria ampla do suporte fático,<sup>153</sup> o que significa que **(a)** no âmbito de proteção de cada princípio de direito e dever fundamental encontra-se tudo o que possa atuar em seu favor e está *prima facie* por ele protegido. Isto certamente aumenta a colisão entre os direitos e deveres fundamentais; e **(b)** também as intervenções em direitos e deveres fundamentais devem ser tratadas de forma ampla. Por isso, assumimos que toda regulamentação é, ao mesmo tempo, uma restrição e esta também é uma regulamentação. Regulamentar um direito ou dever implica dele excluir certas possibilidades, após, entre outras premissas, a devida ponderação e justificação. Daí por que regulamentar é também restringir. Por outro lado, restringir um direito ou um dever é igualmente forma de garantir a plena convivência entre ele e os demais direitos e deveres fundamentais que com ele colidem, e tal restrição deve sempre ser proporcional e precedida de fundamentação. Assim, restringir é, também, regulamentar.<sup>154</sup>

Feitos esses esclarecimentos, tem-se que a necessidade de convivência social e a constante mutação dos valores e interesses sociais, econômicos e culturais, entre outros, apontam à possibilidade ou necessidade de os direitos fundamentais – e incluímos aí os deveres – cederem em certas situações, em que direitos, deveres e bens conflitantes e igualmente protegidos mereçam sobrepor-

---

<sup>151</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 300 e ss.

<sup>152</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, p. 623.

<sup>153</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 321 e ss.; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 40.

<sup>154</sup> Conforme ALEXY, Robert. *Ibidem*, p. 323 e ss.; SILVA, Virgílio Afonso da. *Ibidem*, p. 42.

se.<sup>155</sup> É essa, aliás, a condição inerente à concepção dos direitos e deveres fundamentais “em si” como princípios, isto é, como mandamentos de otimização realizados na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso.

Como posições definitivas (*regras*) são aplicadas ao modo *tudo ou nada*, não são mandamentos de otimização, tampouco devem ser aplicadas na maior medida possível – ou valem ou não valem –, não dão margem a faculdades e, portanto, outras normas que excluam as previsões constantes das posições definitivas não restringem o direito, pois não há o que restringir, apenas violam-no.<sup>156</sup> Logo, *normas de direitos fundamentais concebidas sob a forma de regras não são passíveis de restrição*.

Conclusão diversa é apresentada, já se viu, se se examinam as normas de direitos fundamentais como princípios, isto é, como posições *prima facie*. No direito fundamental *prima facie* sempre haverá margem à restrição, na medida em que ele é aplicado na maior medida possível, e daí, naturalmente, decorre um “excedente”, que pode ser ponderado.<sup>157</sup> Ou seja, *direitos fundamentais que se manifestam sob a forma de princípios e os bens por eles protegidos comportam restrições*.

Assim idealizados, os direitos ou deveres fundamentais em si não são absolutos nem ilimitados e essa é premissa primordial para que direitos e deveres fundamentais sejam protegidos, sem prejuízo da tutela dos direitos, deveres e necessidades coletivos adequados ao pleno funcionamento de um Estado Social e Democrático de Direito.<sup>158</sup>

---

<sup>155</sup> A esse respeito vide como exemplo NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 569, e ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 265 e ss.

<sup>156</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 279.

<sup>157</sup> Idem, ibidem, p. 279-280.

<sup>158</sup> Nesse sentido NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 602.

JORGE REIS NOVAIS<sup>159</sup> assume a existência de uma *reserva geral imanente*<sup>160</sup> de ponderação e restringibilidade dos direitos fundamentais, segundo a qual, independentemente da forma e força constitucional garantidas aos direitos fundamentais, podem eles ceder perante maior força e peso ainda que de hierarquia infraconstitucional.<sup>161</sup>

Para analisar a restrição de direitos fundamentais, o autor se vale da distinção entre regras e princípios sob a perspectiva de que a aplicação de princípios depende de juízo de ponderação e interesses associados e a aplicação de regras é meramente subsuntiva, ainda que se faça necessário o trabalho de esmiuçar cláusulas gerais e conceitos indeterminados.<sup>162</sup> JORGE REIS NOVAIS bem pontua que o processo de consagração das regras constitucionais é naturalmente precedido pela ponderação de todos os diferentes fatores que norteiam o assunto a ser disciplinado. Assim, direitos fundamentais quando se manifestam sob a estrutura de regra são rígidos, definitivos, porque o legislador já realizou a prévia *ponderação* de todos os princípios e elementos que norteiam o assunto, optando por conferir-lhe uma natureza fechada.

O raciocínio é esclarecido com um exemplo: quando o legislador constituinte decidiu proibir a pena de morte, no caso brasileiro, salvo em caso de guerra declarada (artigo 5.º, XLVII), passou pelas exigências do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pela ressocialização dos delinquentes, dos efeitos das penas e da função pedagógica do Estado à prevenção da criminalidade, tudo ponderado para, ao final, optar pela proibição e consagrar a garantia do direito à vida, na qualidade de direito fundamental, por norma definitiva. A regra é definitiva sob o aspecto ora analisado, porque em seu processo de formação o legislador já

---

<sup>159</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*: trunfos contra a maioria, p. 49-50.

<sup>160</sup> O autor anota que a ideia de reserva geral imanente não deve, sob hipótese alguma, confundir-se com o conceito de limites imanentes da teoria interna de restrição de direitos fundamentais abordada mais adiante (Idem, ibidem, p. 50).

<sup>161</sup> Contrário a tal ideia posiciona-se ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 282 e ss.

<sup>162</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 576 e ss.

considerou tudo o que deveria, não deixando margem para novos sopesamentos e valorações, atividades inerentes à restrição, como ocorre com os princípios.<sup>163</sup>

São majoritariamente duas as correntes que pretendem justificar a restrição a direitos fundamentais: a teoria externa e a teoria interna. Para a primeira, há o direito em si e sua restrição, ou seja, o que resta do direito após restringido. Para a segunda teoria, não há o direito e a restrição, mas tão somente o direito com determinado conteúdo e seus limites previstos pela própria Constituição.<sup>164</sup> Neste último caso, os limites (restrições) seriam estabelecidos pelo próprio constituinte e decorreriam da descrição daquilo que já está previsto e protegido no texto constitucional (limites imanentes).<sup>165</sup>

A concepção de direitos fundamentais como princípios ou como regras é condição para acolher ou refutar as teorias. A teoria externa vale para os direitos fundamentais como direitos *prima facie*. A teoria interna, para os direitos fundamentais como mandamentos definitivos.<sup>166</sup>

<sup>163</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 577 e ss.

<sup>164</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 277.

<sup>165</sup> Idem, *ibidem*, p. 287.

José Carlos Vieira de Andrade defende que os direitos fundamentais têm seus limites imanentes. Para o autor, tais limites seriam limites intrínsecos da definição constitucional em uma dupla forma: (a) limites do objeto, que indicam o âmbito ou o domínio abrangido do direito, apontando os limites do bem jurídico a proteger ou da parcela de realidade incluída na hipótese normativa (a expressão, a imprensa, o domicílio, a fé religiosa, a família, a propriedade, a profissão). Tais limites decorrem da interpretação dos preceitos constitucionais e estão, portanto, previstos na Constituição; e (b) limites de conteúdo (sentido jurídico dos limites intrínsecos), delimitando o conteúdo a ser protegido. De acordo com Vieira de Andrade, tais limites podem ser expressamente formulados no texto constitucional, no próprio preceito relativo ao direito fundamental, mas também em preceitos previstos em outros trechos da Constituição. Os efeitos limitadores de um direito (limites de conteúdo) podem estar previstos em deveres fundamentais constitucionais dirigidos a certos direitos.

Sustenta esse autor, assim, que devem ser considerados os limites imanentes implícitos nos direitos fundamentais “sempre que (e apenas quando) se possa afirmar, com segurança e em termos absolutos, que não é pensável em caso algum que a Constituição, ao proteger especificamente um certo bem através da concessão e garantia de um direito, possa estar a dar cobertura a determinadas situações ou formas do seu exercício; sempre que, pelo contrário, deva concluir-se que a Constituição as exclui sem condições nem reservas”. Para ele, as restrições decorreriam, assim, do próprio texto constitucional e da necessidade de sua interpretação (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 273 e ss.).

<sup>166</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 279.

A partir da teoria externa, ALEXY define as restrições a direitos fundamentais como *normas* (regras ou princípios) *compatíveis com a Constituição* – se não forem compatíveis com a Constituição, fala-se em inconstitucionalidade e em intervenção –, de *hierarquia constitucional* ou *infraconstitucional*, esta desde que a restrição esteja prevista na Constituição, que restringem os bens protegidos por direitos fundamentais, como liberdades, situações e posições de direito ordinário e as *posições prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais.<sup>167</sup>

Justificada a possibilidade de direitos e deveres fundamentais serem restringidos, sob as premissas adotadas neste trabalho, deve-se avaliar em que circunstâncias a restrição a bens, direitos e deveres fundamentais será legítima.

Pois bem. A restrição constitucional a direitos fundamentais depende do teste positivo da regra da proporcionalidade compreendida por suas três máximas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e, logicamente, da devida justificação da restrição.

Em síntese de tudo quanto aqui abordado, tem-se que, assumida a estrutura principiológica do direito e do dever fundamental ao meio ambiente, admite-se sua restrição, desde que observada a regra da proporcionalidade em todas as suas máximas e a restrição esteja devidamente justificada.

## **2.2 Razoabilidade, proporcionalidade e ponderação**

### *2.2.1 A necessidade de esclarecer questões terminológicas*

Razoabilidade e proporcionalidade não se confundem, muito embora doutrina<sup>168</sup> e jurisprudência<sup>169</sup> façam, por vezes, referência indistinta aos conceitos.

---

<sup>167</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 281 e ss.

<sup>168</sup> Quanto à fungibilidade dos conceitos vide BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 224; e BARROS,

A doutrina diverge acerca da origem da *razoabilidade*. Discute-se se origem e desenvolvimento estariam atrelados à garantia do devido processo legal, com matriz que remonta à Carta Magna de 1215 com a cláusula *law of the land*,<sup>170</sup> ou se seriam o *princípio da irrazoabilidade*,<sup>171</sup> tratado em decisão judicial inglesa de 1948, conhecida como *teste Wednesbury*,<sup>172</sup> da qual se extrai a “fórmula” de que, “se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir”.<sup>173</sup>

Independentemente de sua real origem, como de forma pertinente pontua LUÍS ROBERTO BARROSO,<sup>174</sup> a razoabilidade é mais fácil de sentir do que de explicar. Não se pode negar, contudo, que sempre esbarra no exame de normalidade das questões que circundam o caso, no senso comum e até na ideia de justiça.

ÁVILA<sup>175</sup> sugere que a razoabilidade pode atuar de três diferentes formas: **(a)** como *equidade*, exigindo a harmonização da norma geral com o caso individual.

---

Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 57.

<sup>169</sup> Vejam-se como exemplo: STJ, 5.<sup>a</sup> T., HC 205033/SP, Rel. Min. Marilza Maynard (Des. Convocada do TJSE), j. 05.03.2013, v.u.; STJ, 2.<sup>a</sup> T., AgRg no AREsp 162711/RJ, Rel. Min. Castro Meira, j. 26.02.2013, v.u.; e STJ, 2.<sup>a</sup> T., AgRg no AREsp 248760/RN, Rel. Min. Humberto Martins, j. 26.02.2013, v.u.

<sup>170</sup> Posiciona-se favoravelmente a essa corrente BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, p. 218 e ss.

<sup>171</sup> Acerca do princípio da irrazoabilidade vide: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: ———; GRAU, Eros Roberto (Org.). *Direito constitucional*: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 268-283. p. 283.

<sup>172</sup> Favorável a essa corrente: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 29, 2002. A respeito da origem da proporcionalidade vide também PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*: el principio proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007. p. 47 e ss.

<sup>173</sup> Conforme SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, p. 29. Nesse sentido, vide também STJ, 1.<sup>a</sup> T., REsp 443310/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.10.2003, v.u., no qual ficou registrado que “a razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. Razoável é conceito que se infere a *contrario sensu*; vale dizer, escapa à razoabilidade ‘aquilo que não pode ser’”.

<sup>174</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, p. 224.

<sup>175</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 94 e ss. Muito embora para Ávila razoabilidade e proporcionalidade sejam espécies de postulados, e não de regras, as conclusões que tece sobre a exteriorização dos institutos não contraria a *Teoria*

Deve-se considerar como razoável aquilo que normalmente ocorre em cada circunstância; **(b)** como *congruência*, demandando a harmonização das normas com questões externas, isto é, com o que de fato ocorre na realidade daquele caso; e **(c)** como *equivalência*, hipótese em que sugere haver correspondência, “relação de igualdade”, entre a medida adotada e os critérios que a dimensionam (equivalência entre duas grandezas).

A *proporcionalidade*, por sua vez, é a regra denominada de *restrição das restrições*<sup>176</sup> dos direitos fundamentais. Tem origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, que a reconhece como oriunda da própria essência dos direitos fundamentais e com suas três máximas parciais subsidiariamente aplicadas a cada caso: *adequação*, *necessidade* (mandamento do meio menos gravoso) e *proporcionalidade em sentido estrito* (mandamento do sopesamento).<sup>177</sup>

A proporcionalidade como aqui defendemos, com as suas três máximas parciais, é denominada por LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>178</sup> de *razoabilidade interna*.

A proporcionalidade é comumente tratada como princípio pela doutrina<sup>179</sup> e jurisprudência,<sup>180</sup> sem que, para tanto, doutrina e jurisprudência atenham-se ao rigor de quaisquer das teorias até aqui apresentadas acerca da classificação de normas.<sup>181</sup> Como pondera VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA,<sup>182</sup> parece valer mais a carga

---

*dos direitos fundamentais* de Alexy, à qual nos filiamos. Daí por que também em outros trechos deste estudo os ensinamentos de Ávila, quando considerados pertinentes e não contraditórios com o que aqui se defende, serão invocados.

<sup>176</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, p. 24.

<sup>177</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 116 e ss.; SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, p. 30.

<sup>178</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 245. Superado o teste da razoabilidade interna, Luís Roberto Barroso sustenta que se deve passar ao exame da razoabilidade externa, isto é, verificar se o meio empregado e o fim visado são compatíveis com os valores constitucionais.

<sup>179</sup> É o que fazem BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*, p. 218 e ss.; e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1297.

<sup>180</sup> Entre tantos outros, vide STJ, 4.<sup>a</sup> T., AgRg no AREsp 117092/RJ, Rel. Min Maria Isabel Galloti, j. 26.02.2013, v.u.; STJ, 1.<sup>a</sup> T., AgRg no AREsp 199499/MS, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 26.02.2013, v.u.

<sup>181</sup> Vide item 1.2 deste trabalho.

<sup>182</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, p. 26.

semântica do conceito *princípio* para conferir à proporcionalidade posição de relevo, do que as teorias das regras e dos princípios.

Proporcionalidade não se encaixa na acepção de princípio de ALEXY, porque **(a)** não é mandamento de otimização, aplicando-se em variadas medidas; e **(b)** não entra em conflito e é sopesado contra outros princípios. A proporcionalidade e suas correspondentes máximas são regras, ou seja, “enunciados jurídicos passíveis de subsunção”.<sup>183</sup>

Corriqueiramente, a proporcionalidade é utilizada como sinônimo de proibição do excesso<sup>184</sup> ou de proibição da insuficiência, o que também revela o equívoco conceitual. Ambas podem ser entendidas como modalidades de manifestação da proporcionalidade, mas não como a regra em si.

Feita a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade, convém tratar da ponderação.

*Ponderar bens* é “atribuir pesos a *elementos* que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento”.<sup>185</sup> *Ponderar princípios* é *sopesar* princípios conflitantes para se decidir qual o de maior valor e peso no caso concreto, de forma a se encontrar uma solução justa.<sup>186</sup> A ponderação ou balanceamento<sup>187</sup> é, portanto, o método de solução de conflitos de princípios.

Os elementos da ponderação são *bens jurídicos, interesses e valores*. Os primeiros são situações, estados ou propriedades fundamentais à ascensão dos

---

<sup>183</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 117, nota de rodapé 84.

<sup>184</sup> Assim o faz CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 266 e ss. e 1298.

<sup>185</sup> A lição é de ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 86, com o nosso destaque.

<sup>186</sup> Conforme CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1241.

<sup>187</sup> Idem, ibidem, p. 1236.

princípios.<sup>188</sup> Os segundos são os próprios bens jurídicos em sua relação com um sujeito que os invoca.<sup>189</sup> Os terceiros são os aspectos axiológicos dos princípios, o que os qualifica como dignos de serem perquiridos, protegidos e promovidos.

Ponderar bens ou princípios nada mais é, portanto, do que realizar o exercício da terceira máxima parcial da regra da proporcionalidade: a proporcionalidade em sentido estrito.

Tomando-se em consideração tais premissas, ÁVILA sustenta que a razoabilidade poderia integrar o exame da máxima parcial da *proporcionalidade em sentido estrito*, “se esta compreender a ponderação dos vários interesses em conflito, inclusive dos interesses pessoais dos titulares dos direitos restringidos”.<sup>190</sup> A razoabilidade, contudo, jamais poderia integrar o exame da primeira máxima da proporcionalidade (adequação), porquanto não promoveria uma relação de causalidade entre meio e fim.

Em sentido diverso, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA<sup>191</sup> sugere que a regra da razoabilidade poderia confundir-se apenas com a primeira máxima da proporcionalidade, isto é, apenas com a adequação, por promover uma relação entre meios e fins. A nosso ver, essa análise parece mais adequada.

Quanto à razoabilidade, proporcionalidade e ponderação, podemos concluir que:

**(a)** razoabilidade, proporcionalidade e ponderação não são sinônimos;

**(b)** razoabilidade, proporcionalidade e ponderação são regras;

---

<sup>188</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 87. Aqui podemos assumir princípios em sua acepção utilizada neste trabalho, isto é, conforme a teoria de Alexy.

<sup>189</sup> Idem, *ibidem*, p. 87.

<sup>190</sup> Idem, p. 103.

<sup>191</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, p. 32-33.

- (c) a regra da proporcionalidade orienta a restrição a direitos fundamentais;
- (d) ainda que a Constituição Federal não acolha expressamente a proporcionalidade, assume-se que a regra decorre da própria estrutura dos direitos fundamentais e, por consequência, está amparada pelo artigo 5.º, § 2.º, da Constituição Federal; e
- (e) a proporcionalidade parte de critérios mais rigorosos do que o faz a razoabilidade.<sup>192</sup>

Convém entender, então, o que exatamente expressa cada uma dessas máximas parciais da proporcionalidade e como podem elas solucionar casos de restrição de direitos fundamentais.

### 2.2.2 O exame das máximas parciais da regra da proporcionalidade

As máximas da proporcionalidade são aplicadas de forma subsidiária, na seguinte ordem: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Isto significa que se passa à análise da máxima seguinte tão somente se positivo o teste da máxima anterior.

Ademais, as regras da adequação e da necessidade relacionam-se às possibilidades fáticas da restrição. Já a regra da proporcionalidade em sentido estrito refere-se às suas possibilidades jurídicas.<sup>193</sup>

<sup>192</sup> Com entendimento diverso QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 46; e Celso Antônio Bandeira de Mello que vê a proporcionalidade como faceta da razoabilidade, isto é, como um aspecto específico da razoabilidade (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 99-100 e 382).

<sup>193</sup> ALEX, Robert. La fórmula del peso. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 17.

### 2.2.2.1 Adequação

Adequado é o meio que promove, fomenta o fim, ainda que não seja ele integralmente concretizado.<sup>194</sup>

Sob pena de violar a independência dos poderes e a liberdade de conformação do legislador, a depender de cada caso, para passar no teste da adequação, basta que o meio leve ao fim, promova-o ou fomenta-o, independentemente de sua intensidade, qualidade ou certeza, isto é, de satisfazer mais ou melhor ou com mais certeza o fim. Será adequado se devidamente justificado, diante das circunstâncias existentes.<sup>195</sup>

### 2.2.2.2 Necessidade

Necessária é a medida que restringe um direito fundamental se o fim que se busca não pode ser atingido por outra medida que, em menor intensidade, limite o direito fundamental. Assim, enquanto adequação parte de um exame absoluto, a necessidade adota a comparação como premissa.<sup>196</sup>

Ocorre que podem surgir situações em que o meio que menos restringe o direito fundamental não é o meio que obrigatoriamente satisfaz mais ou melhor ou com mais certeza o fim. Ou seja, certamente haverá casos em que, o meio que melhor promove o fim (mais adequado), restringe mais um direito (menos necessário), e um meio que menos promove o fim, restringe menos o direito. A solução do caso recairá, então, sobre a ponderação entre o grau de promoção do fim e o grau de restrição do direito fundamental<sup>197</sup> e aqui também, desde que devidamente justificada a decisão, se deve deferência à escolha feita pelo legislador.

---

<sup>194</sup> Conforme SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, p. 36.

<sup>195</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 109 e ss.

<sup>196</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, p. 38.

<sup>197</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 116 e ss.

### 2.2.2.3 *Proporcionalidade em sentido estrito*

No exame da proporcionalidade em sentido estrito devem ser comparadas (sopesada) a importância e a relevância do fim e a intensidade com que se restringem os direitos fundamentais. Como ensina VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA:

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.<sup>198</sup>

A proporcionalidade em sentido estrito se expressa em duas leis. A primeira prevê que, “quanto maior for o grau de não satisfação ou restrição de um dos princípios, tanto maior deverá ser o grau de importância de satisfação do outro”.<sup>199</sup> A segunda estabelece que, “quanto maior for uma intervenção em um direito fundamental, tanto maior deverá ser a certeza das premissas que fundamentam a intervenção”.<sup>200</sup>

O cumprimento das leis da ponderação depende da rigorosa observância de três etapas: **(a)** definição do grau de não satisfação de um dos princípios colidentes; **(b)** importância da satisfação do princípio contrário (favorecido); e **(c)** definição da importância da satisfação do princípio contrário justificar a restrição ou não satisfação do outro.<sup>201</sup>

Muito embora não faltem manifestações em sentido diverso,<sup>202</sup> para ALEXY a ponderação principiológica não será arbitrária ou irreflexiva, isto é, apenas

<sup>198</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, p. 41. Grifos nossos.

<sup>199</sup> ALEXY, Robert. La fórmula del peso, p. 18. Tradução livre.

<sup>200</sup> Idem, ibidem, p. 44. Tradução livre.

<sup>201</sup> Idem, p. 18.

<sup>202</sup> A respeito das críticas acerca da proporcionalidade em sentido estrito como método de controle para a restrição de direitos fundamentais e solução de colisões pelo Judiciário, veja HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de

carregada de subjetividade, se respeitadas certas fórmulas matemáticas para justificar a racionalidade do peso concreto atribuído a cada princípio.<sup>203</sup> Uma das alternativas para tanto seria formar uma escala com graus leves, médios e altos de intensidade<sup>204</sup> para avaliar o grau de não satisfação e o grau de intervenção em um princípio e a importância de satisfação do outro.<sup>205</sup> Se o grau de restrição de um direito é alto ou médio, mas o grau de importância da realização do direito contrário é leve, a medida será desproporcional.

A validade da ponderação depende da coerência e exige que seja ela feita, na medida do possível, de forma racional. Como visto, ALEXY demonstra que certos critérios podem ser invocados para tanto e propõe a adoção de determinadas fórmulas matemáticas, comentadas e aprimoradas por PULIDO,<sup>206</sup> para que se chegue a uma decisão racional sobre o peso concreto dos princípios. Entretanto, ainda que se entenda que fórmulas matemáticas possam apontar para a

---

teoría del discurso. Tradução de M. Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998; PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 800 e ss.; e DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 168 e ss. Dimoulis e Martins sustentam que se valer da proporcionalidade em sentido estrito para controle de constitucionalidade das leis nada mais seria do que recorrer a referências genéricas e ideias como harmonização e balanceamento, que abrigam todas as formas possíveis de subjetivismo e, em última instância, autorizam o Judiciário a indevidamente interferir na discricionariedade e competência do legislador. Para os juristas, a proporcionalidade em sentido estrito não passa de uma busca idealista de equilíbrio entre direitos, que não pode ser racionalmente definido. Além disso, os juristas defendem que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro permite que todo juiz deixe de aplicar normas por entendê-las inconstitucionais (controle difuso de constitucionalidade), diferentemente do que ocorre em países como a Alemanha, em que a declaração de inconstitucionalidade de lei concentra-se tão somente no Tribunal Constitucional. O uso da proporcionalidade em sentido estrito no sistema brasileiro seria, então, vetor da insegurança jurídica. Por isso, concluem os juristas que “faz parte da competência exclusiva do legislador decidir em favor deste ou daquele valor, não cabendo ao aplicador do direito legislado decidir de maneira diferente. Se o fundamento da proporcionalidade em sentido amplo não é o princípio do Estado de direito, mas sim o vínculo do legislador aos direitos fundamentais, a exclusão da proporcionalidade em sentido estrito encontra respaldo no princípio do Estado de direito (império da lei), assim como no princípio democrático e no princípio democrático-funcional” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 177-178).

<sup>203</sup> ALEXY, Robert. La fórmula del peso. Vide também PULIDO, Carlos Bernal. The Rationality of Balancing, p. 4-5. Disponível em: <[http://www.upf.edu/filosofiadeldret/\\_pdf/bernal\\_rationality\\_of\\_balancing.pdf](http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bernal_rationality_of_balancing.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2013.

<sup>204</sup> ALEXY, Robert. Ibidem, p. 19 e ss.

<sup>205</sup> Idem, ibidem, p. 26.

<sup>206</sup> PULIDO, Carlos Bernal. The Rationality of Balancing, p. 4-5. Pulido critica o recurso da proporcionalidade em sentido estrito em dadas situações, mas ao mesmo tempo assume-o como melhor método de solução em outros. O aprofundamento do tema é abordado em PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 70 e ss.

possibilidade de o sopesamento dos princípios ser feito de forma racional, há limites até para a racionalidade que não isentam a proporcionalidade em sentido estrito de certa subjetividade.<sup>207</sup>

De fato, como é nessa fase que também serão considerados os pesos abstratos de cada direito, que, por sua vez, contribuem para a definição de seu peso concreto, e aqueles dependem das convicções particulares, não há como negar que ainda que o “cálculo do peso concreto dos princípios” possa ser realizado de forma minimamente racional, o resultado geral da fórmula se expresse com certa subjetividade. Há modos de diminuir a arbitrariedade do exercício de ponderação.<sup>208</sup> Não há, contudo, como ignorar que a subjetividade desempenhe seu papel nessa fase da regra da proporcionalidade.

Isto, entretanto, não invalida a regra da proporcionalidade em sentido estrito também como método de controle de constitucionalidade das leis. Em primeiro lugar, porque não há método de interpretação ou aplicação de leis que não seja minimamente dotado de subjetividade. Não há no direito uma única resposta para cada um dos problemas de interpretação e aplicação de leis e não há um método que permita definir qual é a única solução “correta” para o caso.<sup>209</sup> Também a subsunção se envolve nessa problemática, porque “a própria fundamentação das premissas [que levarão à conclusão] e a interpretação dos termos nela contidos não são um processo lógico”.<sup>210</sup>

Assim, ainda que a decisão do juiz seja a que por critérios de competência vinculará aqueles a ela ligados,<sup>211</sup> o próprio juiz deve deferência ao legislador, a

---

<sup>207</sup> Vide PULIDO, Carlos Bernal. *The Rationality of Balancing*, p. 4-5.

<sup>208</sup> ALEXY, Robert. *La fórmula del peso*; PULIDO, Carlos Bernal. *The Rationality of Balancing*, p. 4-5. Vide também SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 147 e ss.

<sup>209</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 390 e ss.; e SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 147. A menção a Kelsen não autoriza concluir que nos filiamos à *Teoria pura do direito*, mas tão somente que consideramos acertada a colocação feita quanto ao assunto ora citado.

<sup>210</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 149. Nesse mesmo sentido, vide PULIDO, Carlos Bernal. *The Rationality of Balancing*, p. 4-5.

<sup>211</sup> Conforme SILVA, Virgílio Afonso da. *Ibidem*, p. 147. Ver também *Teoria pura do direito*, p. 390 e ss.

quem foi conferido o poder originário para legislar e que pode, na maior medida, valer-se da discricionariedade (subjetividade) para encontrar as decisões que julgar mais apropriadas para cada caso.<sup>212</sup>

O magistrado deve considerar que seu poder de controlar a constitucionalidade do ato do legislativo pode, em última instância, significar a indevida intervenção em ato que não é de sua competência originária. Deve buscar, portanto, respeitar a decisão política do legislador, adotando como critério de decisão a coerência da justificativa da restrição proposta pelo legislador.

Em suma, sem que sejamos ingênuos a ponto de admitir a existência de uma hiperracionalidade,<sup>213</sup> o controle de constitucionalidade de uma lei pelo Judiciário deve ser dotado do menor grau de subjetividade possível, reconhecendo-se e respeitando-se a vontade política e de conformação que é constitucionalmente garantida ao legislador.

Essa conclusão está embasada no *princípio formal*<sup>214</sup> de que compete ao legislador adotar escolhas sobre a regulação da sociedade e, por isso, as normas que foram por ele criadas – autoridade legitimada – devem ser respeitadas.<sup>215</sup>

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA<sup>216</sup> explica que, se os princípios substanciais (ou materiais) de direito fundamental – no caso deste estudo o próprio direito ao meio ambiente – têm a função de limitar a liberdade do legislador, o princípio formal, como o da competência do legislador, desempenha justamente a função contrária, assegurando o respeito a essa liberdade mesmo quando existam direitos

---

<sup>212</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 216.

<sup>213</sup> Falam dessa ingenuidade e na hiperracionalidade PULIDO, Carlos Bernal. *The Rationality of Balancing*; e SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 147 e ss.

<sup>214</sup> Recorde-se que os princípios formais para Alexy são os princípios que “estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. [...] Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 105).

<sup>215</sup> Idem, *ibidem*, p. 138.

<sup>216</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. 3.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 150.

fundamentais envolvidos no caso. E é essa a razão para que os direitos fundamentais, como limites à competência do legislador, não anulem a própria competência decisória.<sup>217</sup>

O princípio formal da competência decisória do legislador é, portanto, o fundamento para que o Judiciário reconheça a discricionariedade do legislador. Ao lado de outros princípios substanciais, como o direito ao meio ambiente, o princípio formal integra o sopesamento e deve ser, tal qual os demais, realizado na máxima medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso.<sup>218</sup>

Logicamente, isso não significa que pode ser conferido um peso desproporcional à competência do legislador em detrimento da proteção do direito fundamental substancial,<sup>219</sup> mas tão somente que esse princípio formal desempenha seu papel no controle de constitucionalidade de uma lei realizado pelo Judiciário.

Voltaremos a essa análise mais adiante.<sup>220</sup> Por ora, de acordo com o que foi aqui demonstrado, deve-se registrar que, sendo positivo o teste da proporcionalidade em sentido estrito (após o teste da adequação e da necessidade), estará preservado o conteúdo do direito fundamental e legitimada a restrição pelo legislador.

### **2.3 A regra da proporcionalidade como método para justificar intervenções no direito fundamental ambiental**

Partindo da premissa já exposta acima de que toda atividade de regulamentação é uma restrição e, portanto, todos os direitos fundamentais são restringíveis,<sup>221</sup> quando o legislador decide regulamentar o direito fundamental à

---

<sup>217</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 152.

<sup>218</sup> Idem, *ibidem*, p. 149.

<sup>219</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 332.

<sup>220</sup> Itens 2.3 e Capítulo 4 deste estudo.

<sup>221</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 246.

integridade do meio ambiente e os deveres a ele associados e que são, como já se deixou claro, direito e deveres *prima facie*, ele deverá levar em conta todos os direitos, deveres e bens com eles colidentes naquela determinada situação e momento, realizando-os na máxima medida possível e dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Como também já se viu, no âmbito da proporcionalidade, as circunstâncias fáticas traduzem-se nas máximas da adequação e da necessidade e as circunstâncias jurídicas manifestam-se pela proporcionalidade em sentido estrito. Todas, como ficará claro a seguir, são pautadas pelas características de determinado momento. Observações às quais nos dedicamos de forma mais profunda a seguir serão úteis para esclarecer esse ponto.

O artigo 225, *caput*, da Constituição Federal prevê que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Por sua vez, o artigo 3.º, I, da Lei Federal n.º 6.938/1981, a partir de uma visão mais ecocêntrica, define meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Da interpretação de ambos os dispositivos decorre que o meio ambiente associa-se à ideia de qualidade de vida (também em todas as suas formas) e possui um aspecto **(a)** natural ou físico, formado pelo solo, água, ar, flora e fauna e pela “interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o meio ambiente físico que ocupam”;<sup>222</sup> **(b)** artificial, constituído pelo espaço urbano e no qual também se insere o meio ambiente do trabalho, no qual devem ser asseguradas condições de salubridade e de segurança; e **(c)** cultural, representado pelo patrimônio histórico, arqueológico,

---

<sup>222</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 21.

artístico, paisagístico, turístico que difere do patrimônio artificial diante do valor especial que adquiriu ou que se impregnou.<sup>223</sup>

Quando o legislador regulamenta o direito fundamental ao meio ambiente, ele pode regulamentá-lo sob o prisma do meio ambiente natural, artificial e/ou cultural. Deve ter em mente, contudo, que nem sempre são idênticas as formas como cada um desses aspectos interage com os demais e com outros direitos fundamentais. Assim, ao final, a regulamentação do direito fundamental ao meio ambiente pode ser não somente um teste de proporcionalidade entre o direito fundamental ao meio ambiente e outros direitos e bens colidentes, mas também entre os próprios aspectos do direito fundamental ao meio ambiente e as características inerentes a cada um deles.

Cada aspecto do meio ambiente é formado por uma série de variáveis que determinam, permite, abrigam e regem a vida em todas as suas formas, mas é sem dúvida o aspecto natural do meio ambiente que oferece o maior desafio à atividade do legislador, diante de toda a complexidade da natureza, da interação do homem com ela e do caráter finito dos recursos naturais.

Por isso, a regulamentação do meio ambiente natural não pode ser feita sem suporte técnico especializado, de modo que a escolha pelo legislador, da medida adequada e necessária deve estar embasada em estudos tecnológicos e científicos associados à biologia, química, geologia e tantas outras disciplinas a serem invocadas conforme o tema que se pretenda disciplinar.

Quando a natureza da regulamentação ambiental puder dispensar os exames científicos, a norma deve então, ao menos, fundar-se em levantamentos empíricos exaustivos (experiências passadas, estatísticas, entre outros). Este seria o caso, por exemplo, da eventual obrigatoriedade de toda indústria criar uma comissão interna de meio ambiente com um técnico especializado em cada assunto (emissões poluentes, uso e riscos de produtos controlados etc.). A exigência que colidiria, entre outros princípios, com a livre-iniciativa poderia ser simplesmente justificada nas

---

<sup>223</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*, p. 21.

hipóteses comprovadas no mundo real, em experiências passadas, avaliadas e vividas no Brasil ou em outros países, nas quais a medida permitiu evitar riscos de saúde e ambientais ou garantiu um maior controle em casos de resposta a acidentes.<sup>224</sup> Por outro lado, os levantamentos empíricos também serviriam para comprovar a inadequação ou desnecessidade de referida exigência, impedindo que ela fosse inserida no sistema ou, em determinado momento, justificando sua retirada dele.

