

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO APLICADO
AO DIREITO AMBIENTAL SOB A PERSPECTIVA DE
DECISÕES JUDICIAIS SELECIONADAS**

ALEXANDRA LORENZI DA SILVA

Itajaí-SC, junho de 2019.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO APLICADO AO DIREITO AMBIENTAL SOB A PERSPECTIVA DE DECISÕES JUDICIAIS SELECIONADAS

Alexandra Lorenzi da Silva

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI e da Widener University – Delaware Law
School como requisito parcial à obtenção do título de
Mestre com dupla titulação em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Marcelo Buzaglo Dantas

Coorientador: Professor James May

Itajaí, junho de 2019.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais pela minha vida, pela educação que recebi e pelos valores herdados.

Ao meu companheiro, Leone Carlos Martins Júnior, pelo grande amor e pela família que construímos juntos.

Aos meus filhos, Pedro Henrique e João Victor, que a cada dia me mostram a razão da minha existência.

À minha querida assessora e amiga, Karen Cristina Kunz, pela constante parceria, estímulo e encorajamento.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Marcelo Buzaglo Dantas, pela permanente confiança e constante estímulo e, especialmente, pelo aprendizado oportunizado, que foram fundamentais para a realização desta pesquisa.

Ao meu coorientador, Prof. James May, por ter aceitado o desafio e por todo o apoio na condução desta Dissertação.

Aos demais professores e colaboradores do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí.

Aos amigos e colegas, pela parceria e pelos bons momentos compartilhados ao longo desta caminhada, em especial à Dra. Vânia Petermann, responsável pelo meu ingresso no Mestrado e um grande exemplo de Magistrada e Doutoranda para mim; aos amigos Bianca Castellar de Faria e Naurican Ludovico Lacerda, que me acolheram como parte da família em Wilmington-DE; à minha querida amiga e irmã Cláudia B. Naschenweng Damian por estar sempre ao meu lado; ao Dr. Marco Aurélio Ghisi Machado por estar sempre me incentivando e auxiliando.

Ao egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina que, por uma política institucional de estímulo à produção científica e qualificação de seus membros, possibilitou a realização desta pesquisa.

Finalmente, agradeço a todos que de alguma forma me auxiliaram direta ou indiretamente durante todo o Mestrado.

DEDICATÓRIA

Aos meus filhos, Pedrão e Jojo, amor maior e razão da minha vida.

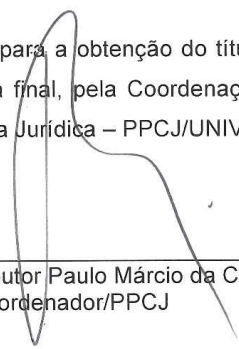
TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando de tal responsabilidade a Universidade do Vale do Itajaí e a Widener University – Delaware Law School, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador.

Itajaí-SC, junho de 2019.

Alexandra Lorenzi da Silva
Mestranda

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.



Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

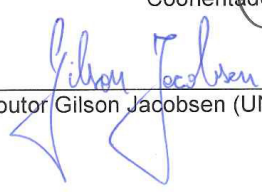
Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Marcelo Buzaglo Dantas (UNIVALI) – Presidente



Doutor James Robert May (UNIVERSIDADE DE DELAWARE, ESTADOS UNIDOS)
Coorientador



Doutor Gilson Jacobsen (UNIVALI) – Membro

Itajai(SC), 12 de junho de 2019

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
APP	Área de Preservação Permanente
CC/2002	Código Civil de 2002
CDB	Convenção sobre Diversidade Biológica
CONAMA	Conselho Nacional do Meio Ambiente
COP	Conferência das Partes. É o Órgão supremo decisório no âmbito da CDB. As reuniões da COP são realizadas a cada dois anos em sistema de rodízio entre os continentes.
CRFB/88	Constituição de República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
EIA	Estudo Prévio de Impacto Ambiental
EIV	Estudo de Impacto de Vizinhança
EPA	Environmental Protection Agency
LRS	Lei dos Resíduos Sólidos
PND	Plano Nacional de Desenvolvimento
PNMA	Política Nacional do Meio Ambiente
REsp	Recurso Especial
RIMA	Relatório de Impacto Ambiental
SEMA	Secretaria Especial do Meio Ambiente
SISNAMA	Sistema Nacional do Meio Ambiente
SNVS	Sistema Nacional de Vigilância Sanitária
SUASA	Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária
V.G.	<i>Verbi Gratia</i>

ROL DE CATEGORIAS

Direitos Fundamentais: “São todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material)”¹.

Meio ambiente: "Interação do conjunto de elementos naturais, artificiais, e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas"².

Direito Ambiental: “Direito que tem por finalidade regular a apropriação econômica dos bens ambientais, de forma que ela se faça levando em consideração a sustentabilidade dos recursos, o desenvolvimento econômico e social, assegurando aos interessados a participação nas diretrizes a serem adotadas, bem como padrões adequados de saúde e renda”³.

Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental: “(...) seria concebido no sentido de que a tutela jurídica ambiental – tanto sob a perspectiva constitucional quanto infraconstitucional – deve operar de modo progressivo no âmbito das relações socioambientais, a fim de ampliar a qualidade de vida existente hoje e atender a padrões cada vez mais rigorosos de tutela da dignidade da pessoa humana, não admitindo o retrocesso, em termos fáticos e normativos, a um nível de proteção inferior àquele verificado hoje”.⁴

¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 573.

² SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

³ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. 4. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 301.

SUMÁRIO⁵

RESUMO.....	11
ABSTRACT	12
INTRODUÇÃO.....	13
1. CAPÍTULO 1: EVOLUÇÃO E PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO AMBIENTAL.....	15
1.1 EVOLUÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL.....	15
1.1.1 Breve histórico legislativo no Direito brasileiro.....	18
1.1.2 Constitucionalização do Direito Ambiental e competência.....	25
1.2 PRINCÍPIOS DE DIREITO AMBIENTAL.....	36
1.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	37
1.2.2 Princípio da prevenção.....	39
1.2.3 Princípio da precaução.....	40
1.2.4 Princípio do poluidor-pagador.....	42
1.2.5 Princípio da informação e princípio da participação.....	44
1.2.6 Princípio do desenvolvimento sustentável.....	46
1.2.7 Princípio da função socioambiental da propriedade.....	48
1.2.8 Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.....	49
2. CAPÍTULO 2: PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO.....	51
2.1 ORIGEM.....	52
2.2 EVOLUÇÃO E OBJETIVO.....	52
2.3 FUNDAMENTOS E CONCEITUAÇÃO LEGAL.....	56
2.4 VULNERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO.....	62
2.5 PRINCÍPIOS VERSUS REGRAS.....	66
2.6 COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS: DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS.....	70
2.7 AS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	74

⁵ O presente Projeto é composto conforme: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2015, especialmente p. 137-145.

3. CAPÍTULO 3: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO NO DIREITO BRASILEIRO E NORTE AMERICANO.....	84
3.1 SEPARAÇÃO DE PODERES.....	84
3.2 JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA.....	88
3.2.1 Jurisprudência estadual – SC.....	88
3.2.1.1 Serra do Tabuleiro – Palhoça (ADI n. 2009.027858-3).....	89
3.2.1.2 Área de promontório – Governador Celso Ramos (ACP n. 5011059-30.2010.4.04.7200.....	91
3.2.1.3 Habitação – São Francisco do Sul (ADI n. 2010.026764-9).....	96
3.2.1.4 ÁPP – Laguna (ADI n. 2014.034935-2).....	98
3.2.2 Jurisprudência dos Tribunais Superiores Brasileiros.....	100
3.2.2.1 City Lapa (REsp n. 302.906).....	100
3.2.2.2 Código Florestal (ADI n. 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937).....	106
3.2.2.3 Revogação do período de defeso (ADI 5.447/DF).....	113
3.2.3 Jurisprudência dos Estados Unidos – breve panorama legislativo e administrativo.....	116
3.2.3.1 Limite revisional.....	118
3.2.3.2 Chevron U.S.A., inc. contra Conselho de Defesa de Recursos Naturais.....	120
3.2.3.3 Michigan contra EPA.....	124
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	 130
 REFERÊNCIAS.....	 134

RESUMO

Esta Dissertação está inserida na linha de pesquisa Direito, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente e tem o propósito de, a partir da análise do Direito Ambiental sob uma perspectiva principiológica ampla, desenvolver aprofundadamente um estudo com foco específico no Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental de acordo com a jurisprudência brasileira e norte americana acerca da temática. Objetiva-se situar o Meio Ambiente no ordenamento jurídico e analisá-lo por meio do prisma da aplicabilidade jurisprudencial, local, nacional e internacional do Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental, com base em decisões selecionadas majoritariamente pelo critério de notoriedade e enfrentamento claro e focado no Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Nesses termos, o exame da questão posta a estudo inaugura-se tratando da evolução tanto legislativa quanto principiológica do Direito Ambiental brasileiro, bem como da importância da constitucionalização do Meio Ambiente. Na sequência, debruça-se especificamente sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso, sua origem, evolução, objetivo, fundamentos e conceituação aplicada ao Direito Ambiental, além das hipóteses de vulneração do princípio citado. Em seguida, a pesquisa desdobra-se a fim de diferenciar princípios de regras e examinar o método de análise da colisão entre princípios, de modo a balizar a compreensão da estratégia de apreciação judicial nessa seara. Ato contínuo, é introduzido o linde constitucional da separação de poderes, princípio limitador no embate com a proibição de retrocesso, e é apresentada a jurisprudência selecionada, tanto estadual de Santa Catarina quanto dos tribunais superiores, mais relevante para a compreensão de como a judicatura brasileira tem entendido a aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso especificamente na seara ambiental em casos fáticos. Por fim, é analisada a jurisprudência dos Estados Unidos no tocante ao direito ambiental, precedida de breve conceituação necessária ao entendimento da matéria, com a seleção de dois casos determinantes nessa seara, e são perfilados os limites revisionais impostos aos tribunais norte-americanos.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Meio Ambiente. Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Jurisprudência brasileira e norte-americana.

ABSTRACT

This dissertation is part of the research line principiology, constitutionalism and production of law and aims, from the analysis of Environmental Law from a broad theoretical perspective, to deepen the study with specific focus on the environmental non-regression principle according to the Brazilian and north American jurisprudence on the subject. The objective is to situate the environment in the Brazilian legal system and analyze it through the prism of the local, national and international jurisprudential applicability of the environmental non-regression principle, based on decisions selected mainly by notoriety and clear and focused confrontation of the environmental non-regression principle criteria. In these terms, the examination of the question put to the study is inaugurated dealing with the evolution both legislative and principiological of the Brazilian Environmental Law, as well as the importance of the Environment constitutionalization. In the sequence, it specifically deals with the environmental non-regression principle, its origin, evolution, objective, fundamentals and conceptualization applied to Environmental Law, in addition to the violation hypotheses of the cited principle. The research then unfolds in order to differentiate principles from rules and examine the analysis method of principles collisions, in order to understand the judicial appreciation strategy in this field. The constitutional line of separation of powers, a limiting principle in the struggle against the non-regression principle, is introduced, and the selected jurisprudence, both of Santa Catarina state and of the superior courts, more relevant to the understanding of how the Brazilian judiciary has understood the non-regression principle applicability specifically in the environmental field in factual cases, is presented. Lastly, the United States jurisprudence is analyzed, concerning environmental law, preceded of a short and essential to the understanding of the subject conceptualization, with the selection of two determinant cases in this area, and the revisional boundaries set to the United States courts are explained.

Keywords: Environmental Law. Environment. Environmental non-regression principle. Separation of powers. Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali, com dupla titulação pela Widener University – Delaware Law School.

Por sua vez, o objetivo científico da pesquisa é traçar parâmetros principiológicos, legais e doutrinários a fim de compreender a gênese e evolução contemporânea do Princípio da Proibição de Retrocesso, com a sua aplicação específica na seara ambiental, para então analisar a sua utilização prática, principalmente no embate constitucional de princípios, bem como frente ao princípio da separação de poderes, na jurisprudência estadual de Santa Catarina, na dos tribunais superiores brasileiros e também norte-americanos.

O presente estudo pretende responder à seguinte questão: como o Princípio da Proibição de Retrocesso aplicado ao Direito Ambiental vem sendo utilizado na jurisprudência catarinense, na das cortes superiores brasileiras e na jurisprudência dos Estados Unidos?

A relevância do tema não poderia ser mais atual, na medida em que vivenciamos hodiernamente uma transição de uma sociedade industrial para uma sociedade de risco, que traz consigo uma clara tendência de recuo dos níveis de proteção ao Meio Ambiente, deixando evidente um esforço político concentrado e crescente no sentido de flexibilização da legislação ambiental vigente.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

- a) Hipótese 1 – o Direito Ambiental evoluiu principiológicamente no Brasil para então englobar o Princípio da Proibição de Retrocesso;
- b) Hipótese 2 – o Princípio da Proibição de Retrocesso foi adequado à aplicação específica no Direito Ambiental brasileiro;
- c) Hipótese 3 – a jurisprudência brasileira vem reiteradamente fazendo menção ao Princípio da Proibição de Retrocesso na análise da temática ambiental frente aos demais princípios constitucionais.

O resultado do trabalho de exame das hipóteses está exposto na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se no Capítulo 1 pela análise do avanço do Direito Ambiental na

legislação brasileira a fim de entender sua configuração atual, com especial atenção ao aperfeiçoamento principiológico do Direito Ambiental, bem como à constitucionalização da temática.

O Capítulo 2, por seu turno, trata de estudar especificamente o Princípio da Proibição de Retrocesso, sua origem, objetivos, fundamentos e evolução até ser incorporado também ao Direito Ambiental, bem como visualizar hipóteses e critérios de análise da vulneração do princípio, e introduzir as regras de avaliação do embate entre princípios e a potencial limitação de direitos fundamentais.

Já o Capítulo 3 examina o método de utilização do Princípio da Proibição de Retrocesso aplicado ao Meio Ambiente na jurisprudência de Santa Catarina e na dos tribunais superiores brasileiros e norte-americanos, utilizando casos específicos que tratam do tema, e os resultados e hipóteses de aplicabilidade do princípio.

A Dissertação finaliza com as Considerações Finais, oportunidade em que são trazidos à baila os aspectos destacados da pesquisa.

O Método utilizado foi o dedutivo, e as técnicas empregadas foram as pesquisas bibliográfica e documental.

Ressalta-se que, no decorrer da Dissertação, os conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial, bem como no fluir do texto. Destaca-se o uso de citações indiretas, com indicação das referências em nota de rodapé, quando as ideias dos autores citados foram incorporadas ao texto, bem como a utilização de citações diretas para os trechos nos quais o objetivo era preservar a ideia original dos autores citados.

CAPÍTULO 1

EVOLUÇÃO E PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO AMBIENTAL

1.1 EVOLUÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL

No Brasil, a Constituição de 1988, por meio do seu art. 225, assegura 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”.⁶

O conceito legal de meio ambiente, previsto na Lei n. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA)⁷ não se limita a um espaço geográfico delimitado e estático, mas, sim, a um complexo de fatores múltiplos e dinâmicos consubstanciados nas condições, leis, influências e interações. Com efeito, a definição legal é:

Adequada para a identificação de determinados aspectos do meio ambiente, como, por exemplo, o natural, mas é insuficiente para abranger todos os valores jurídicos tutelados pelo Direito Ambiental como, por exemplo, o meio ambiente cultural (tutela do patrimônio cultural) e o meio ambiente do trabalho (tutela da saúde dos trabalhadores).⁸

Todavia, a noção legal de Direito Ambiental – constitucional e infraconstitucional – deve ser complementada com outros conhecimentos relativos ao mundo natural, conforme lição de Édis Milaré:

(...) o saber jurídico pode e deve ser iluminado pela luz de outros saberes que contribuem para a consolidação do respeito ao mundo natural para a limitação das atitudes antropocêntricas sabidamente danosas ao equilíbrio ecológico. É assim que deve ser encarada a definição de meio ambiente na Lei 6.938/81, que acentua os escopos específicos daquele instrumento legal, sem ocupar-se de outras finalidades e de outras possíveis formulações filosóficas ou científicas. Diz o caput do seu art. 3º: “Para fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de

⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁷ BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo: Brasília, DF. 2 set. 1981.

⁸ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 23.

condições ...”. Não é qualquer fim que está sendo levado em conta, mas apenas os fins almejados naquela lei e que serão, posteriormente, explicados no próprio diploma legal. Não obstante, os deveres e os direitos fundamentais de indivíduos e da coletividade da espécie humana ficam explicitados e definidos no que se refere ao meio ambiente, segundo a letra e o propósito da lei. Bem se vê que nosso legislador adotou um conceito amplo e relacional de meio ambiente, o que, em consequência, dá ao Direito Ambiental brasileiro um campo de aplicação mais extenso que aquele de outros países: “A definição é ampla, pois vai atingir tudo aquilo que permite a vida, que a abriga e rege”.⁹

Nesse sentido, Elida Séguin identifica a Lei n. 6.938/81 como a certidão de nascimento do Direito Ambiental e o art. 225 da CRFB como responsável pela inclusão, no conceito de cidadania (ambiental), dos institutos do desenvolvimento sustentável e do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, nos seguintes termos:

A complexidade da questão ambiental impõe soluções transdisciplinares, sendo a ciência jurídica um instrumento que todos os profissionais, não só os de Direito, podem e devem utilizar na conservação/preservação ecológica. Mas, para saber usar, é preciso conhecer, sob pena da arma voltar-se contra o seu usuário, ou, pelo desconhecimento, a população ser transformada num exército de silenciosos e a continuidade dos impactos ambientais se estabelecer de forma sistemática e catastrófica.¹⁰

Em síntese, José Afonso da Silva propõe um conceito mais amplo de Meio Ambiente como sendo a “interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.¹¹

Contudo, o mesmo autor ressalta o seu entendimento no sentido de que o Direito Rural e o Direito Minerário não estariam albergados no campo do Direito Ambiental. Devido à amplitude do campo de aplicação do Direito Ambiental brasileiro, José Afonso da Silva identifica três abordagens:

(a) meio ambiente artificial - constituída pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: espaço urbano aberto); (b) meio ambiente cultural - integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural), pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou; (c) meio ambiente natural ou físico - constituído pelo solo, água, ar atmosférico, flora; enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde

⁹ MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 113.

¹⁰ SEGUIN, Elida. **O Direito Ambiental**: nossa casa planetária. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 57.

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. p. 20.

se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam.¹²

Por sua vez, Terence Dornelles Trennepohl estabelece, para fins didáticos, quatro abordagens sobre o Meio Ambiente: natural, cultural, artificial e do trabalho. O Meio Ambiente do trabalho tem enfoque na segurança da pessoa humana no local de trabalho, cujo conceito envolve saúde, prevenção de acidentes, dignidade da pessoa humana, salubridade e condições de exercício saudável do trabalho.¹³

Mauricio Mota sugere uma compreensão inovadora, nos seguintes termos:

A questão ambiental evidencia-se primeiramente pela chamada mundialização da produção e pela exportação das externalidades ambientais negativas. Se concebermos o direito, como os gregos, como algo decorrente da ordem da natureza e ordenando por um determinado princípio e, mais do que isso, com aquilo que cabe a uma determinada sociedade segundo uma apropriação resultante da disciplina da polis, como um produto ou resultado, de acordo com uma justa medida, nem mais, nem menos, do que lhe corresponde no todo social, podemos vislumbrar um princípio de resposta à questão das externalidades ambientais. São considerações fundamentais quanto a isso: a) O direito ambiental é um direito para o homem; b) o sistema de produção capitalista no qual estamos inseridos necessita, para estímulo de suas atividades, investimentos crescentes e estes são fundamentais para se dar sustentabilidade às novas gerações. Assim, a premissa do crescimento deve ser um horizonte sempre a nortear as composições ambientais; c) só o crescimento não garante o equacionamento dos problemas ambientais, pelo contrário, ele produz, crescentemente, externalidades ambientais negativas. Considerações econômicas matematizantes dissociadas de uma compreensão holística do processo de produção social da natureza não têm o condão de dar uma resposta adequada ao problema da reparação das externalidades ambientais; d) no que concerne à equidade intergeracional, sendo a humanidade parte integrante da natureza, estando submetida às mesmas leis ecológicas de outras espécies, aquilo que cabe preservar, para a sobrevivência e frutificação da espécie, é a conservação dos grandes equilíbrios naturais, não de quaisquer espécies ou mesmo de certa biodiversidade. Desse modo, somente uma compreensão inequívoca da ideia de natureza e um conceito material de direito como justo, como o devido segundo um título de atribuição é capaz de fornecer o instrumento para a reparação e conservação dos ecossistemas.¹⁴

¹² SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 831.

¹³ TRENNEPOHL, Terence Dornelles. **Direito Ambiental**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 31.

¹⁴ MOTA, Mauricio. O conceito de natureza e a reparação das externalidades ambientais negativas. In: MOTA, Mauricio. **Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental**. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 26.

Há, ainda, autores que acrescentam uma quinta abordagem sobre o Meio Ambiente: trata-se do patrimônio genético, entendido como o conjunto de seres vivos, todos, incluindo os homens, os animais, os vegetais, os microorganismos, que constituem a biodiversidade do planeta.¹⁵

A presente dissertação adota o conceito e a divisão do Direito Ambiental proposta pelo autor José Afonso da Silva.

1.1.1 Breve histórico legislativo no Direito brasileiro

A proteção do Meio Ambiente na legislação nacional evoluiu a partir da noção privatista do direito de propriedade, na qual a ausência de proteção era quase que total, posto que o ordenamento jurídico no início do século passado carecia de normas que proibissem a “devastação de florestas, o esgotamento das terras, pela ameaça do desequilíbrio ecológico”, impedindo, assim, uma atuação repressiva e preventiva do Poder Público que pudesse limitar o direito absoluto à propriedade e da iniciativa privada.¹⁶

Com o advento do Código Civil de 1916¹⁷, as normas que tutelavam o Meio Ambiente eram, em última análise, voltadas para a proteção da vizinhança e solução dos conflitos entre privados, conforme se depreende do preceito contido no art. 554, que conferia ao proprietário ou inquilino de um prédio o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha prejudicasse a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitassem.

O comando do sobredito preceito legal – art. 554 – foi aplicado extensivamente para albergar um conceito amplo de vizinhança, que “passou a significar a zona ou área dentro da qual era sentido o efeito nocivo. Serviu também para fundamentar a ação cominatória visando a impedir a contaminação do meio ambiente por parte de indústrias”.¹⁸ O disposto no art. 584, também do Código Civil de 1916, fornecia amparo legal para proibir construções capazes de poluir ou inutilizar, para o uso ordinário, a água de poço ou fonte alheia, a elas preexistente.

¹⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. p. 23.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. p. 35.

¹⁷ BRASIL. Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 jan. 1916.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. p. 35.

Sobreveio, então, o Regulamento de Saúde Pública, contido no Decreto n. 16.300, de 31 de dezembro de 1923¹⁹, que criou uma Inspetoria de Higiene Industrial e Profissional, entre cujas finalidades se incluíam as de: a) licenciar todos os estabelecimentos industriais novos e bem assim as oficinas, exceto os de produtos alimentícios; b) impedir que as fábricas e oficinas prejudicassem a saúde dos moradores de sua vizinhança, possibilitando o isolamento e o afastamento das indústrias nocivas ou incômodas.²⁰

Por ocasião da Constituição de 1934²¹, vieram a lume diplomas legais específicos para a tutela do Meio Ambiente, dentre os quais o Código Florestal – Decreto n. 23.793, de 23 de janeiro de 1934²², e o Código de Águas, instituído pelo Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934²³, que, no seu Título IV do Livro II, dispunha sobre “Águas Nocivas”, por meio do qual as águas eram protegidas contra a poluição, e o Código de Pesca, através do Decreto-lei n. 794, de 19 de outubro de 1938²⁴, que também tutelava as águas. O Código Penal de 1940²⁵ tipificou o crime de corrupção ou poluição de água potável (art. 271), embora a sua eficácia social tenha sido relativa em virtude de uma interpretação restritiva do adjetivo “potável”.²⁶

Em 1965, registra-se que foi promulgada a Lei n. 4.771²⁷, de 15 de setembro daquele ano, que instituiu o diploma substituto do Código Florestal, enquanto o Decreto-Lei n. 221, de 28 de janeiro de 1967²⁸, ampliou a proteção das águas no Código de Pesca (arts. 36 a 38). A normatividade concernente à proteção ao Meio Ambiente era circunstancial, de sorte que era preciso, de acordo com José

¹⁹ BRASIL. Decreto n. 16.300, de 31 de dezembro de 1923. Aprova o Regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública. **Coleção das Leis Brasileiras**, Rio de Janeiro, 1923.

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. p. 35.

²¹ BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934.

²² BRASIL. Decreto n. 23.793, de 23 de janeiro de 1934. Aprova o código florestal que com este baixa. **Coleção das Leis Brasileiras**, Rio de Janeiro, 9 fev. 1934.

²³ BRASIL. Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Águas. **Coleção das Leis Brasileiras**, Rio de Janeiro, 27 jul. 1934.

²⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 794, de 19 de outubro de 1938. Aprova e baixa o Código de Pesca. **Coleção das Leis Brasileiras**, Rio de Janeiro, 1938.

²⁵ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. p. 38.

²⁷ BRASIL. Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965. Institui o novo Código Florestal. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 set. 1965.

²⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 221, de 28 fevereiro de 1967. Dispõe sobre a proteção e estímulos à pesca e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 fev. 1967.

Afonso da Silva, instituir uma “política deliberada, mediante normas diretamente destinadas a prevenir, controlar e recompor sua qualidade”²⁹.

A Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, por sua vez, foi um diploma que destacou questões de direito material fundamental ambiental, bem como de direito instrumental.³⁰ Por meio do Decreto-Lei n. 248, de 28 de fevereiro de 1967³¹, foi implementada a Política Nacional de Saneamento Básico, instituindo em âmbito federal:

[...] o conjunto de diretrizes destinadas à fixação de programa governamental a aplicar-se nos setores de abastecimento de água e esgotos sanitários, e criou também o Conselho Nacional de Saneamento Básico, a que cabia definir aquela Política e elaborar o Plano Nacional de Abastecimento de Água e Esgotos Sanitários, entre outras atribuições necessárias à implementação daquela Política.³²

Nesse passo, o Conselho Nacional de Controle da Poluição Ambiental, vinculado ao Ministério da Saúde, foi criado pelo Decreto-lei n. 303, como sendo o único órgão de âmbito nacional voltado a promover e coordenar especificamente as atividades de controle da poluição ambiental.³³

Ainda no ano de 1967, os sobreditos Decretos-lei restaram revogados por força da Lei n. 5.318, de 26 de setembro³⁴, através da qual foi instituída a Política Nacional de Saneamento Básico. Este diploma legal criou o Conselho Nacional de Saneamento, vinculado ao Ministério do Interior, contemplando as

diretrizes relativas tanto ao saneamento básico, aos esgotos pluviais e à drenagem, quanto às ligadas ao controle da poluição ambiental, das modificações artificiais de massa de água e das inundações e erosões (art. 1º), merecendo crítica severa de Fábio Nusdeo, porque desfizera a orientação imprimida nos Decretos-lei 248 e 303, atrasando o encaminhamento da solução do problema ambiental de cerca de oito anos.³⁵

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. p. 36.

³⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. p. 4.

³¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 248, de 28 de fevereiro de 1967. Institui a Política Nacional de Saneamento Básico, cria o Conselho Nacional de Saneamento Básico e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 fev. 1967.

³² SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. p. 36.

³³ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. p. 36.

³⁴ BRASIL. Lei n. 5.318, de 26 de setembro de 1967. Institui a Política Nacional de Saneamento e cria o Conselho Nacional de Saneamento. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 set. 1967.

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. p. 37.

Já no ano de 1973, o Decreto n. 73.030³⁶, de 30 de outubro, criou a Secretaria Especial de Meio Ambiente – SEMA, vinculada ao Ministério do Interior,

orientada para a conservação do Meio Ambiente e o uso racional dos recursos naturais (art. 1º), junto à qual funcionava o Conselho Consultivo do Meio Ambiente – CCMA, a ser integrado por nove membros de notória competência em assuntos relacionados com a utilização racional dos recursos naturais e a preservação do Meio Ambiente (art. 3º). No mais, de importância, só trouxe, esse decreto, uma definição de poluição das águas (art. 13, §1º).³⁷

No final do ano de 1974 foi lançado o segundo Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND, 1975-1979), instituído durante o Governo do General Ernesto Geisel, tendo como finalidade induzir a produção de insumos básicos, bens de capital, alimentos e energia. No tocante ao Meio Ambiente, passou-se a adotar medidas efetivas para a sua proteção e foram reconhecidas áreas (v.g. concentração industrial) críticas de poluição (Grande São Paulo e Rio de Janeiro), estabelecendo-se um “zoneamento e planejamento adequados para a recuperação do meio ambiente nessas áreas. Definiu também a política a seguir e os meios de atuação a serem empregados na preservação do meio ambiente”.³⁸

Durante o segundo Plano Nacional de Desenvolvimento foram, então, promulgadas três relevantes normas de proteção ao Meio Ambiente, a saber: (i) o Decreto-Lei n. 1.413, de 14 de agosto de 1975³⁹, que regulou o controle da poluição do Meio Ambiente provocada por atividade industrial; (ii) o Decreto-Lei n. 76.389, de 3 de outubro de 1975⁴⁰, que disciplinou medidas de prevenção e controle da poluição industrial concernente ao Decreto-Lei n. 1.413/75; (iii) a Portaria do Ministério do Interior n. 13, de 15 de janeiro de 1976⁴¹, estabelecendo os parâmetros para a classificação das águas interiores nacionais, de acordo com as alternativas de consumo, e dispondo sobre o controle da poluição.⁴²

³⁶ BRASIL. Decreto n. 73.030, de 30 de outubro de 1973. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 out. 1973.

³⁷ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. p. 37.

³⁸ MOTA, Mauricio. **Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental**. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 74.

³⁹ BRASIL. Decreto-Lei n. 1.413, de 14 de Agosto de 1975. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 ago. 1975.

⁴⁰ BRASIL. Decreto n. 76.389, de 3 de outubro de 1975. Dispõe sobre as medidas de prevenção e controle da poluição industrial, de que trata o Decreto-Lei n. 1.413, de 14 de agosto de 1975, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 out. 1975.

⁴¹ MINISTÉRIO DO INTERIOR. Portaria n. 13, de 15 de janeiro de 1976. Estabelece a classificação das águas interiores do território nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1 jan. 1970.

⁴² MOTA, Mauricio. **Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental**. p. 74.

A partir da segunda metade do século XX, os Estados também editaram os seus diplomas legais e legislações protetoras do Meio Ambiente, embora desprovidas de sistematização. As leis setoriais eram, porém, insuficientes, e a ausência de normas constitucionais dificultava o tratamento unitário da tutela ambiental (água, ar, ruído e solo). Uma solução eficaz exigia uma articulação política adequada em todos os níveis do Estado Federal brasileiro, visto que a competência para legislar sobre a matéria ambiental era conferida às três entidades federativas (União, Estados e Municípios).⁴³

Registre-se que na Conferência das Nações Unidas, em junho de 1972, em Estocolmo, foi aprovada a Declaração do Meio Ambiente. Nessa oportunidade, foram enunciados 26 princípios que constituem um prolongamento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, os quais, posteriormente, influenciariam a elaboração do capítulo reservado ao Meio Ambiente na CRFB.⁴⁴

Para atender às críticas áreas industrializadas, foi editada, em caráter de emergência, a Lei federal n. 6.803, de 2 de julho de 1980⁴⁵, que fixou as diretrizes básicas para o Zoneamento Industrial, visando ordenar a matéria racionalmente e por meio de um planejamento adequado. Para solucionar este problema, foi promulgada a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), através da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que versa sobre a “Política Nacional do Meio Ambiente” e sobre o “Sistema Nacional do Meio Ambiente”, estabelecendo seus fins e mecanismos de formulação e aplicação.⁴⁶

Ainda no âmbito federal e com vistas ao tratamento unitário da tutela ambiental, foram editadas a Lei n. 6.902, de 27 de abril de 1981⁴⁷, que criou as Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental, e a Lei n. 7.661, de 15 de maio de 1988⁴⁸, que dispôs sobre o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro.

⁴³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92.

⁴⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. p. 93.

⁴⁵ BRASIL. Lei n. 6.803, de 2 de julho de 1980. Dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 jul. 1980.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. p. 40.

⁴⁷ BRASIL. Lei n. 6.902, de 27 de abril de 1981. Dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas, Áreas de Proteção Ambiental e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 abr. 1981.

⁴⁸ BRASIL. Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-Leis

Sobreveio, então, a Constituição de 1988, dispondo sobre o Meio Ambiente enquanto princípio setorial constitucional da ordem econômica (art. 170, VI, da CRFB) e concedendo ao tema tratamento específico no Capítulo VI, do Meio Ambiente, do Título VIII – Da Ordem Social. Foi a primeira Constituição a sistematizar a questão do Meio Ambiente, contendo diversas referências explícitas e implícitas à temática em toda a sua extensão.⁴⁹

No ano de 1989, foi promulgada a Lei n. 7.797, de 10 de julho⁵⁰, que instituiu o Fundo Nacional do Meio Ambiente; a Lei n. 7.802, de 11 de julho⁵¹, que regulamentou a pesquisa, produção, embalagem e controle de agrotóxicos, seus componentes e afins. Ainda em face da previsão constitucional do art. 225, foi publicada a Lei n. 8.078, de 1990⁵², que tratou de:

Definir os direitos metaindividuais (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos) e acrescentou ao antigo inciso IV do art. 1º da Lei n. 7.347/85, que havia sido vetado, possibilitando, desse modo, a utilização da ação civil pública para a defesa de qualquer interesse difuso e coletivo. Assim, tivemos a criação legal dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.⁵³

No ano de 1992, ou seja, vinte anos após a Declaração de Estocolmo (1972), a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento realizou no Brasil, na cidade do Rio de Janeiro, entre os dias 3 e 14 de junho, uma nova conferência para reafirmar os sobreditos 26 princípios do encontro anterior, bem como adicionar outros sobre o desenvolvimento sustentável e Meio Ambiente, correlacionando, em última análise, os direitos fundamentais do homem ao desenvolvimento e a uma vida saudável.

nºs 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 mai. 1998.

⁴⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 103.

⁵⁰ BRASIL. Lei n. 7.797, de 10 de julho de 1989. Cria o Fundo Nacional de Meio Ambiente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jul. 1989.

⁵¹ BRASIL. Lei n. 7.802, de 11 de julho de 1989. Dispõe sobre a Pesquisa, a Experimentação, a Produção, a Embalagem e Rotulagem, o Transporte, o Armazenamento, a Comercialização, a Propaganda Comercial, a Utilização, a Importação, a Exportação, o Destino Final dos Resíduos e Embalagens, o Registro, a Classificação, o Controle, a Inspeção e a Fiscalização de Agrotóxicos, seus Componentes e Afins, e dá outras Providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 jul. 1989.

⁵² BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990.

⁵³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. p. 5.

Em seguida, foram realizadas pelas Nações Unidas conferências sobre a Mudança do Clima (1995 – COP-1, Berlim; 1996 – COP-2, Genebra; 1997 – COP-3, Quioto; 1998 – COP- 4, Buenos Aires), as quais refletiam uma expectativa dos Governos para que fossem efetivadas ações inibidoras no futuro acerca dos “gases causadores de efeito estufa”. Sublinhe-se que, em dezembro de 1997, 39 países desenvolvidos participaram do chamado Protocolo de Quioto, celebrado por ocasião da 3ª Conferência das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. O referido Protocolo incluía metas e prazos relativos à redução ou limitação das emissões futuras de dióxido de carbono e outras fases responsáveis pelo efeito estufa.⁵⁴

É importante a ressalva quanto à Política Nacional de Resíduos Sólidos, advinda da Lei n. 12.305/10, denominada Lei dos Resíduos Sólidos (LRS), que integra a Política Nacional do Meio Ambiente e articula-se com a Política Nacional de Educação Ambiental e com a Política Federal de Saneamento Básico. A destinação de resíduos inclui a reutilização, a reciclagem, a compostagem, a recuperação e o aproveitamento energético ou outras destinações admitidas pelos órgãos competentes do SISNAMA, do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS) e do SUASA, entre elas a disposição final, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos.⁵⁵

No ano de 2012, foi promulgado o novo Código Florestal por meio da Lei n. 12.651⁵⁶, de 25 de maio, que recebeu, por meio da MP 571/12⁵⁷, mensagem de veto, regulamentando a proteção da vegetação nativa. Nesse passo, sobreveio a Lei

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. p. 66.

