



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
Campus Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

LUIS OTÁVIO VINCENZI DE AGOSTINHO

**RETROCESSOS NO NOVO CÓDIGO FLORESTAL: ANÁLISE DAS
MUDANÇAS RELATIVAS ÀS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO
PERMANENTE E RESERVA LEGAL**

JACAREZINHO – PR

2012

LUIS OTÁVIO VINCENZI DE AGOSTINHO

**RETROCESSOS NO NOVO CÓDIGO FLORESTAL: ANÁLISE DAS
MUDANÇAS RELATIVAS ÀS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO
PERMANENTE E RESERVA LEGAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Linha de Pesquisa: Estado e responsabilidade: questões críticas

Orientador: Prof. Dr. Vladimir Brega Filho

JACAREZINHO – PR

2012

LUIS OTÁVIO VINCENZI DE AGOSTINHO

**RETROCESSOS NO NOVO CÓDIGO FLORESTAL: ANÁLISE DAS
MUDANÇAS RELATIVAS ÀS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO
PERMANENTE E RESERVA LEGAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Aprovada por:

Prof. Doutor Vladimir Brega Filho (Orientador).

Prof. Doutor Maurício Gonçalves Saliba

Prof. Doutor Pietro de Jesús Lora Alarcón

JACAREZINHO – PR

2012

*Angelo e Ana Mirian.
Marcos Vinícius e Ana Lucia.
Minha grande família.*

AGRADECIMENTOS

*Ao Professor Dr. Vladimir Brega Filho, grande mestre e amigo.
Pela orientação precisa e auxílio integral no desenvolvimento deste trabalho;*

*Aos Professores Dr. Maurício Gonçalves Saliba e Dr. Pietro de Jesús Lora Alarcón,
pelas indicações bibliográficas que muito contribuíram
para o aprimoramento do estudo;*

*Aos companheiros da 7ª. Turma de Mestrado,
pelas boas lembranças;*

*Aos amigos Fernando de Brito Alves, Marco Aurélio Romagnoli Tavares, Luiz
Fernando Kazmierczak, Washington Testa Junior e Lucas Soares e Silva, bons
companheiros na caminhada acadêmica;*

À Maria Natalina da Costa, pela amizade e prontidão;

*Ao Estado do Paraná, responsável por minha formação acadêmica desde 2005,
ente público do qual serei eternamente grato.*

*"Eu também quero a volta à natureza.
Mas essa volta não significa ir para trás, e sim para a frente."*

(Friedrich Nietzsche)

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi de. *Retrocessos no Novo Código Florestal: análise das mudanças relativas às Áreas de Preservação Permanente e Reserva Legal*. 2012. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho – PR.

Resumo: O estudo pretende analisar o princípio da proibição de retrocesso no Direito Ambiental, especificamente no que diz respeito às mudanças trazidas pela Lei 12.651/12, que disciplinou o novo Código Florestal. Para tanto, traça-se um histórico do constitucionalismo ambiental e do “esverdear” das constituições, a fim de demonstrar a presença marcante da proteção do ambiente nas normas constitucionais. Após, passa-se a analisar a ideia de sociedade do risco e desenvolvimento sustentável. Traz sua contextualização no cenário atual, pretendendo demonstrar a influência econômica no discurso e na prática ambiental. Analisa-se o princípio da proibição do retrocesso ecológico, tal como conceituado pela doutrina e sua aplicação no sistema constitucional brasileiro, fazendo referência à aplicação do princípio pelos tribunais superiores. A seguir, traz a lume a questão da proporcionalidade na aplicação do princípio, para, ao final, analisar as mudanças referentes às Áreas de Preservação Permanente e Reserva Legal, a fim de verificar a aplicação do princípio em estudo. Conclui que os casos configuram retrocessos consideráveis e, portanto, passíveis de declaração de inconstitucionalidade, contudo a legislação também possui avanços, que devem ser considerados.

Palavras-chave: proibição de retrocesso; meio ambiente; sociedade do risco; código florestal.

AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi de. *Reverses in the New Forest Code: analysis of changes relating to Permanent Preservation Areas and Legal Reserves*. 2012. Dissertation (Master of Law Science) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) Jacarezinho - PR.

Abstract: The study analyzes the principle of prohibition of retrogression in environmental law, particularly in respect to the changes introduced by Law 12.651/12, which governs the new Forest Code. For this, is drawn a history of constitutionalism and the environmental "greening" of constitutions in order to demonstrate the strong presence of environmental protection in the constitutional norms. After passes to examine the idea of society of risk and sustainable development. Brings its context in the current scenario, intending to demonstrate the economic clout in speech and environmental practice. Analyzes the principle of prohibition of ecological retrogression, as conceptualized by the doctrine and its application in the Brazilian constitutional system, referring to the principle by superior courts. Next, brings to light the issue of proportionality in applying the principle to the end, analyze changes relating to Permanent Preservation Areas and Legal Reserves in order to verify the application of the principle being studied. Concludes that cases constitute considerable setbacks and therefore subject to declaration of unconstitutionality, but the legislation also has improvements that should be considered.

Keywords: prohibition of retrogression; environment; society of risk; Forest Code.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

APP – Área de preservação permanente

CF – Constituição Federal

CONAB – Companhia Nacional de Abastecimento

CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente

CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária

COP – Conferência das Partes

EIA – Estudo prévio de impacto ambiental

EPIs – Equipamentos de proteção individual

ERBs – Estações rádio base de telefonia móvel

IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis

SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TAC – Termos de Ajustamento de Conduta

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O ESVERDEAR DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	14
1.1 A evolução normativa do meio ambiente	14
1.1.1 Breve histórico da legislação brasileira	18
1.2 Direito Constitucional Ambiental	23
1.3 Conceito de meio ambiente	30
1.4 Natureza jurídica do meio ambiente	33
1.5 A mudança de paradigma	35
2 CRISE ECOLÓGICA E O NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO AMBIENTAL	38
2.1 Constitucionalismo ambiental por meio de princípios	38
2.2 O dever ambiental	43
2.3 Ditames da economia: risco ambiental e desenvolvimento sustentável	47
2.4 A publicidade ambiental como “miopia” da sociedade do risco	54
2.5 O núcleo essencial do direito ambiental	58
3 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO ECOLÓGICO: UM CONFLITO CONSTITUCIONAL	61
3.1 O princípio da proibição de retrocesso social: da rigidez à segurança jurídica	61
3.2 A proibição de retrocesso no direito ambiental	71
3.3 A cláusula da proibição de proteção insuficiente	77
3.4 Os tribunais superiores e a cláusula de proibição de retrocesso	81
3.5 Proporcionalidade e proibição de retrocesso	84
4 O NOVO CÓDIGO FLORESTAL: ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E RESERVA LEGAL	89
4.1 A nova legislação ambiental – Lei 12.651/12 e Medida Provisória 571/12	91
4.1.1 Disposições gerais	94
4.1.2 O argumento da proibição de retrocesso no veto presidencial	98
4.2 As Áreas de Preservação Permanente	99
4.2.1 O reflorestamento das APP: uma regra especial	102
4.2.2 APP e reservatórios naturais e artificiais	107
4.3 A Reserva Legal	111
4.4 A (in)constitucionalidade do Novo Código Florestal	114
CONSIDERAÇÕES FINAIS	118
REFERÊNCIAS	121

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o ser humano vem despertando de um sono profundo. Durante séculos, em nome do desenvolvimento, o meio ambiente foi agredido em escala macroscópica, chegando a níveis extremos de esgotamento de seus recursos naturais.

A relação homem-natureza demonstra sinais de exaustão. O Direito, como fenômeno transformador da realidade, apresenta-se como uma solução para a crise em que se vive.

Devido a essa condição, pensar o direito ambiental, atualmente, demanda reflexões críticas, sobretudo de cunho constitucional. Várias reformas legislativas são propostas em nome de um desenvolvimento tendencioso e descompromissado com as garantias ambientais já asseguradas.

Nesse cenário, pretende-se analisar a aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso ambiental – ao contrapor garantias já assentes na legislação e recentes modificações trazidas pela Lei 12.651/12 (Novo Código Florestal).

Para tanto, vale-se do método dedutivo, ao trazer o panorama geral do direito ambiental brasileiro, com enfoque nos princípios constitucionais e, após, analisar tais modificações. Vale-se, conjuntamente, da revisão bibliográfica para atingir os objetivos propostos.

O primeiro capítulo aborda o histórico do constitucionalismo ambiental e a importância dos vetores de proteção ecológica, que norteiam o ordenamento jurídico. Para tanto, estuda-se o dever jurídico imposto pela Constituição Federal ao Estado e à coletividade para que a gama de bens ambientais possa ser garantida a todos.

Concentra-se no aspecto nuclear da previsão constitucional, que é a preocupação existente entre a vida atual e a vida futura. As próximas gerações estão invariavelmente condenadas a viver no ambiente que escolhemos e projetamos para elas. Este é o desafio.

A fim de elucidar o porquê da complexidade e falta de integração no discurso ambiental, examina-se a influência da economia sobre as questões ambientais e a chamada ideia do risco ambiental.

Sabe-se que não há desenvolvimento sem comprometimento ambiental. O dano sempre será inevitável, contudo, há de se estabelecer normas para que o desenvolvimento não se realize a qualquer preço.

A partir daí, no segundo capítulo, é abordada a influência da economia na formação do discurso ambiental. Sabe-se que nunca se difundiu tanta informação sobre meio ambiente como hoje. As ideias de sustentabilidade encontram-se entre as mais propagadas na mídia e no cenário empresarial. É cada vez mais comum se deparar com publicidade de empresas sustentáveis, até mesmo aquelas onde nunca se imaginou que a atividade seria sustentável. Há uma evidente maquiagem no discurso ambiental. Esse também passa a ser um dos aspectos do trabalho: verificar o que há por trás da famigerada sustentabilidade, das reformas legislativas, dos discursos inflamados em matéria ambiental.

No terceiro capítulo o foco é a autonomia do princípio da proibição de retrocesso social, que é gênero do princípio da proibição de retrocesso ambiental. Serão verificadas em quais hipóteses poderá ser invocado e se poderá haver relativização em sua aplicação, a depender do caso concreto.

Sabe-se que a reforma do Código Florestal foi alvo de embates entre ruralistas e ambientalistas. Os ambientalistas, de um lado, lutaram pela manutenção de garantias legais construídas durante anos, após muita luta. De outro lado, os ruralistas tentaram diminuir as exigências ambientais, ampliando a possibilidade de exploração das terras, além de buscar fugir da ilegalidade que campeia as propriedades rurais. Várias foram as propostas de mudanças. Redução da reserva legal e das áreas de preservação permanente (APPs), possibilidade da compensação das APPs nas áreas de reserva legal, anistia para os desmatadores, entre outras previsões consideráveis. Algumas foram aprovadas, outras não, sendo certo que o Código Florestal transformou-se em realidade: a Lei 12.651/12.

No quarto capítulo são analisadas as principais alterações da nova lei, especialmente no que diz respeito à conciliação do projeto com o princípio da proibição de retrocesso. Para isso, far-se-á uma introdução acerca do princípio *lato sensu*, no sentido de sua aplicação para os direitos fundamentais sociais.

Após isso, será analisada a possibilidade de aplicação do princípio em matéria ambiental e não somente aos direitos sociais, sendo analisada também sua aplicação nos tribunais superiores.

O princípio da proporcionalidade será tratado como instrumento conciliador da cláusula de proibição de retrocesso, verificando em quais hipóteses e de que forma será possível sua aplicação como mecanismo de defesa do núcleo essencial dos direitos assegurados.

Por fim, o texto abordará algumas regras da Lei 12.651/12 e Medida Provisória 571/12, que alterou sua redação. A intenção é esmiuçar pontos específicos como as áreas de preservação permanente e a reserva legal, a fim de concluir se houve retrocesso no novo código.

1 O ESVERDEAR DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS¹

Nem sempre o meio ambiente foi entendido em sua essência. Por séculos ele suportou o peso do desenvolvimento do planeta, como se ostentasse recursos infinitos.

Contudo, houve um momento em que essa ótica precisou ser aprimorada. De escravos dos desejos da humanidade, os recursos naturais passaram a senhores dos destinos da civilização.

Este capítulo pretende analisar o caminhar jurídico da proteção do meio ambiente, com enfoque na realidade brasileira.

1.1 A evolução normativa do meio ambiente

O filósofo Michel Serres, em sua obra *O contrato Natural* estabeleceu a necessidade de superar o contrato social clássico, pautando-se em um novo pacto a ser estabelecido. Dessa vez, entre homem e natureza.

O parasita toma tudo e não dá nada, o hospedeiro dá tudo e não toma nada. O direito de domínio e de propriedade se reduz ao parasitismo. Ao contrário, o direito de simbiose se define por reciprocidade: o que a natureza dá ao homem é o que este deve restituir a ela, transformada em sujeito de direito.²

Esse é o desafio a ser superado³. O mundo como um todo sofre com o descaso ambiental e a falta de compromisso com políticas públicas agrava o

¹ Metáfora de autoria de Vasco Pereira da Silva, professor catedrático da Universidade de Lisboa. Cf. SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de Direito: lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002.

² SERRES, Michel. *O contrato natural*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, p.51.

³ Serres ilustra a problemática com a história do camponês e do marinheiro: “Antigamente dois homens viviam mergulhados no tempo exterior das intempéries: o camponês e o marinheiro, cujo emprego do tempo dependia, a cada hora, da situação do céu e das estações; perdemos toda a memória do que devemos a esses dois tipos de homens, desde as técnicas mais rudimentares até os mais elevados refinamentos. Um certo texto grego divide a terra em duas zonas: aquela onde um mesmo instrumento passava por uma pá de grãos e aquela em que passantes nele reconheciam um remo de embarcação. Essas duas populações acabaram desaparecendo

estágio atual. Resta ao Direito a função de regular as condutas, a fim de que os bens ambientais possam ser garantidos a todos.

O meio ambiente começou a ser objeto de preocupação a partir da década de 1970, no âmbito das relações internacionais. De forma pioneira, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, também conhecida como Conferência de Estocolmo, teve como temática central a proteção do meio ambiente. O evento ocorreu entre os dias 05 a 16 de junho de 1972, estando presentes representantes da Comunidade Europeia, que assinaram a *Declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano*. O documento trazia uma reflexão sobre a atual situação do meio ambiente, que recebeu especial atenção dos países.⁴

Na mesma época, o “Clube de Roma”, grupo formado por ilustres do ramo industrial e científico, publicou o estudo “Os limites do crescimento”, onde analisava a influência do crescimento vertiginoso da população mundial e a escassez dos recursos.⁵

progressivamente da superfície da terra ocidental; excedentes agrícolas, navios de grande porte transformam o mar e o solo em desertos. O maior acontecimento do século XX continua sendo incontestavelmente o desaparecimento da agricultura como atividade orientadora da vida humana de maneira geral e das culturas singulares. [...] Os que dividem o poder se esqueceram de uma natureza, da qual se pode dizer que se vingam mas que, de preferência, remete-se a nós que vivemos no primeiro tempo e jamais diretamente no segundo, do qual no entanto temos a pretensão de falar com pertinência e a respeito do qual temos de decidir. Perdemos o mundo: nós transformamos as coisas em fetiches ou mercadorias, apostas dos nossos jogos de estratégia; e nossas filosofias, acosmistas, sem cosmos, há quase um meio século, só dissertam sobre a linguagem ou a política, a escrita ou a lógica. Exatamente no instante em que agimos fisicamente pela primeira vez sobre a Terra global, e quando ela reage sem dúvida sobre a humanidade global, tragicamente, nós a desprezamos.” SERRES, Michel. *O contrato natural*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, p.40-41.

⁴ A reflexão geral pode ser analisada pelo item nº 6 da Declaração, que resume a indignação, já àquela época, frente à negligência com o tema: “Atingiu-se um ponto da História em que devemos moldar nossas ações no mundo inteiro com a maior prudência, em atenção às suas conseqüências ambientais. Pela ignorância ou indiferença podemos causar danos maciços e irreversíveis ao ambiente terrestre de que dependem nossa vida e nosso bem-estar. Com mais conhecimento e ponderação nas ações, poderemos conseguir para nós e para a posteridade uma vida melhor em ambiente mais adequado às necessidades e esperanças do homem. São amplas as perspectivas para a melhoria da qualidade ambiental e das condições de vida. O que precisamos é de entusiasmo, acompanhado de calma mental, e de trabalho intenso mas ordenado. Para chegar à liberdade no mundo da Natureza, o homem deve usar seu conhecimento para, com ela colaborando, criar um mundo melhor. Tornou-se imperativo para a humanidade defender e melhorar o meio ambiente, tanto para as gerações atuais como para as futuras, objetivo que se deve procurar atingir em harmonia com os fins estabelecidos e fundamentais da paz e do desenvolvimento econômico e social em todo o mundo.”

⁵ ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *Direito Comunitário do Ambiente*. Lisboa: Almedina, 2002, p. 14.

Três meses depois, em outubro de 1972, Chefes de Estado e de Governo dos Estados membros das Comunidades Europeias realizaram uma reunião em Paris, formulando uma declaração pública que demonstrava a preocupação com o meio ambiente, conhecida como *Cimeira de Paris de 1972*.⁶

Tais iniciativas internacionais acabaram por disseminar a semente da defesa do meio ambiente perante toda a Europa e, pouco a pouco, no resto do mundo.

Em 1975 foram adotadas diretrizes para proteção do meio ambiente: primeiramente a Diretiva nº 75/439, relativa aos óleos usados, depois a Diretiva nº 75/442, relativa aos resíduos sólidos, sendo seguida por muitas outras.⁷

A partir de então, o meio ambiente começava a ser visualizado como um bem jurídico a ser tutelado. A defesa ecológica e a melhoria da qualidade de vida começavam a ser difundidas na Europa e, pouco a pouco, influenciava o resto do mundo.

É nesse contexto que Maria Alexandra de Souza ARAGÃO menciona o surgimento do Direito Comunitário na Europa, influenciado sobremaneira pelas questões econômicas, envolvendo circulação de mercadorias, defesa da concorrência e liberdade de estabelecimento.

Salienta-se que tal proteção foi e ainda é o grande pilar do direito ambiental. Trata-se de condição primordial e necessária para a delimitação dos deveres do Estado e dos indivíduos para a minimização dos danos ambientais e melhoria na qualidade de vida de todos.

Vários outros textos seguiram o caminho inaugurado por este documento, sendo todos de grande importância para a formação de um pensamento internacional conjunto para a proteção ecológica.

Há de se destacar que a Constituição Portuguesa de 1976 incluiu o *direito ao ambiente* no catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Independente da natureza atribuída a tal direito, o poder constituinte português

⁶ Idem, p.15.

⁷ ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim; LEITE, José Rubens Morato. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 4ª ed., 2011, p.32-76.

consagrou o ambiente como tarefa que obrigava o Estado a adotar medidas de proteção frente à sociedade.

Após Portugal ser o primeiro país a ter uma Constituição que atribuiu ao ambiente o conteúdo de *direito fundamental*, a Espanha, logo após, em sua Constituição de 1978, consagrou o direito de todos a “*disfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa bem como o dever de o conservar*” (art.45º).

Pela proximidade das décadas e pela difusão do conteúdo no âmbito europeu, pode-se concluir que os enunciados linguísticos dos dois textos constitucionais ibéricos foram demasiadamente influenciados pela Conferência de Estocolmo.

Ingo Wolfgang SARLET e Tiago FENSTERSEIFER mencionam os instrumentos internacionais mais importantes na evolução da constitucionalização do meio ambiente:

Nesse sentido, apenas para exemplificar, destacam-se a Declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano (1972), o Protocolo de San Salvador Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (1992), a Convenção sobre Diversidade Biológica (1992), a Declaração e Programa de Ação de Viena, promulgada na 2ª. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (1993), o Protocolo de Quioto (1997), o Protocolo Orgânicos Persistentes (2001) e a Convenção de Aarhus sobre Acesso à Informação, Participação Pública na Tomada de Decisões e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental.⁸

É certo que a constitucionalização do meio ambiente passou a ser realidade a partir da década de 1970. Na medida em que se garante a inclusão de princípios e regras *verdes* nas constituições, a ecologia se fixa não somente como instrumento para se alcançar os objetivos humanos, mas como um fim necessário, a ser garantido para as presentes e futuras gerações.

Torna-se realidade a continuação de convenções entre Estados soberanos, assim como foi a Conferência de Estocolmo. Contornar o aquecimento

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental*. São Paulo: RT, 2011, p.26-27.

global, entender o clima, controlar o desmatamento e preservar os recursos naturais passaram a ser os grandes desafios do planeta. É o caso das COPs (Conferências das Partes), organizada anualmente, desde 1995, e das Conferências das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, nas quais se incluem a Eco 92, “Rio + 10” e “Rio + 20”.