É inquestionável que o avanço científico e técnico, econômico, cultural e social contribui para a escolha das medidas adequadas e necessárias. Inquestionável também que inovações em referidas áreas podem levar à declaração de inadequação ou desnecessidade de certas medidas antes classificadas como adequadas ou necessárias. O que se quer demonstrar é que a regulamentação do meio ambiente, assim como qualquer outra, não pode estar pautada em “achismos”. De um lado, porque a restrição do direito ao meio ambiente sem qualquer embasamento técnico-científico ou ao menos empírico pode, em última instância, levar a danos irreversíveis à natureza. De outro, porque também não se justifica “ampliar” a tutela ambiental em detrimento de outro direito colidente, como o direito de propriedade, no eventual caso da duplicação da extensão das áreas de preservação permanente e dos percentuais de reserva legal, sem que estejam comprovadas a adequação e a necessidade da medida, sob pena de os danos irreparáveis serem sofridos pela restrição deste outro direito. Em ambos os casos estar-se-ia diante de restrições desproporcionais e, portanto, inconstitucionais.

Na medida do possível, a regulamentação do direito fundamental ao meio ambiente deve partir de um consenso entre os níveis de governo e a comunidade científica, considerando, ademais, as políticas públicas já existentes e que se interligam com o tema da regulamentação.

Por vezes e não raro há, no entanto, posições científicas diferentes acerca do mesmo assunto que o legislador pretende disciplinar. Em casos tais e na medida do

---

<sup>224</sup> A respeito do assunto vide: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 200.

possível, a credibilidade das fontes, extensão, neutralidade, autonomia e objetividade das pesquisas<sup>225</sup> devem ser avaliadas pelo legislador. Tais aspectos, é verdade, nem sempre são fáceis de identificação, a ciência dificilmente é absolutamente neutra e todas essas questões tendem a ser examinadas a partir da ótica do legislador. Em tais situações, no entanto, desde que as decisões do legislador estejam devidamente justificadas, a escolha dele por uma ou por outra corrente científica que não possa ser objetivamente declarada parcial ou sem crédito, por exemplo, deverá prevalecer, porquanto não se pode ignorar a liberdade de regulação que lhe é dada e a discricionariedade inerente à função legislativa.

É o legislador que “pode e deve assumir a responsabilidade política de escolher a proteção ou fomento de um interesse (bem jurídico) em detrimento de outro com ele conflitante”.<sup>226</sup> Com razão, deve-se deferência ao legislador, eleito democraticamente, independente (artigo 2.º da Constituição Federal) e que detém competência legislativa originária (artigo 49, XI, da Constituição Federal).

Por outro lado, tratando-se de meio ambiente natural, em caso de completa incerteza científica sobre os riscos que determinada restrição do direito fundamental ao meio ambiente possa causar, em nome da precaução, é recomendável que se adotem posturas mais conservadoras e mesmo que se adie a restrição, conforme as peculiaridades de cada caso.<sup>227</sup> Note-se que a defesa a essa “limitação” ao poder de legislar não se aplica aos casos de controvérsia ou de dúvida do aplicador do direito por impossibilidade objetiva de ele próprio aferir a adequação da medida. Em circunstâncias tais deve-se decidir a favor do legislador, acolhendo sua medida. Tão somente nos casos em que não haja estudo científico ou até empírico capaz de comprovar os efeitos da restrição ao direito fundamental ambiental é que citada

---

<sup>225</sup> LACEY, Hugh. O princípio de precaução e a autonomia da ciência. *Scientiae Studia*, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 379, jul.-set. 2006. Disponível em <www.scielo.br>. Acesso em: 13 fev. 2013.

<sup>226</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 197.

<sup>227</sup> A respeito da precaução e a autonomia da ciência vide LACEY, Hugh. O princípio de precaução e a autonomia da ciência, p. 373-392, 2006. Em sentido contrário, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins defendem que, “em casos de dúvidas ou impossibilidade de constatar objetivamente a adequação da medida, deve ser respeitada a vontade do legislador ordinário, ainda que não seja possível, em razão das circunstâncias, comprovar com certeza científica a adequação: *in dubio pro legislatore*” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 195 e 197).

cautela deve se fazer presente. Ou seja, em termos de meio ambiente, sobretudo natural, a base científica não somente influencia, como é condição para o teste positivo da proporcionalidade e consequente regulamentação do direito.<sup>228</sup>

Ao lado da base científica, toda regulamentação ambiental impõe que se tome em conta um pacto de fundamento metafísico com as gerações futuras, isto é, o sacrifício do viver o presente sem limites para assegurar o futuro. É esta a máxima do *princípio responsabilidade* de HANS JONAS,<sup>229</sup> que, diante dos avanços da ciência e tecnologia, exige que as decisões do legislador, ainda que pautadas pela discricionariedade, levem em conta os riscos futuros que delas decorrem.

Não se pode ignorar, no mais, que o contexto econômico, social, político, cultural, e a própria situação do meio ambiente na época em que determinada norma é editada, pautam – e assim deve ser – a regulamentação do direito fundamental ambiental.

Logo, ao lado da ciência e da responsabilidade, a base histórica e o contexto ambiental, político, econômico, social e cultural influenciam a escolha da medida adequada e necessária para justificar a regulamentação e, portanto, a restrição, ao direito fundamental ao meio ambiente.

Por sua vez, essas mesmas circunstâncias históricas, científicas e tecnológicas podem promover diferenças no resultado do sopesamento dos princípios, isto é, na definição do balanceamento entre a restrição de um direito e promoção de outro (proporcionalidade em sentido estrito), influenciando o peso abstrato de cada princípio (valor abstrato do princípio), que tem participação na

---

<sup>228</sup> Lovelock pondera que as ciências mais jovens e especializadas adotaram uma visão mais estreita da Terra, “de baixo para cima”, reconhecendo “que a vida sobre a Terra afeta o ambiente, bem como se adapta a ele”, mas sem reconhecer na vida e no seu ambiente material um sistema único” e interligado (LOVELOCK, James. *Gaia: cura para um planeta doente*. Tradução de Aleph Teruya Eichemberg e Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 11).

<sup>229</sup> JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto e Editora PUC Rio, 2006. p. 22 e 47.

definição de seu resultado no caso concreto,<sup>230</sup> e logicamente seu próprio peso concreto.

É certo que a definição do peso abstrato de cada princípio é algo bastante subjetivo, vinculado a convicções pessoais, mas, de um modo geral, é possível verificar que a evolução das ciências e da tecnologia, assim como o histórico contexto social e econômico, permitiram à humanidade enxergar o meio ambiente sob outro prisma e com importância abstrata diferente da que lhe foi atribuída décadas atrás. Em certa medida, a revisão do peso abstrato do princípio, que recebeu lugar de maior posto da abstrata hierarquia constitucional, impulsionou a crescente busca por medidas adequadas e necessárias à tutela do meio ambiente. Foi o caso da ainda recente Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei Federal n.º 12.300/2010) após 21 anos de tramitação no Congresso Nacional.

Em suma, o positivo teste da proporcionalidade realizado para regulamentar o direito e o dever *prima facie* ao meio ambiente será o reconhecimento de que aquela medida, naquela intensidade, é a mais adequada para tutela do meio ambiente, diante de todas as possibilidades fáticas e jurídicas existentes em determinado momento.

## **2.4 Os limites e o conteúdo essencial do direito fundamental ambiental**

Todo direito fundamental possui seu conteúdo essencial, e a forma como ele é afetado *aciona* a proibição do retrocesso. Naturalmente, a questão será analisada com vagar e em capítulos próprios na PARTE II. Por ora, é pertinente entender o que é o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e quais os seus limites.

O conteúdo essencial dos direitos fundamentais pode ser inicialmente examinado a partir de uma perspectiva objetiva, na qual se analisa o conteúdo do direito diante de sua importância para a vida social e coletiva e/ou a partir de um enfoque subjetivo, em que o conteúdo do direito depende da proteção de posições

---

<sup>230</sup> Conforme a “fórmula do peso”. Vide ALEXY, Robert. La fórmula del peso; e PULIDO, Carlos Bernal. The Rationality of Balancing.

individuais, que se fazem mais claras em cada caso concreto. Ambas as perspectivas podem ser analisadas de forma complementar, de acordo com a teoria relativa do conteúdo dos direitos fundamentais.<sup>231</sup>

Há dois principais grupos de teorias que tratam do conteúdo essencial dos direitos fundamentais: as teorias absolutas e as teorias relativas. Para as *teorias absolutas*, os direitos fundamentais possuem um núcleo ou conteúdo absoluto, compreendido como seu espaço de maior intensidade valorativa que justifica o próprio direito, e, em hipótese alguma, pode ser atingido, sob pena de este deixar de existir.<sup>232</sup> O núcleo é intocável e, por isso, o direito tem natureza de regra.

Da admissão da existência de um “núcleo duro” decorre, entretanto, o desafio de definir o que o integra e, portanto, o que não pode ser modificado. É aí que surgem, entre os adeptos das *teorias absolutas*, aqueles que sustentam ser tal núcleo imutável no tempo, espaço e situações (*teoria absoluta estática*) e os que sustentam ser tal conteúdo intransponível em qualquer situação, modificável, contudo, com a passagem do tempo, alteração do espaço e das situações (*teorias absolutas dinâmicas*).<sup>233</sup>

Se, por um lado, as teorias absolutas admitem a estaticidade do conteúdo essencial, por outro, reconhecem que o conteúdo restante do direito é dinâmico; e, se a teoria absoluta estática assume que sempre uma parte do direito fundamental é estática, esta é proporcionalmente menor do que sua porção dinâmica. É VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA quem com mais clareza apresenta essa perspectiva das teorias absolutas.<sup>234</sup>

---

<sup>231</sup> Acerca do enfoque objetivo e subjetivo do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e de sua complementaridade, veja SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 185/187.

<sup>232</sup> Vide ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 284 e ss.; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v. 4, p. 341 e ss.; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 187 e ss.

<sup>233</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Ibidem*, p. 188 e ss.

<sup>234</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 190-191.

No entendimento de VIEIRA DE ANDRADE, a dignidade humana é comum a todos os direitos fundamentais e, quanto a eles, atua como limite absoluto. Para o jurista português,

[...] a dignidade do homem livre constitui [...] a base dos direitos fundamentais e o princípio da sua unidade material. Se a existência de outros princípios ou valores (inegável numa constituição particularmente marcada por preocupações de caráter social) justifica que os direitos possam ser restringidos (ou os limita logo no plano constitucional), a ideia do homem como ser digno e livre, que está na base dos direitos que constitui, muito especialmente, a essência dos direitos, liberdades e garantias, tem de ser vista como um *limite absoluto* a esse poder de restrição.<sup>235</sup>

Portanto, de acordo com VIEIRA DE ANDRADE, nenhuma restrição a direito fundamental poderia afetar a dignidade humana e, mesmo

[...] quando se tenha que admitir a “anulação” do direito subjectivo de certos indivíduos em determinadas circunstâncias [como na pena privativa de liberdade], nunca essa restrição poderá ser absoluta: não poderá ser ilimitada no tempo, nem poderá abranger todos ou a generalidade dos domínios da vida desses indivíduos.<sup>236</sup>

Assumir a premissa de que a dignidade seria um limite absoluto a todo direito fundamental é admitir que, ao final, apenas a dignidade humana possuiria limites de restrição. Como bem pondera VIRGILIO AFONSO DA SILVA, seria reconhecer que apenas a dignidade possui um conteúdo absoluto e os demais direitos fundamentais teriam conteúdos relativos, podendo ser restringidos por completo. Seria, ademais, banalizar o conceito de dignidade humana.<sup>237</sup>

<sup>235</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 287.

<sup>236</sup> Idem, *ibidem*, p. 287.

<sup>237</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 193. Em sentido similar, Helena Regina Lobo da Costa pontua que é possível imaginar vários elementos que possam compor o conceito de dignidade humana. Quanto mais elementos compuserem o conceito de dignidade, mais próxima do ideal, ou, por que não dizer ao ideal, a dignidade chegará. Por outro lado, quanto mais se ampliam os elementos que constituem a dignidade humana e, por consequência, alarga-se o estado ideal de coisas a ser alcançado, maior o risco de vulgarização do conceito e maiores as barreiras a serem derrubadas para que se possa alcançá-lo (COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção positiva*, p. 55).

As *teorias relativas* se opõem às teorias absolutas e assumem que a definição do conteúdo essencial depende de condições fáticas e das colisões entre direitos e interesses em um caso concreto. Assim, o conteúdo essencial de cada direito fundamental, que de acordo com as teorias relativas teria a estrutura de princípio, varia situação a situação, conforme as circunstâncias existentes.<sup>238</sup>

As *teorias relativas* assumem que, restringido certo direito, ainda que nada dele reste, a restrição será legítima, não afetando o conteúdo essencial, se for adequada, necessária e proteger bens jurídicos mais relevantes (de maior peso e valor naquela situação). Por isso, “restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos”,<sup>239</sup> e “restrições não fundamentadas, mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial”,<sup>240</sup> e são inconstitucionais.

São as bases da teoria relativa que nos nortearão neste trabalho, e, por isso, não assumimos aqui que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e deveres associados, como normas *prima facie*, possuem conteúdo essencial predefinido e imodificável. O conteúdo essencial do direito ao meio ambiente equilibrado e dos deveres associados é mutável, variando de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas de cada situação, em que eles são confrontados com direitos e deveres colidentes.

Por consequência, também refutamos o entendimento de que, a despeito da relação que se possa construir entre meio ambiente equilibrado, deveres associados e dignidade humana, seja esta seu núcleo absoluto, inviolável.

Entretanto, reconhecer a dignidade humana como limite absoluto do conteúdo essencial e inatingível do direito ao meio ambiente equilibrado e deveres associados é bastante diferente e possui implicações consequentemente distintas do

---

<sup>238</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 196; e ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 285.

<sup>239</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Ibidem*, p. 197.

<sup>240</sup> *Idem*, p. 198.

reconhecimento de que direitos e deveres fundamentais ao meio ambiente equilibrado possuem “valores próprios”, são direitos e deveres em si mesmos, com conteúdo essencial relativo, que, em diferentes medidas e a depender de cada caso, pode coincidir com o que se entende como necessário, naquele momento, para promoção de uma vida digna.

A própria dignidade como um princípio fundamental sujeito a ponderações como quaisquer outros que possuam essa mesma estrutura tem conteúdo essencial relativo, variável caso a caso, salvo quando cristalizada em uma norma com estrutura de regra.<sup>241</sup>

O acórdão da Apelação Cível n.º 386.656-6, que tramitou perante a 4.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná,<sup>242</sup> é bom exemplo da relação que estamos a demonstrar entre meio ambiente e dignidade e do valor daquele direito em si mesmo.

Em referido caso, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu que,

[...] no confronto de valores entre a tutela do meio ambiente equilibrado e a dignidade da pessoa humana [manifestada prestação de serviço público de geração de energia elétrica] deve prevalecer esta última porque, acima de tudo, a Constituição da República afirma a preponderância inquestionável do direito à vida.

No caso, discutiu-se o direito de ocupantes irregulares de áreas de preservação permanente serem – ou não – beneficiados pelo fornecimento de energia elétrica, dada a ilicitude da intervenção em área protegida. O Tribunal entendeu que a energia é, hoje, essencial à manutenção da vida digna da pessoa humana, de modo que, no caso, a proteção ao meio ambiente deveria ceder em favor da promoção de citada dignidade.

---

<sup>241</sup> Conforme SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 200-202. Ver também item 1.2.3 deste trabalho.

<sup>242</sup> TJPR, 4.ª Câmara Cível, AC n.º 386.656-6, Rel. Des. Francisco Cardozo Oliveira, j. 28.08.2007, por maioria.

O Tribunal ainda entendeu que

[...] o Poder Público que deixou construir em área de preservação ambiental e não tem força para coibir o abuso, não pode impedir que as pessoas que construíram no local possam ter acesso a serviço essencial de fornecimento de energia elétrica necessário para assegurar as necessidades primárias [e que] cabe ao Poder Público a adoção de medidas que se fizerem necessárias para regulamentar e assegurar a preservação do meio ambiente naquele [local], que não o de negar, a poucos, o fornecimento de energia elétrica, a fim de impedir a ocupação dos imóveis já construídos.<sup>243</sup>

O Tribunal reconheceu que no confronto entre direitos não haveria algo absoluto de dignidade em meio ambiente que justificasse a medida adotada para preservação deste. A restrição promovida pelo Poder Público, de acordo com o Tribunal, foi desproporcional e, por isso, restou inconstitucionalmente violado o conteúdo essencial da dignidade humana.

## 2.5 O mínimo existencial ecológico

O mínimo existencial tem origem na ideia de pobreza.<sup>244</sup> Ganhou seus primeiros contornos a partir da vedação da tributação do mínimo necessário ao sustento, alcançando os direitos de proteção e assistência e conquistando posição de destaque com as teorias da jusfundamentalidade dos direitos sociais.<sup>245</sup> Nestas, no Brasil, sagrou-se como direito a prestações mínimas a que o Estado não pode deixar de prover (prestações positivas) e, por consequência, nas quais não pode intervir de forma restritiva (direito negativo), de modo a impedir que se alcance o mínimo necessário a uma existência digna. O mínimo relaciona-se, assim e em especial, à dignidade humana, liberdade, igualdade fática<sup>246</sup> ou material,<sup>247</sup> solidariedade (solidariedade entre os membros da sociedade presente, solidariedade

<sup>243</sup> TJPR, 4.<sup>a</sup> Câmara Cível, AC n.º 386.656-6, Rel. Des. Francisco Cardozo Oliveira, j. 28.08.2007, por maioria.

<sup>244</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 3 e ss.

<sup>245</sup> Idem, ibidem, p. 3 e ss.

<sup>246</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 427.

<sup>247</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*, p. 103.

entre gerações e solidariedade transnacional entre povos e nações),<sup>248</sup> *justiça*, segurança<sup>249</sup> e moral.<sup>250</sup>

No âmbito internacional, é extraível, entre outros, do artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que prevê que toda pessoa “tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle”; e da Declaração do Direito ao Desenvolvimento de 1986, que indica, no artigo 1.º, que

[...] o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados [e no artigo 2.º que] os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem o constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes.

O direito ao mínimo não conta com previsão expressa na Constituição Federal de 1988. Decorre do próprio sistema dos direitos fundamentais e dos objetivos fundamentais da República Federativa, sobretudo da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3.º, I, da Constituição Federal).

Para RICARDO LOBO TORRES, “a posição do mínimo existencial, como a dos direitos fundamentais nos nossos dias, é de absoluta centralidade, irradiando-se para todos os ramos do direito e subsistemas jurídicos”.<sup>251</sup>

---

<sup>248</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*, p. 107.

<sup>249</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, p. 144.

<sup>250</sup> Idem, *ibidem*, p. 28.

<sup>251</sup> Idem, p. 14.

EURICO BITENCOURT NETO sustenta que o direito ao mínimo para uma existência digna seria “direito adscrito, o que significa dizer que é um direito fundamental autônomo que, pelo fato de não ser diretamente estatuído por uma disposição jusfundamental, nem por isso deixa de contar com a carga de normatividade dos direitos fundamentais”.<sup>252</sup>

Para a teoria interna dos direitos fundamentais, que assume a ideia de limites imanentes e a inexistência de restrições a direitos fundamentais, o mínimo existencial não existe. De acordo com tal teoria, o mínimo seria tudo aquilo já previsto no ordenamento (o máximo).<sup>253</sup>

Para a teoria externa, o mínimo confunde-se com o conteúdo essencial do direito. É o que se pode realizar dentro das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso, e é mínimo como decorrência lógica da restrição *proporcional* de direitos colidentes.

Discute-se, no entanto, a impossibilidade de o mínimo confundir-se com o conteúdo essencial do direito fundamental. Para os que são contrários à teoria do conteúdo igual ao mínimo, o mínimo seria o conteúdo essencial tão somente na medida em que este promove a dignidade.<sup>254</sup> Seria, assim, a “parcela indisponível [do direito] aquém da qual desaparece a possibilidade de se viver com dignidade”.<sup>255</sup>

O mínimo existencial “segue a regra” do conteúdo essencial. Assumindo-se um conteúdo essencial relativo dos direitos fundamentais, também o mínimo será relativo, variará de acordo com as peculiaridades do caso e estará sujeito a influências externas históricas, sociais, econômicas e temporais,<sup>256</sup> expressando, de

<sup>252</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*, p. 168.

<sup>253</sup> Nesse sentido veja TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, p. 89.

<sup>254</sup> A respeito do assunto vide TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, p. 89; e QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 98.

<sup>255</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, p. 89.

<sup>256</sup> Ingo Wolfgang Sarlet assume que “o conteúdo do mínimo existencial para uma existência digna encontra-se condicionado pelas circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais em cada lugar e momento em que estiver em causa” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais...*, p. 33).

um modo geral, aquilo que é possível de ser realizado diante das condições fáticas e jurídicas.<sup>257</sup>

O mínimo existencial não é princípio. Não preenche o requisito de mandamento de otimização e não está sujeito à ponderação. Não é igualmente um valor, porque não possui generalidade e abstração de ideias. O mínimo, de acordo com a acepção de ALEXY, é regra, diante do caráter definitivo que assume.<sup>258</sup>

O direito à integridade e à defesa do meio ambiente e os deveres associados, como mandamentos *prima facie*, não têm um mínimo existencial predefinido, em decorrência lógica da relatividade de seu conteúdo essencial. Isto significa que não há um rol de prestações ou garantias materiais preestabelecidas que sejam essenciais para se chegar ao conceito de mínimo ecológico. Como já se viu, elas variam de acordo com as peculiaridades de cada caso e com o momento histórico.

Dentro da coerência teórica adotada neste trabalho, mais adequado do que falar em um mínimo existencial ecológico, talvez seja recorrer à realização do dever e do direito fundamental à integridade do meio ambiente na maior medida possível, tomando em conta as circunstâncias fáticas e jurídicas de cada situação.<sup>259</sup> O mínimo ecológico dentro da teoria aqui adotada só tem sentido se for assim concebido e é esse o modo de assegurar tanto a dignidade humana, formada também por sua dimensão ecológica, a preservação do meio ambiente em si e a coexistência do direito ao meio ambiente equilibrado com outros direitos fundamentais.

---

<sup>257</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 205.

<sup>258</sup> Nesse mesmo sentido: TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, p. 83; QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*, p. 99.

<sup>259</sup> Em sentido similar, Canotilho entende que quanto à Constituição da República portuguesa seria mais adequado falar em um *núcleo do direito fundamental ao meio ambiente e qualidade de vida*, que pressupõe a procura do nível mais adequado de ação ambiental, em vez de um *mínimo de existência ecológico*. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português*. In: ———; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27).

## **PARTE II – PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL: DA ORIGEM À PRÁTICA**

### **Capítulo 3 ORIGEM, APLICABILIDADE E LIMITES DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO**

#### **3.1 Noções introdutórias**

A proibição do retrocesso foi inicialmente concebida na Alemanha diante da crise do Estado-Providência e voltou-se a assegurar a proteção de prestações sociais e do sistema geral de seguridade social, quando a demanda por amparo social crescia e o Estado já não era capaz de acompanhá-la.<sup>260</sup> A proibição de retroceder surgiu, então, para delimitar quais prestações e garantias da seguridade social não poderiam ser suprimidas mesmo em momentos de crise.

A ideia de preservar prestações mínimas ganhou espaço na Europa, em países como Portugal e Itália, recebendo seus próprios contornos, moldados pelas concepções e pelos ordenamentos jurídicos locais. A jurisprudência acompanhou a evolução da doutrina e passou a adotar a proibição do retrocesso como razão de decidir em diversas oportunidades.

No Brasil, sob a influência das doutrinas italiana e portuguesa, o conceito de proibição do retrocesso foi inicialmente atrelado aos direitos sociais,<sup>261</sup> e, como era

---

<sup>260</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade, p. 1.

<sup>261</sup> No Brasil foi possivelmente José Afonso da Silva, influenciado pelas doutrinas italiana e portuguesa, quem disseminou o conceito de proibição do retrocesso (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3. ed., 1998. A primeira edição data de 1967).

de esperar e se verá adiante, a doutrina brasileira desenvolveu-se e já encontramos um número razoável de obras que tratam do tema com abrangências, perspectivas, denominações<sup>262</sup> e naturezas jurídicas<sup>263</sup> muitas vezes distintas.

Foi na evolução da abordagem doutrinária do tema que surgiram discussões sobre a disseminação da proibição do retrocesso aos demais direitos fundamentais (além dos sociais), entre eles, o direito à integridade e à defesa do meio ambiente. Ainda são escassas as obras que tratam deste último assunto e não se pode dizer que a jurisprudência sedimentou um entendimento acerca da aplicabilidade da proibição do retrocesso na esfera ambiental.

A análise que faremos nos itens seguintes visa apresentar uma noção geral da proibição do retrocesso, o que compreende conhecer pouco mais de sua origem, conceituação e âmbito de aplicabilidade. A partir daí será possível transpor a influência da doutrina e jurisprudência dos direitos sociais, onde nasceu a proibição do retrocesso, à noção de proibição do retrocesso envolvendo o direito à integridade do meio ambiente e compreender o local ocupado pelo instituto em nosso ordenamento.

### **3.2 Proibição do retrocesso, classificação, eficácia e efetividade das normas constitucionais**

Costuma-se associar a proibição do retrocesso às normas que dependem de atividade legislativa para plena produção de seus efeitos, sejam elas classificadas

---

<sup>262</sup> A denominação do princípio ainda não encontrou consenso e identificamos referências a ele como proibição do retrocesso, vedação da retrogradação, vedação do retrocesso, não retrocesso, não retorno da concretização, eficácia vedativa do retrocesso, eficácia impeditiva do retrocesso, proibição da contrarrevolução, proibição da revolução reacionária, não evolução reacionária, entre outros. A imprecisão do termo não causa qualquer óbice e todos podem ser utilizados indistintamente para se referir ao instituto, salvo as nomenclaturas “contrarrevolução, proibição da revolução reacionária e não evolução reacionária”, que estão cunhadas com caráter histórico, possivelmente associando-se à concepção da Constituição portuguesa, surgida de um movimento revolucionário, e à origem do constitucionalismo dirigente em Portugal. Preferimos não utilizar tais expressões, pois elas não refletem o atual cenário. Do mesmo modo, também não faremos referência à eficácia vedativa do retrocesso e à eficácia impeditiva do retrocesso, porquanto, como se verá adiante, não nos filiamos à tese que enquadra o instituto como modalidade de eficácia jurídica dos princípios.

<sup>263</sup> A doutrina classifica a proibição do retrocesso em princípio ou em modalidade de eficácia jurídica. O tema será abordado posteriormente.

como normas de eficácia limitada, normas definidoras de direitos ou normas programáticas, de acordo com a corrente a que cada qual se filia. Nessa linha, defende-se que, não sendo a norma constitucional plenamente eficaz, como ocorre com os direitos sociais, a atividade do legislador ordinário é imprescindível para o pleno exercício do direito constitucional, e, uma vez legalmente consagrado esse direito em determinado nível, não está o legislador autorizado a suprimir a norma ou *excessivamente* restringi-la,<sup>264</sup> sob pena de “inviabilizar” o exercício do direito, que simplesmente do texto constitucional não se materializa por completo.

Eficaz é a norma que possui todos os requisitos necessários à sua aplicabilidade aos casos concretos. Ou seja, é a norma capaz de produzir seus efeitos jurídicos<sup>265</sup> e as consequências que lhes são próprias.<sup>266</sup> Efetividade, por sua vez, significa o concreto desempenho da *função social* do Direito, de sua materialização no mundo dos fatos, aproximando o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.<sup>267</sup> A efetividade examina a real produção de efeitos pela norma e não apenas a capacidade de a norma produzi-los, atividade à qual a eficácia se dedica.

O primeiro grande critério classificador de normas constitucionais foi desenvolvido, no Brasil, principalmente por RUY BARBOSA,<sup>268</sup> e pautou-se na distinção entre *normas constitucionais autoaplicáveis*, que produzem imediatos efeitos jurídicos, sem intervenção do legislador, e *normas constitucionais não autoaplicáveis*. A ideia desenvolveu-se a partir da doutrina norte-americana que conceituava as normas constitucionais em *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*, e não se mostrou uma alternativa satisfatória, pois toda norma

---

<sup>264</sup> A noção de restrição excessiva vincula-se à restrição desproporcional do direito fundamental, aniquilando *garantias*, como ficará claro adiante.

<sup>265</sup> Conforme SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 60.

<sup>266</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, p. 85.

<sup>267</sup> Idem, *ibidem*, p. 85.

<sup>268</sup> BARBOSA, Ruy. *Commentários à Constituição Federal brasileira* (colligidos e ordenados por Homero Pires). São Paulo: Saraiva, 1933. v. 2, p. 488.

constitucional possui certa eficácia e é sempre executável por si mesma, sendo apenas necessário delimitar tal eficácia.<sup>269</sup>

JOSÉ HORÁCIO MEIRELLES TEIXEIRA<sup>270</sup> revisou o critério de RUY BARBOSA por entender que até as normas não autoaplicáveis possuíam alguma forma de aplicação imediata. A partir de tal constatação, o autor classificou as normas constitucionais em *normas de eficácia plena*, as quais produzem todos os efeitos a partir de sua promulgação, e em *normas de eficácia limitada ou reduzida*, subdivididas em *programáticas* e de *legislação* e que não possuiriam os elementos necessários para imediata produção de efeitos.

Sob o prisma tão somente da eficácia e aplicabilidade, JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>271</sup> propôs a clássica classificação das normas constitucionais em: **(a)** normas constitucionais de *eficácia plena e aplicabilidade imediata*; **(b)** normas constitucionais de *eficácia contida e aplicabilidade imediata*, “em que o legislador regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”.<sup>272</sup> Tais normas criam direitos subjetivos positivos e entre elas se encontram algumas das normas de direitos e garantias fundamentais; **(c)** normas constitucionais de *eficácia limitada ou reduzida*, que, por sua vez, se subdividem em: **(c.1)** normas de *eficácia limitada, definidoras de princípio institutivo*, aquelas que preveem esquemas genéricos e iniciais – daí a palavra princípio – de instituição de um órgão ou entidade, cuja estruturação caberá ao legislador ordinário; e **(c.2.)** normas de *eficácia limitada, definidoras de princípio programático*, que fixam coordenadas para se alcançarem fins sociais e o bem comum a serem cumpridos pelo Estado por norma ou medida administrativa futura.

---

<sup>269</sup> A esse respeito vide SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 76.

<sup>270</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 316 e ss.

<sup>271</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*.

<sup>272</sup> Idem, ibidem, p. 116.

LUÍS ROBERTO BARROSO,<sup>273</sup> partindo da efetividade das normas constitucionais, as dividiu nas seguintes categorias: **(a) normas de organização**, que traçam a estrutura do Estado, dedicando-se, especialmente, à repartição do poder político e à definição de competência dos órgãos públicos. Tais normas podem gerar direitos subjetivos, apesar de não ser essa sua função primordial; **(b) normas definidoras de direitos**, que, em regra, veiculam direitos subjetivos a ações negativas e/ou positivas e são imediatamente exigíveis; e **(c) normas programáticas**, que dependem de intervenção legislativa, mas são dotadas de eficácia negativa.

De acordo com essa classificação, tanto as normas definidoras de direitos como normas programáticas vinculam o legislador. Contudo, o fazem de modos distintos: enquanto as primeiras impõem a imediata ordem de regulamentação da norma constitucional, as segundas apenas traçam diretrizes a serem observadas na corriqueira atividade legislativa.<sup>274</sup>

Assim, no caso das normas definidoras de direitos,

[...] o conteúdo da norma constitucional é a descrição de uma conduta omissiva ou comissiva, a ser seguida pelo Estado e mesmo pelos particulares [...], ou ao menos uma finalidade de resguardar um interesse individualizável (ou seja, uma posição *subjetiva*) num caso concreto – restará ao legislador tão somente criar as normas infraconstitucionais necessárias à sua plena exequibilidade.<sup>275</sup>

Os direitos previstos em tais espécies de normas não serão criados pela lei, porque já estão sedimentados na esfera constitucional.

<sup>273</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 255. Vide também BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 49.

<sup>274</sup> A esse respeito vide DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, p. 233-234.

<sup>275</sup> Idem, *ibidem*, p. 232.

Os direitos subjetivos oriundos das normas definidoras de direitos investem o seu titular na posição de exigir *seu imediato cumprimento*, deflagrando mecanismos de coerção e sanção.<sup>276</sup> Como ensina LUÍS ROBERTO BARROSO,

[...] quando a prestação a que faz jus o titular do direito [subjetivo] não é entregue voluntariamente, nasce para ele uma pretensão, a ser veiculada através do exercício do direito de ação, pela qual se requer a órgão do Poder Judiciário que faça atuar o direito objetivo e promova a tutela dos interesses violados ou ameaçados<sup>277</sup> [independentemente de prévia atividade legislativa para profunda delimitação do direito que se invoca tutela].

Por outro lado, as normas programáticas cuidam de finalidades, programas a serem perquiridos pelo Estado e “traçam os objetivos e parâmetros para a realização de uma sociedade de bem-estar”.<sup>278</sup>

As normas de direitos fundamentais sociais e a tutela do meio ambiente, examinadas pela doutrina à luz da proibição do retrocesso, geralmente são classificadas como normas definidoras de direitos<sup>279</sup> ou normas programáticas.<sup>280</sup> Há certa preferência por essas nomenclaturas, que se reservam, é lógico, às correntes às quais cada um se filia.

A ideia de que o direito ao meio ambiente depende de atividade legislativa para alcançar sua *plena* eficácia não está equivocada, mas não significa que tal direito não tenha aplicabilidade direta,<sup>281</sup> mesmo porque tal afirmação afrontaria o artigo 5.º, § 1.º, da Constituição Federal.

<sup>276</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 256.

<sup>277</sup> Idem, *ibidem*, p. 256.

<sup>278</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*, p. 160.

<sup>279</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, p. 99 e ss.

<sup>280</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 140. Transpomos ao direito ao meio ambiente a mesma premissa utilizada pelo autor de que as normas definidoras de direitos sociais se encaixam na categoria de normas programáticas.

<sup>281</sup> Nesse sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1180; e ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 197 e ss.

Ocorre que, se partirmos da premissa de que os efeitos que a norma constitucional produz não estão atrelados tão somente ao texto da própria norma, mas dependem também, em maior ou menor grau, *sempre* de condições externas a ela e sobretudo da intervenção estatal e regulamentação para sua proteção, organização, procedimentos, chegaremos à conclusão de que não nos interessa classificar as normas constitucionais de acordo com sua eficácia ou efetividade.<sup>282</sup>

Assumir que há normas totalmente livres da atividade legislativa para alcance de seus plenos efeitos é uma visão apenas parcial do assunto, correta da perspectiva do direito subjetivo e negativo que geram, isto é, do dever de abstenção do Estado, mas incompletas ao ignorarem que não há pleno exercício desses direitos sem a prévia existência de uma “estrutura” que garanta sua *completa* aplicabilidade, isto é, sem que existam condições legais, materiais e institucionais suportando e protegendo esse exercício de forma mais abrangente do que sob a perspectiva da mera abstenção do Estado.<sup>283</sup>

Por detrás do direito à informação, que se poderia classificar como norma de eficácia plena, por exemplo, deve haver a organização do Estado para prestar as informações requeridas pelo particular. Há o Poder Judiciário, e devem-se criar cartórios e pensar em procedimentos para o acesso à informação. O direito de propriedade e o direito ao voto percorrem o mesmo caminho.<sup>284</sup>

A “aparência” de plena aplicabilidade de certas normas, em especial dos direitos de liberdade, decorre, então, da já existência de todo o necessário aparato para sua aplicação.<sup>285</sup> O contexto histórico e cultural favoreceu essa organização e “privilégio” dos direitos de liberdade em relação aos direitos sociais e, por sua vez, também em relação ao direito ao meio ambiente.