⁵⁵ BECHARA, Erika. **Aspectos Relevantes da Política Nacional de Resíduos Sólidos** - Lei Nº 12.305. São Paulo: Atlas, 2013. p. 27.

⁵⁶ BRASIL. Lei n. 12.651, de 25 de maio. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 28 mai. 2012.

⁵⁷ BRASIL. Medida Provisória n. 571, de 25 de maio de 2012. Altera a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001. **Diário Oficial da União**. Brasília, 29 mai. 2012.

n. 12.727⁵⁸, de 17 de outubro de 2012, que alterou, entre outros dispositivos, o novo Código Florestal.⁵⁹

1.1.2 Constitucionalização do Direito Ambiental e competência

Se, por um lado, a instituição da Política Nacional do Meio Ambiente marcou a passagem da fase fragmentária para a holística, por outro, também serve de termo inicial para o estudo do Direito Ambiental como um ramo independente da ciência jurídica. Faz-se referência, assim, àquele conjunto de normas e valores que, orientado por princípios próprios, intercomunica-se coordenadamente com as demais searas.

As décadas de 1960, 1970 e 1980 são notadas por uma extensa produção normativa atinente à proteção dos recursos naturais. De um canto, o Estado brasileiro produzia os textos legais. De outro, as demais fontes jurídicas, notadamente a doutrina, interpretavam as leis para que a sociedade compreendesse seu significado. Consolidou-se, nesse período, a noção dessa disciplina como autônoma em si mesma, desvinculada de premissas intocáveis próprias do Direito Administrativo.⁶⁰ Mas, sob qual fundamento normativo de validade?

Historicamente, extrai-se tal substrato mediante a interpretação de princípios constitucionais tradicionais, como o direito à vida, à saúde, à dignidade da pessoa humana ou até mesmo a partir das regras de fixação das competências federativas. Dentre outros alicerces mais novos, pode-se citar a função social da propriedade e a disciplina da produção e consumo. De todos esses, o direito fundamental à saúde foi, inegavelmente, aquele mais suscitado como legitimador das normas ambientais. Porém, não obstante essa função histórica, não parece

⁵⁸ BRASIL. Lei n. 12.727, de 17 de outubro de 2012. Altera a Lei no 12.651, de 25 de maio de 2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; e revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, a Medida Provisória no 2.166- 67, de 24 de agosto de 2001, o item 22 do inciso II do art. 167 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e o §2º do art. 4º da Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012. **Diário Oficial da União**. Brasília, 18 out. 2012.

⁵⁹ MILARÉ, Édís et al. **Novo Código Florestal**: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e à Med Provis 571, de 25 de maio de 2012. São Paulo: RT, 2012.

⁶⁰ MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 8. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 153.

adequado que daí se depreenda o fundamento de validade da proteção jurídica ao Meio Ambiente.⁶¹

Em primeiro lugar, em termos dogmáticos, o direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado não se confunde com o direito à saúde, em que pese haver grande área de convergência entre eles. Não se nega que o controle de substâncias perigosas, da qualidade do ar, da água dos rios de abastecimento e lençóis freáticos são providências que beneficiam tanto a natureza como a higidez sanitária. Por outro lado, não é difícil pensar em situações nas quais o Meio Ambiente e a saúde humana estariam contrapostas, cada qual tendendo para uma solução distinta.⁶²

Imagine-se, por exemplo, que uma cidade consolidada, com o espaço urbano inteiramente ocupado, conte com déficit de hospitais. Em tese, a supressão de uma área remanescente de mata atlântica, hipoteticamente o último espaço não edificado, para construção de um complexo hospitalar, traria um incremento para a saúde da população. Sem dúvida, contudo, o Meio Ambiente restaria prejudicado, o que revela uma oposição entre os direitos em exame. Casos concretos, como a proteção contra extinção do mico-leão dourado, sem qualquer repercussão sobre a preservação sanitária, reforçam o argumento ora exposto, segundo o qual o direito à saúde não é suficiente para lastrear as normas de Direito Ambiental.

No ponto, parece ter agido bem o constituinte de 1987/88 ao alçar o direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado à condição de direito fundamental, atribuindo-lhe valor próprio, não subordinado a qualquer outro princípio constitucional. E não o fez discretamente. Pelo avesso, conferiu-lhe um capítulo próprio, não só instituindo o fundamento de validade das normas infraconstitucionais, mas efetivamente determinando algumas providências concretas, como a instituição de áreas especialmente protegidas (art. 225, § 1º, III, da CRFB), a obrigatoriedade de estudo prévio de impacto ambiental (inciso IV), dentre outras.⁶³

⁶¹ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. p. 154.

⁶² MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. p. 154.

⁶³ SAMPAIO, Rômulo; LEAL, Guilherme; REIS, Antonio Augusto (orgs.). **Tópicos de Direito Ambiental: 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 60.

Simultaneamente, pode-se perceber um processo de ecologização da Constituição, que se afastou do paradigma civilista em prol de uma valorização difusa da principiologia tipicamente pública, afeta ao bem-estar coletivo e comum. Sobre o ponto, Patrick de Araújo Ayala lembra que a Constituição ambiental (ou ecológica) se propôs a organizar uma ordem jurídica plural, cuja fonte de juridicidade se encontra aberta à interação com experiências normativas, culturais e sociais externas. De forma mais ampla do que a previsão do art. 225 da CRFB, esse fenômeno se mostra patente em todo o corpo constitucional.⁶⁴

Herman Benjamin, conquanto admita a viabilidade de um ordenamento jurídico que não contemple na sua Lei Maior a proteção ambiental, identifica diversos benefícios substantivos e formais da referida constitucionalização. De fato, antes da inserção do Meio Ambiente no texto constitucional brasileiro, tal omissão não impediu o legislador de aprovar diversas leis protetivas, como já citado. Ademais, inúmeros ordenamentos jurídicos estrangeiros, muitas vezes bastante avançados em Direito Ambiental, optaram por não o fazer, sem qualquer prejuízo aparente. Entretanto, parecem decorrer mais benefícios do que malefícios dessa constitucionalização.⁶⁵

Pode-se diagnosticar como primeiro benefício substantivo o estabelecimento de um dever constitucional genérico de não degradar, base do regime de explorabilidade limitada e condicionada. Limitada porque se contrapõe ao sistema de exploração irrestrita, no máximo condicionada por limites mínimos como os direitos de vizinhança. Condicionada porque, mesmo que se admita a exploração, seu exercício deve ser precedido do preenchimento de determinados pressupostos, como a adequação abstrata às leis e a observância concreta aos termos das licenças ambientais expedidas.⁶⁶

Além disso, impõe um imediato dever de observância por todos – Estado e particulares – inafastável por lei, contrato, prescrição ou pela discricionariedade

⁶⁴ AYALA, Patrick de Araújo. Direito ambiental da sustentabilidade: os imperativos de um Direito ambiental de segunda geração na lei de Política Nacional do Meio Ambiente. In: SAMPAIO, Rômulo; LEAL, Guilherme; REIS, Antonio Augusto (orgs.). **Tópicos de Direito Ambiental: 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 74.

⁶⁵ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 58.

⁶⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. p. 58.

administrativa. Cuida-se de um princípio constitucional que simplesmente não pode, em hipótese alguma, ser oblivido, mas no máximo ponderado com outros de mesma hierarquia normativa e axiológica.⁶⁷

Como segundo benefício, há uma ecologização da propriedade e da sua função social. Não se trata de admitir que esta seja sopesada com outros direitos fundamentais, como o direito ao Meio Ambiente equilibrado. Isso já seria possível pelo simples dever genérico acima referido. Verifica-se, em verdade, uma contaminação do próprio conceito de propriedade pelo Direito Ambiental, que transmuda o instituto considerado em si mesmo.⁶⁸

Um claro exemplo disso é o texto da CRFB que, em seu art. 186, inciso III, dispõe que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, dentre outros três requisitos, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do Meio Ambiente. A modificação conceitual é tão importante e dotada de tamanhos efeitos práticos que, passados 25 anos, a jurisprudência ainda não a delimitou perfeitamente.⁶⁹

E não poderia ser diferente. Não é fácil, e nem seria salutar que o fosse, mudar um paradigma que orienta há séculos as relações jurídicas em nível mundial. No mínimo desde a Revolução Francesa, o direito de propriedade, tomado como direito subjetivo praticamente irrestrito, foi alçado à condição de valor máximo dentro do ordenamento jurídico. Tal ecologização de seu conceito parece ser uma tendência atual, mas depende de um processo de absorção tanto pelas fontes do Direito, como também pelos diversos setores profanos da sociedade.⁷⁰

Um terceiro benefício, diretamente ligado ao dever geral de proteção, é a elevação normativa e axiológica do direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado ao nível de direito fundamental. As consequências advindas disso,

⁶⁷ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. p. 59.

⁶⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. p. 60.

⁶⁹ SONDA, Claudia; TRAUCZYNSKI, Silvia Cristina. **Reforma Agrária e Meio Ambiente: teoria e prática no Estado do Paraná**. Curitiba: ITCG, 2010. p. 57.

⁷⁰ ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói: Ímpetus, 2009. p. 44.

decorrentes também da evolução pós-positivista no que tange à eficácia normativa das normas constitucionais, são bastante relevantes.⁷¹

Não se trata mais de contaminação conceitual de institutos afetos a outras searas, como o já citado direito de propriedade, típico do direito civil. Cuida-se, por outra instância, de atribuir maior peso formal e substantivo ao Meio Ambiente, de maneira a suscitar não mais o embate conceitual interno, mas sim o enfrentamento ponderativo externo. Ganha-se muito com isso, conforme se verá adiante, no âmbito da implementação.⁷²

É a partir desse fundamento que se possibilita, por exemplo, a instituição de determinada limitação ao direito de propriedade, mesmo que esta esteja cumprindo sua função social, em prol da preservação de um determinado ecossistema de relevante importância ecológica. Há, nesse caso, uma ponderação de princípios hierarquicamente semelhantes, que ora tenderá para um lado, ora para outro.⁷³

O quarto benefício diz respeito à legitimação da função reguladora estatal. Nessa esteira, não é de hoje que a restrição à liberdade individual do cidadão faz com que o Estado seja visto como um monstro, um verdadeiro Leviatã. Realmente, a linha entre a restrição válida e o excesso é frequentemente tênue, e não são poucas as vezes em que ela é cruzada. Em algumas hipóteses, contudo, a regulação é imprescindível, porém incompreendida. Nesses casos, a norma constitucional auxilia na legitimação da regulação.⁷⁴

Esse reforço legitimador torna-se ainda mais pertinente ao se constatar que a política pública ambiental, notadamente aquela preventiva, é usualmente inovadora frente ao conjunto de políticas tipicamente liberais (mínimas) e welfaristas. No Direito Ambiental, exige-se do Estado um exercício de previsibilidade, frequentemente difícil de se empreender e, por esse mesmo motivo, amiúde incompreendido. Em tempos de crise institucional, esse reforço de legitimidade é bem-vindo.

⁷¹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. p. 61.

⁷² BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. p. 61.

⁷³ ARAÚJO, Sarah Carneiro. **Licenciamento ambiental no Brasil: uma análise jurídica e jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 102.

⁷⁴ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. p. 62.

Diretamente relacionado com o anterior está o quinto benefício inerente à constitucionalização. Se, por uma banda, há um incremento de legitimidade da função regulatória, decorre também daí uma redução da discricionariedade administrativa.⁷⁵

Com efeito, a teoria da discricionariedade, em sua origem, conferia ao administrador uma carta branca para agir da maneira que pretendesse, sem que houvesse limites a essa liberdade. Com a evolução do Direito Constitucional e Administrativo, passou-se a impor balizas à atividade administrativa, sendo uma das mais importantes o reconhecimento de eficácia imediata das normas constitucionais, mesmo aquelas antes tidas por meramente programáticas. Daí se falar que a constitucionalização das normas ambientais – produtoras de efeitos diretos e imediatos – impõe uma redução da margem de atuação executiva.⁷⁶

O último benefício substantivo se refere à ampliação da participação popular que marca o próprio processo de promulgação da Constituição, não sem motivo apelada de Constituição-cidadã. São exemplos desse ganho as audiências públicas realizadas em processos de licenciamento ambiental, a maximização da legitimidade para se manifestar em autos judiciais e administrativos, a necessidade de publicação dos relatórios de impacto ambiental, inclusive do EIA/RIMA, dos empreendimentos poluidores causadores de significativa degradação ao Meio Ambiente, dentre outros.⁷⁷

Essa virtude, associada à redução da discricionariedade administrativa e à demanda por eficiência do poder público, tende a modificar significativamente a forma como a representação democrática é exercida. Sem pretender adiantar o exame do problema, vale pontuar, desde já, que a análise demanda uma melhor compreensão do conceito de legitimidade do ato administrativo.⁷⁸

Outros cinco benefícios formais completam essa lista. Primeiramente, observa-se atribuição de máxima preeminência (superioridade hierárquica) e proeminência (aumento de perceptibilidade das normas ambientais) frente a um

⁷⁵ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. p. 62.

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 200.

⁷⁷ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. p. 62-3.

⁷⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. p. 63.

conjunto bastante extenso de outras tantas. Notadamente essa última característica gera, ao menos em tese, elevado grau de obediência espontânea e, portanto, incremento no âmbito da implementação.⁷⁹

Ademais, não se pode esquecer da relevância da função simbólica, desde que não puramente simbólica, da constitucionalização de determinada norma. Cuida-se de demonstrar a todos, independentemente da eficácia normativa produzida, simplesmente por constar do principal documento produzido pelo sistema político-jurídico, a relevância do tema.⁸⁰

Em seguida, insta ressaltar a melhora no que tange à segurança jurídica, não apenas consequente do maior rigor procedimental para aprovação das emendas constitucionais, mas também por sua qualificação como cláusula pétrea, cujo núcleo rígido é insuscetível de supressão pelo constituinte derivado. Todas essas restrições asseguram a permanência da norma constitucional no ordenamento jurídico, garantindo estabilidade para as relações jurídicas afetadas.⁸¹

O terceiro e quarto benefícios podem ser vistos em conjunto. Referidas vantagens dizem respeito à substituição do paradigma da legalidade ambiental pelo da constitucionalidade ambiental. Daí advém, outrossim, a possibilidade de controle de validade das demais normas hierarquicamente inferiores, seja por inconstitucionalidade ou através do fenômeno da não-recepção pela nova ordem jurídica instaurada.⁸²

Por fim, o último benefício formal que se pode elencar é o reforço exegético pró-ambiente das normas infraconstitucionais. Nessa esteira, é cediço que os textos legais possuem, não raro, diversas interpretações possíveis.⁸³ Assim, a constitucionalização do Direito Ambiental impõe ao intérprete um vetor a seguir, sempre em favor do Meio Ambiente, tachando com pecha de nulidade qualquer outra leitura que não se adeque à direção traçada pela norma maior.⁸⁴

⁷⁹ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **Curso de direito ambiental**. 6. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 69.

⁸⁰ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **Curso de direito ambiental**. p. 70.

⁸¹ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **Curso de direito ambiental**. p. 70.

⁸² FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **Curso de direito ambiental**. p. 71.

⁸³ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **Curso de direito ambiental**. p. 71.

⁸⁴ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito Ambiental**. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 113.

Esse reforço exegético permite, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, ou qualquer outro órgão jurisdicional, em controle difuso, utilize a técnica da interpretação conforme a Constituição, em que se determina qual a melhor exegese possível, ou até mesmo da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, através da qual se extirpa apenas uma determinada interpretação do texto legal, permitindo-se as demais.⁸⁵

Concomitante a esses benefícios substantivos e formais, há outrossim alguns riscos que lhe são inerentes. O primeiro deles é lembrado ao se verificar os benefícios de uma Constituição sintética, com poucas disposições e redigida de forma lacônica e ambígua, repleta de conceitos jurídicos indeterminados. Há argumentos para defender que somente assim se viabilizaria a permanência do mesmo texto constitucional diante da modificação da sociedade, pois sua adaptação far-se-ia mediante correção interpretativa. Uma Constituição prolixa e objetiva, por outro lado, não viabilizaria tal amplitude ao intérprete e, inevitavelmente, deveria ser mudada com a evolução das relações sociais no tempo.⁸⁶

A crítica não é específica ao Direito Ambiental e parece menos um malefício do que uma alternativa, uma opção político-normativa legítima, principalmente se analisado o contexto histórico pós-ditadura em que foi promulgada a CRFB. Em verdade, ambos os modelos são viáveis, cada qual com suas especificidades. Contudo, mesmo em se escolhendo uma carta sintética, o meio ambiente ocupa posição de tamanho destaque hodiernamente que justificaria sua constitucionalização. Assim, sob essa ótica, a objeção mostra-se incabível.⁸⁷

De outra parte, o segundo risco se mostra mais pertinente. Nesse diapasão, notadamente em países de pouca tradição constitucional, há sempre o receio de que tais normas se caracterizem por caráter meramente retórico, sem efetividade no campo da prática, ou seja, com pouco ou nenhum impacto cotidiano

⁸⁵ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito Ambiental**. p. 113.

⁸⁶ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito Ambiental**. p. 114.

⁸⁷ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito Ambiental**. p. 114.

concreto, questão que se aborda inevitavelmente no estudo do problema da implementação.⁸⁸

Por derradeiro, é oportuno pontuar que, do *laissez-faire* à fase holística, o Direito Ambiental teve uma ascensão meteórica, pulando, em poucas décadas, da total indiferença para um dos pilares de apoio do desenvolvimento, antes meramente econômico, agora sustentável. Ante esse fato, não houve tempo hábil para o amadurecimento de seus conceitos, princípios, obrigações e, inclusive, das instituições que lhe são correlatas. Não há como se negar, por exemplo, que os institutos clássicos do Direito Civil restam mais consolidados, pois que existentes há séculos.

Com efeito, abstratamente considerados, diversos dos benefícios citados acima podem se transmutar em malefícios se identificarmos equívocos na constitucionalização das normas ambientais. Imagine-se que seja criado um instrumento alternativo mais eficaz para a consecução do princípio da prevenção do que o estudo prévio de impacto ambiental (EIA). A norma do art. 225, § 1º, inciso IV, da CRFB, deixaria de cumprir sua função e passaria a constituir um empecilho ao desenvolvimento sustentável, visto que representaria uma limitação de liberdade sem qualquer ganho para o Meio Ambiente.⁸⁹

Nesse caso hipotético, a segurança jurídica somente seria readquirida com a desconstitucionalização da norma, viabilizando ao legislador ordinário a substituição do instrumento arcaico pelo mais eficaz. Por evidente, essa situação é possível de acontecer em qualquer outra seara, mesmo naquelas com conceitos mais consolidados como o Direito Civil e o Direito Penal. Não se pode negar, contudo, que tal probabilidade é diretamente proporcional ao grau de amadurecimento desses.⁹⁰

Esse risco se agrava ainda mais se verificarmos que o Direito Ambiental, por seu caráter interdisciplinar, é mais suscetível a mudanças, não tanto do ponto de vista jurídico como no que tange à evolução social e, principalmente, tecnológica. Aquilo que é potencialmente poluidor hoje, pode não o ser com o progresso

⁸⁸ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito Ambiental**. p. 114-5.

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. p. 91.

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. p. 91-2.

tecnológico, e vice-versa. Nesse ponto, é possível que a segurança jurídica seja alcançada não com uma maior rigidez das normas ambientais, mas sim pela viabilização de maior mutabilidade a elas, visando a acompanhar as modificações das relações que buscam tutelar.⁹¹

No caso da CRFB, esses dois últimos riscos se realçam pela opulência da normatização constitucional relativa ao Meio Ambiente. Nesse sentido, não só foram positivados princípios amplos de regência do ordenamento, como também instrumentos específicos e até mesmo regras de concretização desses instrumentos. A efetiva criação de espaços especialmente protegidos é certamente a mais clara demonstração disso.⁹²

A Carta Maior brasileira é o resultado da soma das mais diversas forças, cada qual intentando resguardar os interesses que julgavam deveriam ser protegidos. O momento era propício para que se fizesse constar o máximo de normas protetivas possível, objetivando espantar de vez os fantasmas do passado. Como consequência, tem-se um texto por vezes pouco técnico, sistematicamente retalhado, mas que seguramente é, tanto em termos ambientais como de resto, apto a gerar todos os benefícios referidos acima.⁹³

Os riscos citados, notadamente de ineficácia normativa e desassociação com a evolução das relações jurídicas subjacentes, são por ora abstratos, não obstante reais. Mas as vantagens oriundas da constitucionalização do Meio Ambiente os suplantam, passando a contribuir com a regulação dessa macrorrelação jurídica homem-natureza.⁹⁴

Por fim, no que toca à competência, a CRFB impõe ao Poder Público o dever de defender e preservar o Meio Ambiente para as presentes e futuras gerações, bem como a obrigação de adotar todas as providências com vistas à efetividade do direito de todos ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado.⁹⁵

No sistema de repartição de competências previsto na Constituição, verifica-se que as entidades federativas – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – têm competência para proteção ambiental, sendo certo que são

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. p. 92.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. p. 92.

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. p. 99.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. p. 100.

⁹⁵ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 568.

encontradiças as competências (i) material exclusiva, (ii) material comum, (iii) legislativa exclusiva e (iv) legislativa concorrente.⁹⁶

Segundo a Política Geral Nacional do Meio Ambiente, prevista na Lei n. 6.938/1981, cabe à União elaborar planos nacionais e regionais de ordenação do território (art. 21, IX). Ainda no tocante à União, o art. 21, XI, da CRFB, conferiu-lhe competência exclusiva para instituir o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e para definir critérios de outorga de direitos do seu uso.⁹⁷

A União também recebeu competência privativa para legislar sobre águas e energia (art. 22, IV, da CRFB), não obstante tenham sido incluídas entre os bens dos Estados as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito. Vale dizer, assim, que, mesmo sendo de sua propriedade, os Estados só podem administrá-las nos termos da legislação federal pertinente.⁹⁸

A competência material comum dos entes federativos (art. 23 da CRFB) – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – está relacionada à prestação dos serviços relativos àquelas matérias e à execução de providências para a sua efetivação por meio de diretrizes, políticas e preceitos de proteção ambiental, dentre as quais se destacam as questões atinentes ao Meio Ambiente cultural e natural. São elas: (i) proteção às obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, aos monumentos, às paisagens naturais notáveis e aos sítios arqueológicos (art. 23, III); (ii) impedir a distribuição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (art. 23, IV); (iii) proteção ao Meio Ambiente natural e combater a poluição em qualquer de suas formas (art. 23, VI); (iv) preservação das florestas, fauna e flora (art. 23, VII).⁹⁹

No âmbito da competência legislativa concorrente sobre Meio Ambiente, cabe, em regra, à União estabelecer as normas gerais, inclusive, em certas circunstâncias autorizadas pelo texto constitucional, como é o caso da hipótese de legislação sobre a responsabilidade pelo dano ecológico (art. 24, VIII, da CRFB),

⁹⁶ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. p. 75.

⁹⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Manual de Direito Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 85.

⁹⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Manual de Direito Ambiental**. p. 85

⁹⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. p. 77.

que, sob o prisma do art. 22, I, da CRFB, seria, *a priori*, de competência privativa da União legislar sobre Direito Civil e Direito Penal.¹⁰⁰

Desta feita, são de competência legislativa concorrente as seguintes matérias: (i) florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do Meio Ambiente e controle da poluição (art. 24, VI); (ii) proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (art. 34, VII); (iii) responsabilidade por dano ao meio ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 24, VIII).¹⁰¹

Quanto aos Estados, estes não têm competência exclusiva em matéria de Meio Ambiente, possuindo, porém, competência comum juntamente com a União e Municípios (art. 23, III, IV, VI e VII, da CF/88).¹⁰²

Note-se, todavia, que os Estados têm competência legislativa suplementar de normas gerais, consoante os preceitos contidos nos incisos VI e VII e VIII, e § 2º do art. 24 da CRFB. Por seu turno, aos Municípios foi atribuída competência material (v.g. execução de leis protetoras) para proteção ambiental, em comum com a União e os Estados (art. 23, III, IV, VI e VII, da CF/88).¹⁰³

A competência complementar para legislar dos Municípios revela-se na sua atribuição para (i) promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano (art. 30, VIII, da CRFB), para (ii) a política de desenvolvimento urbano e estabelecimento do Plano Diretor (art. 182 da CF/88) e, por fim, para (iii) promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual (art. 30, I, da CRFB).¹⁰⁴

1.2 PRINCÍPIOS DE DIREITO AMBIENTAL

No estudo do Direito, as normas legais positivadas (as leis em sentido estrito) derivam de diferentes fontes. Essas fontes podem ser as próprias regras e costumes da sociedade, que muitas vezes são absorvidas na esfera jurídica, ou

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. p. 101.

¹⁰¹ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. p. 101.

¹⁰² ANTUNES, Paulo de Bessa. **Manual de Direito Ambiental**. p. 89.

¹⁰³ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Manual de Direito Ambiental**. p. 89.

¹⁰⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Manual de Direito Ambiental**. p. 90.

ainda, o conjunto de princípios estabelecidos pelo Direito Internacional através de convenções e conferências de âmbito internacional. Esses princípios passam a nortear o legislador na elaboração das leis, e também o órgão julgador – juízes e tribunais – na interpretação delas.¹⁰⁵

Os princípios comumente aplicados às questões de Direito Ambiental, começaram a ser definidos a partir da Conferência de Estocolmo, sendo mais tarde aprimorados em 1992, na Conferência do Rio – ECO/92 – e, mais recentemente, na chamada "Rio+20", em 2012, servindo como orientação para a conduta das políticas ambientais em nível global e como fonte para a elaboração de leis e interpretação destas em decisões administrativas ou judiciais, podendo estar explícitos ou implícitos na legislação. A CRFB, por exemplo, quando, em seu artigo 225, estabeleceu a obrigação de defesa e preservação do meio ambiente, para as "presentes e futuras gerações", explicitou o Princípio do Desenvolvimento Sustentável consagrado na Carta de Estocolmo.¹⁰⁶

Francisco Carrera afirma que "toda e qualquer atividade, potencialmente impactante ao meio ambiente urbano"¹⁰⁷, deverá sujeitar-se à aplicação dos princípios do Direito Ambiental. Nesse sentido, passa-se a analisar os mais relevantes princípios hodiernamente aplicados ao Direito Ambiental.

1.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Conforme Vladimir Passos de Freitas, o princípio da dignidade da pessoa humana, também conhecido como o princípio do direito humano fundamental, serve de base para todos os outros princípios do Direito Ambiental. Fundamentado sobre a visão antropocentrista que prevalece na doutrina atual, esse princípio estabelece que, para garantir a manutenção da vida humana de forma digna, é necessário que

¹⁰⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e Competências Ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 48.

¹⁰⁶ LEITE, Jose Rubens Morato; IGLECIAS, Patrícia Faga (orgs.). **Direito Ambiental para o século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos Resíduos Sólidos**. São Paulo: RT, 2015. p. 29.

¹⁰⁷ CARRERA, Francisco. **Cidade sustentável: utopia ou realidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 37.

se garanta o equilíbrio ambiental. Tal atribuição de valores eleva o direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado à categoria de direito fundamental.¹⁰⁸

O reconhecimento internacional desse princípio pode ser verificado na Carta de Estocolmo de 1972, tendo sido reafirmado na Declaração do Rio em 1992:

O homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e a condições de vida adequadas, num ambiente de qualidade que permita uma vida digna e do bem-estar, e assume a responsabilidade solene de proteger e melhorar o ambiente para as gerações atuais e futuras.¹⁰⁹

O Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos prevê, em seu art. 11, que "toda pessoa tem direito de viver em Meio Ambiente sadio e a dispor dos serviços públicos básicos". O artigo 225 da CRFB assim estabelece:

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.¹¹⁰

Este único artigo, e seus parágrafos, segundo Plauto Faraco de Azevedo, induz o intérprete a "opções valorativas sobre o exercício dos direitos individuais, cotejados com a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, de modo que aqueles não se sobreponham a esta".¹¹¹

De acordo com Paulo Affonso Leme Machado, "o direito à vida foi sempre assegurado como direito fundamental nas Constituições Brasileiras"¹¹², porém o doutrinador reconhece o avanço na CRFB, que incorporou como direito fundamental o direito à vida com dignidade: "resguarda-se a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e é feita a introdução do direito à sadia qualidade de vida. São conceitos que precisam de normas e de políticas públicas para serem dimensionados completamente".¹¹³

¹⁰⁸ FREITAS, Vladimir Passos. **A Constituição federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 59.

¹⁰⁹ FREITAS, Vladimir Passos. **A Constituição federal e a efetividade das normas ambientais**. p. 63.

¹¹⁰ ALMEIDA, Fernanda Menezes Dias. **Competências na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 77.

¹¹¹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização: Ambiente e Direito no limiar da vida**. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2008. p. 132.

¹¹² MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. p. 113.

¹¹³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. p. 113.

Pode-se dizer que este princípio está diretamente relacionado com o direito às cidades sustentáveis, conforme argumenta Daniel Sarmento:

A norma que estabelece o direito às cidades sustentáveis tem seu fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade preconizados pela Constituição da República, pelo que é importante lembrar que o respeito à dignidade da pessoa humana é que legitima a ordem estatal e comunitária, constituindo, a um só tempo, pressuposto e objetivo da democracia.¹¹⁴

Neste sentido, ao analisar os impactos ambientais de uma determinada atividade, o licenciamento ambiental torna-se o fundamento da imposição de medidas mitigadoras e compensatórias, visando à garantia da manutenção da qualidade de vida da população afetada pelo empreendimento.

1.2.2 Princípio da prevenção

Considerando-se a dificuldade, na maioria dos casos, de reparar integralmente o dano ao Meio Ambiente, o Direito Ambiental tem como principais objetivos estabelecer medidas que possam evitá-lo ou preveni-lo. Qual a possibilidade, por exemplo, de reparar o desaparecimento de uma espécie vegetal ou animal? Qual o custo de limpar uma bacia hidrográfica contaminada por vazamento de mercúrio?

O princípio da prevenção impõe como essencial, diante do risco previsível de danos ao Meio Ambiente, que todas as medidas possíveis sejam tomadas para evitá-lo ou ao menos para minimizar seus efeitos. O licenciamento ambiental é um dos principais instrumentos para isso, uma vez que, a partir de uma análise técnica da atividade potencialmente poluidora ou utilizadora de recursos naturais a ser licenciada, é possível prever os resultados no Meio Ambiente daquela interferência humana, permitindo ao órgão público licenciador estabelecer limites e exigir do empreendedor determinadas medidas que possam mitigar os impactos previstos.¹¹⁵

¹¹⁴ SARMENTO, Daniel. **A ponderação dos interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 60.

¹¹⁵ LEITE, Jose Rubens Morato; IGLECIAS, Patrícia Faga (orgs.). **Direito Ambiental para o século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos Resíduos Sólidos**. p. 99.

Tal orientação está claramente concretizada na própria CRFB, que, em seu artigo 225, atribui ao Poder Público a incumbência de exigir estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo ao qual se deverá dar a devida publicidade.¹¹⁶

É importante ressaltar, entretanto, segundo Paulo Affonso Leme Machado, que as medidas utilizadas para prevenir o dano ao Meio Ambiente não terão necessariamente a pretensão de eliminar o dano, sendo certo que a identificação desses danos inevitáveis deverá ser avaliada em conjunto com os impactos positivos da atividade, de forma que se possa julgar o interesse e a conveniência de se aceitá-los. Tudo isso a partir de análises tecnicamente embasadas.¹¹⁷

1.2.3 Princípio da precaução

Embora se confunda em alguns casos com o princípio da prevenção, há uma distinção importante entre este e o princípio da precaução. Enquanto o primeiro trata de consequências previsíveis de uma atividade ou ação, o princípio da precaução se distingue por tratar de consequências ainda não conhecidas, uma situação bastante comum em se tratando de inovações tecnológicas do mundo moderno que nem sempre aguardam a conclusão de todos os estudos sobre suas consequências para que sejam lançadas no mercado.¹¹⁸

O reconhecimento desse princípio aparece pela primeira vez na Declaração do Rio, de 1992, nos seguintes termos:

Princípio 15: De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.¹¹⁹

¹¹⁶ LEITE, Jose Rubens Morato; IGLECIAS, Patrícia Faga (orgs.). **Direito Ambiental para o século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos Resíduos Sólidos**. p. 99.

¹¹⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. p. 240.

¹¹⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e Competências Ambientais no Brasil**. p. 81.

¹¹⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e Competências Ambientais no Brasil**. p. 81.

Chama atenção o fato de que o texto acima transcrito, ao mesmo tempo em que estabelece a necessidade da implementação das medidas eficazes para prevenir a degradação ambiental, reconhece que tais medidas devam ser economicamente viáveis. Esse princípio considera que a aplicação de medidas restritivas ao exercício de atividade econômica, de forma isolada, em alguns casos pode trazer consequências também negativas para o próprio Meio Ambiente.

Tal como foi destacado pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, vivemos “uma fase de transição de uma sociedade industrial para uma sociedade de risco”.¹²⁰ A sociedade moderna, com a crescente demanda por soluções tecnológicas para os problemas do dia-a-dia, criou um novo fator de risco. Essa preocupação deixou de ser um mero encargo da ideia de progresso, passando a ganhar maior visibilidade.

No entendimento de Ana Gouveia e Freitas Martins:

A elevação do risco a elemento estruturante da nossa sociedade resultou da confrontação com efeitos que, anteriormente, eram inimagináveis e foi ampliada pela intensificação do estudo e da divulgação de informação científica que, em lugar de certezas, manifesta cada vez mais dúvidas.¹²¹

Paulo Affonso Leme Machado orienta sobre a necessidade de ponderação dos meios de evitar o dano, da seguinte forma:

A aplicação do princípio da precaução relaciona-se intensamente com a avaliação prévia das atividades humanas. O "Estudo de Impacto Ambiental" insere na sua metodologia a prevenção e a precaução da degradação ambiental. Diagnosticado o risco, pondera-se sobre os meios de evitar o prejuízo. Aí entra o exame da oportunidade do emprego dos meios de prevenção.¹²²

Dessa forma, ao exigir do empreendedor esse diagnóstico prévio (EIA/RIMA), o órgão ambiental licenciador estará agindo de forma preventiva, em consonância com os interesses de proteção do ambiente. Quando, em seu processo produtivo, uma indústria utiliza algum recurso natural ou quando em função dessa

¹²⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 12.

¹²¹ MARTINS, Ana Gouveia e Freitas. **O Princípio da Precaução no Direito do Ambiente**. Lisboa: Sociedade Académica Faculdade de Lisboa, 2002. p. 14.

¹²² MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. p. 71.

atividade altera as características do Meio Ambiente de forma negativa, produzindo poluição, muitas vezes estará gerando custos para a Administração Pública.¹²³

1.2.4 Princípio do poluidor-pagador

O princípio do poluidor-pagador, também conhecido como usuário-pagador, não constitui uma autorização para poluir mediante pagamento ou compensação. O princípio pressupõe a aplicação de medidas que imponham ao poluidor (apenas aquele que esteja realizando suas atividades em consonância com as normas e parâmetros ambientais) o dever de arcar com as despesas de prevenção, reparação da poluição, internalizando essa despesa nos seus custos operacionais.¹²⁴

Essa despesa raramente chega a ser considerada na composição do preço do produto criado, embora indiretamente o consumidor esteja pagando por ela, seja na conta de água, através do IPTU ou de alguma outra forma de taxaço. Diferentemente da responsabilização por dano ambiental, que se busca por meio do processo judicial ou administrativo, a reparação almejada por esse princípio visa afastar da coletividade o ônus da recuperação do bem ambiental lesado.