Não cabe, aqui, analisar a efetividade e os resultados práticos de tais conferências, para não fugir do tema proposto. O que se pretende é afirmar que a responsabilidade dos Estados para com o ambiente vem sendo cada vez mais exigida no cenário internacional. Ainda que se trate de projetos em longo prazo, é certo que a preocupação ecológica vem sendo aprimorada.

1.1.1 Breve histórico da legislação brasileira

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 inaugurou a defesa constitucional do meio ambiente no Brasil, garantindo a rigidez da matéria e a irradiação de efeitos na esfera infraconstitucional.

O marco histórico que a Carta Maior representou para o meio ambiente fica bem ilustrado nas considerações de Antônio Herman BENJAMIN:

A riqueza de ‘terra e arvoredos’, que surpreendeu e, possivelmente, encantou Pero Vaz de Caminha em 1500, finalmente foi reconhecida pela Constituição brasileira de 1988, passados 488 anos da chegada dos portugueses ao Brasil.⁹

A Constituição tratou o meio ambiente como *direito fundamental de todos*, seguindo o exemplo das constituições ibéricas¹⁰.

Assim, criou-se certa divisão na positivação do direito ambiental, ao atribuir deveres ao Estado e à coletividade. Dessa forma, entende-se que os

⁹ BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO; LEITE. *Direito Constitucional Ambiental*. 4ª.ed. São Paulo: Saraiva, p.77.

¹⁰ É o caso também da Lei Fundamental Alemã (1949, pela reforma constitucional de 1994), a Constituição Colombiana (1991), a Constituição Sul-Africana (1996) e a Constituição Suíça (2000). Ibidem, p.78.

resultados poderiam ser mais proveitosos, visto que a proteção se daria, em tese, por completo.

Contudo, importante frisar que quando da promulgação da Constituição de 1988, o Brasil já possuía ampla legislação infraconstitucional de proteção ao meio ambiente, ainda que não expressamente.

Segundo Marcos Angelo GRIMONE:

Em termos nacionais, no entanto a tutela jurídica do meio ambiente surge basicamente na década de 80 do século passado. Desde as ordenações do reino havia uma legislação voltada à proteção dos recursos naturais, no entanto o fundamento dessa proteção era a preservação do patrimônio do Estado e não propriamente a preocupação com o meio ambiente.¹¹

Nesse sentido, poderiam ser encontradas normas jurídicas voltadas à tutela ambiental desde o Código Civil de 1916, bem como pelo Decreto 23.793/34 (1º Código Florestal), Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra), Lei 4.771/65 (2º Código Florestal)¹²¹³, Lei 5.179/67 (Lei de Proteção à Fauna), Decreto-lei 221/67 (Código de Pesca) e Decreto-lei 227/67 (Código de Mineração).

Seguindo este entendimento, o primeiro instrumento de proteção ecológica na década de 80 foi a Lei 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente.

Tal diploma trouxe instrumentos efetivos de proteção ambiental e que influenciaram a lavra do artigo 225 da Constituição de 1988, auxiliando na teoria da responsabilidade objetiva por danos ambientais na esfera cível.

Como dispositivo principal, o art. 14, §1º traz seu conceito em relação aos danos causados ao meio ambiente. De acordo com a teoria, a

¹¹ GRIMONE, Marcos Angelo. *O conceito jurídico de direito sustentável no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2011, p.53.

¹² Destaca-se que parte da redação originária da Lei 4.771 foi posteriormente reformada por vários instrumentos legislativos, dentre os quais se destacam as Leis 7.511/86 e 7.803/89, que ampliaram a proteção das florestas no Código Florestal.

¹³ Sob o aspecto processual, a Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65), possibilitou a proteção do patrimônio público, como sendo os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, ainda que não mencionasse o aspecto ecológico em sua redação.

responsabilização pelo dano ambiental poderia ser determinada a partir da comprovação do dano e o nexo causal deste com a conduta do agente.¹⁴

Assim, houve uma quebra à hegemonia da responsabilidade subjetiva civilista de 1916, de forma a reconhecer o caráter de fragilidade do meio ambiente perante o ser humano devastador.

Antonio Herman BENJAMIN descreve o momento histórico da promulgação da lei:

Somente a partir de 1981, com a promulgação da Lei nº 6938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), ensaiou-se o primeiro passo em direção a um paradigma jurídico-econômico que holisticamente tratasse e não maltratasse a terra, seus arvoredos e os processos ecológicos essenciais a ela associados. Um caminhar incerto e talvez insincero a princípio, em pleno regime militar, que ganhou velocidade com a democratização em 1985 e recebeu extraordinária aceitação na Constituição de 1988.¹⁵

O segundo marco normativo foi a edição da Lei 7.347/85, que disciplinou a ação civil pública como meio processual para proteção dos recursos naturais e defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Por meio dela, houve dilatação da legitimação extraordinária para a defesa dos direitos transindividuais, permitindo-se às associações e ao Ministério Público a possibilidade de pleitear, em juízo, a defesa desses direitos.¹⁶

Assim, com a Constituição Federal de 1988, iniciou-se uma nova fase de proteção ecológica, na medida em que o artigo 225 previu o meio ambiente como direito fundamental de todos, conferindo-lhe caráter de transindividualidade.

A partir de então, toda interpretação prática deveria vincular-se à norma constitucional, tornando-se um paradigma na interpretação do meio ambiente nacional.

É o que afirma Ricardo Luis LORENZETTI:

¹⁴ § 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

¹⁵ BENJAMIN, *op. cit.*, p.78.

¹⁶ GRIMONE, Marcos Ângelo. *op.cit.* p.53.

Denominamos paradigmas os modelos decisórios que têm um *status* anterior à regra e condicionam as decisões. O vocábulo tem sido amplamente utilizado em numerosos campos filosóficos e científicos com diferentes acepções, mas em nosso caso refere-se unicamente ao modelo de pré-compreensão que guia as ações humanas em um determinado lugar. Os mesmos textos vão mudando de sentido ao longo da história conforme diferentes concepções que são predominantes aos intérpretes, como bem evidenciou a hermenêutica. Também a pintura impressionista tem mostrado como a mesma catedral pode ser vista de distintos modos segundo a influência da luz do dia sobre o espectador. Definitivamente se trata de um argumento comum, que pode permitir múltiplos desenvolvimentos diferentes, mas sempre limitado por este programa básico.¹⁷

Assim, o artigo 225 da Constituição Federal passou a ser o fundamento basilar de todo o conjunto de normas ambientais, sendo o sentido jurídico da preservação dos bens ambientais.

Segundo Lenio Luiz STRECK:

Numa palavra, as condições de possibilidades para que o intérprete possa compreender um texto implicam (sempre e inexoravelmente) a existência de uma pré-compreensão (seus pré-juízos) acerca da totalidade (que a sua linguagem lhe possibilita) do sistema jurídico-político-social. Desse belvedere compreensivo, o intérprete formulará (inicialmente) seus juízos acerca do sentido do ordenamento (repita-se, o intérprete jamais interpreta em tiras, aos pedaços, como bem alerta Eros Grau). E sendo a Constituição o fundamento de validade de todo o sistema jurídico – e essa é a especificidade maior da ciência jurídica –, é de sua interpretação/aplicação (adequada ou não) que exsurgirá a sua (in)efetividade.¹⁸

O entendimento nesse sentido sugere que a Constituição, ao prever determinado direito fundamental, irradie conteúdo normativo a todo o ordenamento infraconstitucional, a fim de garantir a efetividade do arcabouço jurídico que lhe é correlato.

Já na década de 90, também de grande importância foi a criação do SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente, que agregou todos os entes

¹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luiz. Teoria Geral do Direito Ambiental, p.19.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição. In: Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXX, Coimbra, p. 306.

públicos com atribuição ambiental para a tutela administrativa ambiental. A criação se deu pela Lei 8.028/90, que modificou a redação da Lei 6.938/81.

Na mesma reforma foi criado o CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente, órgão consultivo e deliberativo, com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

Em 1992, o Brasil sediou a Conferência das Nações Unidas (Eco 92 ou Conferência da Terra), que muito contribuiu para a visibilidade do país no cenário do desenvolvimento sustentável¹⁹.

A Declaração do Rio de Janeiro foi o documento resultante da Conferência, que consigna, no seu Princípio 1º, que “os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Tem direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a Natureza”.

Nas considerações de Marcos Angelo GRIMONE:

Entre os textos produzidos por ocasião do encontro no Rio de Janeiro, cumpre destacar a Agenda 21, tratado internacional de natureza programática. Trata-se de um texto do qual fez parte, além dos países presentes naquele encontro, o Fórum das organizações não-governamentais. Seu conteúdo é variado, porém sintetiza um conjunto amplo e diversificado de diretrizes que, no suceder de vários capítulos, faz referências a textos anteriores das Nações Unidas e trata das questões relativas ao desenvolvimento econômico-social e suas dimensões, bem como à conservação e administração de recursos para o desenvolvimento. A partir da conferência do Rio e mais especificamente por intermédio da Agenda 21, o conceito jurídico de desenvolvimento sustentável começou a ser delineado. Ele foi consequência de uma maturação entre a proteção jurídica ao meio ambiente e a necessidade de garantir aos países periféricos oportunidades de estabelecer bases para um desenvolvimento econômico diferenciado.²⁰

¹⁹ Para Amartya SEN e Bernardo KLIKSBURG a ideia do desenvolvimento sustentável foi difundida desde a Conferência da Terra no Rio de Janeiro, em 1992, até a Conferência sobre Desenvolvimento Sustentável em Johannesburgo, dez anos mais tarde. Tiveram forte influência do Protocolo de Montreal, assinado por 186 países em 1987, que tratou sobre substâncias que destroem a Camada de Ozônio. Afirmam que, a partir de então, as Nações Unidas começavam a viver um de seus melhores momentos. SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.65.

²⁰ GRIMONE, Marcos Angelo. op.cit. p.52.

Influenciada pela conferência, em 12 de fevereiro de 1998, foi editada a Lei 9.605, que tipificou crimes ambientais e infrações administrativas. Foi responsável por grande avanço na responsabilização criminal, com a tipificação de diversas condutas prejudiciais a bens jurídicos ambientais.

Tal diploma normativo previu, ainda, a responsabilidade penal de pessoa jurídica²¹, dando cumprimento ao disposto no §3º do artigo 225 da Constituição Federal. O tema é controverso e divide opiniões na doutrina sobre a possibilidade de aplicação da teoria em face dos princípios basilares do Direito Penal.

É importante lembrar que a Eco 92 influenciou duas importantes conferências que ocorreram nas duas décadas seguintes. Trata-se da *Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio + 10)*, ocorrida em agosto de 2002, na cidade de Johannesburgo, África do Sul e, em 2012, a *Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio + 20)*, ocorrida em junho de 2012.

1.2 Direito Constitucional Ambiental

Pode-se afirmar que o Direito ao meio ambiente sempre existiu, pois intrínseco à sobrevivência de todos os seres vivos. Não há como precisar seu

²¹ Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são: I - multa; II - restritivas de direitos; III - prestação de serviços à comunidade. Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são: I - suspensão parcial ou total de atividades; II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. § 1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente. § 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar. § 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos. Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em: I - custeio de programas e de projetos ambientais; II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas; III - manutenção de espaços públicos; IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas. Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

termo inicial, pois, desde os primórdios, as variadas formas de vida se desenvolveram a partir da existência desse meio.

Mantê-lo equilibrado para ser usufruído por toda a coletividade é o desafio a ser superado. O ser humano não pode existir sem o meio ambiente. Trata-se de uma partícula a depender do todo: o ser humano e o meio que o cerca.

Entendido o Direito como um fenômeno histórico, cultural, normativo e ordenador da realidade, há de se estabelecer a necessidade de torná-lo padrão à sociedade, momento em que passou a ser normatizado, tornando-se paradigma maior de observância.

Como já mencionado, o tratamento constitucional do meio ambiente foi inaugurado pela redação do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, passando a ser um vetor de interpretação para a legislação infraconstitucional que à época já existia.

É fato que qualquer direito, após ser tratado em norma constitucional, adquire aperfeiçoamento valorativo.

Na teoria constitucional, Gustavo ZAGREBELSKY²² afirma que:

O que é verdadeiramente fundamental, pelo mero fato de sê-lo, nunca pode ser posto, mas sim pressuposto. Por meio dele, os grandes problemas jurídicos jamais se encontram nas constituições, nos códigos, nas leis, nas decisões dos juízes e em outras manifestações parecidas do «direito positivo», com as que os juristas trabalham, nem nunca se tem encontrado ali sua solução. Os juristas sabem bem que a raiz de suas certezas e crenças comuns, como a de suas dúvidas e polêmicas, está em outro lugar. Para esclarecer o que de verdade os une ou os divide, é preciso ir mais a fundo ou, igualmente, buscar mais acima, no que não aparece expresso.

A crítica do autor deve ser analisada pela ótica que aqui se pretende trazer: o posto e o pressuposto. Ainda que haja a disposição legal expressa, a base

²² “Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto. Por ello, los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces e em otras manifestaciones parecidas del «derecho positivo» com las que los juristas trabajan, ni nunca han encontrado allí su solución. Los juristas saben bien que la raiz de sus certezas y creencias comunes, como la de sus dudas y polémicas, está em otro sitio. Para aclarar lo que de verdad les une o les divide es preciso ir más al fondo o, lo que es lo mismo, buscar más arriba, en lo que no aparece expreso”. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Torino: Trotta, 2009, p.09, tradução livre.

do direito nunca está na letra escrita, mas sim no entorno social. Pressupõe-se sempre um direito fundamental como aquele intrínseco à dignidade humana. Tudo o que lhe faz digno, embasa a proposição jurídica. O pressuposto engloba o posto e o faz norma jurídica quando aplicado ao caso concreto.

A Constituição não tem a tarefa de estabelecer diretamente um projeto determinado de vida comum, mas de realizar as suas *condições de possibilidade*.²³ Assim, a importância do tratamento constitucional é primordial para a efetiva garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Segundo José Afonso da SILVA:

Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.²⁴

Eleger o direito ambiental à categoria constitucional é um avanço louvável, no entanto, isso significa que a proteção descrita na norma constitucional estará muito além de sua interpretação gramatical.

Além disso, o direito ambiental sempre existiu. Não foi a lei ou a constituição que condicionaram sua existência. A normatização é importante no sentido em que impõe regra impositiva do Estado à sociedade. Não há de se confundir normatização do direito (posto) com o direito pré-existente (pressuposto) e universal.

Vale-se da definição Direito Constitucional Ambiental para explicar o viés ambiental presente na Constituição. Não se trata de uma subdivisão do direito constitucional, mas uma partição meramente didática, a fim de ressaltar a tutela ambiental em sua mais alta valoração normativa.

²³ Ibidem, p.13.

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Malheiros, 1999, p.81-82.

Assim como outrora a Teoria da Constituição e o Direito Constitucional estiveram comprometidos com a afirmação, na ordem da evolução, dos valores liberais e sociais (valores que, embora em contexto e com sentido revisto e reconstruído, seguem incorporados à agenda constitucional), hoje a proteção e promoção do ambiente desponta como novo valor constitucional, de tal sorte que, de acordo com a expressão cunhada por Pereira da Silva, se pode falar de um “esverdear” da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional, bem como da ordem jurídica como um todo. Já não há mais, portanto, como negar a edificação –em curso– de uma Teoria Constitucional Ecológica, o que torna possível a defesa de um Direito Constitucional Ambiental. A partir da força normativa da “Constituição Ambiental”, como refere Gomes Canotilho, verifica-se o estabelecimento de um novo “programa jurídico-constitucional”.²⁵

Nesse cenário, surgem os vetores constitucionais, que definem a direção a ser perseguida pela sociedade e sob os quais todo o ordenamento jurídico passa a lhes dever fidelidade. Ao se falar em vetores não há de se pensar em limites, mas em direcionamento. É sob esse aspecto que deve ser entendido o direito ambiental constitucional.

Nesse sentido, passa-se a analisar o artigo 225 da Constituição Federal de 1988, que se transformou na base axiológica de toda a garantia ambiental brasileira.

Art. 225. 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. [...]

O *caput* refere-se ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Com isso, verifica-se que o bem ambiental possui natureza transindividual, difusa, material ou imaterial, cujos titulares são ligados por uma circunstância de fato, sendo indetermináveis e indeterminados.²⁶

A CF88 (art.225 e art.5º, §2º), por sua vez, seguindo a influência do direito constitucional comparado e mesmo do direito internacional,

²⁵ SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. *op.cit.* p.24-25.

²⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e legislação constitucional*. 2ª.ed. São Paulo: RT, 2009, p.688.

sedimentou e positivou ao longo do seu texto os alicerces normativos de um *constitucionalismo ecológico*, atribuindo ao direito ao ambiente o *status* de direito fundamental, em sentido formal e material, orientado pelo princípio da solidariedade, conforme inclusive já resultou reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal [...]. Por outro lado, resulta evidente que a noção de um direito fundamental à proteção e promoção do meio ambiente (ou, expresso de modo mais simplificado, de um direito ao meio ambiente saudável) carece de elucidação, visto que decodificada em uma dimensão objetiva e subjetiva (reconhecidamente controversa), que, por sua vez, comunga da multifuncionalidade característica dos direitos humanos e fundamentais no Estado Constitucional e no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos [...].²⁷

Assim, o meio ambiente, em decorrência do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, teve-lhe atribuído *status* de “direito fundamental do indivíduo e da coletividade, bem como consagrou a proteção ambiental como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado – Socioambiental – de direito brasileiro”.²⁸

Nesse sentido, pela *teoria geracionista dos direitos fundamentais*, o meio ambiente ecologicamente equilibrado se insere, numa divisão didática, na terceira geração de direitos fundamentais, integrando os direitos de solidariedade (fraternidade).

Paulo BONAVIDES traz o contexto dos direitos fundamentais de terceira geração:

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.²⁹

²⁷ SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. *op. cit.*, p.37-38.

²⁸ *Ibidem*, p.182.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.569.

O caráter de humanismo e universalidade são marcantes nessa dimensão³⁰ de direitos. Basta imaginar o sentimento que se tem ao pensar em paz, meio ambiente, patrimônio comum da humanidade. É um valor livre de limitação pessoal e temporal, onde tais direitos ficam entrelaçados pela fraternidade.

De acordo com Norberto BOBBIO,

Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.³¹

O meio ambiente, ao ser integrado como direito de terceira dimensão, passa a contribuir de forma imprescindível ao constitucionalismo contemporâneo, passando a ser direito fundamental irrenunciável pela coletividade.

Antonio Herman BENJAMIN complementa:

Trata-se de direito, como atrás visto, com estrutura bifronte, a um só tempo negativa – associado a um *non facere* – e positiva, isto é, um direito que comanda prestações positivas do Estado e da sociedade. É direito de exercício coletivo (art.129, III e §1º), mas também individual, não se perdendo a característica unitária do bem jurídico ambiental – cuja titularidade reside na comunidade (“todos”) – ao reconhecer-se um direito subjetivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em outras palavras, “a titularidade individual de um direito subjectivo ao ambiente não traz consigo a subversão do ambiente como bem jurídico colectivo”.³²

Segundo o autor, o artigo 225 é, na verdade, uma síntese de todos os dispositivos ambientais que permeiam a Constituição, ligando-se de forma umbilical

³⁰ Alguns estudiosos preferem o termo dimensão ao invés de geração. A crítica é ventilada principalmente por Paulo Bonavides e Ingo Sarlet, tendo em vista que o termo geração dá a ideia de sucessividade a uma parcela de direitos, ao passo que dimensão seria o mais apropriado, tendo em vista o caráter de complementaridade de um conjunto de direitos em outro, sendo este um aspecto meramente terminológico. Nesse sentido v. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 52-57.

³¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.06.

³² BENJAMIN, Antonio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira*. In: CANOTILHO; LEITE, op. cit., p.123.

à própria proteção da vida e da saúde, à salvaguarda da dignidade da pessoa humana e à funcionalização ecológica da propriedade³³.

A palavra “todos” vem traduzir uma visão holística e universal do meio ambiente, garantindo aos destinatários, brasileiros ou estrangeiros, a proteção dessa prerrogativa fundamental.

Isso porque a proteção da dignidade da pessoa humana, assim como a tutela do meio ambiente, está para além da cidadania nacional. Postula uma visão universal, sem restrições em seu alcance, atingindo o maior número de destinatários.