---

<sup>282</sup> Conforme SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 208 e ss.

<sup>283</sup> Conforme idem, ibidem, p. 228 e ss.

<sup>284</sup> Quanto ao assunto e exemplos, vide SILVA, Virgílio Afonso da. Ibidem, p. 228 e ss.

<sup>285</sup> Conforme idem, p. 228 e ss.

Assim, sob a perspectiva analisada, os direitos de liberdade ou as normas classificadas como supostamente independentes da atividade de legislar não diferem daquelas que dependem de atividade do legislador para produzir seus efeitos. A diferença entre essas normas está na existência ou não do suporte estatal necessário à plena execução do direito.<sup>286</sup>

Em suma, relacionando-se a tudo isso a teoria do suporte fático amplo,<sup>287</sup> somos levados à conclusão já adiantada anteriormente de que todos os direitos fundamentais são regulamentáveis, e, portanto, como toda regulamentação é uma restrição, todos os direitos fundamentais são restringíveis.<sup>288</sup> Não há, então, sentido prático em manter a classificação das normas constitucionais de acordo com a sua eficácia ou efetividade, se seu intuito é, ao final, definir quais as normas passíveis de regulamentação/restrrição e quais não o são.<sup>289</sup>

Isto implicará dizer, como se deixará claro mais adiante, que, a partir dessa visão, todo direito fundamental pode ser tutelado pela proibição do retrocesso.

### **3.3 A proibição do retrocesso social: origem e conceito**

#### *3.3.1 Considerações sobre a proibição do retrocesso social no direito comparado*

Este item será dedicado à análise da doutrina alemã, na qual teve origem a proibição do retrocesso, e à doutrina e jurisprudência portuguesas, que deram contornos especiais ao conceito e de forma bastante expressiva influenciaram a doutrina e jurisprudência nacionais.

---

<sup>286</sup> Conforme SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 228 e ss.

<sup>287</sup> Vide item 2.1.

<sup>288</sup> Conforme SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 246.

<sup>289</sup> Conforme idem, ibidem, p. 208 e ss.

Como anunciado, a proibição do retrocesso teve origem na *Alemanha* e, de maneira geral, associou-se à crise do Estado-Providência (*Welfare State*), quando a população clamava por prestações estatais e o Estado não tinha condições de promovê-las.<sup>290</sup>

Surgiu, então, a dúvida de como e em que medida os sistemas prestacionais existentes, concretizadores do princípio fundamental do Estado Social, poderiam ser assegurados contra restrições ou eliminações, se **(a)** a Lei Fundamental na Alemanha não continha ou não contém nenhum preceito que expressa ou diretamente ofereça qualquer tipo de proteção constitucional social e dos níveis prestacionais vigentes; e **(b)** a garantia a prestações não pode ser imediatamente deduzida do princípio geral do Estado Social de Direito.<sup>291</sup>

A solução partiu da doutrina e da jurisprudência, que, a partir do Direito Constitucional positivo, desenvolveram teses voltadas a assegurar a proteção de *prestações sociais e do sistema geral de seguridade social*. A tese de maior relevância girou em torno do *direito constitucional e da garantia fundamental da propriedade*, em que o Tribunal Federal Constitucional alemão reconheceu que a propriedade alcançaria proteção de posições jurídico-subjetivas de natureza pública.<sup>292</sup>

Segundo SARLET,<sup>293</sup> a fundamentação para tal tese partiu da doutrina de MARTIN WOLFF calcada na Constituição de Weimar. WOLFF defendeu que o direito de propriedade abrangeria toda sorte de direitos subjetivos privados de natureza patrimonial, de modo que a garantia da propriedade teria característica funcional, por oferecer segurança aos indivíduos quanto aos seus direitos patrimoniais e, ao mesmo tempo, proteger a confiança depositada no conteúdo dos seus direitos.<sup>294</sup>

---

<sup>290</sup> Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade, p. 1.

<sup>291</sup> Conforme idem, ibidem,, p. 2.

<sup>292</sup> Conforme idem, p. 3.

<sup>293</sup> Conforme idem, p. 4-5.

<sup>294</sup> A respeito do assunto vide também ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 245 e ss.

Como ensina SARLET,<sup>295</sup> a partir da doutrina de WOLFF, o Tribunal Constitucional alemão colocou as garantias jurídico-subjetivas de natureza pública sob a proteção da garantia fundamental da propriedade, ao considerar que o princípio do Estado de Direito demanda um tratamento igualitário entre as proteções jurídico-subjetivas privadas e jurídico-subjetivas públicas, porque há íntima relação entre o direito de propriedade e liberdade, devendo-se assegurar ao indivíduo um espaço de liberdade na esfera patrimonial para autonomamente moldar sua existência. Houve, assim, uma equiparação entre posições jurídico-subjetivas de natureza pública e a condição de proprietário, inserindo-se os direitos subjetivos patrimoniais de natureza pública na esfera da seguridade social.

No entanto, como nem todos os direitos subjetivos patrimoniais de natureza pública encontram-se abrangidos pela garantia fundamental da propriedade, mas apenas aqueles que preenchem certos requisitos, o Tribunal Federal Constitucional alemão fixou alguns critérios para o reconhecimento das proteções jurídico-subjetivas de natureza pública pela garantia da propriedade. São eles: **(a)** ao direito subjetivo à prestação social deve corresponder uma contraprestação pessoal relevante – e não necessariamente equivalente – do titular da posição jurídica individual. Ou seja, a contribuição do indivíduo é fundamental para definição do alcance e da intensidade da proteção jurídico-subjetiva no âmbito da seguridade social; **(b)** a posição jurídica deve ter natureza patrimonial e ser de fruição privada do titular, assemelhando-se ao direito de propriedade por não poder simplesmente ser suprimida; e **(c)** a proteção deve servir à garantia da existência do titular.<sup>296</sup>

Para embasar a vedação do retrocesso de *garantias* atreladas à seguridade social na Alemanha, surgiram outras teses, além da proteção assegurada com base na garantia fundamental da propriedade. Tais teses fundaram-se nos princípios da

---

<sup>295</sup> Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade, p. 5.

<sup>296</sup> Conforme idem, ibidem, p. 6.

proteção da confiança, da dignidade da pessoa humana, do Estado Social e da igualdade.<sup>297</sup>

O Tribunal Constitucional alemão não fala em proibição do retrocesso, mas em reserva do possível, compreendida como aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, relacionando os direitos sociais aos recursos econômicos necessários a sua promoção.<sup>298</sup> Em suma, na Alemanha, a proibição do retrocesso associou-se, inicialmente, às prestações sociais para promover a justiça e a segurança social, assegurando que não seriam excluídas as garantias já alcançadas ou as expectativas de direitos. Afora isso, a vedação do retrocesso é tratada como *reserva do possível* e não foi conhecida no sistema como absoluta (a vedação do retrocesso é relativa e permitida em certas circunstâncias).<sup>299</sup>

Em *Portugal*, a proibição do retrocesso adquiriu, inicialmente, contornos diferentes daqueles vistos na doutrina e jurisprudência alemãs, visto que não se restringiu a prestações da seguridade social, alcançando outras prestações estatais, ainda que estas não decorressem de contribuições pecuniárias do titular.<sup>300</sup> Em tal país o princípio também foi associado ao “Constitucionalismo Dirigente de CANOTILHO”.<sup>301</sup>

Ademais, a construção portuguesa original do princípio não o relacionava à dignidade da pessoa humana ou à proteção da confiança, tratando apenas das limitações ao poder de legislar e do controle dos atos comissivos do Poder

<sup>297</sup> Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade, p. 14.

<sup>298</sup> Acerca do assunto vide QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial, p. 68.

<sup>299</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade, p. 14 e 17.

<sup>300</sup> Acerca do assunto ver também DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, p. 151.

<sup>301</sup> Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Legislativo, capazes de gerar efeitos similares à omissão quanto à concretização dos direitos sociais.<sup>302</sup>

Foi sobre a ideia de controle dos atos comissivos do legislador e do risco de se obterem efeitos análogos à omissão, que a jurisprudência portuguesa abraçou a vedação do retrocesso no paradigmático Acórdão n.º 39/1984, reconhecendo a inconstitucionalidade de lei que reduziu outra lei a “pequeno conjunto de princípios materiais orientadores da política de saúde e dos serviços de saúde em geral”<sup>303</sup> e *extinguiu o Serviço Nacional de Saúde*. Vejam-se os principais trechos extraídos do Acórdão n.º 39/1984, identificado como o primeiro na história portuguesa a reconhecer a vedação do retrocesso:

Impõe-se a conclusão: após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar essa 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 alterá-los ou reformá-los nos limites constitucionalmente admitidos; mas não pode vir extingui-los ou revogá-los.

[...]

Não se diga, designadamente, que uma tal tese equivaleria a conferir à Lei do Serviço Nacional de Saúde valor de lei constitucional, e a atribuir neste caso carácter paraconstituente ao poder legislativo ordinário. Não se trata de nada disso. Em primeiro lugar, o facto de não ser constitucionalmente legítimo extinguir o Serviço Nacional de Saúde não significa que não seja lícito alterar ou mesmo revogar a Lei n.º 56/79 (desde que ela seja substituída por outra lei do Serviço Nacional de Saúde). *Não é o Serviço Nacional de Saúde concretamente estabelecido pela Lei n.º 56/79 que goza de garantia constitucional: é, sim, a existência de um Serviço Nacional de Saúde, que se conforme com os requisitos constitucionais*. Não há portanto qualquer constitucionalização da lei ou do seu conteúdo concreto.

[...]

À data em que o Governo extinguiu o Serviço Nacional de Saúde, estava obrigado a implementá-lo. A sua inércia era censurável, mas não havia meio jurídico-constitucional de o impedir de continuar a não realizar o Serviço Nacional de Saúde; todavia, ao extinguir o Serviço Nacional de Saúde, o Governo incorreu numa acção

<sup>302</sup> A respeito do assunto vide também DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, p. 151-152.

<sup>303</sup> Acórdão disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 21 ago. 2012.

inconstitucional, cujo resultado pode e deve ser impedido em sede de fiscalização da constitucionalidade. A obrigação que impunha ao Estado a constituição do Serviço Nacional de Saúde transmuta-se em obrigação de o não extinguir. Ao fazê-lo, o Estado viola, por acção, essa obrigação constitucional.

*Se uma lei, que veio dar execução a uma norma constitucional que a exigia, colmatando assim uma omissão inconstitucional, for revogada por outra, que, desse modo, repõe a anterior situação de inexecução da norma constitucional e de omissão inconstitucional, então a revogação ofende directamente a Constituição e consubstancia uma inconstitucionalidade por acção (grifos nossos).*

Com o decorrer dos anos, a delimitação da ideia e do alcance da proibição do retrocesso em Portugal passou a sofrer grande influência da doutrina e jurisprudência alemãs e o conceito foi associado aos direitos adquiridos, às expectativas de direitos (proteção da confiança) e à proteção dos “direitos prestacionais de propriedade”.<sup>304</sup>

CANOTILHO<sup>305</sup> defende que os direitos sociais, económicos e culturais previstos na Constituição da República Portuguesa, depois de concretizados em nível infraconstitucional, adquirem dimensão subjetiva a determinadas prestações do Estado e são elevados ao patamar de garantias institucionais, não mais podendo ser aniquilados. É aí, portanto, que se manifesta a proibição do retrocesso. Veja-se:

*O princípio da proibição do 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 (grifos nossos).*

Não se deve precipitadamente supor que CANOTILHO entende que a proibição do retrocesso deva garantir a manutenção de um *status quo* social. O que o jurista afirma é que o princípio serve à proteção dos direitos fundamentais, em

<sup>304</sup> DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, p. 152.

<sup>305</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 338-340.

especial, do *núcleo essencial já realizado de cada direito fundamental*, servindo este de limite à atividade reformadora.<sup>306</sup>

A doutrina portuguesa conta, entretanto, com posições mais conservadoras e rigorosas sobre a aplicabilidade da proibição do retrocesso. VIEIRA DE ANDRADE, por exemplo, entende que os direitos a prestações, salvo casos excepcionais de constitucionalização, não integram o rol dos direitos fundamentais e não aceita a ideia de que “há um princípio geral de proibição do retrocesso, nem uma ‘eficácia radiante dos preceitos relativos aos direitos sociais, encarados como ‘um bloco constitucional dirigente’”.<sup>307</sup>

Apesar disso, VIEIRA DE ANDRADE reconhece que os preceitos constitucionais relativos a direitos econômicos, sociais e culturais implicam certa garantia (variável de grau mínimo a máximo)<sup>308</sup> de estabilidade das situações ou posições jurídicas criadas pelo legislador ao concretizar as normas.

Para VIEIRA DE ANDRADE, a admissão de um princípio geral de proibição do retrocesso dos direitos econômicos, sociais e culturais impediria a autonomia da função legislativa, limitando-a a meramente executar a Constituição. Por isso, o que esse autor reconhece é que a proibição do retrocesso seja admitida como exceção, e não como *regra*, e apenas nos casos em que as normas ordinárias positivadas tenham conteúdo considerado materialmente constitucional e devam prevalecer sobre outras normas ordinárias.

É nesse contexto que VIEIRA DE ANDRADE classifica a proibição do retrocesso como princípio *dogmático*, válido no plano político-constitucional, que não poderia ser elevado à condição de princípio jurídico-constitucional, sobretudo porque o

---

<sup>306</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 340.

<sup>307</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 383-384.

<sup>308</sup> A garantia *abrangeria um mínimo*, evitando colocar em risco da dignidade da pessoa humana e *poderia atingir um máximo*, quando as concretizações dos direitos forem consideradas “materialmente constitucionais”. Já o *grau intermediário* da proteção associar-se-ia ao princípio da proteção da confiança ou à necessidade de fundamentação dos “atos legislativos retrocedentes” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 380-381).

enfraquecimento do poder de legislar dependeria de “um consenso profundo e alargado que demora o seu tempo a formar-se e que não se estende nunca a pormenores de regulamentação”.<sup>309</sup> Como anunciado, VIEIRA DE ANDRADE não acredita na força dirigente da Constituição da República portuguesa, o que acaba por moldar seu posicionamento acerca do assunto. Veja-se:

Fora destas hipóteses excepcionais de constitucionalização material, julgamos que é de aceitar, obviamente, *a proibição da pura e simples revogação sem substituição das normas conformadoras dos direitos sociais* – que mais não é (na medida em que mais não seja) que a garantia da realização do *conteúdo mínimo imperativo* do preceito constitucional –, *bem como o limite de protecção da confiança*, embora pelas razões aduzidas, *apenas na medida em que proíbe o arbítrio ou a desrazoabilidade manifesta do ‘retrocesso’*”.<sup>310</sup>

JORGE PEREIRA DA SILVA sustenta que, no Direito português, existe, em sede constitucional, a proibição do *retorno à situação de omissão legislativa*, referindo-se a *princípio da proibição de recriar omissões legislativas*. Para o jurista, contudo, a vedação do retrocesso não seria propriamente uma omissão porque decorre de ato *comissivo* do legislador, revogador de lei que institui garantias infraconstitucionais oriundas de normas constitucionais. Assim, a vedação do retrocesso assemelhar-se-ia à omissão apenas quanto aos efeitos gerados.<sup>311</sup>

JORGE PEREIRA DA SILVA defende, ademais, que não haveria restrição em termos de retrocesso ou retorno à situação de omissão quando revogados direitos sociais criados exclusivamente por lei, sem consagração constitucional.<sup>312</sup>

Recentemente, o Tribunal Constitucional de Portugal, valendo-se da doutrina de JORGE PEREIRA DA SILVA, registrou que a proibição do retrocesso só existe se o

<sup>309</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 381-382.

<sup>310</sup> Idem, *ibidem*, p. 382-383. Grifos nossos.

<sup>311</sup> SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica, 2003. p. 282 e ss.

<sup>312</sup> Idem, *ibidem*, p. 284. Vide também DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, p. 161.

ordenamento infraconstitucional consagrar a garantia ou proteção anteriormente à norma, cuja constitucionalidade se discute, ainda que o faça de forma insuficiente na perspectiva dos direitos constitucionais fundamentais. Um regime que não assegurasse tutela de mencionada natureza levaria o tratamento da questão apenas sob o prisma da inconstitucionalidade por omissão. Confira-se:

Assim, a questão que o tribunal tem para resolver neste recurso consiste em saber se, relativamente à violação de normas consagradoras dos direitos dos trabalhadores a que, num momento anterior, tenha sido conferida tutela através da sanção contraordenacional, o legislador pode “despenalizar” a conduta infractora, deixando de prevê-la como ilícito de mera ordenação social. Há aqui, face à natureza da norma (revogatória), dois problemas conexos: o da proibição da deficiência de protecção e o da *proibição do retrocesso (obviamente, se o ordenamento infraconstitucional não consagrasse anteriormente a sanção contraordenacional, ainda que se considerasse insuficiente, na perspectiva dos direitos constitucionais dos trabalhadores, um regime que não assegurasse tutela dessa natureza, a questão apenas relevaria da inconstitucionalidade por omissão, não sindicável por esta via).*

[...]

O que daqui pode retirar-se é que a ideia de proibição de retrocesso só releva numa hipótese como a presente, em que não estão directamente em causa as normas através das quais o legislador consagra ou desenvolve os direitos constitucionais dos trabalhadores, mas normas instrumentais ou de garantia dos direitos que essas concretizam, se puder concluir-se que a alteração legislativa (a supressão da sanção) “consequência uma inconstitucionalidade por omissão”.<sup>313</sup>

Essa não foi a única oportunidade em que o Tribunal Constitucional de Portugal se manifestou sobre a proibição do retrocesso relacionada à existência de “inconstitucionalidade por ação do legislador quando a sua intervenção for directamente contrária a uma tarefa que lhe houvesse sido imposta pela Constituição”. Isso, entretanto, não significa que o Tribunal Constitucional português tenha reconhecido a incidência do princípio de uma forma abrangente, até porque,

---

<sup>313</sup> Acórdão n.º 269/2010. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 22 ago. 2012. Grifos nossos.

sob os ensinamentos de VIEIRA DE ANDRADE, já registrou que o princípio é exceção, e não regra, sob pena de interferir na função legislativa.<sup>314</sup>

Portanto, para o Tribunal Constitucional de Portugal a proibição do retrocesso não se manifestará nos casos em que a norma constitucional for meramente programática e não definidora de direito.<sup>315</sup> Vale, então, transcrever trecho do Acórdão n.º 509/2002<sup>316</sup> que bem sintetiza a questão e é utilizado como paradigma para decisões atuais:

*Aí, por exemplo, onde a Constituição contenha uma ordem de legislar, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível “determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade” (cfr. Acórdão n.º 474/02, ainda inédito), a margem de liberdade do legislador para retroceder no grau de protecção já atingido é necessariamente mínima, já que só o poderá fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma inconstitucionalidade por omissão – e terá sido essa a situação que se entendeu verdadeiramente ocorrer no caso tratado no já referido Acórdão n.º 39/84.*

Ao analisar acórdãos dos últimos 20 anos do Tribunal Constitucional de Portugal, FELIPE DERBLI notou que, na mesma linha do já citado Acórdão n.º 509/2002, as decisões evoluíram para apontar a existência de um princípio da proibição do retrocesso, que

[...] não poderia referir-se a “todo e qualquer encurtamento dos benefícios sociais mas apenas aquele que atingisse o núcleo essencial dos correspondentes direitos – *máxime* – o núcleo essencial do direito à existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”; [...] a proibição do retrocesso social se traduziria no proteger de direitos adquiridos, quando se cuidasse da violação ao “princípio da protecção da confiança e da segurança

<sup>314</sup> Acórdão n.º 188/2009. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 22 ago. 2012.

<sup>315</sup> Adotada para essa classificação a definição conforme proposta de BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 255. Vide também BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 49.

<sup>316</sup> Acórdão disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 22 ago. 2012.

dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural”, restringindo, de certa maneira, o espectro de sua incidência delineado no [...] Acórdão n.º 39/84.<sup>317</sup>

CRISTINA QUEIROZ fala em nível legalmente concretizado dos direitos sociais, entendido como a “‘configuração’ ou ‘concretização’ desses direitos pelo legislador”,<sup>318</sup> que em nada diminui sua natureza constitucional, para ensinar que

concretamente, a “proibição do retrocesso social” determina, de um lado, que, uma vez consagradas legalmente as “prestações sociais”, o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta face a esse direito como uma “lei de protecção” [...], a acção do Estado, que se consubstanciava num “dever de legislar”, transforma-se num dever mais abrangente: o de não *eliminar* ou *revogar* essa lei.<sup>319</sup>

Logo, o que está protegido pela proibição do retrocesso não é o direito *qua tale*, mas o direito aplicado a dada situação da vida,<sup>320</sup> e, por isso, para a jurista portuguesa, a expressão *proibição do retrocesso social* é infeliz e deveria ser substituída por outros conceitos como segurança jurídica ou protecção da confiança.

Em acórdão bastante recente, o Tribunal Constitucional de Portugal assentou que a proibição do retrocesso “apenas se aplica quando a alteração redutora do conteúdo do direito social se [fizer] com violação de outros princípios constitucionais” e que a proibição do retrocesso social

[...] sempre carecerá de autonomia normativa em relação não só a outros parâmetros normativos de maior intensidade constitucional, mas de menor extensão económico-social, tais como o direito a um mínimo de existência condigna, que é inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, ou o princípio da protecção da confiança legítima, que resulta da ideia de

<sup>317</sup> DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, p. 156-157.

<sup>318</sup> QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*, p. 66, conforme J.P. Müller.

<sup>319</sup> Idem, ibidem, p. 70.

<sup>320</sup> Idem, p. 71.

Estado de Direito, mas também ao próprio núcleo essencial do direito social já realizado e efectivado através de medidas legislativas.<sup>321</sup>

O acórdão mais recente do Tribunal Constitucional de Portugal que menciona expressamente a proibição do retrocesso é o de n.º 222/2011, ao qual coube analisar, entre outras questões, se a *revogação de dispositivo, que previa aplicação de sanção ao empregador*, que deixasse de submeter o trabalhador a exame de saúde antes do início da prestação de trabalho ou nos 15 dias posteriores (dever do empregador), nos termos da Lei n.º 35/2004, significaria – ou não – violação à proibição do retrocesso.<sup>322</sup>

O Tribunal entendeu que, apesar da revogação da tutela sancionatória do dever do empregador, a medida não afetava o *núcleo essencial da concretização do direito constitucional à prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde*, não sendo, por isso, amparada pela proibição do retrocesso.<sup>323</sup> Veja-se trecho extraído do citado acórdão:

7. Deve começar por notar-se que a norma em causa não tem por efeito diminuir o âmbito dos deveres do empregador no que se refere à protecção da saúde do trabalhador. A protecção prescrita, os deveres da entidade patronal, não sofreu modificações. *O que da norma em causa resulta é o enfraquecimento do nível prático de efectividade mediante a supressão da tutela sancionatória ou repressiva. Isto compromete a viabilidade ou, pelo menos, o interesse de consideração do problema à luz do princípio da proibição do retrocesso social de modo autónomo relativamente ao segundo aspecto da questão, que é o de saber se existe dever de tutela pela via sancionatória do ilícito de mera ordenação social*, pelo que os dois aspectos serão objecto de apreciação conjunta. Ou seja, a questão que o tribunal tem para responder consiste em saber se o legislador pode, relativamente à violação de direitos fundamentais dos trabalhadores a que, em momento anterior, a ordem jurídica conferira o reforço de tutela da sanção contraordenacional,

<sup>321</sup> Vide como exemplo Acórdão n.º 3/2010. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 22 ago. 2012.

<sup>322</sup> Acórdão n.º 221/2011. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 22 ago. 2012.

<sup>323</sup> Nessa mesma linha, vide Acórdão n.º 269/2010. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 22 ago. 2012.

descaracterizar a respectiva violação como ilícito de mera ordenação social.

[...]

Ora, por um lado, de modo algum pode considerar-se que da Constituição resulte uma ordem de legislar, concreta e precisa, de forma a identificar a verificação da aptidão física e psíquica dos trabalhadores, mediante um exame da responsabilidade do empregador, como incluído no *standard* mínimo da prestação do trabalho em condições de saúde. Trata-se de uma medida preventiva ou de “despiste” de situações susceptíveis de comprometimento ou agravamento perante as exigências ou as condições da prestação do trabalho. Mas não pode afirmar-se que na falta de imposição desse dever à entidade patronal fique afectado o direito fundamental dos trabalhadores a prestar trabalho “em condições de higiene, segurança e saúde”. É uma obrigação indiscutivelmente acessória relativamente à exigência de que a prestação de trabalho decorra em condições de menor lesividade possível para a saúde dos trabalhadores. Pelo que, abstracção feita de vinculações internacionais ou de direito da União que não vêm ao caso considerar, a sua consagração é opção que cabe na discricionariedade legislativa. Incumbe ao Estado concretizar “com grande latitude” o disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição (RUI MEDEIROS in JORGE MIRANDA – RUI MEDEIROS, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pág. 605). *Deste modo, não podendo integrar-se a medida protectora no núcleo essencial da concretização do direito à prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde, também não poderia qualificar-se a revogação da tutela sancionatória para a violação desse dever, quando imposto pelo legislador, como aniquilando o conteúdo desse direito fundamental.*

8. É certo que o direito consagrado nesta norma constitucional postula uma actuação do Estado, não só no sentido de editar normas relativas à higiene, segurança e protecção da saúde dos trabalhadores, mas também de tomar efectivas medidas de controlo da sua aplicação e repressão da respectiva violação. Incumbe ao Estado não só disciplinar a organização da prestação de trabalho em condições de higiene, segurança e saúde, como dotar-se de serviços e adoptar procedimentos capazes de tornar aquelas medidas de protecção efectivas.

E também pode assentir-se que o direito de mera ordenação social é, no nosso ordenamento, o instrumento de eleição para assegurar a tutela repressiva da generalidade das infracções a comandos deste tipo. *Mas só pode falar-se em déficit de protecção constitucionalmente censurável perante conteúdos de protecção constitucionalmente prescritos. Concluiu-se, portanto, que a revogação da tutela sancionatória contraordenacional para a infracção do dever em causa não poderia considerar-se violação do direito dos trabalhadores estabelecido na alínea c) do n.º 2 do artigo 59 da Constituição, mesmo que a norma que estabelece o dever de submeter o trabalhador a exame ficasse destituída de efectividade prática, porque não se trata de um conteúdo de protecção cuja omissão ou supressão comprometa o núcleo essencial desse direito.*

*Aliás, não pode afirmar-se em absoluto que a falta de sanção contraordenacional para a infracção esvazie o dever de conteúdo prático porque sempre assistem aos interessados os meios comuns de defesa, embora sem esquecer que estes funcionam mais em situações de crise da relação laboral do que no seu normal decurso (grifos nossos).*

Em suma, podemos dizer que, com base na doutrina e jurisprudência portuguesas, o entendimento majoritário caminha para o acolhimento da proibição do retrocesso como *princípio* relativo, aplicável aos casos em que, por ato comissivo, o legislador revogue ou restrinja o conteúdo concretizado infraconstitucionalmente de direito constitucional fundamental, violando a proteção a direitos adquiridos, a proteção da confiança e da segurança e retornando ao estado de omissão legislativa anterior à concretização do direito.

Percebe-se, contudo, que doutrina e jurisprudência tendem a adotar posição firme quanto à impossibilidade de se revogar ou restringir o nível legalmente concretizado dos direitos fundamentais, e, muito embora afirmem que a proibição do retrocesso não é absoluta, não se dedicam a analisar com a mesma profundidade com que se debruçam sobre a vedação de *retroceder*, o que significaria restringir o conteúdo concretizado do direito, qual seria a natureza desse conteúdo essencial (absoluto ou relativo) e, salvo situações bastante extremas,<sup>324</sup> quais seriam, se é que admitidas, as exceções para “retroceder”.

Convém notar que, além de Alemanha e Portugal, outros países acolheram a proibição do retrocesso e sob forma muito próxima daquela inicialmente concebida em Portugal e pelo Tribunal Constitucional português no Acórdão n.º 39/1984, na qual se reconheceu a impossibilidade de revogação de garantias concretizadas em sede infraconstitucional, assemelhando-se a um estado de omissão. Esse, por exemplo, foi o caso da *Itália*,<sup>325</sup> da *Argentina*<sup>326</sup> e do *Brasil*.

<sup>324</sup> ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 58.

<sup>325</sup> A respeito do histórico da proibição do retrocesso ver também DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, p. 166.

<sup>326</sup> A esse respeito vide ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 92 e ss.

### 3.3.2 A proibição do retrocesso social no Brasil

No *Brasil*, fortemente apoiado na doutrina e jurisprudência portuguesas, a proibição do retrocesso associou-se, de certo modo, ao Constitucionalismo Dirigente<sup>327</sup> e evoluiu para se adaptar às realidades do sistema jurídico do País.

A Constituição Federal de 1988, enquanto Constituição Dirigente – não no sentido revolucionário e socializante que se verificou na Constituição da República portuguesa, e que deu origem ao conceito, mas como Constituição que define direitos, fins e objetivos para o Estado e para a sociedade,<sup>328</sup> orienta e promove uma atuação social e democrática e limita a liberdade de conformação do legislador,<sup>329</sup> impondo-lhe o dever de progressiva concretização das normas constitucionais –, promoveu o desenvolvimento da proibição do retrocesso, associada, sobretudo, aos direitos sociais.

Como já se mencionou, credita-se a JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>330</sup> a propagação do conceito de proibição do retrocesso, quando ele se propôs a analisar as normas programáticas e a constitucionalidade das leis, a partir das lições das doutrinas italiana e portuguesa.

JOSÉ AFONSO DA SILVA defendeu que a eficácia das *normas programáticas* – na qual encaixa as normas definidoras de direitos sociais<sup>331</sup> – em relação à

<sup>327</sup> Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*; BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr.-jun. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/474>>. Acesso em: 21 ago. 2012; DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, p. 46-84.

<sup>328</sup> BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro, p. 35-51.

<sup>329</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*, p. 15.

<sup>330</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3. ed., 1998. A primeira edição data de 1967. A esse respeito vide, também, DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*.

<sup>331</sup> SILVA, José Afonso da. *Ibidem*, p. 140.

legislação futura manifesta-se no *condicionamento* da atividade do legislador, administrador e da jurisdição aos princípios e diretrizes nelas consagrados, permitindo a *concretização, proteção e impulsão* dos direitos. É daí que se extraem as primeiras possíveis referências, ainda que implícitas, à proibição do retrocesso no Brasil. Vejam-se:

73. Do que expusemos nos parágrafos anteriores, fácil é extrair outro efeito notabilíssimo das normas constitucionais programáticas como exprime Balladore Pallieri, que conclui: “Prescrevem à legislação ordinária uma via a seguir; não conseguem constranger, juridicamente, o legislador a seguir aquela via, mas o compelem, quando nada, a não seguir outra diversa. Seria inconstitucional a lei que dispusesse de modo contrário a quanto a constituição comanda. *E, além disso, uma vez dada execução à norma constitucional, o legislador ordinário não pode voltar atrás*”.

74. Assim, descortina-se a eficácia das normas programáticas em relação à legislação futura, desvendando, aí, *sua função de condicionamento da atividade do legislador ordinário, mas também da administração e da jurisdição*, cujos atos hão de respeitar os princípios nelas consagrados.

[...]

77. Por conseguinte, todas as normas que reconhecem direitos sociais, ainda quando sejam programáticas, vinculam os órgãos estatais, de tal sorte que “*o poder Legislativo não pode emanar leis contra estes direitos e, por outro lado, está vinculado à adoção das medidas necessárias à sua concretização*; ao Poder Judiciário está vedado, seja através de elementos processuais, seja nas próprias decisões judiciais, prejudicar a consistência de tais direitos; ao poder executivo impõe-se, tal como ao legislativo, actuar de forma a *proteger e impulsionar* a realização concreta dos mesmos direitos”.<sup>332</sup>

Desde então, o conceito vem ganhando contornos específicos no direito nacional. Foi JOSÉ VICENTE DOS SANTOS MENDONÇA<sup>333</sup> quem identificou três *principais formas de manifestação da vedação do retrocesso* em nosso direito: a acepção estritamente subjetiva, a vedação do retrocesso genérica e a vedação do retrocesso específica. Para o autor,

<sup>332</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 158 e 160. Grifos nossos.

<sup>333</sup> MENDONÇA, José Vicente dos Santos. *Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo*, p. 218-219.

[...] a proibição do retrocesso é *princípio constitucional implícito*, que, em suma, deve ser compreendido nos estritos termos de uma dogmática jurídico-constitucional, atrelada às ideias de efetividade, força normativa da Constituição, eficácia de defesa dos direitos prestacionais e dever de proteção pelo aspecto objetivo dos direitos fundamentais sociais [este último em relação à vedação específica do retrocesso].<sup>334</sup>

A primeira acepção do conceito é cunhada de subjetivismo e influenciada por vontades e interesses, porquanto atribui à vedação do retrocesso tudo o que contrarie determinada opinião pessoal acerca do tema objeto do caso concreto. Naturalmente, não é esse o intuito do conceito e essa concepção deve ser afastada.

A segunda acepção, que JOSÉ VICENTE DOS SANTOS MENDONÇA denomina de *vedação genérica do retrocesso*,

[...] significa que, uma vez tornada plenamente aplicável determinada norma constitucional pela edição da legislação infraconstitucional necessária para lhe completar o sentido e densificar o conteúdo, esta legislação não poderia ser simplesmente revogada: poderia, sim, ser substituída por outra, mas nunca se cogita em retirar à norma constitucional a plena eficácia conquistada.<sup>335</sup>

Os fundamentos de tal *vedação genérica* seriam os princípios da efetividade da Constituição e de sua força normativa.<sup>336</sup>

A terceira acepção, entendida como *vedação específica*, refere-se *exclusivamente aos direitos fundamentais sociais*, é a mais estudada pela doutrina e significa que,

[...] atingido determinado grau de realização dos direitos sociais fundamentais por intermédio da legislação infraconstitucional, não se poderia retrocedê-lo (no sentido de minorar o nível de sua

---

<sup>334</sup> MENDONÇA, José Vicente dos Santos. *Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo*, p. 219.

<sup>335</sup> Idem, *ibidem*, p. 219.

<sup>336</sup> Idem, p. 234.

garantia), muito embora ainda se possa regular de forma diferente.<sup>337</sup>

Para JOSÉ VICENTE DOS SANTOS MENDONÇA a *vedação específica do retrocesso* estaria embasada nos princípios do Estado Social e do Estado de Direito, na modalidade da proteção da confiança, na eficácia de defesa dos direitos prestacionais e na consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que lhes garante um dever de proteção contra o Estado.<sup>338</sup>

Segunda e terceira acepções podem ser diferenciadas **(a)** pela aplicação da *vedação genérica do retrocesso* a toda e qualquer norma constitucional que dependa de instrumentalização em nível infraconstitucional, enquanto a *vedação específica do retrocesso* tutela apenas as normas de direitos fundamentais sociais; e **(b)** pelo fato de a *vedação genérica do retrocesso* apenas barrar a *supressão* de uma garantia do sistema sem qualquer contrapartida e a *vedação específica* impedir a minoração do nível da garantia concretizada em sede infraconstitucional, o que, logicamente, também abrange a supressão da garantia.