Plauto Faraco de Azevedo reforça essa ideia ao se referir à forma como, no sentido de "baratear custos e produzir cada vez mais", é cada vez mais comum a "externalização" de certos custos, o que, para o autor, implica na transferência dessa "conta" para "o Estado, a sociedade ou a natureza". De acordo com essa lógica, entende Azevedo, "as operações de produção não incluem o custo de restauração do meio ambiente".¹²⁵

Na Declaração da Rio-92, esse princípio encontra-se expresso da seguinte forma:

Princípio 16: As autoridades nacionais devem procurar garantir a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, considerando o critério de que, em princípio, quem contamina deve arcar com os custos da descontaminação e com a observância dos interesses públicos, sem perturbar o comércio e os investimentos internacionais.¹²⁶

¹²³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. p. 72.

¹²⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. p. 72.

¹²⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização: Ambiente e Direito no limiar da vida**. p. 79.

¹²⁶ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização: Ambiente e Direito no limiar da vida**. p. 80.

Na legislação atual, esse princípio encontra-se previsto em algumas normas do Direito Ambiental brasileiro, podendo-se citar como exemplo a Política Nacional de Meio Ambiente, a Política Nacional de Recursos Hídricos, ao prever a taxa de outorga para a utilização de recursos hídricos, e a Política Nacional de Resíduos Sólidos.¹²⁷

É muito comum, por ser um princípio surgido recentemente, uma certa confusão sobre a sua natureza e aplicabilidade. Nesse sentido, Mauricio Motta nos oferece uma definição bastante esclarecedora:

O princípio do usuário-pagador consiste no fato do usuário dos recursos naturais sofrer a incidência de um custo (instrumento econômico) devido à utilização dos bens naturais. Os recursos naturais são bens da coletividade e o uso destes garante uma compensação financeira para a mesma, não importando se o meio ambiente corre risco ou não de ser poluído. Quando alguém usa um bem que não lhe pertence - e os bens ambientais, por pertencerem a todos, não pertencem a ninguém com exclusividade - deve dar uma retribuição aos titulares deste bem ou, no caso de bens difusos, aos seus gestores.¹²⁸

No mesmo trabalho, Motta cita o Min. Antônio Herman Benjamin, que também entende que "o usuário deve pagar pelo uso do bem ambiental que é de todos para evitar a situação que chama de subsídio", para fundamentar seu ponto de vista. Para o Ministro, se o Meio Ambiente é um direito difuso, então pertence a todos igualmente, portanto, se apenas "uns poucos o estão utilizando sem qualquer compensação pelo seu esgotamento ou uso, então a conta está sendo coberta pelo público em geral".¹²⁹

Tendo em vista essa obrigatoriedade de o empreendedor compensar a coletividade pelo impacto gerado por suas atividades, o licenciamento ambiental passa a ser um instrumento da maior importância para o gestor público ambiental. Através dele, o órgão ambiental, no âmbito do processo de licenciamento, poderá exigir previamente do degradador a realização das medidas compensatórias cabíveis.¹³⁰

¹²⁷ MOTA, Mauricio. **Função social do direito ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 55.

¹²⁸ MOTA, Mauricio. **Função social do direito ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 59.

¹²⁹ BENJAMIN, Antonio Herman. Responsabilidade civil por dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 9, n. 3, p. 5-52, 1998. p. 19.

¹³⁰ BENJAMIN, Antonio Herman. **Responsabilidade civil por dano ambiental**. p. 19.

1.2.5 Princípio da informação e princípio da participação

Para Daniel Sarmiento, o Princípio da Informação tem por finalidade proporcionar ao cidadão o pleno acesso às informações sobre decisões administrativas, ou dados disponíveis de pesquisas, que tenham alguma repercussão na qualidade ambiental. Sem o acesso à informação, a sociedade, enquanto legítima detentora do direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado fica impossibilitada de exercer o controle sobre as possíveis agressões.¹³¹

A aplicação do Princípio da Informação, que não se restringe ao licenciamento ambiental, encontra respaldo na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, no capítulo dedicado ao meio ambiente, ao explicitar a obrigatoriedade da divulgação do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), no art. 225, § 1º.¹³²

Visando dar aplicabilidade ao princípio, a Lei n. 10.650, de 16 de abril de 2003, dispôs que os órgãos e entidades da Administração Pública, direta, indireta e fundacional, integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama –, ficam obrigados a permitir o acesso público aos documentos, expedientes e processos administrativos que tratem de matéria ambiental e a fornecer todas as informações ambientais que estejam sob sua guarda, em meio escrito, visual, sonoro ou eletrônico.

Mais recentemente, a União editou normas estabelecendo as formas de garantia do direito à informação. Nesse sentido, a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, dispôs sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações, impositivas a todos os entes federados.¹³³

Deve ser ressaltada a importância dessa lei como garantia do direito à informação, ao estabelecer como conduta ilícita certos comportamentos ainda frequentemente adotados por servidores públicos que se arvoram de seu poder de polícia administrativo para sonegar ou dificultar ao máximo o acesso do cidadão às informações processuais de seu interesse. O Princípio da Informação serve como

¹³¹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação dos interesses na Constituição Federal**. p. 94.

¹³² SARMENTO, Daniel. **A ponderação dos interesses na Constituição Federal**. p. 94.

¹³³ LEITE, Jose Rubens Morato; IGLECIAS, Patrícia Faga (orgs.). **Direito Ambiental para o século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos Resíduos Sólidos**. p. 48.

pressuposto para um outro Princípio importante do Direito Ambiental, que é o Princípio da Participação.¹³⁴

A participação na vida democrática, não se dá apenas pela manifestação do voto em nossos representantes políticos. Existem formas de participar das decisões administrativas que no caso do Direito Ambiental estão previstas em algumas situações concretas, como por exemplo, na participação em conselhos de meio ambiente, em audiências públicas, ou ainda, no controle judicial através de instrumentos constitucionalmente previstos como a ação civil pública e a ação popular.¹³⁵

Ao tratar do tema da democracia participativa, a qual se refere como um "terceiro modelo de democracia", Vânia Siciliano Aieta, nos lembra que nos dias de hoje, "a vida democrática não pode ser reduzida a uma mera delegação da vontade popular, devendo ter por escopo a superação de possíveis rupturas entre a vontade dos representantes e a dos representados". Dessa forma, a doutrinadora justifica a criação de "instrumentos de intervenção no processo político de decisão".¹³⁶

No caso da preservação e defesa do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, é importante frisar que a própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, impôs ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o Meio Ambiente. Pode-se afirmar, por conseguinte, que essa participação não é apenas um direito, mas uma obrigação.¹³⁷

Numa interessante visão sobre estes dois princípios, o da Informação e o da Participação, Paulo de Bessa Antunes os agrega sob um único princípio, ao qual se refere como o Princípio Democrático, que o autor define da seguinte forma:

O princípio democrático é aquele que assegura aos cidadãos o direito pleno de participar na elaboração das políticas públicas ambientais e de obter informações dos órgãos públicos sobre matéria referente à defesa do meio ambiente e de empreendimentos utilizadores de recursos ambientais e que tenham significativas repercussões sobre o ambiente.¹³⁸

¹³⁴ LEITE, Jose Rubens Morato; IGLECIAS, Patrícia Faga. **Direito Ambiental para o século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos Resíduos Sólidos**. 48.

¹³⁵ LEITE, Jose Rubens Morato; IGLECIAS, Patrícia Faga (orgs.). **Direito Ambiental para o século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos Resíduos Sólidos**. p. 49.

¹³⁶ AIETA, Vânia Siciliano. **Democracia: Estudos em Homenagem ao Professor Siqueira Castro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 118.

¹³⁷ AIETA, Vânia Siciliano. **Democracia: Estudos em Homenagem ao Professor Siqueira Castro**. p. 118.

¹³⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e Competências Ambientais no Brasil**. p. 29.

No âmbito do processo de licenciamento ambiental, a realização de audiências públicas tem como principal objetivo permitir que a comunidade afetada por determinado empreendimento tenha acesso ao Estudo de Impacto Ambiental e participar de forma ativa no debate relativo ao licenciamento, ou não, da atividade pretendida, antes da sua implantação.¹³⁹

E justamente com o objetivo de garantir a efetividade do Princípio da Informação, o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA – editou a Resolução n. 9, de 3 de dezembro de 1987, dispondo que sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, o Órgão de Meio Ambiente promoverá a realização de audiência pública, que deverá ser precedida de ampla divulgação e realizada em local acessível aos interessados.

A Resolução citada destaca que a ata da audiência pública e seus anexos servirão de base, juntamente com o RIMA, para a análise e parecer final do licenciador quanto à aprovação ou não do projeto.

1.2.6 Princípio do desenvolvimento sustentável

O Princípio do Desenvolvimento Sustentável pode ser considerado basilar para o Direito Ambiental, por prever justamente a proteção dos direitos daqueles que ainda nem nasceram – as próximas gerações –, e importa no exercício sincero da inevitável tarefa de reconhecimento da realidade que vivenciamos, notadamente, da esgotabilidade dos recursos naturais existentes, da delicadeza do equilíbrio ecológico e das consequências da intervenção humana no Meio Ambiente.

O Desenvolvimento Sustentável é obtido pelo respeito aos demais princípios de Direito Ambiental, máxime os Princípios da Precaução e Prevenção, nos aspectos social, ambiental e econômico, e baseia-se na ideia de viabilizar um desenvolvimento econômico racional a longo prazo, objetivando preservar o Meio Ambiente para a posteridade.

¹³⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e Competências Ambientais no Brasil**. p. 29.

Assim, o Desenvolvimento Sustentável fundamenta-se no dever que as atuais gerações têm de garantir o seu acesso aos recursos ambientais disponíveis, de forma a possibilitar o seu desenvolvimento sem que comprometam o direito das próximas gerações de satisfazerem as suas próprias necessidades. Segundo Capra:

O principal desafio deste século – para os cientistas sociais, os cientistas da natureza e todas as pessoas – será a construção de comunidades ecologicamente sustentáveis, organizadas de tal modo que suas tecnologias e instituições sociais – suas estruturas materiais e sociais – não prejudiquem a capacidade intrínseca da natureza de sustentar a vida.¹⁴⁰

Esse princípio encontra-se expresso na Declaração do Rio, da seguinte forma: “Princípio 4: Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste”.¹⁴¹

De acordo com Paulo Affonso Leme Machado, o Direito Ambiental passa a incorporar "um componente ético em relação às gerações não presentes ou futuras mostrando que não se está agindo de uma forma comprometida e egoísta em relação à herança ambiental a ser transmitida".¹⁴²

Justamente a fim de resguardar esse legado, a Constituição Federal de 1988, no seu art. 170, inciso VI, e 225, *caput*, vinculou o desenvolvimento econômico e social do país à preservação e defesa do Meio Ambiente para a presente e futuras gerações, com a clara intenção de impor um ponto de equilíbrio entre a utilização racional do Meio Ambiente e a atividade econômica.

Por sua vez, o artigo 186 da Constituição Federal traduz verdadeira concretização do Princípio do Desenvolvimento Sustentável, definindo que a função social da propriedade rural é cumprida com o seu aproveitamento racional e adequado, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do Meio Ambiente, a observância das disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

¹⁴⁰ CAPRA, Fritjof. **As Conexões Ocultas**: Ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Cipolla Brandão. São Paulo: Cultrex, 2005. p. 17.

¹⁴¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. p. 227.

¹⁴² MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. p. 227.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que a norma constitucional eleva o Meio Ambiente ao patamar de Direito Fundamental, também torna obrigação do Estado a sua proteção, estipulando diretrizes a serem observadas com o objetivo de refrear eventual sanha econômica insustentável ambientalmente a longo prazo e em detrimento das futuras gerações.

1.2.7 Princípio da função socioambiental da propriedade

O direito à propriedade privada da terra é uma criação razoavelmente recente da humanidade. Essa garantia só começou a ser aceita como um direito individual do cidadão a partir das revoluções burguesas do século XVIII. Considerando que os maiores proprietários de terras naquela época eram os representantes da nobreza, além da própria Igreja Católica, a resistência dessas classes dominantes levou as recém-criadas repúblicas a inserirem em suas constituições garantias legais de manutenção desses direitos de propriedade ao cidadão comum. O direito à propriedade tornou-se sagrado e inviolável, como expressava, por exemplo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.¹⁴³

Entretanto, as mazelas sociais que derivaram dessa inviolabilidade do direito à propriedade, também conduziram os povos da época a uma realidade onde uns poucos donos de vastas propriedades passaram a usufruir de forma individualista desse direito, em detrimento do acesso do restante da sociedade a outros Direitos Fundamentais, como o direito à alimentação e à moradia.¹⁴⁴

No Direito Brasileiro, o posicionamento dos bens ambientais como *res nullius* (coisa de ninguém) facilitou essa apropriação. Conforme a avaliação de Maurício Mota, esse posicionamento por parte do ordenamento jurídico pátrio foi fator determinante para enfraquecer a proteção do Meio Ambiente:

Os bens ambientais brasileiros ora são considerados como *res nullius* - coisa sem dono, passíveis de livre apropriação - ora como *res communes* - bens de uso comum do povo, gratuito, ou retribuído, conforme a sua escassez. Em ambos os casos, a apropriação subjetivista e patrimonial não oferece um regime adequado de proteção.¹⁴⁵

¹⁴³ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização: Ambiente e Direito no limiar da vida**. p. 102.

¹⁴⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização: Ambiente e Direito no limiar da vida**. p. 102.

¹⁴⁵ MOTA, Mauricio. **Função social do direito ambiental**. p. 113.

Dessa construção ideológica deriva o princípio da função socioambiental da propriedade, segundo o qual para a propriedade individual ser considerada legítima, deve cumprir uma função não apenas social, mas também ambiental. Função essa prevista tanto constitucionalmente quanto no Código Civil.¹⁴⁶

Conforme determina o princípio da legalidade, enquanto o cidadão não é obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa senão em virtude de lei (CRFB, art. 5º, inc. II), o agente público só pode praticar atos que estejam previstos em lei. No caso específico do licenciamento ambiental, vamos observar que o órgão licenciador somente pode exigir licença ambiental do particular ou de outro órgão público quando houver lei que assim o determine.¹⁴⁷

Da mesma forma, o órgão licenciador não possui a prerrogativa de negar a licença caso o requerente tenha cumprido todos os requisitos legais. A própria CRFB determina que seja assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.¹⁴⁸

Ainda em cumprimento desse princípio, ao conceder ou negar uma licença para realização de atividade potencialmente poluidora, o órgão licenciador deve estar devidamente fundamentado em razões de ordem técnica (e não simplesmente com base na sua conveniência e oportunidade), as quais devem fazer parte do processo e estar disponíveis para o requerente e para o público em geral. Caso contrário, o ato pode ser considerado ilegal, e a licença, caso tenha sido concedida, perde sua validade.¹⁴⁹

1.2.6 Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

Conforme explica Daniel Sarmento, no momento em que a CRFB estabeleceu o Meio Ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo, fez da garantia desse bem um interesse público. No processo de

¹⁴⁶ MOTA, Mauricio. **Função social do direito ambiental**. p. 113-4.

¹⁴⁷ MOTA, Mauricio. **Função social do direito ambiental**. p. 114.

¹⁴⁸ COUTINHO, Ronaldo; ROCCO, Rogério (orgs.). **O Direito Ambiental das Cidades**. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2004. p. 77.

¹⁴⁹ COUTINHO, Ronaldo; ROCCO, Rogério (orgs.). **O Direito Ambiental das Cidades**. p. 77.

licenciamento, muitas vezes o que se identifica é um conflito de interesses entre um particular, buscando no órgão público uma autorização para realizar sua atividade, e o interesse coletivo, público, em preservar o Meio Ambiente.¹⁵⁰

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que é um dos princípios basilares do Direito Administrativo, vem justamente para evitar que o direito de um particular não cause um dano ao direito da sociedade e, como um todo, ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado.¹⁵¹

Se, por um lado, a CRFB garante o direito individual à propriedade, por outro, o direito do proprietário de cortar uma árvore em seu terreno fica suspenso (dependendo da conformidade com as leis ambientais vigentes), uma vez que o direito da coletividade ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado deve prevalecer sobre o interesse particular.¹⁵²

Outro exemplo de conflito entre direitos que deve ser pautado por esse princípio é aquele entre o interesse coletivo ao Meio Ambiente e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. É no intuito de servir como instrumento para o auxílio do órgão licenciador, na hora de contrabalançar esses valores, que surge a avaliação de impactos ambientais (de que o EIA/RIMA é uma das espécies) e o correspondente processo de licenciamento ambiental.¹⁵³

Pois bem. Sem a pretensão de exaurir a matéria, mas limitando-a para efeitos do presente trabalho, esses são os princípios basilares aplicáveis ao Direito Ambiental. Adiante, em capítulo dedicado especificamente a ele em virtude do foco escolhido na presente dissertação, trataremos do princípio da proibição de retrocesso e, posteriormente, das balizas utilizadas na análise de colisão entre princípios, para então, no terceiro capítulo, serem analisados casos específicos levados às cortes brasileiras.

¹⁵⁰ SARMENTO, Daniel. **A ponderação dos interesses na Constituição Federal**. p. 51.

¹⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 39.

¹⁵² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 39.

¹⁵³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 40.

CAPÍTULO 2

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

Com a mudança da estrutura social na qual vivemos, de uma sociedade industrial para uma sociedade de risco, presenciemos reflexos dessa evolução na esfera jurídica, chamada a atuar em casos paradigmáticos decorrentes dos riscos do desenvolvimento civilizatório, muitas vezes com implicações globais e duradouras.

Nesse sentido, Romeu Thomé salienta:

A globalização das ameaças ambientais, que desconhece a divisão de classes tradicional, não esconde, por outro lado, as enormes desigualdades sociais verificadas a partir dos efeitos diretos das atividades desenvolvidas na sociedade de risco. A população mais carente é a que, sem dúvida, sofre as mais graves consequências dos impactos negativos sobre o meio ambiente. Desse modo, constata-se o surgimento de novas desigualdades internacionais, regionais e locais, decorrentes dos riscos produzidos pelas atividades industriais.¹⁵⁴

Apesar da consagração constitucional da proteção ao Meio Ambiente equilibrado, as recentes alterações legislativas infraconstitucionais indicam clara tendência de recuo dos níveis de proteção ao Meio Ambiente, deixando evidente um esforço político concentrado e crescente no sentido de flexibilizar a legislação ambiental vigente.

Diante desse quadro, cada vez mais o Princípio da Proibição de Retrocesso vem sendo invocado como um dos principais mecanismos jurídicos de proteção do Meio Ambiente equilibrado, utilizado para frear esse processo destrutivo legislativo, com o objetivo de pautar a atuação estatal no sentido de concretizar um desenvolvimento ambiental sustentável.

E é justamente dessa natureza modeladora do Direito Ambiental que decorre a grande importância do Princípio da Proibição de Retrocesso hodiernamente, que será analisado detidamente no presente capítulo.

¹⁵⁴ THOMÉ, Romeu. **O Princípio da vedação de retrocesso socioambiental no contexto da sociedade de risco**. Bahia: Ed. Juspodivm, 2014. p. 25.

2.1 ORIGEM

Quanto à origem do Princípio de Proibição de Retrocesso, Romeu Thomé explica que o Direito Ambiental tem estreita relação e enorme semelhança de cargas normativas e de conteúdo com os Direitos Fundamentais sociais. Em razão disso, o Princípio de Proibição de Retrocesso Socioambiental está atrelado à eficácia protetiva dos Direitos Fundamentais e é, portanto, derivado da proibição de reversibilidade no âmbito social:

(...) A cláusula de vedação de retrocesso ambiental está calcada na já consolidada cláusula de vedação de retrocesso social, amplamente desenvolvida pela doutrina e aplicada pela jurisprudência estrangeira e nacional. Parte-se da consagração da proibição de reversibilidade no âmbito social para fundamentar a possibilidade de sua aplicação também para a garantia dos direitos fundamentais de terceira geração.¹⁵⁵

Trata-se de verdadeiro “diálogo das fontes” com o bloco normativo da proteção internacional dos Direitos Humanos, visando implementar progressiva e legislativamente a preservação ambiental máxima e vedando medidas que objetivem regredir o nível de proteção já alcançado.¹⁵⁶

E é exatamente sobre como ocorreu a evolução da proibição de retrocesso social para a proibição de retrocesso socioambiental que tratará o tópico seguinte.

2.2 EVOLUÇÃO E OBJETIVO

Elaborando acerca da evolução dos Direitos Fundamentais sociais, percebe-se que o artigo 1º, III, da CRFB, consagrou expressamente a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental edificante do Estado Democrático de Direito e, assim, como um dos sustentáculos e fonte legitimadora de toda ordem estatal, na medida em que é a partir desse valor que os demais princípios e regras se projetam, erigindo o ser humano como finalidade precípua do Estado.

¹⁵⁵ THOMÉ, Romeu. **O Princípio da vedação de retrocesso socioambiental no contexto da sociedade de risco**. p. 12.

¹⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 229.

Seguindo essa lógica, Thomé salienta que as constituições escritas ao longo do tempo progressivamente passaram a contemplar um rol cada vez mais ampliado de Direitos Fundamentais que exigiam a atuação do Estado para a sua efetividade. Assim, notadamente em épocas de crise econômica, alguns países tentaram reduzir o âmbito de proteção normativa em relação a alguns Direitos Fundamentais sob o pálio da teoria da reserva do possível. Tais intentos, na sua maioria em países europeus, encontraram forte resistência jusfundamental fundada nos princípios da dignidade humana e da justiça social, teoria defendida pela oposição que passou então a ser chamada de princípio ou cláusula de vedação do retrocesso social¹⁵⁷.

Canotilho e Leite lembram que a vedação de retrocesso é amplamente difundida e se trata de princípio consagrado internacionalmente, citando as nomenclaturas estrangeiras para o princípio:

Outro ponto interessante em relação ao tema são as várias nomenclaturas utilizadas pelos doutrinadores para descrever o risco de 'não retrocesso'. Na Bélgica, por exemplo, utiliza-se o princípio de *stand still* (imobilidade). Já na França, intitula-se o conceito de efeito *cliquet* (trava) ou regra do *cliquet anti-retour* (trava antirretorno). Alguns autores sustentam, ainda, a 'intangibilidade' de alguns direitos fundamentais. Em inglês, visualiza-se a expressão *eternity clause* ou *entrenched clause*, enquanto na língua espanhola fala-se em *prohibición de agresividad o de retrocesso*.¹⁵⁸

Segundo a então novel teoria, no Estado Democrático de Direito os direitos sociais são Direitos Fundamentais e passam a ter o máximo de aplicabilidade possível, e "uma vez dada execução à norma constitucional pela norma programática social, o legislador ordinário não pode voltar atrás. Dessa forma admite, ainda que indiretamente, a proibição constitucional de retrocesso social". Assim, instituído um direito ou garantia de cunho social, ele é incorporado ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido sob pena de promover um retrocesso.

No que toca à aplicação da vedação de retrocesso social ao ambiente, Sarlet e Fensterseifer salientam o seguinte:

¹⁵⁷ THOMÉ, Romeu. **O Princípio da vedação de retrocesso socioambiental no contexto da sociedade de risco**. p. 90.

¹⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. p. 229.

Em suma, o que se afirma é que a partir do princípio constitucional da dignidade humana, embora no mais das vezes em articulação com outros valores e bens jurídico-constitucionais, projeta-se todo um leque de posições jurídicas subjetivas e objetivas, com a função precípua de tutelar a condição existencial humana contra quaisquer violações do seu âmbito de proteção, assegurando o livre e pleno desenvolvimento da personalidade de cada ser humano. Ainda nesse contexto é possível destacar uma dimensão social (ou comunitária) inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que, apesar de ser sempre em primeira linha encarregar-se da dignidade da pessoa concreta, individualmente considerada, a sua compreensão constitucionalmente adequada – ainda mais sob a formatação de um Estado Social – implica necessariamente também um permanente olhar para o outro, visto que o indivíduo e a comunidade são elementos integrantes de uma mesma (e única) realidade político-social.¹⁵⁹

A partir dessa noção de interdependência social, extrai-se uma compreensão multidimensional da dignidade humana para nela incluir um enfoque ecológico, capaz de contemplar a qualidade de vida como um todo, levando em consideração não somente as interações entre as dimensões naturais e biológica, como também ecológica, visando a garantia de um nível de vida com ampla qualidade e segurança ambiental¹⁶⁰.

Nesse sentido, percebe-se que o estudo histórico evolutivo da consagração do princípio da dignidade humana evidencia uma lógica aprimorada e cumulativa das dimensões superpostas de direitos, conforme explica Sarlet:

Assim como outrora os direitos liberais e os direitos sociais formatavam o conteúdo da dignidade humana, hoje também os direitos de solidariedade, como é o caso especialmente do direito de viver em um ambiente sadio, equilibrado e seguro, passam a conformar o seu conteúdo, ampliando o seu âmbito de proteção. Daí falar-se, conforme já enunciado anteriormente, em uma nova dimensão ecológica para a dignidade humana, em vista especialmente dos novos desafios existenciais de matriz ambiental que afligem o ser humano no âmbito deste mundo de riscos contemporâneo.¹⁶¹

Portanto, tal proteção ao ambiente trazida na Lei Maior brasileira, que traça contato normativo entre os Direitos Fundamentais sociais e o direito fundamental ao ambiente, trata-se de verdadeiro constitucionalismo socioambiental,

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental.** Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 79.

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental.** Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 80.

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental.** Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 81.

do qual se pode extrair um direito fundamental ao mínimo existencial socioambiental¹⁶².

Ainda, assim como ocorre quanto ao princípio da dignidade, reconhecer a garantia do mínimo existencial socioambiental não se limita apenas à mera existência humana, mas contempla a realização da vida em níveis dignos de qualidade e segurança ambiental, com padrões adequados para o desenvolvimento pleno da personalidade humana, significando “uma condição de possibilidade para o próprio exercício dos demais Direitos Fundamentais, sejam eles direitos de liberdade, sejam direitos sociais ou mesmo os assim chamados direitos de solidariedade, como é o caso do próprio direito ao ambiente.”¹⁶³

Dessa forma, segundo Sarlet e Fensterseifer¹⁶⁴, a Proibição de Retrocesso é uma garantia constitucional implícita, baseada nos princípios da segurança jurídica e da confiança, “objetivando ‘blindar’ as conquistas legislativas – e, em certa medida, também as administrativas – no âmbito dos Direitos Fundamentais socioambientais contra retrocessos que venham a comprometer o gozo e o desfrute de tais direitos”.

Percebe-se, dessarte, que a garantia da proibição do retrocesso evidencia o processo evolutivo e cumulativo de reconhecimento dos Direitos Fundamentais, resultante de intensa e ampla tutela da dignidade humana, bem como o próprio desenvolvimento e elevação do espírito humano em larga escala, na medida em que conquistas alcançadas “ao longo da caminhada histórica da humanidade e consolidadas no seu patrimônio jurídico-político fundamental não podem ser submetidas a um retrocesso”.¹⁶⁵

Tal processo resulta em uma salvaguarda relativa contra retrocessos hábeis a comprometer Direitos Fundamentais ou socioambientais, especialmente quanto à proteção de seu núcleo essencial e objeto de concretização na esfera infraconstitucional. Além disso, não se pode esquecer que

¹⁶² SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental.** Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 115.

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental.** Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 133.

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental.** Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 74.

¹⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental.** Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 312.

em matéria de realização dos direitos socioambientais se registra um dever de progressividade, ou seja, a adoção de medidas legislativas – e administrativas – que busquem sempre uma melhoria ou aprimoramento dos direitos fundamentais socioambientais.¹⁶⁶

Da mesma forma, percebe-se que a própria concepção do direito fundamental ao ambiente como cláusula pétrea constitucional também está em consonância com a garantia constitucional de proibição de retrocesso socioambiental, já que objetiva preservar o bloco normativo constitucional ambiental contra eventual retrocesso¹⁶⁷.

2.3 FUNDAMENTOS E CONCEITUAÇÃO LEGAL

Todo o raciocínio jurídico já elencado encaminha-se logicamente para a ideia de que a vedação de retrocesso pode ser caracterizada como manifestação do direito à segurança jurídica, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, e seus desdobramentos, quais sejam, as garantias constitucionais da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, salvaguardas constitucionais que impedem a supressão de direitos incorporados ao patrimônio do indivíduo.¹⁶⁸

Isso porque a estabilidade institucional e jurídica de qualquer Estado é essencial ao respeito e à proteção do exercício dos Direitos Fundamentais e, notadamente, da dignidade humana. Não se pode admitir que o valor jurídico e fundamental da norma Constitucional seja esvaziado em nome de uma suposta liberdade legislativa ou administrativa, máxime no que toca à jurisdição constitucional no presente Estado Democrático de Direito.

Logo, na mesma medida em que as normas constitucionais impositivas vinculam o legislador, a proibição de retrocesso limita a atuação administrativa pública e legislativa nos âmbitos constitucional e infraconstitucional, para vedar medidas que imponham a supressão ou restrição das garantias e direitos já existentes. Situando o princípio juridicamente, pode-se dizer que:

¹⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 75.

¹⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 76.

¹⁶⁸ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de Conflitos**: O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 226.

A proibição de retrocesso, de acordo com o entendimento consolidado na doutrina, consiste em um princípio constitucional implícito, tendo como fundamento constitucional, entre outros, o princípio do Estado (Democrático e Social) de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, o princípio da segurança jurídica e seus desdobramentos, o dever de progressividade em matéria de direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais (DESCA), apenas para citar os mais relevantes fundamentos jurídico-constitucionais invocados.¹⁶⁹

Verifica-se, dessa forma, que a proibição de retrocesso reforça as garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, protegendo direitos da ação restritiva e por vezes supressiva por parte dos órgãos estatais. Encontra fundamento no princípio da cooperação entre povos e dos tratados internacionais de proteção ambiental, estando sua aplicação prática vinculada ao princípio da precaução¹⁷⁰.

Nesse tocante, um dos fundamentos jurídicos da proibição de retrocesso é a cláusula de progressividade, que impõe a implementação progressiva e plena dos direitos sociais, econômicos e culturais previstos nos tratados internacionais de que o Brasil é signatário, quais sejam, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (art. 2, parágrafo 1); a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 (artigo 26); e, o Protocolo de San Salvador de 1988 (artigo 1).¹⁷¹

Percebe-se, dessa maneira, que a cláusula de progressividade vincula juridicamente os Poderes Públicos a prestarem uma tutela legislativa permanentemente aprimorada e fortificada a determinados Direitos Fundamentais. Embora tenha sido concebida no âmbito dos direitos sociais, a cláusula de progressividade deve também abarcar a tutela ecológica, de maneira a contribuir para uma implementação progressiva da melhoria da qualidade ambiental e, por meio da proibição de retrocesso, fomentar um dever de Desenvolvimento Sustentável. Nas palavras de Sarlet e Fensterseifer:

A garantia da proibição de retrocesso socioambiental, nessa perspectiva, seria concebida no sentido de que a tutela jurídica ambiental – tanto sob a

¹⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 294.

¹⁷⁰ THOMÉ, Romeu. **O Princípio da vedação de retrocesso socioambiental no contexto da sociedade de risco**. p. 13.

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 300.

perspectiva constitucional quanto infraconstitucional – deve operar de modo progressivo no âmbito das relações socioambientais, a fim de ampliar a qualidade de vida existente hoje e atender a padrões cada vez mais rigorosos de tutela da dignidade da pessoa humana, não admitindo o retrocesso, em termos fáticos e normativos, a um nível de proteção inferior àquele verificado hoje.¹⁷²

Quanto a esse aspecto, note-se que a própria ideia de sustentabilidade está calcada na cláusula de progressividade e de acordo com a Proibição De Retrocesso, na medida em que impõe à presente geração o dever de deixar como legado às gerações futuras condições ambientais idênticas ou melhores do que as atuais, capazes de fazerem frente às necessidades humanas vindouras, nos exatos termos impostos pelo art. 225 da CRFB e seguidos por diversos outros diplomas legais infraconstitucionais que procuraram dar efetividade ao comando constitucional citado (Código Ambiental – Lei n. 6.938/81 –, art. 2º; Lei da Política Nacional de Saneamento Básico – Lei n. 11.445/07 –, art. 3º; e, Lei da Política Nacional sobre Mudança do Clima – Lei n. 12.187/09).¹⁷³

Ademais, com o surgimento de novas ameaças ambientais, tais como o aquecimento global, cabe à legislação ambiental a responsabilidade de operacionalizar essa imposição de desenvolvimento sustentável de matriz constitucional para não só evitar retrocessos e potenciais flexibilizações que permitam práticas poluidoras, mas também impor medidas mais rigorosas de proteção no sentido de reduzir o impacto da ação humana no Meio Ambiente, efetivamente minorando ou extinguindo atividades danosas hoje existentes.¹⁷⁴

Nesse sentido, compreende-se que a alteração de uma sociedade industrial para uma nova modernidade implica no reconhecimento de que alguns princípios de Direito Ambiental, como os de responsabilidade, reparação e punição, já não são mais suficientes para anular os impactos negativos sobre o Meio Ambiente:

Na sociedade de risco, evitar a concretização dos danos e a produção de 'efeitos colaterais' sobre o meio ambiente e a saúde humana configura objetivo muito mais relevante do que a tentativa de sua reparação. É

¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental.** Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 301.

¹⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental.** Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 303.

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental.** Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 305.

importante mudar o foco de atuação em relação aos problemas ambientais, passando a enfrentar as causas das mazelas que assolam a qualidade do meio ambiente, ao invés de tentar minimizar suas consequências.¹⁷⁵

Nesse novo paradigma social, nota-se que, em casos de riscos graves e irreversíveis, o princípio da precaução atua como verdadeiro gestor da incerteza científica acerca dos malefícios das atividades poluidoras a longo prazo, priorizando sempre a conduta humana menos agressiva ao meio e gerando verdadeira inversão do ônus ao interessado no sentido de provar a inofensividade da atividade pretendida. Nessa seara, a aplicação da cláusula de vedação de retrocesso socioambiental com fundamento no princípio da precaução tem, portanto, o objetivo de impedir atividade ou alteração legislativa capaz de “reduzir os níveis de proteção ambiental calcada em frágeis argumentos científicos e sem a indispensável participação popular, violando os pilares do Estado Democrático de Direito”.¹⁷⁶

Tendo em vista que é a própria incerteza o elemento motriz do princípio da precaução, não se trata, saliente-se, de interrupção ou impedimento indefinido de determinada atividade, sob pena de violação de outros princípios fundamentais garantidos constitucionalmente, como a livre iniciativa, mas sim de análise e reanálise criteriosa e multidisciplinar dos riscos envolvidos a fim de reduzir ou eliminar incertezas científicas, por um período limitado de tempo e a um custo razoável para a sociedade.¹⁷⁷

Por conseguinte, a crescente conscientização acerca da limitação dos recursos naturais e a verificação científica disponibilizada pela tecnologia atual acerca dos impactos futuros da manutenção das atividades poluidoras hodiernamente utilizadas em diversas áreas implicam na responsabilização imediata da presente geração pelos danos ambientais que venham a comprometer as futuras gerações. Nesse sentido,

investir na proibição de retrocesso e correlata proibição de proteção insuficiente em matéria de tutela do meio ambiente, constitui, portanto,

¹⁷⁵ THOMÉ, Romeu. **O Princípio da vedação de retrocesso socioambiental no contexto da sociedade de risco**. p. 178.

¹⁷⁶ THOMÉ, Romeu. **O Princípio da vedação de retrocesso socioambiental no contexto da sociedade de risco**. p. 182; 201.