O termo da “qualidade de vida” é aclarado por Antonio Herman BENJAMIN:

Qualidade de vida é noção filhote do movimento conservacionista dos anos 60, uma espécie de complemento necessário da noção de meio ambiente, sendo “um termo difícil de limitar ou definir”. Nem por isso, seu apelo retórico e político perde espaço, notadamente nos trabalhos legislativos. No caso brasileiro, a expressão parece indicar uma preocupação com a manutenção das condições normais (=sadias) do meio ambiente, condições que propiciem o desenvolvimento pleno (e até natural perecimento) de todas as formas de vida. Em tal perspectiva, o termo é empregado pela Constituição não no seu sentido estritamente antropocêntrico (a qualidade da vida humana), mas com um alcance mais ambicioso, ao se propor – pela ausência da qualificação humana expressa – a preservar a existência e o pleno funcionamento de todas as condições e relações que geram e asseguram a vida, em suas múltiplas funções.³⁴

Assim, a proteção do meio ambiente passou a ser condicionante na garantia da qualidade de vida, de forma que, ao contrário do pensamento conservador e antropocêntrico, o ser humano não depende apenas de si mesmo para atingir o bem estar coletivo. Sua satisfação pessoal é influenciada diretamente pelo ambiente que o cerca.

Os parágrafos que embasam o *caput* do artigo possuem característica plural, ao tratar de matérias como a incumbência do Poder Público em diversos tipos de preservação e deveres impostos a fim de controle ambiental. Ainda, a

³³ *Ibidem*, p.124.

³⁴ *Ibidem*, p.128.

definição da Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira como patrimônios naturais, com regime especial de proteção e utilização condicionada à legislação.³⁵

1.3 Conceito de meio ambiente

O legislador infraconstitucional preocupou-se em definir o meio ambiente, conforme se verifica no art. 3º, I, da Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente):

Art. 3º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.
[...]

³⁵ “[...] § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. § 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. § 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. § 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. § 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.”

Assim, a título de conceituação, o Brasil adotou o conceito de meio ambiente, para referir-se a tudo o que cerca o ser humano, sob diferentes aspectos. Para alguns autores, o termo meio ambiente é redundante, uma vez que é formado por palavras sinônimas. Por essa razão, alguns países, principalmente europeus, adotaram somente a denominação *ambiente*, ao invés do substantivo composto *meio ambiente*.

No entanto, pouco importaria a terminologia utilizada, haja vista que a intenção final acaba sendo a mesma: referir-se ao meio no qual se vive.

Muito se fala de meio ambiente como sinônimo de natureza. Contudo, deve-se ater para o amplo significado que o conceito de meio ambiente abrange.

Segundo Celso Antonio Pacheco FIORILLO³⁶, a classificação do meio ambiente se dá pela divisão em quatro aspectos. Segundo ele, a divisão do meio ambiente busca facilitar a identificação da atividade degradante e do bem imediatamente agredido. Deve-se lembrar, ainda, que o objeto maior da tutela ambiental é tutelar a vida saudável, de modo que a classificação apenas identifica o aspecto do meio ambiente em que valores maiores foram aviltados.

Assim sendo, encontram-se quatro aspectos significativos: meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho.

Primeiramente deve-se ater para o significado mais costumeiro, tal qual é o meio ambiente natural. Constitui-se pela atmosfera, pelos elementos da biosfera, pelas águas (inclusive pelo mar territorial), pelo solo, subsolo, fauna e flora. Sendo assim, é o sentido intuitivo de meio ambiente.

Após, há o aspecto do meio ambiente artificial, donde decorre a natureza jurídica do Direito Urbanístico, valendo-se do conceito de cidade³⁷. Aqui contemplam o chamado espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações, bem como os chamados equipamentos públicos – praças, parques, ruas, acessos – de forma a atribuir tutela jurídica específica ao meio ambiente urbano.

³⁶ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.73-38.

³⁷ O vocábulo “urbano” vem do latim *urbs*, *urbis*, que significa cidade e, por extensão a convivência harmônica de seus habitantes.

As disposições da Lei 10.257/01 – Estatuto da Cidade – exemplificam a tutela do meio ambiente artificial. Sua base normativa é formada pelos artigos 182 e 183 da Constituição Federal³⁸.

Seguindo, tem-se o aspecto do meio ambiente cultural. Encontra-se previsto nas disposições do artigo 216 da Constituição Federal³⁹, onde se protege o patrimônio cultural material e imaterial – entendido como os bens de valor histórico-cultural de valor histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico, possuindo todos eles um valor identificador da cidadania nacional, inseridos no cotidiano do povo brasileiro.

Celso FIORILLO elege como aspecto integrante do meio ambiente cultural, o conteúdo digital fortemente presente na sociedade contemporânea:

O meio ambiente cultural por via de consequência manifesta-se no século XXI em nosso país exatamente em face de uma cultura que passa por diversos veículos reveladores de um novo processo civilizatório adaptado necessariamente à sociedade de informação, a saber, de uma nova forma de viver relacionada a uma cultura de convergência em que as emissoras de rádio, televisão, o cinema, os *videogames*, a internet, as comunicações por meio de ligações de telefones fixos e celulares etc. moldam uma “nova vida” reveladora de uma nova faceta do meio ambiente cultural, a saber, o meio ambiente digital.⁴⁰

Por último, há o aspecto do meio ambiente do trabalho, sendo o local onde se desempenham as atividades laborais relacionadas à saúde, relacionadas à

³⁸ A Constituição Federal traz os vetores do meio ambiente artificial: “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...] Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. [...]”

³⁹ Sobre tal aspecto, a Constituição estabelece: “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.”

⁴⁰ FIORILLO, *op cit.* p.77, com grifos no original.

salubridade do meio. A Carta Constitucional estabelece em seus artigos 7º, XXIII e 200, inciso VIII, a proteção do meio ambiente do trabalho⁴¹.

Assim sendo, o meio ambiente do trabalho tutela a proteção do trabalhador em suas diversas formas, podendo ser citado como exemplos os equipamentos de proteção individual (EPIs) e projetos de lei para obrigação de ginástica laboral em empresas e funcionalismo público.

O conceito de meio ambiente, tendo em vista sua pluralidade, deve ser interpretado de maneira sistêmica na ordem constitucional.

1.4 Natureza jurídica do meio ambiente

Segundo José Joaquim GOMES CANOTILHO, um significativo número de textos constitucionais se preocupou mais com o *direito do ambiente* do que com o *direito ao ambiente*⁴².

A divisão pode, à primeira vista, parecer imperceptível, contudo o constitucionalista traz uma crítica que auxilia na compreensão da natureza jurídica do meio ambiente.

Trata-se da natureza em que se deve enquadrar o direito ao meio ambiente: se será normatizado como direito subjetivo ou objeto de direito a ser prestado pelo Estado e comunidade.

Se for direito fundamental, enquadra-se nos direitos e garantias fundamentais, como é o caso de Portugal, Espanha e Brasil (ainda que incluído em capítulo apartado no texto constitucional). Na hipótese de ser bem jurídico a ser tutelado, enquadra-se nos deveres do Estado a serem prestados à coletividade, com o dever da comunidade, como no caso da Alemanha, Finlândia, Holanda e Suécia.

⁴¹ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; [...] Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...] VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.”

⁴² CANOTILHO, *op.cit.*, 2004, p.179.

Assim sendo, pelo entendimento de CANOTILHO, deve-se buscar qual a natureza que melhor se adéqua ao meio ambiente: (i) direito subjetivo; ou (ii) fim e tarefa do Estado e da comunidade.

Como tarefa do Estado e da comunidade, tem-se as chamadas normas-programa ou programáticas. Atribui-se uma diretriz a ser percorrida pelo Estado e, dentro desses limites, tem-se a eventual proteção desse direito.

As normas programáticas possuem o condão de atribuir ao Estado deveres a serem postos em prática para consecução dos objetivos propostos. Assim, após a promulgação de uma constituição, o direito fundamental irá se solidificando por meio de políticas públicas, legislação infraconstitucional e compromissos na efetividade da previsão constitucional.

Desse modo, é inevitável a dependência entre constituição e instrumentos infraconstitucionais, inclusive administrativos para a consecução dos objetivos constitucionais supramencionados.

No caso brasileiro, decorre a imensa gama de resoluções do CONAMA, portarias e recomendações do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e dos órgãos estaduais, sobre os mais variados temas ambientais como: destinação de resíduos sólidos, procedimento do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA), períodos de defeso na pesca regional ou local, requisitos para o licenciamento ambiental, entre outros.

Em que pese as definições sejam estabelecidas por normas de baixa hierarquia instrumental, não se poderia agir de outra maneira, pois trata-se de questões muito específicas e variáveis, necessitando de modificações temporárias.

Assim, não há como afirmar que o meio ambiente somente é objeto de prestação estatal. Mantê-lo ecologicamente equilibrado é dever do Estado e da coletividade. Mas não é só. O direito ambiental também possui natureza de direito subjetivo, em decorrência da interpretação constitucional.

Qualquer indivíduo poderá reclamar do Estado a adoção de medidas de reparação de bens ambientais em situação de risco. A participação individual se dá sob a forma de direitos de informação, direitos de participação e direitos de ação

judicial.⁴³ Audiências públicas, ação civil pública e ação popular ilustram a possibilidade de reivindicação da coletividade em favor do meio ambiente.

Assim sendo, todo o arcabouço normativo de proteção do meio ambiente faz com que sua natureza seja ampliada ao *status* de direito subjetivo.⁴⁴, haja vista a proximidade existente entre o direito e o dever ambiental.

Portanto, no caso brasileiro, a natureza jurídica do meio ambiente constitui-se do conjunto formado pela tarefa do Estado e direito subjetivo do indivíduo.

1.5 A mudança de paradigma

Numa abordagem crítica do caminhar do direito ambiental, Ricardo Luis LORENZETTI traz as etapas de seu evolucionismo, separando-as em três: retórica, analítica e paradigmática.

A primeira foi “retórica”, uma vez que, nos anos setenta, o movimento ambientalista semeou as primeiras palavras novas, símbolos e utopias, pouco conhecidos até então. A segunda foi “analítica”, no sentido de que identificaram problemas, os estudaram, e foram-se elaborando modelos para tratá-los. Na esfera jurídica isto significou um impressionante movimento de qualificação de novas hipóteses de regulação, leis de todo tipo nos Estados, Constituições “verdes” e tratados internacionais de conteúdo amplo. A terceira é, em nossa opinião, “paradigmática”, porquanto aquilo que está mudando é o nosso modo de ver os problemas e as soluções proporcionadas por nossa cultura. Não é só uma nova disciplina, como se pressupunha com as etapas anteriores, posto que estamos frente a uma questão que incide na etapa de criação das hipóteses, e é, fundamentalmente, uma mudança epistemológica.⁴⁵

Dessa forma, a defesa dos interesses relacionados ao meio ambiente sofreu mudanças estruturais ao longo do tempo.

Note-se que, para o autor, a fase atual, intitulada paradigmática, é expressa na ideia de como se encara o atual cenário em que se vive. A hipótese de

⁴³ *Ibidem*, p.187.

⁴⁴ *Ibidem*, p.183.

⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria Geral do Direito Ambiental. São Paulo: RT, 2010, p.16.

conscientização ambiental está contida nessa fase, pois são pensadas as soluções para os antigos problemas ambientais.

Atualmente, o ecologicamente correto está por toda a parte. Ainda que dessa visão possa transparecer um discurso altamente econômico, é certo que o discurso vem angariando defensores e a nova geração já cresce em meio à defesa ambiental.

Contudo, o desafio é a modelagem substancial que deverá sofrer os direitos administrativo, penal, civil, tributário e processual, a fim de se vincular à interação sistêmica e aos enfoques holísticos com a matéria ambiental.⁴⁶

Nesse sentido, traz-se aqui o cenário da destruição da ilha de Páscoa pelos europeus a partir de 1770, contada por Jared DIAMOND:

A ilha de Páscoa é o exemplo mais extremo de destruição de florestas no Pacífico, e está entre os mais extremos do mundo: toda a floresta desapareceu, todas as suas espécies de árvore se extinguíram. As conseqüências imediatas para os insulares foram a perda de matérias-primas, perda de fontes de caça e diminuição das colheitas.⁴⁷

Diante da destruição em si, o autor continua sua observação, trazendo a suposição do ponto de vista daqueles que cortaram a última árvore da ilha de Páscoa, em franca analogia com a destruição ambiental no mundo:

Frequentemente me pergunto: “O que os insulares de Páscoa que cortaram a última palmeira disseram enquanto faziam aquilo?” Será que, assim como os modernos madeireiros, terão gritado “Trabalho sim, árvores não!”? Ou: “A tecnologia resolverá nossos problemas, não tema, vamos encontrar um substituto para a madeira”? Ou: “Não temos provas de que não há mais palmeiras em algum outro lugar de Páscoa, precisamos de mais pesquisas, a proposta de proibição da atividade madeireira é prematura e movida por sentimentos alarmistas”? Tais questões são levantadas por todas as sociedades que inadvertidamente danificaram seu ambiente.⁴⁸

Ora, o pensamento trazido pelo autor traz a reflexão necessária que se deve ter para a mudança do paradigma ecológico.

⁴⁶ *Ibidem*, p.16.

⁴⁷ DIAMOND, Jared. *Colapso: como as sociedades escolhem o fracasso ou o sucesso*. 7ª.ed. Rio de Janeiro: Record, 2010, p.138.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 146-147.

Há constante necessidade de projetar o futuro e conscientizar-se da importância dos recursos naturais para a continuidade da vida no planeta. A “última árvore da ilha de Páscoa” faria toda a diferença no desenvolvimento das futuras gerações.

A alusão encontra respaldo em muitas práticas cotidianas com a indiferença perante o meio ambiente. A poluição em suas variadas formas, e notadamente a falta de compromisso estatal no enfrentamento de problemas ambientais, insurgem-se como “cortes da última árvore da ilha de Páscoa”.

Questões atuais em direito ambiental, em seus diversos aspectos, como o descarte de resíduos sólidos, o lixo doméstico, a falta de água potável, o aquecimento global, o inchaço urbano e a inviabilização do trânsito pelo crescente número de veículos são alguns desafios que já começam a ser enfrentados pela sociedade.

Portanto, a mudança de paradigma se dá a partir do entendimento da natureza como recurso escasso a fim de compreender os reflexos das atitudes cotidianas de todos, que somadas, poderão gerar efeitos negativos em um futuro próximo.

2 CRISE ECOLÓGICA E O NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO AMBIENTAL

Tendo em vista que o meio ambiente vem sofrendo constantes ameaças à sua garantia, há de se delimitar seu núcleo essencial, a fim de que possam ser estabelecidos parâmetros de atuação jurídica.

Pretende-se demonstrar neste capítulo a relação entre a parcela indisponível do direito ao meio ambiente e os limites de sua relativização frente aos anseios econômicos na busca pelo desenvolvimento sustentável.

2.1 Constitucionalismo ambiental por meio de princípios

Ao ser elevado ao patamar constitucional, o direito ambiental irradiou vetores ao Estado brasileiro, a fim de nortear todas as relações que adviriam a partir daquele momento.

Assim, surgiram os princípios ambientais constitucionais, que sustentam todo o ordenamento jurídico em matéria de meio ambiente.

Diversos deles passaram a existir em decorrência do artigo 225 da Constituição Federal, constituindo elemento essencial da garantia ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O reconhecimento de um direito fundamental ao meio ambiente – aspecto subjetivo – constitui tema central na agenda político-jurídica contemporânea.

Há de se cobrar do Estado a fiscalização administrativa dos recursos naturais, sob pena de responsabilizá-lo por omissão, no caso de eventual dano provocado por particular, cujo resultado poderia ter sido evitado.

O próprio caráter difuso do direito ao meio ambiente evidencia-se a partir da análise de seus princípios constitucionais, pois o enfoque está sempre relacionado ao bem-estar da coletividade.

Inicialmente, o princípio da equidade intergeracional passou a ser fundamento de validade da garantia ao direito ao meio ambiente. Pelo princípio, atribui-se dever ao Estado e à coletividade na garantia de sua preservação para as futuras gerações.

Estampado como um dos principais vetores para a garantia de um meio ambiente saudável, o princípio da equidade intergeracional assume função de vanguarda ao transcender a ideia de presente, passando a trabalhar com a importante projeção de futuro ecológico.

Tal princípio está inserido no trecho do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, que prevê a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado “*para as presentes e futuras gerações*”.

Ainda que por analogia, o conteúdo do princípio já havia sido difundido por Karl MARX, na obra *O Capital*. Ele defende um tratamento racional da terra em virtude da propriedade comunitária:

Mesmo uma sociedade inteira, uma nação, enfim, todas as sociedades contemporâneas tomadas em conjunto, não são proprietárias da terra. Elas são pessoas ocupantes, usufrutuárias (*Nutzniesser*), e devem, como bons *paters familias*, deixá-la em melhor estado para as futuras gerações.⁴⁹

Ainda que por óticas diversas, os valores defendidos são os mesmos. O meio ambiente nunca deixará de ser comunitário. E esse pensamento não poderia ser diferente, ao tratarmos de um direito transindividual, de impossível mensuração e quantificação. As futuras gerações, inevitavelmente, conviverão com os reflexos das escolhas feitas pela sociedade atual.⁵⁰

Nesse sentido, Amartya SEN e Bernardo KLIKSBURG trazem pertinente observação:

Para ilustrar esse ponto, considere a nossa responsabilidade em relação ao futuro de outras espécies, não meramente na medida em

⁴⁹ MARX, Karl. *O Capital*. Vol. III. T.2. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p.154.

⁵⁰ Numa alusão musical do princípio, os versos de Roberto Carlos “[...] Seus netos vão te perguntar em poucos anos; Pelas baleias que cruzavam oceanos; Que eles viram em velhos livros; Ou nos filmes dos arquivos; Dos programas vespertinos de televisão [...]”. In: CARLOS, Roberto. *As baleias*. Rio de Janeiro: CBS, 1981. 1CD.

que elas melhorem nosso padrão de vida. Por exemplo, uma pessoa pode julgar que devemos fazer tudo o que for possível para assegurar a preservação de alguma espécie ameaçada de extinção, como, digamos, a coruja pintada. Não haveria nenhuma contradição se essa pessoa dissesse: “Nosso padrão de vida será muito pouco – ou praticamente nada – afetado pela presença ou ausência das corujas pintadas, mas tenho a convicção de que não deveríamos permitir que essa espécie seja extinta por razões que não têm nada a ver com os padrões de vida humanos”.⁵¹

Assim, a garantia da equidade intergeracional prescinde dos interesses atuais e dos pensamentos utilitaristas. O meio ambiente é um usufruto coletivo onde todos nós temos o dever de devolvê-lo às próximas gerações com o mínimo de dignidade. Mais protegido do que quando o encontramos.

O princípio da prevenção é um dos vetores mais importantes do Direito Ambiental. Sabe-se que os danos ambientais, na maioria das vezes, são irreparáveis e irreversíveis. Como o sistema jurídico é impotente para restabelecer em igualdade de condições uma situação idêntica a anterior, adota-se a prevenção do dano, constituindo-se objetivo fundamental do direito ambiental.⁵² Constitui-se na máxima “prevenir para não remediar”.

Celso FIORILLO indica instrumentos importantes que refletem a aplicação do princípio da prevenção, como o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA), o tombamento de bens, as liminares e sanções administrativas (principalmente multas proporcionais ao poder econômico do poluidor).⁵³

Quanto ao princípio da precaução, deve-se salientar que foi acrescentado de forma pioneira pelo Tratado de Maastrich⁵⁴, sendo que ficou conhecido no cenário internacional em 1987, na Segunda Conferência Internacional sobre a proteção do Mar do Norte⁵⁵. Seu conteúdo não pode ser confundido com o princípio da prevenção.

⁵¹ SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. op. cit. p. 68.

⁵² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. op. cit. p.117.

⁵³ Ibidem, p. 118.

⁵⁴ O Tratado de Maastrich além de criar uma nova organização internacional regional na Europa, a União Europeia, introduziu o esverdear do Direito Constitucional Europeu. O desenvolvimento sustentável passou a ser a nova missão comunitária e um objetivo ao progresso econômico e social equilibrado.

⁵⁵ ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *Direito Comunitário do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002, p.18-19.

Analogicamente, o princípio da precaução pode ser tratado como “in dubio pro ambiente”, uma vez que, havendo dúvida quanto aos efeitos de certa atividade para o ambiente, decide-se sempre a favor do ambiente e contra o potencial poluidor. Assim, o ônus da prova da inocuidade de uma ação em relação ao ambiente é transferido para o Estado ou do potencial poluído para o potencial poluidor.