É a partir desse panorama geral que nos propomos a apresentar a conceituação da proibição do retrocesso, sua aplicabilidade e abrangência pela doutrina e jurisprudência pátrias.

LUÍS ROBERTO BARROSO,<sup>339</sup> que classificou a proibição do retrocesso como princípio em um primeiro momento, a associa às normas programáticas e às normas definidoras de direitos e registra que pela proibição do retrocesso “entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e *não pode ser*

<sup>337</sup> MENDONÇA, José Vicente dos Santos. *Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo*, p. 219.

<sup>338</sup> Idem, *ibidem*, p. 235.

<sup>339</sup> A vedação do retrocesso é tratada como princípio em BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, p. 158-159, e como modalidade de eficácia jurídica em BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*.

*absolutamente suprimido*".<sup>340</sup> Pode-se, assim, dizer que o jurista admite a existência de uma *vedação genérica do retrocesso*. Veja-se:

Nessa ordem de ideias, uma lei posterior *não pode extinguir um direito ou uma garantia*, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. *O que se veda é o ataque à efetividade da norma*, que foi alcançada a partir da sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação *voltar ao estado de omissão legislativa anterior*.<sup>341</sup>

SARLET,<sup>342</sup> que detidamente dedicou-se à análise da proibição do retrocesso na esfera dos direitos sociais, admite a necessidade de estendê-la aos demais direitos fundamentais decorrentes de normas programáticas e de normas definidoras de direitos fundamentais. Ou seja, também admite a existência de uma acepção genérica da vedação do retrocesso.

O jurista entende tratar-se de princípio a ser abordado sob a perspectiva do *direito à eficácia e à efetividade da segurança*, esta compreendida em seu mais amplo significado: segurança jurídica (proteção do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada), segurança social e segurança a prestações,<sup>343</sup> uma vez que o Estado de Direito é um "Estado de Segurança", sobretudo de segurança jurídica, sem a qual a dignidade da pessoa humana não pode ser alcançada.

---

<sup>340</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, p. 158.

<sup>341</sup> Idem, *ibidem*, p. 158-159. Grifos nossos.

<sup>342</sup> Vide: SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988; SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica...; e SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso...

<sup>343</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica...

SARLET<sup>344</sup> defende que é a estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica que viabiliza a elaboração e realização de projetos de vida.

Partindo da premissa de que retrocessos não necessariamente afetam o ato jurídico perfeito, a coisa julgada ou o direito adquirido, mas podem ocorrer com efeitos prospectivos, SARLET também associa a proibição do retrocesso à proteção da confiança, registrando que o legislador e o Poder Público em geral não podem, uma vez concretizado determinado direito social na legislação infraconstitucional, mesmo com efeitos prospectivos, voltar atrás e suprimir, relativizar ou restringir tal direito afetando seu núcleo essencial, constitucionalmente assegurado.<sup>345</sup>

Nas palavras de SARLET,

[...] o princípio da vedação de retrocesso, embora necessariamente não tenha o condão de desconsiderar uma certa margem de liberdade da qual dispõe o legislador numa ordem democrática, impede, todavia, que o legislador venha a desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da Constituição, especialmente, quando se cuida de normas constitucionais que, em maior ou menor escala, acabam por depender destas normas infraconstitucionais para alcançarem sua plena eficácia e efetividade, em outras palavras, para serem aplicadas e cumpridas pelos órgãos estatais e pelos particulares.<sup>346</sup>

É por essa razão que Executivo, Legislativo e Judiciário estão

[...] incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento, concretização e proteção eficiente dos direitos fundamentais [princípio da maximização dos direitos fundamentais] e [...] os órgãos estatais não podem – em qualquer hipótese – suprimir pura e simplesmente direitos sociais ou, o que praticamente significa o mesmo, restringir os direitos sociais de modo a invadir o seu núcleo essencial ou atentar, de outro modo, contra as exigências da

<sup>344</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica..., p. 9. Grifos nossos.

<sup>345</sup> Idem, ibidem, p. 31.

<sup>346</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, p. 10.

proporcionalidade e de outros princípios fundamentais da Constituição.<sup>347</sup>

Em suma, é possível dizer que Sarlet associa a proibição do retrocesso (ênfatizando a vedação do retrocesso social) **(a)** ao princípio do Estado Democrático e Social de Direito, que prioriza a segurança jurídica e a proteção da confiança para que se mantenha um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica e se afastem medidas retroativas e retrocessivas; **(b)** ao princípio da dignidade da pessoa humana que impede a constitucionalização de normas e atos gerais que inviabilizem o exercício de uma vida digna ou restrinjam, sem os pertinentes fundamentos constitucionais, as garantias já conquistadas a tanto; e **(c)** ao princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, na medida em que “otimizar a proteção dos direitos fundamentais implica uma proteção isenta de lacunas, abarcando inclusive situações não expressamente previstas pelo Constituinte”.<sup>348</sup>

No mais, SARLET reconhece a liberdade condicionada do legislador imposta pela vedação do retrocesso e não vê a proibição do retrocesso como obstáculo ao exercício da função legislativa, pois não se poderia outorgar ao legislador o poder de dispor livremente sobre o *conteúdo essencial* dos direitos fundamentais no plano infraconstitucional.<sup>349</sup> Ao mesmo tempo, SARLET entende que a proibição do retrocesso é princípio relativo e que nem toda restrição de direito fundamental configura um retrocesso. Uma exceção admitida seria a diminuição dos direitos para assegurar interesses públicos e relevantes.

FELIPE DERBLI<sup>350</sup> também entende que a proibição do retrocesso se manifesta sob a forma de princípio, mais especificamente um princípio constitucional retrospectivo, que não se confunde com omissão legislativa e não se aplica a

<sup>347</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais..., p. 25.

<sup>348</sup> Valemo-nos aqui, com pontuais acréscimos, dos fundamentos apresentados por Ingo Wolfgang Sarlet para sustentar o acolhimento do princípio pelo sistema constitucional brasileiro. Vide Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais...

<sup>349</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica..., p. 23-24.

<sup>350</sup> DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, p. 239.

quaisquer outras normas, senão às definidoras de direitos sociais, que, no seu entendimento, são as únicas espécies de normas que dependem de imposições legiferantes concretas para instrumentalização do ideal da Constituição, isto é, densificação de seus comandos, por especificação, tipificação e criação de soluções materiais.

Isto não significa que para FELIPE DERBLI as normas programáticas liberariam o legislador de criar leis. Contudo, como **(a)** as normas programáticas apenas traçariam imposições abstratas de legislar, assegurando ao legislador certa *margem de liberdade* para realizar ponderação de tempo e dos meios para sua regulamentação em sede legal,<sup>351</sup> e **(b)** as normas programáticas somente imporiam finalidades a serem perquiridas pelo legislador no *exercício corriqueiro e permanente* de sua função, *sem determinar a instrumentalização da eficácia da norma constitucional*, não se poderia falar em proibição do retrocesso em relação a tais normas e a quaisquer outras, senão quanto às normas definidoras de direitos *sociais*.<sup>352</sup>

FELIPE DERBLI defende a necessidade de se delimitar o campo de atuação da proibição do retrocesso para que não seja o conceito banalizado. E é por isso que para o jurista outros princípios e outras razões tutelariam os direitos fundamentais, que demandam concretização legislativa para produzir plena eficácia, mas não decorrem de normas definidoras de direitos sociais. Nas palavras de DERBLI:

Não se pode falar em proibição de retrocesso genérica, em oposição a uma modalidade específica, voltada para as normas definidoras de direitos sociais, tendo em vista que:

- a) as *normas constitucionais de organização não veiculam imposições legiferantes*, próprias do bloco constitucional dirigente, mas meras ordens de legislar;
- b) no que concerne às *normas constitucionais definidoras de direitos de liberdade ou direitos políticos*, convém observar que, em regra, tais normas *possuem suficiente densidade normativa*, prescindindo, pois, de lei que as concretize (ou seja, que lhes confira maior densidade normativa);

<sup>351</sup> DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, p. 236.

<sup>352</sup> Idem, *ibidem*, p. 239-240.

- c) mesmo quando algumas normas definidoras dos direitos fundamentais de primeira geração eventualmente exijam regulamentação infraconstitucional, a proibição de sua revogação se dá com fundamento em outros princípios, com elementos finalísticos distintos;
- d) as *normas programáticas não reclamam, propriamente, concretização legislativa*, limitando-se a deixar a regulamentação de determinadas matérias a cargo do legislador, fundamentar o exercício de suas competências e definir finalidades para a atividade legiferante, sem, no entanto, estabelecer um dever concreto de legislar.<sup>353</sup>

É nesse contexto que FELIPE DERBLI aborda a íntima relação que identifica entre a proibição do retrocesso e o dirigismo constitucional. Para DERBLI, a proibição do retrocesso decorre do dever de progressiva e permanente efetivação de um projeto de justiça social imposto pela Constituição dirigente e do

[...] dever inescusável do legislador de editar atos que deem concretude à Constituição – especialmente no sentido da redução das desigualdades sociais –, como também [d]o dever de observar o padrão obtido de consecução, por impulso legislativo, do desiderato constitucional de desenvolvimento da cidadania.<sup>354</sup>

FELIPE DERBLI sustenta, então, que haverá retrocesso “quando for suprimida a concretização legal de uma garantia institucional, como, por exemplo, o regime geral de previdência social ou de outras garantias constitucionais, como, v.g., do mandado de segurança, indispensáveis à fruição de um direito social”,<sup>355</sup> e pondera que a proibição do retrocesso não significa apenas manutenção do *status quo*, na medida em que impõe a necessidade do incremento das garantias e do avanço social.<sup>356</sup>

O jurista destaca, ainda, que o *retrocesso social* se manifesta “no descumprimento, por ato comissivo, de imposição legiferante, traduzindo na violação

<sup>353</sup> DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, p. 296-297. Grifos nossos.

<sup>354</sup> Idem, *ibidem*, p. 83.

<sup>355</sup> Idem, p. 295-296.

<sup>356</sup> Idem, p. 202.

do dever jurídico concreto de editar as leis que regulamentem as normas constitucionais definidoras de direitos sociais”.<sup>357</sup>

EURICO BITTENCOURT NETO também entende que a proibição do retrocesso se manifesta sob a forma de princípio, que se vincula às dimensões de eficácia dos direitos fundamentais e se relaciona apenas às normas definidoras de direitos, em especial, às normas definidoras de direitos sociais.<sup>358</sup> Para BITTENCOURT NETO, a proibição do retrocesso deve ser compreendida como *vedação desproporcional e arbitrária* do retrocesso na efetivação dos direitos, especialmente dos direitos sociais. Assim,

[...] as dimensões de eficácia dos direitos fundamentais que dependem de intervenção legislativa, em especial as posições ativas prestacionais que decorrem dos direitos sociais, uma vez viabilizadas pelo legislador, não podem ser objeto de nova intervenção que signifique desproporcional restrição ou restituição da omissão legislativa inconstitucional.<sup>359</sup>

Em posicionamento distinto dos até então apresentados, ANA PAULA DE BARCELLOS<sup>360</sup> defende que a vedação do retrocesso seria modalidade de eficácia jurídica própria dos princípios constitucionais de direitos fundamentais, atuando como derivação da eficácia negativa, sendo esta última compreendida como

[...] uma construção doutrinária especialmente relacionada com os princípios constitucionais [...] [que] autoriza que sejam declaradas inválidas todas as normas (em sentido amplo) ou atos que contravenham os efeitos pretendidos pelo enunciado [...]; é a existência do núcleo [do princípio] que torna plenamente viável a modalidade de eficácia jurídica negativa.<sup>361</sup>

<sup>357</sup> DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, p. 286.

<sup>358</sup> BITTENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*, p. 159-160 e 162.

<sup>359</sup> Idem, *ibidem*, p. 162-163.

<sup>360</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 85 e ss.

<sup>361</sup> Idem, *ibidem*, p. 84.

## Segundo a jurista, a vedação do retrocesso

[...] pressupõe que os princípios constitucionais que cuidam de direitos fundamentais – ou ao menos de boa parte deles – devem ser concretizados por meio de regulamentação infraconstitucional [...] e que dois dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios são: (i) a aplicação imediata e/ou a efetividade dos direitos fundamentais; e (ii) a progressiva ampliação de tais direitos.<sup>362</sup>

A partir de tal constatação, ANA PAULA DE BARCELLOS conclui que a “eficácia vedativa do retrocesso” permite exigir, do Judiciário, a invalidade da revogação das normas que garantiram a aplicação e gozo dos direitos fundamentais ou os ampliaram, sem que houvesse qualquer alternativa legislativa, restando um vazio em seu lugar.<sup>363</sup>

ANA PAULA DE BARCELLOS adota, contudo, postura bastante semelhante à defendida por VIEIRA DE ANDRADE, anteriormente mencionada, ao expor que não se pode conceber uma eficácia absoluta de vedação do retrocesso, sob pena de se engessar a atividade do legislador, transformando a regulamentação dos direitos fundamentais em verdadeiras “cláusulas pétreas”, até porque a “mobilidade cultural, histórica, política, ideológica e filosófica” faz com que diversas possam ser as alternativas seguidas para atendimento aos princípios constitucionais e que novas soluções sejam concebidas para tutelar os direitos fundamentais, soluções essas que nem sempre devem se fundar na proteção ampliada dos direitos fundamentais.<sup>364</sup> Nas palavras da jurista:

[...] considerando a dignidade da pessoa humana de forma integral e coletiva – isto é: os vários aspectos da dignidade de cada indivíduo e de todos eles em determinada sociedade –, é equivocado imaginar que a proteção ampliada de um específico direito fundamental será sempre o meio adequado de promover e proteger a dignidade humana das pessoas.<sup>365</sup>

<sup>362</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 86.

<sup>363</sup> Idem, *ibidem*, p. 87.

<sup>364</sup> Idem, p. 89-90.

<sup>365</sup> Idem, p. 90.

Revedo entendimento anterior, LUÍS ROBERTO BARROSO partilha a ideia de ANA PAULA DE BARCELLOS de que a proibição do retrocesso seria *modalidade de eficácia jurídica dos princípios fundamentais*, manifestando-se nos exatos termos expostos pela jurista acima.<sup>366</sup>

Na jurisprudência, a proibição do retrocesso foi analisada pela primeira vez no Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2000, no julgamento da ADIn 2.065-0/DF.<sup>367</sup>

A ação foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) e pelo Partido dos Trabalhadores (PT) para buscar a declaração de inconstitucionalidade do artigo 17 da Medida Provisória n.º 1911-10/1999, que, entre outros atos, revogou dispositivos das Leis Federais n.º 8.212/1991 e n.º 8.213/1991, que dispunham sobre a criação do Conselho Nacional de Seguridade Social, dos Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social e da Comissão de Acompanhamento no âmbito da Previdência Social.

Por maioria, o Tribunal não conheceu da ação direta de inconstitucionalidade, mas, em voto vencido, o Ministro Sepúlveda Pertence, relator originário do acórdão, registrou que *normas despidas de eficácia plena e normas programáticas*, uma vez concretizadas, impedem o legislador de retornar ao *status quo* anterior de vazio normativo e de ineficácia das normas constitucionais, porque a implementação da Constituição não pode sofrer retrocessos. Veja-se:

Pouco importa. Certo, quando já vigente à Constituição, se editou lei integrativa necessária à plenitude da eficácia, pode subsequentemente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa de preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; mas *não pode retroceder – sem violar a Constituição – ao momento anterior de paralisia de sua efetividade pela ausência de complementação*

<sup>366</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, p. 379.

<sup>367</sup> STF, Tribunal Pleno, ADIn 2065/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Rel. Min. Maurício Corrêa (relator para acórdão), j. 17.02.2000, por maioria. A decisão também foi analisada por MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo, p. 232, e DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, p. 186-189.

*legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional.*

Vale enfatizar a esclarecer o ponto.

*Ao contrário do que supõem as informações governamentais, com o admitir, em tese, a inconstitucionalidade da regra legal que a revogue, não se pretende emprestar hierarquia constitucional à primeira lei integradora do preceito da Constituição, de eficácia limitada. Pode, é óbvio, o legislador ordinário substituí-la por outra, de igual função complementadora da Lei Fundamental; o que não pode é substituir a regulamentação integradora precedente – pré ou pós-constitucional – pelo retorno ao vazio normativo que faria retroceder a regra incompleta da Constituição à sua quase impotência originária (grifos nossos).*

Percebe-se que a concepção e aplicabilidade emprestadas ao princípio pelo Supremo Tribunal Federal foram bastante similares àquelas registradas no Acórdão n.º 39/1984 do Tribunal Constitucional de Portugal, no qual se discutiu a extinção do Serviço Nacional de Saúde.

Outras decisões sucederam o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, moldando o conceito da proibição do retrocesso e consagrando seu reconhecimento em nosso sistema.<sup>368</sup>

Em interessante decisão proferida em agosto de 2011, no âmbito do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 639.337/SP, o Supremo Tribunal Federal tratou do tema *não sob a perspectiva da vinculação do legislador, mas da do Executivo*, ao decidir a obrigatoriedade de o Município de São Paulo matricular crianças em instituições de ensino infantil, em cumprimento ao artigo 208, IV, da Constituição Federal.<sup>369</sup>

Ainda que o processo oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tenha tramitado em segredo de justiça, o que impossibilita sua avaliação mais detalhada, extrai-se do acórdão do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro

<sup>368</sup> Felipe Derbli refere-se à ADIn n.º 3.105/DF e a decisões de outros Tribunais Federais e Estaduais. Para consulta de tais decisões vide DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, p. 189 e ss.

<sup>369</sup> STF, 2.ª T., Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 639.337/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.08.2011, v.u.

Celso de Mello, que o caráter programático do direito à educação, consagrado no artigo 208, IV, da Constituição Federal, não autoriza concluir que tal direito trate de mera promessa, porque a norma constitucional, ainda que programática, tem eficácia jurídica e natureza cogente, obrigando o Poder Público a concretizar o direito nela consagrado, sob pena de violar a Carta Magna por ato omissivo.

É de tal ato omissivo, no entender do Ministro Celso de Mello, que a proibição do retrocesso protege o cidadão. Ou seja, a proibição do retrocesso funciona como obstáculo constitucional à frustração e ao inadimplemento, pelo Poder Público, de direitos prestacionais. Confira-se trecho do acórdão:

Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, *impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social que ele vive [...]*.

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à educação e à saúde, p. ex.), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado, exceto na hipótese – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

[...]

Isto significa, portanto, considerada a indiscutível primazia reconhecida aos direitos da criança e do adolescente [...], *que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na inadequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes*, não podem nem devem representar obstáculos à execução pelo poder Público, notadamente pelo Município (CF art. 211, § 2.º), da norma inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave violação a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação, cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu alcance, *o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário [...]*”.

Valendo-se da ressalva feita acerca do acesso à decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu origem ao acórdão supracomentado, não entendemos adequado invocar a proibição do retrocesso no caso.

É fato que a proibição do retrocesso também vincula o Executivo, mas não acreditamos que a mera omissão ou inércia do Poder Público sejam formas de sua manifestação, pois o princípio exige a modificação profunda de um estado determinado de garantias fundamentais consagradas, e, se há omissão ou inércia, não se pode pressupor um estado anterior de coisas em que tais garantias eram asseguradas.

Assim, seria pertinente invocar a proibição do retrocesso no caso, se, por qualquer motivo, tivesse a Municipalidade entendido que o número de vagas mínimo disponibilizado a alunos devesse ser reduzido sem qualquer contrapartida ou fato apto a justificar a decisão, como a menor procura dos interessados pelas creches. Não parece, entretanto, ser esse o contexto do caso.

Mais recentemente, a proibição do retrocesso foi invocada em julgamento da ADC n.º 29<sup>370</sup> ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS), em que se buscou a declaração de constitucionalidade de normas contidas na Lei Complementar n.º 135/2010 (Lei da Ficha Limpa).

A discussão sobre a aplicabilidade da proibição do retrocesso ao caso e, consequentemente, da eventual declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar decorreu da perspectiva de restrição, pela lei, do alcance do conceito de “presunção de inocência”.

O Supremo Tribunal Federal afastou a incidência da proibição do retrocesso ao caso e declarou a constitucionalidade da Lei Complementar sob os seguintes fundamentos:

---

<sup>370</sup> STF, Tribunal Pleno, ADC 29/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16.02.2012, por maioria.

**(a) *Inexistência do pressuposto indispensável à incidência da proibição do retrocesso*** – qual seja a obrigatoriedade de a norma constitucional que se alega violada ter se expandido, “de modo a que essa compreensão mais ampla tenha alcançado consenso básico profundo e, dessa forma, tenha radicado na consciência jurídica geral” ou no “sentimento jurídico”, pois não é possível admitir que

[...] a extensão da presunção de inocência para além da esfera criminal tenha atingido o grau de consenso básico a demonstrar sua radicação na consciência jurídica geral. Antes o contrário: a aplicação da presunção constitucional de inocência no âmbito eleitoral não obteve suficiente sedimentação no sentimento jurídico coletivo – daí a reação social antes referida – a ponto de permitir a afirmação de que a sua restrição legal em sede eleitoral [...] atentaria contra a vedação de retrocesso.

**(b) *Inexistência de arbitrariedade na restrição legislativa*** – já que a lei complementar teria observado os princípios ou postulados da proporcionalidade e razoabilidade.

Não se pode dizer que foi apropriada a invocação da proibição do retrocesso pelo PPS, porque, no final, o que se estava a discutir seria a violação não da proibição do retrocesso em si, mas diretamente de dispositivo constitucional que trata da presunção de inocência. Não havia anterior consolidação legal da presunção de inocência eleitoral, de modo mais abrangente do que o disciplinado pela “Lei da Ficha Limpa”.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, no entanto, é interessante porque dela se pode também extrair o entendimento de que só é tutelada pela proibição do retrocesso a interpretação jurisprudencial em determinado e reiterado sentido acerca do alcance de normas fundamentais. Essa construção nos parece válida tão somente, contudo, se associar-se à interpretação do nível legalmente concretizado dos direitos fundamentais.

Afora as decisões do Supremo Tribunal Federal que invocam a proibição do retrocesso, há outras tratando da proibição do retrocesso na esfera estadual. Foi com base no conceito, por exemplo, que o Tribunal de Justiça de São Paulo afastou

a possibilidade de reduzir o valor de pensão devida a viúva de Procurador da República.<sup>371</sup> Explica-se.

Em 2007, a Lei Complementar n.º 1.012 do Estado de São Paulo, editada de acordo com a Emenda Constitucional n.º 41/2003, que instalou nova relação jurídica no sistema, estabeleceu teto à integralidade da pensão por morte de servidor público.

O teto passou a ser o limite máximo fixado para o regime geral de previdência social. Logo, se o valor devido não atinge o limite máximo, o benefício será devido na integralidade. No entanto, se o valor atinge tal limite, aplica-se o montante do regime geral acrescido de 70% da parcela que exceder o limite (redutor).

A Lei Complementar do Estado de São Paulo, contudo, não acompanhou a adaptação da Emenda Constitucional n.º 41/2003 pela Emenda Constitucional n.º 47/2005, que assegurou, a qualquer tempo, a pensão *integral* aos dependentes dos servidores públicos, que até a data da publicação da Emenda Constitucional n.º 41/2003 tivessem cumprido todos os requisitos para a obtenção desses benefícios (artigo 3.º, parágrafo único).

Como a Lei Complementar paulista não observou a ressalva feita pela Emenda Constitucional n.º 47/2005, o Instituto de Pagamentos Especiais de São Paulo (Ipesp) passou a aplicar o redutor salarial e a proceder a descontos em pensões pagas a viúvos, gerando discussões.

Levada a discussão ao Judiciário, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu pela irregularidade dos descontos realizados pelo Ipesp quando o servidor já estivesse aposentado na época da promulgação da Emenda Constitucional n.º 41/2003. e mesmo da Lei Complementar n.º 1.012/2007, porquanto. uma vez consolidada sua situação, seria claro retrocesso suprimir “as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive”. Na analisada

---

<sup>371</sup> Vide como exemplo: TJSP, 3.ª Câmara de Direito Público, AC n.º 0012097-87.2011.8.26.0053, Rel. Des. Amorim Cantuária, j. 15.05.2012, v.u.

decisão, a proibição do retrocesso fortemente se associa à ideia de direito adquirido.

*In verbis:*

Acresça-se, ademais, que negar à apelante o pagamento da pensão nos termos em que se lê a Emenda n. 47/05, no seu art. 3.º, § único, como aqui se interpreta a Constituição, *resultará em evidente retrocesso, porquanto maltratado o princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social (última etiologia da pensão devida por morte), impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive* (“Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais”, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco; “Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, Andreas Joachim Krell).

A eventual análise que se poderia ter construído diante da proibição do retrocesso seria, no máximo, a partir do texto da Emenda Constitucional n.º 41/2003, que modificou a disciplina até então vigente sobre a pensão por morte. Estar-se-ia, é verdade, examinando a questão sob diferente e novo ângulo, que não o infraconstitucional, no qual efetivamente se invoca a proibição do retrocesso. Não vem ao caso aprofundar-se nesse tema. A ideia é tão somente demonstrar que em sede infraconstitucional o que houve no caso concreto não foi propriamente uma violação à proibição do retrocesso, mas um descompasso e inobservância dos termos de norma hierarquicamente superior (Emenda Constitucional n.º 47/2005).

Do até aqui exposto vê-se que, salvo algumas exceções,<sup>372</sup> a doutrina nacional refere-se majoritariamente à proibição do retrocesso como princípio que veda a pura e simples supressão ou restrição do *grau legalmente concretizado dos direitos fundamentais sociais*, decorrentes de normas definidoras de direitos.<sup>373</sup> A doutrina defende que tais direitos, como consagrados na Carta Magna, não possuem completa eficácia ou permitem o pleno exercício por seu titular, porque

<sup>372</sup> A respeito da proibição do retrocesso como modalidade de eficácia jurídica dos princípios fundamentais, vide BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 85 e ss.; e BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 379.

<sup>373</sup> Mantêm-se as ressalvas feitas ao longo do texto acerca das diferentes correntes teóricas sobre a classificação das normas constitucionais quanto à eficácia e efetividade, e a respeito das referências concernentes à aplicabilidade da proibição do retrocesso também às normas programáticas, dependendo da corrente teórica, à qual cada um se filia.

dependem de atividade legislativa para instrumentalização das prestações e medidas a serem adotadas para sua execução, o que só ocorre em sede infraconstitucional, e daí a necessidade de preservação desse nível legal de proteção alcançado.

Assim como a doutrina, os nossos Tribunais ainda se referem de forma majoritária à proibição do retrocesso como princípio e “instituto” de tutela dos direitos fundamentais sociais, ou seja, reconhecem o que JOSÉ VICENTE DOS SANTOS MENDONÇA denominou de *proibição do retrocesso específica*.<sup>374</sup> É verdade, no entanto, e como se viu, que o conceito não costuma ser invocado sempre com rigor aos critérios de sua concepção.

De resto, repete-se tanto na doutrina como na jurisprudência o pouco interesse pelo exame da natureza do conteúdo essencial dos direitos tutelados pela proibição do retrocesso e das situações em que o *retrocesso* estaria autorizado. Fala-se em proteção do conteúdo essencial sem defini-lo e em proibição do retrocesso desproporcional sem aprofundar-se no tema.

Aos poucos a vedação do retrocesso começa a ser invocada para proteção de outros direitos fundamentais, como o direito ao meio ambiente equilibrado, mas também aí permanece a menção genérica à aceitação de um princípio relativo, sem que se aprofunde no que seria essa relatividade, ou tão somente se assuma que o “voltar atrás” estaria admitido em situações bastante extremas.<sup>375</sup>

### **3.4 Proibição do retrocesso ambiental: a visão da doutrina no direito comparado e no Brasil**

A proibição do retrocesso ambiental vem invocada pela doutrina e jurisprudência, conforme se verá, ao lado da essencialidade do meio ambiente à

---

<sup>374</sup> MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo, p. 219.

<sup>375</sup> Acerca do assunto e da possibilidade de retroceder em situações de calamidade, estado de sítio, entre outras bastante extremas, vide como exemplo as considerações no âmbito do direito ambiental de ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Europeia, p. 58; e MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição do retrocesso*, p. 110-111.

vida digna, da necessidade de se manter um nível elevado de sua proteção, que nada mais seria do que a maximização do direito fundamental ao meio ambiente, e da progressiva implantação do direito ao equilíbrio ecológico.

Nesse contexto, comumente faz-se referência a tratados internacionais para embasar a fundamentalidade do meio ambiente, o dever de progredir e, por consequência lógica, a vedação de retroceder. Não são escassos os instrumentos que remetem ao progresso ecológico e levam a doutrina<sup>376</sup> a afirmar que daí se extrairia também a impossibilidade de retroceder.

O artigo 2.º, n.º 1, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), por exemplo, prevê que

[...] cada Estado-parte no [...] Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no [...] Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Por seu turno, o artigo 12, n.º 2, *b*, de citado Pacto inclui a melhoria do meio ambiente entre as medidas que os Estados-partes no Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício do direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), no artigo 26, estabelece que

[...] os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura [...]

---

<sup>376</sup> Nesse sentido, entre outros, vide CHACÓN, Mario Peña. El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 66, p. 11-54, abr.-jun. 2012.

na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

O dispositivo é complementado pelos artigos 1.º e 11 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), de acordo com os quais a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente devem ser promovidos.

Poderíamos citar vários outros Tratados Internacionais que se referem à progressiva proteção do meio ambiente, mas centraremos-nos no antigo artigo 174, 2, do Tratado da União Europeia, atual artigo 191, 2, do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia, de acordo com o qual

[...] a política da União no domínio do ambiente terá por objectivo atingir um *nível de protecção elevado*, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da União. Basear-se-á nos princípios da precaução e da acção preventiva, da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente e do poluidor-pagador.<sup>377</sup>

Com base neste último dispositivo, ALEXANDRA ARAGÃO<sup>378</sup> sustenta que a proibição do retrocesso ambiental seria a manifestação mínima do que denomina de *princípio do nível elevado de protecção do meio ambiente*. Para a jurista, a proibição do retrocesso, também concebida como princípio, far-se-ia evidente no momento legislativo secundário, isto é, em sede de revisão de legislação, impedindo o recuo a níveis de protecção inferiores aos anteriormente consagrados, a menos que as *circunstâncias de fato* se alterassem significativamente, ou seja, sempre que, por exemplo, cientificamente afastado o perigo de extinção antropogênica, isto é, a efetiva recuperação ecológica do bem protegido pela lei vigente, ou cientificamente

---

<sup>377</sup> Texto extraído do *Jornal Oficial da União Europeia* C 83, 53. ed., 30 mar. 2010. Edição em língua portuguesa. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:FULL:PT:PDF>>. Acesso em: 21 jan. 2013. Destaque nosso.

<sup>378</sup> ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Europeia, p. 56 e ss.

confirmado que a lei vigente não era a forma mais adequada de proteção de determinado bem.<sup>379</sup>

ALEXANDRA ARAGÃO<sup>380</sup> assevera ainda que no âmbito do direito interno dos países da União Europeia a proibição do retrocesso importaria que a suspensão da legislação em vigor só seria admissível se verificada uma situação de calamidade pública, um estado de sítio ou um estado de emergência grave. Ainda assim, em todos esses casos, o retrocesso ecológico seria transitório, correspondendo ao momento do “estado de exceção”.

CARLOS ALBERTO MOLINARO refere-se ao princípio da retrogradação ambiental como princípio que veda a degradação das condições ambientais conquistadas, afetando o *núcleo do direito ambiental*, e, por consequência, permite que ao menos o mínimo existencial ecológico seja concretizado. Confira-se:

[...] [o princípio dirige-se] à concretude das condições de um *mínimo existencial ecológico*, desde uma perspectiva de efetivação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica. Portanto, em sede de direitos fundamentais, a proibição da retrogradação (socioambiental) vincula o legislador infraconstitucional ao poder originário revelador da Constituição, não podendo a norma infraconstitucional retroceder em matéria de direitos fundamentais declarados pelo poder constituinte. Contudo, [...] este princípio não é absoluto, *dirige-se a porção apenas do que se considera como “núcleo essencial” do direito fundamental*, [...] a *“fronteira que o legislador não pode ultrapassar, delimitando o espaço que não pode ser invadido por uma lei sob o risco de ser declarada inconstitucional”*, fronteira espacial que está demarcada e que não poderá ser violada em afronta à Constituição.<sup>381</sup>

<sup>379</sup> Quanto ao *princípio* do nível elevado de proteção ambiental, Carlos Bernal Pulido esclarece que cabe ao Estado-membro da União Europeia precisar o grau de tutela do meio ambiente a ser alcançado em seu território sempre e quando o exercício dessa faculdade não constitua uma medida de discriminação dos produtos estrangeiros o que será evidenciado após o teste da proporcionalidade (PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad en el control de las medidas estatales ambientales de efecto equivalente en el derecho comunitario europeo. *Revista Derecho del Estado*, n. 9, dic. 2000).

<sup>380</sup> ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Europeia, p. 58.

<sup>381</sup> MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição do retrocesso*, p. 110-111.

Os conceitos de núcleo essencial e mínimo existencial não são claramente abordados pelo jurista, sobretudo sob uma perspectiva teórica a fundamentar sua posição acerca do tema.<sup>382</sup> Como se viu, isso ocorre em praticamente todos os casos em que a doutrina nacional fala em proibição do retrocesso.

Para HERMAN BENJAMIN, a proibição do retrocesso é princípio geral do direito ambiental

[...] a ser invocado na avaliação da legitimidade de iniciativas legislativas destinadas a reduzir o patamar de tutela legal do meio ambiente, mormente naquilo que afete em particular a) processos ecológicos essenciais, b) ecossistemas frágeis ou à beira de colapso, e c) espécies ameaçadas de extinção.<sup>383</sup>

Já SARLET e FENSTERSEIFER sustentam que “a humanidade caminha na perspectiva de ampliação da salvaguarda da dignidade humana, conformando a ideia de um ‘patrimônio político-jurídico’ consolidado ao longo do seu percurso histórico-civilizatório, para aquém do qual não se deve retroceder”.<sup>384</sup> Para os juristas, a “dimensão” ambiental certamente integraria esse “patrimônio político-jurídico” que impediria retrocessos.

<sup>382</sup> Carlos Alberto Molinaro, de um modo geral, centra-se na multidisciplinaridade do meio ambiente e em seu caráter transcendental para concluir que, “*nuclearmente*, o direito ambiental é um *produto cultural*, destinado a estabelecer um procedimento de proteção e corrigenda dos defeitos de adaptação do ser humano ao *habitat*, numa relação inclusiva de condições bióticas e abióticas; está dominado por *normas* (princípios e regras) e *técnicas* que estabelecem um mínimo de segurança e que defendem, promovem, conservam e restauram o ‘meio ambiente’”. É essa a noção que norteia seu trabalho (MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição do retrocesso*, p. 47).