¹⁷⁷ THOMÉ, Romeu. **O Princípio da vedação de retrocesso socioambiental no contexto da sociedade de risco**. p. 203.

tarefa urgente para o jurista e os assim designados operadores do Direito, para além dos demais atores envolvidos.¹⁷⁸

E foi essa epifania doutrinária, aliada à percepção acerca da atual tendência flexibilizadora da legislação ambiental nacional, que impulsionou a doutrina e a jurisprudência contemporâneas a consagrarem a Proibição de Retrocesso, reconhecendo-a como um novo princípio geral do Direito Ambiental que reflete três décadas de evolução legal nas esferas legislativa e administrativa.¹⁷⁹

No que tange a esse aspecto, não é novidade que novos princípios podem ser gradativamente incorporados ao Direito, e não seria diferente no que se refere ao Direito Ambiental. Para tanto, é necessário que o novo princípio esteja em conformidade com o “sistema jurídico de proteção ambiental de um modo geral e agreguem algum elemento novo e relevante para a compreensão do fenômeno jurídico ecológico”. Assim, embora a Proibição de Retrocesso ambiental não esteja expressamente prevista no nosso ordenamento jurídico, percebe-se que tal princípio conta com forte suporte material a fim de garantir a sua permanência no plano jurídico-ambiental, como está sendo amplamente demonstrado neste capítulo.¹⁸⁰

Note-se, também, que, longe de engessar a atuação administrativa na área ambiental, a aplicação da Proibição de Retrocesso na seara organizacional e procedimental implica também na inviabilidade de redução da estrutura administrativa existente hoje com perda de efetividade para garantir um nível de obrigações jurídicas fundamentais de proteção ao Meio Ambiente. Dessa forma, verificada eventual diminuição dos níveis de proteção dos Direitos Fundamentais, sobre a medida:

[...] recai a suspeição de sua ilegitimidade jurídica, portanto, na gramática do Estado Constitucional, de sua inconstitucionalidade, acionando assim um dever no sentido de submeter tais medidas a um rigoroso controle de constitucionalidade, onde assumem importância os critérios da proporcionalidade (na sua dupla dimensão anteriormente referida), da razoabilidade e do núcleo essencial (com destaque para o núcleo

¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 305.

¹⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 307.

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**. Introdução, Fundamentos e Teoria Geral. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

‘existencial’) dos direitos socioambientais, sem prejuízo de outros critérios, como é o da segurança jurídica e dos seus respectivos desdobramentos.¹⁸¹

Não se deve, porém, adotar a máxima da existência de um Direito Fundamental absoluto em abstrato, havendo casos em que a solução decorrente do teste da proporcionalidade seja resolvida em favor de outros direitos igualmente constitucionais, sob pena de a adoção irrestrita do Princípio da Proibição de Retrocesso paralisar a atividade administrativa ou legislativa.¹⁸²

Outrossim, é possível conceber a eficácia negativa das normas constitucionais – direito subjetivo negativo com relação a qualquer norma constitucional que impõe “a possibilidade de impugnação de qualquer medida contrária aos parâmetros estabelecidos pela norma constitucional” – como base legal da Proibição de Retrocesso.¹⁸³

Nota-se, portanto, que a Proibição de Retrocesso representa verdadeiro arcabouço jurídico complementar que de um lado visa obrigar o Estado a melhorar as condições normativas para um desenvolvimento digno e saudável pelo indivíduo e coletividade, e de outro objetiva impedir que o Estado deteriore o ordenamento jurídico já existente, fornecendo verdadeiro solo fértil constitucional onde os princípios fundamentais edificantes do Estado Democrático de Direito são prestigiados, máxime a dignidade humana e todas as suas ramificações.¹⁸⁴

Dessa forma, o desempenho evolutivo da legislação ambiental deve deixar clara uma progressão das normas jurídicas de preservação do Meio Ambiente, “para que as ações de preservação e precaução possam ser inibidoras de atividades danosas ao ambiente, criando um forte embasamento jurídico impeditivo ao seu retrocesso legal”.¹⁸⁵

Igualmente, a Proibição de Retrocesso visa oferecer meios à impugnação judicial de medidas que afrontem a Constituição no sentido de subtrair determinado

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental.** Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 308.

¹⁸² DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de Conflitos:** O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. p. 294.

¹⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental.** Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 295.

¹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental.** Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 300.

¹⁸⁵ QUINTERO, Jaqueline Moretti. **O princípio da “Não Regressão” no Direito Ambiental como forma de tutela ao meio ambiente.** 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 61.

grau de concretização que lhe foi outorgado pelo legislador ou afetar o núcleo essencial legislativamente materializado de determinado direito fundamental constitucionalmente assegurado. Nesses termos, a liberdade de atuação do administrador ou legislador estará sempre pautada pelo núcleo essencial já garantido. Na definição de Sarlet e Fensterseifer:

Em linhas gerais, portanto, é possível afirmar que a garantia da proibição de retrocesso tem por escopo preservar o bloco normativo – constitucional e infraconstitucional – já construído e consolidado no ordenamento jurídico, especialmente naquilo em que objetiva assegurar a fruição dos direitos fundamentais, impedindo ou assegurando o controle de atos que venham a provocar a supressão ou restrição dos níveis de efetividade vigente dos direitos fundamentais.¹⁸⁶

Entendimento em sentido inverso, de negação do reconhecimento ao Princípio da Proibição de Retrocesso, significaria desvincular o Poder Público dos Direitos Fundamentais e das normas constitucionais, permitindo o desrespeito flagrante à vontade expressa do constituinte.¹⁸⁷

2.4 VULNERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

Romeu Thomé traz à pauta elemento prefacial importante para a análise prática da vulneração do Princípio da Proibição de Retrocesso, qual seja, a identificação dos elementos capazes de caracterizarem eventual recuo dos níveis de proteção ambiental.

Conforme ensina o autor citado, há duas correntes teóricas que visam caracterizar o retrocesso, a subjetivista e a objetivista.

Segundo a corrente subjetivista, para que seja caracterizado retrocesso, é necessário que haja um grau de consenso geral radicado na consciência jurídica acerca da concretização de determinado direito social, de maneira que as alterações legislativas subsequentes “levem a um sentimento generalizado de injustiça”. Essa corrente tem pouca aplicabilidade no Direito Ambiental em virtude da natureza gradativa e silenciosa dos problemas ambientais existentes na sociedade de risco,

¹⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental.** Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 296.

¹⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental.** Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 298.

cujos impactos sobre a saúde humana são muitas vezes sensorialmente imperceptíveis a curto prazo.¹⁸⁸

Já para a corrente objetivista, essa sim de mais fácil adoção no sistema vigente para a proteção de direitos socioambientais, o retrocesso pode se dar nos planos normativos e empíricos de quatro formas diferentes:

a) a revogação pura e simples da lei de disciplina do direito; b) a redução do âmbito de proteção jusfundamental; c) a obstacularização do seu exercício, por exemplo, com o aumento de condições ou requisitos para usufruí-los; e d) a diminuição dos recursos públicos destinados a promovê-lo.¹⁸⁹

Thomé prossegue explicando que as situações descritas podem conduzir a duas espécies distintas de retrocesso, o normativo, que se refere à modificação gravosa do direito positivo e se dá por meio da revogação total ou parcial de lei existente, e o eficaz, que implica na redução das políticas públicas de promoção jusfundamental.¹⁹⁰

Segundo análise de Sarlet e Fensterseifer, especialmente com a edição do Novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012) e de legislações estaduais como o Código Estadual do Meio Ambiente de Santa Catarina (Lei n. 14.675/2009) e do Rio Grande do Sul (Projeto de Lei n. 154/2009), que tutelam o ambiente de forma menos rígida que o bloco normativo federal, percebeu-se flagrante flexibilização da legislação ambiental, situação que vem demandando a atuação judicial no bojo de ações constitucionais justamente sob a alegação de Proibição de Retrocesso ecológico e da violação dos deveres de proteção ambiental dos Estados.¹⁹¹

A grande maioria dos retrocessos mais significativos referem-se à tentativa de redução da amplitude dos institutos da reserva legal e da área de preservação permanente, na medida em que isso implicaria, a curto prazo, em maior aproveitamento econômico da propriedade.

¹⁸⁸ THOMÉ, Romeu. **O Princípio da vedação de retrocesso socioambiental no contexto da sociedade de risco**. p. 165.

¹⁸⁹ THOMÉ, Romeu. **O Princípio da vedação de retrocesso socioambiental no contexto da sociedade de risco**. p. 164.

¹⁹⁰ THOMÉ, Romeu. **O Princípio da vedação de retrocesso socioambiental no contexto da sociedade de risco**. p. 164.

¹⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 313.

Os mesmos autores prosseguem afirmando que, em geral, as inovações legislativas mais recentes na seara ambiental entram em

absoluta rota de colisão com o bloco legislativo ambiental consolidado no ordenamento jurídico brasileiro ao longo de aproximadamente três décadas, especialmente na esfera federal, resultado de um longo processo de evolução no campo da luta política pela proteção ambiental.¹⁹²

Tais medidas flexibilizadoras implicariam em violação do núcleo essencial dos Direitos Fundamentais, notadamente ao Meio Ambiente e da garantia do mínimo existencial socioambiental, máxime tendo em vista que a população mais afetada pelas consequências em longo prazo de tais reduções será sempre aquela mais vulnerável, que já conta com situação de vida precária e não dispõe de direitos sociais básicos, como moradia adequada e segura e saneamento básico. Segundo análise de Sarlet e Fensterseifer sobre a temática:

Assim, quando se parte para a análise da ‘onda de flexibilização’ da legislação ambiental brasileira, sobretudo no campo florestal, em face da garantia constitucional da proibição de retrocesso socioambiental, toda teia normativa de proteção dos direitos fundamentais – liberais, sociais e ecológicos – faz peso na balança no sentido de caracterizar a inconstitucionalidade das ‘flexibilizações’ legislativas que venham a comprometer a proteção hoje dispensada a eles e, acima de tudo, à tutela de uma vida digna e saudável – em condições de qualidade e segurança ambiental. As reformas trazidas pelo Novo Código Florestal Brasileiro não são singelas e tampouco insignificantes para a tutela dos direitos fundamentais. E, repita-se, até por força da indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais, não é somente o direito fundamental ao ambiente que será afetado, mas também a tutela dos direitos sociais sofrerá significativo impacto com o retrocesso legislativo pretendido, considerando também uma tutela integrada de ambos.¹⁹³

Apresentando contraponto, Patryck de Araújo Ayala ressalta que a Proibição de Retrocesso não pode representar impedimento absoluto das liberdades econômicas que sejam capazes de afetar ou contribuir para a perda de qualidade de vida, “senão um princípio que contribui para um controle sobre a coerência das ações públicas e privadas, perante um projeto existencial compatível com o de uma República ecologicamente sensível.”¹⁹⁴

¹⁹² SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental.** Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 315.

¹⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental.** Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 316.

¹⁹⁴ AYALA, Patrick de Araújo. **Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente.** p. 270.

No mesmo sentido, Marcelo Buzaglo Dantas salienta que, embora a normatização recente efetivamente apresente alguns retrocessos do ponto de vista ambiental, tais casos se tratam de hipóteses de colisão que já foram solucionados nas esferas legislativa e executiva. Assim, tendo sido mantida grande parte da disciplina prevista no Código de 1965, ficaria inviabilizada a invocação do Princípio da Proibição de Retrocesso, porquanto não houve a revogação pura e simples da norma que objetivava dar eficácia ao direito fundamental ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, tendo o legislador meramente optado por uma política que reflete de maneira mais adequada a realidade brasileira atual.¹⁹⁵

Trata-se, portanto, de tema recente que ainda está em desenvolvimento e constante evolução, tanto na esfera doutrinária quanto jurisprudencial.

O que não se pode olvidar, de qualquer forma, é do dever de proteção do Estado em matéria ambiental no sentido de concretizar a tutela ao ambiente, obedecendo ao princípio da proporcionalidade para restringir a sua intervenção, de modo a balancear o excesso e a insuficiência de proteção, limitada a discricionariedade estatal pelas balizas impostas na própria CRFB, sob pena de modulação judicial tanto sob a via abstrata quanto difusa.

Nesse caso, caberá ao Poder Judiciário o dever de salvaguarda dos Direitos Fundamentais, visando traçar a tênue linha entre coibir a proteção insuficiente e garantir a Proibição do Retrocesso. É necessário apontar, outrossim, que os casos mais corriqueiros são de insuficiência manifesta de proteção estatal, hipótese em que, conforme salientam Sarlet e Fensterseifer:

Há violação do dever de tutela estatal e, portanto, está caracterizada a inconstitucionalidade da medida, tenha ela natureza comissiva ou omissiva, sendo possível o seu controle judicial, de tal sorte que, nesse contexto, ganha destaque a própria vinculação do Poder Judiciário (no sentido de um poder-dever) aos deveres de proteção, de modo que se lhe impõe o dever de rechaço da legislação e dos atos administrativos inconstitucionais, ou, a depender das circunstâncias, o dever de correção de tais atos mediante uma interpretação conforme a Constituição e de acordo com as exigências dos deveres de proteção e da proporcionalidade.¹⁹⁶

¹⁹⁵ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de Conflitos**: O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. p. 276.

¹⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 292.

Para aferir no caso concreto a existência ou não de violação da Proibição de Retrocesso, colocam-se em análise alguns critérios adicionais, como a proteção da confiança, a dignidade da pessoa humana e do correlato mínimo existencial social e socioambiental, além da proporcionalidade e da precaução. Desse modo, verificada a efetiva violação do núcleo essencial de determinado direito fundamental, o resultado sempre será a inconstitucionalidade da medida legislativa ou administrativa sob escrutínio judicial.¹⁹⁷

Mas os casos fáticos demonstram a dificuldade dessa análise. Sabe-se que não há Direitos Fundamentais absolutos, e tratando o caso concreto de colisão de princípios e inviabilizada a harmonização dos direitos em conflito, devem ser aplicadas as regras que compõem o postulado da proporcionalidade a fim de definir qual direito deve ceder em detrimento de outro.¹⁹⁸

Assim, analisada a amplitude do tema no cenário jurídico, os próximos tópicos tratarão da modulação da intervenção judicial nessa esfera, para, então, no terceiro capítulo, ser analisada a atuação judicial em concreto, aplicada aos chamados casos difíceis.

2.5 PRINCÍPIOS VERSUS REGRAS

Na segunda metade do século passado, o posicionamento pós-positivista determinou novas abordagens em relação aos paradigmas tradicionais positivistas e jusnaturalistas acerca das funções do Direito e de suas relações com a política e a moral. A partir da aproximação do Direito com a moral e a ética foi retomada a discussão sobre os princípios e sua normatividade, superando-se a crença até então em vigor de que teriam uma dimensão puramente axiológica.¹⁹⁹

Na dogmática moderna, os princípios acabaram por conquistar o patamar de normas jurídicas ao lado das regras, com eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata. Esse novo ideário, inspirado na obra de filósofos como Jürgen Habermas,

¹⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. p. 299.

¹⁹⁸ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de Conflitos**: O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. p. 232.

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 337.

que propôs a teoria do agir comunicativo, provocou novas discussões sobre a racionalidade prática e sua aplicação ao Direito, atentas à legitimação discursiva. Novos paradigmas de racionalidade foram construídos a partir de autores como Perelman, Gadamer, Viehweg, Dworkin e Aarnio.²⁰⁰

O pós-positivismo é um ideário difuso que questiona as teses do positivismo conceitual, e, em seu percurso, que se inicia com o resgate aos valores e ao reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos, acaba por propor uma nova hermenêutica edificada sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. O discurso acerca dos princípios insertos nos textos constitucionais e sua efetividade determinam o ingresso na prática jurisprudencial a fim de que, por meio de técnicas argumentativas e com o auxílio da ponderação, o intérprete possa fazer escolhas fundamentadas em casos difíceis, superando um positivismo formal, alheio à realidade e à concretização dos Direitos Fundamentais.²⁰¹

O projeto dworkiano também provocou uma nova atitude interpretativa no campo da metodologia jurídica incompatível com as teorias positivistas e com a metodologia tradicional. Ronald Dworkin foi um dos responsáveis pela mudança de paradigma na concretização dos Direitos Fundamentais ao conceber os princípios como normas e a interpretação como uma “atividade construtiva mediada pelo reconhecimento da importância fundamental do intérprete-participante”, que teria por objetivo “fazer do objeto interpretado o melhor que possa ser”.²⁰²

As críticas de Dworkin ao positivismo de Herbert L. A. Hart, levadas a lume em diversos artigos entre 1963 e 1977, têm por base o fato de que não apenas as regras são normas dentro do ordenamento jurídico, mas igualmente os princípios. Estes, embora possuam estrutura diferente das regras, são igualmente obrigatórios. Segundo Dworkin, os juízes não gozam de discricionariedade para a criação de normas jurídicas em casos difíceis, como afirmava Hart. Tal crítica deu origem ao artigo *Hard Cases*, no qual Dworkin constrói um método de decisão, segundo o qual Hércules, um juiz dotado de grande capacidade, deve encontrar o princípio

²⁰⁰ SILVA, Alexandre Garrido da. Direitos Humanos, Constituição e Discurso de Legitimação: Possibilidades e Limites da Teoria do Discurso. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007. p. 35-36.

²⁰¹ SILVA, Alexandre Garrido da. **Direitos Humanos, Constituição e Discurso de Legitimação**: Possibilidades e Limites da Teoria do Discurso. p. 36.

²⁰² DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e Correção normativa do direito**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004. p. 253.

adequado a ser aplicado aos casos difíceis. A compilação desses artigos resultou na obra *Taking Rights Seriously*, publicada em 1977.²⁰³

Segundo Dworkin, podem se apresentar, no caso concreto, conflitos entre as regras ou entre os princípios, mas também entre regras e princípios. Por exemplo, o princípio do direito de todos ao Meio Ambiente pode colidir com uma regra que venha a reduzir a área de reserva legal a ser eventualmente editada. Na solução desse conflito, deverá prevalecer sempre a regra (redução da reserva legal) ou o princípio (meio ambiente)? Dworkin ensina que os conflitos entre as regras e os princípios devem ser resolvidos mediante o esquema de colisão entre princípios. Nesse caso, a ponderação é feita não entre a regra e o princípio, mas entre este último e o princípio que subjaz à regra.²⁰⁴

Pode-se admitir, por exemplo, que eventual regra que venha a determinar a redução da área de reserva legal hoje fixada no Código Florestal tenha por objetivo proteger o princípio da liberdade da atividade econômica. Caso essa regra gere um conflito concreto entre a livre iniciativa, de um lado, e de outro o Meio Ambiente, a decisão final pode ser obtida a partir da ponderação entre os princípios da livre iniciativa e o direito ao Meio Ambiente, e não entre a regra que determinou a redução de reserva legal e o princípio oposto. Isso não significa que a regra, por si só, não possa ser objeto de um controle constitucional abstrato pelas instâncias jurisdicionais.²⁰⁵

A proposta de Dworkin de divisão das normas jurídicas em regras e princípios, o caráter conclusivo das regras e não-conclusivo dos princípios, bem como a dimensão de peso dos princípios constituem o cerne de seu trabalho, e o ponto de partida para uma nova teoria construtivista da interpretação. Para além das regras e princípios o sistema deve compreender procedimentos de aplicação, como enfatiza Cristina Queiroz, na esteira dos ensinamentos de Robert Alexy e J.J. Gomes Canotilho. Este modelo tripartido de regras, princípios e procedimentos “visa assegurar um processo de aplicação racional do direito”.²⁰⁶

²⁰³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 55.

²⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 55.

²⁰⁵ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Coimbra ed., 2006. p. 75.

²⁰⁶ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. p. 75.

O modelo de aplicação racional do Direito, denominado por Robert Alexy de “teoria processual de correção prática”, pretende criar instrumentos que possam identificar a validade e a correção das normas subjacentes aos discursos constitucionais. O propósito de Alexy é construir, a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas e da normatividade dos princípios constitucionais de Dworkin, um sistema de justiça procedimental, onde as regras para os casos concretos possam ser alcançadas através de um sistema de ponderação entre os princípios em colisão, superando a lógica estritamente dedutiva.²⁰⁷

Para Alexy, as colisões existem apenas entre princípios e, os conflitos, entre regras. Dessa forma, uma regra não pode ser ponderada e geralmente prepondera diante de um princípio. Por outro lado, “um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico”.²⁰⁸

Em relação ao conflito de regras, Alexy defende a utilização de uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Ao admitir a superação de uma regra por meio de uma ‘exceção’, em um caso concreto, Alexy afasta-se da construção lógico-estrutural dworkiana, na parte em que essa defende que as regras são aplicáveis na modalidade ‘tudo-ou-nada’.²⁰⁹

Quanto às colisões entre princípios, Alexy salienta que essas não ocorrem na dimensão da validade, mas na dimensão do peso, ao afirmar que, “os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência”.²¹⁰ Apesar de um dos princípios ter que ceder ao outro no exame do caso concreto, isso não significa que o princípio afastado seja declarado inválido ou que tenha que ser criada uma cláusula de exceção.²¹¹

Pode-se dizer que a concepção alexiana dos princípios inclui: a) uma graduação, pois os princípios ordenam que algo se realize na maior medida possível; b) uma otimização, já que eles exigem uma otimização do grau de cumprimento em relação a outros princípios; c) um dever-ser ideal, porque essa otimização se regula a partir de um dever-ser ideal; d) um caráter *prima facie*, já que

²⁰⁷ DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e Correção normativa do direito**. p. 67.

²⁰⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 104.

²⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 105.

²¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 105.

²¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 106.

não são mandatos definitivos, de modo que neles se identificam um valor *prima facie* dentro dos limites fáticos e jurídicos.²¹²

Realizar uma ampla liberdade da posse e da propriedade privada pode, em muitos casos, ser incompatível com a proteção do Meio Ambiente. Esse tipo de colisão não pode ser resolvido, contudo, a partir da declaração de invalidade de um dos princípios, ou admitindo que um impõe uma exceção ao outro. Ou seja, no caso de haver a ponderação dos princípios, mesmo que haja restrição a um princípio e prevaleça o outro, ambos permanecerão tão válidos quanto antes.²¹³

O princípio da propriedade privada pressupõe, para a sua realização, liberdade de exercício e autonomia negocial, que constituem bens jurídicos que podem integrar a esfera de interesses de determinado sujeito. O aspecto axiológico é constituído pelos valores da liberdade e autonomia privada. No que concerne ao princípio do Meio Ambiente, a solidariedade e a equidade inter e intra geracional são valores que integram a esfera de interesses da coletividade. Na ponderação devem ser sopesados todos esses elementos, daí porque a importância de uma estruturação material da ponderação, com a inserção de critérios úteis para a aplicação do Direito.²¹⁴

2.6 COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS: DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Robert Alexy defende que é possível haver conflitos entre direitos individuais e coletivos, sem que um, abstratamente, prepondere sobre o outro. Não há, para o jusfilósofo alemão, a possibilidade de se estabelecer uma ordem rígida de princípios ou de valores que conduza sempre a um único resultado. No entanto, admite, em caso de existir um impasse argumentativo no processo de otimização, que devam ser estabelecidas precedências *prima facie* e em concreto dos princípios que correspondam à liberdade e à igualdade jurídica. Isso poderia significar que, na colisão da posse ou da propriedade com o Meio Ambiente, os primeiros poderiam

²¹² DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito**. p. 47.

²¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 50.

²¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 568.

assumir uma precedência *prima facie* sobre o princípio do Meio Ambiente, que só seria preterida se existissem razões mais fortes a favor do Meio Ambiente.²¹⁵

As tensões em concreto entre os valores de liberdade, igualdade e solidariedade, bem como seus desdobramentos nos campos político, econômico e social são resolvidas de diferentes formas entre os adeptos da linha de pensamento liberal e os partidários da corrente comunitária, além de dependerem do desdobramento de cada uma dessas correntes.

A prioridade dos direitos individuais sobre metas coletivas foi abordada por Ronald Dworkin, John Rawls e Robert Alexy, dentre outros renomados jusfilósofos contemporâneos. John Rawls, dentro de uma proposta liberal diferenciada daquela de Dworkin, sustenta que os direitos não podem ceder diante de interesses coletivos.²¹⁶ No entanto, Alexy explica que, mesmo considerando os Direitos Fundamentais como “trunfos”, conforme expressão de Dworkin, isso não significa a impossibilidade de ponderá-los com interesses coletivos, mas sim que sua prevalência ética implica atribuir-lhes prioridade *prima facie* no processo de Ponderação, estabelecendo-se cargas de argumentação mais acentuadas em seu favor.²¹⁷

O fato de haver um princípio vinculado a interesses coletivos, que pode se referir desde ao direito à alimentação, à saúde, ao trabalho, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, bem como à assistência aos desamparados até ao direito ao Meio Ambiente equilibrado e à proteção da ordem democrática significa, diz Alexy, “que ele exige a criação ou a manutenção de situações que satisfaçam – na maior medida possível, diante das possibilidades jurídicas e fáticas - critérios que vão além da validade ou da satisfação de direitos individuais”.²¹⁸

Alexy salienta que o processo de ponderação dos princípios deve encontrar eco não apenas nas instituições políticas, mas também na coletividade:

A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram um eco na coletividade e nas

²¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 570.

²¹⁶ RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000. p. 348.

²¹⁷ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, n. 217, p. 55-66, 1999. p. 58-59.

²¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 115.

instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão então reconciliados. Com isso está assegurado, como resultado, que o ideal, do qual fala a Declaração Universal dos Direitos do Homem, pode ser realizado e não precisa fracassar em uma contradição interna entre direitos fundamentais e democracia.²¹⁹

Em países emergentes como o Brasil, nos quais grande parte da população, preocupada com condições mínimas de sobrevivência, sequer usufrui de liberdades civis e políticas, deve-se dar especial importância à inserção do homem dentro de sua tradição histórica e cultural, rechaçando-se a ideia de neutralidade do Estado quanto às questões coletivas, bem como a ideia do homem individualista alheio ao contexto social em que vive.

A centralidade constitucional da pessoa humana não pode significar a preferência, em abstrato ou em concreto (*prima facie*), no procedimento de ponderação, por normas ligadas estritamente aos direitos individuais. As liberdades fundamentais podem ser relativizadas ou compatibilizadas no processo de ponderação com o bem público ou com os valores coletivos de solidariedade e fraternidade. Essa proposta não se afasta da proteção da liberdade, de acordo com os adeptos do pensamento liberal social, ou mesmo dos valores de igualdade e de justiça social, a partir de uma visão comunitária. Por outro lado, amolda-se ao caráter dialético da CRFB, na medida em que concilia os valores liberais com as exigências do bem comum.²²⁰

Jane Reis Gonçalves Pereira salienta que, nas colisões entre a posse/propriedade e o Meio Ambiente, não se cuidou de estabelecer uma preferência *prima facie* da liberdade jurídica (liberdade/igualdade jurídica) ou mesmo da liberdade fática (solidariedade). No caso de um impasse argumentativo no processo de otimização, diante de razões igualmente boas a favor de um ou outro princípio, a precedência em favor da propriedade/iniciativa econômica ou do Meio

²¹⁹ ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático**: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. p. 66.

²²⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 171.

Ambiente poderá advir daquele princípio que, de acordo com a situação concreta, atenda mais diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana.²²¹

O objetivo da ponderação entre direitos individuais e coletivos “é definir qual dos interesses (individual e coletivo) – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”. É uma tarefa de otimização equivalente ao princípio da concordância prática. Para se definir qual interesse deva ter precedência sobre o outro, podem ser utilizados argumentos empíricos (dados reais) que digam respeito às peculiaridades do objeto da decisão, bem como à consequência das possíveis decisões.²²²

No caso de colisão do direito ao Meio Ambiente com a posse e a propriedade privada, defende-se que, para se chegar a uma ponderação harmoniosa, é necessário recorrer a argumentos que demonstrem uma prestação positiva por parte do particular ou do Poder Público em relação ao ambiente, pois uma argumentação deficiente poderá implicar numa precedência do direito ao Meio Ambiente sobre os demais. É possível, dessa forma, afirmar, como fez Alexy, que a ponderação baseada na teoria dos princípios inclui uma teoria da argumentação jurídica a fim de fundamentar os enunciados normativos.²²³

Para se chegar à decisão, a ponderação pode se desenvolver em três etapas, a exemplo de decisões do Tribunal Constitucional Federal na Alemanha citadas por Alexy. Numa primeira etapa, constata-se “uma colisão entre princípios, cujos valores abstratos estão num mesmo nível”. Numa segunda etapa, é possível sustentar uma precedência geral e *prima facie* de determinado princípio daqueles em colisão. Dessa forma, revelar uma precedência *prima facie* do princípio da “livre iniciativa econômica” constitui o suporte fático do que Alexy denomina de “lei de colisão”.²²⁴

A decisão final ou a regra para o caso concreto, que ocorre apenas na terceira etapa, deve levar em conta qual o princípio tem um peso maior sobre o outro, de acordo com determinadas condições de precedência. A ponderação deve avaliar, por um lado, a intensidade da intervenção na atividade econômica e, por

²²¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. p. 172.

²²² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 95.

²²³ MOTA, Maurício; TORRES, Marcos Alcino. **Transformações do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 106.

²²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p.101.

outro, o interesse concreto a que a atividade econômica satisfaz. Há ainda que ressaltar a importância da satisfação do princípio colidente. Alexy denomina a isso lei do sopesamento, ou seja, “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.²²⁵

Mediante a ponderação dos interesses, é possível conciliar princípios em colisão, ainda que estejam envolvidos direitos individuais (posse e propriedade privada) e direitos coletivos (Meio Ambiente). Ressalte-se que, por meio da teoria dos princípios, não se pode esperar, como adverte Alexy, uma única resposta possível e correta para qualquer caso, mas uma “estruturação, no maior grau de racionalidade possível, da argumentação, de forma substancialmente aceitável”.²²⁶

2.7 AS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

A temática da ponderação de interesses no processo de aplicação do Direito surgiu na obra dos defensores da Jurisprudência dos Interesses, no início do século XX, em oposição à Jurisprudência dos Conceitos e ao modelo fechado de subsunção. Após várias críticas, a Jurisprudência dos Valores retomou a temática da ponderação de forma mais consistente, utilizando-se dos julgados da Corte Constitucional da Alemanha. Um importante passo na abordagem do tema, enfatiza Ricardo Lobo Torres, foi dado por Dworkin “ao estrear com clareza os princípios das regras e por Alexy, que ao aprofundar esta distinção, identificou uma lei de ponderação vinculada à argumentação jurídica e racional”.²²⁷

Os princípios da posse e da propriedade, de um lado, e o do ambiente ecologicamente equilibrado, de outro, podem estabelecer posições jurídicas fundamentais *prima facie*, pois tratam de posições com o caráter de princípios e não apenas de regras. Dessa forma, realizar em um grau ótimo o princípio da propriedade privada quando em tensão com o Meio Ambiente pode exigir a ponderação dos interesses em colisão, a fim de se alcançar uma posição definitiva,

²²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p.102.

²²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p.102.

²²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 491.

ou a regra, a razão para um juízo concreto. Ou seja, realizar em um grau possível a liberdade dos direitos de posse e de propriedade encontra limites nas pretensões de outros titulares de Direitos Fundamentais, inclusive nos interesses da coletividade.²²⁸

A possibilidade de colisões entre esses princípios resta bem clara quando está em jogo uma economia capitalista ordenada pelo liberalismo econômico, como a existente no Brasil. Já foi objeto de análise que os princípios da teoria econômica que orientam o desenvolvimento sustentável tentam equilibrar princípios fundamentais, a fim de harmonizá-los, antes mesmo de revelarem uma órbita de colisão. No entanto, numa economia de mercado, muitas vezes, não apenas o Estado, mas o particular, podem, por exemplo, perder o controle sobre a necessidade de proteção ambiental ou dos limites da atividade econômica.²²⁹

Restringir ou limitar a livre iniciativa e estabelecer controles ambientais rígidos sobre a posse e a propriedade rural produtiva pode implicar em grande restrição à liberdade econômica, além de trazer outras consequências, como a ampliação do nível do desemprego e uma diminuição dos índices de crescimento e de desenvolvimento econômico. Procurar evitar esses efeitos indesejáveis produzidos pelo Direito significa manter um equilíbrio entre propriedade privada, desenvolvimento econômico e sustentabilidade ambiental.²³⁰

O direito ao Meio Ambiente, qualificado como um poder-dever de todos, gera direitos e deveres para o Estado, para o possuidor, para o proprietário e para a coletividade. Essa situação proporciona um aumento considerável da possibilidade de tensão entre a posse/propriedade e o Meio Ambiente, ou mesmo entre a livre iniciativa econômica e os interesses coletivos.

Os direitos de posse e o de propriedade envolvem algumas posições jurídicas relacionadas à liberdade negativa e aos direitos de defesa, como, por exemplo: a) o Estado não pode dificultar as diversas alternativas de ação que detém o titular de um direito real, como comprar ou vender uma posse/propriedade rural, criar gado ou plantar soja; b) o Estado não pode afetar determinadas situações do titular do direito, como permitir a violação de domicílio ou eliminar posições jurídicas

²²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 108.

²²⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 335.

²³⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. p. 336.

do proprietário, determinando, por exemplo, que a totalidade da área do imóvel passe a configurar reserva legal.

A violação ou a ameaça de violação das liberdades negativas pressupõe uma determinada posição abstrata do particular para exigir do Estado que restabeleça a situação anterior. No entanto, se em relação à propriedade atua eminentemente a dimensão negativa das liberdades públicas, em relação ao direito ao Meio Ambiente atua um dever prestacional. Nessa linha, compreende-se que a colisão se estabelece entre dois Direitos Fundamentais diferentes: o de propriedade privada de um lado, e, de outro, o Meio Ambiente, e não entre direitos idênticos como se poderia supor por meio de um conflito apenas entre a propriedade privada, em sua vertente defensiva, de um lado, e a sua vertente positiva, representada por sua função social, de outro.²³¹

Por sua vez, Daniel Sarmento explica que a dimensão defensiva dos direitos sociais “identifica-se com a exigência de abstenção de condutas que possam lesionar ou ameaçar os bens jurídicos por eles tutelados”. O mesmo autor prossegue ensinando que, enquanto a dimensão defensiva trata de uma obrigação de caráter negativo, a dimensão prestacional, conexa a uma obrigação de caráter positivo, “corresponde a deveres comissivos atribuídos ao pólo passivo da relação jusfundamental”.²³²

Nessa linha, “o direito ao meio ambiente preservado pode envolver tanto a pretensão a que não se destrua uma floresta, como aquela a que se restaure um ecossistema comprometido”. Embora Sarmento entenda ser mais complexa a possibilidade de haver um direito subjetivo positivo a determinada prestação comissiva devida pelo particular, não a exclui:

E, para nós, a vinculação direta dos particulares aos direitos constitucionais transindividuais não se restringe a uma obrigação negativa, de não afetar os bens jurídicos por eles protegidos. Ela vai além, e pode importar, em certos casos, no reconhecimento de obrigações positivas, de caráter prestacional, inferidas diretamente da Constituição, muito embora seja o Estado o responsável primário pela adoção de medidas voltadas para a conservação e recuperação do meio ambiente, bem como para a promoção e proteção do patrimônio histórico, artístico e cultural.²³³

²³¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. p. 336.

²³² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. p. 336-7.

²³³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. p. 337.

Compreende-se, na esteira de Daniel Sarmento, que a norma constitucional prevista no art. 225 da CRFB, que dispõe sobre o Meio Ambiente ecologicamente equilibrado como direito e dever de todos, “impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, autoriza a incidência, sobre a esfera privada, dos deveres ambientais, que assim não permanecem, exclusivamente, à mercê do legislador ordinário.²³⁴

Nessa linha, os direitos e deveres constitucionais relativos ao Meio Ambiente significam o direito a ações defensivas e positivas em face do Estado ou do particular, com vistas a cessar ou impedir uma intervenção sobre o Meio Ambiente, bem como adotar instrumentos de prevenção e de precaução. Incluem, portanto, posições *prima facie* e posições definitivas na atividade de ponderação.²³⁵

Nessas posições *prima facie*, devem ser levadas em consideração as medidas efetivas de tutela ambiental adotadas pelo Estado ou pelo particular (titular do princípio colidente) no caso concreto. Sendo preenchido o suporte fático do direito ao Meio Ambiente, através de uma omissão ou de uma ação insuficiente por parte do Estado ou do particular, o conteúdo definitivo do direito ao Meio Ambiente poderá ser determinado através da ponderação.²³⁶

Daniel Sarmento complementa, no que concerne ao âmbito da dimensão positiva da propriedade privada, que entre os deveres do proprietário inclui-se o de agir positivamente, de acordo com as peculiaridades do caso, “no sentido de conservar, nos bens de sua titularidade, os interesses transindividuais constitucionalmente tutelados que neles se manifestarem, como o Meio Ambiente e o patrimônio histórico, artístico e cultural”.²³⁷

Essa diversidade de posições pode gerar colisões entre os princípios em tela, já que o indivíduo tem direito, de um lado, à defesa das liberdades garantidas, e, de outro, a prestações positivas em face do Estado e dos próprios particulares. É certo que, para esse fim, o Estado proíbe qualquer intervenção na propriedade e

²³⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. p. 338.