Para Alexandra ARAGÃO,

as dúvidas sobre a perigosidade de uma determinada ação para o ambiente podem existir em várias circunstâncias: ou quando ainda não se verificaram quaisquer danos decorrentes de uma determinada actividade, mas se receia, apesar da falta de provas científicas, que possam vir a ocorrer; ou então quando, havendo já danos provocados ao ambiente, não há provas científicas sobre qual a causa que está na origem dos danos, ou sobre o nexo de causalidade entre uma determinada causa possível e os danos verificados. Em qualquer destes casos de dúvida, o princípio da precaução impõe, por previdência, que as actividades «suspeitas» de ter provocado um dano, ou de poder vir a provocá-lo, sejam interditas.⁵⁶

A jurisprudência brasileira vem reconhecendo a aplicação do princípio da precaução em atividades que gerem dúvida quanto aos danos ambientais. Os casos mais comuns onde se invoca a presença do princípio da precaução são a proibição da queima da palha da cana-de-açúcar e a retirada de ERBs (Estações Rádio-Base de telefonia móvel) de centros urbanos.⁵⁷

Aqui há de se salientar que, ao aplicar o princípio da precaução, por consequência, defende-se o ser humano como destinatário da garantia maior do meio ambiente. Não se trata de um pensamento estritamente antropocêntrico, mas,

⁵⁶ *Ibidem*, p. 19.

⁵⁷ Nesse sentido traz-se precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, um dos pioneiros na defesa do princípio em relação às ERBs: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADMINISTRATIVO. REQUISITOS PARA O LICENCIAMENTO DE ESTAÇÕES DE RÁDIO BASE. Pedido de antecipação de tutela em ação civil pública movida contra empresa de telefonia celular para desativação de estações de rádio-base situadas nas proximidades de hospitais, clínicas e escolas. Descumprimento pela empresa de telefonia do longo prazo de adequação estabelecido pela Lei Municipal-Porto Alegre 8896/2002 (três anos). Incidência do princípio da precaução, no caso concreto, em face da relevante dúvida científica acerca dos malefícios das radiações emitidas por essas estações. Risco de dano irreparável, pois o objetivo é a proteção de crianças e pacientes dos estabelecimentos escolares e hospitalares situados nas proximidades das estações (menos de 50 metros). Presença dos pressupostos para a concessão da antecipação de tutela. DECISÃO REFORMADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70012938981, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 16/03/2006).

sobretudo, de uma baliza de proteção contra as atividades que possam, invisivelmente, causar transtornos à saúde e à qualidade de vida, concepção já garantida no artigo 225 da Constituição Federal.

Já o conteúdo do princípio do poluidor-pagador possui dois momentos importantes, o preventivo e o repressivo. O aspecto preventivo é, em outras palavras, o dever do Estado e do cidadão fiscalizador. Este, consciente dos potenciais danos ao ambiente, principalmente na localidade em que estiver diretamente ligado, atuará na prevenção dos prejuízos – exercendo sua cidadania ambiental.

Aqui, há de se salientar o papel do Estado que realiza a prevenção por meio dos órgãos administrativos em âmbito federal, estadual e municipal. Ao cidadão cabe denunciar quando do conhecimento de danos ambientais existentes, sendo que esta ligação é importantíssima para a garantia da aplicação do princípio.

O aspecto repressivo, todavia, traz a necessária reparação do dano pelo responsável, que poderá se dar de diversas maneiras, seja na restauração natural (retorno ao *status quo ante*), compensação ou indenização.

O princípio do desenvolvimento sustentável possui íntima relação com interpretação do art. 170, VI da Constituição Federal, que regula a ordem econômica nacional⁵⁸.

A defesa do meio ambiente é princípio explícito a ser observado pela livre iniciativa e pelo trabalho humano, contribuindo na valorização de ambos. Dada sua proximidade com o aspecto econômico, o desenvolvimento sustentável será tratado no capítulo seguinte.

Por fim, há o princípio da integração⁵⁹. Oriundo do direito ambiental europeu, ele versa sobre a integração da proteção ambiental com as demais políticas comunitárias. Trata-se, portanto, de interligar o conteúdo do meio

⁵⁸ “[...] a Constituição Federal (LGL 1988\3) é pródiga no tratamento da questão econômica. A engenharia do constituinte edifica um modelo misto, com predominância do capitalismo, mas, como se vê, fortemente regulado, com presença constante do Estado. Preocupa ao constituinte uma intensificação da pobreza, um ressurgimento de modalidades de exploração humana que castiguem a dignidade. Fomenta uma economia de mercado controlada, em favor do desenvolvimento e fincada na soberania nacional.” ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora; FREITAS, Paulo Henrique de Souza. Constituição, economia e inclusão social. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. v. 21, p. 289, Jan. 2008 DTR\2008\119.

⁵⁹ Princípio presente no artigo 174º, n.2, do Tratado da Comunidade Europeia, na sua versão original.

ambiente a todas as atividades a serem desempenhadas pela comunidade, tais como as políticas industrial, agrícola, comercial, energética, de transportes, de turismo, de defesa dos consumidores, social, etc.

2.2 O dever ambiental

A ideia de dever é pouco explorada na doutrina ambiental. Integra parte essencial na defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez que está presente na interpretação de todos os princípios constitucionais ambientais.

O dever do Estado em garantir a efetivação dos direitos constitucionais passou a ser o núcleo da tutela ambiental.

Para Ingo SARLET e Tiago FENSTERSEIFER,

pode-se destacar também a cogente adoção, pelo Estado, de políticas públicas para a tutela e promoção de direitos fundamentais. No caso da proteção ambiental, como expressão mais específica dos deveres de proteção do Estado, além da elaboração de legislação versando sobre a tutela ambiental, pode-se citar a adoção de medidas de controle e fiscalização de ações poluidoras do ambiente, a criação de unidades de conservação, a criação e estruturação de órgãos públicos destinados à tutela ecológica e até mesmo campanhas públicas de educação e conscientização ambiental, além de outras medidas que objetivem a efetividade do direito em questão.⁶⁰

Ademais, deve-se bem dividir a função de cada poder estatal na busca da garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado. E continua:

Enfim, a partir das considerações tecidas acima, resulta patente a obrigação constitucional do Estado-legislador de adotar medidas legislativas e do Estado-Administrador de executar tais medidas de forma adequada e suficiente à tutela ecológica, assegurando o desfrute do direito fundamental em questão. E, quando tal não ocorrer, por omissão ou atuação insuficiente, o Estado-juiz poderá ser acionado para coibir ou corrigir eventuais violações aos parâmetros constitucionalmente exigidos em termos de proteção e promoção do ambiente e da vida humana e não humana.⁶¹

⁶⁰ SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. *op. cit.*, p.183.

⁶¹ *Ibidem*, p.183-184

Contudo, de nada adianta imaginar um dever somente como dependente de prestação estatal ou da responsabilização após a ocorrência de um dano ambiental.

A autorreflexão acerca dos deveres ambientais quase nunca é tratada na discussão jurídica do meio ambiente.

O tema é enfrentado por CANOTILHO:

A segunda inquietação sobre o eventual arcaísmo dogmático do direito ao ambiente como direito subjectivo relaciona-se com o facto de se assistir hoje a uma deslocação do problema do campo dos direitos para o terreno dos *deveres fundamentais*. O enquadramento jurídico-cultural para esta deslocação também é conhecido. Pretende-se sublinhar a necessidade de se ultrapassar a euforia do individualismo de direitos fundamentais e de se radicar uma comunidade de responsabilidade de cidadãos e entes públicos perante os problemas ecológicos e ambientais.⁶²

A responsabilidade de todas as forças sociais – chamada *shared responsibility* – evidencia a existência de um dever coletivo, sendo uma das condicionantes para efetividade dos vetores constitucionais de proteção ao ambiente.

O Direito Constitucional português atribui o dever ambiental como uma das prerrogativas de proteção ao ambiente⁶³.

O artigo 225 da Constituição Federal aponta como dever da coletividade a preservação do meio ambiente, sendo que a obrigação decorre dessa previsão.

A conscientização aliada à educação é fator importante para o enfrentamento do problema, sendo um fator importante na busca pela efetividade

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra Editora: Coimbra, 2004, p.177-189.

⁶³ Jorge Miranda afirma: “Não tem a Constituição *ex professo* nenhuma disposição geral sobre deveres, nem uma enumeração paralela à dos direitos, e do art. 29º, nº 1, da Declaração Universal fala apenas em deveres para com a comunidade, sem os definir. É incidentalmente, aquando do tratamento de determinadas matérias, que se apresentam deveres e outras situações jurídicas passivas, de resto em elenco pouco extensivo. Na parte I encontram-se o dever dos pais de educação e manutenção dos filhos (art. 36º, nºs 5 e 6), o dever cívico de sufrágio (art. 49º, nº 2), o dever de defender o ambiente (art. 66º, nº 1), os deveres dos pais ou dos tutores para com os deficientes (art.71º, nº 2), o dever de escolaridade básica (art.74º, nº 2, alínea a) , o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural (art. 78º, nº 1)”. MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais - introdução geral*: apontamentos das aulas. Lisboa: FDUL, 1999, p.100.

constitucional. Todavia, não é suficiente. Deverá ser somada a políticas públicas, com imposição de sanções àqueles que causarem danos ao meio ambiente.

Importante, aqui, conjugar o disposto do artigo 1.228, §1º do Código Civil, que prevê:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

O artigo alinha-se no conteúdo do princípio da função social da propriedade, estampado no artigo 5º, XXIII da Constituição Federal.

O principal problema é que a questão ambiental está estritamente ligada a interesses econômicos, sendo que somente poderá ser modificada por políticas públicas influentes nas relações privadas.

Eduardo GALEANO em sua crítica intitulada “Quatro frases que fazem o nariz do Pinóquio crescer”, aponta que a expressão *somos todos responsáveis*, ao atribuir ampla responsabilidade ao coletivo, na verdade não atribui responsabilidade a ninguém.

Segundo ele:

A saúde do mundo está feita um caco. ‘Somos todos responsáveis’, clamam as vozes do alarme universal, e a generalização absolve: se somos todos responsáveis, ninguém é. Como coelhos, reproduzem-se os novos tecnocratas do meio ambiente. É a maior taxa de natalidade do mundo: os experts geram experts e mais experts que se ocupam de envolver o tema com o papel celofane da ambigüidade. Eles fabricam a brumosa linguagem das exortações ao ‘sacrifício de todos’ nas declarações dos governos e nos solenes acordos internacionais que ninguém cumpre. Estas cataratas de palavras – inundação que ameaça a se converter em uma catástrofe ecológica comparável ao buraco na camada de ozônio – não se desencadeiam gratuitamente.⁶⁴

Ele critica o discurso generalizado que é promovido atualmente em escala mundial, quando se trata de responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente. E termina:

⁶⁴ GALEANO, Eduardo. Quatro frases que fazem o nariz do Pinóquio crescer. *Diario liberdade*. 19.mai.2011. Disponível em <www.diarioliberalidade.org>. Acesso em 12.05.2012.

A linguagem oficial asfixia a realidade para outorgar impunidade à sociedade de consumo, que é imposta como modelo de desenvolvimento, e às grandes empresas que tiram proveito dele. Mas, as estatísticas confessam. Os dados ocultos sob o palavreado revelam que 20% da humanidade comete 80% das agressões contra a natureza, crime que os assassinos chamam de suicídio, e é a humanidade inteira que paga as conseqüências da degradação da terra, da intoxicação do ar, do envenenamento da água, do enlouquecimento do clima e da dilapidação dos recursos naturais não-renováveis. A senhora Harlem Bruntland, que encabeça o governo da Noruega, comprovou recentemente que, se os 7 bilhões de habitantes do planeta consumissem o mesmo que os países desenvolvidos do Ocidente, “faltariam 10 planetas como o nosso para satisfazerem todas as suas necessidades”. Uma experiência impossível.⁶⁵

Em que pese a afirmativa realista, sabe-se que o dever ambiental coletivo é importante e não pode ser esquecido. Ainda que o papel da coletividade possa parecer ínfimo defronte aos imensos prejuízos causados pelo empreendedorismo (lavado de verde), o dever da coletividade contribuirá para a mudança deste cenário.

Nesse sentido são as considerações de Amartya SEN e Bernardo KLIKSBERG:

Que papel, então, deve caber aos cidadãos na política ambiental? Primeiro, deve envolver a capacidade de pensar, valorizar e agir, e isso requer conceber os seres humanos como agentes, em vez de meramente recipientes. Isso tem relevância para muitas discussões ambientais de importância crítica. Considere, por exemplo, o notável relatório da Royal Society, *Towards sustainable consumption* [Em direção a um consumo sustentável], publicado em 2000. O relatório mostra, entre outras coisas, que as tendências atuais de consumo são insustentáveis, e que há necessidade de contenção e redução, a começar pelos países ricos. [...] Esta é certamente uma tarefa difícil, mas, se as pessoas são de fato agentes racionais (em vez de meros recipientes necessitados), então uma abordagem possível pode estar na discussão pública e na emergência e sustentação de prioridades favoráveis ao meio ambiente, junto com uma ampliação do entendimento da nossa grave situação ecológica.⁶⁶

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. *op. cit.*, p.69.

Segundo essa linha, portanto, a atitude humana, desde que trabalhada de forma racional e coletiva, é potencialmente transformadora em favor do meio ambiente.

É inegável que o Estado possui bem delineado seu dever em defender o meio ambiente. O ente público, por meio de todas as suas ramificações, deverá ser o centro dessa proteção por meio de políticas públicas, seja de forma educativa, seja de forma repressiva. A condição já está expressa no *caput* do artigo 225.

À coletividade caberá a defesa conjunta do meio ambiente. Sua negligência deverá ser cobrada pelo próprio Estado que promoveu sua conscientização. Somente dessa forma poderão ser alcançados os objetivos traçados na Carta Maior.

2.3 Ditames da economia: risco ambiental e desenvolvimento sustentável

Um dos principais motivos que contribuem para a hipertrofia da questão ambiental na sociedade é a crise dos recursos naturais.

A visão antropocêntrica do Direito Ambiental é a grande responsável pela submissão da natureza ao homem. O fato de o ser humano não agir instintivamente como os demais seres, pode decidir a maioria de suas ações, de forma a subjugar a natureza, transformando-a de acordo com suas necessidades.⁶⁷

A visão clássica antropocêntrica veio estampada no pensamento dos filósofos gregos, bem como na própria Bíblia⁶⁸, onde os animais eram vistos como bens úteis ao homem, para sua alimentação e fornecimento de matéria-prima.

⁶⁷ Em corrente diversa, Amartya SEN e Bernardo KLIKSBURG tentam demonstrar que a necessidade humana não pode ser pautada como a condição exclusiva do desenvolvimento. Há de se acreditar na mudança de concepção e conscientização do ser humano. Afirmam: "O mundo tem boas razões para ser grato à nova preponderância dessa ideia. No entanto, é necessário indagar se a concepção de seres humanos nela implícita é suficientemente ampla. É certo que as pessoas têm "necessidades", mas elas também têm valores e, em particular, elas prezam sua capacidade de raciocinar, avaliar, agir e participar. Ver as pessoas somente em termos de suas necessidades pode nos proporcionar uma visão um tanto acanhada da humanidade." SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. op. cit. p. 65.

⁶⁸ "Façamos o homem à nossa imagem, com nossa semelhança, e que eles dominem sobre os peixes do mar, as aves do céu, os animais domésticos, todas as feras e todos os répteis que

Segundo LEITE, há dois principais dilemas éticos relacionados a valores de ordem econômica: o antropocentrismo e a ecologia profunda. O antropocentrismo deve ser desmembrado em economicocentrismo e em antropocentrismo alargado.⁶⁹

O economicocentrismo é o pensamento segundo o qual o bem ambiental é reduzido a valores de ordem econômica, fazendo com que qualquer consideração ambiental tenha como “pano de fundo” o proveito econômico pelo ser humano. Já o antropocentrismo alargado pode ser entendido como a autonomia do meio ambiente como garantia de sobrevivência da própria espécie humana, ou seja, alarga-se a visão do homem como autossuficiente para incluir o meio ambiente como fator elementar de sua existência.

A ecologia profunda traz um contraponto ao antropocentrismo clássico, ao atribuir a necessidade de integração do ser humano com o meio ambiente. Nela, supera-se a concepção de que a natureza é mero objeto de direitos, a fim de reconhecer-lhe uma dignidade própria e fazer valer os direitos fundamentais a opor aos seres humanos.⁷⁰

Nesse contexto, é adequado trazer a influência do marxismo perante a defesa do meio ambiente. Em que pese Karl MARX não tenha expressamente em seus escritos mencionado a necessidade de proteção do meio ambiente, muitos deles são analisados sob a ótica da ecologia.

Isso porque o capitalismo foi esmiuçado em seus estudos, de forma a deixar visível as mazelas de sua existência.

Segundo Michael LÖWY:

Não será difícil encontrar outros exemplos de uma real sensibilidade à questão do ambiente natural da atividade humana. Não resta dúvida de que falta a Marx e Engels uma perspectiva ecológica de conjunto. Por outro lado, é impossível pensar em uma ecologia crítica à altura dos desafios contemporâneos sem ter em conta a crítica marxiana da economia política, o questionamento da lógica destrutiva induzida pela

rastejam sobre a terra. Deus criou o homem à sua imagem, à imagem de Deus ele o criou, homem e mulher ele os criou”. Bíblia Sagrada. Gênesis I, 26-28. São Paulo: Edições Paulinas, 1998, p.32.

⁶⁹ LEITE, José Rubens Morato. *op. cit.* p. 157

⁷⁰ No entanto, há certa resistência em se aceitar a ecologia profunda. Questões como o direito subjetivo dos animais e plantas encontram grande resistência no cenário ambiental. *Ibidem*, p.159.

acumulação ilimitada de capital. Uma ecologia que ignora ou negligencia o marxismo e sua crítica do fetichismo da mercadoria está condenada a não ser mais do que uma correção dos “excessos” do produtivismo capitalista.⁷¹

De acordo com István MÉSZÁROS, “quanto mais avançada a sociedade capitalista, mais unilateralmente centrada na produção de riqueza reificada como um fim em si mesma”⁷². Seu pensamento demonstra a influencia da sociedade capitalista nas escolhas de consumo da atualidade⁷³, convergindo à lógica da razão instrumental.

Ademais, na Escola de Frankfurt, também se trata da razão instrumental de Max WEBER. A tese foi bastante difundida por Max HORKHEIMER e, atualmente, por Jürgen HABERMAS⁷⁴.

Pode-se dizer que a razão instrumental, na medida que se automatizam os meios de reprodução de nosso mundo intersubjetivo, é o próprio declínio de nossas condições para obter um consenso sem violência, e a compreensão dessa perda na busca de um valor como técnica. Quando os valores instrumentais universalizados, tais como o dinheiro e o poder, se transformam em meios reguladores, substituindo

⁷¹ LÖWY, Michael. *Ecologia e socialismo*. São Paulo: Cortez, 2005, p.37-38.

⁷² MÉSZÁROS, István. *A educação para além do capital*. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 80.

⁷³ “Embora o período de educação institucionalizada seja limitado sob o capitalismo a relativamente poucos anos da vida dos indivíduos, a dominação ideológica da sociedade prevalece por toda a sua vida, ainda que em muitos contextos essa dominação não tenha de assumir preferências doutrinárias explícitas de valor. E isso torna ainda mais pernicioso o problema do domínio ideológico do capital sobre a sociedade como um todo e, por certo, ao mesmo tempo sobre seus indivíduos convenientemente isolados. Quer os indivíduos particulares tenham ou não consciência disso, não podem sequer encontrar a mínima gota de “fundamento neutro de valor” em sua sociedade, muito embora a explícita doutrinação ideológica lhes garanta de forma enganosa o oposto, pretendendo – e convidando os indivíduos a se identificarem “autonomamente” com essa pretensão – que eles sejam plenamente *soberanos* em sua escolha dos valores em geral, assim como se afirma que eles são *consumidores soberanos* das mercadorias produzidas capitalisticamente, adquiridas com base nas *escolhas soberanas* nos supermercados controlados de modo cada vez mais monopolista. Tudo isso é uma parte integrante da educação capitalista pela qual os indivíduos particulares são diariamente e por toda parte *embebidos nos valores da sociedade de mercadorias*, como algo lógico e natural.” MÉSZÁROS, István. op. cit. p.81-82.