<sup>383</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE. *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, p. 55-72, p. 62, 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

<sup>384</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a proibição do retrocesso em matéria (socio)ambiental. In: COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE. *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, p. 121-206, p. 141, 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

Vê-se, em geral, por parte da doutrina, grande similaridade entre o conceito de proibição do retrocesso no âmbito dos direitos sociais e na esfera ambiental.<sup>385</sup>

### 3.5 A jurisprudência e a proibição do retrocesso ambiental

Na jurisprudência, a proibição do retrocesso ambiental vem invocada das mais variadas formas. Na maioria das vezes, está dissociada da ideia original de *nível legalmente concretizado do direito ambiental* e alteração legal desse nível. Em tais hipóteses, não se fala em conteúdo essencial ou em mínimo existencial ecológico, mas recorre-se ao conceito de proibição do retrocesso para tutela da legislação que pareça ser mais rigorosa do ponto de vista ambiental. Essa análise costuma partir do exame isolado dos dispositivos legais e normalmente ignora circunstâncias fáticas e jurídicas que deveriam pautar o estudo. Daí por que não se associa à ideia original da preservação do nível legalmente concretizado do direito.

Nesse contexto, salvo algumas exceções, que serão abordadas adiante, nossos Tribunais não parecem recorrer às premissas que consagraram o conceito no âmbito dos direitos sociais.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou formalmente acerca do assunto, apesar de o tema ter sido levado ao seu conhecimento, em 2009, pela Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.252, na qual se discute a inconstitucionalidade do Código de Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (Lei Estadual n.º 14.675/2009).

A legislação catarinense, entre outras questões, fixou a extensão das faixas das áreas de preservação permanente (APP) em metragem inferior à estabelecida pela revogada Lei Federal n.º 4.771/1965 (Código Florestal) e por Resoluções do Conselho Nacional de Meio Ambiente (Conama), levando o Procurador-Geral da

---

<sup>385</sup> Acerca de adicionais abordagens do tema na esfera ambiental vide: Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

República a arguir a inconstitucionalidade da lei com base, também, na proibição do retrocesso.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou sequer em sede de liminar e a questão tende a restar prejudicada, diante da revogação do Código Florestal pela Lei Federal n.º 12.651/2012, que, por sua vez, também é alvo de ações diretas de inconstitucionalidade,<sup>386</sup> fundadas na proibição do retrocesso.

No Superior Tribunal de Justiça, há apenas um julgado,<sup>387</sup> que trata expressamente da proibição do retrocesso ambiental. O acórdão é da relatoria do Ministro Herman Benjamin e conhecido como “caso City Lapa”. A discussão decorreu de Lei Municipal, que estabeleceu restrições menos rigorosas do que as convencionalmente fixadas por loteador e anteriormente aprovadas pela Prefeitura, levantando a dúvida sobre qual das restrições deveria prevalecer: as legais ou as convencionais devidamente aprovadas pela autoridade municipal.

Muito embora o Superior Tribunal de Justiça tenha reconhecido que o legislador pode abrandar as exigências urbanístico-ambientais convencionais, destacou que,

[...] 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 [diante de inequívoca e excepcional motivação de interesse público, que não teriam sido verificadas no caso].

Para o Superior Tribunal de Justiça, tal mandamento submeter-se-ia ao princípio da proibição de retrocesso, “garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão destruídos ou negados pela geração atual”. Ao final, reconheceu-se, a prevalência das restrições convencionais ambientalmente mais rigorosas, diante da ausência de plausível justificativa para se valer das disposições menos restritivas da legislação municipal. As restrições

---

<sup>386</sup> Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.ºs 4.901, 4.902 e 4.903.

<sup>387</sup> STJ, 2.ª T., REsp n.º 302.906/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 26.08.2010, por maioria.

convencionais assumiram a natureza do grau legalmente consagrado da tutela ambiental, isto é, de seu conteúdo essencial, que não poderia ser restringido sem a adequada fundamentação. Sob esse contexto e diante da ausência de fundamentação para restrição do direito, a aplicação do conceito associa-se à ideia de vedação de retroceder desenvolvida no âmbito dos direitos sociais e isso ficará mais claro adiante, quando nos propomos a esmiuçar a definição e abrangência da proibição do retrocesso ambiental.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, encontram-se julgados idênticos acerca da proibição do retrocesso, relacionados à queima irregular da palha da cana-de-açúcar, nos quais o Tribunal divergiu quanto ao valor da multa que deveria ser aplicada ao infrator.<sup>388</sup> Alguns julgadores entenderam que, apesar de a Lei Estadual n.º 10.547/2000 ser norma específica aplicável aos casos de queima irregular da palha da cana, em caso de cometimento de infração com base em referida lei, deveriam prevalecer as sanções administrativas do Regulamento da Lei Estadual n.º 997/1976, aprovado pelo Decreto Estadual n.º 8.468/1976, que dispõe sobre o controle e prevenção do meio ambiente de *forma geral*, pois, mesmo diante de lei específica para disciplinar o assunto (Lei Estadual n.º 10.547/2000), o Regulamento trataria do apenamento do infrator de forma mais gravosa do que a lei específica.

Os desembargadores que se filiaram à tese de que a “sanção menos gravosa” violaria a proibição do retrocesso defenderam que, “em matéria ambiental, deve prevalecer o princípio de proibição do retrocesso, incidente, sobretudo na aplicação da normatividade protetiva do Meio Ambiente, e que impõe ao Estado-juiz o dever de impedir qualquer forma de retrogradação em matéria ambiental”.

---

<sup>388</sup> Veja: TJSP, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, AC n.º 9153021-28.2009.8.26.0000, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 02.06.2011, por maioria; TJSP, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, 0026950-81.2008.8.26.0320, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 09.02.2012, v.u.; TJSP, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, AC n.º 0002401-86.2007.8.26.0596, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 20.10.2011, v.u.; TJSP, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, AC n.º 0002252-27.2007.8.26.0132, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 09.02.2012, v.u.; TJSP, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, AC n.º 0002478-88.2007.8.26.0372, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 29.03.2012, v.u.

Recorde-se que a situação é bem próxima da examinada no Acórdão n.º 221/2011 do Tribunal Constitucional de Portugal, anteriormente abordado. Naquele caso, discutia-se a violação à proibição do retrocesso por revogação de dispositivo, que previa aplicação de sanção ao empregador, que deixasse de submeter o trabalhador a exame de saúde em determinadas condições. Como lá entendido, não acreditamos que aqui se trate de situação a ser disciplinada pela proibição do retrocesso, porquanto a alteração da sanção aplicada à determinada infração ambiental é *obrigação acessória*, que não afeta o conteúdo essencial do direito fundamental ao meio ambiente materializado pelo controle da queima da palha da cana. A disciplina de sanções é questão atinente à esfera de discricionariedade do legislador e, além disso, no caso concreto, está-se diante de matéria disciplinada por lei especial, que deve prevalecer à *lei* geral, já que as sanções nesta dispostas norteiam genericamente todo e qualquer tipo de infração ambiental, sem abarcar as peculiaridades de cada infração.

No Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais há poucos acórdãos que tratam expressamente da proibição do retrocesso ambiental. Entre esses poucos julgados destacam-se os que esclarecem a importância do Judiciário no combate ao retrocesso e nos quais o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais consignou que, se o Judiciário deixar de aplicar a legislação ambiental mais avançada para julgamento dos casos, priorizando concepções excessivamente liberais, ele próprio promoverá o retrocesso ambiental. Veja-se:

Se o Judiciário não aplica a legislação mais avançada, a sociedade perderá as suas esperanças, com a sensação quase intolerável de impunidade que já existe.

Por isso é que ao intérprete, preso, muitas vezes, a concepções liberais, torna-se difícil outorgar eficácia direta da norma constitucional a casos envolvendo o meio ambiente. Esquecido da matriz constitucional e valorizando demais a livre-iniciativa, esquece-se de que deveria considerar, na sua ponderação, fatores que merecem relevo especial, como a manifesta injustiça ou ausência de razoabilidade dos critérios; a preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; e o risco para a dignidade da pessoa humana e sua própria sobrevivência.

[...]

Este princípio – do não retrocesso – vincula também, no caso do Brasil, o próprio Judiciário – e não apenas o legislador.

*O direito ambiental brasileiro tem uma legislação moderna, admirada no mundo inteiro. Se o Judiciário recusa-se à sua aplicação, há, inegavelmente, um retrocesso danoso, que Canotilho condena com a invocação do princípio do não retrocesso.*<sup>389</sup>

A decisão não se aprofunda na análise da proibição do retrocesso, e do pouco que aborda o assunto vê-se que não guarda relação direta com sua concepção original. De fato, não se trata de exigir do Judiciário a aplicação da lei ambiental mais avançada, mas a preservação de determinado grau de consagração legal do direito ambiental decorrente de norma proporcional.

Em outro caso em que invocou a proibição do retrocesso, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais analisou a possibilidade de se manter – ou não – construção em área de preservação permanente, diante de ocupação antrópica consolidada à luz da legislação ambiental federal e estadual.

O Tribunal concluiu com base nas provas acostadas aos autos e na legislação estadual (Lei Estadual n.º 14.309/2002), que prevê o respeito às ocupações antrópicas em áreas de preservação permanente, que, desde que respeitados certos requisitos, no caso concreto, a construção não deveria ser demolida, porque **(a)** construída há mais de trinta anos em um clube recreativo, voltado para os objetivos da preservação ambiental, não teria causado dano ambiental; **(b)** não teria sido apurado se a construção ensejou a retirada da cobertura vegetal na área; e **(c)** não seria razoável que uma construção erguida nos idos de 1980, antes da instituição no âmbito do Estado de Minas Gerais dos critérios específicos de proteção ambiental, fosse demolida sem a demonstração de que a proteção ambiental da área está comprometida pela existência da benfeitoria consolidada.

---

<sup>389</sup> TJMG, 7.<sup>a</sup> Câmara Cível, AC n.º 1.0079.02.004099-8/001, Rel. Des. Heloisa Combat, j. 29.04.2008, por maioria. Nesse mesmo sentido: TJMG, 7.<sup>a</sup> Câmara Cível, AC n.º 1.0702.03.083613-5/002, Rel. Des. Edivaldo George dos Santos, j. 11.11.2008, por maioria e TJMG, 7.<sup>a</sup> Câmara Cível, AC n.º 1.0702.06.266467-8/003, Rel. Des. Alvim Soares, j. 31.03.2009, por maioria. Curioso observar que, nos casos em que o entendimento exposto sobre a proibição do retrocesso foi manifestado, os votos foram vencidos na Câmara, em virtude de questões processuais que envolviam os casos examinados.

O Tribunal invocou a proibição do retrocesso para registrar que a interpretação da Lei Estadual n.º 14.309/2002, que prevê o respeito às ocupações antrópicas consolidadas em APPs, deve ser feita com cautela e sempre levando em conta as peculiaridades do caso para se evitar o *retrocesso ambiental*. Confira-se:

Não se pode esquecer que o alargamento do conceito de ocupação antrópica consolidada ensejaria a aplicação indiscriminada do referido art. 11 com *retrocesso ambiental*, tornando-se entrave para a efetiva tutela protetiva das áreas de proteção permanente – já estabelecida na forma de normas gerais pelo Código Florestal –, *na medida em que consolida toda a ocupação humana, sem locação alternativa, concluída até junho de 2002, sem permitir que seja aferido, caso a caso, o efetivo prejuízo ambiental dali decorrente, sem se preocupar em fazer distinção quanto à ocupação antrópica regular e a irregular e, mais grave ainda, sem garantir a proteção ambiental descrita no art. 225, § 1.º, inc. III, da CR, que veda qualquer utilização comprometedora da integridade dos atributos que justifiquem a proteção daquelas áreas.*<sup>390</sup>

A decisão parte da disciplina das APPs pela legislação federal e sua alteração pela legislação estadual, decidindo que não há retrocesso se a “flexibilização da lei federal” pela norma estadual for examinada caso a caso. A proibição do retrocesso teria o papel de orientar a interpretação da norma estadual, vedando que toda e qualquer ocupação antrópica seja autorizada e mantida em APP. Para o Tribunal, a proibição do retrocesso importaria, assim, a análise de ocupações antrópicas caso a caso, nos termos da Lei Estadual n.º 14.309/2002, decidindo-se sobre sua regularidade ou não.

A decisão não foi minuciosa no exame da proibição do retrocesso e premissas do conceito, mas não deixou de examinar, ainda que implicitamente, o nível legalmente consagrado do direito ao meio ambiente e a possibilidade de sua restrição proporcional, a ser também considerada caso a caso.

Ainda quanto às discussões sobre a proibição do retrocesso no Estado de Minas Gerais, curioso observar que durante a vigência do Código Florestal o Ministério Público do Estado de Minas Gerais buscava afastar a aplicabilidade da Lei

<sup>390</sup> TJMG, 8.ª Câmara Cível, AC n.º 1.0702.06.297652-8/001, Rel. Des. Edgard Penna Amorim, j. 26.05.2011, v.u. Grifos nossos.

Estadual n.º 14.309/2002 dos casos em que poderia ser invocada, porquanto, em seu entendimento, violaria a proibição do retrocesso por ser mais permissiva do que a legislação federal quanto às ocupações em APP.

Com a revogação do Código Florestal pela Lei Federal n.º 12.651/12012, que alterou o regime de preservação de APPs e áreas de reserva legal, o Ministério Público passou a considerar a nova lei federal inconstitucional por, em sua visão, diminuir a proteção ambiental antes assegurada pelo Código Florestal e, conseqüentemente, violar a proibição do retrocesso. Nesse contexto, hoje, ao contrário do que se viu no passado, o Ministério Público pugna pela aplicação da legislação estadual a todos os casos envolvendo a regularização de APPs e reserva legal, por considerá-la “mais rigorosa” do que a legislação federal.<sup>391</sup>

O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo também se valeu da proibição do retrocesso ambiental para fundamentar seu posicionamento acerca da inconstitucionalidade de leis editadas pelo Município de Vila Velha.

No julgamento da ADIn n.º 100080006834,<sup>392</sup> o Tribunal Pleno entendeu que a Lei Municipal n.º 4.575/2007, que alterou o Plano Diretor Municipal, padeceria de inconstitucionalidade, pois suas novas disposições propiciariam um retrocesso tanto na ordem urbanística quanto na ambiental ao dispensarem a elaboração de Estudo de Impacto de Vizinhança para certas obras, que de acordo com a Constituição Estadual não estavam dispensadas da elaboração de tal estudo.

O Tribunal fala em proibição do retrocesso ambiental para evitar que o nível do direito ambiental concretizado em sede da legislação estadual seja desproporcionalmente restringido por lei municipal. Essa é a linha do voto vencedor. Vejam-se alguns trechos do citado acórdão:

---

<sup>391</sup> Entre outras ações que vêm sendo ajuizadas pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, este é o caso da ACP n.º 0213734-14.2012.8.13.0701 em trâmite perante a 3.ª Vara Cível da Comarca de Uberaba.

<sup>392</sup> TJES, Tribunal Pleno, ADIn n.º 100080006834, Rel. Des. Carlos Roberto Mignone, j. 1.º.12.2011, por maioria.

De certo, que este princípio possui como alcance a impossibilidade de redução dos direitos sociais amparados pela Carta da República, direitos estes que já foram adquiridos e acumulados dentro do patrimônio jurídico do cidadão. E mais, visa ainda impedir que o legislador infraconstitucional possa suprimir normas de justiça social que já fazem parte da vida em comum.

[...]

Deste modo, tendo-se em mente que o meio ambiente artificial estará sendo atingido pela norma em comento, bem como que haverá um retrocesso na possibilidade de realização de grandes construções sem o necessário estudo de impacto de vizinhança, entendo que a norma municipal está afrontando a Constituição Estadual, que expressamente prevê a obrigatoriedade do relatório de impacto ambiental.<sup>393</sup>

A discussão aqui também poderia ser travada a partir da inconstitucionalidade da lei municipal por inobservância dos termos da legislação estadual. De todo modo, preserva-se, na construção, o conceito de proibição do retrocesso associado ao grau legalmente concretizado do direito ao meio ambiente.

Interessante mencionar que o voto vencido reconheceu não haver qualquer retrocesso nas disposições da nova lei municipal, diante da imperativa necessidade de interpretá-la como um todo e não apenas seus dispositivos isolados. Para o magistrado vencido, muito embora a lei não vinculasse certas obras ao Estudo de Impacto de Vizinhança, como um todo, a legislação teria preservado o *núcleo essencial do direito em seus mais variados aspectos* e, portanto, não haveria inconstitucionalidade por violação à proibição do retrocesso. O voto vencido assim dispôs:

[...] afigura-se de todo imprescindível empreender uma *interpretação sistemática dos dispositivos impugnados com os demais que compõem o diploma normativo em questão, de modo que, aí sim, seja possível avaliar, sob uma perspectiva global, se o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente, nos seus mais variados aspectos, restou preservado pelo legislador municipal.*

[...]

Extrai-se do inteiro teor da lei impugnada que, além dela ter como um dos princípios fundamentais a sustentabilidade urbana e ambiental (art. 4.º, inc. IV), deixando claro que a propriedade urbana

---

<sup>393</sup> Trecho extraído do voto do Desembargador Maurílio Almeida de Abreu.

cumpra sua função social quando utilizada, dentre outros modos, como suporte a atividades econômicas compatíveis com a preservação, proteção e recuperação do ambiente natural e construído (art. 7.º, inc. III), institui uma série de diretrizes a serem efetivamente observadas, tais como a preservação de bens e recursos naturais (arts. 15 a 17) e dos bens culturais (arts. 18 a 21), não deixando inclusive de ressaltar a essencialidade da preservação do patrimônio ambiental e cultural (arts. 22 a 23), tanto que prevê também que devem ser elaborados estudos específicos com a definição de critérios de preservação da visualização dos elementos naturais e construídos, componentes da imagem da cidade.

Diante desse cenário, parece-me não ser possível afirmar, neste controle abstrato de normas, que a lei vergastada encontra-se em descompasso com o princípio da vedação do retrocesso, pois, *vista na sua inteireza, apresenta-se claro o propósito do legislador municipal de manter a incolumidade do núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente nos seus aspectos natural, artificial e cultural.*

Já no julgamento do pedido liminar formulado nos autos da ADIn n.º 100110030515,<sup>394</sup> o Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo invocou a proibição do retrocesso para suspender a vigência da Lei Municipal n.º 5.155/2011, que, ao dispor sobre alterações no Plano Diretor Municipal de Vila Velha, entre outras questões, criou zonas industriais em áreas verdes e reduziu áreas de preservação ambiental, alterando o perímetro de áreas protegidas, como Parques Municipais.

O Tribunal de Justiça do Espírito Santo viu a proposta da lei como um retrocesso ambiental e invocou, assim como feito no caso acima analisado, o princípio da proibição do retrocesso para fundamentar o raciocínio construído no acórdão. Nesse caso, assim como no outro, e sem que façamos uma análise profunda do mérito da decisão em si, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo invoca a proibição do retrocesso como construída no âmbito dos direitos sociais, envolvendo a proteção do nível legalmente alcançado do direito. Veja-se:

Ficaram claros, a meu ver, os vícios de inconstitucionalidade, consubstanciados na ofensa a princípios norteadores da construção legislativa atinente à política de desenvolvimento urbano, como o da

---

<sup>394</sup> TJES, Tribunal Pleno, ADIn n.º 100110030515, Rel. Des. Carlos Simões Fonseca, j.17.11.2011, v.u.

democracia participativa, ofendido pela ausência da participação popular no processo de elaboração da Lei, além de ofendido o princípio do não retrocesso social, com a diminuição das Zonas de interesse ambiental e mesmo a sobreposição de Zonas de natureza exploratória.

Quanto às duas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo mencionadas anteriormente, vale registrar que nenhuma aborda expressamente violação da proibição do retrocesso ambiental. Invocam, sempre, a proibição do retrocesso social como fundamento da tutela do direito ao meio ambiente equilibrado.

Da análise feita nos parágrafos anteriores e de tantas outras decisões extraídas de nossos Tribunais<sup>395</sup> percebe-se que, muitas vezes, a jurisprudência refere-se, sem critério, à proibição do retrocesso e, como consequência lógica, sem o desenvolvimento das ideias de conteúdo essencial e limites para retroceder, que a ela diretamente se relacionam.

Portanto, para que não se venha a falar em proibição do retrocesso ambiental em todo e qualquer caso, e sempre que parecer conveniente, é preciso estabelecer certos critérios acerca de seu conceito e âmbito de aplicação. Do contrário, a proibição do retrocesso passará a ser invocada aqui e ali como fundamento para obstar a aplicabilidade de toda e qualquer lei que se pretenda, sem critérios específicos, classificar como *menos protetiva para o meio ambiente*.

---

<sup>395</sup> Em outro acórdão, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais analisou a possibilidade de ser reduzida em 50% a tarifa cobrada pela concessionária local de tratamento de água e esgoto, se 50% da tarifa correspondesse ao serviço, porém a própria concessionária reconheceu que tal serviço não era prestado.

O Desembargador Wander Marotta invocou a proibição do retrocesso para fundamentar seu entendimento de que, tendo a própria concessionária reconhecido a deficiência no serviço prestado, seria um *retrocesso* o Judiciário ignorar tal declaração em sua decisão e não reduzir o valor da tarifa. Veja-se: “Esse princípio do não retrocesso a mim me parece ser, aqui, perfeitamente aplicável, partindo do que se conquistou, não na decisão judicial em si, mas no que a própria empresa reconhece. Então, a partir do momento que ela reconhece cinquenta por cento, não se deve admitir retrocesso nesse reconhecimento” (TJMG, Corte Superior, AgRg 1.0000.07.458096-0/001, Rel. Des. Cláudio Costa, j. 26.03.2008, por maioria). A proibição do retrocesso, neste caso, não guarda qualquer identidade com a concepção original do conceito. É invocada como orientação à razão de decidir, diante do reconhecimento da procedência do pedido pelo réu.

### 3.6 Proibição do retrocesso ambiental, a regra da proporcionalidade e a visão global do conceito

Adotada a premissa de que toda regulamentação é uma restrição e todo direito fundamental é restringível e regulamentável, não nos são úteis as classificações das normas constitucionais de acordo com sua eficácia e/ou efetividade, o que ficou claro nos itens 2.1 e 3.2 anteriores.

Dentro desse contexto de regulamentação/restrrição e da própria ideia relacionada de que todo direito fundamental e também deveres associados, de algum modo, dependem de prestações estatais (direitos a prestações em sentido amplo) voltadas ao seu exercício, incluindo os direitos de liberdade,<sup>396</sup> podemos afirmar que a proibição do retrocesso aplica-se e invoca-se para a tutela do *nível legalmente concretizado*<sup>397</sup> (regulamentação) de qualquer direito e dever fundamental, que passou a integrar o conteúdo essencial desse direito ou dever em determinado momento.<sup>398</sup> Concretamente, a proibição do retrocesso veda que tal conteúdo seja suprimido sem alternativas ou compensações ou desproporcionalmente restringido, atuando como *limitação jurídica* no teste da proporcionalidade durante a atividade legislativa de revisão. Vejamos minuciosamente.

Se toda restrição válida a direito ou a dever fundamental pressupõe o positivo teste da proporcionalidade, toda atividade de regulamentação também o exigirá. Logo, quando o legislador decide regulamentar o direito fundamental à integridade

<sup>396</sup> Nesse sentido ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 470 e ss.; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 77-78; e ROTHENBURG, Walter Claudius. Não retrocesso ambiental: direito fundamental e controle de constitucionalidade. In: COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE. *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, p. 254, 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>>.

<sup>397</sup> Nesse sentido, vide QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial, p. 66, conforme J. P. Müller.

<sup>398</sup> Nesse mesmo sentido, a partir de premissas diversas, vide SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre os deveres de proteção do estado e a garantia da proibição do retrocesso em matéria (socio)ambiental. In: LIMA, André; LAVRATTI, Paula; PRESTES, Vanêsa Buzelato (Org.). *Reforma do Código Florestal: limites jurídicos*. São Paulo: Instituto o Direito por uma Planeta Verde, 2011. p. 249.

do meio ambiente e os deveres a ele associados, e que são, como já se deixou claro, direito e deveres *prima facie*, ele deverá levar em conta todos os direitos e deveres com eles colidentes naquela determinada situação, realizando-os na máxima medida possível e dentro das possibilidades fáticas e jurídicas que circundam o caso.

Portanto, o resultado de determinada regulamentação pelo legislador ordinário do direito e do dever *prima facie* ao meio ambiente será o reconhecimento de que aquela medida, naquela intensidade, é a mais recomendada para tutela do meio ambiente, diante de todas as possibilidades fáticas e jurídicas existentes em determinado momento. Ou seja, cada regra de uma lei<sup>399</sup> ambiental deve ser o resultado do teste de proporcionalidade entre o direito ao meio ambiente/deveres associados e de princípios colidentes, necessariamente levando em conta as circunstâncias fáticas e jurídicas vigentes naquele momento da regulamentação.

Regulamentados o direito e os deveres *prima facie* à integridade do meio ambiente, estão eles sujeitos ao controle de constitucionalidade, que será feito, afora a análise de questões formais e materiais, nos moldes da regra da proporcionalidade, conforme já expusemos acima.<sup>400</sup>

Se se chegar à conclusão de que há inconstitucionalidade formal ou material, ou o teste de proporcionalidade não foi realizado a contento pelo legislador, então, a regulamentação não é válida, não é constitucional. Quanto à falha no teste da proporcionalidade, a inconstitucionalidade pode se dar por duas principais razões: **(a)** o legislador garantiu mais do direito ao meio ambiente equilibrado e dos deveres associados que, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, deveria. Evoca-se a proibição do excesso porque, nessas condições, estabelecer um nível

---

<sup>399</sup> Referimo-nos aqui à “lei” em sentido amplo para englobar, também, decretos, resoluções, instruções normativas, portarias etc. Obviamente há matérias que só podem ser reguladas por lei, e sua constitucionalidade depende da observância de tal condição. Contudo, toda disciplina ambiental, desde que respeitados os critérios formais e materiais de controle de constitucionalidade e a regra da proporcionalidade, dada a fundamentalidade do meio ambiente equilibrado, deve ser tutelada pela proibição do retrocesso. Por isso, a referência geral a “legislador ordinário” deve compreender, também e sempre que pertinente, a atividade legislativa do Executivo e de seus órgãos.

<sup>400</sup> Vide itens 2.1 a 2.3 deste estudo.

demasiadamente alto de proteção de um princípio é o mesmo que inviabilizar a execução de outro; ou **(b)** o legislador garantiu menos do direito ao meio ambiente equilibrado e dos deveres associados que deveria diante das circunstâncias fáticas e jurídicas. Neste caso, invoca-se a proibição da insuficiência.

Note-se que não pode ser objeto de controle saber se o legislador garantiu tudo o que os deveres ambientais *prima facie* impõem, mas apenas se foi satisfeito aquilo que efetivamente deveria ser em razão dos deveres ambientais definitivos, isto é, dos deveres ao meio ambiente após a colisão com outros deveres fundamentais em dadas circunstâncias. O dever *prima facie* sempre contém um excedente em relação ao dever definitivo – permanece a imposição legiferante de que o legislador progressivamente concretize o direito ambiental – e o controle está limitado a verificar tão somente a satisfação do dever definitivo, ou seja, se o dever *prima facie* foi satisfeito em grau suficiente (proporcional),<sup>401</sup> e não se foi realizado todo o dever *prima facie*. Se o legislador garantiu mais do que o dever definitivo, não pode ser obrigado a mantê-lo<sup>402</sup> e não há que falar, portanto, em vedação à proibição do retrocesso quanto à supressão desse excedente do sistema.

Entretanto, se o resultado do teste da proporcionalidade da regulamentação for positivo, o que resulta da norma infraconstitucional, que regulamentou o artigo 225 da Constituição Federal na forma de regra, torna-se conteúdo essencial do direito ambiental e dos deveres associados, como se desde o início integrasse o próprio texto constitucional.<sup>403</sup> Surge, assim, um direito à ação negativa estatal de simplesmente suprimir esse conteúdo,<sup>404</sup> e desse cenário de que a proibição do retrocesso só pode proteger o nível legalmente consagrado do direito fundamental ao meio ambiente e dos deveres associados, *desde que tal nível tenha passado pelo teste da proporcionalidade*, decorrem importantes conclusões.

---

<sup>401</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 517-519.

<sup>402</sup> Conforme ALEXY, Robert. *Ibidem*, p. 519.

<sup>403</sup> É o que Felipe Derbli denomina de mutação constitucional (DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, p. 269-270).

<sup>404</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 477-479 e 515-516.

A primeira é que, se ciência e tecnologia, entre tantas outras causas, devem exercer influência na regulamentação do direito e dos deveres *prima facie* ao meio ambiente equilibrado,<sup>405</sup> obrigatoriamente também o farão em sede de revisão legislativa. E, se nessa fase a ciência apontar que determinado instituto já legalmente consagrado pelo legislador ordinário não desempenha as funções socioambientais que se acreditava desempenhar e que levaram à sua consagração no sistema, não há garantia à sua manutenção e consequente tutela pela proibição do retrocesso. Um exemplo pode deixar a questão mais clara.

De acordo com a revogada Lei Federal n.º 4.771/1965, as APPs preservam os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, protegem o solo e asseguram o bem-estar das populações humanas (artigo 1.º, § 2.º, II). Se no momento da revisão da Lei Federal n.º 4.771/1965 a ciência indicasse que as APPs não serviriam ao cumprimento de nenhuma das funções ambientais que lhes foram atribuídas, chegar-se-ia à conclusão de que as áreas de preservação permanente seriam medidas inadequadas para tutelar o meio ambiente, na forma como concebidas. Logo, a regulamentação do tema partiu, desde o início, de premissa equivocada, tornando a medida desproporcional e, desde sua concepção, inválida, inconstitucional. Não se pode, então, invocar a proibição do retrocesso para manutenção de tal instituto no sistema, porque restringiria de forma desproporcional outros direitos fundamentais, como o direito de propriedade e de liberdade.

A segunda conclusão que podemos extrair da relação do teste da proporcionalidade na regulamentação da norma ambiental fundamental e a proibição do retrocesso é que a falta de efetividade ou eficácia social das normas só pode ser invocada para afastar a atuação da proibição do retrocesso na medida em que estiver relacionada à desproporcionalidade do nível legalmente consagrado do direito fundamental ambiental e deveres associados. Ou seja, se a lei não é cumprida, porque desproporcional, restringindo demasiadamente um direito em detrimento de outro, então a proibição do retrocesso não pode ser alegada.

---

<sup>405</sup> Vide item 2.3 deste estudo.

Contudo, se a lei ou o nível legalmente consagrado do direito ambiental é proporcional, mas não é cumprido simplesmente porque a lei “não pegou”, na fase de revisão legislativa, a proibição do retrocesso atuará como limite jurídico na regra da proporcionalidade. É no âmbito dessas premissas que a proibição do retrocesso só pode impedir que esse *nível* seja simplesmente suprimido ou, ao final, desproporcionalmente afetado. Essa ideia está associada à noção de que, uma vez atingido tal nível, o legislador deu maior densidade ao direito fundamental ambiental e deveres associados, viabilizando a aplicação e fruição do direito,<sup>406</sup> e, assim, deixou de “dispor livre e arbitrariamente do grau e medida”,<sup>407</sup> em que realizaria tal direito e deveres. Nesse contexto, quanto mais restringido um princípio, mais resistente ele ficará.<sup>408</sup>

Na esfera ambiental, é possível afirmar que o nível legalmente consagrado do direito e dever associado ao meio ambiente equilibrado é atingido, principalmente pela criação de procedimentos e “institutos”. Por procedimentos ambientais entendem-se os “sistemas de regras e/ou princípios para a obtenção de um resultado”<sup>409</sup> ambiental. De institutos denominamos os mecanismos legais criados nos sistemas de regras e/ou princípios, que atuam como vetores à viabilização de um fim ambiental e, em última instância, do próprio direito ambiental. Esse seria o caso, entre outros, do licenciamento ambiental, das outorgas para captação e uso da água, das áreas de preservação permanente e unidades de conservação. Somente em casos tais seria possível afirmar que o direito ao meio ambiente e deveres associados alcançaram determinado nível de consagração infraconstitucional e, por consequente, que tais institutos seriam uma *garantia* do direito e deveres fundamentais ao meio ambiente, isto é, seu conteúdo essencial.

Ocorre que, como princípio, isto é, direito e dever *prima facie*, a tutela do meio ambiente equilibrado é garantida na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas de cada situação. Assim, se as circunstâncias

---

<sup>406</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 87.

<sup>407</sup> Acórdão n.º 509/2002 do Tribunal Constitucional português.

<sup>408</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 300.

<sup>409</sup> Idem, *ibidem*, p. 473.

fáticas e jurídicas que justificaram determinada regulamentação do direito ambiental e dos deveres associados *prima facie* mudaram, considerando que o conteúdo do direito ao meio ambiente é relativo, ele também poderá mudar, só não poderá ser integralmente suprimido sem contraprestações ou desproporcionalmente restringido, porque se tornou conteúdo essencial, protegido enquanto aplicado à dada situação da vida,<sup>410</sup> e com a norma infraconstitucional surgiu o direito negativo de exigir do Estado a abstenção de eliminá-lo ou excessivamente restringi-lo a ponto de inviabilizar seu sentido e função, retornando ao estado de omissão existente antes da consagração legal do direito fundamental ambiental e dos deveres associados em tal nível. Ou seja, a proibição do retrocesso não impede apenas a supressão pura e simples do conteúdo essencial do direito ao meio ambiente e deveres associados, mas também a desproporcional restrição do direito e dever legalmente consagrados, vedando que o legislador altere sua configuração de forma a anular certo grau de sua aplicabilidade e exercício.

Assim, para a nova regulamentação, terá início novo teste de proporcionalidade, e, como já havia sido concretizado legalmente o conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e deveres associados, a proibição do retrocesso manifesta-se como *limite jurídico*, atuando na terceira sub-regra do teste de proporcionalidade, isto é, no teste da proporcionalidade em sentido estrito (a fase das circunstâncias jurídicas), para garantir que aquele conteúdo relativo do direito ao meio ambiente e deveres associados não seja integralmente suprimido sem contraprestações ou desproporcionalmente restringido.

De tudo isso se extrai que a pura e simples supressão do conteúdo essencial do direito ambiental legalmente concretizado – manifestação mais extrema da atuação da vedação do retrocesso ambiental – define o que se entende, de um lado, por retrocesso. Contudo, da proibição de desproporcional restrição do direito ambiental que teve seu conteúdo legalmente consagrado apenas cada situação poderá determinar o que efetivamente é retroceder.

---

<sup>410</sup> QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*, p. 71.

Se o legislador ordinário, por exemplo, simplesmente retira do sistema a outorga para captação de água ou as áreas de preservação permanente, sem quaisquer alternativas ou compensações e sem que se tenha provado a desproporcionalidade das medidas desde o momento de sua concepção, seu ato constitui um retrocesso e, por conseguinte, é uma revisão inválida, inconstitucional, da legislação que disciplinava os institutos.

No entanto, se o legislador ordinário pretende alterar “o regime desses institutos” ou ainda substituí-los por outros, apenas o teste da proporcionalidade em suas três máximas e orientado pela proibição do retrocesso, diante das circunstâncias existentes, permitirá concluir se a revisão legislativa é válida, constitucional e, portanto, não vedada pela proibição do retrocesso.

Definitivamente, são os casos por último descritos que configuram as hipóteses de solução mais difícil e polêmica acerca do retrocesso e é em especial em seu exame que se deve ter em mente que a noção de proibição de retroceder atrelada à garantia de estabilidade das situações ou posições jurídicas criadas pelo legislador,<sup>411</sup> especialmente na esfera ambiental, é sinônimo de contínua adaptação e alteração,<sup>412</sup> dado que o meio ambiente é formado por um conjunto de elementos naturais, artificiais, culturais e econômicos que devem interagir não somente entre si, mas também com elementos de outras disciplinas, talvez de forma mais intensa do que ocorre com outros direitos fundamentais.