²³⁵ LIMA, André. **O direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 48.

²³⁶ LIMA, André. **O direito para o Brasil socioambiental**. p. 48.

²³⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. p. 339.

edita normas de proteção ambiental, muito embora sem considerar o caráter principiológico das normas de Direitos Fundamentais.²³⁸

Dessa forma, quando as colisões não se resolvem a partir das regras editadas abstratamente pelo legislador, surgem tensões entre valores e princípios igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional. Essa situação de conflituosidade reclama a utilização de parâmetros interpretativos segundo uma visão hermenêutica contemporânea com vocação para lidar com os “casos difíceis”.²³⁹

As vertentes dogmáticas mais avançadas do pós-positivismo reclamam a utilização do pensamento tópico-problemático. A combinação dos elementos fáticos com os elementos semânticos do corpo normativo, para se fixar o sentido e o alcance da norma constitucional, pode determinar a ponderação dos bens em questão.²⁴⁰

Virgílio Afonso da Silva ressalta que a forma de aplicação dos Direitos Fundamentais – subsunção, sopesamento, concretização ou outras – “depende da extensão do suporte fático”, que se debate essencialmente entre duas tendências básicas: suporte fático amplo e suporte fático restrito. Pode-se indagar, por exemplo: a) se uma indústria poluidora do ambiente constitui exercício do direito de propriedade ou da livre iniciativa econômica; b) se uma atividade agropecuária em área de floresta constitui exercício do direito de propriedade; c) se há colisão de interesses quando um rio é assoreado ou poluído por determinada atividade econômica.²⁴¹

Em todas essas situações também é possível indagar se devem ser sopesados os princípios em colisão ou se basta excluir de algum deles determinada ação, como, por exemplo, excluir a atividade poluidora da garantia do direito de propriedade, haja vista que a função social da propriedade não comportaria uma atividade poluidora.²⁴²

A resposta a essas questões, adotando-se um suporte fático restrito, que exclui, *a priori*, determinadas condutas do âmbito de proteção da norma, poderia ser

²³⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. p. 395.

²³⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. p. 339.

²⁴⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. p. 340.

²⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. p. 69.

²⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. p. 70.

a de que, por exemplo, o direito de propriedade não admite, em seu conteúdo, uma atividade poluidora ou prejudicial à saúde da coletividade. Não é muito difícil verificar, no âmbito dos tribunais brasileiros, decisões que simplesmente excluem determinada ação, estado ou posição jurídica do âmbito de proteção de alguns direitos. Na realidade, essas decisões partem de um suporte fático restrito e não ponderam os direitos envolvidos.²⁴³

Tampouco trazem qualquer fundamentação que permita um controle de proporcionalidade e razoabilidade no exame dos vários aspectos que podem envolver a questão, como o político, o econômico e o social. Nessas decisões, não há que se falar, portanto, em restrições a Direitos Fundamentais por meio da ponderação de interesses.²⁴⁴

A teoria ampla do suporte fático, segundo Alexy, “pode pressupor a existência de um caso real de direitos fundamentais, o que abre o caminho para uma argumentação substancial, orientada pela máxima da proporcionalidade”.²⁴⁵ No entanto, nada impede que a ponderação tenha lugar a partir de um suporte fático restrito, o que determina, para muitos autores, uma diferença entre suporte fático e teorias interna e externa – que trata da relação entre o Direito e suas restrições.

A teoria interna, ao contrário da teoria externa, não admite o recurso à ponderação de princípios. Mesmo que se admita um suporte fático restrito para a propriedade, por exemplo, isso não significa que outras condutas protegidas pelo direito de propriedade não possam ser eventualmente restringidas em uma situação concreta, através da ponderação.

É possível a aceitação de uma teoria externa com um suporte fático restrito, demonstrando que não há uma relação necessária entre os diferentes modelos de suporte fático (amplo e restrito) e as teorias acerca da relação entre o direito e suas restrições (teorias interna e externa). Seria possível defender o suporte fático da propriedade de forma restrita, ao dizer, por exemplo, que o âmbito desse direito não contém uma proteção para poluir, ou que os graus de poluição seriam determinados por sua função socioambiental. Isso não significa que outras

²⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. p. 70.

²⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. p. 71.

²⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 331.

condutas protegidas pelo direito de propriedade não possam ser eventualmente restringidas em determinada situação.²⁴⁶

Pode-se indagar, por exemplo, se os princípios da posse, da propriedade e do Meio Ambiente exigem uma proteção abrangente, como por exemplo a destinação discricionária dos usos do solo, a liberdade de alienação da propriedade, a liberdade de poluir, a liberdade de usufruir da qualidade ambiental. Conforme destaca Virgílio Afonso da Silva,

definir o que é protegido é apenas um primeiro passo, já que condutas ou situações abarcadas pelo âmbito de proteção de um Direito Fundamental ainda dependerão eventualmente de um sopesamento em situações concretas antes de se decidir pela sua proteção definitiva, ou não.²⁴⁷

Ademais, o direito de todos ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado contém posições *prima facie* garantidas, a exemplo do direito de todos de ver as florestas preservadas – quer elas se localizem em imóveis públicos ou particulares – ou ao Meio Ambiente natural e cultural desprovido de qualquer poluição, seja proveniente das indústrias, das casas ou das ruas.²⁴⁸

Saber se a restrição está ou não justificada pelo conteúdo do próprio direito de posse, de propriedade e de sua função socioambiental é uma questão de opção pela teoria interna, mais ligada à teoria do suporte fático restrito, que impede qualquer restrição fora do âmbito de proteção do próprio direito, ou pela teoria externa, mais ligada à teoria do suporte fático amplo, correlativa ao modelo de ponderação e da teoria dos princípios.²⁴⁹

A teoria externa em conjunto com um suporte fático amplo “defende a tipicidade constitucional de uma conduta mesmo nos casos em que as razões a favor de sua proteção são facilmente refutáveis”, salienta Robert Alexy. Apesar das inúmeras críticas enfrentadas por essa teoria – como a de que ela garantiria uma proteção constitucional excessiva, ou a de que eliminaria, por meio de restrições, o que anteriormente fora permitido, ou ainda a de que aumentaria o número de

²⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. p. 158-159.

²⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. p. 109.

²⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. p. 110.

²⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. p. 110.

colisões entre os Direitos Fundamentais com a ampliação da competência dos tribunais constitucionais – Alexy enfatiza que “aquilo que uma teoria restrita exclui do suporte fático pode ser, pelo menos em princípio, objeto de uma restrição no âmbito de uma teoria ampla”.²⁵⁰

Isso significa apenas que a teoria externa em conjunto com um suporte fático amplo poderia determinar um aumento no número de casos a serem solucionados por meio da ponderação, mas, por não ser uma teoria normativa, a teoria externa não significa que todo direito *prima facie* deva ser pleiteado judicialmente.

O recurso à Ponderação dos interesses, conciliando a teoria interna e a externa, não é descartado pela doutrina. Pode-se admitir, por exemplo, na linha defendida por Peter Haberle, que os limites imanentes podem ser descobertos também a partir de uma perspectiva exterior ao direito, ou, em oposição, na linha defendida por Vieira de Andrade, que a proteção constitucional do direito de propriedade e de sua função social não pretendeu ir tão longe.²⁵¹ É possível ainda partir de uma concepção de limites imanentes não como “princípios apriorísticos revelados pelo intérprete, mas como produto de sopesamento entre direitos colidentes”, como faz Canotilho.²⁵²

É evidente que construir um âmbito de proteção vedando toda e qualquer liberdade de poluir pode não coincidir com o âmbito de garantia efetivo. Por outro lado, também não se pode afirmar uma liberdade de poluir e após, simplesmente, restringir o direito, afirmando que determinados tipos de poluição não cabem em seu âmbito de proteção. O que evita a contradição lógica na teoria externa é justamente a ponderação exigida pela proteção de outros bens com ele colidentes.²⁵³

Alexy defende a teoria externa por meio de um suporte fático amplo e afirma que direitos e restrições são coisas distintas. Estas últimas “são algo externo ao direito”.²⁵⁴ O mesmo autor ensina:

²⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 327.

²⁵¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. p. 153-154.

²⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Dogmática de direitos fundamentais e direitos privados**. Coimbra: RT, 2008. p. 204.

²⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. p. 166.

²⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 329.

[...] toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do âmbito temático de determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, independentemente da consideração de outras variáveis.²⁵⁵

Nessa linha,

princípios de direitos fundamentais exigem a proteção mais abrangente possível dos bens protegidos, como, por exemplo, a proteção mais ampla possível da liberdade geral de ação, da integridade física ou da competência para alienar a propriedade.²⁵⁶

Nesse sentido, Alexy complementa que “restringíveis são os bens protegidos por Direitos Fundamentais (liberdades/situações/posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* garantidas por Princípios de Direitos Fundamentais”.²⁵⁷

A posse, a propriedade e sua função socioambiental, por um lado, e, por outro, o Meio Ambiente, representam posições jurídicas com interferências recíprocas. Por isso é necessário o exame de todos os elementos que sobre eles incidam para que, perante as circunstâncias concretas, seja possível estabelecer as linhas delimitadoras do que é permitido ou proibido, retomando-se o equilíbrio entre os direitos em conflito. A partir dos pressupostos da teoria externa e de um suporte fático amplo, é possível argumentar, por exemplo, que, a despeito de a atividade poluidora ser protegida pelo direito de propriedade e de sua restrição ou vedação no caso concreto significar uma restrição ao exercício desse direito, essa restrição deve ser considerada constitucional.²⁵⁸

A renúncia à técnica da ponderação entre esses direitos perante um caso difícil não parece ser a melhor solução para o problema, ainda que se admitisse que a proteção ambiental comportaria uma análise interpretativa apenas por meio do conteúdo interno do direito de propriedade e de sua função socioambiental (teoria interna). Incluir a proteção ambiental e as suas dimensões de direito prestacional e

²⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 342.

²⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 342.

²⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 343.

²⁵⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 26.

de defesa no conteúdo do direito de propriedade é uma tarefa cada vez mais difícil diante de amplas garantias constitucionais.²⁵⁹

Essa opção também retira a autonomia do direito fundamental ao Meio Ambiente, integrando-o à esfera proprietária; ademais, atribui um leque de deveres positivos ao proprietário, os quais não têm suas origens apenas na autonomia individual, mas na necessidade de autodeterminação de todos indistintamente. Além do mais, pode-se dizer que a renúncia ao método da ponderação retira qualquer esforço argumentativo do intérprete pautado por um juízo de valor e, nesse contexto, acaba por ofuscar a necessária transparência do processo interpretativo que envolva Direitos Fundamentais.²⁶⁰

Contudo, transferir para os tribunais a construção de normas para a garantia da posse e da propriedade, por exemplo, que poderia ser obtida desde logo por intermédio das regras de direito civil e pelo método da subsunção, afirmando-se que esta ou aquela conduta não é protegida pelo próprio direito, ainda que em casos difíceis, toca na essência da doutrina civilista.²⁶¹

É preciso, não obstante, reconhecer que a possibilidade de ponderação dos princípios em colisão não conduz a soluções necessariamente diferentes daquelas nas quais se declaram os limites imanentes dos direitos, mas permite, numa ordem jurídica constituída por valores e por uma sociedade cada vez mais plural, alcançar uma solução mais justa e harmoniosa, objeto de análise do próximo capítulo.²⁶²

²⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. p. 26.

²⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. p. 27.

²⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. p. 27.

²⁶² BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. 28.

CAPÍTULO 3

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO NO DIREITO BRASILEIRO E NORTE-AMERICANO

Nos capítulos anteriores, foi abordado o tratamento legal e doutrinário dispensado ao Meio Ambiente e, notadamente, os princípios que o suportam, com ênfase afunilada no princípio que deve servir de modelador geral e amplo da atuação dos operadores do direito na seara ambiental em todas as esferas de controle e produção jurídica, o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental.

Seguindo a tendência já consolidada na esfera dos Direitos Fundamentais, todo o sistema jurídico brasileiro deve esforçar-se a fim de firmar, no arcabouço legal, doutrinário e jurisprudencial pátrio, o Princípio da Proibição do Retrocesso também ambiental, necessidade cujo imediatismo advém da obrigação de interromper a constante marcha em direção à completa ruína dos já tão combalidos recursos naturais remanescentes.

Assim agindo, não raro o Poder Judiciário se percebe acuado contra a linha cinzenta que traça os limites da sua atuação e a competência dos demais poderes, razão pela qual é necessário, preliminarmente, discutir brevemente o princípio da separação de poderes.

Adiante, tratar-se-á de casos específicos, analisando detidamente a atenção jurisprudencial voltada para a temática e a forma como as cortes brasileiras e norte americanas vêm analisando os casos difíceis envolvendo a colisão de princípios com o Meio Ambiente, a fim de verificar de forma empírica a aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso.

3.1 SEPARAÇÃO DE PODERES

A separação de poderes visa minimizar os riscos de abuso de poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoas e conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, “primeiro, impondo a colaboração e o consenso de várias autoridades estatais na tomada de decisões. Segundo,

estabelecendo mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais”, na tentativa de evitar a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado.²⁶³

Como se verá a seguir, um dos argumentos mais trazidos à baila quando da análise judicial de casos difíceis envolvendo o Meio Ambiente é a ofensa ao princípio da separação de poderes, previsto no art. 2º da CRFB, máxime nas hipóteses de controle de políticas públicas ambientais na esfera do controle direto de constitucionalidade – um dos mecanismos de freios e contrapesos previstos constitucionalmente –, casos em que se discute a possibilidade de o Poder Judiciário obstar a aplicação de normas regularmente discutidas e aprovadas pelo legislador caso contemplem proteção ambiental aquém daquelas que as precediam.

Na dogmática moderna, os princípios acabaram por conquistar o patamar de normas jurídicas ao lado das regras, com eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata. Assim, como ensina Dworkin, os conflitos entre os princípios e as regras devem ser resolvidos mediante o esquema de colisão entre princípios, caso em que a ponderação deve se dar entre o princípio e o princípio que subjaz a regra. Exemplificativamente, uma regra que determina a redução da área de reserva legal gera um conflito concreto entre a livre iniciativa e propriedade, de um lado, e de outro o Meio Ambiente, caso em que é feita a ponderação entre os princípios, e não entre a regra que determinou a redução de reserva legal e a proteção ao Meio Ambiente.²⁶⁴

Nas palavras de Dantas:

Deve-se, pois, aplicar o teste da proporcionalidade em suas três subdimensões, verificando-se se a intervenção de um direito fundamental sobre o outro é necessária, adequada e proporcional em sentido estrito e, havendo impasse, mediante discricionariedade. Somente assim se poderá chegar a uma conclusão legítima sobre qual direito fundamental que deverá prevalecer no caso concreto, se a separação de poderes e o(s) outro(s) direito(s) que a nova regra visa a tutelar ou se a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.²⁶⁵

Do estudo realizado até o presente momento, percebe-se, levando em conta uma observação escalonada e hierárquica do ordenamento jurídico

²⁶³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 544.

²⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 55.

²⁶⁵ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de Conflitos: O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais**. p. 268.

fundamental, que tanto o Princípio da Proibição de Retrocesso quanto o da separação de poderes são gêneros dentro dos princípios, verdadeiros pilares de validade e eficácia de todas as demais espécies de princípios.

Note-se assim que, não obstante vários Direitos Fundamentais possam entrar estritamente em colisão com a tutela do Meio Ambiente, uma análise final e mais ampla, macro jurídica, englobará inevitavelmente sempre a tutela do Meio Ambiente em colisão com o princípio da separação de poderes. Nesse sentido, a análise envolvendo casos difíceis sempre será dúplice: após identificados e sopesados os princípios colidentes (por exemplo, a tutela do Meio Ambiente e o direito de propriedade), na sequência sempre será feita a análise do caso concreto frente aos princípios da vedação de retrocesso e da separação de poderes.

Vale dizer, a vedação de retrocesso e a separação de poderes podem ser identificados como superprincípios substantivos que regem o embate de princípios e se dirigem aos atores de todos os Poderes, limitando as suas atuações, que deverão ser pautadas pelos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Metaforicamente, na grande família constitucional, quando as crianças (princípios constitucionais) discutem por recursos, os pais – vedação de retrocesso e a separação de poderes – decidem em quais casos é saudável para a evolução emocional e intelectual dos filhos interferir na discussão. Ainda, flertando com uma análise interdisciplinar, pode-se dizer que os princípios citados estão para os demais como o devido processo legal está para a ampla defesa e o contraditório.

No tocante ao controle de políticas públicas ambientais, a doutrina pátria que se dedica à análise da separação de poderes afeta ao Direito Administrativo tem evoluído a passos largos nas últimas décadas, partindo da interferência mínima do Poder Judiciário, adstrita ao controle da legalidade dos atos, notadamente aqueles discricionários, e avançado para englobar a análise da razoabilidade como requisito de legitimidade do ato administrativo.

Atualmente a doutrina é pacífica no sentido de ser viável o controle judicial dos atos administrativos discricionários, desde que respeitados os limites legalmente assegurados à discricionariedade administrativa.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que o espaço livre decisório reservado pelo legislador ao definir determinado ato como discricionário

deve ser respeitado, “daí porque não pode o poder judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador (...)”, sob pena de se substituir a opção legítima feita pelo administrador.²⁶⁶

A mesma autora prossegue afirmando que duas teorias foram criadas visando delimitar o exercício do poder discricionário e facilitar a análise judicial do tema: a) a teoria do desvio de poder, que ocorre quando uma autoridade utiliza o poder discricionário com o objetivo de atingir fim diverso daquele fixado legalmente; e b) a teoria dos motivos determinantes, segundo a qual o ato só é legítimo quando os motivos que lhe deram causa são verdadeiros. Em ambas as hipóteses, verificada a ilegalidade do ato, com análise pautada no princípio da razoabilidade, fica o Poder Judiciário autorizado a anular o ato viciado.²⁶⁷

Assim, o

Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade.²⁶⁸

Nessa esteira, cabe ao Judiciário fiscalizar a efetivação e o respeito pelos poderes Executivo e Legislativo das diretrizes constitucionais ambientais, a fim de tolher desrespeitos, sejam eles comissivos ou omissivos, na esfera das políticas públicas ambientais ou puramente legislativos.

Não obstante, Dantas ressalva que “o argumento de que a tutela do meio ambiente é preceito constitucional não nos parece suficiente por si só para justificar a afronta ao princípio da separação de poderes, uma vez que este também está previsto na Carta Magna.”²⁶⁹

Assim, conforme salientado na parte final do segundo capítulo da presente dissertação, não há direito fundamental absoluto e não há uma única forma correta de solucionar casos difíceis, de maneira que será sempre no bojo da análise das nuances da situação concreta que prevalecerá um direito sobre outro, aplicando-se a máxima da proporcionalidade.²⁷⁰

²⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 26. ed. 2013. p. 226.

²⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 227

²⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 744.

²⁶⁹ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de Conflitos**: O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. p. 254.

²⁷⁰ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de Conflitos**: O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. p. 259.

3.2 JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

Conforme já foi salientado no capítulo anterior, sabe-se que não há Direitos Fundamentais absolutos, e cabe aos julgadores a tarefa de considerar as nuances dos casos concretos trazidos a julgamento com o fito de dar a máxima efetividade aos princípios em colisão.

Trata-se de tarefa complexa, em que, partindo do caso concreto, devem ser identificados os princípios colidentes, avaliada com prudência a imprescindibilidade da intervenção judicial, para então definir aquele que faticamente tem primazia sobre o outro, visando o equilíbrio de sopesamento entre ambos, já que, “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.²⁷¹

Seguem, pois, adiante, alguns casos concretos existentes na jurisprudência estadual, nacional e norte-americana mais representativos sobre a temática. Salienta-se que, a fim de respeitar os parâmetros de formatação impostos aos trabalhos acadêmicos²⁷² e limitar a análise ao tema objeto da dissertação, serão transcritos tão somente os trechos dos julgados que sejam mais pertinentes ao presente estudo e aqueles que os contextualizam.

3.2.1 Jurisprudência estadual – SC

Pode-se dizer, com um toque de orgulho regionalista, que a jurisprudência catarinense tem evoluído a passos largos no estudo da aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Veem-se a seguir alguns dos julgados mais simbólicos da maneira como a análise jurisprudencial do Princípio da Vedação de Retrocesso evoluiu ao longo dos últimos anos nas cortes catarinenses.

²⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p.102.

²⁷² Segundo Pasold, recomenda-se que a dissertação seja relatada em volume físico de 90 (noventa) a 120 (cento e vinte) páginas. Cf. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e Prática**. p. 154.

3.2.1.1 Serra do tabuleiro – Palhoça (ADI n. 2009.027858-3)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2009.027858-3 foi proposta, no ano de 2009, pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina e pelo Coordenador Geral do Centro de Controle de Constitucionalidade – CECCON –, contra o Governador do Estado e o Presidente da Assembleia Legislativa, objetivando a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 4º, inciso II, 12, 13, 14 e 15 da Lei Estadual n. 14.661/2009, que reavaliava os limites do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro, excluindo da proteção integral algumas unidades que antes o compunham, visando combater especialmente a classificação, da área conhecida como Vargem do Braço, como unidade de uso sustentável (Área de Proteção Ambiental).

Em sede de cognição sumária, a medida cautelar foi negada e, analisado o mérito, a ação foi julgada improcedente, em julho de 2011, ficando o acórdão assim ementado:

Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Alegada ofensa dos arts. 4.º, II, 12, 13, 14 e 15 da Lei Estadual n. 14.661/2009 ao disposto nos arts. 4.º, 16, caput, 181 e 182 da Carta Estadual. Caráter programático dos dispositivos constitucionais. Diretriz de preservação ambiental expressamente prevista na Lei 14.661/09. Presunção de constitucionalidade da norma não derruída na *actio*. Bacia da Vargem do Braço. Comunidade lá instalada há décadas. Construção de mansões, abertura de estradas e movimentação de solo verificadas antes da edição da nova legislação ambiental. Relevância da degradação ambiental que deve ser apurada em sede de ação civil pública, meio apropriado para a exigência do cumprimento de políticas públicas definidas em Carta Constitucional. Liminar denegada.

Os dispositivos constitucionais dados por violados em sede desta ação direta de inconstitucionalidade constituem-se todos em normas constitucionais de eficácia programática, ou normas-programa, que são "aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado" (SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 138).

In casu, não se evidencia, de forma cristalina, a inconstitucionalidade alegada, porque a Lei 14.661/09 declara, em atenção ao comando constitucional, a necessidade de preservação das bacias hídricas da Vargem do Braço.

"Há que falar, atualmente, em um efetivo direito à tutela metaindividual. Na Constituição Federal de 1988, reforça-se a necessidade de uma nova visão processual, posto que a Carta Magna contém inúmeros dispositivos que implicam a fixação de direitos subjetivos transindividuais (por exemplo, o art.

225, ao tratar do meio ambiente) e, como é cediço que não se pode mais aceitar passivamente a argumentação de que a Constituição escrita não passa de uma mera folha de papel (Lassale), sobressai a necessidade de o processo fornecer mecanismos hábeis para que se possa atingir o que Loewenstein denominava de Constituição normativa.

Destaca-se, então, a ação civil pública como forma de permitir que políticas públicas (saúde, educação, escola e quejandos) sejam determinadas em prol da efetividade da Constituição (FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: RT, 2005. p. 97)".²⁷³

Analisando o acórdão, verifica-se que inicialmente foram identificados os princípios em conflito:

No tocante ao mérito, a matéria aqui versada é de extrema importância, pois estão em jogo dois dos mais caros valores à sociedade: o meio ambiente e o direito de propriedade. É certo que, nesse particular, o interesse público coletivo deverá suplantar sempre o interesse meramente privado, quando o primeiro estiver, de alguma forma, sendo ameaçado pelo livre exercício do segundo. Por isso mesmo, deve-se, neste momento, confrontar os dispositivos legais aos constitucionais, no afã de identificar alguma afronta ao texto da Constituição Estadual. [...]

Embora inequívoca a alteração da espécie de proteção, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça, por meio do relator, Des. Pedro Manoel Abreu, prosseguiu analisando a hipótese de vulneração por meio de eventual retrocesso de forma objetiva²⁷⁴, fazendo uma análise legislativa ampla e afirmando que não foi identificada inconstitucionalidade no caso concreto. Justificou:

O direito ao meio ambiente, expressa-se tanto na Constituição Federal, em seu art. 225, como no seu correspondente na Carta Estadual (art. 181), ao estabelecerem que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". Estes dispositivos constituem normas programáticas que obrigam o Poder Público e a coletividade a defender e a preservar o meio ambiente, no presente e futuro.

Nesse tocante, o exame da questão não permite concluir que o disposto nos artigos da Lei impugnada contraria a Carta Estadual, porque: a) em princípio, a lei não admite a degradação ambiental, antes, a repele, definindo a Bacia da Vargem do Braço como APA (art. 4.º, II, e art. 12, da Lei 14.661/09); b) a norma impugnada estabelece o desenvolvimento sustentável das comunidades que ocupavam a área há décadas (art. 13, Lei n. 14.661/09); c) há preservação dos mananciais hídricos da Vargem do Braço (art. 13, II, Lei n. 14.661/09); c) a lei determina o ordenamento da ocupação, uso e utilização do solo e das águas (art. 13, II, Lei 14.661/09); d) no art. 14, da lei em apreço, há determinação para a criação de um Conselho Deliberativo, que ficará encarregado de administrar a unidade de conservação e, por fim; e) em seu art. 15, a norma determina a criação de

²⁷³ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2009.027858-3. Relator: Pedro Manoel Abreu. Florianópolis, 2011. **Diário da Justiça**, Florianópolis, 20 jul. 2011.

²⁷⁴ THOMÉ, Romeu. **O Princípio da vedação de retrocesso socioambiental no contexto da sociedade de risco**. p. 164.

um projeto de manejo, que deverá seguir as normas ambientais, visando o desenvolvimento sustentável da região.

Ora, as famílias que ocupam a localidade lá estão residindo há décadas, não havendo qualquer prova ou indício de que, após o advento da novel Lei, tenha se agravado a degradação da área a preservar. Nesse tocante, basta ver a evolução da área, conforme demonstram as fotografias de fls. 118 (1978); 120 (2004); 122 (2006). À fl. 123, entretanto, figura uma grande edificação, certamente preocupante, porque, além de supostamente ocupar área de preservação ambiental, promoveu o plantio e a movimentação do solo, bem como abriu estrada, entre outras circunstâncias. Esse fato, todavia, não pode ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade, e merece total atenção do Ministério Público, que poderá, a seu juízo, promover ação civil pública em defesa do meio ambiente. [...] ²⁷⁵

Ao final, os julgadores concluíram:

Assim, inexistindo na Lei 14.661/09 afronta direta à Constituição do Estado, e não configurado o aludido retrocesso com a reclassificação do Parque Estadual Serra do Tabuleiro, uma vez que a preservação do meio ambiente ainda está em pauta na legislação catarinense, tampouco evidenciado o aumento da degradação ambiental pela comunidade que habita o Parque da Serra do Tabuleiro há décadas, não há como reconhecer a inconstitucionalidade.

Verifica-se, assim, que, no caso concreto em comento, a posição predominante é, portanto, aquela segundo a qual a diminuição da proteção ambiental, por si só, não é capaz de configurar retrocesso ambiental.

Não obstante, a decisão se deu por maioria, tendo os desembargadores Lédio Rosa de Andrade, Carlos Prudêncio, Trindade dos Santos, José Volpato de Souza e Salim Schead dos Santos votado pela procedência da ação.

3.2.1.2 Área de promontório – Governador Celso Ramos (ACP n. 5011059-30.2010.4.04.7200)

O Ministério Público Federal ajuizou, em 2010, a Ação Civil Pública n. 5011059-30.2010.4.04.7200/SC, visando a coibir a implantação de empreendimento, denominado Txai Resort Ponta dos Ganchos, na localidade de Ganchos de Fora, Município de Governador Celso Ramos/SC, sustentando que o local escolhido para a instalação do empreendimento se tratava de promontório, acidente geográfico protegido tanto por legislação federal, como estadual e municipal, bem como área de

²⁷⁵ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2009.027858-3.**

Área de Preservação Limitada (APL) e Área de Preservação Permanente (APP) no zoneamento municipal (Lei 389/96 – Plano Diretor), circunstâncias que impediam a utilização do local para a atividade pretendida. Ademais, o Ministério Público Federal sustentou que não foram realizados os necessários EIA/RIMA e Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV, ambos requisitos necessários para a realização do empreendimento.

Na sentença proferida em primeiro grau, ao analisar especificamente a proteção dada aos promontórios, a magistrada federal, Dra. Marjôrie Cristina Freiburger da Silva, explicitou o panorama legislativo da temática²⁷⁶ e, lançando mão da análise de vulneração do Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental sob o aspecto objetivo²⁷⁷, concluiu:

Depreende-se, pois, que os promontórios deixaram de ser expressamente protegidos pela nova legislação ambiental municipal. Ora, tal fato evidentemente configura retrocesso ambiental e não pode ser admitido. Esse tipo de retrocesso tem sido rechaçado pela doutrina e também objeto de análise em casos concretos pelo magistrado, intérprete das normas. Sobre isso, aduz Germana Parente Neiva Belchior (in *Hermenêutica Jurídica Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 196), que esse é um

²⁷⁶ “Por ocasião da análise do pedido de tutela antecipada, externei meu entendimento no sentido de que não havia proteção legal expressa acerca da preservação dos promontórios; todavia, em estudo mais aprofundado da questão, agora para decisão exauriente, revejo minha posição. Que a área do empreendimento está localizada em promontório, é fato incontroverso, segundo admitiram os próprios réus desde o início e foi corroborado pelo perito. [...] Por sua vez, a norma que regulamentou a Lei n. 5.793/80 (Decreto Regulamentador n. 14.250/81) considerou os promontórios como áreas de proteção especial, definindo-os como elevações costeiras florestadas ou não: Art. 42 - São consideradas áreas de proteção especial: II - os promontórios, as ilhas fluviais, e as ilhas costeiras e oceânicas, estas quando cedidas pelo Governo Federal; Art. 43 - Para efeito deste Regulamento, considera-se: III - promontório - a elevação costeira florestada ou não que compõe a paisagem litorânea do continente ou de ilhas; Ocorre que a Lei n. 5.793/80 (e consequentemente o Decreto n. 14.250/81) foi revogada pela Lei Estadual n. 14.675/09 (art. 296, I) – Código Estadual do Meio Ambiente de Santa Catarina, que não mais tratou aqueles acidentes geográficos como áreas de preservação, limitando-se a estabelecer sua definição (art. 28, XLVIII) [...] Por sua vez, no Município de Governador Celso Ramos, a Lei n. 389/96 (Lei do Plano Diretor), em sua versão original, considerava os promontórios como áreas de preservação permanente - APPs: Art. 66. Incluem-se nas APP as áreas com as seguintes características: IX - pontas e promontórios; no entanto, essa Lei também foi modificada pela Lei Municipal n. 626/98, que excluiu os promontórios da proteção conferida às APPs, transformando-os em Áreas de Preservação Especial - APEs, quando assim declaradas por Decreto do Chefe do Poder Executivo. Contudo, não houve menção sobre a possibilidade de ocupação e construção nessas áreas de preservação especial na nova legislação: “Art. 66-(...) Parágrafo Único - São consideradas Áreas de Preservação Especial (APE), quando assim indicadas por Decreto do Chefe do Poder Executivo, as áreas destinadas a: [...] IV - a proteger as pontas e promontórios (...)”. SANTA CATARINA. Justiça Federal de Santa Catarina. Ação Civil Pública n. 5011059-30.2010.4.04.7200/SC. Juíza: Marjôrie Cristina Freiburger. Florianópolis, 2016. **Diário da Justiça**, Florianópolis, 22 jan. 2016.

²⁷⁷ THOMÉ, Romeu. **O Princípio da vedação de retrocesso socioambiental no contexto da sociedade de risco**. p. 164.

princípio estruturante a ser utilizado pelo jurista em processo hermenêutico jurídico ambiental.²⁷⁸

Na sequência, a magistrada citou o entendimento doutrinário acerca do tema e o confronta com o caso concreto:

Frise-se que, no caso em análise, nem ao menos houve justificativa para a alteração da legislação mais protetiva. [...]. Não é o que se percebe, contudo, em relação à Lei n. 626/98, pois não foram trazidas quaisquer justificativas técnicas por parte do Município de Governador Celso Ramos que pudessem amparar a inovação legislativa e o afastamento dos promontórios como áreas de preservação permanente. Ao contrário, a mudança legislativa revela verdadeira ameaça a esse maciço costeiro e ao seu esgotamento, o que deve ser combatido. Não se pode admitir que uma configuração geológica como a dos promontórios, antes amparada legislativamente, passe a nível inferior de proteção, que lhes sujeitem à intervenção indevida por parte dos particulares, inclusive a construção de empreendimentos. Conquanto seja afeto ao legislador municipal a definição dos espaços territoriais, não pode fazê-la em contrário aos interesses da coletividade, ao seu direito fundamental ao meio ambiente.²⁷⁹

A magistrada segue explicando a necessidade de concretização dos mandamentos constitucionais via normas infraconstitucionais e afirma que cabe ao Judiciário invalidar a revogação de normas nas hipóteses em que ela ocorra desacompanhada de política substitutiva ou equivalente, deixando verdadeiro vácuo legislativo em seu lugar, causando, assim, esvaziamento do comando constitucional e gerando evidente retrocesso ambiental no caso concreto:

Portanto, dentro desse raciocínio, a inovação legislativa provocou injustificada retrocessão na proteção das áreas de promontórios situados no Município de Governador Celso Ramos, região de extrema beleza natural e que vem sendo reiteradamente objeto de ações ambientais. Em vez de continuar considerando-os como áreas de preservação permanente, o Plano Diretor do Município passou a denominá-la como Área de Preservação Especial, conforme já assinalado, sem, contudo, qualquer especificação preservacionista.²⁸⁰

Adiante, sustentou a inconstitucionalidade formal da Lei n. 626/98 e finalizou:

Justifica-se, assim, o afastamento da Lei n. 626/98 para o caso concreto dos autos, pelo malferimento ao Princípio da Vedação ao Retrocesso Ambiental

²⁷⁸ SANTA CATARINA. Justiça Federal de Santa Catarina. **Ação Civil Pública n. 5011059-30.2010.4.04.7200/SC.**

²⁷⁹ SANTA CATARINA. Justiça Federal de Santa Catarina. **Ação Civil Pública n. 5011059-30.2010.4.04.7200/SC.**

²⁸⁰ SANTA CATARINA. Justiça Federal de Santa Catarina. **Ação Civil Pública n. 5011059-30.2010.4.04.7200/SC.**

e ao dispositivo 225 da Constituição Federal. [...] O afastamento da Lei n. 626/98, que não prevê os promontórios como áreas de preservação permanente, trará como consequência a anulação dos atos administrativos referentes ao licenciamento e autorizações conferidas à ré particular para realizar o empreendimento apontado nos autos. Além disso, impedirá novas edificações na área, a par de obrigar a ré a recuperar os danos ambientais eventualmente já perpetrados.²⁸¹

Ascendendo os autos à segunda instância, a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, julgando o caso no ano de 2017, por sua vez, entendeu pela prevalência do princípio da separação de poderes e pela inaplicabilidade do Princípio da Vedação de Retrocesso, sob a justificativa de que na hipótese em concreto a alteração da legislação municipal não acarretou a simples retirada de proteção aos promontórios, mas sim mera alteração do tratamento legal dado ao bioma citado dentro da esfera de discricionariedade no regular desempenho das atribuições do Poder Legislativo.

O Acórdão ficou assim ementado:

DIREITO AMBIENTAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROMONTÓRIOS. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO. BALIZAS PARA SUA UTILIZAÇÃO EM MATÉRIA AMBIENTAL. INAPLICABILIDADE NO CASO CONCRETO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE SITUAÇÃO DE MANIFESTA AUSÊNCIA DE PROTEÇÃO DO NÚCLEO DO DIREITO FUNDAMENTAL TUTELADO PELA ORDEM JURÍDICA.