⁷⁴ “Como então deveríamos reagir a essa ameaça? Eia a lógica de Habermas: como os resultados da ciência constituem uma ameaça à nossa (noção predominante de) autonomia e liberdade, deveríamos restringir a ciência. O preço que pagamos por essa solução é a cisão fetichista entre ciência e ética: ‘Sei muito bem o que a ciência afirma, mas, ainda assim, para manter (a aparência de) minha autonomia, prefiro ignorá-la e agir como se não soubesse’. Isso nos impede de enfrentar a verdadeira pergunta: *como essas novas condições nos obrigam a transformar e reinventar as próprias noções de liberdade, autonomia e responsabilidade ética?*” ZIZEK, Slavoj. *Em defesa das causas perdidas*. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 431.

a linguagem como mecanismo de coordenação de ações, as estruturas do mundo vivido são despossuídas de seu meio de reprodução.⁷⁵

A questão ambiental não difere na teoria da razão instrumental. Vive-se para o hoje. O consumo desenfreado gera o sucateamento dos bens ambientais. A competitividade internacional e a busca pelo lucro a qualquer custo são fatores responsáveis pelos danos ao meio ambiente.

Conforme já tratado, a questão dos resíduos sólidos é o maior exemplo a ser enfrentado pelo Estado. O descarte dos bens de consumo é tema ainda distante da sociedade e as políticas públicas criadas são, em sua maioria, ineficientes em seu propósito.

Por séculos e principalmente nas últimas décadas, houve um aumento significativo na destruição dos recursos naturais, considerando como maiores fatores o imediatismo do consumo dos combustíveis fósseis e o desmatamento em diversas regiões do planeta.

A “situação-limite” a que chegamos – no tocante à crise ambiental – está associada de forma direta à postura filosófica – incorporada nas nossas práticas cotidianas – de dominação do ser humano em face do mundo natural, adotada desde a ciência moderna, de inspiração cartesiana, especialmente pela cultura ocidental.⁷⁶

Na sociedade atual, o dano ambiental é inevitável. Trata-se de uma realidade sem controvérsias. Isso porque o interesse econômico está atrelado em todas as atividades humanas, de forma a prejudicar, ainda que minimamente, o equilíbrio ambiental.

O uso das tecnologias expõe a existência humana, ao colocar o indivíduo como meio ou objeto para consecução de determinadas práticas, negando sua autonomia e condição de fim em si mesmo ou mesmo de sujeito da sua história de vida, consagrada pela dignidade da pessoa humana.

José Rubens Morato LEITE conceitua:

⁷⁵ FREITAS, Fernando Ferreira Pinto de. *A natureza misantropa da razão: reflexões acerca da razão instrumental*. Laboratório de Estudos Contemporâneos LABORE-UERJ. *Revista Eletrônica Polêmica*. V. 5. Disponível em <http://www.polemica.uerj.br/pol20/oficinas/artigos/saude_1.pdf>. Acesso em 10 out. 2012.

⁷⁶ SARLET; FENSTERSEIFER, *op.cit.*, p.31.

A sociedade de risco é aquela que, em função de seu contínuo crescimento econômico, pode sofrer a qualquer tempo as consequências de uma catástrofe ambiental. Nota-se, portanto, a evolução e o agravamento dos problemas, seguidos de uma evolução da sociedade (da sociedade industrial para a sociedade de risco), sem, contudo, uma adequação dos mecanismos jurídicos de solução dos problemas dessa nova sociedade. Há consciência da existência dos riscos, desacompanhada, contudo, de políticas de gestão, fenômeno denominado *irresponsabilidade organizada*.

O desafio existente é de que forma se trabalha com esse risco e se há possibilidades de contê-lo. Trata-se, portanto, do debatido tema do desenvolvimento sustentável.

Faz-se necessária uma digressão a pontos que interagem na temática ambiental, irradiando efeitos consideráveis para o entendimento do problema.

O surgimento da sociedade de risco designa um estágio da modernidade no qual começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então pelo modelo econômico da sociedade industrial.

É inegável que os reflexos da economia são fatores determinantes na sociedade atual. Ulrich BECK conceitua a ideia de risco como sendo:

Riscos, da maneira como são produzidos no estágio mais avançado do desenvolvimento das forças produtivas – refiro-me, em primeira linha, à radioatividade, que escapa completamente à percepção humana imediata, mas também às toxinas e poluentes presentes no ar, na água e nos alimentos e aos efeitos de curto e longo prazo deles decorrentes sobre plantas, animais e seres humanos –, diferenciam-se claramente das riquezas. Eles desencadeiam danos sistematicamente definidos, por vezes *irreversíveis*, permanecem no mais das vezes fundamentalmente *invisíveis*, baseiam-se em *interpretações causais*, apresentam-se portanto tão somente no *conhecimento* (científico ou anticientífico) que se tenha deles, podem ser alterados, diminuídos ou aumentados, dramatizados ou minimizados no âmbito do conhecimento e estão, assim, em certa medida, *abertos a processos sociais de definição*. Dessa forma, instrumentos e posições da definição dos riscos tornam-se posições-chave em termos sociopolíticos.⁷⁷

O risco é inerente a qualquer empreendimento que se utiliza de algum tipo de tecnologia. Basta analisar o descarte de resíduos sólidos. Qualquer

⁷⁷ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010, p.27.

atividade, atualmente, tem que se preocupar com essa questão. Ainda mais após a edição da Lei 12.305/10, que regulou a matéria.

Os conhecimentos tecnológicos e científicos, por não terem o desenvolvimento social e a dignidade humana como suas principais finalidades, passaram a ser ameaça à manutenção e sobrevivência da espécie humana, assim como de todo o ecossistema planetário, sendo essa a chamada *sociedade de risco*.⁷⁸

A crítica demonstra-se consistente ao atribuir ao Direito Ambiental a carência instrumental de agente transformador da sociedade atual. São as palavras de José Rubens Morato LEITE:

Pode-se afirmar, portanto, que o Direito Ambiental acaba por exercer uma função meramente figurativa na sociedade de risco, operando de forma simbólica diante da necessidade de uma efetiva proteção do meio ambiente. Essa manifestação representativa do sistema jurídico-ambiental cria a falsa impressão de que existe uma ativa e completa assistência ecológica por parte do Estado. Com isso, produz-se uma realidade fictícia, na qual a sociedade é mantida confiante e tranqüila em relação aos padrões de segurança existentes.⁷⁹

Dessa forma, ainda que publicamente se demonstre como um garantidor em suas propostas, o Direito Ambiental carece de instrumentos para combater os diversos abusos cometidos em escala global.

A crítica se estrutura também na dificuldade em que se tem de saber objetivamente os riscos, as condições e os efeitos das atividades potencialmente causadoras de dano ambiental, principalmente no que se refere às incertezas científicas de um potencial dano ambiental.

Nesse sentido, importante frisar o papel da publicidade ambiental como fator que impede a lucidez na interpretação do Direito Ambiental.

BECK complementa:

O que era inofensivo acaba revelando-se como perigoso – vinho, chá, macarrão etc. Fertilizantes convertem-se em venenos de longa duração com efeitos que se estendem mundialmente. As anteriormente

⁷⁸ SARLET; FENSTERSEIFER, *op.cit.*, p.31.

⁷⁹ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 4ª. ed. , p.155.

celebradas fontes de riqueza (energia atômica, indústria química, tecnologia genética etc.) transformam-se em imprevisíveis fontes de perigos. A evidência dos perigos oferece cada vez mais resistência aos habituais procedimentos de minimização e encobrimento. Os agentes da modernização – na economia, na ciência e na política – veem-se colocados na desconfortável posição de um réu que pleiteia inocência diante de uma séria de indícios que lhe fazem suar frio.⁸⁰

A sociedade de risco, cada dia mais, é alimentada por anúncios bondosos e politicamente corretos sobre determinado produto ou atividade. É a lógica do mercado valendo-se de um discurso galanteador, que com sua “nobreza” de intenções, engana a todos e contribui para a manutenção do *status quo*.

Mas como desenvolver economicamente sem agredir bens ambientais? Deve-se aliar o entendimento com o princípio do desenvolvimento sustentável, que vem assumindo centralidade no discurso ambiental contemporâneo.

O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz o bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.⁸¹

A dificuldade da conciliação entre produção e desenvolvimento sustentável é o grande desafio da atualidade. De um lado está o meio ambiente, que vem sendo destruído há muito tempo e que luta para não ser relativizado pelo lucro. Este, por sua vez, não perde dividendos em favor do meio ambiente. Eis a formação de um embate dissimulado, de rótulos e discursos fáceis, onde o meio ambiente, até o momento, vem saindo prejudicado. É o que se passa a tratar no próximo tópico.

⁸⁰ BECK, Ulrich. *op. cit.* p.62.

⁸¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *op.cit.* p. 643.

2.4 A publicidade ambiental como “miopia” da sociedade do risco

Na doutrina econômica, a publicidade é mecanismo essencial para comercialização dos produtos. Em nome de uma demanda cada vez maior, o cenário comercial utiliza-se da publicidade a qualquer custo, pois essa é uma das leis do mercado.

Em relação à propaganda, John Kenneth GALBRAITH afirma que:

A inovação e a modificação de produtos são uma função econômica importante, e nenhum fabricante expressivo lança um produto novo sem antes estimular a demanda por seu consumo, a não ser que prefira influenciar e manter a demanda por um produto já existente. É aí que entra o universo da publicidade e das vendas, da televisão, da manipulação do consumidor. Ou seja, uma agressão à soberania do consumidor e do mercado.⁸²

Nesse cenário, para ilustrar o tema, analisa-se a publicidade ambiental contemporânea como fator prejudicial à melhoria das condições da sociedade de risco.

Conforme afirmou o autor, as relações de consumo são previamente estabelecidas. Sempre haverá uma estratégia anterior ao lançamento de um produto ou atividade. A demanda deverá ser estimulada.

O meio ambiente ou o discurso em prol de seu valor intrínseco, tornou-se um motivo de aumento de demanda no consumo de determinados produtos. É a moda sustentável.

Diversas empresas há alguns anos, valem-se da propaganda ambiental para se promoverem no mercado. A estratégia é conhecida como *greenwashing*⁸³ e o tema ainda é pouco explorado no cenário jurídico brasileiro.

⁸² GALBRAITH, John Kenneth. *A economia das fraudes inocentes*. São Paulo: Companhia das Letras, p.22-23, 2004.

⁸³ “O termo “greenwashing” foi inicialmente utilizado em 1986 pelo norte-americano Jay Westerveld. Ao observar as então novas práticas hoteleiras de encorajar o consumidor (hóspede, no caso) a reutilizar as toalhas e lençóis (ao invés de trocá-los diariamente, como se costumava fazer) sob o pretexto de que, com tal atitude, o hóspede estaria ajudando a “salvar o meio ambiente”, Westerveld observou que tais práticas nada mais eram do que uma manobra para aumentar os lucros, pois, na realidade, a campanha de reutilização dos lençóis e toalhas era isolada e não havia nenhuma outra política ou ação efetivamente sustentável pelos hotéis.” MÜLLER, Karina Haidar. Greenwashing, a ‘lavagem verde’. *Valor Econômico*, São Paulo. 18.abr.2011. Disponível

O CONAR (Conselho Nacional de Auto Regulamentação Publicitária) estabeleceu parâmetros para que a propaganda verde pudesse ser utilizada. Trata-se do artigo 36 e do anexo “U” no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, de 1978, sendo que tais modificações entraram em vigor em 1º de agosto de 2011.

Artigo 36. A publicidade deverá refletir as preocupações de toda a humanidade com os problemas relacionados com a qualidade de vida e a proteção do meio ambiente; assim, serão vigorosamente combatidos os anúncios que, direta ou indiretamente, estimulem: a poluição do ar, das águas, das matas e dos demais recursos naturais; a poluição do meio ambiente urbano; a depredação da fauna, da flora e dos demais recursos naturais; a poluição visual dos campos e das cidades; a poluição sonora; o desperdício de recursos naturais.

Parágrafo único: Considerando a crescente utilização de informações e indicativos ambientais na publicidade institucional e de produtos e serviços, serão atendidos os seguintes princípios: veracidade – as informações ambientais devem ser verdadeiras e passíveis de verificação e comprovação; exatidão – as informações ambientais devem ser exatas e precisas, não cabendo informações genéricas e vagas; pertinência – as informações ambientais veiculadas devem ter relação com os processos de produção e comercialização dos produtos e serviços anunciados; relevância – o benefício ambiental salientado deverá ser significativo em termos do impacto total do produto e do serviço sobre o meio ambiente, em todo seu ciclo de vida, ou seja, na sua produção, uso e descarte.⁸⁴

A iniciativa do Conselho é um avanço, em que pese exista em âmbito de uma organização não-governamental, pois traça parâmetros objetivos à publicidade irresponsável.

A pressão social exercida pela entidade é importante para que, em um futuro próximo, possa haver uma regulamentação jurídica sobre o assunto, com a imposição de sanções específicas para a publicidade enganosa ambiental.

José Rubens Morato LEITE, ao analisar a doutrina do risco de Beck, no tocante à falta de informações da iniciativa privada, observa:

Ademais, Beck alerta para a ausência de publicidade dos riscos, compreendendo-se aí a dificuldade de acesso às informações que

em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/883223/greenwashing-lavagem-verde>>. Acesso em 12.06.2012.

⁸⁴ CONAR. Código de Autorregulamentação Publicitária. Disponível em <www.conar.org.br>. Acesso em 21.05.2012.

permitam medir o conteúdo e a extensão dos riscos. Nesse sentido, ele estabelece a diferenciação da situação em que se sabe que o perigo existe daquela situação em que se corre perigo sem saber sua origem ou extensão.⁸⁵

A dificuldade no acesso às informações de empreendimentos, bem como a complexidade de seu conteúdo quando acessível, são fatores que contribuem em demasia para que a propaganda verde seja realizada sem quaisquer parâmetros.

Se certa empresa se diz sustentável, alegando algum motivo ou não, torna-se quase impossível afirmar que tal informação não condiz com a realidade de suas práticas.

Nesses termos, a *lavagem verde* das empresas se alastrou como um “modismo” exacerbado, onde quem é sustentável por um ínfimo motivo, alcança a simpatia de seu público-alvo, sem, necessariamente, o ser.

Washington TESTA, ao tratar da informação e dos desafios da verdade, afirma que:

A verdade constitucional constitui um cânon aberto (plural), no sentido de que não há verdade absoluta e sim relativa, contudo, sem que implique um relativismo legitimador da mentira. Admissível a inexistência da verdade singular, senão verdades plurais (diversidade), o que não corresponde a uma discrepância consciente e arbitrária da realidade. A Constituição da República de 1988, implicitamente, traz o valor-verdade como fruto da principiologia: a dignidade humana, o regime democrático de direito, o ideal de uma sociedade justa e solidária, e no próprio direito à informação, que não pode significar outra coisa senão veracidade.⁸⁶

Em que pese suas considerações maciças sobre a verdade na imprensa, há de se aplicar analogicamente a contribuição do autor para a questão da publicidade.

A informação emanada pela publicidade é absorvida, em sua grande maioria, como verdade, pela confiança que se têm na boa-fé da empresa. Assim, ao anunciar um produto ou uma atividade, o empreendedor cria a expectativa no

⁸⁵ LEITE, Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO; LEITE, *op.cit.* p.151-226.

⁸⁶ TESTA JÚNIOR, Washington. Informação, Direito e Verdade: regulação constitucional da imprensa. Curitiba: Juruá, 2011, p. 149.

receptor da mensagem publicitária, de forma a fazer com que ele acredite na “verdade” apresentada.

A propaganda ambiental passou a ser difundida sem parâmetros objetivos. São muitas as “verdades” que andam sendo pronunciadas, sem que haja filtros para conter essa corrente dita sustentável, que vem se demonstrando irresponsável.

Sobre os efeitos de uma atividade aparentemente proveitosa no cenário socioambiental, John Kenneth GALBRAITH afirma:

No entanto, imperfeições sociais e suas conseqüências exigem atenção. Uma delas, como observado há pouco, é a forma pela qual o poder das empresas moldou os desejos do público a suas próprias capacidades e necessidades. Ele definiu que o sucesso social consiste em mais automóveis, mais aparelhos de televisão, vestimentas das mais diversas, um volume maior de todos os outros bens de consumo. Mais e mais armamentos letais, também. Eis a medida da realização humana. Os efeitos sociais negativos – poluição, destruição das paisagens, riscos para a saúde dos cidadãos, ameaça de ação militar e de morte – não valem tanto quanto aqueles bens. O bom e o desastroso podem ser combinados, quando se medem as façanhas humanas.⁸⁷

Faz-se urgente e necessária a tomada de consciência de tal regulação, pois, somente assim, se estará contribuindo para a minimização dos riscos ambientais, bem como os ocultos, existentes na escala de produção de tantos produtos e atividades que, a primeira vista, são promovidas como sustentáveis.

Na União Européia, por meio do chamado Direito Comunitário do Meio Ambiente, o Regulamento 1980/2000 instituiu o Rótulo Ecológico Comunitário.

O Rótulo é atribuído a produtos que *apresentem características que lhe permitam contribuir de modo significativo para melhoramentos em relação a aspectos ecológicos essenciais contribuindo para uma utilização eficiente* (redação dos artigos 1º e 3º do Regulamento 1980/2000). Assim dependerá do preenchimento de requisitos objetivos a fim de diferenciar os produtos ecologicamente conscientes.

Segundo Alexandra de ARAGÃO,

⁸⁷ GALBRAITH, John Kenneth. *op.cit.*, p.79.

Até à data já foram estabelecidos critérios comunitários para atribuição do rótulo ecológico a máquinas de lavar roupa, produtos de papel *tissue*, tintas e vernizes, produtos têxteis, calçado, detergentes para máquinas de lavar louça, detergentes para roupa, papel de cópia, lâmpadas eléctricas, computadores portáteis, produtos de limpeza «lava tudo» e produtos de limpeza para instalações sanitárias ou detergentes para lavagem manual de louça.⁸⁸

A experiência internacional serve de parâmetro para que no Brasil possa ser admitida a regulamentação da propaganda ambiental, com o delineamento de parâmetros objetivos para regulação dessa prática.

Assim, seriam atendidos os princípios gerais do direito do consumidor, principalmente o princípio da veracidade na publicidade e os princípios gerais de boa-fé e transparência.

Qualquer tentativa de regulação ocorrida no Brasil já pode ser considerada um avanço. Contudo, a discussão ainda está muito aquém de parâmetros objetivos e políticas públicas engajadas para o atendimento dos princípios basilares das relações de consumo.

2.5 O núcleo essencial do direito ambiental

O núcleo essencial é condição necessária para a existência de determinado direito. É o aspecto inerente à sua substância, de forma a resumir a essência daquela prerrogativa.

De acordo com Pietro ALARCÓN:

Qualquer investigação sobre a essência ou substância dos direitos humanos, inevitavelmente deverá preocupar-se em elaborar uma justificativa filosófica. Essa obrigatoriedade advém do eixo que as expressões essência e substância se referem a dimensões tratadas pela Filosofia. Enquanto isso, no sistema criado pelo Direito, com uma lógica e dinâmica própria, a consagração acadêmica da procura pela natureza jurídica dos fenômenos elaborada pelo construtivismo obriga

⁸⁸ ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *Direito Comunitário do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002, p.38.

a uma análise no campo normativo e fundada na realidade, que serve de fonte e ao mesmo tempo de parâmetro de efetividade das normas.⁸⁹

O direito ambiental, dada sua fundamentalidade, possui um núcleo essencial, sobre o qual se assenta a ideia da dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana.

No cenário constitucional atual, consolida-se a formatação de uma *dimensão ecológica–inclusiva – da dignidade humana*, que abrange a ideia em torno de um *bem-estar ambiental* (nos mesmo termos do bem estar social), indispensável a uma vida digna, saudável e segura.⁹⁰

A ideia é bem expressa por Ingo SARLET e Tiago FENSTERSEIFER, ao afirmarem que:

Não se pode conceber a vida – com dignidade e saúde – sem um ambiente natural saudável e equilibrado. A vida e a saúde humanas (ou como se refere o caput do art. 225 da CF88, conjugando tais valores, a *sadia qualidade de vida*) só estão asseguradas no âmbito de determinados padrões ecológicos. O ambiente está presente nas questões mais vitais e elementares da condição humana, além de ser essencial à sobrevivência do ser humano como espécie natural. De tal sorte, o próprio conceito de vida hoje se desenvolve para além de uma concepção estritamente biológica ou física, uma vez que os adjetivos “digna” e “saudável” acabam por implicar um conceito mais amplo, que guarda sintonia com a noção de um pleno desenvolvimento da personalidade humana, para o qual a qualidade do ambiente passa a ser um componente nuclear. [...] A tutela atribuída à personalidade humana representa uma proteção abrangente em face de todas as possibilidades de sua violação, o que deve, necessariamente, acompanhar a evolução e a complexidade das relações sociais contemporâneas, captando a dimensão ecológica dessas.⁹¹

Trata-se, pois, da concretização da vida humana em níveis dignos. Se não houvesse tal padrão ecológico, a vida e a dignidade humana estariam sendo

⁸⁹ “Cualquier investigación sobre la *esencia* o sustancia de los derechos humanos, inevitablemente deberá preocuparse por la elaboración de una justificación filosófica. Esa obligatoriedad deviene del hecho de que las expresiones *esencia* y *sustancia* se refieren a dimensiones tratadas por la Filosofía. En cuanto eso, en el sistema creado por el Derecho, con una lógica y dinámica propia, la consagración académica de la procura por la *naturaleza jurídica* de los fenómenos elaborada por el constructivismo obliga a un análisis en el campo normativo y con asidero en la realidad, que sirve de fuente y al mismo tiempo de parámetro de efectividad de las normas.” ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Derechos humanos: inseguridades y certezas terminológicas. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. v. 22, Jul. 2008 DTR\2008\492, p. 277, tradução livre.