É nesse sentido que o dinamismo da vida em todas as suas formas, no qual tanto insistimos neste estudo, impõe que o *retrocesso*, nos casos mais difíceis, seja analisado a partir de uma perspectiva global, isto é, não apenas do meio ambiente, da economia, da liberdade, da propriedade, mas de todos esses direitos e aspectos a eles inerentes de forma integrada. É a visão global do direito que viabilizará o exercício dos direitos fundamentais e garantirá sua convivência de forma harmoniosa.

---

<sup>411</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 380.

<sup>412</sup> Nesse sentido BENJAMIN, Antônio Herman. *A constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira*, p. 102.

A princípio, é também a visão global da própria lei que estiver sob análise que norteará o exame da proibição do retrocesso. Como “não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”,<sup>413</sup> é imprescindível adotar uma interpretação conforme e também sistemática dos dispositivos que se analisam sob o prisma da proibição do retrocesso com os demais do diploma normativo e com outros e eles associados para avaliar, sob uma perspectiva global, se o conteúdo essencial do direito à integridade do meio ambiente foi desproporcionalmente restringido.

Nesse contexto, naturalmente não se exclui o exame da violação à proibição do retrocesso a partir de uma norma e de sua coerência e proporcionalidade com a nova lei e sistema jurídico. Não se está a dizer que uma norma não pode ser examinada em si para se apontar se viola ou não a proibição do retrocesso, afinal, uma única norma é capaz de aniquilar garantias que não poderiam ser simplesmente suprimidas ou desproporcionalmente restringidas em razão da proteção que lhes foi conferida pelo próprio ordenamento, mas que essa norma deve estar de acordo com todo o sistema jurídico e com a regra da proporcionalidade.

A concepção individual e “dissociada” dos direitos fundamentais e a ideia de que a maximização dos direitos fundamentais apenas promove e protege, em última instância, a vida humana é equivocada, porque a maximização de um direito fundamental, especialmente partindo-se de um suporte fático amplo, é necessariamente a restrição de outro, e, aí, o progresso para um obrigatoriamente será o retrocesso do direito que com ele colide.

Tomemos como exemplo o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). O IDH é utilizado como critério de comparação entre países classificando-os em desenvolvidos, em desenvolvimento ou subdesenvolvidos. Foi criado pelo economista paquistanês Mahbub ul Haq e pelo economista indiano Amartya Sen com o intuito de fornecer uma medida simples, focada, sobretudo, em políticas centradas em indivíduos e capaz de avaliar o desenvolvimento pelas melhorias do bem-estar humano.

---

<sup>413</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 44.

Para o cálculo do IDH, consideram-se três dimensões apontadas como fundamentais ao bem-estar: a expectativa de vida ao nascer (representa a noção de vida longa e saudável), educação (representa o acesso ao conhecimento – anos médios de estudo e anos médios esperados de escolaridade) e Produto Interno Bruto - PIB (Paridade do Poder de Compra – PPC) *per capita* (simboliza um padrão de vida decente). O cálculo que leva ao IDH é complexo, não está imune a críticas, mas não é nosso intuito adentrar nesse mérito. O que queremos mostrar é que, se determinado país apresenta um decréscimo na expectativa de vida, mas, por exemplo, um incremento na educação ou no PIB (PPC) comparado ao ano anterior, ainda assim poderá ocupar a mesma posição no *ranking* do IDH classificada no período da avaliação anterior. Ou seja, analisadas individualmente as dimensões do IDH é possível afirmar que houve progresso em determinada área e regresso em outra. Contudo, essa visão individual não é suficiente para dizer se o bem-estar humano naquele país é “alto, médio ou baixo”, porque essa concepção necessariamente parte da visão integrada de todas as dimensões que compõem o bem-estar humano (IDH). Ou seja, a visão global é que viabiliza a “qualidade de vida”.

Tudo isso nos leva à conclusão de que somente dentro da visão global do direito, propiciada pela regra da proporcionalidade em seu sentido amplo, isto é, com a proibição do retrocesso atuando em sua terceira sub-regra como limitação jurídica, é que se poderá dizer se houve ou não retrocesso. Essa visão global não significa que os direitos fundamentais não devam ou não possam ser maximizados, mas que, novamente, há circunstâncias fáticas e jurídicas presentes em determinado contexto que orientam tal maximização e, por consequência, a restrição dos direitos colidentes, tornando-as “válidas” ou “inválidas”.

Nesse contexto, a proibição do retrocesso impedirá que mesmo em circunstâncias de crise econômica se coloquem todas as florestas abaixo. Contudo, mantido o nível legalmente consagrado do direito ao meio ambiente, não há que imaginar ser sempre devida sua progressiva implementação, mas tão somente que não se pode violar o dever de progressividade, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso e momento.

Retroceder, em síntese, é simplesmente suprimir ou substituir o conteúdo que existia por novo conteúdo que não condiga com a situação fática e jurídica daquele novo momento e possa colocar em risco o grau de fruição, proteção do direito fundamental, nesse caso, o meio ambiente. Por outras palavras e em última instância, é falhar no teste da proporcionalidade, considerado em um mais amplo sentido, no qual a proibição do retrocesso atua e impede que, na revisão legislativa, nada reste da materialização do direito e do dever, que foi consagrada como conteúdo essencial em sede infraconstitucional e que assegura o exercício do direito constitucional de forma mais abrangente. Se foi concretizado certo nível legal do direito ambiental e dos deveres associados, por exemplo, por determinado instituto ou instrumento, passando este a integrar o conteúdo essencial desse direito ou dever, o legislador encontrará certos limites adicionais durante a revisão do texto legal.

O limite que a proibição do retrocesso impõe é a própria garantia do mínimo existencial ecológico, concebido, como se viu anteriormente, como a realização do direito ao meio ambiente equilibrado e dever associado na máxima medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.<sup>414</sup>

Nesse cenário, a proibição do retrocesso não pode ser concebida como princípio constitucional implícito e relativo como, conforme se observou, doutrina e jurisprudência costumam mencionar. A proibição do retrocesso não é ponderada com outros princípios. Princípios é que são ponderados entre si, de acordo com a regra da proporcionalidade e em certas circunstâncias, sob a orientação (limitação) da proibição do retrocesso.

Ademais, não é a proibição do retrocesso em si que, em regra, é relativa, que, aliás, fosse concebida como princípio, essa seria condição de sua própria natureza, dado seu caráter *prima facie*. O conteúdo essencial do direito fundamental ao meio ambiente é relativo e, diante da alteração de circunstâncias fáticas e jurídicas, pode

---

<sup>414</sup> Vide item 2.5 deste trabalho.

ser revisto pelo legislador, apenas não mais simplesmente suprimido ou desproporcionalmente restringido.

No mais, a proibição do retrocesso não é meramente modalidade de eficácia jurídica típica dos princípios de direitos fundamentais, isto é, um atributo dos princípios, que deles se poderia exigir judicialmente e se desenvolve no plano da validade. Muito embora seja correto afirmar que a proibição do retrocesso associa-se à validade da norma, o instituto possui forma e campo de atuação próprios. A proibição do retrocesso é uma *limitação jurídica*, que atua na terceira sub-regra do teste de proporcionalidade, isto é, no teste da proporcionalidade em sentido estrito – a fase das circunstâncias jurídicas, dando apenas em certas oportunidades nova configuração a tal regra.

Tratamos, então, de uma limitação jurídica que decorre do Estado Democrático de Direito e da estrutura do sistema jurídico constitucional dos direitos fundamentais, especificamente:

- (a) da *segurança jurídica*, que se associa aos componentes objetivos da ordem jurídica, garantindo estabilidade, segurança de orientação e realização dos direitos;<sup>415</sup>
- (b) da *proteção da confiança*, atrelada aos componentes subjetivos da segurança, isto é, à calculabilidade e à previsibilidade dos efeitos jurídicos dos atos do Poder Público<sup>416</sup> e que se associa à vedação da clara e infundada contradição entre tais atos, manifestada pelo *venire contra factum proprium*;<sup>417</sup>

<sup>415</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 257.

<sup>416</sup> Em sentido amplo, o princípio da segurança jurídica abrange o princípio da proteção da confiança. Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Ibidem*, p. 257.

<sup>417</sup> A esse respeito vide MENEZES DE CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007; e MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício do contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale (Coord.). *Experiências do direito*. São Paulo: Millennium, 2004. p. 23-61.

- (c) da *maximização dos direitos fundamentais*, que, ao determinar a interpretação dos direitos fundamentais da forma que lhes reconheça maior eficácia, nas premissas aqui adotadas, na maior medida possível, impede a adoção de medidas de cunho retrocessivo. Dizer que a proibição do retrocesso se associa à maximização dos direitos fundamentais não significa, no entanto, que carregue o dever de avanço, no sentido de impor o ilimitado incremento da busca pelo estado ideal de coisas. A maximização dos direitos fundamentais aqui concebida exige que se reconheça a constante colisão entre tais direitos e, por conseguinte, a necessidade de a maximização estar pautada nas circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso e momento;
- (d) da *efetividade das normas constitucionais*, segundo a qual o Direito deve ser materializado no mundo dos fatos e desempenhar concretamente sua função social, aproximando o *dever-ser* do *ser*<sup>418</sup> e ao qual se atrela a ideia de progressiva realização da Constituição Federal,<sup>419</sup> o que, por sua vez, também não significa ignorar o dinamismo da vida e do direito e a solução de conflitos pela regra da proporcionalidade;
- (e) da *dignidade da pessoa humana*, na medida em que, pura e simplesmente, suprimir ou desproporcionalmente restringir o nível concretizado dos direitos fundamentais sem adequadas justificativas e contraprestações prejudica o alcance da vida digna; e
- (f) do *princípio da unidade da constituição*, no sentido em que ordena interpretar a Constituição Federal de modo a evitar contradições.<sup>420</sup> Assim, se há ordem constitucional de legislar e instrumentalizar direitos

<sup>418</sup> Vide BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 248.

<sup>419</sup> A esse respeito vide MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

<sup>420</sup> Conforme Canotilho em *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1223.

fundamentais, com o intuito final, na maioria das vezes, de assegurar a dignidade da pessoa humana, é plausível dizer que da Constituição deriva a ordem de impedir qualquer medida em sentido contrário.<sup>421</sup>

O exame ao qual nos dedicaremos no Capítulo a seguir proporcionará uma visão de como a proibição do retrocesso opera na prática.

---

<sup>421</sup> Não concebemos o princípio da unidade da Constituição com o significado de inexistência de hierarquia entre normas constitucionais, conforme entende Barroso (*Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 203), pois rejeitar que ao menos em casos concretos as normas constitucionais tenham pesos (hierarquia) distintos é rejeitar o próprio sopesamento. Neste último sentido, conforme SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: ——— (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 123-124.

## **Capítulo 4**

### **A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: UM OLHAR SOBRE A LEI FEDERAL N.º 12.651/2012**

#### **4.1 O escopo desta análise**

As propostas para alteração da Lei Federal n.º 4.771/1965 (Código Florestal) tramitaram na Câmara dos Deputados por aproximadamente 13 anos antes de sua consolidação em um substitutivo, votação, sanção e publicação na forma da Lei Federal n.º 12.651/2012.

A Lei Federal n.º 12.651/2012 revogou a Lei Federal n.º 4.771/1965 prevendo novas disciplinas para preservação e exploração das florestas nacionais. Sua edição, em especial diante das reformas que propôs na antiga legislação florestal, gerou polêmica. Uns entenderam que suas disposições promoveriam um retrocesso em termos ambientais, outros viram, na nova lei, a oportunidade de conciliação entre o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente, que se sustentava inexistir na antiga lei, de baixa efetividade e cujo cumprimento passou a ser efetivamente fiscalizado quase 40 anos após sua edição. Nesse cenário, a Lei Federal n.º 12.651/2012 foi editada dentro do que ficou conhecido como um embate entre ambientalistas e ruralistas.

Muito embora na época do trâmite do projeto que culminou na Lei Federal n.º 12.651/2012 já se falasse na extensão da proibição do retrocesso dos direitos sociais aos demais direitos fundamentais, e no que importa a este estudo, ao direito fundamental ao meio ambiente, foi nas discussões da reforma da Lei Federal n.º 4.771/1965, e com o advento da Lei Federal n.º 12.651/2012, que a proibição do retrocesso ganhou expressividade. Pode-se dizer, assim, que a expressividade e difusão do conceito de proibição do retrocesso ambiental se devem, em parte, à novel lei florestal.

Ocorre que, paralelamente ao relevo dado à proibição do retrocesso ambiental, aumenta-se o risco de desvirtuação do conceito. Com as discussões acerca da Lei Federal n.º 12.651/2012, percebe-se que se tornou tentadora a ideia de associar a proibição do retrocesso à quantidade de florestas em pé e à obrigação de incrementar a cada dia o seu percentual. Com esse raciocínio surgem discussões sobre a fundamentalidade do meio ambiente, sua associação à vida e impossibilidade de restrição.

Já se viu, no entanto, que a proibição do retrocesso deve ser analisada sob outro ângulo. Não é a quantidade de florestas ou de áreas protegidas que deve ser tomada em conta para dizer que a Lei Federal n.º 12.651/2012 viola a proibição do retrocesso. A análise é mais profunda. Deve estar pautada no exame dos antecedentes históricos, econômicos, sociais, políticos e científicos da Lei Federal n.º 4.771/1965, da proporcionalidade dos institutos que disciplinou e nas razões históricas, econômicas, sociais, políticas e científicas que justificaram sua revisão, na proporcionalidade e responsabilidade dessa revisão, compreendida neste conceito, quando pertinente,<sup>422</sup> a proibição do retrocesso.

O que nos propomos a realizar nos itens seguintes não tem o intuito de analisar de forma exaustiva a nova lei florestal, tratando da eventual inconstitucionalidade ou constitucionalidade de todos os seus dispositivos à luz da proibição do retrocesso. Esse seria tema de um trabalho , e não se encaixa aqui.

O exame ao qual nos dedicamos a seguir visa a apresentar um panorama geral da legislação florestal brasileira, do contexto em que está inserida e dos motivadores de sua disciplina e revisão, bem como dos limites impostos a essa revisão. A ideia é, por tal análise, fornecer uma visão abrangente das questões que obrigatoriamente devem ser consideradas no controle de constitucionalidade da Lei Federal n.º 12.651/2012.

---

<sup>422</sup> Veja as considerações acerca do assunto no item 3.6.

#### 4.2 Do Brasil Colônia à Lei Federal n.º 12.651/2012: breve histórico da legislação florestal brasileira

A legislação florestal brasileira remonta à época do Brasil Colônia. As primeiras ordens reais para conservação da madeira foram editadas em 1698, quando a Coroa Portuguesa proibiu sesmarias em áreas da matéria-prima para assegurar que não faltaria madeira naval à Coroa.<sup>423</sup> Entre 1795 e 1799 foram editadas várias ordens para preservação da madeira naval. A autorização para suprimir a vegetação foi reservada aos governadores, assessorados por juízes conservadores, responsáveis pela fiscalização, regulamentação e autorização.<sup>424</sup>

Na época, foram realizados levantamentos sobre reservas e meios de transportar a madeira, confeccionaram-se mapas e fixaram-se preços para comercialização da matéria-prima. Definiu-se que práticas incendiárias deveriam ser punidas com prisão não pelo valor da natureza em si ou para proporcionar o equilíbrio ecológico, mas pelo valor econômico das florestas. No mesmo período, a Coroa passou a patrocinar a ciência natural com o intuito de ampliar suas receitas para fabricação de material bélico (navios).<sup>425</sup>

É nesse momento que se alude à criação das áreas de reserva legal, originalmente concebidas para garantir o provimento de madeira naval à Coroa Portuguesa. O conceito decorre da própria ideia de reserva, manutenção de suprimento, pois um sexto das propriedades deveria destinar-se à “preservação” da floresta, cortada, quando necessário, para atender às necessidades de Portugal.<sup>426</sup>

O início de nossa “história florestal” não está, portanto, associado à ideia de preservação ambiental, muito embora não se deva ignorar que para alguns, no

---

<sup>423</sup> DEAN, Warren. *A ferro e fogo: a história e a devastação da Mata Atlântica brasileira*. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 151.

<sup>424</sup> Idem, *ibidem*, p. 151.

<sup>425</sup> Idem, p. 151 e ss.

<sup>426</sup> Idem, p. 151. Nesse sentido, vide também o Parecer do relator Deputado Federal Aldo Rebelo ao Projeto de Lei n.º 1.876/1999 e apensados, p. 3.

Brasil Colônia, o conceito de floresta primária fosse por vezes ligado ao objetivo de conservação. WARREN DEAN anota que, na época, o governador de São Paulo,

[...] considerando que o “bem público” exigia limitar a liberdade dos indivíduos de destruir “para sempre” florestas que haviam levado séculos para se formar, proibiu a derrubada ou queimada de florestas “que são chamadas e consideradas como florestas virgens, ainda que poucas madeiras de lei [madeira naval] sejam nelas encontradas.”<sup>427</sup>

A República no início de 1900 também não se inclinou à necessidade de poupar recursos naturais. A proposta da criação de códigos florestais estaduais em São Paulo e Minas Gerais chegou até a ser debatida em 1907, mas nunca alcançou consenso. No Paraná, um texto florestal foi editado, mas nunca colocado em prática. Na década de 1920, discutiu-se a necessidade de os Estados doarem parte de suas áreas de matas para criação de reservas, mas a proposta não foi bem-sucedida.<sup>428</sup>

Em 1934, em meio à expansão cafeeira, foi editado o Decreto Federal n.º 23.793, que aprovou o primeiro Código Florestal Brasileiro. Antes de 1934, as únicas reservas florestais no Brasil eram as do Alto da Serra, acima de Cubatão, no Estado de São Paulo, e de Itatiaia, na Serra da Mantiqueira, no oeste do Estado do Rio de Janeiro. O Itatiaia foi o primeiro Parque Nacional, criado em 1937. Apenas outros dois foram criados no governo Vargas: o Parque Nacional da Serra dos Órgãos, no norte do Rio de Janeiro, decorrente da exigência de um proprietário de uma fábrica de tecidos que queria que seu curso d'água fosse protegido; e o Parque Nacional do Iguaçu, no Paraná, diante da pressão social e política decorrente do fato de a Argentina ter criado o parque do seu lado dez anos antes. Muito embora existissem outros levantamentos para criação de parques e “reservas”, todos foram ignorados.<sup>429</sup>

O intuito de conservar florestas permanecia talvez mais ligado a ideais políticos e econômicos do que à noção de equilíbrio ecológico, muito embora a

---

<sup>427</sup> DEAN, Warren. *A ferro e fogo: a história e a devastação da Mata Atlântica brasileira*, p. 151.

<sup>428</sup> As informações contidas no parágrafo foram extraídas da obra DEAN, Warren. *Ibidem*, p. 272.

<sup>429</sup> As informações contidas no parágrafo foram extraídas da obra DEAN, Warren. *Ibidem*, p. 276.

criação do Código Florestal de 1934, por Getúlio Vargas, também tenha sido influenciada pela intervenção conservacionista da camada civil da classe média.<sup>430</sup>

Como no Brasil Colônia, no Código Florestal de 1934, a reserva legal surgiu para proteção da madeira como matéria-prima econômica. As atividades agrícolas, sobretudo no Sudeste, “empurravam” as florestas, distanciando-as cada vez mais das cidades, dificultando e encarecendo o transporte de lenha. O Código Florestal de 1934, ao prever no artigo 23 que nenhum proprietário de terras cobertas de matas poderia suprimir mais de 25% da vegetação existente, salvo algumas exceções, tinha o intuito de evitar os efeitos sociais, econômicos e políticos negativos decorrentes do aumento do preço ou da falta da lenha.<sup>431</sup>

Levantamentos apontam que a Estrada de Ferro Paulista transportou 16 mil toneladas de lenha por ano entre 1911 e 1915 e entre 1916 e 1930, 30 mil toneladas por ano. O consumo de lenha por indústrias siderúrgicas, situadas principalmente em Minas Gerais, exigia 4,5 m<sup>3</sup> de carvão vegetal para uma tonelada de ferro-gusa. Estima-se que as usinas siderúrgicas na metade do século XX derrubaram 2.650 km de matas para suprimento industrial. Já em São Paulo e no Rio de Janeiro calcula-se que as indústrias do setor metalúrgico demandaram cerca de 140 km<sup>2</sup> de matas em 1950 para suprimento dos fornos a lenha.<sup>432</sup>

O Decreto Federal n.º 23.793/1934 foi revogado pela Lei Federal n.º 4.771/1965 (Novo Código Florestal). O Novo Código Florestal foi editado no início do Regime Militar, curiosamente na época das grandiosas obras como Itaipu, Transamazônica e do milagre econômico, em um momento em que uma das estratégias do governo era a ocupação da Amazônia, desenvolvendo economicamente a região.

---

<sup>430</sup> DEAN, Warren. *A ferro e fogo: a história e a devastação da Mata Atlântica brasileira*, p. 278.

<sup>431</sup> *Em Discussão!* Revista de audiências públicas do Senado Federal, ano 2, n. 9, p. 16, dez. 2011. Disponível em: <[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>. Acesso em: 12 fev. 2013.

<sup>432</sup> As informações contidas no parágrafo foram extraídas da obra DEAN, Warren. *A ferro e fogo: a história e a devastação da Mata Atlântica brasileira*, p. 268.

Aproximadamente um ano após a publicação da Lei Federal n.º 4.771/1965 foi publicada a Lei Federal n.º 5.174/1966, que dispõe sobre a concessão de incentivos fiscais em favor da Região Amazônica. De forma geral, a lei previu isenções e benefícios fiscais com relação aos resultados financeiros obtidos de empreendimentos econômicos situados na área de atuação da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (Sudam) e por ela considerados de interesse para o desenvolvimento da região.

A Sudam foi criada pela Lei Federal n.º 5.173/1966 com o objetivo principal de planejar, promover a execução e controlar a ação federal na Amazônia (artigo 9.º). Entre outras atribuições, coube à Sudam julgar a prioridade dos projetos ou empreendimentos privados de interesse para o desenvolvimento econômico da Amazônia (artigo 10, j).

Nas décadas seguintes a 1960, a Amazônia também serviu para inúmeros assentamentos do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra). O termo de posse de terra “determinava” aos colonos que desmatassem 50% dos lotes. Um aproveitamento menor do lote, com a manutenção da vegetação nativa acima de 50%, poderia autorizar a interpretação de que a área seria “improdutiva” e poderia ser retomada pela União.<sup>433</sup>

A ocupação e o desenvolvimento da Região Amazônica, que sabidamente incluíram o incentivo à supressão de vegetação para práticas econômicas, coincidiram com a edição do Código Florestal.

Em 1972 foi realizada a primeira grande conferência mundial de cunho ambiental: a Conferência de Estocolmo. Os novos contornos dados à questão ambiental no País a partir da década de 1980 foram a resposta à conferência e à criticada postura brasileira acerca do “direito ao livre desenvolvimento”.

Na década de 1980, foi editada a Política Nacional de Meio Ambiente (Lei Federal n.º 6.938/1981), a Constituição Federal dedicou um capítulo ao meio

---

<sup>433</sup> *Em Discussão!* Revista de audiências públicas do Senado Federal, p. 18.

ambiente e a Lei Federal n.º 4.771/1965 foi alterada pelas Leis Federais n.ºs 7.511/1986 e 7.803/1989, que basicamente aumentaram a extensão das faixas de preservação permanente no entorno dos corpos hídricos.

Entre 1994 e 1995, após a ECO-92, foi registrado índice recorde de desmatamento na Amazônia, e como resposta, em 1996, o Governo Federal editou a Medida Provisória n.º 1.511-96,<sup>434</sup> com o intuito de ampliar a proteção da vegetação na região, incrementando as restrições à vedação de corte raso, limitando a conversão de florestas para atividades econômicas e impondo o exercício do manejo florestal sustentável de uso múltiplo nas áreas com cobertura florestal nativa na Amazônia Legal. A Medida Provisória n.º 1.511-96 aumentou a área de reserva legal nas regiões de florestas da Amazônia Legal de 50% para 80% também como resposta imediata ao aumento do desmatamento.

A Medida Provisória teve seu conteúdo alterado pela Medida Provisória n.º 1.511-17, de 1997, em sua décima sétima reedição. A Medida Provisória n.º 1.511-17 isentou os imóveis em processo de regularização pelo Incra ou pelos órgãos estaduais competentes, com até 100 ha e nos quais se praticasse agropecuária familiar, da obrigatoriedade de manter 80% da vegetação em cada propriedade em área de floresta na Amazônia Legal.

A Medida Provisória n.º 1.511-17 também previu que, em casos nos quais estivesse concluído o Zoneamento Ecológico-Econômico e respeitadas certas peculiaridades, “a distribuição das atividades econômicas ser[ia] feita conforme as indicações do zoneamento, respeitado o limite mínimo de cinquenta por cento da cobertura arbórea de cada propriedade, a título de reserva legal”.

A Medida Provisória n.º 1.511-17 foi transformada na Medida Provisória n.º 1.605-18/1997 sem alterações em seu conteúdo. Em 1998, na trigésima reedição da Medida Provisória n.º 1.605-30/1998, o Código Florestal foi alterado para prever a

---

<sup>434</sup> Acerca da evolução histórica da Medida Provisória n.º 1.511-96 até início de 2000, vide BENJAMIN, Antônio Herman. A proteção das florestas brasileiras: ascensão e queda do Código Florestal. *BDJur*, Brasília, 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8962>>. Acesso em: 2 mar. 2013.

possibilidade de supressão total ou parcial de florestas e demais formas de vegetação permanente, diante de casos de utilidade pública e interesse social e mediante prévio licenciamento.

A disciplina das áreas de preservação permanente na medida provisória alterou a temática da Medida Provisória n.º 1.511/1996, originalmente editada e reeditada com o objetivo de conter o desmatamento na Amazônia.

A Medida Provisória n.º 1.605-30 também acrescentou novo parágrafo ao artigo 44, prevendo a possibilidade de as áreas de reserva legal serem compensadas por outras, desde que pertencessem aos mesmos ecossistemas, estivessem localizadas dentro do mesmo Estado e fossem de importância ecológica igual ou superior a da área compensada.

Em dezembro de 1998 a Medida Provisória n.º 1.605-30 transformou-se na Medida Provisória n.º 1.736, que previu a possibilidade do cômputo das áreas de reserva legal nas áreas relativas às florestas e demais formas de vegetação natural consideradas de preservação permanente, reduziu a área de reserva legal na área de cerrado em Amazônia Legal para 20% e, entre outras questões, permitiu a recomposição das áreas de reserva legal com espécies exóticas.

A Medida Provisória n.º 1.511/1996 continuou a ser alterada e substituída, afastando-se de seu intuito original para abarcar as mais diversas situações. A Medida Provisória n.º 1.736 transformou-se na Medida Provisória n.º 1.885/1999, que por sua vez transformou-se na Medida Provisória n.º 1.956/2000. Esta virou a Medida Provisória n.º 2.080/2001 e, por fim, a Medida Provisória n.º 2.166, reeditada 67 vezes, pela última vez em agosto de 2001 e convertida em lei sem jamais ter sido votada.<sup>435</sup>

---

<sup>435</sup> A Medida Provisória n.º 2.166-67, de 2001, permaneceu em vigor por força do artigo 2.º da Emenda Constitucional n.º 32 de 2001, de acordo com o qual “as medidas provisórias editadas em data anterior à publicação desta emenda [12.09.2011] continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional”.

A Medida Provisória n.º 2.166-67 deu redação a artigos da Lei Federal n.º 4.771/1965 até sua revogação em 2012 pela Lei Federal n.º 12.651/2012.

De um modo geral, o que se percebe desses breves apontamentos é que a história da legislação florestal brasileira – ou dos Códigos Florestais brasileiros – pouco está relacionada ao real objetivo de preservação ambiental, ou quando esteve ou mais se aproximou desse ideal não decorreu de um prévio planejamento. A Medida Provisória n.º 1.511/1996, editada em virtude do desmatamento, é prova de que se buscou uma resposta rápida à questão, mas não necessariamente uma alternativa adequada e necessária, sobretudo quando se aponta o aumento do percentual da área de reserva legal em áreas de florestas na Amazônia Legal como meio de evitar o incremento de desmates.

O Código Florestal de 1934, ainda que contivesse previsões voltadas à proteção da natureza, apresentava um forte viés de proteção do meio ambiente para preservação econômica. Tudo o que não se relacionava a esse aspecto pouca efetividade teve.

O Código Florestal de 1965 enfrentou a mesma problemática. Foi concebido sob o pretexto de tutela do meio ambiente, mas antes de ser difundida a ideia geral do valor e papel do meio ambiente, cujo marco se pode atribuir à Conferência de Estocolmo de 1972. Paradoxalmente, foi publicado na época em que “não se impunham limites ao desenvolvimento”, e uma das metas era ocupar e desenvolver a Região Amazônica. Durante seus quase 50 anos de vigência, foi substancialmente alterado para atender às demandas de ambientalistas e de ruralistas.

Sob esse prisma, a Lei Federal n.º 12.651/2012 nasce em um novo contexto, em que o meio ambiente goza de proteção constitucional e seu papel para a vida humana não é mais questionado, tampouco ignorado. Comparada às suas antecessoras e pelo menos nesse contexto, a lei não pode ser taxada como sinônimo de retrocesso,<sup>436</sup> na medida em que editada em um momento em que o

---

<sup>436</sup> No sentido amplo da palavra, e não propriamente nesse momento, a partir do conceito de proibição do retrocesso ambiental.

desenvolvimento sustentável foi elevado à condição de princípio ambiental – o conceito tem como marco o Relatório Brundtland de 1987, “Nosso Futuro Comum” –, com contornos e importância não reconhecidos na concepção original dos Códigos Florestais de 1934 e 1965.

#### **4.3 O Projeto de Lei n.º 1.876/1999 da Câmara dos Deputados e sua conversão na Lei Federal n.º 12.651/2012**

A Lei Federal n.º 12.651/2012 decorre da reunião de 11 projetos que tramitaram perante a Câmara dos Deputados e que visavam modificar a Lei Federal n.º 4.771/1965.

O primeiro dos projetos foi o Projeto de Lei n.º 1.876/1999, apresentado pelo Deputado Sérgio Carvalho, do PSDB de Rondônia, em 19.10.1999, e ao qual foram apensadas outras dez proposições: Projetos de Lei n.ºs 4.524/2004, 4.091/2008, 4.395/2008, 4.619/2009, 5.226/2009, 5.367/2009, 5.898/2009, 6.238/2009, 6.313/2009 e 6.732/2010.

O Projeto de Lei n.º 1.876/2009 previa a substituição e, por consequência, a revogação da Lei Federal n.º 4.771/1965, alterando, entre outras, disposições atinentes às áreas de preservação permanente e áreas de reserva legal.

A Justificação do projeto fundou-se no fato de o Código Florestal apresentar “dispositivos de difícil entendimento e por vezes contraditórios entre si”, alterados ao longo dos anos sem que fosse mantida uma preocupação de coerência normativa e mesmo com a proporcional tutela do meio ambiente. Para o autor do projeto, um dos exemplos disso seria a disciplina das áreas de preservação permanente, “que têm seus limites fixados sem que sejam consideradas características importantes como o relevo [...] [e] aspectos socioculturais importantes, como o fato de na Amazônia a população concentrar-se próximo (*sic*) aos rios”.

Entre outras questões, o projeto também criticava as imprecisões quanto à disciplina das áreas de reserva legal, pois, no entendimento de seu autor, o Código

Florestal confundiria divisão geopolítica com biomas e não apontaria com precisão a função ambiental do instituto.

O Projeto foi rejeitado pela Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural porque não teria o condão de solucionar os problemas do Código Florestal, nada obstante os esforços a tanto. A Comissão de Meio Ambiente também rejeitou o projeto e ele foi remetido ao arquivo em 31.02.2007, em virtude do artigo 105 do Regimento da Câmara dos Deputados. Em 12.07.2007, o projeto foi desarquivado, a requerimento do Deputado Enio Bacci e a partir daí a ele foram apensados os demais dez projetos de lei.

De todos os projetos, o mais abrangente era o Projeto de Lei n.º 5.367/2009, que previa a instituição do Código Ambiental Brasileiro, estabelecia a Política Nacional de Meio Ambiente, definindo os bens que protegeria e criando instrumentos para essa proteção; criava a política geral de meio ambiente urbano; e revogava o Decreto-lei n.º 1.413/1975, o Decreto n.º 4.297/2002, as Leis n.ºs 6.938/1981 e 4.771/1965, o artigo 7.º da Lei n.º 9.605/1998 e o artigo 22 da Lei n.º 9.985/2000. Foi tal projeto que levou à criação da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, em 29.09.2009, para analisar os 11 projetos que deram origem à Lei Federal n.º 12.651/2012.

Para chegar ao substitutivo do Projeto de Lei n.º 1.876/1999 e de todos os seus dez apensos, a Comissão Especial realizou diversas reuniões de audiência pública em vários Estados. Foram ouvidos representantes dos mais variados setores e agentes, como representantes da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (Codevasf), do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa), de universidades (doutores em física, em direito ambiental, entre outros), do Instituto para Preservação da Mata Atlântica, do Instituto Socioambiental (ISA), de órgãos ambientais estaduais, além de Secretários Estaduais, Prefeitos, Associações municipais e estaduais, agricultores, deputados, governadores, advogados e ministros.

Em 1.º.06.2011 o substitutivo foi remetido ao Senado Federal com o apoio de 410 dos 513 Deputados Federais e passou a tramitar como PLC n.º 30/2011.

Assim como a Câmara, o Senado ouviu cientistas, produtores, agricultores e juristas para disciplinar a nova legislação florestal. O projeto sofreu alterações no Senado, foi aprovado com 59 votos a favor (7 contrários) e remetido à Câmara dos Deputados em 09.12.2011 para novas discussões em Plenário.

Até a remessa do projeto à sanção presidencial, em maio de 2012, foram mais de 130 reuniões na Câmara e no Senado.

Em 25.05.2012 a Presidente da República vetou parcialmente o projeto de lei e previu diversas alterações em dispositivos, pela Medida Provisória n.º 571, de 2012. Pelas modificações, foi parcialmente recuperado o texto do substitutivo ao Projeto da Câmara proposto pelo Senado, foram inseridos novos dispositivos na Lei e feitas adequações de conteúdo em outros.

Em 28.05.2012 a Lei Federal n.º 12.651/2012 foi publicada no Diário Oficial com os vetos da Presidente da República. Na mesma data foi publicada a Medida Provisória n.º 571, de 2012, convertida em outubro de 2012, na Lei Federal n.º 12.727/2012, com novas modificações promovidas pelos Parlamentares.

#### **4.4 As discussões em torno da constitucionalidade da Lei Federal n.º 12.651/2012**

Como já adiantamos, durante as discussões no Congresso Nacional acerca do Substitutivo do Projeto de Lei n.º 1.876/1999 e seus apensos (numeração da Câmara) e do Projeto de Lei da Câmara n.º 30/2011 (identificação do Senado) surgiram debates acerca da violação à proibição do retrocesso pela possível nova lei florestal.

As críticas centraram-se, de um modo geral, na alegada anistia a desmatadores e na diminuição da quantidade de áreas preservadas (florestas),

diante da “flexibilização” do regime das áreas de preservação permanente e de reserva legal.