- A proteção ao meio ambiente tem previsão constitucional (artigo 225, § 3º, da CF/88), contemplando normatividade que define a sujeição dos infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

- Os direitos fundamentais merecem especial atenção, inclusive evidentemente, por sua especial expressão, aqueles relacionados ao meio ambiente, certo que a sustentabilidade deve nortear toda ação humana que interfira com recursos naturais, como imperativo ético decorrente da necessária observância do implícito pacto intergeracional que a vida em sociedade impõe e, mais do que isso, da superação da visão antropocêntrica do mundo.

- Avulta, como consequência, a possibilidade de aplicação do princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental, pois no sistema normativo brasileiro a Constituição Federal, atenta aos ditames dos novos tempos, em boa hora incorporou ao seu corpo permanente normas que preconizam a necessidade de proteção do meio ambiente.

- A consideração do princípio da vedação ao retrocesso, contudo, deve ser feita à luz do sistema constitucional, e é certo que existe uma repartição de atribuições entre os poderes estatais, tocando a atividade de produção normativa, salvo exceções, ao legislativo, ao qual incumbe, nos termos do inciso III do artigo 225 da CF, definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a

²⁸¹ SANTA CATARINA. Justiça Federal de Santa Catarina. **Ação Civil Pública n. 5011059-30.2010.4.04.7200/SC.**

supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

- A ação regulamentadora e conformadora do legislativo, observadas as regras de competência estabelecidas na Constituição Federal - artigo 24 da CF -, certamente não pode ocorrer de maneira absolutamente discricionária - conquanto o juízo político a ela inerente tenha inquestionavelmente matizes discricionárias -, pois deve obediência a todas as normas de caráter formal e substancial que decorrem do sistema jurídico, aqui considerados obviamente também os princípios.

- As peias que delimitam a ação do legislador, entretanto, não impedem sua atuação com observância do quanto definido na Constituição, muito menos podem esboroar a necessária independência que deve ter - a propósito inerente ao desempenho de qualquer das funções estatais básicas - para fazer escolhas no desempenho de suas atribuições.

- Nesse sentido, a utilização do princípio da vedação ao retrocesso para controlar a atuação do legislativo em matéria ambiental, conquanto possível, deve ser feita *cum granum salis*, pois dela não se pode extrair a simplista conclusão de que qualquer alteração que implique diminuição de restrições estabelecidas em lei para a proteção ambiental seja automaticamente inconstitucional, sob pena de completa estratificação do sistema e, mais do que isso, inviabilização da atuação legislativa, mesmo que eventualmente necessária para disciplinar questões advenientes.

- A utilização do princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental, assim, deve ser reservada a situações nas quais o núcleo do direito fundamental esteja claramente sendo violado com a inovação legislativa, a caracterizar situação de manifesta proteção insuficiente de interesse que goza de especial tutela por parte do sistema jurídico.

- Em um ambiente em que as relações e processos se apresentam multifacetados, complexos e marcados por certa volatilidade - a propósito inerente à evolução -, o congelamento de marcos deve ser feito com cautela, pois o que hoje se considera protetivo ao interesse tutelado pela norma, amanhã poderá assim não mais ser reputado, mesmo porque os conceitos se alteram e a proteção em uma visão holística pode até acarretar, se estritamente necessário, inclusive em matéria ambiental, impacto, e até sacrifício, de parcelas do todo.

- No caso em apreço, a legislação municipal que alterou o tratamento dos promontórios, a despeito das modificações operadas, manteve algum grau de proteção aos citados acidentes geográficos, que, registre-se, não estão contemplados como biomas especialmente protegidos, seja na legislação de caráter nacional; muito menos na Constituição Federal.

- Trata-se o artigo 3º da Lei do Gerenciamento Costeiro (Lei nº 7.661/1988) de norma geral, que incentiva a preservação de alguns biomas e acidentes geográficos; da citada norma não decorre, entretanto, que os biomas e acidentes geográficos relacionados sejam *ipso jure* intangíveis, impondo-se apenas ao legislador que na sua atuação tenha a necessária ponderação ao estabelecer o zoneamento de usos e atividades, priorizando a proteção e, certamente, um *standard* mínimo de conservação.

- Na hipótese em apreço a legislação municipal não acarretou simples retirada de proteção aos promontórios, não se podendo falar, assim, em ausência de proteção, a nulificar o direito fundamental que era tutelado na legislação antecedente.

- Deste modo, como o empreendimento, abstraída a questão relacionada ao licenciamento ambiental - que restou realizado no curso do processo, de modo que atendida a exigência, mesmo que mediante intervenção judicial -, analisadas as normas ambientais vigentes à época da expedição das licenças, e também as normas atualmente vigentes, não está sendo levantado em áreas de preservação permanente, a pretensão de total vedação às construções não pode ser acolhida.

- Acolhimento parcial do pedido, apenas no que toca à necessidade de realização de EIA/RIMA e de manutenção do acesso público às praias.²⁸²

Note-se, assim, que, conforme apontado no item 3.1 do presente estudo, é possível delinear uma análise dúplice.

No caso citado, foram identificados e sopesados os princípios colidentes (Meio Ambiente e o direito de propriedade/libre iniciativa), chegando os julgadores à conclusão de que de fato houve diminuição da proteção ambiental no caso concreto.

Em seguida, passando a uma análise final e mais ampla, macrojurídica, avaliou-se se essa diminuição está ou não dentro da esfera legal de discricionariedade do legislador, ou seja, apreciou-se a tutela do Meio Ambiente e a Vedação de Retrocesso em colisão com o princípio da separação de poderes.

Percebe-se que, em seu voto, o relator, Exmo. Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, ao afastar a aplicação do Princípio da Vedação de Retrocesso no caso concreto, ressalta que a inovação legislativa reflete que aquilo

que hoje se considera protetivo ao interesse tutelado pela norma, amanhã poderá assim não mais ser reputado, mesmo porque os conceitos se alteram e a proteção em uma visão holística pode até acarretar, se estritamente necessário, inclusive em matéria ambiental, impacto, e até sacrifício, de parcelas do todo.²⁸³

Vê-se que essa é a pedra fundamental da negativa de proteção judicial dada ao caso. Ora, se a sociedade, representada pelo Poder Legislativo, entende justificada a redução de proteção ao Meio Ambiente no caso concreto, escolhendo privilegiar outros princípios constitucionais, não é dado ao Judiciário impor maior proteção ao Meio Ambiente, tomando para si as funções do legislador. Justificada estaria, assim, a prevalência do princípio da separação de poderes no caso analisado.

3.2.1.3 Habitação – São Francisco do Sul (ADI n. 2010.026764-9)

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério

²⁸² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Ação Civil Pública n. 5011059-30.2010.4.04.7200/SC**. Relator: Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Porto Alegre, 2017. **Diário da Justiça**, Porto Alegre, 1 jun. 2017.

²⁸³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Ação Civil Pública n. 5011059-30.2010.4.04.7200/SC**.

Público atuante na comarca de São Francisco do Sul, no ano de 2010 (transitada em julgada em 7 de agosto de 2014), sustentando que a Lei Complementar Municipal n. 26, de 22 de abril de 2010 (que instituiu incentivo para a implantação de programas habitacionais de interesse social, permitiu o aumento do potencial construtivo, da taxa de ocupação e do aproveitamento dos imóveis, além do número de pavimentos das edificações), era menos restritiva do que a pré-existente e redundaria em grandes prejuízos ao Meio Ambiente e à qualidade de vida da população.

O acórdão ficou assim ementado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR N. 26/10, DO MUNICÍPIO DE SÃO FRANCISCO DO SUL, QUE INSTITUIU INCENTIVO PARA A IMPLANTAÇÃO DE PROGRAMAS HABITACIONAIS DE INTERESSE SOCIAL, POR MEIO DA CONCESSÃO DO AUMENTO DO POTENCIAL CONSTRUTIVO, ACRÉSCIMO NA TAXA DE OCUPAÇÃO, NO COEFICIENTE DE APROVEITAMENTO DOS IMÓVEIS E NO NÚMERO DE PAVIMENTOS DAS EDIFICAÇÕES. MATÉRIA RELATIVA À PROTEÇÃO AMBIENTAL E AO USO DO SOLO URBANO. ZONA COSTEIRA. PROCESSO LEGISLATIVO SEM PARTICIPAÇÃO POPULAR. INCENTIVOS QUE PERMITEM A REGULARIZAÇÃO DE CONSTRUÇÕES E O AUMENTO DESCONTROLADO DA DENSIDADE POPULACIONAL EM PREJUÍZO AO MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, MORALIDADE E PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL. AFRONTA AOS ARTS. 16, 140, 141, I E III, E 180, TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. PEDIDO ACOLHIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. ART. 17 DA LEI ESTADUAL N. 12.069/01.²⁸⁴

Do corpo do acórdão verifica-se a preocupação com a vulneração dos princípios da solidariedade, da precaução, do mínimo existencial ecológico e da Proibição do Retrocesso ecológico:

A modificação de normas que possam redundar em prejuízo ao meio ambiente merece especial atenção. Ainda que possa representar a viabilização do desenvolvimento e crescimento urbano, muitas vezes ocasiona severo dano aos mecanismos de proteção de importante prerrogativa contemporânea, que está marcada por seu caráter metaindividual, traduzido no direito que todos têm a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, em benefício das presentes e futuras gerações. Nessa linha, quando levados à apreciação de demandas que envolvam a tutela ambiental, os Tribunais têm sopesado a aplicação de importantes princípios cunhados pela doutrina especializada, os quais servem de suporte para a resolução de conflitos normativos. Desses postulados, destacam-se os princípios da solidariedade, da precaução, do mínimo existencial ecológico e da proibição do retrocesso ecológico.²⁸⁵

²⁸⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2010.026764-9. Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho. Florianópolis, 2014. **Diário da Justiça**, Florianópolis, 21 mai. 2014.

²⁸⁵ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2010.026764-**

No caso concreto, os julgadores pontuaram que, verificada a obsolescência da lei de ocupação do solo então existente, a discussão acerca de eventual inovação legislativa quanto à matéria deveria ser submetida à cuidadosa revisão, permeada pela participação popular e norteadas pela tentativa de conciliar o progresso econômico e a proteção ambiental, exigência formal que não foi observada no caso concreto, dando causa, assim, à vulneração dos arts. 16, 140, 141, I, e 181, todos da Constituição do Estado, bem como os princípios da Proibição ao Retrocesso Ambiental, moralidade e impessoalidade.

Dessa forma, pode-se notar que a circunstância viabilizadora do reconhecimento da vulneração da Proibição de Retrocesso Ambiental foi o reconhecimento da aparente ausência de legitimidade do Poder Legislativo para promover a alteração da forma como a fez, a fim de priorizar também os princípios da impessoalidade e moralidade administrativa, delimitadores do exercício do poder discricionário legislativo.²⁸⁶

3.2.1.4 APP – Laguna (ADI n. 2014.034935-2)

O caso trata de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada em 2014 pelo Ministério Público, na qual eram contestados artigos da Lei Municipal n. 1.658/13, de Laguna, que dispõe sobre o zoneamento, uso e ocupação do solo, que alterou áreas classificadas como de preservação permanente por legislações anteriores para áreas residenciais. O acórdão ficou assim ementado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39, CAPUT, §§ 2º E 3º, E 45 CAPUT, §§ 1º E 3º DA LEI N. 1.658/2013, DO MUNICÍPIO DE LAGUNA, QUE DISPÕE SOBRE ZONEAMENTO, USO E OCUPAÇÃO DO SOLO MUNICIPAL. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA DA PROMOTORA DE JUSTIÇA, AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL, VÍCIO FORMAL E DE LITISPENDÊNCIA. REJEITADAS. NORMATIVO QUE PERMITE A OCUPAÇÃO DE ÁREA CLASSIFICADA POR LEGISLAÇÃO ANTERIOR COMO DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO AMBIENTAL. PROCEDÊNCIA DO

PEDIDO ENCARTADO NA INICIAL.²⁸⁷

Ao analisar o caso (transitado em julgado em 24 de março de 2017), o relator, Des. Lédio Rosa de Andrade, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, explicou que a supressão de norma protetiva ambiental requer exigência do interesse público, com real vantagem para a cidade e seus habitantes, mediante amplo debate implementado no Município afetado – o que não foi obedecido –, e não simplesmente para privilegiar o interesse econômico de apenas um segmento da população ou mesmo de poucos, citando a documentação constante dos autos como exemplo (a concessão de outorga de licença ambiental para empresa do ramo imobiliário lotear uma das áreas até então de preservação permanente). E acrescentou:

Além da violação direta a dispositivos constitucionais, a lei impugnada também viola o Princípio da Vedação ao Retrocesso Ambiental. Princípio este, que visa refutar propostas de flexibilização de leis que asseguram às futuras gerações usufruir conquistas ambientais do passado. Michel Prieur asseverou, em palestra proferida no Senado Federal, ser um atentado a propositura de normas visando diminuir a proteção ambiental: “O que está em jogo aqui é a vontade de suprimir uma regra (constituição, lei ou decreto) ou de reduzir seus aportes em nome de interesses, claros ou dissimulados, tidos como superiores aos interesses ligados à proteção ambiental. A mudança da regra que conduz a uma regressão constitui um atentado direto à finalidade do texto inicial. O retrocesso em matéria ambiental não é imaginável. Não se pode considerar uma lei que, brutalmente, revogue normas antipoluição ou normas sobre a proteção da natureza; ou, ainda, que suprima, sem justificativa, áreas ambientalmente protegidas.”²⁸⁸

Aqui novamente é possível perceber que o reconhecimento da vulneração da Proibição de Retrocesso Ambiental foi decorrente da supressão total da proteção ambiental outrora existente, aliada ao ataque a outros princípios constitucionais, mormente a impessoalidade e moralidade administrativa, capaz de fragilizar a legitimidade do processo legislativo levado a cabo no caso concreto.

Finalizou o julgamento citando trechos do REsp 302.906/SP, objeto de estudo do presente trabalho nas páginas que seguem, para o fim de declarar a inconstitucionalidade dos arts. 39, caput, e §§ 2º e 3º, e 45, caput, e §§ 1º e 3º,

²⁸⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2014.034935-2. Relator: Desembargador Lédio Rosa de Andrade. Florianópolis, 2014. **Diário da Justiça**, Florianópolis, 19 nov. 2014.

²⁸⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2014.034935-2.**

ambos da Lei Municipal n. 1.658/13, do Município de Laguna.

3.2.2 Jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros

Não obstante a jurisprudência nacional ainda seja tímida quanto à temática, já é possível encontrar julgados significativos para o entendimento do Princípio da Vedação de Retrocesso em casos concretos.

Seguem adiante alguns deles, também com o conteúdo de citação limitado por conta das restrições de formato da presente dissertação, dentre aqueles que se reputaram os mais representativos.

3.2.2.1 City Lapa (REsp n. 302.906/SP)

Um dos primeiros julgados emblemáticos envolvendo a vedação de retrocesso é, sem dúvidas, o mais polêmico. Trata-se do julgamento, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que se refere ao loteamento City Lapa, no bojo do qual a construtora e incorporadora CCK LTDA. visava erigir um prédio de nove andares em área onde só se admitem residências unifamiliares. Prevaleceram, no caso concreto, as restrições convencionais estabelecidas quando da instituição do loteamento urbano, e não a lei posterior municipal que impôs padrões mais amplos de uso e ocupação do solo.

O caso ficou assim ementado²⁸⁹:

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E URBANÍSTICO. LOTEAMENTO CITY LAPA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. RESTRIÇÕES URBANÍSTICO-AMBIENTAIS CONVENCIONAIS ESTABELECIDAS PELO LOTEADOR. ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL EM FAVOR DE TERCEIRO, DE NATUREZA *PROPTER REM*. DESCUMPRIMENTO. PRÉDIO DE NOVE ANDARES, EM ÁREA ONDE SÓ SE ADMITEM RESIDÊNCIAS UNI FAMILIARES. PEDIDO DE DEMOLIÇÃO. VÍCIO DE LEGALIDADE E DE LEGITIMIDADE DO ALVARÁ. *IUS VARIANDI* ATRIBUÍDO AO MUNICÍPIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA NÃO-REGRESSÃO (OU DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO) URBANÍSTICO-AMBIENTAL. VIOLAÇÃO AO ART. 26, VII, DA LEI 6.766/79 (LEI LEHMANN), AO ART. 572 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART. 1.299 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002) E À LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. ART. 334, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VOTO-

²⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 302.906/SP (2001/0014094-7). Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 2010. **Diário da Justiça**, Brasília, 26 ago. 2010.

MÉRITO.

(...) ²⁹⁰

10. O relaxamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais convencionais, permitido na esteira do *ius variandi* de que é titular o Poder Público, demanda, por ser absolutamente fora do comum, ampla e forte motivação lastreada em clamoroso interesse público, postura incompatível com a submissão do Administrador a necessidades casuísticas de momento, interesses especulativos ou vantagens comerciais dos agentes econômicos.

11. O exercício do *ius variandi*, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes.

²⁹⁰ “1. As restrições urbanístico-ambientais convencionais, historicamente de pouco uso ou respeito no caos das cidades brasileiras, estão em ascensão, entre nós e no Direito Comparado, como veículo de estímulo a um novo consensualismo solidarista, coletivo e intergeracional, tendo por objetivo primário garantir às gerações presentes e futuras espaços de convivência urbana marcados pela qualidade de vida, valor estético, áreas verdes e proteção contra desastres naturais. 2. Nessa renovada dimensão ética, social e jurídica, as restrições urbanístico-ambientais convencionais conformam genuína índole pública, o que lhes confere caráter privado apenas no nome, porquanto não se deve vê-las, de maneira reducionista, tão-só pela ótica do loteador, dos compradores originais, dos contratantes posteriores e dos que venham a ser lindeiros ou vizinhos. 3. O interesse público nas restrições urbanístico-ambientais em loteamentos decorre do conteúdo dos ônus enumerados, mas igualmente do licenciamento do empreendimento pela própria Administração e da extensão de seus efeitos, que iluminam simultaneamente os vizinhos internos (= coletividade menor) e os externos (= coletividade maior), de hoje como do amanhã. 4. As restrições urbanístico-ambientais, ao denotarem, a um só tempo, interesse público e interesse privado, atrelados simbioticamente, incorporam uma natureza *propter rem* no que se refere à sua relação com o imóvel e aos seus efeitos sobre os não-contratantes, uma verdadeira estipulação em favor de terceiros (individual e coletivamente falando), sem que os proprietários-sucessores e o próprio empreendedor imobiliário original percam o poder e a legitimidade de fazer respeitá-las. Nelas, a sábia e prudente voz contratual do passado é preservada, em genuíno consenso intergeracional que antecipa os valores urbanístico-ambientais do presente e veicula as expectativas imaginadas das gerações vindouras. 5. A Lei Lehmann (Lei 6.766/1979) contempla, de maneira expressa, as ‘restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente’ (art. 26, VII). Do dispositivo legal resulta, assim, que as restrições urbanístico-ambientais legais se apresentam como normas-piso, sobre as quais e a partir das quais operam e se legitimam as condicionantes contratuais, valendo, em cada área, por isso mesmo, a que for mais restritiva (= regra da maior restrição). 6. Em decorrência do princípio da prevalência da lei sobre o negócio jurídico privado, as restrições urbanístico-ambientais convencionais devem estar em harmonia e ser compatíveis com os valores e exigências da Constituição Federal, da Constituição Estadual e das normas infraconstitucionais que regem o uso e a ocupação do solo urbano. 7. Negar a legalidade ou legitimidade de restrições urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as legais, implicaria recusar cumprimento ao art. 26, VII, da Lei Lehmann, o que abriria à especulação imobiliária ilhas verdes solitárias de São Paulo (e de outras cidades brasileiras), como o Jardim Europa, o Jardim América, o Pacaembu, o Alto de Pinheiros e, no caso dos autos, o Alto da Lapa e a Bela Aliança (City Lapa). 8. As cláusulas urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as restrições legais, correspondem a inequívoco direito dos moradores de um bairro ou região de optarem por espaços verdes, controle do adensamento e da verticalização, melhoria da estética urbana e sossego. 9. A Administração não fica refém dos acordos ‘egoísticos’ firmados pelos loteadores, pois reserva para si um *ius variandi*, sob cuja égide as restrições urbanístico-ambientais podem ser ampliadas ou, excepcionalmente, afrouxadas”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 302.906/SP (2001/0014094-7)**.

12. Além do abuso de direito, de ofensa ao interesse público ou inconciliabilidade com a função social da propriedade, outros motivos determinantes, sindicáveis judicialmente, para o afastamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais podem ser enumerados: a) a transformação do próprio caráter do direito de propriedade em questão (quando o legislador, p. ex., por razões de ordem pública, proíbe certos tipos de restrições), b) a modificação irrefutável, profunda e irreversível do aspecto ou destinação do bairro ou região; c) o obsoletismo valorativo ou técnico (surgimento de novos valores sociais ou de capacidade tecnológica que desconstitui a necessidade e a legitimidade do ônus), e d) a perda do benefício prático ou substantivo da restrição.

(...) ²⁹¹

18. O Judiciário não desenha, constrói ou administra cidades, o que não quer dizer que nada possa fazer em seu favor. Nenhum juiz, por maior que seja seu interesse, conhecimento ou habilidade nas artes do planejamento urbano, da arquitetura e do paisagismo, reservará para si algo além do que o simples papel de engenheiro do discurso jurídico. E, sabemos, cidades não se erguem, nem evoluem, à custa de palavras. Mas palavras ditas por juízes podem, sim, estimular a destruição ou legitimar a conservação, referendar a especulação ou garantir a qualidade urbanístico-ambiental, consolidar erros do passado, repeti-los no presente, ou viabilizar um futuro sustentável.

19. Recurso Especial não provido²⁹².

Foi no bojo do voto do relator, o Exmo. Sr. Ministro Herman Benjamin, que

²⁹¹ “13. O ato do servidor responsável pela concessão de licenças de construção não pode, a toda evidência, suplantar a legislação urbanística que prestigia a regra da maior restrição. À luz dos princípios e rédeas prevalentes no Estado Democrático de Direito, impossível admitir que funcionário, ao arrepio da legislação federal (Lei Lehmann), possa revogar, pela porta dos fundos e casuisticamente, conforme a cara do freguês, as convenções particulares firmadas nos registros imobiliários. 14. A regra da maior restrição (ou, para usar a expressão da Lei Lehmann, restrições “supletivas da legislação pertinente”) é de amplo conhecimento do mercado imobiliário, já que, sobretudo no Estado de São Paulo, foi reiteradamente prestigiada em inúmeros precedentes da Corregedoria-Geral de Justiça, em processos administrativos relativos a Cartórios de Imóveis, além de julgados proferidos na jurisdição contenciosa. 15. Irrelevante que as restrições convencionais não constem do contrato de compra e venda firmado entre a incorporadora construtora e o proprietário atual do terreno. No campo imobiliário, para quem quer saber o que precisa saber, ou confirmar o que é de conhecimento público, basta examinar a matrícula do imóvel para aferir as restrições que sobre ele incidem, cautela básica até para que o adquirente verifique a cadeia dominial, assegure-se da validade da alienação e possa, futuramente, alegar sua boa-fé. Ao contrato de compra e venda não se confere a força de eliminar do mundo jurídico as regras convencionais fixadas no momento do loteamento e constantes da matrícula do imóvel ou dos termos do licenciamento urbanístico-ambiental. Aqui, como de resto em todo o Direito, a ninguém é dado transferir o que não tem ou algo de que não dispõe: *nemo dat quod non habet*. 16. Aberrações fáticas ou jurídicas, em qualquer campo da vida em sociedade, de tão notórias e auto-evidentes falam por si mesmas e independem de prova, especializada ou não (Código de Processo Civil, art. 334, I), tanto mais quando o especialista empresário, com o apoio do Administrador desidioso e, infelizmente, por vezes corrupto, alega ignorância daquilo que é do conhecimento de todos, mesmo dos cidadãos comuns. 17. Condenará a ordem jurídica à desmoralização e ao descrédito o juiz que legitimar o rompimento odioso e desarrazoado do princípio da isonomia, ao admitir que restrições urbanístico-ambientais, legais ou convencionais, valham para todos, à exceção de uns poucos privilegiados ou mais espertos. O descompasso entre o comportamento de milhares de pessoas cumpridoras de seus deveres e responsabilidades sociais e a astúcia especulativa de alguns basta para afastar qualquer pretensão de boa-fé objetiva ou de ação inocente”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 302.906/SP (2001/0014094-7)**.

²⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 302.906/SP (2001/0014094-7)**.

houve a expressa menção ao Princípio da Vedação de Retrocesso. O julgado conta com 151 páginas, de maneira que, a fim de evitar tautologia, seguem adiante apenas os excertos quanto a esse aspecto e aqueles necessários à sua contextualização.

O Ministro inicia a análise discutindo a possibilidade de harmonização constitucional do caso difícil sob o aspecto da garantia do ato jurídico perfeito:

[...] Evidentemente, não é qualquer restrição convencional que pode ser inserida nos “compromissos de compra e venda” e nas “cessões ou promessas de cessão”. Essas cláusulas devem estar, para usar a apropriada expressão da Ministra Eliana Calmon, em harmonia com “as normas de postura municipal”. Tal compatibilização é feita, fundamentalmente, no momento de aprovação do loteamento, licenciamento desse que, uma vez incorporadas as restrições convencionais, convoca a garantia do ato jurídico perfeito e as protege contra o risco da retroatividade da lei posterior, naquilo em que forem mais rigorosas que as exigências do legislador posterior, nos termos do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil. O processo de harmonização, parece-me, convida a um sentido mais amplo, pois deve levar em conta não só as “normas de postura municipal”, como ainda, por óbvio, as outras esferas legislativas incidentes na espécie e, mais importante, o arcabouço dos valores e princípios abrigados na Constituição de 1988 e nas Constituições Estaduais.²⁹³

Adiante, passa à identificação e, na sequência, ao sopesamento dos princípios constitucionais em conflito:

Como adverte Amartya Sen, o prêmio Nobel de Economia de 1998, “existem muitas situações”, inclusive no ambiente urbano, “em que os interesses comuns de um grupo de pessoas são muito mais bem servidos quando cada um segue regras de comportamento que restringem o indivíduo de tentar lucrar às custas da piora das coisas para os demais”. E acrescenta que, nessas situações, “existem duas vias principais de viabilização de benefícios mútuos por meio de cooperação, ou seja, a celebração de contratos passíveis de execução e normas sociais que possam funcionar voluntariamente nessa direção” (The Idea of Justice, Cambridge, Harvard University Press, 2009, pp. 202-203, grifei). É, numa palavra, a hipótese dos autos, em que os sujeitos originais do negócio jurídico e seus sucessores buscaram, pela ferramenta do contrato e do consensualismo, a realização de benefícios mútuos por meio de cooperação, benefícios esses que, com o passar dos anos, deixaram de favorecer exclusivamente os moradores do bairro (e só isso bastaria para caracterizá-los como coletivos) para aproveitar à cidade na sua totalidade – um interesse difuso por excelência. E, na contramão da cooperação e auto-regulamentação privada estimulada pela lei, a empresa construtora pretende o lucro individual em detrimento do prejuízo, em termos de qualidade de vida e paisagem, dos demais! [...] Questão distinta é saber de forma diversa: ao Poder Público é lícito ampliar ou reduzir o padrão de standards urbanístico-ambientais instituídos convencionalmente pelos particulares? Sem dúvida, sempre lhe caberá – tão-só com a justificativa do comando constitucional que dele se exige, quanto ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, “defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225, caput) –

²⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 302.906/SP (2001/0014094-7)**.

dilatar as exigências e controles previstos nos atos constitutivos do loteamento. [...]. Vigora, assim, para o legislador, um amplo *ius variandi* que lhe confere o poder de afastar, para torná-las mais rigorosas, restrições convencionais, sempre que conflitem com o interesse público.²⁹⁴

Prosseguindo em detida análise, o Ministro dedica um item inteiro do voto à análise do *ius variandi* para afrouxamento das restrições convencionais em face do Princípio da Proibição de Retrocesso Urbanístico-Ambiental:

Vale dizer, o legislador pode, sim, abrandar as exigências urbanístico-ambientais convencionais. No entanto, ao contrário do amplo poder de intervenção que lhe confere a ordem constitucional e legal vigente para aumentar seu rigor, ao reduzi-lo só poderá fazê-lo em circunstâncias excepcionais e de maneira cabalmente motivada. Essa regra geral, aplicável ao Direito Urbanístico (em sintonia com igual fenômeno no Direito Ambiental), é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades e submete-se ao *princípio da não-regressão* (ou, por outra terminologia, *princípio da proibição de retrocesso*), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão destruídos ou negados pela geração atual. [...]. Logo, se o Poder Público pretende dar marcha a ré nos mecanismos de proteção urbanística e ambiental abraçados pelos pactos convencionais, dele se espera demonstração cabal – e motivada – das razões que o levam a agir como tal.²⁹⁵

O Ministro também faz ressalvas, exemplificando hipóteses em que é cabível a intervenção legislativa ou judicial nas convenções urbanístico-ambientais:

Claro, conforme alertamos, sempre se excepciona, nem poderia ser diferente, a possibilidade de intervenção legislativa ou judicial nos casos de abuso (racismo disfarçado, p. ex.) ou de alteração radical e irreversível das circunstâncias (limitação de residência unifamiliar em área inteiramente comercial) que transmudam restrições válidas no passado em ônus inócuos ou desarrazoados (Rutherford H. Platt, Ob. cit., p. 301). De toda sorte, essas alterações legislativas devem ser expressas, e não simplesmente implícitas, sem falar que se submetem rigorosamente ao princípio da não-regressão. A solução da lei municipal de São Paulo, assim vista, nada tem de heterodoxa ou incomum.²⁹⁶

Sucessivamente, afasta o suposto efeito de imutabilidade e engessamento muitas vezes atribuído à aplicação do Princípio da Proibição de Retrocesso e pontua acerca da existência de violação do princípio da impessoalidade no caso concreto:

Ora, não se trata de imutabilidade, mas sim de perenidade, o que, acima observamos, é exatamente uma das qualidades das restrições convencionais. Como é curial, caso o Município entenda que determinados

²⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 302.906/SP (2001/0014094-7)**.

²⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 302.906/SP (2001/0014094-7)**.

²⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 302.906/SP (2001/0014094-7)**.

controles negociais ofendem o interesse coletivo e a função social da propriedade ou configuram abuso de direito, pode valer-se de diversos instrumentos para corrigir a distorção: desapropriação, parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo etc. (art. 182, § 4º, da CF). Cabe-lhe ainda buscar judicialmente a retificação do registro imobiliário para exclusão da restrição convencional que entender inválida. Nada disso foi feito. Além do mais, é bom ressaltar, compete ao Município, a qualquer momento, discutir e aprovar lei de uso e ocupação do solo que afaste, total ou parcialmente, a regra da maior restrição, não se perdendo de vista as condicionantes derivadas do princípio da não-regressão (ou da proibição de retrocesso), acima referido, nem o ato jurídico perfeito. O que, em definitivo, não pode é fazê-lo individualmente, caso a caso, por critérios *ad hoc*, conforme a cara do freguês ou a oportunidade (pressão) política que se apresente. Isso, sim, é insegurança jurídica, um atentado ao postulado da igualdade e uma perigosa abertura para que se instale um balcão de negócio contra os interesses da coletividade. [...]. Dita e edita, realmente, as regras restritivas que, como o próprio legislador municipal de São Paulo se encarregou de esclarecer, apresentam-se como piso ao direito de construir, complementado este pelas restrições convencionais. Tudo sem prejuízo de, a qualquer momento, diante de inequívoca e excepcional motivação de interesse público, enveredar, e se afastar, por caminho diverso daquele dos ônus negociais, sempre sob o freio jurídico do princípio da não-regressão e do princípio do ato jurídico perfeito.²⁹⁷

O voto é inspirador e vale a leitura na sua integralidade. Porém, pela necessidade de restringir a análise apenas ao tema a que se vincula a presente dissertação, esses são os trechos mais significativos cuja transcrição reputou-se necessária.

Aqui o padrão se repete: o reconhecimento da violação do Princípio da Proibição de Retrocesso atrela-se à ofensa aos postulados do ato jurídico perfeito, das cláusulas urbanístico-ambientais convencionais e de licenciamento do empreendimento, bem como do rompimento dos princípios da isonomia e da impessoalidade no caso concreto.

Uma das principais considerações doutrinárias sofridas quanto ao julgado e, especificamente, ao voto do relator, Exmo. Sr. Ministro Herman Benjamin, encontra-se no fato de que o Princípio de Vedação de Retrocesso não foi objeto de pedido das partes ou mesmo análise por nenhum dos demais magistrados que fizeram parte do julgamento, surgindo apenas no voto do relator, que procedeu então à inclusão do tema no acórdão.

Nesse tocante, Dantas sustenta que “a invocação ao princípio da proibição do retrocesso ecológico, no caso em análise, era não apenas desnecessária como absolutamente incabível”, levantando a hipótese, inclusive, de

²⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 302.906/SP (2001/0014094-7)**.

juízo *extra petita* e argumentando que, assim sendo, esse caso em específico não indica que o Superior Tribunal de Justiça tenha passado a adotar o princípio em tela.²⁹⁸

3.2.2.2 Código Florestal (ADI n. 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937)

Trata-se de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (n. 42) e 4 (quatro) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's), processadas sob a forma eletrônica e autuadas sob os números 4.901/DF, 4.902/DF, 4.903/DF e 4.937/DF, todas elas contra diversos dispositivos da Lei n. 12.651/12, que alteraram o marco regulatório da proteção da flora e da vegetação nativa no Brasil, sob a égide da instituição do denominado “Novo Código Florestal”.

A Procuradoria-Geral da República (PGR) propôs as 3 (três) primeiras ações (ADI's 4.901/DF; 4.902/DF e 4.903/DF) em 2013. A última ADI (4.937/DF), por sua vez, foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), também em 2013. Em resumo, tais ações questionavam variados aspectos do novel arcabouço legal da Lei n. 12.651/2012, com redação conferida pela Lei n. 12.727/2012. Em Plenário, na data de 28 de fevereiro de 2018, o Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente a ação, para reconhecer como constitucional a imensa maioria dos artigos questionados²⁹⁹, dar interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, VIII e

²⁹⁸ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de Conflitos: O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 291.

²⁹⁹ Declaração de constitucionalidade do art. 3º, XIX, do novo Código Florestal; Declaração de constitucionalidade do art. 4º, III e §§ 1º e 4º, do novo Código Florestal; Declaração de constitucionalidade do art. 4º, §5º, do novo Código Florestal; Declaração de constitucionalidade do art. 4º, § 6º, do novo Código Florestal; Declaração de constitucionalidade dos artigos 5º, *caput* e §§ 1º e 2º, e 62, do novo Código Florestal; Declaração de constitucionalidade do art. 7º, § 3º, e do art. 17, *caput* e § 3º, da Lei n. 12.651/2012 (*vencido o Relator*); Declaração de constitucionalidade do artigo 8º, § 2º, do novo Código Florestal; Declaração de constitucionalidade do artigo 11 do novo Código Florestal; Declaração de constitucionalidade do artigo 12, §§ 4º e 5º, do novo Código Florestal; Declaração de constitucionalidade do artigo 12, §§ 6º, 7º e 8º, do novo Código Florestal; Declaração de constitucionalidade do artigo 68 do Código Florestal; Declaração de constitucionalidade do artigo 13, § 1º, do novo Código Florestal; Declaração de constitucionalidade do artigo 15 do Código Florestal; Declaração de constitucionalidade do artigo 28 do novo Código Florestal; Declaração de constitucionalidade dos artigos 44, e 66, §§ 5º e 6º, do novo Código Florestal; Declaração de constitucionalidade do artigo 66, § 3º, do Código Florestal; Declaração de constitucionalidade dos artigos 61-A, 61-B, 61-C, 63 e 67 do Código Florestal; Declaração de constitucionalidade do artigo 78-A do Código Florestal; Declaração de constitucionalidade do artigo 60 da Lei n. 12.651/2012 (*vencido o relator*). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4901. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 28 fev. 2018. **Diário da Justiça**, Brasília, 2018.