⁹⁰ SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. *op.cit.* p.38.

⁹¹ *Ibidem*, p.39.

violadas no seu núcleo essencial. O bem-estar existencial depende do ambiente saudável.

A garantia pelo Estado⁹² de um ambiente saudável é condição primordial para a consecução de tais objetivos, sendo que tal prerrogativa de dever não pode ser esquecida.

Em comentários à Constituição, Nelson NERY JUNIOR e Rosa de Andrade NERY afirmam:

Numa leitura antropocêntrica, que não exclui a proteção da natureza, essencial à própria vida do homem e à sua qualidade, e à subsistência do gênero humano, o direito ambiental é o direito que regula a atuação do homem em relação ao conjunto dos sistemas físico-químico-biológicos, as suas relações ecossistêmicas e os fatores econômico-culturais com efeito direto e indireto, mediato e imediato, na vida do homem, em si, e em termos da sua qualidade.⁹³

O núcleo essencial, portanto, pode ser traduzido como o sentimento individual, formador, por sua vez, do sentimento coletivo de *bem estar ecológico*.

Daí decorre o sentimento de propriedade coletiva que se têm sobre o meio ambiente, de responsabilidade para com o conjunto ecológico desde o nível local até internacional.

O núcleo essencial do direito ambiental vem legitimar o aspecto transindividual de todo o aparato ecológico existente na sociedade.

A partir do núcleo essencial pode-se delimitar as balizas concretas na proteção de um bem ambiental. A garantia da efetividade do meio ambiente ecologicamente equilibrado somente é interpretada na prática, a partir da ideia de fundamento central, sem o qual não se pode ter tal prerrogativa.

Eis a afirmação que vem legitimar o próximo capítulo, ao falar de proibição de retrocesso ambiental e proibição da proteção insuficiente.

Uma vez garantido, o conteúdo material de um bem jurídico ambiental nunca poderá ser suprimido, pois integrante de seu núcleo essencial.

⁹² “A partir daí podemos dizer que os direitos fundamentais são os interesses jurídicos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar às pessoas a fim de que elas tenham uma vida digna” BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico de expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.67.

⁹³ NERY JUNIOR; NERY. *op. cit.* p.688.

3 PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL: UM CONFLITO CONSTITUCIONAL

A possibilidade de aplicação do princípio da proibição de retrocesso em questões ambientais reforça a tutela constitucional do meio ambiente. Sua proteção efetiva depende da aplicabilidade deste preceito constitucional, a fim de que a segurança jurídica impere sobre os interesses econômicos.

A ideia sustenta-se no fato de que as políticas ambientais do Estado devem sempre melhorar o nível de proteção já assegurado pelos textos normativos ambientais (Constituição, tratados, leis, etc.). Também significa que a água, o solo, a fauna, a flora não podem ver aumentado seu grau de esgotamento.

A proibição de retrocesso, apesar de nascer no âmbito dos direitos sociais, poderá ser utilizada no direito ambiental, nos mesmos moldes, pois o meio ambiente também deverá ser uma prestação estatal, como será demonstrado.

3.1 O princípio da proibição de retrocesso social: da rigidez à segurança jurídica

A Constituição de 1988, ao instituir o Estado Democrático de Direito, reconheceu um longo catálogo de direitos fundamentais, potencializado por sua aplicabilidade imediata, expressa no § 1º de seu artigo 5º.

Da mesma forma, operou-se em relação aos direitos sociais, na medida em que as prestações estatais realizadas em favor da população deveriam estar num patamar mínimo, jamais podendo ser suprimidas.

Como característica primordial, a Constituição brasileira é classificada como rígida, ante sua imutabilidade relativa, sendo tal requisito de fundamental importância para o direito constitucional contemporâneo.

Segundo José Afonso da SILVA, a rigidez possui papel fundamental, pois:

Funciona como pressuposto: a) do próprio conceito de constituição em sentido formal; b) entre normas constitucionais e normas complementares e ordinárias; c) da supremacia formal das normas constitucionais. Constitui, também, suporte da própria *eficácia jurídica* das normas constitucionais. Se estas pudessem ser modificadas pela legislação ordinária, sua eficácia ficaria irremediavelmente comprometida.⁹⁴

Daí decorre a importância da rigidez constitucional, a assegurar a segurança jurídica necessária para a garantia dos direitos fundamentais e sociais. Somente por meio de um processo legislativo específico poderão ser modificadas as disposições constitucionais presentes no texto escrito.

Rigidez constitucional significa imutabilidade da constituição por processos ordinários de elaboração legislativa. Sob esse aspecto, trata-se de problema de natureza puramente formal, jurídica: só as constituições escritas entram nesse contexto.⁹⁵

Muitos dos direitos garantidos na Constituição Federal de 1988 vieram positivados por meio de normas programáticas, que segundo CANOTILHO, podem ser assim definidas:

Qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder público (Crisafulli). Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de normas careça de positividade jurídica autônoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela *interpositio* do legislador; é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes.⁹⁶

Atribui-se às normas constitucionais, portanto, o sentido normas-programas. Deverão ser observadas e cumpridas pelo Estado, através de políticas públicas. De forma crescente, tais direitos passam a invocar observância obrigatória do Estado. Tanto o legislador quanto o administrador público deverão pautar suas condutas para cumprir as normas-programas.

CANOTILHO complementa:

⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *op.cit.* p. 40.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 41.

⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª.ed., Coimbra: Almedina, 2007, p.1177.

Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (*imposição constitucional*); (2) vinculação *positiva* de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como *directivas materiais permanentes*, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam.⁹⁷

Percebe-se, assim, que embora as normas programáticas não tenham um grau de eficácia máximo, não são destituídas de eficácia, pois, no mínimo, estabelecem limites negativos para os poderes públicos, sendo que todas as normas que contrariarem o texto constitucional carregarão a marca da inconstitucionalidade.

José Afonso da SILVA afirma que não há norma constitucional alguma destituída de eficácia, sendo que “todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação na ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada”⁹⁸.

Mais adiante, o mesmo autor trata das consequências da inobservância das normas programáticas dizendo:

É que as normas programáticas se resolvem, *prima facie*, num vínculo ao Poder Legislativo, quer lhe assinalem somente certo fim a atingir, quer estabeleçam, desde logo, restrições, limites, observância de certas diretrizes, critérios ou esquemas gerais, para alcançar o escopo proposto. Em ambas as hipóteses [sustenta Crisafulli] não há dúvida de que a inobservância das normas constitucionais programáticas por parte do órgão legislativo será motivo de invalidade, total ou parcial, do ato de exercício de seu poder, ou seja, da lei deliberada de modo contrário ou diverso de quanto disposto na constituição.⁹⁹

Assim sendo, em virtude de sua concepção dirigente, todos os avanços conquistados pela Constituição de 1988 e legislação por ela recepcionada possuem

⁹⁷ *Ibidem*, p. 1177.

⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p.81.

⁹⁹ *Ibidem*, p.159.

sustentação constitucional programática e devem ser protegidos em face de potenciais modificações futuras. São diretrizes a serem perseguidas e respeitadas.

A partir desta ótica, ganha espaço o princípio da proibição de retrocesso¹⁰⁰, sendo cada vez mais contemplado na doutrina constitucional e invocado pelos tribunais, a fim de proteger o núcleo de direitos fundamentais e sociais assentes no texto legal, caracterizando um verdadeiro “dever de proteção”.¹⁰¹

Segundo Clèmerson Merlin CLÈVE:

O retrocesso social, igualmente, não é aceitável no contexto de uma Constituição como a brasileira. Por isso, uma lei ordinária que, eventualmente, tenha tratado de um direito social, delimitando a sua esfera de incidência ou o modo como as prestações estatais necessárias serão adimplidas, não poderá ser simplesmente revogada por outra lei (mesmo que de idêntica ou superior hierarquia). É certo que, do ponto de vista da teoria do direito, as leis podem ser revogadas por outras residentes em idêntica ou superior posição hierárquica. Entretanto, quando há direito fundamental em jogo, especialmente direito social, há necessidade de certa dose de cautela. Por isso, seria inaceitável, do ponto de vista constitucional, uma lei que pretendesse simplesmente revogar o Estatuto da Criança e do Adolescente (LGL 1990\37), sem colocar nada no lugar.¹⁰²

A cautela em questão é a própria essência do princípio. Há de se analisar detidamente se o direito fundamental (em seu aspecto substancial) poderá ser modificado na circunstância pretendida. Tal proteção é essencial para que as conquistas normativas possam ser garantidas de fato.

De acordo com a Cristina QUEIROZ, o dever de proteção se traduz da seguinte maneira:

¹⁰⁰ “Para descrever esse risco de ‘não retrocesso’, a terminologia utilizada pela doutrina é ainda hesitante. Em certos países, fala-se num princípio de stand still (imobilidade). É o caso da Bélgica (HACHEZ, 2008). Na França, utiliza-se o conceito de efeito cliquet (trava), ou regra do cliquet anti-retour (trava anti-retorno). Os autores falam, ainda, da “intangibilidade” de certos direitos fundamentais (de FROUVILLE, 2004). O não retrocesso está assimilado, igualmente, à teoria dos direitos adquiridos, quando esta última pode ser atacada pela regressão. Evoca-se também a “irreversibilidade”, notadamente em matéria de direitos humanos. Enfim, utiliza-se a ideia de cláusula de status quo. Em inglês, encontramos a expressão eternity clause ou entrenched clause, em espanhol, prohibición de regresividad o de retroceso, em português, proibição de retrocesso.” PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: SENADO FEDERAL. *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília, p. 14. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 09.out. 2012.

¹⁰¹ QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.70.

¹⁰² CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 54, jan. 2006, p. 28.

Concretamente, a “proibição do retrocesso social” determina, de um lado, que, uma vez consagradas legalmente as “prestações sociais”, o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta face a esse direito como uma “lei de proteção” (*Schutzgesetz*), a acção do Estado, que se consubstanciava num “dever de legislar”, transforma-se num dever mais abrangente: o de não *eliminar* ou *revoogar* essa lei.¹⁰³ (*Ibid*, p.69-70)

Sobre a natureza do princípio da proibição de retrocesso, em sentido amplo, CANOTILHO sustenta que:

[...] a idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de contra-revolução social ou da evolução reacionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. [...] O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa “anulação” pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.¹⁰⁴

Dessa forma, o princípio da proibição de retrocesso surge como a cláusula de vedação de qualquer modificação, que implique em retroagir, substancialmente, na conquista legislativa (ou administrativa) já alcançada.

Logo, o princípio está ligado diretamente à idéia de avanço social. Já se tratou, aqui, das normas programáticas, que norteiam o caminhar do Estado na consecução de seus fins.

Abordando a historicidade do princípio, evidencia-se que seu conteúdo esteve presente nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966, a saber: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹⁰⁵ e o Pacto Internacional

¹⁰³ QUEIROZ, Cristina. op.cit. p.69-70.

¹⁰⁴ CANOTILHO, op.cit., 2007, p.432.

¹⁰⁵ “Art.5º: 1. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades

sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁰⁶, sendo ambas as previsões com redação substancialmente idêntica.

Ambos os Pactos foram ratificados pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgados pelo Decreto n. 592, de 6 de dezembro de 1992.¹⁰⁷

Importante destacar que a Constituição Portuguesa possui previsão expressa sobre a cláusula de proibição de retrocesso em seu artigo 18.3, que dispõe: “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

Comentando o dispositivo constitucional português, CANOTILHO e MOREIRA:

A proibição incide sobre a chamada *retroactividade autêntica*, em que as leis restritivas de direitos afectam posições jusfundamentais já estabelecidas no passado ou, mesmo, esgotadas. Ela abrangerá também alguns casos de *retrospectividade* ou de *retroactividade inautêntica* (a lei proclama a vigência para o futuro mas afecta direitos ou posições radicadas na lei anterior) sempre que as medidas legislativas se revelarem arbitrárias, inesperadas, desproporcionadas ou afectarem direitos de forma excessivamente gravosa e impróprias as posições jusfundamentais dos particulares (cfr. AcS TC n^{os} 354/00 e 449/02). A razão de ser deste requisito está intimamente ligada à ideia de protecção da confiança e da segurança aos cidadãos, defendendo-os contra o perigo de serem atribuídos aos seus actos passados ou às situações transactas efeitos jurídicos com que razoavelmente não podiam contar.¹⁰⁸

reconhecidos no presente Pacto por ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele previstas; 2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-parte no presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.”

¹⁰⁶ “Art. 5^o: 1. Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele previstas; 2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.”

¹⁰⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.275.

¹⁰⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v.1. São Paulo: Coimbra/RT, 2007, p.394.

Ao contrário, a Constituição brasileira não possui redação expressa em observância ao princípio da proibição de retrocesso social. A interpretação surge de forma implícita, por meio de uma análise do conteúdo material dos direitos fundamentais e sociais, como se tratará a seguir.

O modelo político brasileiro tem como seus *objetivos fundamentais*, o *desenvolvimento nacional* e a *erradicação da pobreza* (art. 3º, II e III), vetor que aponta a cooperação com outras nações, que observará, entre outros princípios, o *progresso da humanidade*.

Assim, este objetivo está atrelado à defesa do princípio da proibição de retrocesso, e foi estampada no art. 4º, IX da Constituição Federal. A interpretação é feita por Antonio Herman BENJAMIN:

Ao abraçar o “progresso da humanidade” na forma de conceito informador de seu sistema, o texto constitucional mostra-se triplamente propositivo. De um lado, porque se aponta, de maneira inequívoca, que o País buscará avançar naquilo que o constituinte referiu, sem explicar, como “progresso”. De outro, porquanto não se trata apenas de objetivo de concretização nacional, mas de progresso *da* e *para* a humanidade, uma aspiração constitucionalizada de melhoria universal: *progresso planetário*, de modo a incluir os seres humanos e todas as bases da vida na terra, das quais nossa sobrevivência e bem-estar dependem. Finalmente, porque progresso haverá de se entender não apenas como *prosperidade material*, pois ao certo inclui a ampliação e fortalecimento permanente do arcabouço de velhos (liberdade, p. ex.) e novos (qualidade ambiental, p. ex.) valores intangíveis, muitos deles coletivos por excelência e subprodutos da ética da solidariedade e da responsabilidade: a *prosperidade imaterial*, patrimônio que, embora etéreo e impalpável, configura indiscutível realidade.¹⁰⁹

O progresso exerce considerável dominação sobre os entes públicos. É um imperativo de atuação e termômetro para o bom andamento da política. Nesse sentido, esclarece BENJAMIN: “Não é à toa, portanto, que se considera, por razões evidentes, insuportável e imperdoável aberração a mera hipótese de queda, ou mesmo estagnação, nos padrões de renda, emprego e consumo da população.”¹¹⁰

Sobre o viés econômico há de se ressaltar, inclusive, que admite-se a possibilidade de relativização da proibição de retrocesso, como defendem alguns

¹⁰⁹ BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: SENADO FEDERAL. *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília, p. 56. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 23. out. 2012.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 57.

juristas, sobretudo ante a crise que vem abalando a Europa a partir do ano de 2008.¹¹¹

Antonio Herman BENJAMIN complementa:

Ora, se o crescimento econômico contínuo parece ser a única, ou dominante, via de satisfação das expectativas estritamente *materiais* das pessoas e da própria rotina das políticas públicas, nada mais justo que, na mesma toada, os controles legislativos e mecanismos de salvaguarda dos direitos humanos e do patrimônio natural das gerações futuras observem idêntica índole, o “caminhar sempre para a frente”.¹¹²

O art. 7º, inciso IV da Constituição Federal, prevê a garantia do reajustamento periódico do salário mínimo, a fim de garantir as “necessidades vitais básicas” do trabalhador e às de sua família. Em seguida, os incisos VI e VII também tratam da irredutibilidade do salário do trabalhador, bem como da proibição de seu valor ser inferior ao salário mínimo.

Decorre, assim, da análise de tal garantia, que a Constituição contemplou, implicitamente, em seu Capítulo II (Dos Direitos Sociais), a proibição de retrocesso, de forma a consagrar o princípio para as demais garantias do texto constitucional, sendo este, portanto, um dos exemplos donde decorre sua interpretação.

No mesmo sentido, as cláusulas pétreas¹¹³ traduzem a intenção constitucional de não abolição de diversos dispositivos constitucionais, em sua totalidade, caracterizados como conquistas históricas, que salvaguardam direitos

¹¹¹ Nesse sentido v. BREGA FILHO, Vladimir; AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi de. Proibição de retrocesso e crise econômica: conciliação quase impossível. In: AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi de; HERRERA, Luiz Henrique Martim. *Tutela dos direitos humanos e fundamentais*. Birigui: Boreal, 2011, p.170-185.

¹¹² *Ibidem*, p.57.

¹¹³ Ingo SARLET contempla tal relação: “Não hesitamos, portanto, em afirmar que o princípio fundamental da proibição (relativa) de retrocesso na esfera social, seja ele implementado por meio de reconhecimento de ‘cláusulas pétreas’, seja ela desenvolvido implicitamente a partir de outros princípios constitucionais, constitui-se não apenas em salvaguarda do Estado social de direito, ou, caso preferimos, da justiça material, mas principalmente da própria dignidade da pessoa humana, valor-guia de toda a ordem constitucional e objetivo permanente de toda ordem jurídica que se pretenda legítima”. SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado*. n.9. mar/abr/maio 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com>. Acesso em 01.05.2012.

básicos do cidadão e que trazem consigo o espírito do Estado Democrático de Direito, previstas no art. 60, §4º da Constituição Federal.

Na redação, não se admite a deliberação de emenda constitucional tendente a abolir “a forma federativa de Estado”, “o voto direto, secreto, universal e periódico”, “a separação entre poderes” e os “direitos e garantias individuais”.

Novamente, de forma implícita, o constituinte previu a vedação da reforma constitucional que implicasse em retrocesso dessas matérias, na evidente tentativa de preservar as conquistas que caracterizavam, à época, um avanço social e o início de uma caminhada rumo à sua efetividade.

Vale lembrar, conforme salienta Eduardo CAMBI, que

tal proibição de retrocesso não é absoluta, não servindo para engessar a argumentação e os espaços democráticos, mas apenas para assegurar *condições materiais básicas* para o exercício democrático de todos.¹¹⁴

Sobre a proteção que emana do princípio da proibição de retrocesso, Felipe DERBLI afirma:

O que se quer dizer, neste ponto, é que o reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso social é capaz de oferecer aos cidadãos alguma proteção em face do turbilhão de transformações que assola o mundo nos dias de hoje. Particularmente no caso do Brasil, é absolutamente necessário que se vislumbre, na Constituição, princípio que permita a proteção dos patamares já alcançados e consolidados na diária missão de cumprimento do projeto de justiça social delineado pela Constituição – que, por isso, devem ter a sua disciplina infraconstitucional minimamente preservada das constantes e bruscas modificações que atualmente acometem a realidade política, econômica e social no país e no mundo.¹¹⁵

Importante lembrar que existe um núcleo essencial que deverá ser garantido, sob o qual o princípio da proibição de retrocesso orbita e também busca fundamento.

¹¹⁴ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo*. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2009, p.229.

¹¹⁵ DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.290.

É certo, no entanto, que o princípio da proibição de retrocesso social possui um núcleo essencial, que veda ao legislador a supressão pura e simples da concretização de norma constitucional que permita a fruição, pelo indivíduo, de um direito fundamental social, sem que sejam criados mecanismos equivalentes ou compensatórios. Se existe, por um lado, espaço para a ponderação do princípio da proibição de retrocesso social, estará, em regra, excluída dessa ponderação a possibilidade de extinção completa da regulamentação infraconstitucional de um direito social ou de uma garantia constitucional relacionada com a preservação de um direito social. O que se impede é, bem entendido, o completo descumprimento da imposição legiferante, com o retorno a um estado de ausência de concretização legislativa da norma constitucional, correlato à omissão legislativa – será defeso ao legislador reestabelecer vácuo normativo no nível da lei ordinária, que deixe o núcleo essencial de direito fundamental social descoberto de regulamentação legal e, com isso, impeça o seu exercício.¹¹⁶

Considera-se relevante a relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana com a cláusula da proibição de retrocesso, haja vista que a intenção primordial dessa vedação é a de proteger o núcleo essencial dos direitos e garantias fundamentais e sociais conquistados pelo cidadão, em matriz constitucional e infraconstitucional.