Em 21.01.2013 a Procuradoria-Geral da República ajuizou três ações diretas de inconstitucionalidade apontando a inconstitucionalidade de 21 dos 84 dispositivos da Lei Federal n.º 12.651/2012.<sup>437</sup> A Procuradoria-Geral da República impugnou os artigos 3.º, VIII, *b*, IX, XVII, XIX e parágrafo único, 4.º, III, IV, §§ 1.º, 4.º a 6.º, 5.º, 7.º, § 3.º, 8.º, § 2.º, 11, 12, §§ 4.º a 8.º, 13, § 1.º, 15, 48, § 2.º, 59, §§ 4.º e 5.º, 60, 61-A, 61-B, 61-C, 62, 63, 66, §§ 3.º e 5.º, II, III e IV e § 6.º, 67, 68 e 78-A, e também requereu a interpretação conforme do artigo 28 da Lei.

Refletindo, de um modo geral, os inconformismos manifestados na época da tramitação do projeto no Congresso, a Procuradoria-Geral da República considera inconstitucional a forma como a lei trata das áreas de preservação permanente, áreas de reserva legal e anistia a desmatadores.

Para a Procuradoria-Geral da República, “além de afrontar os deveres fundamentais, as normas impugnadas violam o princípio da vedação do retrocesso *social*, pois [...] estabelecem um padrão de proteção ambiental manifestamente inferior ao anteriormente existente”.<sup>438</sup> Ainda de acordo com a Procuradoria-Geral da República:

46. Além da *diminuição direta dos padrões de proteção*, decorrente da diminuição dos espaços efetivamente protegidos e dos prejuízos às funções ecológicas das reservas legais, merece especial atenção dessa Corte Constitucional a sem precedentes *fragilização dos instrumentos de proteção ambiental e a autorização para consolidação dos danos ambientais já perpetrados*, ainda que praticados com afronta à legislação anteriormente vigente.<sup>439</sup>

<sup>437</sup> Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.ºs 4.901, 4.902 e 4.903.

<sup>438</sup> Trecho extraído da ADIn n.º 4.901. Grifos nossos. Em passagens posteriores, a Procuradoria-Geral da República falará em *princípio da vedação do retrocesso em matéria socioambiental*, não mais cometendo o “deslize” de, na ação, invocar o “princípio da proibição do retrocesso social”.

<sup>439</sup> Trecho extraído da ADIn n.º 4.901, mas que se repete nas demais ações diretas de inconstitucionalidade com as devidas adaptações ao contexto de cada um dos casos, diante dos artigos impugnados.

A proibição do retrocesso é expressamente invocada nas ações para que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade, sobretudo, de dispositivos que:

- (a) vinculam o conceito de nascente e olho d'água à perenidade, ao contrário da previsão da Lei Federal n.º 4.771/1965 que estipulava que nascentes poderiam ter caráter intermitente (artigos 3.º, XVII, e 4.º, IV);
- (b) preveem que no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, as áreas de preservação permanente serão definidas nas licenças ambientais dos empreendimentos (artigo 4.º, III);
- (c) dispensam a obrigatoriedade de se manter áreas de preservação permanente no entorno de reservatórios que não decorram de barramento ou represamento de cursos d'água naturais (artigo 4.º, § 1.º);
- (d) preveem que na implantação de reservatório d'água artificial destinado à geração de energia ou abastecimento público é obrigatória a aquisição, desapropriação ou instituição de servidão administrativa pelo empreendedor das áreas de preservação permanente criadas em seu entorno, conforme estabelecido no licenciamento ambiental, observando-se a faixa mínima de 30 metros e máxima de 100 metros em área rural e faixa mínima de 15 metros e máxima de 30 metros em área urbana (artigo 5.º);
- (e) permitem o manejo florestal sustentável e o exercício de atividades agrossilvipastoris, bem como a manutenção da infraestrutura física associada ao desenvolvimento das atividades, observadas boas práticas agronômicas, em áreas de inclinação entre 25 e 45 graus (artigo 11);
- (f) reduzem para até 50% as áreas de reserva legal em áreas de florestas na Amazônia Legal **(f.1)** para fins de recomposição, se o Município tiver mais da metade de sua área ocupada por unidades de conservação de domínio público e terras indígenas homologadas; e **(f.2)** ouvido o Conselho Estadual de Meio Ambiente, quando o Estado tiver Zoneamento Ecológico Econômico aprovado e mais de 65% do

seu território ocupado por unidades de conservação de domínio público regularizadas e por terras indígenas homologadas (artigo 12, §§ 4.º e 5.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012);

- (g)** dispensam da obrigatoriedade de constituição de reserva legal os empreendimentos de abastecimento público de água e tratamento de esgoto, assim como nas áreas adquiridas ou desapropriadas por detentor de concessão, permissão ou autorização para exploração de potencial de energia hidráulica, nas quais funcionem empreendimentos de geração de energia elétrica, subestações ou sejam instaladas linhas de transmissão e de distribuição de energia elétrica. A isenção se estende às áreas adquiridas ou desapropriadas com o objetivo de implantação e ampliação de capacidade de rodovias e ferrovias (artigo 12, §§ 6.º a 8.º);
- (h)** preveem que, quando indicado pelo Zoneamento Ecológico-Econômico Estadual, o proprietário ou possuidor de imóvel rural que mantiver reserva legal conservada e averbada em área superior a 50% em área de floresta na Amazônia Legal poderá instituir servidão florestal sobre a área excedente (artigo 13, § 1.º);
- (i)** estabelecem imunidade às atividades de fiscalização, isto é, preveem a impossibilidade de serem autuados ou “cancelam” as multas impostas a proprietários ou possuidores que aderirem ao Programa de Recuperação Ambiental e sejam signatários de termo de compromisso por infrações cometidas antes de 22.07.2008, relativas à supressão irregular de vegetação em áreas de preservação permanente, de reserva legal e de uso restrito (artigos 59, §§ 4.º e 5.º, e 60);
- (j)** autorizam a manutenção da exploração de atividades econômicas (agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural) em áreas de preservação permanente iniciadas até 22.07.2008 (artigos 61-A a 61-C e 63);
- (k)** preveem que, para os reservatórios artificiais de água destinados à geração de energia ou ao abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória n.º 2.166-67/2001, a faixa da área

de preservação permanente será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima *maximorum* (artigo 62);

- (l) autorizam o plantio intercalado de espécies nativas e exóticas ou frutíferas de forma permanente para recomposição da área de reserva legal (artigo 66, § 3.º);
- (m) autorizam a constituição da reserva legal com a área ocupada com a vegetação nativa existente em 22.07.2008, vedadas novas conversões para uso alternativo do solo, nos imóveis rurais que detinham, em 22.07.2008, área de até quatro módulos fiscais e que possuam remanescente de vegetação nativa em percentuais inferiores aos previstos na lei (artigo 67); e
- (n) dispensam proprietários ou possuidores de imóveis rurais que realizaram supressão de vegetação nativa respeitando os percentuais de reserva legal previstos pela legislação em vigor à época em que ocorreu a supressão, de promover a recomposição, compensação ou regeneração para os percentuais exigidos na nova lei (artigos 12 e 68).

A Procuradoria-Geral da República também pugna que seja dada interpretação ao artigo 28 da Lei Federal n.º 12.651/2012 de modo a impedir que se viole a proibição do retrocesso. O dispositivo proíbe a conversão de vegetação nativa para uso alternativo do solo de imóvel que possuir área abandonada.

#### **4.5 A Lei Federal n.º 12.651/2012 e a proibição do retrocesso ambiental**

Como se viu, a Lei Federal n.º 12.651/2012 substitui a Lei Federal n.º 4.771/1965 modificando o regime de proteção das florestas. A nova lei não deixou um “vazio legislativo”.<sup>440</sup> De um modo geral, áreas de preservação permanente, de reserva legal e outras áreas protegidas tuteladas pela proibição do retrocesso continuaram a existir, mas sob novo regime.

---

<sup>440</sup> Conforme Parecer de Arruda Alvim preparado à União da Agroindústria Canavieira do Estado de São Paulo (Unica), em 07.01.2013.

Assim, a partir de uma visão global, pela Lei Federal n.º 12.651/2012, o legislador buscou harmonizar, de forma proporcional e dada a atual realidade, a tutela do meio ambiente, o direito de propriedade e o livre exercício de atividades econômicas.

Ocorre que, ao rever a disciplina de áreas protegidas, em certos dispositivos, a nova lei aniquilou ou desproporcionalmente restringiu institutos não só consagrados pela Lei Federal n.º 4.771/1965, como por ela própria considerados fundamentais à tutela do meio ambiente. Nesses casos, em que nem a interpretação da própria lei permite validar certas previsões, não há como negar que houve violação à proibição do retrocesso. Isso ficará bastante claro na análise que faremos nos itens a seguir a partir de alguns dos apontamentos das petições iniciais das ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pelo Ministério Público.

A cautela nesse exame feito exclusivamente sob o prisma da proibição do retrocesso é medida de prudência, pois, como mencionado anteriormente, não é a quantidade de florestas que justifica invocar – ou não – a proibição do retrocesso, mas a proporcional restrição de garantias, isto é, do conteúdo essencial do direito fundamental ao meio ambiente, que, uma vez legalmente consagrado em determinado nível, assume efetivamente a condição de garantia, que não pode ser simplesmente suprimida ou desproporcionalmente restringida.

Ademais, durante a análise de constitucionalidade proposta, deve-se sempre ter em mente que a nova lei foi concebida a partir da criação de Comissão Especial no Congresso com o exclusivo fito de estudá-la, foi precedida de debates com diversos representantes da sociedade civil e Poder Público e aprovada pela ampla maioria dos congressistas. Tudo isso legitima as decisões por estes tomadas em casos de dúvidas do aplicador do direito sobre a melhor medida a ser escolhida entre opções disponíveis ou impossibilidade objetiva de o aplicador do direito constatar a adequação de certas medidas.

A regra, como temos insistido neste estudo, é a deferência às escolhas do legislador e respeito à sua discricionariedade. Entretanto, isso, como já se observou, não exclui da apreciação do Poder Judiciário o controle de constitucionalidade da lei.

Apenas impõe-lhe certos limites, exigindo que o controle seja feito da forma mais objetiva possível, dentro das condições existentes a tanto.<sup>441</sup>

#### 4.5.1 Artigos 3.º, XVII, 4.º, IV, 11 e 63, § 3.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012

Os artigos 3.º, XVII, e 4.º, IV, da Lei Federal n.º 12.651/2012 vinculam os conceitos de nascente e olho d'água à *perenidade*. Como a Lei Federal n.º 4.771/1965 estipulava que nascentes perenes ou *intermitentes* gozariam da mesma proteção na qualidade de áreas de preservação permanente, a Procuradoria-Geral da República entendeu que as novas normas violariam a proibição do retrocesso, excluindo do sistema espaços territoriais anteriormente protegidos.

O mesmo raciocínio foi traçado quanto ao artigo 11 da Lei Federal n.º 12.651/2012, que autoriza o manejo florestal sustentável e o exercício de atividades agrossilvipastoris, bem como a manutenção da infraestrutura física associada ao desenvolvimento das atividades, observadas boas práticas agronômicas, em áreas de inclinação entre 25 e 45 graus. Todas essas atividades eram vedadas pela Lei Federal n.º 4.771/1965 para preservação da função ambiental das áreas (artigo 10).

Na mesma linha, a Procuradoria-Geral da República defende a inconstitucionalidade do artigo 66, § 3.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012, que autoriza o plantio intercalado de espécies nativas e exóticas ou frutíferas de forma *permanente* para recomposição da área de reserva legal.

A norma anterior, artigo 44, § 2.º, da Lei Federal n.º 4.771/1965, previa que a recomposição da área de reserva legal poderia ser feita mediante o plantio *temporário* de espécies exóticas como pioneiras, de acordo com os critérios técnicos gerais estabelecidos pelo Conama. Para a Procuradoria-Geral da República, a nova norma violaria a proibição do retrocesso na medida em que a autorização descaracterizaria as áreas de reserva legal e impediria a restauração de sua função ecológica.

---

<sup>441</sup> Vide itens 2.2.2.3 e 2.3 deste estudo.

A avaliação da constitucionalidade dos dispositivos da Lei Federal n.º 12.651/2012 à luz da proibição do retrocesso inicia-se com o exame da proporcionalidade das normas da Lei Federal n.º 4.771/1965, que dispunham sobre a proteção especial das nascentes intermitentes, o exercício de atividades em áreas de inclinação entre 25º e 45º e as alternativas para recomposição das áreas de reserva legal.

Comprovada a proporcionalidade das medidas, que depende de conhecimentos técnicos, tecnológicos e científicos, **(a)** a supressão das nascentes intermitentes da categoria de APPs viola a proibição do retrocesso, porque, uma vez criadas, deixou o legislador de dispor da liberdade de sua conformação; **(b)** a permissão do exercício de atividades em áreas de inclinação entre 25º e 45º, se comprometer a função ambiental da área, em toda e qualquer situação, *a ponto de aniquilá-la ou inutilizá-la por excessiva restrição*, suprime do sistema proteção especial e viola a proibição do retrocesso. Se, entretanto, não é toda e qualquer atividade desenvolvida em tais circunstâncias prejudicial ao meio ambiente, impõe-se a interpretação do dispositivo conforme a Constituição e a lei, vedando o exercício de algumas atividades e autorizando o exercício de outras, de acordo com o *licenciamento* realizado pela autoridade ambiental; e **(c)** a permissão do plantio permanente de espécies exóticas ou frutíferas em área de reserva legal viola a proibição do retrocesso se tal atividade aniquilar o instituto, impedindo, por conseguinte, que sua função ambiental seja cumprida. Valem aqui as mesmas ressalvas feitas na letra anterior.

No exame dessas questões, vale reforçar, deve-se deferência ao legislador no caso de posições científicas diversas acerca das alternativas a serem adotadas ou impossibilidade objetiva de o aplicador do direito verificar sua proporcionalidade. Dado o escopo deste trabalho e tão somente da proposta de oferecer diretrizes à análise da constitucionalidade da Lei Federal n.º 12.651/2012 à luz da proibição do retrocesso, não nos dedicaremos aqui a comentar os estudos científicos que tratam do tema.

#### *4.5.2 Artigo 4.º, § 1.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012*

O artigo 4.º, § 1.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012 dispensa a obrigatoriedade de se manterem áreas de preservação permanente no entorno de reservatórios que não decorram de barramento ou represamento de cursos d'água naturais. A Lei Federal n.º 4.771/1965 não previa similar exceção à conservação de áreas de preservação permanente, de modo que a nova lei aniquila o instituto (APPs) nas circunstâncias apresentadas.

Só não haverá violação à proibição do retrocesso se comprovada a desproporcionalidade da exigência de se manterem APPs no entorno de reservatórios que não decorram de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, conforme previa a Lei Federal n.º 4.771/1965. As ressalvas feitas no item 4.5.1 aplicam-se também aqui.

#### *4.5.3 Artigos 4.º, III, e 5.º da Lei Federal n.º 12.651/2012*

O artigo 4.º, III, da Lei Federal n.º 12.651/2012 prevê que no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, a extensão das APPs será definida na licença ambiental do empreendimento.

A Lei Federal n.º 4.771/1965 não continha qualquer previsão acerca da metragem mínima ou máxima da faixa das áreas de preservação permanente no entorno de reservatórios d'água artificiais. A matéria era disciplinada pela Resolução Conama n.º 302/2002, que estabelecia largura mínima de 30 metros para as áreas de preservação permanente no entorno de reservatórios situados em áreas urbanas consolidadas e de 100 metros para as áreas rurais. Para o Ministério Público, o artigo 4.º, III, da Lei Federal n.º 12.651/2012 violaria a proibição do retrocesso, diante da possibilidade de o órgão ambiental estabelecer faixa inferior àquela prevista como mínima pela Resolução Conama n.º 302/2002.

O artigo 5.º da Lei Federal n.º 12.651/2012, por sua vez, prevê que

[...] na implantação de reservatório d'água artificial destinado a geração de energia ou abastecimento público, é obrigatória a aquisição, desapropriação ou instituição de servidão administrativa pelo empreendedor das Áreas de Preservação Permanente criadas em seu entorno, conforme estabelecido no licenciamento ambiental, observando-se a faixa mínima de 30 (trinta) metros e máxima de 100 (cem) metros em área rural, e a faixa mínima de 15 (quinze) metros e máxima de 30 (trinta) metros em área urbana.

A exemplo do que ocorria com a definição da faixa de preservação permanente no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, a Lei Federal n.º 4.771/1965 não disciplinava faixas mínimas ou máximas para as áreas de preservação permanente no entorno de reservatórios artificiais para geração de energia elétrica. O tema era tratado pela Resolução Conama n.º 302/2002.

Em razão da omissão da Lei Federal n.º 4.771/1965 acerca das faixas mínimas das áreas de preservação permanente em casos tais e da disciplina do tema pelo Conama, órgão consultivo e deliberativo, a Resolução Conama n.º 302/2002, sua antecessora, a Resolução Conama n.º 4/1985 e a contemporânea Resolução Conama n.º 303/2002 foram taxadas de inconstitucionais. Várias são as manifestações nesse sentido.<sup>442</sup>

Isso se dá porque jamais esteve entre as atribuições do Conama a de regulamentar lei, que é competência exclusiva do Presidente da República, na forma do artigo 84, IV, da Constituição Federal. Nos termos dos artigos 6.º, II, e 8.º da Lei Federal n.º 6.938/1981 e do artigo 7.º do Decreto Federal n.º 99.274/1990, o Conama é órgão consultivo e deliberativo a quem compete

<sup>442</sup> MORAES, Luís Carlos Silva de. *Código Florestal comentado*: com as alterações da Lei de Crimes Ambientais, Lei n.º 9.605/98. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 50-51; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de direito ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 125; ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 577; MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 957; ARTIGAS, Priscila Santos. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Novo Código Florestal*: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e à MedProv 571, de 25 de maio de 2012. São Paulo: RT, 2012. p. 154 e ss.; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Parecer jurídico à empresa Momentum Empreendimentos Imobiliários Ltda., p. 29. Disponível em: <[www.momentum.com.br/empreendimentos/terras-de-sta-cristina-i/o-terras-de-sta-cristina-i/conama/pbm.fss](http://www.momentum.com.br/empreendimentos/terras-de-sta-cristina-i/o-terras-de-sta-cristina-i/conama/pbm.fss)>. Acesso em: 3 mar. 2013.

[...] assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

Tal competência delegada ao Conama consubstancia atribuição de natureza técnica, de fixação de índices e parâmetros, a serem propostos por especialistas, já que minúcias de caráter científico não são próprias dos textos de lei. Ou seja, a competência delegada ao Conama não é normativa, destinada a inovar na ordem jurídica, seja impondo obrigações, seja instituindo direitos ou estipulando sanções, o que seria inconstitucional.

Além disso, a teor dos artigos 5.º, II, 84, IV, e 37 da Constituição Federal, só por força de lei se regulam liberdade e propriedade e somente por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer. Portanto, restrição alguma à liberdade ou à propriedade (como as APPs) pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei.

Logo, o Conama, ao editar a Resolução n.º 302/2002, regulamentou as áreas de preservação permanente descritas no artigo 2.º da Lei Federal n.º 4.771/1965, além dos limites das hipóteses nele previstas, com evidente abuso de seu poder (dever) regulamentador, fazendo-se ilegais as determinações da Resolução Conama n.º 302/2002 e também das Resoluções Conama n.ºs 303/2002 e 4/1985, esta que sequer pode ser considerada recepcionada pela Constituição Federal, nos termos do artigo 25, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Ora, se a Lei Federal n.º 4.771/1965 nada dispunha acerca da matéria e a restrição ao direito de propriedade passou a ser disciplinada em Resolução e por órgão sem competência a tanto, a disposição que regulamentava o tema era inconstitucional e jamais foi tutelada pela proibição do retrocesso. Portanto, não haveria aqui falar em violação à proibição do retrocesso.

Por outro lado, mesmo diante de diversas manifestações acerca da inconstitucionalidade das resoluções citadas, o Judiciário chegou, também, a se

pronunciar a respeito de sua constitucionalidade.<sup>443</sup> Surgiria, então, o argumento de que se enraizou no conhecimento jurídico a ideia de que as APPs no entorno de reservatórios artificiais deveriam respeitar as disposições das Resoluções Conama n.ºs 4/1985 e 302/2002.

A partir dessa perspectiva seria possível reiniciar o exame da violação da proibição do retrocesso pelos artigos 4.º, III, e 5.º da Lei Federal n.º 12.651/2012.

Pois bem, os artigos 4.º, III, e 5.º da Lei Federal n.º 12.651/2012 não suprimiram as APPs no entorno de reservatórios artificiais. Apenas alteraram a disciplina antes vigente acerca do tema.

Quanto ao artigo 4.º, III, Lei Federal n.º 12.651/2012 não se pode afirmar que as APPs foram desproporcionalmente restringidas, a ponto de não cumprirem sua função ambiental e violarem a proibição do retrocesso, já que parece bastante coerente que sua disciplina seja definida caso a caso, de acordo com as peculiaridades de cada situação, pelo órgão técnico ambiental, que é o único competente a tanto.

Mostrando-se adequada, em determinado caso, a redução da faixa mínima da APP antes prevista da Resolução Conama n.º 302/2002, as disposições de referida Resolução não poderiam ser concebidas sempre como proporcionais. e a nova norma não viola, portanto, a progressividade.

Por outro lado, reconhecida a proporcionalidade para todo e qualquer caso das disposições da Resolução Conama n.º 302/2002, o órgão ambiental, ainda assim, no exercício de sua competência técnica, identificará essa pertinência e necessidade ambiental, mantendo as faixas mínimas das APPs, conforme previsto pela Resolução Conama n.º 302/2002. Também assim não se viola a proibição do retrocesso.

---

<sup>443</sup> Entre outras decisões, vide TJSP, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, AC/Reexame Necessário n.º 0427585-37.1999.8.26.0053, Rel. Des. Eduardo Braga, j. 03.02.2011, v.u.; e TJSP, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, AC n.º 994.08.079528-0, Rel. Samuel Júnior, j. 10.06.2010, v.u.

Seria mais próprio se o artigo 5.º da Lei Federal n.º 12.651/2012 tivesse seguido o mesmo caminho do artigo 4.º, III, da Lei Federal n.º 12.651/2012, atribuindo ao órgão ambiental a competência para definir a extensão da faixa da APP.

Se assumida a constitucionalidade da Resolução Conama supracitada, como o artigo 5.º da Lei Federal n.º 12.651/2012 impõe um limite à extensão da APP no entorno de reservatórios artificiais para geração de energia elétrica, limite este antes não existente, o dispositivo viola a proibição do retrocesso se inviabilizar o cumprimento da função ambiental da APP em casos que demandem uma faixa mínima mais extensa de preservação, por, em tais circunstâncias, aniquilar o instituto em si.

#### *4.5.4 Artigo 12, §§ 4.º e 5.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012*

Os §§ 4.º e 5.º do artigo 12 da Lei Federal n.º 12.651/2012 preveem a possibilidade de o Poder Público reduzir para até 50% as áreas de reserva legal em áreas de florestas na Amazônia Legal **(a)** para fins de recomposição, se o Município tiver mais da metade de sua área ocupada por unidades de conservação de domínio público e terras indígenas homologadas (§ 4.º); e, **(b)** ouvido o Conselho Estadual de Meio Ambiente, quando o Estado tiver Zoneamento Ecológico Econômico aprovado e mais de 65% do seu território ocupado por unidades de conservação de domínio público regularizadas e por terras indígenas homologadas (§ 5.º).

Para a Procuradoria-Geral da República, os dispositivos impugnados reduziram as áreas de reserva legal em áreas de florestas na Amazônia Legal de 80% para 50%, o que, por si só, violaria a proibição do retrocesso. Ademais, como as finalidades ecológicas de unidades de conservação e de áreas de reserva legal seriam distintas, assim como não haveria relação ambiental entre áreas de reserva legal e terras indígenas, os institutos não poderiam ser equiparados nem substituídos e, também por isso, os dispositivos impugnados violariam a proibição do retrocesso. Contudo, não parece que estamos diante de um caso de violação à proibição do retrocesso ambiental.

Em primeiro lugar, deve-se recordar que o aumento de 50% para 80% da área de reserva legal em áreas de florestas na Amazônia Legal decorreu da Medida Provisória n.º 1.511-96, como alternativa encontrada para combater o desmatamento. Não se atrela, portanto, em sua substância, ao efetivo cumprimento da função ambiental do instituto em 80%, mas a uma resposta à crescente derrubada de florestas e necessidade de sua preservação.

Em segundo lugar, o artigo 16, § 5.º, da Lei Federal n.º 4.771/1965 já previa a possibilidade de o Poder Executivo reduzir, para fins de recomposição, para até 50% a área de reserva legal em áreas de florestas na Amazônia Legal, se indicado pelo Zoneamento Ecológico Econômico e desde que ouvidos o Conama, o Ministério do Meio Ambiente e o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. As previsões da Lei Federal n.º 12.651/2012, em especial o § 5.º do artigo 12, não são, portanto, de todo novas, violando a progressividade imposta pela lei anterior.

O artigo 12, § 5.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012 chega até a ser mais rigoroso do que o dispositivo que o antecedeu, porque exige, além do Zoneamento Ecológico Econômico, que o Estado tenha mais de 65% do seu território ocupado por unidades de conservação de domínio público regularizadas e por terras indígenas homologadas. Não há que falar, assim, em violação à proibição do retrocesso quanto ao artigo 12, § 5.º.

Em relação ao artigo 12, § 4.º, só haveria violação à proibição do retrocesso se demonstrado que a redução da área de reserva legal nos casos disciplinados inviabiliza o cumprimento da função ambiental do instituto, anulando-o, dado que não havia norma diretamente semelhante na lei anterior. É certo, porém, que **(a)** a manutenção de 80% das áreas de reserva legal não estaria objetivamente atrelada à função ambiental do instituto em si; e **(b)** a possibilidade hoje disciplinada pelo artigo 12, § 4.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012 não deixava de ser abarcada pelo artigo 16, § 5.º, da Lei Federal n.º 4.771/1965, se o Zoneamento Ecológico Econômico assim dispusesse.

Nesse contexto, também não vislumbramos a quebra da progressividade imposta pela lei anterior, porquanto a reserva legal continua a existir na Lei Federal n.º 12.651/2012, não foi suprimida do sistema e a redução de seu percentual na área de florestas em Amazônia Legal voltou-se à conciliação **proporcional** do desenvolvimento econômico, da livre-iniciativa e do direito de propriedade com a preservação ambiental, nas localidades que demandavam tratamento diferenciado e que na vigência da lei anterior enfrentavam restrições desproporcionais e empecilhos ao desenvolvimento econômico e social. O artigo 12, § 4.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012 foi a alternativa proporcional encontrada pelo legislador em resposta a restrições antes classificadas como desproporcionais.

Por isso, pela ressalva feita quanto o cumprimento da função ambiental da reserva legal, não nos parece que estamos diante de violação à proibição do retrocesso.

#### *4.5.5 Artigo 12, §§ 6.º a 8.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012*

Os §§ 6.º a 8.º, do artigo 12, da Lei Federal n.º 12.651/2012 dispensam **(a)** os empreendimentos de abastecimento público de água e tratamento de esgoto de constituírem reserva legal; **(b)** a obrigatoriedade de manutenção de reserva legal em áreas adquiridas ou desapropriadas por detentor de concessão, permissão ou autorização para exploração de potencial de energia hidráulica, nas quais funcionem empreendimentos de geração de energia elétrica, subestações ou sejam instaladas linhas de transmissão e de distribuição de energia elétrica; **(c)** a obrigatoriedade de manutenção de reserva legal nas áreas adquiridas ou desapropriadas com o objetivo de implantação e ampliação de capacidade de rodovias e ferrovias.

Muito embora a Lei Federal n.º 4.771/1965 nada dispusesse acerca da dispensa da constituição de reserva legal em tais casos, na esfera administrativa, em especial, travavam-se discussões acerca da pertinência da constituição de reserva legal nessas circunstâncias.

Algumas questões levantadas durante essas discussões merecem destaque. A primeira delas refere-se ao fato de as áreas adquiridas ou desapropriadas para a implantação dos empreendimentos citados nos §§ 6.º e 7.º do artigo 12, limitarem-se, na maioria das vezes, às áreas destinadas a APPs. Como onde há APP não há espaço para reserva legal, não há como exigir a manutenção de reserva legal em área destinada à APP.

Em outras circunstâncias, especialmente no tocante às atividades descritas no artigo 12, § 8.º, a área desapropriada poderia ser ínfima não se prestando ao fim de plantios ou ainda encontrar óbices à manutenção de florestas por se classificar como faixa de domínio, “faixa de segurança” da rodovia, que demanda tratamento diferenciado para garantir visibilidade, manutenção e segurança das vias.

Nos casos, porém, não enquadrados nessas hipóteses, em que a reserva legal deixava mesmo de ser exigida, havia espaço para discussão acerca da manutenção da área de reserva legal na faixa adquirida ou desapropriada.

A Lei Federal n.º 4.771/1965 previa que todo imóvel rural deveria manter área de reserva legal, mas não definia o que se entendia por imóvel rural. Diante dessa omissão, fazia-se necessário recorrer a outra norma que a esse respeito dispusesse, que se tratava da Lei Federal n.º 4.504/1964, que dispõe sobre o Estatuto da Terra.<sup>444</sup>

O artigo 4.º, I, da Lei Federal n.º 4.504/1964 define imóvel rural como “o prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, que através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada”.

A Lei Federal n.º 12.651/2012 ainda é omissa quanto à definição de imóvel rural, mantendo-se válida a aplicação da definição de imóvel rural contida na Lei

---

<sup>444</sup> Nesse mesmo sentido ANTUNES, Paulo de Bessa. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Novo Código Florestal: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e à MedProv 571, de 25 de maio de 2012*. São Paulo: RT, 2012. p. 216.

Federal n.º 4.504/1964, que muito mais se associa à função do imóvel do que à sua localização.

Nesse contexto, nenhuma das atividades descritas no artigo 12, §§ 6.º a 8.º da Lei Federal n.º 12.651/2012, e que englobam as possibilidades de dispensa da obrigatoriedade de constituição de reserva legal, se enquadra na definição de imóvel rural do artigo 4.º, I, da Lei Federal n.º 4.504/1964, e, portanto, na época da vigência da Lei Federal n.º 4.771/1965 não estavam legalmente obrigadas a manter tais áreas. Não há que falar, assim, em violação à progressividade e proibição do retrocesso.

#### *4.5.6 Artigos 12, caput, 13, § 1.º, e 68 da Lei Federal n.º 12.651/2012*

O artigo 13, § 1.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012 prevê que o proprietário ou possuidor de imóvel rural que mantiver reserva legal conservada e averbada em área superior aos percentuais exigidos pelo Zoneamento Ecológico Econômico, que reduzir para fins de regularização para até 50% a área de reserva legal dos imóveis localizados em área de Amazônia Legal, excluídas áreas prioritárias para conservação da biodiversidade e dos recursos hídricos e os corredores ecológicos, poderá instituir servidão ambiental sobre a área excedente.

No entendimento do Ministério Público, como a previsão só abrange a redução do percentual de reserva legal para fins de recomposição,

[...] não há fundamento para a instituição de servidão ambiental e cota de Reserva Ambiental sobre área mantida com vegetação nativa a título de reserva legal. Isso porque, fatalmente, tal área será utilizada como compensação da reserva legal de outra propriedade, que deixará de cumprir o percentual de reserva legal. Em tal contexto, haverá, de forma inequívoca, uma redução das áreas de reserva legal”<sup>445</sup> [e, por consequência, violação à proibição do retrocesso].

---

<sup>445</sup> ADIn n.º 4.901, p. 19.

Propomos a análise do dispositivo com os artigos 12, *caput*, e 68 da Lei Federal n.º 12.651/2012, de acordo com os quais os proprietários ou possuidores de imóveis rurais que suprimiram vegetação nativa respeitando os percentuais da reserva legal previstos na legislação em vigor na época em que ocorreu a supressão são dispensados de promover a recomposição, compensação ou regeneração para os percentuais previstos na Lei Federal n.º 12.651/2012. Para a Procuradoria-Geral da República também esses dispositivos violariam a proibição do retrocesso por excluírem a proteção de diversos espaços territoriais especialmente protegidos.

Já se viu que a redução da área de reserva legal para 50%, para fins de recomposição, pelo Zoneamento Ecológico Econômico não é inovação. A matéria já fora disciplinada no artigo 16, § 5.º, da Lei Federal n.º 4.771/1965 e a possibilidade não deixava de abarcar as previsões dos artigos 12, *caput*, e 68 da Lei Federal n.º 12.651/2012.

De toda forma, uma vez mais, e como não poderia deixar de ser, a análise sobre a violação da proibição do retrocesso pelos dispositivos em exame não pode pautar-se na quantidade de florestas em pé, mas deve se associar à proporcionalidade do aumento da área de reserva legal em áreas de florestas na Amazônia Legal de 50% para 80%, pela Medida Provisória n.º 1.511-96, e, sobretudo, da obrigação daí decorrente de impor a recomposição de 30% da vegetação em área de reserva legal por aqueles que já haviam desmatado 50%, conforme permitia a lei, e o aumento à restrição ao corte de florestas em Amazônia Legal, promovido pela Medida Provisória n.º 1.511-96, não foi medida proporcional para conter desmatamentos, não estando, portanto, tutelado pela proibição do retrocesso.

O incremento da restrição à supressão de florestas de 50% para 80% sem dúvida aumenta o percentual de áreas preservadas, mas não é a forma mais apropriada de inibir desmatamentos e, conseqüentemente, promover a proteção ambiental. O incremento da fiscalização, aplicação de sanções, obrigação de reparar danos e incentivos à preservação ambiental crescente são alternativas adequadas para inibir o desmatamento. Ademais, não parece ser igualmente proporcional a

obrigação de impor a recomposição de 30% da vegetação em área de reserva legal por aqueles que já haviam desmatado 50%, conforme permitia a lei.

Nesse contexto, e novamente feitas ressalvas ao cumprimento da função ambiental da reserva legal em 50%, e não em 80%, as faculdades previstas nos artigos 13, § 1.º, 12, *caput*, e 68 da Lei Federal n.º 12.651/2012, que, em síntese, se resumem à preservação de áreas de reserva legal em 50%, e não em 80% nas áreas de florestas em Amazônia Legal, não violam a proibição do retrocesso até porque, repita-se: a reserva legal continua a existir na Lei Federal n.º 12.651/2012, não foi suprimida do sistema e a redução de seu percentual na área de florestas em Amazônia Legal volta-se à conciliação *proporcional* do desenvolvimento econômico, da livre iniciativa e do direito de propriedade com a preservação ambiental.

#### 4.5.7 Artigo 62 da Lei Federal n.º 12.651/2012

O artigo 62 prevê que para os reservatórios artificiais de água destinados à geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória n.º 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, a faixa da APP será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima *maximorum*.

Antes do advento da Medida Provisória n.º 2.166-67/2001, que introduziu o artigo 4.º, § 6.º, na Lei Federal n.º 4.771/1965, não havia a obrigatoriedade de o empreendedor desapropriar ou adquirir as APPs criadas no entorno dos reservatórios artificiais. O empreendedor desapropriava apenas as áreas necessárias à construção e operação dos empreendimentos relacionados ao reservatório artificial.

Na mesma época, isto é, antes da Medida Provisória n.º 2.166-67/2001, o artigo 2.º, *b*, da Lei Federal n.º 4.771/1965 previa apenas a proteção específica da vegetação existente no entorno dos reservatórios artificiais, de modo que a existente vegetação no entorno do reservatório deveria ser preservada. Não presente a

vegetação, nada haveria a se preservar. De resto, como se observou, nada dispunha a lei acerca da extensão da área a ser preservada.