IX, art. 4º, inciso IV, art. 48, § 2º, art. 59, §§ 4º e 5º, e declarar a inconstitucionalidade das expressões “*demarcadas*” e “*tituladas*”, do art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 12.651/2012, bem como declarar a inconstitucionalidade das expressões “*gestão de resíduos*” e “*instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais*”, do artigo 3º, VIII, *b*, todos do Código Florestal (Lei n. 12.651/2012).

A ementa de julgamento resumiu o raciocínio utilizado na decisão e destacou as premissas usadas para a formulação do entendimento sobre a controvérsia constitucional:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO AMBIENTAL. ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO. DEVER DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO COM OUTROS VETORES CONSTITUCIONAIS DE IGUAL HIERARQUIA. ARTIGOS 1º, IV; 3º, II E III; 5º, *CAPUT* E XXII; 170, *CAPUT* E INCISOS II, V, VII E VIII, DA CRFB. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. JUSTIÇA INTERGERACIONAL. ALOCAÇÃO DE RECURSOS PARA ATENDER AS NECESSIDADES DA GERAÇÃO ATUAL. ESCOLHA POLÍTICA. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. IMPOSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. EXAME DE RACIONALIDADE ESTREITA. RESPEITO AOS CRITÉRIOS DE ANÁLISE DECISÓRIA EMPREGADOS PELO FORMADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS. INVIABILIDADE DE ALEGAÇÃO DE “VEDAÇÃO AO RETROCESSO”. NOVO CÓDIGO FLORESTAL. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES.

1. O meio ambiente é tutelado constitucionalmente pela regra matriz do artigo 225, *caput*, da Constituição, que dispõe 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*”.

2. O meio ambiente assume função dúplice no microsistema jurídico, na medida em que se consubstancia simultaneamente em *direito* e em *dever* dos cidadãos, os quais paralelamente se posicionam, também de forma simultânea, como *credores* e como *devedores* da obrigação de proteção respectiva.

3. O homem é parte indissociável do meio ambiente, uma vez que, por intermédio das interações genéticas biologicamente evolutivas que se sucederam nos últimos milhares de anos, o meio ambiente produziu a espécie humana, cuja vida depende dos recursos nele contidos. Nesse ponto, nem os mais significativos avanços tecnológicos permitirão ao homem, em algum momento futuro, dissociar-se do meio ambiente, na medida em que a atividade humana inventiva e transformadora depende da matéria nele contida, sob todas as suas formas, para se concretizar.

4. A capacidade dos indivíduos de desestabilizar o equilíbrio do conjunto de recursos naturais que lhes fornece a própria existência tem gerado legítimas preocupações, que se intensificaram no último século. Afinal, recursos naturais têm sido extintos; danos irreversíveis ou extremamente agressivos à natureza tornaram-se mais frequentes; disfunções climáticas são uma realidade científica; diversas formas de poluição se alastram pelos grandes

centros, entre outras evidências empíricas do que se cognomina crise ambiental. Nesse ínterim, o foco no crescimento econômico sem a devida preocupação ecológica consiste em ameaça presente e futura para o progresso sustentável das nações e até mesmo para a sobrevivência da espécie humana. O homem apenas progride como ser biológico e como coletividade quando se percebe como produto – e não como proprietário – do meio ambiente.

5. A Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, editada por ocasião da Conferência de Estocolmo, em 1972, consistiu na primeira norma a reconhecer o *direito humano ao meio ambiente de qualidade*.

6. Por sua vez, a Conferência Eco-92, no Rio de Janeiro, introduziu o princípio do *desenvolvimento sustentável*, consubstanciado na necessária composição entre o crescimento socioeconômico e o uso adequado e razoável dos recursos naturais. Essa nova perspectiva demandou aos Estados a construção de políticas públicas mais elaboradas, atentas à gestão eficiente das matérias primas, ao diagnóstico e ao controle das externalidades ambientais, bem como ao cálculo de níveis ótimos de poluição. Todos esses instrumentos atendem a perspectiva intergeracional, na medida em que o *desenvolvimento sustentável* estabelece uma ponte entre os impactos provocados pelas gerações presentes e o modo como os recursos naturais estarão disponíveis para as gerações futuras.

7. A recente Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Natural (Rio+20), em 2012, agregou ao debate a ideia de *governança ambiental global*.

8. Paralelamente a esses marcos, são incontáveis os documentos internacionais – bilaterais e multilaterais – que tem disciplinado questões específicas do meio ambiente. Exemplificadamente, cito a Convenção para Prevenção da Poluição Marinha por Fontes Terrestres (1974), a Convenção para Proteção dos Trabalhadores contra Problemas Ambientais (1977), a Convenção sobre Poluição Transfronteiriça (1979), o Protocolo sobre Áreas Protegidas e Fauna e Flora (1985), a Convenção sobre Avaliação de Impacto Ambiental em Contextos Transfronteiriços (1991), a Convenção da Biodiversidade (1992), o Protocolo de Quioto (1997), dentre outros.

9. Essa movimentação política de âmbito global tem despertado os Estados nacionais e a coletividade para a urgência e a importância da causa ambiental. Comparativamente, 150 constituições atualmente em vigor tratam da proteção ao meio ambiente em seus textos. No Brasil, não obstante constituições anteriores tenham disciplinado aspectos específicos relativos a alguns recursos naturais (água, minérios etc), a Carta de 1988 consistiu em marco que elevou a proteção integral e sistematizada do meio ambiente ao *status* de valor central da nação. Não à toa, a comunidade internacional a apelidou de *Constituição Verde*, considerando-a a mais avançada do mundo nesse tema.

10. O caráter transnacional e transfronteiriço das causas e dos efeitos da crise ambiental demanda dos Estados, dos organismos internacionais e das instituições não governamentais, progressivamente, uma atuação mais articulada para transformar a preservação da natureza em instrumento de combate à pobreza e às desigualdades.

11. Por outro lado, as políticas públicas ambientais devem conciliar-se com outros valores democraticamente eleitos pelos legisladores como o mercado de trabalho, o desenvolvimento social, o atendimento às necessidades básicas de consumo dos cidadãos etc. Dessa forma, não é adequado desqualificar determinada regra legal como contrária ao comando constitucional de defesa do meio ambiente (art. 225, *caput*, CRFB), ou mesmo sob o genérico e subjetivo rótulo de “retrocesso ambiental”, ignorando as diversas nuances que permeiam o processo decisório do

legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interesses conflitantes por meio de regras gerais e objetivas.

12. Deveras, não se deve desprezar que a mesma Constituição protetora dos recursos ambientais do país também exorta o Estado brasileiro a garantir a livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170) e o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), a erradicar a pobreza e a marginalização, a reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III; art. 170, VII), a proteger a propriedade (art. 5º, *caput* e XXII; art. 170, II), a buscar o pleno emprego (art. 170, VIII; art. 6º) e a defender o consumidor (art. 5º, XXXII; art. 170, V) *etc.*

13. O desenho institucional das políticas públicas ambientais suscita o duelo valorativo entre a tutela ambiental e a tutela do desenvolvimento, tendo como centro de gravidade o bem comum da pessoa humana no cenário de escassez. É dizer, o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente não são políticas intrinsecamente antagônicas.

14. A análise de compatibilidade entre natureza e obra humana é ínsita à ideia de “desenvolvimento sustentável”, expressão popularizada pelo relatório Brundtland, elaborado em 1987 pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. A mesma organização eficiente dos recursos disponíveis que conduz ao progresso econômico, por meio da aplicação do capital acumulado no modo mais produtivo possível, é também aquela capaz de garantir o racional manejo das riquezas ambientais em face do crescimento populacional. Por conseguinte, a proteção ao meio ambiente, no contexto de um desenvolvimento sustentável, não equivale a uma visão estática dos bens naturais, que pugna pela proibição de toda e qualquer mudança ou interferência em processos ecológicos ou correlatos. A história humana e natural é feita de mudanças e adaptações, não de condições estáticas ou de equilíbrio.

15. A preservação dos recursos naturais para as gerações futuras não pode significar a ausência completa de impacto do homem na natureza, consideradas as carências materiais da geração atual e também a necessidade de gerar desenvolvimento econômico suficiente para assegurar uma travessia confortável para os nossos descendentes.

16. Meio ambiente e Desenvolvimento Econômico encerram conflito aparente normativo entre diversas nuances, em especial a justiça intergeracional, demandando escolhas trágicas a serem realizadas pelas instâncias democráticas, e não pela convicção de juízes, por mais bem-intencionados que sejam. (REVESZ, Richard L.; STAVINS, Robert N. “Environmental Law”. In: *Handbook of Law and Economics*. A. Mitchell Polinsky; Steven Shavell (ed.). V. 1. Boston: Elsevier, 2007. p. 507)

17. A Jurisdição Constitucional encontra óbice nos limites da capacidade institucional dos seus juízes, notadamente no âmbito das políticas públicas, cabendo ao Judiciário a análise racional do escrutínio do legislador, consoante se colhe do julgado da Suprema Corte Americana *FCC v. Beach Communications, Inc.* 508 U.S. 307 (1993), em que se consignou que “a escolha do legislador não está sujeita ao escrutínio empírico dos Tribunais e pode se basear em especulações racionais não embasadas em provas ou dados empíricos” (“*Legislative choice is not subject to courtroom factfinding and may be based on rational speculation unsupported by evidence or empirical data*”).

18. A capacidade institucional, ausente em um cenário de incerteza, impõe auto-contenção do Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos demais órgãos do Estado por suas próprias escolhas (VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 130, 134-135)

19. O Princípio da vedação do retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático no afã de transferir ao Judiciário funções inerentes aos

Poderes Legislativo e Executivo, nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo.

20. A propósito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra deferência judicial ao planejamento estruturado pelos demais Poderes no que tange às políticas públicas ambientais. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 586.224/SP (Rel. MINISTRO LUIZ FUX, julgamento em 05/03/2016), apreciou-se o conflito entre lei municipal proibitiva da técnica de queima da palha da cana-de-açúcar e a lei estadual definidora de uma superação progressiva e escalonada da referida técnica. Decidiu a Corte que a lei do ente menor, apesar de conferir aparentemente atendimento mais intenso e imediato ao interesse ecológico de proibir queimadas, deveria ceder ante a norma que estipulou um cronograma para adaptação do cultivo da cana-de-açúcar a métodos sem a utilização do fogo. Dentre os fundamentos utilizados, destacou-se a necessidade de acomodar, na formulação da política pública, outros interesses igualmente legítimos, como os efeitos sobre o mercado de trabalho e a impossibilidade do manejo de máquinas diante da existência de áreas cultiváveis acidentadas. Afastou-se, assim, a tese de que a norma mais favorável ao meio ambiente deve sempre prevalecer (*in dubio pro natura*), reconhecendo-se a possibilidade de o regulador distribuir os recursos escassos com vistas à satisfação de outros interesses legítimos, mesmo que não promova os interesses ambientais no máximo patamar possível. Idêntica lição deve ser transportada para o presente julgamento, a fim de que seja refutada a aplicação automática da tese de “vedação ao retrocesso” para anular opções validamente eleitas pelo legislador.

21. O Código Florestal ostenta legitimidade institucional e democrática, sendo certo que a audiência pública realizada nas presentes ações apurou que as discussões para a aprovação da Lei questionada se estenderam por mais de dez anos no Congresso Nacional. Destarte, no âmbito do Parlamento, mais de 70 (setenta) audiências públicas foram promovidas com o intuito de qualificar o debate social em torno das principais modificações relativas ao marco regulatório da proteção da flora e da vegetação nativa no Brasil. Consectariamente, além da discricionariedade epistêmica e hermenêutica garantida ao Legislativo pela Constituição, também militam pela autocontenção do Judiciário no caso em tela a transparência e a extensão do processo legislativo desenvolvido, que conferem legitimidade adicional ao produto da atividade do Congresso Nacional.

Em posicionamento semelhante ao adotado pelo Ministro, Dantas sustenta que “um dos requisitos para a incidência do princípio da proibição de retrocesso é justamente a circunstância de que tenha havido somente a revogação da norma, sem a adoção de uma política correspondente que venha a substituir aquela”, e argumenta que o legislador tem a liberdade de fazer as escolhas que entende mais convenientes para o momento histórico em que se encontra inserido e em conformidade com a realidade brasileira dos dias de hoje, sem que isso represente ofensa ao Princípio da Vedação de Retrocesso. Assim, tendo a

legislação novel substituído a integralidade daquela revogada, ficaria afastada a aplicação do Princípio da Vedação de Retrocesso.³⁰⁰

O mesmo autor prossegue explicando que eventual aplicação do Princípio da Vedação do Retrocesso nessa hipótese “representa uma postura autoritária daqueles que não admitem que há outros direitos fundamentais igualmente dignos de tutela e que o legislador levou em conta esta realidade ao editar a nova norma”³⁰¹.

Nesse tocante, Dantas sustenta que a legislação novel resultou de efetiva ponderação na esfera legislativa acerca dos Direitos Fundamentais colidentes, quais sejam, o Meio Ambiente ecologicamente equilibrado e o desenvolvimento econômico e social. O mesmo autor prossegue citando o capítulo das disposições gerais do novo código como exemplo dessa ampla discussão acerca da tentativa de harmonização entre os direitos colidentes e que, quando isso não foi possível, em diversos dispositivos da lei alguns direitos de fato prevaleceram sobre outros, salientando que não é viável substituir a vontade do legislador mediante a justificativa simplista de que tais escolhas não foram adequadas com base em um modelo que privilegia aprioristicamente apenas um dos Direitos Fundamentais em jogo.³⁰²

Aqui percebe-se que não foi reconhecido vácuo legislativo hábil a dar margem à aplicação do Princípio da Proibição de Retrocesso e que o processo legiferante que resultou na legislação novel foi caracterizado como íntegro e capaz de sustentar sua própria legitimidade.

3.2.2.3 Revogação do período de defeso (ADI 5.447/DF)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.447/DF foi proposta contra o Congresso Nacional pela Presidência da República, afirmando que foi emitida a Portaria Interministerial 192, de 5 de outubro de 2015, que suspendia o período de

³⁰⁰ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de Conflitos:** O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. p. 274.

³⁰¹ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de Conflitos:** O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. p. 275.

³⁰² DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de Conflitos:** O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. p. 277.

defeso da pesca, permitindo a atividade pesqueira em período ou local que antes era vedado, e que teve os seus efeitos sustados pelo Decreto Legislativo n. 293, de 10 de dezembro de 2015.

Em análise preliminar, o Ministro Ricardo Lewandowski deferiu o pedido liminar para suspender os efeitos do Decreto Legislativo n. 293, de 10 de dezembro de 2015, privilegiando o direito ao livre exercício de atividade laboral.

Posteriormente, com a juntada de nova documentação ao feito, o Relator, Exmo. Ministro Roberto Barroso, revisitou a matéria e proferiu nova decisão, revogando a liminar outrora concedida, nos seguintes termos:

DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SUSPENSÃO DO PERÍODO DE DEFESO DA PESCA POR ATO DO EXECUTIVO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. AMEAÇA À FAUNA BRASILEIRA, À SEGURANÇA ALIMENTAR E À PESCA ARTESANAL. NOVA DOCUMENTAÇÃO ACOSTADA. REVOGAÇÃO DA LIMINAR.

1. Ação que tem por objeto a inconstitucionalidade do Decreto Legislativo nº 293/2015, que sustou os efeitos da Portaria Interministerial nº 192/2015, ao argumento de que o Executivo, ao editá-la, teria exorbitado de seu poder regulamentar. 2. Portaria que, com a justificativa de definir os períodos de defeso (proibição temporária à atividade pesqueira para preservação de espécies) nela especificados, suspendeu tais períodos por 120 dias, prorrogáveis por mais 120 dias.

3. Não apresentação de dados objetivos ou de estudos técnicos ambientais que comprovem a desnecessidade do defeso. Inobservância do princípio ambiental da precaução. Risco ao meio ambiente equilibrado, à fauna brasileira, à segurança alimentar da população e à preservação de grupos vulneráveis, que se dedicam à pesca artesanal.

4. Não apresentação de indícios objetivos mínimos que indiquem a verossimilhança da ocorrência de fraude em proporção tal que justifique a medida extrema.

5. Evidências de que o poder regulamentar foi exercido com desvio de finalidade, para fins estritamente fiscais de economizar custos com o pagamento de seguro defeso aos pecadores e em detrimento do meio ambiente.

6. Revogação da liminar que suspendeu os efeitos do Decreto Legislativo nº 293/2015. Restabelecimento de todos os períodos de defeso suspensos pela Portaria Interministerial nº 192/2015. Vedação à pesca, nos termos dos atos normativos indicados nesta portaria. Sustação dos efeitos ou vedação de eventual (is) ato(s) de prorrogação da referida portaria.³⁰³

No corpo do acórdão, o Ministro elaborou acerca do desvio de poder, sustentando a existência de indícios de que o Poder Executivo utilizou o poder discricionário de que dispunha com o objetivo de atingir fim diverso daquele fixado legalmente:

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5447. Relator: Roberto Barroso. Brasília, 2016. **Diário da Justiça**, Brasília, 7 jan. 2016.

20. Note-se que a inexistência de ameaça imediata de extinção não afasta a necessidade de preservar o período de reprodução. Não se pode esperar que as espécies entrem em extinção para então protegê-las. É intuitivo que a pesca durante o período da reprodução dos peixes pode comprometer e muito suas populações.

21. O referido documento dá conta, igualmente, de que, originalmente, a Secretaria do Tesouro Nacional propôs a suspensão de TODOS os defesos existentes na legislação – e não é de se presumir que a proteção de todas as espécies se tornou subitamente desnecessária, coincidentemente, de forma concomitante à crise econômica. Esse fato reforça a impressão de que argumentos de índole fiscal tiveram grande influência sobre a decisão de suspender o defeso.

Na sequência, sustentou a violação do princípio constitucional da precaução, fundamentando doutrinariamente o argumento com o Princípio da Proibição de Retrocesso:

27. Nota-se, assim, que a suspensão dos períodos de defeso teve por base a mera suspeita ou possibilidade de que, em alguns de tais casos, a suspensão da pesca não fosse mais necessária. Na dúvida, suspendeu-se desde logo a proteção, sem qualquer aferição segura quanto à sua efetiva desnecessidade ou quanto às consequências sobre o volume de peixes das localidades e sobre a segurança alimentar da população.

28. Ora, de acordo com o princípio constitucional da precaução, norma elementar e comezinha regedora de todo o direito ambiental, na dúvida quanto ao risco de dano, deve o Poder Público atuar de forma a proteger o meio ambiente – e não liberar atividade potencialmente danosa. Portanto, diante de dados insuficientes e de incertezas quanto à adequação do período de defeso, a autoridade pública está obrigada a mantê-lo, até que estudo técnico venha a comprovar, de forma objetiva, a desnecessidade da suspensão da pesca no período de reprodução. [...]. Nota-se, portanto, que, ao contrário do que é alegado na inicial, na dúvida, está o Poder Público obrigado a proteger o meio ambiente e, portanto, a manter o período de defeso. Enquanto não reunir os dados necessários ou concluir os estudos aptos a comprovar a possibilidade de supressão dos períodos de defeso, estes têm de ser mantidos.

29. Foi justamente inspirada pelo princípio da precaução que a Carta de 1988 impôs ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225); que determinou a definição, em todas as unidades da Federação, de espaços territoriais e dos seus componentes a serem especialmente protegidos, que vedou a alteração ou a supressão da proteção, salvo por meio de lei, que proibiu qualquer utilização que pudesse comprometer a integridade dos atributos que justificaram tal proteção (CF, art. 225, § 1º, III). Sob a mesma inspiração, a Constituição atribuiu ao Poder Público o dever de proteger a fauna e a flora e proibiu as práticas que coloquem em risco sua função ecológica ou que provoquem a extinção de espécies (CF, art. 225, § 1º, VII).

30. Não há voz dissonante na jurisprudência do STF (v. ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia) ou na doutrina acerca da aplicabilidade do princípio constitucional da precaução a toda e qualquer decisão que produza reflexos sobre o meio ambiente. Veja-se: [...] “Assumindo como correta a tese de que a proibição de retrocesso não pode impedir qualquer tipo de restrição a direitos socioambientais, parte-se daqui da mesma diretriz que, de há muito, tem sido adotada no plano da doutrina especializada, notadamente a noção

de que sobre qualquer medida que venha a provocar alguma diminuição nos níveis de proteção (efetividade) dos direitos socioambientais recai a suspeição de sua ilegitimidade jurídico-constitucional, portanto, na gramática do Estado Constitucional, de sua inconstitucionalidade, acionando assim um dever de submeter tais medidas a um rigoroso controle de constitucionalidade (...). ” (SARLET, I.; FENSTERSEIFER, T. Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do meio ambiente. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 321, grifou-se).³⁰⁴

Embora a matéria tenha sido analisada ainda apenas liminarmente, verifica-se que o caso trata de hipótese na qual a integralidade da norma ambiental protetiva foi eliminada, aliada à possibilidade de desvio de finalidade no exercício do poder regulamentar, de maneira que com certeza o julgamento final trará posicionamento relevante do Supremo Tribunal Federal para a matéria tratada na presente dissertação.

Percebe-se, assim, que é grande a diversidade de entendimentos quanto ao tema e que a amplitude da aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso em matéria ambiental é ponto controverso na jurisprudência brasileira, prevalecendo majoritariamente o entendimento segundo o qual o Princípio da Vedação do Retrocesso, isoladamente, não pode obstar o dinamismo da atividade do Estado de criar leis e estabelecer normas, sob pena inclusive de ofender o princípio da separação dos poderes.

3.2.3 Jurisprudência dos Estados Unidos – breve panorama legislativo e administrativo

O atual complexo arcabouço legal de proteção ambiental norte americano é resultado de um longo e muitas vezes conflituoso processo evolutivo, desenvolvido com mais ímpeto a partir da década de 1970, notadamente com a instituição da Lei de Política Ambiental Nacional (National Environmental Policy Act - NEPA) e as emendas à Lei do Ar Puro (Clean Air Act), à Lei da Água Limpa (Clean Water Act) e à Lei das Espécies Ameaçadas (Endangered Species Act), além da criação da Agência de Proteção Ambiental (Environmental Protection Agency – EPA).³⁰⁵

³⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5447. Relator: Roberto Barroso. Brasília, 2016. **Diário da Justiça**, Brasília, 7 jan. 2016.

³⁰⁵ FARBER, Daniel A.; FREEMAN, Jody; CARLSON, Ann E.. **Cases and materials on**

As emendas de 1970 e posteriores impuseram uma série de restrições às atividades poluidoras, visando identificar as práticas destrutivas ao Meio Ambiente e à saúde humana, forçar a indústria a desenvolver tecnologias capazes de reduzir substancialmente os níveis de poluição ou simplesmente eliminar os riscos à saúde e Meio Ambiente, inicialmente sem levar em conta a viabilidade econômica dessa empreitada.³⁰⁶

A legislação ambiental citada, em geral, é composta por normas programáticas que requerem legislação complementar que a torne efetiva, tem início postergado ou em estágios, possui definições vagas e confere ampla discricionariedade às agências reguladoras.³⁰⁷

Por sua vez, o conceito de Agência no direito norte americano é amplo, residual e incorpora basicamente a autoridade do Governo dos Estados Unidos, abrangendo todos os órgãos não militares que não fazem parte do Judiciário e Legislativo, conforme Título 5, Parte I, Capítulo 5, Subcapítulo II, Seção 551, do Procedimento Administrativo compilado no Código dos Estados Unidos (United States Code)³⁰⁸.

Nesse contexto, não obstante o Artigo I, Seção 1, da Constituição dos Estados Unidos preveja a indelegabilidade dos poderes legislativos³⁰⁹, o Congresso, autorizado pelos tribunais, tem delegado às agências administrativas, vinculadas ao Executivo, importantes decisões sobre políticas ambientais, sob a justificativa de que a delegação de poder baseada em diretivas gerais é essencial para o funcionamento do Congresso.³¹⁰ Nesse sentido:

Agências administrativas regulam o processo decisório individual e comercial ao exercer as atividades legislativas delegadas de regramento, investigação e poderes adjudicativos. Não obstante o princípio da separação de poderes imponha que as funções legislativas, executivas e judiciárias do governo não devam existir na mesma pessoa ou grupo de

environmental law. 8 ed. St. Paul: American Casebook Series, West Academic Publishing, 2010. p. 11-12.

³⁰⁶ FARBER, Daniel A.; FREEMAN, Jody; CARLSON, Ann E. **Cases and materials on environmental law.** p. 11-12.

³⁰⁷ BELL, Stuart. **Ball & Bell on Environmental Law:** The law and policy relating to the protection of the environment. 4 ed. London: Blackstone Press Limited, 1997. p. 25.

³⁰⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Code.** 2017.

³⁰⁹ "All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States". Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Code.**

³¹⁰ MCCUBBIN, Patricia Ross; WYETH, George B. The Nondelegation Doctrine. In: MAY, James R (org.). **Principles of Constitutional Environmental Law.** 1 ed. Chicago: American Bar Association, 2011.

peessoas, os tribunais têm decidido que combinar essas funções dentro de uma única agência não é conflitante com o princípio.³¹¹

Nessa toada, a Agência de Proteção Ambiental é encarregada de dar efetividade às leis ambientais, identificando agentes poluentes, estabelecendo e administrando a regulamentação de controle de poluição. Enquanto as leis estabelecem objetivos específicos de qualidade ambiental, a EPA é incumbida de trabalhar no sentido de alcançar esses objetivos dentro do estreito propósito especificado em cada lei.³¹²

Em alguns casos, a EPA pode delegar essa atividade administrativa ambiental ao Estado que segue os critérios federais quando da concessão de alvarás, em um sistema de delegação que pode ser chamado como federalismo cooperativo.³¹³

Da mesma forma, caso entenda que eventual concessão dispensada por um Estado não está de acordo com a lei ou com os seus objetivos, a EPA também tem autoridade para anular essa concessão.³¹⁴

Isso porque se parte do pressuposto de que as agências têm maior conhecimento técnico na área na qual atuam do que os legisladores, e, portanto, às agências também é delegado o poder de criar regras, que podem ser procedimentais ou substantivas, cuja edição normalmente é precedida de audiência pública ou legislativa, com a posterior codificação no Código de Regulamentos Federais (Code of Federal Regulations – CFR).³¹⁵

A seguir, serão brevemente analisados os limites do poder interventivo federal representados em dois grandes marcos jurídicos americanos, julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos – *Supreme Court of the United States* –, que tratam das consequências práticas dessa ambiciosa empreitada legal ambiental.

3.2.3.1 Limite revisional

³¹¹ SCHUBERT, Frank August. **Introducton to law and the legal system**. 11 ed. Stamford: Cengage Learning, 2015, p. 495.

³¹² FERREY, Steven. **Environmental Law: examples and explanations**. 3 ed. New York: Aspen Publishers, 2010. p. 6-7.

³¹³ FERREY, Steven. **Environmental Law: examples and explanations**. p. 10.

³¹⁴ WEINBERG, Philip; REILLY, Kevin A. **Understanding Environmental Law**. 2 ed. Lexis Nexis, 2007. p. 82.

³¹⁵ WEINBERG, Philip; REILLY, Kevin A. **Understanding Environmental Law**. p. 4.

Historicamente, a lei e os tribunais norte-americanos têm tradição de imenso respeito aos princípios federativo e da separação de poderes. Nesse sentido, um dos conceitos constitucionais mais básicos dos Estados Unidos é o de que o Governo Federal possui poderes limitados ou meramente delegados, conforme especifica a Décima Emenda à Constituição, e os Estados possuem poderes legislativos amplos e completos.³¹⁶

Não obstante, a Suprema Corte tem diminuído a amplitude da cláusula de reserva da décima emenda, afirmando que se uma lei federal estiver dentro dos poderes conferidos ao Congresso, então a décima emenda não deve impor obstáculo à sua efetivação.³¹⁷

Da mesma forma, a amplitude do controle de constitucionalidade é reduzida, e

quando uma corte encontra legislação que acredita ser inconstitucional, inicialmente tenta interpretar a lei de maneira estrita com o que é chamado de uma concepção limitante. Um ato do legislativo só é declarado inválido como último recurso se é claramente incompatível com a previsão constitucional.³¹⁸

No que toca à esfera administrativa, o tribunal revisor poderá manter, afastar, modificar a decisão da Agência, compelir a Agência a agir e até mesmo reduzir penalidade imposta.³¹⁹

Nesses casos, tratando especificamente da organização do Governo e seus servidores, o Código dos Estados Unidos (*American Procedure Act*), no Título 5 (parte I, Capítulo 7, Seção 706), estabeleceu regras claras e restritivas para o controle judicial da atividade administrativa e de agências federais em geral, impondo a forma de análise e as várias hipóteses nas quais a corte revisora deverá atuar:

³¹⁶ SCHUBERT, Frank August. **Introduction to law and the legal system**. 11 ed. Stamford: Cengage Learning, 2015. p. 99.

³¹⁷ WEDEKING, Jim. Environmental Federalism. In: MAY, James R (org.). **Principles of Constitutional Environmental Law**. 1 ed. Chicago: American Bar Association, 2011. p. 126.

³¹⁸ Tradução livre da autora do original: “When a court encounters legislation that it believes to be unconstitutional, it first tries to interpret the statute in a narrow way with what is called a limiting construction. An act of the legislature is declared invalid only as a last resort if it is clearly incompatible with a constitutional provision”. SCHUBERT, Frank August. **Introduction to law and the legal system**. p. 99.

³¹⁹ WEINBERG, Philip; REILLY, Kevin A. **Understanding Environmental Law**. p. 4.

TÍTULO 5 – ORGANIZAÇÃO DO GOVERNO E SEUS SERVIDORES –
PARTE I – DAS AGÊNCIAS EM GERAL – CAPÍTULO 7 – CONTROLE
JUDICIAL.

Seção 706. Extensão do controle

Na medida do necessário à decisão e quando apresentadas, a corte revisora deverá decidir todas as questões relevantes do direito, interpretar disposições constitucionais e legais, e determinar o sentido ou a aplicabilidade dos termos de ação de uma agência.

A corte revisora deverá:

- (1) compelir a agência a agir quando o ato for ilegalmente sobrestado ou indevidamente atrasado; e
- (2) considerar contrários ao direito e afastar os atos, descobertas e conclusões da agência reputados:
 - (A) arbitrários, capciosos, em abuso de poder discricionário, ou de alguma forma contrários ao direito;
 - (B) contrários a direito, poder, privilégio ou imunidade constitucionais;
 - (C) em excesso de jurisdição, autoridade, ou dos limites legais, ou carentes de fundamento legal;
 - (D) sem observância do procedimento exigido por lei;
 - (E) não suportados por evidências sólidas nos casos sujeitos às seções 556 e 557 deste título ou de outra forma revisados nos registros de audiência prevista em lei da agência, ou
 - (F) injustificados pelos fatos na medida em que os fatos estão sujeitos a julgamento de novo pela corte revisora.

Ao cumprir as determinações precedentes, a corte deve revisar todos os registros ou partes deles questionados por uma parte, e deverá ser levada em consideração a regra de erro prejudicial.³²⁰

Nesse tocante, os tribunais exercem o papel de assegurar que as ações da Agência permaneçam dentro da legalidade:

O propósito da revisão judicial é assegurar que as agências administrativas, como a EPA e a DOI, sigam os seus mandados estatutários, e não abusem da discricionariedade que lhes é conferida pelo politicamente responsável setor legislativo. Ao exercer esse papel, os tribunais devem, claro, interpretar os estatutos relevantes a fim de extrair a intenção legislativa. Assim, a interpretação estatutária, com toda a sua complexidade acessória, exerce um grande papel na lei ambiental, assim como na lei administrativa em geral. Isso concede aos tribunais poder considerável de afetar o comportamento da agência e definir resultados de políticas.³²¹

³²⁰ Tradução livre da autora do original: “§ 706. *Scope of review To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action. The reviewing court shall— (1) compel agency action unlawfully withheld or unreasonably delayed; and (2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be— (A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law; (B) contrary to constitutional right, power, privilege, or immunity; (C) in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right; (D) without observance of procedure required by law; (E) unsupported by substantial evidence in a case subject to sections 556 and 557 of this title or otherwise reviewed on the record of an agency hearing provided by statute; or (F) unwarranted by the facts to the extent that the facts are subject to trial de novo by the reviewing court. In making the foregoing determinations, the court shall review the whole record or those parts of it cited by a party, and due account shall be taken of the rule of prejudicial error* (Pub. L. 89–554, Sept. 6, 1966, 80 Stat. 393)”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Code.**

³²¹ FARBER, Daniel A.; FREEMAN, Jody; CARLSON, Ann E. **Cases and materials on**

Realizada essa breve delimitação de atuação judicial, passa-se à análise dos casos concretos.

3.2.3.2 Chevron U.S.A., Inc. contra Conselho de Defesa de Recursos Naturais (1984)

Em 1984, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu o caso Chevron, U.S.A., Inc. contra o Conselho de Defesa de Recursos Naturais (*Natural Resources Defense Council, Inc.*), que tratou dos parâmetros delimitadores do controle judicial do poder regulamentar das agências públicas federais, julgado que perpassou a esfera ambiental – por ter por objeto regulamento publicado pela Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos (*Environmental Protection Agency – EPA*) –, e se tornou um marco para o Direito Ambiental e Administrativo dos Estados Unidos.

Conforme resumo do caso³²², as emendas de 1977 da Lei do Ar Puro (*Clean Air Act*) impuseram requisitos aos Estados que não haviam alcançado o padrão de qualidade do ar estabelecidos pela Agência de Proteção Ambiental (*Environmental Protection Agency – EPA*) nos termos da legislação anterior, dentre os quais a obrigação de tais Estados estabelecerem um programa regulando fontes estacionárias novas ou modificadas de poluição do ar.

environmental law. p. 372-373.

³²² Tradução livre da autora do original: “*The Clean Air Act Amendments of 1977 impose certain requirements on States that have not achieved the national air quality standards established by the Environmental Protection Agency (EPA) pursuant to earlier legislation, including the requirement that such ‘nonattainment’ States establish a permit program regulating ‘new or modified major stationary sources’ of air pollution. Generally, a permit may not be issued for such sources unless stringent conditions are met. EPA regulations promulgated in 1981 to implement the permit requirement allow a State to adopt a plantwide definition of the term ‘stationary source’ under which an existing plant that contains several pollution emitting devices may install or modify one piece of equipment without meeting the permit conditions if the alteration will not increase the total emissions from the plant, thus allowing a State to treat all of the pollution-emitting devices within the same industrial grouping as though they were encased within a single ‘bubble’.* Respondents filed a petition for review in the Court of Appeals, which set aside the regulations embodying the ‘bubble concept’ as contrary to law. Although recognizing that the amended Clean Air Act does not explicitly define what Congress envisioned as a ‘stationary source’ to which the permit program should apply, and that the issue was not squarely addressed in the legislative history, the court concluded that, in view of the purpose of the nonattainment program to improve, rather than merely maintain, air quality, a plantwide definition was ‘inappropriate’ while stating it was mandatory in programs designed to maintain existing air quality”.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc. (No. 82-1005). Washington D.C., 25 de junho de 1984. **Legal Information Institute**, 1984.

Assim, em 1981, a EPA emitiu regulamentação permitindo que o termo “fonte estacionária” fosse entendido como a totalidade da unidade industrial. Dessa forma, a unidade industrial que contivesse diversos dispositivos emissores de poluição poderia instalar ou modificar algum equipamento que não alcançasse individualmente as condições de liberação se tal alteração não aumentasse a poluição emitida pela unidade industrial como um todo. Assim, essa regra permitiu que todos os equipamentos emissores de poluição do mesmo grupamento industrial fossem tratados como se estivessem englobados em uma única “bolha”.

Essa regulamentação ficou então conhecida como “conceito bolha”, e foi questionada no Tribunal de Apelação do Circuito do Distrito de Columbia, que afastou a regulamentação por considerá-la contrária à lei. Não obstante tenha reconhecido que as emendas da Lei do Ar Puro não definiram explicitamente o que o Congresso designou como uma “fonte estacionária”, e que o tema não havia sido tratado diretamente no processo legislativo, a corte concluiu que, tendo em vista que o propósito das restrições do programa eram melhorar, ao invés de meramente manter, a qualidade do ar, essa definição de fonte estacionária era inapropriada.