Neste sentido, para Paulo OTERO, dentre os princípios que a tutela da segurança e a proteção da confiança devem respeitar, deverá se observar os seguintes:

(iii) O princípio da proibição de retroactividade de normas que imponham ou envolvam (directa ou indirectamente) sacrifícios de natureza pessoal (artigo 29.º, n.ºs 1,3 e 4) ou patrimonial (artigo 103.º, n.º 3) e ainda, em termos gerais, de todas as normas que traduzem a restrição (e, por maioria de razão, a proibição) do exercício de posições jurídicas subjectivas (artigo 18.º, n.º3); (iv) O princípio da proibição de retrocesso das normas dotadas de uma conexão íntima com a proteção da inviolabilidade da vida humana e as condições mínimas indispensáveis à garantia da dignidade humana.¹¹⁷

Ainda, de acordo com Acórdão nº 509/02 do Tribunal Constitucional Português:

¹¹⁶ Ibidem, p.281.

¹¹⁷ OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português*. v. I. Coimbra: Almedina, 2010, p. 89.

(...) A proibição do retrocesso social operará tão-só quando se pretenda atingir “o núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”, ou seja, quando, “sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios”, se pretenda proceder a uma “anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial”, quando a alteração redutora se faça com violação do princípio da igualdade ou do princípio da protecção da confiança, ou se atinja o conteúdo de um direito social cujos contornos se hajam iniliudivelmente enraizado ou sedimentado no seio da sociedade.¹¹⁸

Portanto, o princípio da proibição de retrocesso, deverá sempre ser encarado como aliado da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º, III da Constituição Federal, sendo que a partir desta análise, poderá se verificar se determinada modificação legislativa pode ou não ser considerada retrocesso.

3.2 A proibição de retrocesso no Direito Ambiental

O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado está previsto no artigo 225 da Constituição de 1988, portanto, fora do Título II que tratou dos direitos fundamentais. Diante disso, indaga-se se a esses direitos também se aplicaria o princípio da proibição de retrocesso.

Inicialmente é importante destacar que a localização do dispositivo não impede o seu reconhecimento como direito fundamental. No primeiro caso levado a julgamento após a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal reconheceu como garantia individual assegurada ao contribuinte o princípio da anterioridade previsto no art. 150, III, “b”, da Constituição Federal, ou seja, fora do art. 5º, da Constituição (ADIN 939-7 STF).

Ademais, diante da cláusula de abertura prevista no art. 5º, § 2º da Constituição, muito outros direitos fundamentais existem decorrentes de seus princípios e dos tratados internacionais.

Importante acrescentar que uma das características dos direitos fundamentais é a indivisibilidade.

¹¹⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/02. Jurisprudência constitucional nº 1 jan/mar. 2004.

Segundo Walter Claudius ROTHENBURG:

A indivisibilidade dos direitos fundamentais indica a necessidade de respeito e desenvolvimento de todas as categorias de direitos fundamentais – assim, os direitos de proteção (especialmente os clássicos direitos individuais ou liberdades públicas) como os direitos a prestação (especialmente os direitos sociais) – e, nesse sentido complementar, evoca a interdependência, inter-relação dos direitos fundamentais.¹¹⁹

Sob esta perspectiva, sobretudo quanto ao caráter universal dos direitos humanos, Carlos WEIS salienta que:

A indivisibilidade, então, está ligada ao objetivo maior do sistema internacional de direitos humanos: a promoção e garantia da dignidade do ser humano. Ao se afirmar que os direitos humanos são indivisíveis se está a dizer que não existe meio-termo: só há vida verdadeiramente digna se todos os direitos previstos no Direito Internacional dos Direitos Humanos estiverem sendo respeitados, sejam civis e políticos, sejam econômicos, sociais e culturais.¹²⁰

Percebe-se, então, que os direitos fundamentais não podem ser tratados sob regimes jurídicos diferentes. Se o direito ao meio ambiente equilibrado é direito fundamental, não é possível tratá-lo de forma diversa que o direito à vida. Direitos individuais, sociais e de solidariedade merecem o mesmo tratamento jurídico e por isso, se ao direito à vida e ao direito à irredutibilidade do salário, se aplica o princípio da proibição do retrocesso, não há razão para a sua não aplicação em relação aos direitos de solidariedade, no caso o direito ao meio ambiente equilibrado.

Outra característica que confirma tal raciocínio é a da interdependência. Carlos WEIS escreve que essa característica

não distingue direitos civis e políticos ou econômicos, sociais e culturais, pois a realização de um direito específico pode depender

¹¹⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas características. In: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 29, p. 55-65, out./dez. 1999, p.57.

¹²⁰ WEISS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999, p.118.

(como geralmente ocorre) do respeito e promoção de diversos outros, independentemente de sua classificação.¹²¹

Vale notar aqui que as características da indivisibilidade e da interdependência estão presentes em documentos internacionais. A Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, em 15 de junho de 1993, aprovou a Declaração e o Programa de Ação de Viena, proclamando em seu art. 5º que “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis e interdependentes e estão relacionados entre si”.

Esse mesmo raciocínio, qual seja, o de que às várias dimensões de direitos deve ser aplicado o mesmo regime jurídico, pode ser atribuído em relação às cláusulas pétreas. Embora o art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição fale apenas em “direitos e garantias individuais”, não há dúvida de que a melhor interpretação, diante dos princípios da interdependência e da indivisibilidade dos direitos fundamentais, é a de que todos os direitos fundamentais são cláusulas pétreas da Constituição.¹²²

A Constituição de 1988, elaborada por uma geração que lutou contra uma ditadura, criou mecanismos para proibir o retrocesso democrático. Alguns de seus dispositivos podem ser modificados pelo Congresso Nacional. Não, porém, suas *cláusulas pétreas*. Temas como igualdade jurídica, moralidade administrativa, valores sociais do trabalho, direito ao meio ambiente, direito adquirido e função social da propriedade são protegidos pela Constituição, independentemente do que os setores incomodados queiram fazer com o Código Penal, a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei de Licitações, a Consolidação das Leis do Trabalho. No Brasil, não é possível criar um sistema de castas em benefício dos degradadores.¹²³

Indaga-se, aqui, se não se estaria dessa forma imobilizando a Constituição, com as cláusulas pétreas e as normas infraconstitucionais, que embasariam a proibição do retrocesso.

¹²¹ Ibidem, p.118.

¹²² BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico de expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, *passim*.

¹²³ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Art. 1º. In: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Novo Código Florestal: comentários à Lei 12.651/12, de 25 de maio de 2012 e à MedProv. 571, de 25 de maio de 2012*. São Paulo: RT, 2012, p.32.

A resposta é negativa. Os institutos não podem ser confundidos. A existência das cláusulas pétreas e da proibição do retrocesso não impede a modificação do texto constitucional. O texto, em sua forma, pode ser modificado. O que não se admite é a alteração do conteúdo material do direito.

Trata-se, portanto, da interpretação a partir da proibição de retrocesso sob o aspecto instrumental, de conteúdo axiológico.

A respeito do tema, VIEIRA DE ANDRADE aponta o seguinte:

A obrigação imposta ao poder de revisão de 'respeitar' os direitos, liberdades e garantias não significa que o articulado desta parte da Constituição não possa ser revisto e tenha de permanecer exatamente como está. Não são os preceitos constitucionais em si que não são irrevisíveis, mas o sentido dos princípios ou normas que albergam.¹²⁴

Vale notar que, muitas vezes, até mesmo para preservar um direito fundamental, exige-se a mudança do texto constitucional. Como exemplo disso, podemos recordar a emenda constitucional da reforma da previdência (EC nº41/2003). Com a elevação da expectativa de vida dos brasileiros, somente a reforma permitiria a manutenção da previdência, ou seja, ainda que alterando o texto constitucional, modificando expectativas de direitos, manteve-se o direito à previdência como direito fundamental do trabalhador brasileiro.

A questão, portanto, não está ligada exclusivamente ao texto, mas sim ao conteúdo material do direito fundamental que está sendo analisado.

Seguindo esta perspectiva, Alexandra ARAGÃO menciona a *proibição do retrocesso ecológico* como elemento basilar do Direito Comunitário do Meio Ambiente:

No âmbito interno, o princípio da proibição do retrocesso ecológico, espécie de cláusula *rebus sic stantibus*, significa que, a menos que as circunstâncias de facto se alterem significativamente, não é de admitir o recuo para níveis de protecção inferiores aos anteriormente consagrados. Nesta vertente, o princípio põe limites à adopção de legislação de revisão ou revogatória. As *circunstâncias de facto* às quais nos referimos são, por exemplo, o afastamento do perigo de extinção antropogénica, isto é, a efectiva recuperação ecológica do

¹²⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p.316.

bem cuja protecção era regulada pela lei vigente, desde que cientificamente comprovada; ou a confirmação científica de que a lei vigente não era a forma mais adequada de protecção do bem natural carecido de protecção. Internamente, o princípio do retrocesso ecológico significa, por outro lado, que a suspensão da legislação em vigor só é de admitir se se verificar uma situação de calamidade pública, um estado de sítio ou um estado de emergência grave. Neste caso, o retrocesso ecológico será necessariamente transitório, correspondendo ao período em que se verifica o *estado de excepção*.¹²⁵

De acordo com a autora, portanto, o princípio deve consagrar integralmente as normas ecológicas previstas para prevenção do meio ambiente em relação à legislação de revisão.

E complementa:

Significa que, a menos que as circunstâncias de facto se alterem significativamente, não é de admitir o recuo para níveis de protecção inferiores aos anteriormente consagrados. Nesta vertente, o princípio põe limites à adopção de legislação de revisão ou revogatória. As circunstâncias de facto às quais nos referimos são, por exemplo, o afastamento do perigo de extinção antropogénica, isto é, a efectiva recuperação ecológica do bem cuja protecção era regulada pela lei vigente, desde que cientificamente comprovada; ou a confirmação científica de que a lei vigente não era a forma mais adequada de protecção do bem natural carecido de protecção.¹²⁶

Dessa forma, ainda que se admita a relatividade da aplicação do princípio, em hipóteses extremas, como as mencionadas, o certo é que sua aplicação traduz a regra, sempre em relação ao critério substancial do bem ambiental em conflito.

Logo, pela proibição de retrocesso ambiental, somente se admitirá a modificação da norma a fim de ampliar a garantia daquele bem ambiental protegido.

A possibilidade também é defendida por Walter Claudius ROTHENBURG:

o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado não é apenas um direito social: é também um direito fundamental individual

¹²⁵ ARAGÃO, Maria Alexandra Sousa de. In: CANOTILHO; LEITE, *op.cit.*, 2011, p.57-58.

¹²⁶ *Ibidem*, p.59.

“civil”) e não se resume apenas a um direito de defesa ou somente a um direito prestacional, pois reúne ambas as dimensões. Vai daí que o princípio do não retrocesso deve servir como critério de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais em geral. Ele contempla, no caso do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, a dimensão prestacional, mas também a dimensão defensiva.¹²⁷

O autor afirma, inclusive, que o não retrocesso poderia ser utilizado em questão ambiental relacionada aos direitos de liberdade¹²⁸, ou seja, seu conteúdo é dinâmico e se encontra em “redefinição contínua e progressiva”.¹²⁹ Logo, a classificação do direito ambiental como direito de terceira geração pode ser mitigada, no aspecto da adaptabilidade desse direito às mais variadas hipóteses.

Sobre o uso do princípio, Carlos Alberto MOLINARO também aponta que:

O legislador constitucional brasileiro de 1988 já se esforçou para responder algumas dessas perguntas, pois elevou o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado à qualidade de direito fundamental à vida; mais ainda, elevou-o à qualidade de um direito fundamental acrônico, vale dizer, que não está submetido ao tempo linear, qualificando-o como um direito fundamental *kairológico*, isto é, oportuno, “o ‘bem’ no tempo” (Aristóteles), que sobrevive no tempo memorial, transmitido entre gerações.¹³⁰

Concluindo, parece claro que o princípio da proibição de retrocesso se aplica ao Direito Ambiental sempre quando se tratar de norma que tenha como característica a fundamentalidade. Não há, portanto, limitação do princípio da proibição de retrocesso somente aos direitos sociais.

¹²⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. Não retrocesso ambiental: direito fundamental e controle de constitucionalidade. In: SENADO FEDERAL. *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília, p. 260. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 23.out. 2012.

¹²⁸ “Um exemplo polêmico pode ser dado pela presença de comunidades tradicionais (poderiam ser remanescentes de quilombos ou mulheres quebradeiras de coco de babaçu) em unidades de conservação de proteção integral: dada a presença tradicional dessas comunidades inclusive como fator de preservação ambiental, assegurar o convívio dessa gente e garantir que não seja retirada corresponde a uma perspectiva clássica de direito de liberdade, de “primeira geração”, de defesa. A criação da unidade de conservação e sua qualificação formal como unidade de proteção integral (nos termos da Lei 9.985/2000) podem implicar um retrocesso vedado. É o princípio do não retrocesso ambiental aplicado a um direito fundamental que não se apresenta ortodoxamente como um direito social. (Deixo de considerar a articulação coletiva do direito, enquanto direito de um grupo com características distintivas; o exemplo poderia ser adaptado para uma situação individual.)” Ibidem, p.256.

¹²⁹ Ibidem, p.257.

¹³⁰ MOLINARO, *op.cit.*, p.71.

3.3 A cláusula da proibição de proteção insuficiente

Como aspecto integrante do princípio da proibição de retrocesso, a proibição de proteção insuficiente deve ser levada em conta na garantia de direitos fundamentais.

Isso porque há de se reconhecer que os bens deverão ser suficientemente garantidos, sob pena de tornar sem efeito as disposições constitucionais.

É a ideia do dever de proteção, sob a qual deve o Estado pautar sua legislação e seus atos administrativos.

Claus-Wilhelm CANARIS esclarece:

A ordem jurídica tem de facultar instrumentos tais que, vistos na sua globalidade e para situações de perigo típicas, garantam uma proteção eficiente dos bens jurídico-fundamentais, sem que, concomitantemente, a criação de cada fonte de perigo individual deva ser tratada jurídico-constitucionalmente sob o ponto de vista da proibição de insuficiência.¹³¹

Assim, é certo que os direitos fundamentais, em seus variados núcleos, sofrem perigos e ameaças de supressão. O que se deve levar em conta é a proteção eficiente que tais direitos devem receber, ao se resguardarem seus núcleos essenciais.

O dever de proteção deverá estar aliado a cada direito fundamental de maneiras diversas. Quanto ao fato de como se calcular o nível de proteção de um direito, CANARIS continua:

Ao lado dos critérios da ilicitude da intervenção no bem jurídico fundamental, da ameaça de perigo e da dependência do titular da colaboração no seu exercício de outros sujeitos de direito privado, aparecem, assim, como geralmente relevantes, alguns outros poucos pontos de vista valorativos, como é o caso, sobretudo, da natureza e da hierarquia do direito fundamental atingido, do peso da intervenção e da intensidade da ameaça, da possibilidade do titular de exercer uma

¹³¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003, p.110.

eficiente auto-defesa, bem como do peso de interesses e direitos fundamentais contrapostos. Estes critérios e pontos de vista estão aqui – à semelhança dos princípios – abertos numa graduação e ponderação, de tal forma que se não trata de critérios para soluções segundo o esquema “sim/não”, ou mesmo “e/ou”, mas antes de proposições comparativas, com a estrutura “quanto mais e quanto mais forte, tanto mais”: quando maior o nível direito fundamental afectado, quanto mais severa a intervenção se ameaça, quanto mais intenso o perigo, quanto menores as possibilidades do seu titular para uma eficiente auto-protecção, e quanto menor o peso dos direitos fundamentais e interesses contrários, tanto mais será de reconhecer um dever jurídico-constitucional de protecção.¹³²

Assim, a dúvida gerada acerca da diferença entre dever de protecção e proibição de insuficiência, é sanada pelo autor da seguinte maneira: o dever de protecção refere-se ao “se” da protecção, enquanto a proibição de insuficiência traduz o “como” da protecção.¹³³

Trata-se dos chamados *imperativos de tutela*, onde os direitos clamam por uma protecção mínima em sua vigência, para a possibilidade de efetividade da norma e de reflexos materiais na sociedade.

A questão é pensar como se daria a prática da cláusula da proibição de insuficiência. Nesse ponto, CANARIS traz o seguinte pensamento:

Para evitar mal entendidos, acrescente-se que a proibição de insuficiência não é aplicável apenas no (explícito) controlo jurídico-institucional de uma omissão legislativa, mas antes, igualmente, correspondentes problemas no quadro da aplicação e do desenvolvimento judiciais do direito. Pois, uma vez que a função de imperativo de tutela de direitos fundamentais não tem, de forma alguma, alcance mais amplo no caso de uma realização pela jurisprudência do que pelo legislador, o juiz apenas está autorizado a cumprir esta tarefa, porque e na medida em que, a não o fazer, se certificaria um inconstitucional défice de protecção, e, portanto, uma vedação da proibição de insuficiência.¹³⁴

Sobre a caracterização do *princípio da proibição de insuficiência*, Cristina QUEIROZ afirma:

De forma esquemática, a determinação da margem de acção cognitiva corresponde a uma primeira delimitação do princípio da congruência. A

¹³² Ibidem, p.114.

¹³³ Ibidem, p.122.

¹³⁴ Ibidem, p.124.

margem de apreciação empírica tem a ver com a apreciação dos meios de prova na qual se funda a distinção entre a “proibição do excesso” e a “proibição da insuficiência”. A prova do “excesso” encontra-se na intervenção estadual. A prova da “insuficiência” radica na proporcionalidade exigida quanto aos meios possíveis utilizados. A consideração dos “meios alternativos” decorre da prova da “idoneidade”, da “necessidade” e da “proporcionalidade em sentido estrito”.¹³⁵

A autora desfecha sua análise com a relação entre a proteção de insuficiência e Constituição:

Daí a relevância autónoma do princípio da “proibição da insuficiência” na concretização do “dever de protecção”. O direito infra-constitucional deve garantir, no seu conjunto, uma “protecção eficiente”. Só se o conteúdo do dever de protecção se encontrar inteiramente determinado na constituição é que não caberá qualquer função autónoma à proibição da insuficiência.¹³⁶

Verifica-se que a cláusula da proibição de insuficiência caracteriza-se como armadura do núcleo essencial de um direito fundamental ou social.

No controle da insuficiência pretende-se, sobretudo, a garantia da protecção jurídica efetiva a fim de satisfazer as exigências mínimas na sua eficiência, sendo que os bens jurídicos deverão ser garantidos de forma eficaz.

O Tribunal Constitucional Federal alemão tem vindo conceder protecção aos direitos fundamentais sociais sempre que o legislador haja permanecido inactivo, isto é, sempre que o legislador não tenha actuado no quadro de um “dever de protecção” constitucionalmente requerido, ou quando o legislador, mesmo tendo actuado, haja permanecido, de forma inequívoca, aquém (: “proibição da insuficiência”) ou além (: “proibição do excesso”) dos limites constitucionalmente apostos à sua competência legislativa de conformação. E fá-lo no quadro de um controle de inconstitucionalidade por omissão, inexistente como tal como instituto autónomo no direito constitucional alemão, mas no quadro de uma violação *positiva* da Constituição.¹³⁷

¹³⁵ QUEIROZ, *op. cit.*, p.108.

¹³⁶ *Ibidem*, p.109.

¹³⁷ *Ibidem*, p.109-110.

A proibição de proteção insuficiente atua paralelamente à aplicação do princípio da proibição de retrocesso, ao garantir patamares mínimos de vigência de um direito fundamental ou social.

Eis a diferença entre proibição de proteção insuficiente e proibição de retrocesso. Para aquela, o que interessa é o grau de proteção conferido ao direito fundamental, enquanto este assegura o nível de desenvolvimento atingido e funciona como uma cláusula de garantia daquela.¹³⁸

Assim, em certa mudança legislativa, poderá ser invocada a cláusula da proibição de proteção insuficiente, pois de nada adiantaria a existência de uma norma específica que não possui aplicabilidade mínima a partir de seu núcleo essencial. O objetivo dessa previsão constitucional é atuar como mola propulsora na difusão do conteúdo valorativo de um direito fundamental.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado passou a ter limitada sua discricionariedade em relação a todos os direitos fundamentais e sociais. Isso contribuiu para a garantia da tutela constitucional ambiental, ao impor um norte a ser observado pelo poder público e pela coletividade.