Em setembro de 1985, a Resolução Conama n.º 4 estabeleceu que a área de preservação permanente no entorno dos reservatórios seria de 30 metros para os situados em áreas urbanas e de 100 metros para os localizados em zonas rurais ou para os reservatórios de represas hidrelétricas.

Muito embora a recepção da Resolução Conama n.º 4/1985 pela Constituição Federal de 1988 e, inclusive, sua revogação pela Lei Federal n.º 9.985/2000 tenham sido objeto de discussões, a Resolução foi apenas expressamente revogada pela Resolução Conama n.º 303/2002 e a disciplina das APPs no entorno de reservatórios artificiais passou a ser tratada pela Resolução Conama n.º 302/2002, que fixou em, no mínimo, 30 metros e 100 metros a extensão da APP de reservatórios localizados, respectivamente, em áreas urbanas consolidadas e rurais.

Nesse cenário, consolidou-se o entendimento de que os empreendedores de reservatórios artificiais implantados antes da Medida Provisória 2.166-67/2001 seriam responsáveis pela conservação e manutenção das APPs localizadas em áreas sob o seu domínio. Recorde-se que, inexistindo a obrigação de desapropriar ou adquirir toda a faixa da APP, eram desapropriadas, em regra, apenas áreas necessárias à construção dos empreendimentos, geralmente em faixas muito inferiores a 100 metros.

Feitas as mesmas ressalvas quanto à constitucionalidade da Resolução Conama n.º 4/1985, conforme item 4.5.3, e assumido que teria se consolidado o entendimento de que as APPs no entorno dos reservatórios artificiais seriam de 30 ou 100 metros, o restante da faixa necessária à formação das APPs, isto é, a extensão que não estava sob o domínio do concessionário, cabia aos proprietários lindeiros manter.

Assim, apenas os reservatórios instalados a partir de 2001 obedeceram o novo regime, desapropriando ou adquirindo as áreas necessárias à formação da

área de preservação permanente em, no mínimo, 30 ou 100 metros, conforme o caso.

Surgiram, então, inúmeros debates acerca do assunto. Os proprietários lindeiros dos reservatórios anteriores à Medida Provisória n.º 2.166-67/2001 sentiam-se lesados, alegando que antes da construção dos empreendimentos hidrelétricos suas propriedades não se situavam às margens dos rios (não havia APP antes dos empreendimentos), e as regras ambientais impunham-lhes ônus desproporcionais. O Judiciário passou a ser constantemente acionado e os órgãos ambientais e o Ministério Público partiam de posicionamentos distintos quanto ao assunto. Tudo isso gerou insegurança jurídica e foi nesse contexto que se editou o artigo 62 da Lei Federal n.º 12.651/2012.

O novo dispositivo certamente afasta a insegurança jurídica que antes circundava o tema. Por outro lado, extingue as APPs localizadas no entorno de reservatórios artificiais. Explica-se.

A cota máxima normal de operação, no caso de um reservatório de geração de energia elétrica, representa o nível máximo ideal de água presente no reservatório para a geração de energia. Trata-se de cota “até a qual as águas se elevarão em condições normais de operação”.<sup>446</sup> Já a cota máxima *maximorum* corresponde à elevação máxima do nível que a água do reservatório pode atingir em situação extraordinária (de grande enchente). É medida a partir da cota máxima normal de operação disponível para a passagem de ondas de cheia.

Ambas as cotas são cotas altimétricas e a distância entre elas, muitas vezes, é de alguns centímetros ou poucos metros, quando ambas não se confundem. Ademais, as duas necessariamente estão na faixa de terras obrigatoriamente desapropriadas pelo empreendedor, qualquer que seja o momento da implantação do reservatório.

---

<sup>446</sup> REIS, Lineu Belico dos. *Geração de energia elétrica: tecnologia, inserção ambiental, planejamento, operação e análise de viabilidade*. São Paulo: Manole, 2003. p. 58.

Se, de acordo com o artigo 62 da Lei Federal n.º 12.651/2012, a APP passa a ser a distância entre a cota máxima normal de operação e a cota máxima *maximorum*, em casos nos quais ambas coincidem ou sua distância é ínfima, ou ainda porque a cota máxima *maximorum* é área alagável e não é possível que vegetação, além de gramíneas, se desenvolva no local, a APP no entorno de reservatórios artificiais anteriores à Medida Provisória n.º 2.166-67/2001 deixa de existir na prática.

Sob esse prisma de aniquilação das APPs no entorno de certos reservatórios artificiais é que se caracterizaria a violação, pelo artigo 62 da Lei Federal n.º 12.651/2012, da proibição do retrocesso. De fato, para corrigir eventual e desproporcional restrição ao direito de propriedade, o legislador acabou por aniquilar o direito ao meio ambiente, já protegido como garantia (conteúdo essencial do direito) nessa hipótese.

A própria Lei Federal n.º 12.651/2012 reconhece que as APPs não deixaram de ter sua importância ecológica no entorno de reservatórios artificiais. Não fosse assim, os artigos 4.º, III, e 5.º da Lei Federal n.º 12.651/2012 teriam deixado de discipliná-las.

No caso do artigo 62 sob exame, melhor seria se o legislador tivesse previsto, assim como feito no caso do artigo 4.º, III, da Lei Federal n.º 12.651/2012, que a definição da extensão da faixa de preservação permanente seria aquela estabelecida no âmbito do licenciamento ambiental, diante das peculiaridades de cada caso, para os reservatórios anteriores a 2001.

Na prática, a eventual declaração de inconstitucionalidade do artigo 62 da Lei Federal n.º 12.651/2012 levar-nos-ia a interpretar a situação de tais reservatórios exatamente como se fez até hoje, o que, por sua vez, respeita as disposições da própria Lei Federal n.º 12.651/2012. Aplica-se, nessa hipótese, o artigo 2.º, § 2.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012, segundo o qual “as obrigações previstas nesta Lei têm natureza real e são transmitidas ao sucessor, de qualquer natureza, no caso de transferência de domínio ou posse de imóvel rural”. Isto é, para os reservatórios instalados antes do advento da Medida Provisória n.º 2.166-67/2001, a APP sob

responsabilidade do empreendedor continua a ser aquela desapropriada ou adquirida para a formação do reservatório ou definida no âmbito do licenciamento ambiental, recai sob os proprietários lindeiros a obrigação de manter e conservar o restante das áreas de preservação permanente.

*4.5.8 Artigos 59, §§ 4.º e 5.º, 60, 61-A, 61-B, 61-C, 63 e 67 da Lei Federal n.º 12.651/2012*

O artigo 59, *caput*, da Lei Federal n.º 12.651/2012 estabelece que:

A União, os Estados e o Distrito Federal deverão, no prazo de 1 (um) ano, contado a partir da data da publicação desta Lei, prorrogável por uma única vez, por igual período, por ato do Chefe do Poder Executivo, implantar Programas de Regularização Ambiental – PRAs de posse e propriedades rurais, com o objetivo de adequá-las aos termos deste Capítulo [disposições transitórias].

O artigo 59, § 4.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012 prevê que:

No período entre a publicação desta Lei e a implantação do PRA em cada Estado e no Distrito Federal, bem como após a adesão do interessado ao PRA e enquanto estiver sendo cumprido o termo de compromisso, o proprietário ou possuidor não poderá ser autuado por infrações cometidas antes de 22 de julho de 2008, relativas à supressão irregular de vegetação em Área de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito.

Outrossim, de acordo com o artigo 59, § 5.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012,

A partir da assinatura do termo de compromisso, serão suspensas as sanções decorrentes das infrações mencionadas no § 4.º deste artigo e, cumpridas as obrigações estabelecidas no PRA ou no termo de compromisso para a regularização ambiental das exigências desta Lei, nos prazos e condições neles estabelecidos, as multas referidas neste artigo serão consideradas como convertidas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, regularizando o uso de áreas rurais consolidadas conforme definido no PRA.

Por sua vez, o artigo 60 da Lei Federal n.º 12.651/2012 dispõe que a assinatura do termo de compromisso para regularização do imóvel ou posse rural suspenderá a punibilidade dos crimes previstos nos artigos 38, 39 e 48 da Lei Federal n.º 9.605/1998 enquanto o termo estiver sendo cumprido.

No entendimento da Procuradoria-Geral da República, o artigo 59, §§ 4.º e 5.º, da Lei Federal n.º 12.651/2012 estabelece imunidade às atividades de fiscalização, isto é, prevê a impossibilidade de serem autuados ou “cancela” as multas impostas a proprietários ou possuidores que aderiram ao PRA e são signatários de termo de compromisso por infrações cometidas antes de 22.07.2008, relativas à supressão irregular de vegetação em áreas de preservação permanente, de reserva legal e de uso restrito. A “anistia” concedida pelo artigo 59, §§ 4.º e 5.º, violaria a proibição do retrocesso, assim como o artigo 60 da Lei Federal n.º 12.651/2012.

A “imunidade de fiscalização” a que se refere o Ministério Público é prevista para aqueles que aderirem ao PRA, cuja disciplina coube ao Decreto Federal n.º 7.830/2012. A data-base para a “anistia”, 22.07.2008, é a da edição do Decreto Federal n.º 6.514/2008, publicado um dia depois, e que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo para apuração dessas infrações.

A previsão trazida pela Lei Federal n.º 12.651/2012 não é de todo inovadora. O assunto foi disciplinado nos artigos 159 e seguintes do Decreto Federal n.º 6.514/2008, que tratam da possibilidade de o órgão ambiental converter a multa simples em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, e no “Programa Mais Ambiente” do Governo Federal, repetido em âmbito estadual por alguns entes da federação. O Decreto Federal n.º 7.029/2009, que instituiu o “Programa Mais Ambiente”, foi revogado pelo Decreto Federal n.º 7.830/2012, já citado acima.

Ocorre que nem o Decreto Federal n.º 6.514/2008 tampouco o “Programa Mais Ambiente” consideravam a possibilidade de o infrator recompor apenas parte das áreas de preservação permanente, de reserva legal e de uso restrito

impactadas, mantendo em locais protegidos as chamadas atividades consolidadas. O Programa Mais Ambiente “facilitava”, simplificava a regularização dos imóveis rurais nos termos da legislação florestal vigente e apoiava, com assistência técnica, educação ambiental, mudas, sementes e capacitação, alguns beneficiários intitulados especiais, suspendendo autuações por infrações cometidas até 22.07.2008, desde que o infrator aderisse ao Programa e celebrasse termo de adesão e compromisso para regularização ambiental.<sup>447</sup> Nas mesmas circunstâncias, seria suspensa a cobrança das multas aplicadas em decorrência das mesmas infrações, salvo processos com decisões definitivas na esfera administrativa.

Entre outras questões, o Decreto Federal n.º 7.830/2012 prevê que, a partir da assinatura do termo de compromisso, serão suspensas as sanções decorrentes das infrações cometidas antes de 22.07.2008, relativas à supressão irregular de vegetação em áreas de preservação permanente, de reserva legal e de uso restrito, e as multas decorrentes das infrações referidas serão consideradas como convertidas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, regularizando o uso de áreas rurais consolidadas.

Diferentemente do que ocorria com o Programa Mais Ambiente, o Decreto prevê regras, extensões e percentuais específicos para recomposição de áreas protegidas, respeitando áreas consolidadas. Ou seja, alteram-se as extensões das áreas de preservação permanente previstas no artigo 4.º da Lei Federal n.º 12.651/2012 e indiretamente os percentuais de recomposição de áreas de reserva legal previstos na mesma lei para admitir a manutenção de certas atividades em tais áreas protegidas.

A suspensão de autuações por adesão a programa de recuperação de “áreas protegidas degradadas” e a consequente previsão de conversão do valor da multa em serviços de melhoria ambiental, nos termos do que prevê o Decreto Federal n.º 6.514/2008 e o já mencionado Programa Mais Ambiente, não violam a proibição do retrocesso, apenas visam incentivar os proprietários de imóveis em tais situações a

---

<sup>447</sup> Nesse sentido, vide também <[www.maisambiente.gov.br](http://www.maisambiente.gov.br)>. Acesso em: 17 mar. 2013.

promover a regularização ambiental. As normas atinentes às áreas protegidas continuam a valer em sua exata redação. A análise da constitucionalidade dos artigos 59, §§ 4.º e 5.º, e 60 à luz da proibição do retrocesso associa-se, portanto e tão somente, à constitucionalidade do conceito de áreas consolidadas, diante da alteração do próprio regime geral previsto pela Lei Federal n.º 12.651/2012 para comportar tais situações.

A esse respeito, os artigos 61-A, 61-B, 61-C e 63 da Lei Federal n.º 12.651/2012 autorizam a manutenção da exploração de atividades econômicas (agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural) em áreas de preservação permanente iniciadas até 22.07.2008, e o artigo 67 da Lei Federal n.º 12.651/2012 prevê que:

Nos imóveis rurais que detinham, em 22 de julho de 2008, área de até 4 (quatro) módulos fiscais e que possuam remanescente de vegetação nativa em percentuais inferiores ao previsto no art. 12, a Reserva Legal será constituída com a área ocupada com a vegetação nativa existente em 22 de julho de 2008, vedadas novas conversões para uso alternativo do solo.

Todos esses dispositivos legitimam intervenções em áreas protegidas, intervenções essas que só foram consideradas válidas pela nova lei para retirar da “ilegalidade mais de 90% do universo de 5,2 milhões de propriedades rurais no País”.<sup>448</sup>

É sabido, conforme histórico traçado anteriormente,<sup>449</sup> que diversas intervenções em áreas protegidas ocorreram antes da alteração dos regimes de APPs e áreas de reserva legal, isto é, antes de a extensão daquelas e de o percentual destas terem sido aumentados. Nesses casos, a validade e constitucionalidade da norma que autoriza a manutenção de atividades consolidadas em áreas protegidas depende do exame da proporcionalidade da norma que considerava ilegal a intervenção de terceiros em tais áreas, mesmo se a intervenção houvesse ocorrido em conformidade com a legislação vigente na sua época.

---

<sup>448</sup> Conforme o Parecer do relator Deputado Federal Aldo Rebelo ao Projeto de Lei n.º 1.876/1999 e apensados, p. 4.

<sup>449</sup> Vide itens 4.1 a 4.3.

É esse teste de proporcionalidade, como vimos insistindo, que deve pautar o exame da proibição do retrocesso. Note-se ademais, que tanto para as situações de ocupação consolidada descritas anteriormente como para outras, as intervenções existentes em áreas protegidas podem ser passíveis de licenciamento, sendo autorizada sua manutenção em tais áreas sem que sejam causados danos ao meio ambiente. Também é possível que em alguns casos as autoridades ambientais entendam que certas áreas não se caracterizam mais, por razões diversas, como áreas protegidas.

Nesse cenário, parece que apenas uma análise caso a caso poderia indicar quando efetivamente a ocupação de áreas protegidas estaria legitimada, e a Lei Federal n.º 12.651/2012 peca por tratar toda e qualquer intervenção da mesma forma. É em virtude dessa generalização que os dispositivos que autorizam a manutenção de toda e “qualquer” atividade consolidada em áreas protegidas extrapolam o campo da proporcionalidade, pois a própria Lei Federal n.º 12.651/2012 disciplinou, por exemplo, nos artigos 4.º e 12 da Lei Federal n.º 12.651/2012 a forma como tais áreas protegidas devem ser preservadas para desempenho de sua função ambiental, e os dispositivos ora examinados não respeitam as medidas e percentuais previstos pela própria Lei Federal n.º 12.651/2012, os reduzem para acomodar as chamadas situações consolidadas, que, muitas vezes e excetuadas as peculiaridades exemplificadas anteriormente, nada mais seriam, nesse contexto, do que intervenções ocorridas em desacordo com os próprios termos do novo regime legal.

Se o intuito era simplesmente regularizar toda e qualquer ocupação em áreas protegidas, existiam outras alternativas *proporcionais* disponíveis para “retirar proprietários rurais da ilegalidade” sem violar a proibição do retrocesso. A regulamentação da Redução das Emissões pelo Desmatamento e Degradação das Florestas (REDD) e o incentivo fiscal ou financeiro pela recuperação das áreas degradadas por meio do pagamento por serviços ambientais<sup>450</sup> seriam apenas

---

<sup>450</sup> Nesse sentido, vejam-se os exemplos do Município de Extrema, em Minas Gerais (<http://portugues.tnc.org/comunicacao-midia/destaques/premio-dubai-extrema-paulo-henrique.xml>) e do Estado de São Paulo, cuja Secretaria do Meio Ambiente editou a Resolução n.º 61/2010, que instituiu o Projeto Mina D'água. O projeto contempla exclusivamente ações voltadas à proteção de

alguns exemplos, nesse contexto, de como estimular a conservação dos ecossistemas, dos recursos hídricos, do solo, da biodiversidade, do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado.<sup>451</sup>

Diante de todo o exposto, a solução aqui talvez seja recorrer a uma interpretação conforme dos dispositivos, avaliando a peculiaridade de cada ocupação, assim como propôs o Tribunal de Justiça de Estado de Minas Gerais no julgamento da Apelação Cível n.º 1.0702.06.297652-8/001, examinada no item 3.5 anterior.

#### **4.6 Apontamentos finais acerca do exame de constitucionalidade da Lei Federal n.º 12.651/2012 a partir da proibição do retrocesso**

Ficou claro que muitas das questões levantadas pela Procuradoria-Geral da República para apontar a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Federal n.º 12.651/2012, por violação à proibição do retrocesso, relacionam-se, diretamente, a conhecimentos técnicos, tecnológicos e científicos.

Não se sabe quais regras serão adotadas pelo Supremo Tribunal Federal para exame da constitucionalidade desses artigos e julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.ºs 4.901, 4.902 e 4.903. É até possível que o Supremo Tribunal Federal convoque audiências públicas, como o fez para debater a temática da ADIn n.º 3.937, em que a Confederação Nacional de Trabalhadores da Indústria (CNTI) questiona a Lei n.º 12.684/2007, do Estado de São Paulo, que proíbe o uso, no território estadual, de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Nessa oportunidade, o objetivo da audiência foi analisar, a partir da visão científica,

---

nascentes situadas em mananciais de abastecimento público, entre elas, o plantio de mudas de espécies nativas de ocorrência regional. De acordo com citada Resolução, os provedores dos serviços ambientais serão selecionados entre os produtores rurais das áreas prioritárias. A Lei Federal n.º 12.651/2012 trata de forma bastante genérica acerca do assunto nos artigos 41 e seguintes.

<sup>451</sup> A respeito de mecanismos alternativos à promoção da conservação ambiental vide nosso artigo Limites para projetos de REDD em áreas de preservação (SOUZA, André Vivan de; AMARAL MELLO, Paula Susanna). Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 13 mar. 2013.

[...] a possibilidade do uso seguro do amianto da espécie crisotila e os riscos à saúde pública que o referido material pode trazer, bem como verificar se as fibras alternativas ao amianto crisotila são viáveis à substituição do mencionado material, considerados, igualmente, os eventuais prejuízos à higidez física e mental da coletividade.<sup>452</sup>

A postura de reconhecer a necessidade de a temática ambiental ser melhor debatida, dividindo conhecimento técnico, é louvável e prudente em certas hipóteses, como se viu ao longo deste estudo. Contudo, não afasta os passos nos quais insistimos e que devem ser seguidos para que o exame da violação da proibição do retrocesso seja legítimo, quais sejam: **(a)** a identificação da disciplina da matéria examinada na nova norma pela norma revogada/alterada. Se o assunto não estava previsto na legislação anterior, não há que falar em proibição do retrocesso. Pode haver inconstitucionalidade por outro fundamento, mas não por violação à proibição do retrocesso; **(b)** tendo a matéria sido disciplinada pela norma revogada/alterada, deve-se verificar sua constitucionalidade,<sup>453</sup> que também depende do teste da proporcionalidade; **(c)** positivo o teste de proporcionalidade, a questão disciplinada pela norma revogada/alterada, na forma como disciplinada, é conteúdo essencial do direito fundamental ao meio ambiente, com a natureza de garantia, tutelada pela proibição do retrocesso; **(d)** se a nova norma ambiental simplesmente suprime do sistema a garantia, viola a proibição do retrocesso; **(e)** se a nova norma restringe a garantia, deve-se verificar se essa restrição é proporcional. Se restringir a garantia a ponto de inviabilizar que ela cumpra sua função ambiental, a nova norma viola a proibição do retrocesso, porque permite que, na prática, se volte ao estado de omissão anterior à disciplina dessa garantia, que assegurou maior densidade ao exercício do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

Além disso, valem todas as ressalvas anteriormente feitas de forma exaustiva acerca das hipóteses em que se deve deferência às escolhas do legislador.<sup>454</sup> Não voltaremos a abordá-las para não nos tornarmos excessivamente repetitivos.

<sup>452</sup> Vide <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=ProcessosAudienciasPublicasAcoesAmianto>>. Acesso em: 17 mar. 2013.

<sup>453</sup> Deve ser verificada a constitucionalidade formal e material, além do legítimo teste de proporcionalidade, que pode tornar inválida, inconstitucional, determinada restrição a direito fundamental.

<sup>454</sup> Vide itens 2.2.2.3 e 2.3 deste estudo.

## CONCLUSÃO

A *Teoria dos direitos fundamentais* de ALEXY,<sup>455</sup> nos moldes expostos neste estudo, pode ser transposta ao direito brasileiro, o que significa reconhecer, de um lado, que regras e princípios são duas espécies de normas com estruturas distintas.

Os princípios são mandamentos de otimização, aplicados, na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso. As regras contêm mandamentos definitivos. São aplicáveis – ou não – pelo modo da subsunção e não se sujeitam à compressão e expansão como os princípios.

Há normas fundamentais na Constituição Federal brasileira com estrutura de regras (artigo 5.º, III), mas grande parte dos direitos fundamentais “em si” é assegurada sob a estrutura de princípios, e é essa estrutura que garante a convivência dos direitos no ordenamento, permitindo que se encontre uma solução justa e, necessariamente, possível para as constantes colisões entre direitos e entre deveres. Nesse contexto, o direito ao meio ambiente equilibrado e deveres a ele associados possuem a estrutura de princípios, o que significa, como se viu, que são mandamentos de otimização realizados na máxima medida possível, dentro das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes.

A estrutura de princípio não retira, contudo, do direito ao meio ambiente e dos deveres associados o caráter vinculante. Continua o legislador obrigado a regulamentá-los de modo a aumentar sua eficácia e exercício. Afinal, está-se diante de um direito que também depende de ações positivas. Do mesmo modo, ainda que se trate de um mandamento *prima facie*, estão o Poder Público e a coletividade obrigados a defender o meio ambiente e a preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Assim, o que ocorre é que a estrutura de princípio vincula, mas, ao mesmo tempo, permite que a progressiva tutela do meio ambiente seja assegurada de acordo com as possibilidades de fato e jurídicas que se destacam em dado momento.

---

<sup>455</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*.

Como princípios fundamentais, o direito ao meio ambiente equilibrado e os deveres a ele associados estão naturalmente sujeitos a restrições em virtude das colisões que constantemente enfrentam, sejam elas decorrentes do exame de um caso específico pelo intérprete do direito, sejam oriundas da regulamentação do próprio direito e dever, que é atividade pela qual o legislador também faz escolhas e valorações e, portanto, restringe direitos e deveres.

A validade e consequente constitucionalidade das restrições e regulamentações ao direito e dever ao meio ambiente, além dos requisitos formais e materiais, dependem da regra da proporcionalidade. Nesse sentido, na prática, uma restrição ou regulamentação ao direito fundamental ao meio ambiente ou dever associado será constitucional se também for adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Preenchidos todos os requisitos necessários à restrição/regulamentação do direito e dos deveres fundamentais ambientais, delimita-se e se assegura a preservação de seu conteúdo essencial. Esse conteúdo essencial é inviolável porque representa o que do direito e do dever é preciso manter e exigir. Fala-se, portanto, no conteúdo essencial como uma garantia, como limite às atividades do Legislativo, Executivo e Judiciário.

O conteúdo essencial do direito ao meio ambiente e deveres associados é relativo, definido caso a caso, a depender das colisões entre o “meio ambiente” e direitos e deveres contrários, o que, naturalmente, significa que não é predeterminado, podendo variar no decorrer do tempo, caso se alterem as circunstâncias de fato e de direito. Não se trata, destarte, de um conteúdo absoluto. Esse mesmo conteúdo essencial, por representar o resultado do teste de proporcionalidade, é também o mínimo que se pode exigir para a dignidade humana, a preservação do meio ambiente “em si” e a coexistência do direito ao meio ambiente equilibrado com outros direitos fundamentais. Fosse mais do que isso, outro direito teria sido desproporcionalmente restringido.

É nesse cenário que se legitima a existência de uma proibição de retroceder, violando o conteúdo essencial do direito ao meio ambiente equilibrado e dos deveres

associados, quando resultante de regulamentação infraconstitucional. A ideia por detrás da proibição do retrocesso ambiental é a progressiva implantação do direito ao meio ambiente, o que não significa que as normas ambientais não podem ser revistas. O que a proibição do retrocesso impede, em última instância, é que garantias constitucionais e, conseqüentemente, proporcionais sejam suprimidas ou restringidas a ponto de não mais exercerem sua função como se jamais tivessem sido disciplinadas pelo legislador ordinário. Assim, uma vez alcançado determinado grau de concretização legal do direito à integridade do meio ambiente e dos deveres associados, o legislador deixa de livremente dispor acerca da forma de sua conformação. Não pode agir como se jamais tivesse implementado aquele nível de consagração do direito e do dever, retornando a um estado de omissão prévio à consagração desse nível e à maior densidade que se deu ao direito e deveres associados, que objetivamente dependem de ações positivas. A proibição do retrocesso ambiental não mantém, contudo, o direito ao meio ambiente e os deveres associados “imóveis”, porque se permite ao legislador, como se viu, que substitua a garantia ou restrinja-a de forma proporcional.

Frise-se que não se invade a liberdade de conformação do legislador, se assumido que há certos limites a essa liberdade, impostos, também, pela proibição do retrocesso e que decorrem da própria estrutura dos direitos fundamentais. Por outro lado, a proibição do retrocesso não pode ser aleatoriamente invocada, sob pena de banalização. É por isso que só há violação à proibição do retrocesso ambiental se **(a)** o direito e o dever ao meio ambiente equilibrado forem legalmente consagrados em determinado nível de forma constitucional (material, formal e proporcional). Se o nível alcançado pela norma não decorreu de regulamentação constitucional, então, esse nível jamais foi protegido pela proibição do retrocesso; e **(b)** a nova norma que suprime ou restringe a anterior, pela qual se consagrou o nível de densificação do direito e do dever, não promove medidas alternativas e proporcionais a essa supressão, ou se a restrição não foi feita de forma proporcional, violando a progressividade. Em qualquer outra hipótese pode haver inconstitucionalidade, mas não por violação à proibição do retrocesso ambiental.

Pode-se dizer que a interdisciplinaridade do direito à integridade do meio ambiente e dos deveres associados oferece desafios superiores à identificação de

regulamentações e restrições proporcionais do direito e dos deveres ambientais em comparação aos apresentados, por exemplo, pelos direitos sociais, em que se concebeu e desenvolveu o conceito de proibição do retrocesso. Por isso, toda restrição e regulamentação ao direito fundamental ambiental e deveres associados deve pautar-se em conhecimentos técnicos, tecnológicos, científicos, históricos, econômicos, sociais e culturais e no “princípio responsabilidade”. É certo, porém, que essa exigência impõe igualmente desafios ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, controle esse que, na medida do possível, deve partir da ideia de que é o legislador o originalmente legitimado para fazer escolhas em nome da sociedade, e que, em casos de dúvidas sobre a melhor alternativa ambiental, entre várias disponíveis, ou em face da impossibilidade objetiva de o Judiciário constatar a adequação da medida escolhida pelo legislador, deve-se deferência à opção que este fez.

A proibição do retrocesso é um limite jurídico à atuação do legislador e vincula, igualmente, as decisões a serem tomadas pelo Judiciário e Executivo. Se são quatro os principais objetivos do sistema legal – efetividade, eficiência, conveniência e, sobretudo, justiça<sup>456</sup> –, a proibição do retrocesso é certamente forma de viabilização, ao menos, das três últimas.

---

<sup>456</sup> Conforme Murray Gleeson citado por STEIN, Paul. Direito ambiental mito ou realidade? Um tribunal especializado em meio ambiente: uma experiência australiana. Tradução de Dario A. Passos de Freitas. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Direito ambiental em evolução*. 2. ed. 8.ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011. n. 1.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALEXY, Robert. La fórmula del peso. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- . *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- . In: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Novo Código Florestal: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e à MedProv 571, de 25 de maio de 2012*. São Paulo: RT, 2012. p. 216-234.
- ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32-76.
- ARRUDA ALVIM. Parecer preparado à União da Agroindústria Canavieira do Estado de São Paulo (Unica).

- ARTIGAS, Priscila Santos. In: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Novo Código Florestal: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e à MedProv 571, de 25 de maio de 2012*. São Paulo: RT, 2012. p. 154-161.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- . Parecer jurídico à empresa Momentum Empreendimentos Imobiliários Ltda., p. 29. Disponível em: <[www.momentum.com.br/empreendimentos/terras-de-sta-cristina-i/o-terras-de-sta-cristina-i/conama/pbm.fss](http://www.momentum.com.br/empreendimentos/terras-de-sta-cristina-i/o-terras-de-sta-cristina-i/conama/pbm.fss)>.
- BANDIERI, Luis María. Derechos fundamentales¿ Y deberes fundamentales? In: LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Coord.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodium, 2011. p. 211-244.
- BARBOSA, Ruy. *Commentários à Constituição Federal brasileira* (colligidos e ordenados por Homero Pires). São Paulo: Saraiva, 1933. v. 2.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- . *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BENJAMIN, Antônio Herman. A constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 77-150.
- . A proteção das florestas brasileiras: ascensão e queda do Código Florestal. *BDJur*, Brasília, 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8962>>.
- . Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE. *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, p. 55-72, p. 62, 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>>.
- BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr.-jun. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/474>>. Acesso em: 21 ago. 2012.
- BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

- . Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: ———; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 21-31.
- . *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CHACÓN, Mario Peña. El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 66, p. 11-54, abr.-jun. 2012.
- COMISSÃO de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>>.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção positiva*. São Paulo: RT, 2008.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DEAN, Warren. *A ferro e fogo: a história e a devastação da Mata Atlântica brasileira*. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- . Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin (Org.). *Temas de direito ambiental e urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Deveres fundamentais. In: LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Coord.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodium, 2011. p. 325-345.

———. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

———. The Model of Rules. *The University of Chicago Law Review*, v. 35, n. 1, p. 14-46, Autumn 1967.

EM DISCUSSÃO! Revista de audiências públicas do Senado Federal, ano 2, n. 9, p. 16, dez. 2011. Disponível em: <[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>.

FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Tradução de Candice Premaor Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

———. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: ———; GRAU, Eros Roberto (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 268-283.

———. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Tradução de M. Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

- HART, Hebert L.A. *The concept of Law*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2004.
- HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights*. New York – London: W.W. Norton & Company, 1999.
- JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto e Editora PUC Rio, 2006.
- JORNAL Oficial da União Europeia C 83, 53. ed., 30 mar. 2010. Edição em língua portuguesa. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:FULL:PT:PDF>>.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. 2.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- LACEY, Hugh. O princípio de precaução e a autonomia da ciência. *Scientiae Studia*, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 373-392, jul.-set. 2006. Disponível em <[www.scielo.br](http://www.scielo.br)>.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. Dos deveres constitucionais: o cidadão responsável. Disponível em: <<http://www.prt7.mpt.gov.br/artigos/2011/Deveres%20Constitucionais.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2012.
- LLORENTE, Francisco Rubio. Los deberes constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 21, n. 62, p. 11-56, mayo-ago. 2001.
- LOVELOCK, James. *Gaia: cura para um planeta doente*. Tradução de Aleph Teruya Eichemberg e Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 2006.

- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de direito ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício do contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale (Coord.). *Experiências do direito*. São Paulo: Millennium, 2004. p. 23-61.
- MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 12 – Direitos Fundamentais, p. 205-236, 2003.\
- MENEZES DE CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.
- MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v. 4.
- MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição do retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MORAES, Luís Carlos Silva de. *Código Florestal comentado: com as alterações da Lei de Crimes Ambientais, Lei n.º 9.605/98*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, out. 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>.

- . *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 1998.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- . *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- PARECER do relator Deputado Federal Aldo Rebelo ao Projeto de Lei n.º 1.876/1999 e apensados.
- QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad en el control de las medidas estatales ambientales de efecto equivalente en el derecho comunitario europeo. *Revista Derecho del Estado*, n. 9, dic. 2000.
- . *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007.
- . The Rationality of Balancing, Disponível em: <[http://www.upf.edu/filosofiadeldret/\\_pdf/bernal\\_rationality\\_of\\_balancing.pdf](http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bernal_rationality_of_balancing.pdf)>.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REIS, Lineu Belico dos. *Geração de energia elétrica: tecnologia, inserção ambiental, planejamento, operação e análise de viabilidade*. São Paulo: Manole, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Não retrocesso ambiental: direito fundamental e controle de constitucionalidade. In: COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE. *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, p. 247-270, 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>>.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, mar.-abr.-maio 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>.

———. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set.-out.-nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>.

———. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar.-abr.-maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>.

———. Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, set.-out.-nov. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>.

———. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revistando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-110.

- ; FENSTERSEIFER, Tiago. Deveres fundamentais ambientais: a natureza de direito-dever da norma jusfundamental ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 67, p. 11-70, jul.-set. 2012.
- ; ———. Notas sobre a proibição do retrocesso em matéria (socio)ambiental. In: COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE. *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, p. 121-206, 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>>.
- ; ———. Notas sobre os deveres de proteção do estado e a garantia da proibição do retrocesso em matéria (socio)ambiental. In: LIMA, André; LAVRATTI, Paula; PRESTES, Vanêsa Buzelato (Org.). *Reforma do Código Florestal: limites jurídicos*. São Paulo: Instituto o Direito por uma Planeta Verde, 2011. p. 227-285.
- SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- . *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. 3.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.
- . *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. 2.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.
- . Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: ——— (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- . O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, 2002.
- . Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 607-630, 2003.
- SOUZA, André Vivan de; AMARAL MELLO, Paula Susanna. Limites para projetos de REDD em áreas de preservação. Disponível em: <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>.
- STEIN, Paul. Direito ambiental mito ou realidade? Um tribunal especializado em meio ambiente: uma experiência australiana. Tradução de Dario A. Passos de

Freitas. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Direito ambiental em evolução*. 2. ed. 8.<sup>a</sup> reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011. n. 1.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TESHEINER, José Maria Rosa. Ação e direito subjetivo. Texto publicado no site da Academia Brasileira de Direito Processual Civil e disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Jos%C3%A9%20M%20Teshiner%20formatado.pdf>>.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

———. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios da natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69-86.

#### **Sites consultados:**

<[www.maisambiente.gov.br](http://www.maisambiente.gov.br)>.

<<http://portugues.tnc.org/comunicacao-midia/destaques/premio-dubai-extrema-paulo-henrique.xml>>.

<[www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>.

<[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>.

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=ProcessosAudienciasPublicasAcoesAmianto>>.

<[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.

<[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>.

<[www.tjes.jus.br](http://www.tjes.jus.br)>.

<[www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)>.

<[www.tjpr.jus.br](http://www.tjpr.jus.br)>.

<[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>.

<[www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)>.