Dessa decisão houve recurso, que foi recebido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que reverteu o julgamento do Tribunal de Apelação, entendendo pela validade do regulamento da EPA, ou seja, que a expressão legislativa “fonte estacionária” poderia ser entendida como a unidade industrial como um todo.

Nas razões da decisão, a Suprema Corte estabeleceu o princípio segundo o qual os tribunais devem aceitar uma interpretação razoável das agências acerca de termos ambíguos de uma lei por ela gerida, que, desde então, ficou conhecido como princípio da deferência à interpretação da Administração³²³.

Em sua manifestação sobre o mérito, após longa análise sobre o histórico legislativo da matéria posta à discussão, o magistrado John Paul Stevens, relator do caso, em paralelo semelhante ao verificado na jurisprudência brasileira – que, como foi visto nos julgados nacionais no início do presente capítulo, segmenta a análise judicial para também ponderar o aspecto macrojurídico, ou seja, a necessidade

³²³ Tradução livre da autora do original “*Principle of deference to administrative interpretations*”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc. (No. 82-1005)**.

efetiva de intervenção judicial em face do princípio da separação de poderes –, manifestou-se afirmando que essa análise deveria ser realizada em etapas:

Primeiro, sempre, questiona-se se o Congresso tratou diretamente da questão específica em comento. Se a intenção do Congresso é clara, a discussão encerra-se; para a corte e para a agência, que deve dar cumprimento à intenção clara manifestada pelo Congresso.³²⁴

Caso a resposta a essa questão seja negativa, a análise prossegue à segunda etapa:

Se, contudo, a corte determina que o Congresso não se manifestou expressamente sobre a questão em análise, a corte não pode simplesmente impor sua própria definição da lei, como seria necessário no caso de ausência de interpretação administrativa. Em vez disso, se a lei é silente ou ambígua no que toca ao tema tratado, a questão para análise da corte é se a solução dada pela agência é baseada numa interpretação admissível da lei.³²⁵

O relator conclui explicando que, examinada a legislação, e verificado que o Congresso não tinha uma intenção específica no que toca à aplicabilidade ou não do “conceito bolha”, a questão restringir-se-ia a determinar se a definição dada pela Administração era apropriada e razoável no âmbito do programa em que foi instituída.³²⁶

Finalizou sustentando que a regulamentação não apresentou arbitrariedade ou contrariedade à lei, e que o uso do conceito foi uma escolha política sensata, na medida em que a EPA demonstrou com sucesso que o conceito cumpria os objetivos da lei ao mesmo tempo em que respeitava o Meio Ambiente sem causar estrangulamento da atividade econômica, acomodando de forma razoável interesses em conflito.³²⁷

Em clara alusão ao princípio da separação de poderes, o relator frisou que o “conceito bolha” é uma opção política, e que, portanto, deveria ser deixada a cargo da Administração ou dos legisladores, e não do Judiciário:

³²⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc. (No. 82-1005)**.

³²⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc. (No. 82-1005)**.

³²⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc. (No. 82-1005)**.

³²⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc. (No. 82-1005)**.

Juízes não são experts na área, e não fazem parte de nenhum dos ramos políticos do Governo. As cortes devem, em alguns casos, reconciliar interesses políticos em conflito, mas não com base nas preferências políticas dos juízes. Em contraste, uma agência para a qual o Congresso delegou a responsabilidade de criação de políticas pode, dentro dos limites da delegação, contar com a visão da administração concessora acerca de políticas sensatas para fundamentar as suas decisões. Enquanto agências não podem ser diretamente responsabilizadas perante as pessoas, o Chefe do Executivo pode, e é completamente apropriado para este ramo do Governo fazer tais escolhas políticas – equacionando os interesses em conflito que inadvertidamente o próprio Congresso ou não resolveu, ou intencionalmente delegou a responsabilidade à agência a cargo da administração da lei à luz das realidades diárias.

Quando um desafio acerca de uma interpretação da lei construída pela agência, razoavelmente conceitualizada, de fato se fundamenta nos preceitos políticos da agência, ao invés de em uma escolha razoável perante uma lacuna criada pelo Congresso, o desafio deve fracassar. Em tal caso, juízes federais – que não possuem eleitorado – têm o dever de respeitar as escolhas políticas legítimas feitas por aqueles que o possuem. A responsabilidade para avaliar a razoabilidade de tais escolhas políticas e resolver o conflito entre visões de interesse público conflitantes não é judicial: “Nossa Constituição confere tal responsabilidade aos ramos políticos” *TVA v. Hill*, 437 U.S. 153, 195 (1978).³²⁸

Relembrando a sensata ponderação de Dantas por ocasião da análise da jurisprudência do Novo Código Florestal (ADI n. 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937), se há efetiva ponderação na esfera legislativa acerca dos Direitos Fundamentais colidentes, não é viável substituir a vontade do legislador mediante a justificativa simplista de que tais escolhas não foram adequadas com base em uma opinião política que privilegia aprioristicamente apenas um dos Direitos Fundamentais em jogo.³²⁹

³²⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc. (No. 82-1005)**. Tradução livre da autora do original: “*Judges are not experts in the field, and are not part of either political branch of the Government. Courts must, in some cases, reconcile competing political interests, but not on the basis of the judges' personal policy preferences. In contrast, an agency to which Congress has delegated policymaking responsibilities may, within the limits of that delegation, properly rely upon the incumbent administration's views of wise policy to inform its judgments. While agencies are not directly accountable to the people, the Chief Executive is, and it is entirely appropriate for this political branch of the Government to make such policy choices -- resolving the competing interests which Congress itself either inadvertently did not resolve, or intentionally left to be resolved by the [p866] agency charged with the administration of the statute in light of everyday realities. When a challenge to an agency construction of a statutory provision, fairly conceptualized, really centers on the wisdom of the agency's policy, rather than whether it is a reasonable choice within a gap left open by Congress, the challenge must fail. In such a case, federal judges -- who have no constituency -- have a duty to respect legitimate policy choices made by those who do. The responsibilities for assessing the wisdom of such policy choices and resolving the struggle between competing views of the public interest are not judicial ones: Our Constitution vests such responsibilities in the political branches.* *TVA v. Hill*, 437 U.S. 153, 195 (1978)”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc. (No. 82-1005)**.

³²⁹ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de Conflitos: O direito ao meio ambiente**

Desde então, o caso mantém forte relevância na jurisprudência norte-americana, apresentando uma sequência simplificada e coerente de dois passos de raciocínio para casos envolvendo pedidos revisionais de decisões políticas do Legislativo e do Executivo, dotado de evidente respeito do Judiciário para com os demais poderes.

3.2.3.3 Michigan contra EPA

No caso Michigan contra EPA³³⁰ (*Environmental Protection Agency - EPA*), também é feita a análise quanto aos limites interpretativos das agências.

A Lei do Ar Puro (*Clean Air Act*) estabelece uma série de programas regulatórios a fim de controlar a poluição do ar emitida por certas fontes estacionárias, como fábricas e refinarias, e móveis, como carros e aviões. Um deles trata do Programa Nacional de Padrões de Emissões de Gases Poluidores Perigosos (*National Emissions Standards for Hazardous Air Pollutants Program*), que regulamenta a poluição advinda de grandes fontes estacionárias, tratando de mais de 180 substâncias poluidoras.

O Congresso estabeleceu procedimento específico para determinar a aplicabilidade desse programa às usinas de energia movidas a combustível fóssil, determinando que a Agência de Proteção Ambiental realizasse um estudo que estimasse a redução dos perigos à saúde pública após a implementação do programa.

Se, com base no estudo realizado, a Agência concluísse que a regulamentação é apropriada e necessária, as usinas deveriam ser submetidas ao Programa Nacional de Padrões de Emissões de Gases Poluidores Perigosos.

Na situação discutida no caso Michigan contra EPA, a EPA considerou a regulamentação das usinas de energia abastecidas a combustível fóssil apropriada, na medida em que as emissões das usinas impõem riscos à saúde pública e ao Meio Ambiente e também porque há formas eficazes de controle dessas emissões disponíveis. Por sua vez, considerou a regulamentação necessária porque as

ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. p. 277.

³³⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Michigan v. EPA. Washington D.C, 29 de junho de 2015. **Legal Information Institute**, 2015.

imposições prévias de outras condições previstas na Lei do Ar Puro não eliminaram esses riscos.³³¹

A Agência decidiu desconsiderar custos na decisão inicial de sujeição ao programa, mas estimou que o custo da regulamentação às usinas de energia seria de \$ 9,6 bilhões de dólares por ano, e que os benefícios quantificáveis da redução de emissões gasosas poluidoras e perigosas equivaleria a \$ 4 a \$ 6 milhões por ano.

Assim, os autores (entre os quais se incluem 23 Estados), requereram a revisão da regulamentação no Tribunal de Apelação, que manteve a decisão da EPA.

Levado o caso ao Supremo Tribunal, de acordo com o voto predominante – decisão do relator Antonin Scalia, que foi seguida pelos Ministros Roberts, Kennedy, Thomas e Alito –, não obstante as Agências Administrativas Federais sejam obrigadas a realizar decisões arrazoadas, a EPA se recusou a considerar inicialmente se os custos da regulamentação ultrapassavam os benefícios, ignorando-os completamente, sustentando que o custo não está incluído na definição de apropriada.

Na decisão, Scalia afirmou que, assim decidindo, a Agência não atuou dentro dos limites da interpretação razoável, na medida em que a decisão de uma agência não somente tem que estar dentro da sua competência legal, como também o processo mediante o qual ela alcança esse resultado deve ser lógico e racional, após análise de todos os fatores relevantes, dentre os quais está incluso o custo resultante das suas decisões.³³²

Scalia sustentou que o conceito de apropriado e necessário é amplo e engloba a consideração de todos os fatores relevantes ao analisar a necessidade de regulamentação, já que não é possível afirmar que é racional ou apropriado impor bilhões de dólares em custos operacionais em contrapartida a poucos dólares em benefícios ambientais ou à saúde, e salientou:

Agências sempre consideraram o custo como um fator central relevante na decisão de regulamentação. A consideração do custo reflete o entendimento de que regulamentação razoável normalmente pressupõe atenção às vantagens e desvantagens das decisões administrativas. Também reflete a realidade segundo a qual “gastos excessivos e desnecessários dedicados a

³³¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Michigan v. EPA.**

³³² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Michigan v. EPA.**

um único problema podem significar consideravelmente menos recursos disponíveis para lidar efetivamente com outros (talvez mais sérios) problemas” *Entergy Corp. v. Riverkeeper, Inc.*, 556 U.S. 208,233 (2009) (Breyer, J., concordando e discordando em parte).³³³

Afirmou que “a Agência deve considerar o custo – incluindo, notadamente, o custo de cumprimento da regulamentação – antes de decidir se a regulamentação é apropriada e necessária”³³⁴ e que, não agindo assim, a EPA não foi razoável. Prosseguiu comparando a atuação da EPA no caso à atitude de alguém que decide que é apropriado comprar uma Ferrari sem pensar sobre o preço porque tem a intenção de considerar o custo posteriormente, quando decidir melhorar o sistema de som do carro.

Na sequência, o Ministro Clarence Thomas, apresentou decisão concordando com o voto de Scalia, salientando que, não obstante no caso *Chevron* a Corte tenha decidido que a Agência possui discricionariedade para decidir em caso de ambiguidade legal, essa discricção não pode ser entendida como uma forma de Poder Legislativo, e que é alarmante que a EPA, com fundamento nos próprios precedentes da Suprema Corte, neste caso tenha excedido de forma tão flagrante os seus já permissivos limites de poder³³⁵. E finalizou:

Assim como em outras áreas da nossa jurisprudência no que toca às agências administrativas, vide *e.g.*, *B&B Hardware, Inc. v. Hargis Industries, Inc.*, 575 U.S. ___, ___–___ (2015) (Thomas, J., discordando) (slip op., at 10–14), parecemos estar nos afastando cada vez mais da Constituição sem nem mesmo uma pausa para questionar o porquê. Nós deveríamos parar para considerar esse documento antes de concedermos alegremente força legal à “interpretação” de leis federais de qualquer outra agência.³³⁶

³³³ Tradução livre da autora do original: “Agencies have long treated cost as a centrally relevant factor when deciding whether to regulate. Consideration of cost reflects the understanding that reasonable regulation ordinarily requires paying attention to the advantages and the disadvantages of agency decisions. It also reflects the reality that “too much wasteful expenditure devoted to one problem may well mean considerably fewer resources available to deal effectively with other (perhaps more serious) problems. *Entergy Corp. v. Riverkeeper, Inc.*, 556 U. S. 208, 233 (2009) (Breyer, J., concurring in part and dissenting in part)”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Michigan v. EPA.**

³³⁴ Tradução livre da autora do original: “The Agency must consider cost—including, most importantly, cost of compliance—before deciding whether regulation is appropriate and necessary.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Michigan v. EPA.**

³³⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Michigan v. EPA.**

³³⁶ Tradução livre da autora do original: “As in other areas of our jurisprudence concerning administrative agencies, see, *e.g.*, *B&B Hardware, Inc. v. Hargis Industries, Inc.*, 575 U. S. ___, ___–___ (2015) (Thomas, J., dissenting) (slip op., at 10–14), we seem to be straying further and further from the Constitution without so much as pausing to ask why. We should stop to consider that document before blithely giving the force of law to any other agency “interpretations” of federal statutes” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Michigan v. EPA.**

A decisão reverteu, portanto, o julgamento do Tribunal de Apelação do circuito de DC, mas não foi unânime.

A Ministra Elena Kagan apresentou decisão em sentido contrário – que foi acompanhada pelos Ministros Ginsburg, Breyer e Sotomayor – afirmando que a EPA só colocou limites de emissão de poluentes nas usinas de energia movidas a carvão e óleo após um longo processo regulamentar que durou mais de 10 anos, no qual cuidadosamente analisou os custos envolvidos em cada etapa do processo, e que entre os benefícios da regulamentação incluem-se cerca de 11 mil mortes prematuras a menos por ano, juntamente com um número ainda maior de doenças que podem ser prevenidas.

Sustentou que a falha central da decisão da maioria reside no fato de que ignora que a decisão da EPA que considerou a regulamentação apropriada e necessária é apenas o primeiro passo que inicia um longo processo de regulamentação, desconsiderando todas as oportunidades em que a EPA levou os custos em consideração.³³⁷

Lembrando o caso Chevron, salientou que os custos importam na regulamentação, mas que se o Congresso não especifica como considerar custos, as agências têm ampla discricionariedade nesse sentido, e não o Judiciário.

Prosseguiu afirmando que, assim como fez em mais de 100 outros casos semelhantes com sucesso, a Agência agiu de forma razoável, na medida em que decidiu por iniciar o procedimento regulatório porque concluiu que as emissões das plantas de energia representam um problema sério à saúde, que há soluções disponíveis para esse problema, e que ele persistirá a menos que ações sejam tomadas, tudo de acordo com a sua competência.

Listou as etapas do processo regulatório completo quanto às usinas de energia e as razões que levaram a EPA a considerar os custos somente após concluir que a regulamentação é apropriada e necessária e afirmou que, entendido esse processo, chega-se à conclusão de que a EPA levou em conta os custos de forma razoável. Exemplificou com clareza a situação:

Imagine que você seja o encarregado de criar um processo regulatório. O tema – emissão industrial de substâncias perigosas – é altamente

³³⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Michigan v. EPA**.

complexo, envolvendo diversos fatores que demandam anos de estudo. Você tentaria necessariamente fazer tudo de uma vez só? Ou você tentaria dividir esse longo processo em estágios distintos? E você consideraria fatores diferentes, de formas diferentes, em cada uma dessas etapas? Acho que sim. Você sabe que tudo deve ser feito – todo fator relevante considerado. Mas você imagina que “no fim” não significa “no início”. E você estrutura o processo legislativo de acordo, iniciando com uma determinação inicial que não é idêntica à análise da fase final. Isso seria no mínimo (que é o que realmente precisa ser) uma “escolha política razoável”? *Chevron*, 467 U.S., at 845. Essa é a questão apresentada aqui, e praticamente se responde sozinha.³³⁸

Respondendo ao exemplo dado por Scalia, finalizou sustentando que uma analogia melhor seria a de alguém que decide, antes de verificar os preços, que é “apropriado e necessário” substituir os freios de um carro velho e usado, ciente por experiência prévia que após a decisão inicial haverá tempo suficiente para fazer uma comparação de preços e fazer a compra se encaixar no orçamento. Ao final, frisou, que assim agindo, confrontada com um sério perigo e uma solução à disposição, a EPA seguiu adiante como a dona desse carro, com a promessa de que iria, e confiante de que poderia levar os custos em consideração mais adiante.³³⁹

Trata-se de tema polêmico, longe de ser unânime, e que afeta a doutrina *Chevron*, que até então guiava os tribunais na definição do que são considerados atos arbitrários, capciosos, em abuso de poder discricionário, ou de alguma forma contrários ao Direito, conforme dispõe o Código dos Estados Unidos. Em que medida, só o tempo dirá.

Percebe-se, dos casos apresentados, que os Estados Unidos dispõem de doutrina administrativa codificada minuciosamente no que toca à delimitação do exercício do poder discricionário – enquanto o Direito Administrativo brasileiro dispõe

³³⁸ Tradução livre da autora do original: “*Suppose you were in charge of designing a regulatory process. The subject matter—an industry’s emissions of hazardous material—was highly complex, involving multivarious factors demanding years of study. Would you necessarily try to do everything at once? Or might you try to break down this lengthy and complicated process into discrete stages? And might you consider different factors, in different ways, at each of those junctures? I think you might. You know that everything must get done in the end—every relevant factor considered. But you tend to think that “in the end” does not mean “in the beginning.” And you structure your rulemaking process accordingly, starting with a threshold determination that does not mirror your end-stage analysis. Would that be at least (which is all it must be) a “reasonable policy choice”? Chevron, 467 U. S., at 845. That is the question presented here, and it nearly answers itself*”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Michigan v. EPA**.

³³⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Michigan v. EPA**.

das teorias doutrinárias do desvio de poder e dos motivos determinantes³⁴⁰— circunstância que, surpreendentemente, não parece facilitar a análise judicial do tema.

Por fim, nota-se que no processo decisório, o Judiciário norte americano também realiza uma análise do desenvolvimento legislativo envolto no caso concreto, para então passar ao estudo final e macrojurídico, que importa em avaliar se a decisão impugnada está ou não dentro da esfera legal de discricionariedade do legislador face o princípio da separação de poderes.

³⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 226.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na dissertação, em busca de responder o problema de pesquisa motivador, confirmaram-se as hipóteses eleitas, na medida em que se constatou que o Princípio da Proibição de Retrocesso foi adequado à aplicação específica no Direito Ambiental brasileiro e vem sendo utilizado pela jurisprudência brasileira na análise da temática ambiental frente aos demais princípios constitucionais.

O primeiro capítulo tratou da análise do avanço do Direito Ambiental na legislação brasileira a fim de entender sua configuração atual, abordando principalmente os benefícios substantivos e formais decorrentes da inserção do Meio Ambiente no texto constitucional, com especial atenção ao aperfeiçoamento principiológico do Direito Ambiental.

Percebeu-se a existência de inúmeras vantagens decorrentes da elevação normativa e axiológica do direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado ao nível de direito fundamental, destacando-se a preeminência da temática, a relevância da função simbólica e o incremento da segurança jurídica nessa seara. Igualmente, ficou evidente o efeito benéfico decorrente da substituição do paradigma da legalidade ambiental pelo da constitucionalidade ambiental e a possibilidade de controle de validade das demais normas hierarquicamente inferiores com o reforço exegético pró-ambiente das normas infraconstitucionais. Da mesma forma, também foi verificada a extrema importância e a interdependência dos princípios aplicados ao Direito Ambiental, que passaram a nortear o legislador na elaboração das leis e também os órgãos julgadores na interpretação de casos concretos.

Por sua vez, o segundo capítulo analisou especificamente o Princípio da Proibição de Retrocesso, sua origem, objetivos, fundamentos e evolução até ser incorporado também ao Direito Ambiental, estudando os métodos de identificação da vulneração do princípio e, por fim, introduzindo as regras de avaliação do embate entre princípios e a potencial limitação de Direitos Fundamentais.

Percebeu-se com clareza que o Princípio da Proibição de Retrocesso tem por base as garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, além de calcar-se fortemente também na cláusula de

progressividade e no princípio da precaução.

Não obstante esteja apenas implícito no ordenamento, o princípio da proibição de retrocesso representa verdadeiro arcabouço jurídico complementar que de um lado visa obrigar o Estado a melhorar as condições normativas para um desenvolvimento digno e saudável pelo indivíduo e coletividade, e de outro objetiva impedir que o Estado deteriore o ordenamento jurídico já existente, fornecendo verdadeiro solo fértil constitucional onde os princípios fundamentais edificantes do Estado Democrático de Direito são prestigiados, máxime a dignidade humana e todas as suas ramificações.

A partir do contato normativo da dimensão social ou comunitária do princípio da dignidade da pessoa humana para nela incluir um enfoque ecológico, visando a garantia de um nível de vida com ampla qualidade e segurança ambiental, extrai-se um direito fundamental ao mínimo existencial socioambiental, igualmente protegido pelo Princípio da Proibição de Retrocesso.

O prestígio do princípio não significa, porém, a adoção irrestrita da proibição de retrocesso. Não há Direitos Fundamentais absolutos, e verificada a hipótese de colisão de princípios e inviabilizada a harmonização dos direitos em conflito, devem ser aplicadas as regras que compõem o postulado da proporcionalidade a fim de definir qual princípio é adequado a ser aplicado aos casos difíceis. Nesse sentido, a análise deve ser feita de acordo com as peculiaridades do objeto da decisão e em patamares equivalentes, de maneira que, observado conflito entre as regras e os princípios, a ponderação se faça entre o princípio e o princípio que subjaz a regra, com o objetivo de alcançar uma solução justa e harmoniosa.

Adiante, o Capítulo 3 examinou a utilização do Princípio da Proibição de Retrocesso aplicado ao Meio Ambiente na jurisprudência catarinense e dos tribunais superiores brasileiros e norte-americanos, utilizando casos específicos que tratam do tema.

Inicialmente, pontuou-se brevemente acerca da separação de poderes, princípio sempre trazido à baila quando da análise judicial de casos difíceis envolvendo o meio ambiente, e sua função limitadora da formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado.

Foi possível constatar que, no âmbito analisado, tanto o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental quanto o da separação de poderes são gêneros dentro dos princípios, verdadeiros pilares de validade e eficácia de todas as demais espécies de princípios.

Isso porque, notadamente nos casos trazido à baila, que demandam estudo mais amplo, macrojurídico, é realizada uma análise dúplice, já que após identificados e sopesados os princípios colidentes (por exemplo, a tutela do Meio Ambiente e o direito de propriedade), na sequência sempre será feito o cotejo do caso concreto frente aos princípios da proibição de retrocesso e da separação de poderes.

Por seu turno, o estudo da jurisprudência deixou claro que a utilização do Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental é analisada mediante a aplicação da proporcionalidade de maneira escalonada, verificando-se inicialmente se a intervenção de um direito fundamental sobre o outro é efetivamente necessária, adequada e proporcional tendo em vista o caso concreto.

Nesse sentido, percebeu-se que a posição que predomina na jurisprudência é a de que a diminuição da proteção ambiental, por si só, não é capaz de configurar retrocesso ambiental. Para tanto, a jurisprudência vem entendendo necessário que, ou o núcleo do direito fundamental ao Meio Ambiente esteja clara e gravemente sendo violado com a inovação legislativa, a ponto de caracterizar situação de manifesta proteção insuficiente de interesse, ou que a diminuição da proteção ambiental venha atrelada ao ataque a outros princípios, para que então seja reconhecido o retrocesso, sob pena de infringência, por sua vez, do princípio da separação de poderes. Vale dizer, se algum grau mínimo de proteção ambiental for mantido e outros princípios não tenham sido vulnerados a ponto de fragilizar a legitimidade legislativa no caso concreto, a jurisprudência tem entendido pelo não reconhecimento de retrocesso ambiental.

Prevalece, portanto, majoritariamente o entendimento segundo o qual o Princípio da Vedação do Retrocesso, isoladamente, não pode obstar o dinamismo da atividade do Estado de criar leis e estabelecer normas, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Observadas as distinções conceituais do sistema jurídico, o mesmo padrão se confirmou no direito comparado e na jurisprudência norte-americana, onde o tema também é polêmico.

Percebeu-se, dos casos apresentados, que os Estados Unidos dispõem de doutrina administrativa minuciosamente codificada no que toca à delimitação do exercício do poder discricionário, circunstância que, surpreendentemente, não parece facilitar a análise judicial do tema, ainda muito controverso nos tribunais superiores.

Foi possível concluir que o Judiciário norte americano também realiza uma análise do desenvolvimento legislativo envolto no caso concreto, para então passar ao estudo final e macrojurídico, avaliando se a decisão impugnada está ou não dentro da esfera legal de discricionariedade do legislador face o princípio da separação de poderes.

Não obstante, muito embora o princípio da separação de poderes tenha sido por muito tempo a bússola jurisprudencial nos casos difíceis envolvendo Direito Ambiental e Administrativo, a jurisprudência norte-americana mais recente tem desbravado caminho mais interventivo.

Com efeito, salienta-se que o presente estudo em nenhum momento almejou esgotar a matéria, pelo contrário, deseja abrir caminhos para a ampliação do estudo do Princípio da Proibição de Retrocesso na seara ambiental.

Por fim, frisa-se a imensa importância do estudo tema, na medida em que se percebe na proibição de retrocesso verdadeira esperança a fim de fazer valer a garantia do Meio Ambiente adequado para as presentes e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. **Democracia**: Estudos em Homenagem ao Professor Siqueira Castro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, n. 217, p. 55-66, 1999

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Fernanda Menezes Dias. **Competências na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Atlas, 2005.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e Competências Ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Manual de Direito Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ARAÚJO, Sarah Carneiro. **Licenciamento ambiental no Brasil**: uma análise jurídica e jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança**: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Ímpetus, 2009.

AYALA, Patrick de Araújo. **Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

AYALA, Patrick de Araújo. Direito ambiental da sustentabilidade: os imperativos de um Direito ambiental de segunda geração na lei de Política Nacional do Meio Ambiente. In: SAMPAIO, Rômulo; LEAL, Guilherme; REIS, Antonio Augusto (orgs.). **Tópicos de Direito Ambiental**: 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização**: Ambiente e Direito no limiar da vida. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2008

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BECHARA, Erika. **Aspectos Relevantes da Política Nacional de Resíduos Sólidos** - Lei Nº 12.305. São Paulo: Atlas, 2013.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

BELL, Stuart. **Ball & Bell on Environmental Law**: The law and policy relating to the protection of the environment. 4 ed. London: Blackstone Press Limited, 1997.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BENJAMIN, Antonio Herman. Responsabilidade civil por dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 9, n. 3, p. 5-52, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 221, de 28 fevereiro de 1967. Dispõe sobre a proteção e estímulos à pesca e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0221.htm>. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 248, de 28 de fevereiro de 1967. Institui a Política Nacional de Saneamento Básico, cria o Conselho Nacional de Saneamento Básico e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 fev. 1967. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-248-28-fevereiro-1967-356864-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 794, de 19 de outubro de 1938. Aprova e baixa o Código de Pesca. **Coleção das Leis Brasileiras**, Rio de Janeiro, 1938. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0794.htm>. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.413, de 14 de Agosto de 1975. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 ago. 1975. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1970-1979/decreto-lei-1413-14-agosto-1975-378171-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. Decreto n. 16.300, de 31 de dezembro de 1923. Aprova o Regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública. **Coleção das Leis Brasileiras**, Rio de Janeiro, 1923. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 7 ago. 2019.

BRASIL. Decreto n. 23.793, de 23 de janeiro de 1934. Aprova o código florestal que com este baixa. **Coleção das Leis Brasileiras**, Rio de Janeiro, 9 fev. 1934. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23793-23-janeiro-1934-498279-publicacaooriginal-78167-pe.html>>. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Águas. **Coleção das Leis Brasileiras**, Rio de Janeiro, 27 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D24643.htm>. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. Decreto n. 73.030, de 30 de outubro de 1973. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 out. 1973. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-73030-30-outubro-1973-421650-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. Decreto n. 76.389, de 3 de outubro de 1975. Dispõe sobre as emendas de prevenção e controle da poluição industrial, de que trata o Decreto-Lei n. 1.413, de 14 de agosto de 1975, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 out. 1975. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-76389-3-outubro-1975-424990-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 7 ago. 2019

BRASIL. Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965. Institui o novo Código Florestal. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 set. 1965. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4771-15-setembro-1965-369026-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 5.318, de 26 de setembro de 1967. Institui a Política Nacional de Saneamento e cria o Conselho Nacional de Saneamento. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 set. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5318.htm>. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 6.803, de 2 de julho de 1980. Dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição, e dá outras providências.

Diário Oficial da União, Brasília, 3 jul. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6803.htm>. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 6.902, de 27 de abril de 1981. Dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas, Áreas de Proteção Ambiental e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 abr. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6902.htm>. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo: Brasília, DF. 2 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Lei n. 7.797, de 10 de julho de 1989. Cria o Fundo Nacional de Meio Ambiente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jul. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7797.htm>. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 7.802, de 11 de julho de 1989. Dispõe sobre a Pesquisa, a Experimentação, a Produção, a Embalagem e Rotulagem, o Transporte, o Armazenamento, a Comercialização, a Propaganda Comercial, a Utilização, a Importação, a Exportação, o Destino Final dos Resíduos e Embalagens, o Registro, a Classificação, o Controle, a Inspeção e a Fiscalização de Agrotóxicos, seus Componentes e Afins, e dá outras Providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 jul. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7802.htm>. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-Leis nºs 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 mai. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9636.htm>. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.651, de 25 de maio. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 28 mai. 2012. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm>. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.727, de 17 de outubro de 2012. Altera a Lei no 12.651, de 25 de maio de 2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; e revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, o item 22 do inciso II do art. 167 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e o §2º do art. 4º da Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012. **Diário Oficial da União**. Brasília, 18 out. 2012.

BRASIL. Medida Provisória n. 571, de 25 de maio de 2012. Altera a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001. **Diário Oficial da União**. Brasília, 29 mai. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Mpv/571.htm>. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Ação Civil Pública n. 5011059-30.2010.4.04.7200/SC**. Relator: Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Porto Alegre, 2017. **Diário da Justiça**, Porto Alegre, 1 jun. 2017. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50110593020104047200&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=155419dd22488d06aca0a5543497f0ad&txtPalavraGerada=ztme&txtChave=&numPagina=1>. Acesso em: 28 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 302.906/SP (2001/0014094-7). Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 2010. **Diário da Justiça**, Brasília, 26 ago. 2010. Disponível em: <<https://www2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200100140947&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4901. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 28 fev. 2018. **Diário da Justiça**, Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoMinistroCMADI4.901DF.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5447. Relator: Roberto Barroso. Brasília, 2016. **Diário da Justiça**, Brasília, 7 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5447&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 1 jun. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Dogmática de direitos fundamentais e direitos privados**. Coimbra: RT, 2008.

CAPRA, Fritjof. **As Conexões Ocultas**: Ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Cipolla Brandão. São Paulo: Cultrex, 2005.

CARRERA, Francisco. **Cidade sustentável**: utopia ou realidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COUTINHO, Ronaldo; ROCCO, Rogério (orgs.). **O Direito Ambiental das Cidades**. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de Conflitos**: O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumern Juris, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 26. ed. 2013.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e Correção normativa do direito**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (No. 82-1005). Washington D.C., 25 de junho de 1984. **Legal Information Institute**, 1984. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/467/837>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Michigan v. EPA*. Washington D.C, 29 de junho de 2015. **Legal Information Institute**, 2015. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/14-46>>. Acesso em: 9 ago. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Code**. 2017. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/app/collection/uscode/2017/title5/partI/chapter5/subchapterII/Sec.%20551>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

FERREY, Steven. **Environmental Law**: examples and explanations. 3 ed. New York: Aspen Publishers, 2010.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **Curso de direito ambiental**. 6. ed. São Paulo: RT, 2013.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FREITAS, Vladimir Passos. **A Constituição federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEITE, Jose Rubens Morato; IGLECIAS, Patrícia Faga (orgs.). **Direito Ambiental para o século XXI**: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos Resíduos Sólidos. São Paulo: RT, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, André. **O direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito Ambiental**. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

MARTINS, Ana Gouveia e Freitas. **O Princípio da Precaução no Direito do Ambiente**. Lisboa: Sociedade Academica Faculdade de Lisboa, 2002.

MCCUBBIN, Patricia Ross; WYETH, George B. The Nondelegation Doctrine. In: MAY, James R (org.). **Principles of Constitutional Environmental Law**. 1 ed. Chicago: American Bar Association, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 8. ed. São Paulo: RT, 2013.

MILARÉ, Édís et al. **Novo Código Florestal**: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e à Med Prov 571, de 25 de maio de 2012. São Paulo: RT, 2012.

MINISTÉRIO DO INTERIOR. Portaria n. 13, de 15 de janeiro de 1976. Estabelece a classificação das águas interiores do território nacional. **Diário Oficial da União**,

Brasília, 1 jan. 1970. Disponível em:

<<http://www.ibama.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&force=1&legislacao=91652>>. Acesso em: 9 ago. 2019.

MOTA, Mauricio. **Função social do direito ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MOTA, Mauricio. **Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental**. São Paulo: Elsevier, 2008.

MOTA, Maurício; TORRES, Marcos Alcino. **Transformações do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MOTA, Mauricio. O conceito de natureza e a reparação das externalidades ambientais negativas. In: MOTA, Mauricio. **Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental**. São Paulo: Elsevier, 2008

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2015.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Coimbra ed., 2006.

QUINTERO, Jaqueline Moretti. **O princípio da “Não Regressão” no Direito Ambiental como forma de tutela ao meio ambiente**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

SAMPAIO, Rômulo; LEAL, Guilherme; REIS, Antonio Augusto (orgs.). **Tópicos de Direito Ambiental**: 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTA CATARINA. Justiça Federal de Santa Catarina. Ação Civil Pública n. 5011059-30.2010.4.04.7200/SC. Juíza: Marjôrie Cristina Freiburger. Florianópolis, 2016. **Diário da Justiça**, Florianópolis, 22 jan. 2016. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50110593020104047200&selOrigem=SC&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=6f4052dec1815bfb221f1515613f82f4&txtPalavraGerada=xjur&txtChave=&numPagina=1>. Acesso em: 16 mai. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2009.027858-3. Relator: Pedro Manoel Abreu. Florianópolis, 2011. **Diário da Justiça**, Florianópolis, 20 jul. 2011. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROCC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20090278583>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2010.026764-9. Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho. Florianópolis, 2014. **Diário da Justiça**, Florianópolis, 21 mai. 2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em: 3 jun. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2014.034935-2. Relator: Desembargador Lédio Rosa de Andrade. Florianópolis, 2014. **Diário da Justiça**, Florianópolis, 19 nov. 2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em: 4 jun. 2018.

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

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. 4. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 301.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação dos interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHUBERT, Frank August. **Introduction to law and the legal system**. 11 ed. Stamford: Cengage Learning, 2015

SEGUIN, Elida. **O Direito Ambiental: nossa casa planetária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006

SILVA, Alexandre Garrido da. Direitos Humanos, Constituição e Discurso de Legitimação: Possibilidades e Limites da Teoria do Discurso. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SONDA, Claudia; TRAUCZYNSKI, Silvia Cristina. **Reforma Agrária e Meio Ambiente**: teoria e prática no Estado do Paraná. Curitiba: ITCG, 2010.

THOMÉ, Romeu. **O Princípio da vedação de retrocesso socioambiental no contexto da sociedade de risco**. Bahia: Ed. Juspodivm, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TRENNEPOHL, Terence Dornelles. **Direito Ambiental**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

WEDEKING, Jim. Environmental Federalism. In: MAY, James R (org.). **Principles of Constitutional Environmental Law**. 1 ed. Chicago: American Bar Association, 2011.

WEINBERG, Philip; REILLY, Kevin A. **Understanding Environmental Law**. 2 ed. Lexis Nexis, 2007.