A atuação administrativa, portanto, passou a ter um permanente dever de garantir a integridade do meio ambiente, por meio do poder de polícia dos órgãos públicos.

Em outras palavras, pode-se dizer que – na perspectiva dos deveres de proteção e do dever de proteção suficiente que lhes é correlato – tanto não há “margem” para o Estado “não atuar”, quanto não lhe é deferida a prerrogativa de “atuar de forma insuficiente” (tudo à luz do *princípio da proibição de insuficiência* de proteção ou de proteção deficiente, aqui vislumbrado, em especial, na sua conexão com as exigências da *proporcionalidade*) na proteção do ambiente, pois tal atitude estatal resultaria em prática inconstitucional.¹³⁹

Assim, o princípio condiz com a prática de atuação estatal, tendo em vista o dever constitucional expresso na Carta Maior. O poder público passa a atuar como gestor, que administra bens ambientais que não são dele e, por isso, deve

¹³⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. Não retrocesso ambiental: direito fundamental e controle de constitucionalidade. In: SENADO FEDERAL. *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília, p. 250-251. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 23.out. 2012.

¹³⁹ SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. op. cit., 2011, p.184-185.

explicar convincentemente sua gestão. Prestar contas aos cidadãos, cumprir a legislação administrativa e dar ampla publicidade das políticas públicas que estão sendo realizadas são algumas das prerrogativas nas quais o ente público está atrelado.¹⁴⁰

O Estado deverá respeitar o limite mínimo de proteção que determinado bem ambiental necessita para sua efetiva proteção.

Salienta Walter Claudius ROTHENBURG,

via de regra, utiliza-se a proporcionalidade para se proceder a restrições a direitos fundamentais, em função da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Na hipótese da proibição de proteção insuficiente, o que se avalia não é a restrição, mas a implementação ou desenvolvimento. Os promotores dos direitos em jogo (principalmente as autoridades públicas, legisladores à cabeceira) estão obrigados a uma ação e não podem deixar de “alcançar limites mínimos”. Com efeito, como ressalta Dieter Grimm, isso representa “uma adaptação do princípio da proporcionalidade à função positiva dos direitos fundamentais”, já que “a proibição de ir longe demais (*Übermaßverbot*) e a proibição de fazer muito pouco (*Untermaßverbot*) são o mesmo mecanismo, visto por diferentes ângulos”.¹⁴¹

Sabe-se que os bens ambientais são vulneráveis à ação humana e, por isso, diariamente são suprimidos. A proibição de proteção insuficiente alia-se à garantia do mínimo existencial ambiental, ou seja, ao núcleo essencial desse direito.

Em termos práticos, a resposta será dada, caso a caso, por meio de auditorias, estudos técnicos ou perícias, que demonstrarão a parcela mínima de cada bem ambiental a ser garantida pelo poder público ou particular.

3.4 Os tribunais superiores e a cláusula de proibição de retrocesso

¹⁴⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *op.cit.*, p.127.

¹⁴¹ ROTHENBURG, Walter Claudius. *op. cit.* 2012, p.151-152.

Embora o tema já venha sendo discutido no Brasil, apenas recentemente o princípio da proibição de retrocesso passou a ser avaliado pelos tribunais superiores.

No Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello, mencionou-se a necessidade de respeito ao princípio da proibição de retrocesso em face do direito à saúde, especificamente no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos e tratamento médico.

Valendo-se da defesa da judicialização de políticas públicas, o Ministro Celso de MELLO aduz que:

Para além de todas as considerações que venho de fazer, há, ainda, Senhor Presidente, um outro parâmetro constitucional que merece ser invocado. Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário [...]. Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses — de todo inócua na espécie — em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.¹⁴²

Em seu voto, o Ministro afirma a necessidade de se garantir o direito à saúde através da atuação administrativa do poder público, bem como a necessidade de se combater a potencial omissão estatal na promoção deste direito.

As conquistas alicerçadas no ordenamento jurídico não poderão ser objeto de mudanças em seu núcleo essencial, sem a criação de outros mecanismos compensatórios, sob pena de implicarem numa *revogação*, *anulação* ou *aniquilação* pura e simples deste núcleo, que deve ser o limite da atividade legislativa.

Isso mostra, inclusive, que não há como se aplicar o princípio da proibição de retrocesso apenas a uma categoria de direitos fundamentais, dado seu

¹⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Banco de dados*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 21.05.2012.

caráter de essencialidade e aplicabilidade imediata. O princípio deve ser aplicado a todo e qualquer direito fundamental, inclusive ao meio ambiente.

Prova disso, é que no Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro Herman Benjamin, reconheceu-se a incidência do princípio em relação a direito urbanístico-ambiental.

O caso referia-se à ocupação imobiliária por meio de loteamento de áreas verdes do centro da cidade de São Paulo-SP. O acórdão reconheceu a inalterabilidade de tais “áreas solitárias”, por evidenciarem espaços de convivência urbana marcados pela qualidade de vida, voltados às presentes e futuras gerações.

Assim, observou-se, além da farta proteção constitucional ostentada ao meio ambiente, também a garantia do disposto no art. 26, VII da Lei de Lehmann (Lei 6.766/79), que prevê que os contratos de compra e venda deverão observar as restrições urbanísticas do loteamento.

Desta forma, a natureza urbanístico-ambiental do preceito deve ser garantida em face de qualquer tentativa voltada à sua minimização ou extinção.

A seguir, colacionamos trecho do referido acórdão:

[...] 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). [...] 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. [...] ¹⁴³

Fica evidente, portanto, que o princípio da proibição de retrocesso, embora não previsto expressamente na Constituição Federal, é princípio implícito, já reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência.

¹⁴³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Banco de dados*. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 24.06.2012.

3.5 Proporcionalidade e proibição de retrocesso

A grande questão, contudo, é como aplicar o princípio da proibição de retrocesso na interpretação constitucional. Não é possível dizer, por exemplo, que toda e qualquer modificação sobre o tema “direitos fundamentais” seja um retrocesso. Muitas vezes, em razão das mudanças na sociedade, também é preciso modificar as normas constitucionais e infraconstitucionais. Exige-se, então, que o intérprete eleja critérios para não reconhecer inconstitucionalidade onde não há.

Embora possa parecer que a solução para as questões a serem analisadas seja extremamente subjetiva, não há como fugir, neste caso, dos critérios do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso.

Acerca do princípio da proporcionalidade, Cristina QUEIROZ afirma que:

No quadro dos direitos fundamentais sociais, o Estado encontra-se vinculado à prossecução de um objectivo determinado. O objectivo ou fim a atingir pelo princípio da proporcionalidade, enquanto método através do qual se procede à ponderação ou contrapeso de bens jurídicos constitucionalmente protegidos, radica na satisfação do próprio direito. Esta, por sua vez, consubstancia-se numa “prestação”. Deste modo, também no âmbito dos direitos fundamentais sociais, compreendidos como direitos a prestações, o princípio da proporcionalidade acaba por vir actuado através do recurso aos três sub-princípios da “idoneidade”, da “necessidade” e da “proporcionalidade em sentido estrito”.¹⁴⁴

Ingo SARLET considera inevitável a utilização do princípio da proporcionalidade na avaliação de uma situação específica a ensejar a aplicação do princípio da proibição de retrocesso.

Outro aspecto que merece ser destacado é o fato de que a amplitude e a intensidade da proteção aplicada pela ordem constitucional às posições jurídico-subjetivas na esfera social, tanto no plano constitucional, quanto ao nível da legislação ordinária, dependem de uma análise centrada nas especificidades do caso concreto, exigindo um procedimento tópico-sistemático, já que nos parece inviável o

¹⁴⁴ QUEIROZ, *op.cit.*, p.107.

estabelecimento de critérios abstratos e genéricos, a não ser o próprio reconhecimento de uma proibição meramente relativa de retrocesso.¹⁴⁵

O princípio da proibição de retrocesso social atua, sobretudo, relacionado à vedação dirigida ao legislador, para coibir mudanças que não caracterizem avanços sociais, implicando na concepção da máxima da proporcionalidade.

Acerca do tema, Robert ALEXY enfatiza:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.¹⁴⁶

A máxima da proporcionalidade, portanto, está inteiramente ligada à discussão acerca da possibilidade de restrições de direitos fundamentais, ou seja, à proteção efetiva de seu conteúdo essencial.

Para ALEXY, a restrição de direitos fundamentais está limitada à “proibição de afetação dos direitos fundamentais em seu conteúdo essencial”¹⁴⁷. Para tanto, traz o exemplo do art.19, §2º da Constituição alemã (Lei Fundamental de Bonn de 1949)¹⁴⁸, ao proibir expressamente a afetação desses direitos em seu núcleo essencial, estabelecendo um limite à restrição e à restringibilidade dos direitos fundamentais.

Uma interpretação objetiva, como, por exemplo, a de Friedrich Klein, segundo a qual o art.19, §2º, proíbe “que a validade de uma disposição de direito fundamental seja de tal forma reduzida que se torne insignificante para todos os indivíduos ou para a maior parte deles ou ainda para a vida social”, pode até coexistir com as interpretações da

¹⁴⁵ SARLET, Ingo. *op.cit.*, 2007, p.19.

¹⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.116-117.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p.296.

¹⁴⁸ O artigo 19, §2º da Constituição alemã prevê expressamente que um direito fundamental não deve ser ofendido na sua essência em hipótese alguma: *Article 19 (2) In no case may the essence of a basic right be affected*. BASIC LAW FOR THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY. *German Bundestag*. Berlin: Public Relations Division, 2008. Disponível em < <http://www.brazil.diplo.de>>. Acesso em 21 de abril de 2011.

teoria subjetiva, mas não poderá substituí-la. Que o problema da garantia do conteúdo essencial seja provavelmente mais facilmente solucionável no âmbito de uma teoria objetiva que no âmbito de uma teoria subjetiva não é uma razão suficiente para desprezar essa última. A natureza dos direitos fundamentais como direitos dos indivíduos milita, no mínimo, de uma coexistência de uma teoria subjetiva e de uma teoria objetiva.¹⁴⁹

O caráter subjetivo de que trata o autor diz respeito à relativização desse processo através da *técnica do sopesamento*, onde a “garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade”.¹⁵⁰

Sobre a proteção do núcleo essencial¹⁵¹ na Lei Fundamental de Bonn, Gilmar MENDES *et al.* aponta que:

Essa disposição, que pode ser considerada uma reação contra os abusos cometidos pelo nacional-socialismo, atendia também aos reclamos da doutrina constitucional da época de Weimar, que, como visto, ansiava por impor limites à ação legislativa no âmbito dos direitos fundamentais. [...] De ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.¹⁵²

Assim, a proteção do núcleo essencial constitui-se condição elementar para se coibir potencial abuso contra o caráter substancial de um direito fundamental, ou seja, sua característica primordial, sem a qual não possuiria razão de existência no ordenamento constitucional.

Igualmente, tal proteção remete à obrigatoriedade em se utilizar o princípio da proporcionalidade na defesa prática do núcleo essencial de um direito fundamental.

¹⁴⁹ Ibidem, p.297.

¹⁵⁰ Ibidem, p.298.

¹⁵¹ Dois modelos básicos tentam explicar a controvérsia acerca do núcleo essencial: a teoria absoluta e a teoria relativa. A primeira entende, objetivamente, o núcleo essencial dos direitos fundamentais como unidade substancial autônoma, que estaria sempre a salvo de eventual decisão legislativa. Já a teoria relativa afirma que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, sendo aferido mediante processo de ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade. Ambas são utilizadas na doutrina e jurisprudência e possuem suas fragilidades. In: MENDES Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.317

¹⁵² MENDES, *et al.*, *op.cit.*, p.316.

Portanto, a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*. Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*).¹⁵³

A temática envolvendo o núcleo essencial sob a perspectiva da proporcionalidade é também analisada por CANOTILHO e MOREIRA:

A questão do conteúdo essencial de um direito não pode equacionar-se senão em confronto com outro bem; mas, nos termos da Constituição, nunca essa ponderação poderá conduzir à *aniquilação* de qualquer direito fundamental. A garantia do núcleo essencial é um *mais* em relação ao princípio da proporcionalidade. A própria definição de *conteúdo essencial* é, por isso mesmo, controvertida. Uma vez, aponta-se como critério saber se a restrição deixa algum *sentido útil* ao direito fundamental, isto é, se há possibilidade de este, depois de restringido, ainda poder desempenhar a sua finalidade; outras vezes, o núcleo essencial é identificado com a subsistência de um mínimo de *autonomia da posição jurídica do cidadão* face ao Estado, havendo intromissão no núcleo essencial quando o cidadão for convertido em mero objecto da actividade estadual.¹⁵⁴

Dessa forma, a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais converge à ideia da proporcionalidade no sentido de proteger este conteúdo em seu carácter essencial, evitando-se, assim, a possibilidade de modificação negativa ou supressão de direitos fundamentais, substancialmente.

Eis o momento em que surge a relação entre o princípio da proibição de retrocesso e a máxima da proporcionalidade. Ambos estão intrinsecamente ligados e são interdependentes na medida em que a possibilidade da invocação do primeiro está intimamente condicionada à utilização do segundo, a prestigiar, essencialmente, o núcleo essencial do direito fundamental em questão.

¹⁵³ Ibidem, p. 331-332.

¹⁵⁴ CANOTILHO; MOREIRA, *op.cit.*, 2007, p.395.

Assim, em um conflito específico, deve-se sopesar acerca da possibilidade de redação nova modificar o dispositivo legal já assente no ordenamento jurídico, sem que essa modificação implique em potencial retrocesso ao direito substancial assegurado.

A importância do postulado da proporcionalidade é essencial na constante evolução das garantias fundamentais, pois na hipótese de modificação benéfica de um direito (o que evidentemente não caracteriza retrocesso), tem-se a possibilidade de aprimoramento de seu núcleo essencial.

4 O NOVO CÓDIGO FLORESTAL: ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E RESERVA LEGAL

A opção do legislador em não intitular de Código Florestal a Lei 12.651/12 não impediu que o diploma pudesse ser assim reconhecido, haja vista ter revogado expressamente a Lei 4.771/65 e tratado da mesma matéria.

As previsões desse Novo Código Florestal vêm atraindo holofotes e duras críticas pelas mudanças implantadas. Trata-se de tema polêmico, potencializado pelo embate “proteção ambiental *versus* desenvolvimento econômico”, o que gera reflexos nos mais diversos setores sociais, como agricultura, indústria, consumo e meio ambiente.

A discussão iniciou-se com o Projeto de Lei 1.876 de 1999, de relatoria do Deputado Federal Sérgio Carvalho. Contudo, somente em 2010, após a apresentação de um substitutivo pelo parlamentar Aldo Rebelo, foi que o projeto passou a ganhar força no Legislativo.

A temática envolveu os interesses de duas bancadas no Congresso Nacional, por confrontar a garantia do meio ambiente equilibrado e o aumento da produção agrícola. Por todo o tempo digladiaram-se ruralistas e ambientalistas em busca de modificações no texto que favorecessem cada interesse. A questão parecia inconciliável, ante a disputa bipolar em que seu deu.

Com um discurso de apelo ao desenvolvimento sustentável, o substitutivo propôs mudanças drásticas, privilegiando a produção agrícola em detrimento da proteção ambiental já assegurada. Os pontos mais polêmicos versam sobre: (i) redução das áreas de preservação permanente (APPs); (ii) possibilidade da compensação das APPs nas áreas de reserva legal; (iii) anistia para os desmatadores; e (iv) eliminação da reserva legal para propriedades com menos de 4 (quatro) módulos rurais.

A defesa do princípio da proibição de retrocesso foi ventilada em razão das disposições da Lei 7.803 de 18 de julho de 1989, que alterou dispositivos da Lei 4.771/65, trazendo farta proteção ambiental, especialmente quanto às metragens de áreas de preservação permanente e reserva legal.

O histórico é bem delineado por Guilherme José Purvin FIGUEIREDO:

A luta dos setores mais retrógrados da política brasileira pela revogação do Código de 1965 (Lei 4.771/1965) teve início quando da edição da MedProv 1.710, ainda no governo Fernando Henrique Cardoso. A finalidade original desta medida provisória era reduzir os níveis de desmatamento, sobretudo na região da Amazônia Legal. A ampliação do percentual de reserva legal desagradou os setores da economia interessados na expansão da fronteira agrícola – os mesmos setores historicamente identificados com a perpetuação do atraso cultural da América Latina desde sua independência dos países ibéricos, com o retardamento na abolição da escravatura, o coronelismo, a violência no campo, a iníqua distribuição de renda no meio rural, os imensos latifúndios, em síntese, o setor que perigosamente atrela a produção agrícola do país à demanda externa, hoje basicamente a exportação de soja para a China.¹⁵⁵

Na data de sua publicação, em 25 de maio de 2012, entrou em vigor a Lei 12.651, com a edição da Medida Provisória 571, em razão dos vetos realizados pela Presidente Dilma Rousseff.

De forma idêntica aos bastidores das votações, os extremos do ambientalismo e ruralismo passaram a se insurgir contra dispositivos tanto da lei quanto da medida provisória.

Tanto é que a Presidente regulamentou, por meio do Decreto 7.830/12, alguns pontos vetados da Medida Provisória 571/2012 pelo Congresso Nacional.

Há de se ponderar e interpretar as novas normas de forma sistêmica, considerando o panorama atual do meio ambiente no país, as necessidades socioambientais e os anseios de desenvolvimento sustentável.

O novo regramento é multifacetário. Dispõe sobre inúmeras questões de política agrária nacional e regula a proteção ambiental constitucional por meio de institutos ambientais clássicos, como a Área de Preservação Permanente e a Reserva Legal.

Assim, passa-se à análise de alguns pontos específicos da nova legislação, atinentes à temática do princípio da proibição de retrocesso. Não há pretensão alguma em se exaurir a discussão, sobretudo diante da complexidade que se aviva na relação do princípio com o novo regramento. Intenciona-se apenas

¹⁵⁵ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. Art. 1º. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Novo Código Florestal: comentários à Lei 12.651/12, de 25 de maio de 2012 e à MedProv. 571, de 25 de maio de 2012*. São Paulo: RT, 2012, p. 30.

o esclarecimento de tópicos de maior controvérsia, que vêm sendo objeto de constante debate no cenário jurídico.

4.1 A nova legislação ambiental – Lei 12.651/12 e Medida Provisória 571/12

No transcorrer do presente texto, afirmou-se que o princípio da proibição de retrocesso pode ser aplicado a todos os direitos fundamentais, mas deve ser analisado caso a caso. Como não é possível estabelecer uma fórmula padrão para resolução de todos os casos, é necessário, para cada análise, aplicar o princípio da proporcionalidade e a interpretação conforme a Constituição.

Feita esta ressalva, são necessárias algumas considerações a respeito da reforma da Lei 4.771/65, traçando-se uma análise pautada na historicidade do direito ambiental, em relação a seus instrumentos de tutela.

O Projeto de Lei 1.876/99, a princípio, trouxe forte impacto às garantias ambientais, evidenciando potencial retrocesso na legislação ambiental. A insegurança gerada pelo texto trouxe as mais variadas formas de insurgência no cenário socioambiental.

O Código Florestal substituído entrou em vigor em 1965 e, diante da falta de fiscalização do Estado, nunca foi empecilho para a degradação ambiental. A partir da Constituição Federal de 1988, quando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ganhou assento constitucional, a proteção começou a ser mais efetiva. Exemplo disso é a atuação do Ministério Público, um dos legitimados para a defesa do meio ambiente, que passou a obrigar proprietários rurais a respeitarem a legislação ambiental.

Além disso, o artigo 186 da Constituição Federal estabeleceu que somente cumpre sua função social a propriedade que, seguindo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, utiliza de forma adequada os recursos naturais disponíveis e preserva o meio ambiente.

Em cumprimento ao que estabelece a Carta Maior, os tribunais cada vez mais têm decidido pela constitucionalidade das restrições ao direito de propriedade.

Exatamente por isso os “ruralistas” passaram a pressionar o governo para reformar a legislação ambiental. Não se trata, então, de uma necessidade premente que justifique o retrocesso. Não é a produção agrícola que exige a mudança da legislação. O que se quer é livrar os maus proprietários que descumpriram a legislação e, por conta disso, não cumprem a função social da propriedade e deixam de preservar os recursos naturais.

Assim, por não existir justificativa técnica que amparasse as mudanças propostas, quando da apresentação do projeto de lei, entendeu-se pela violação do princípio da proibição de retrocesso. Temia-se o aval do Poder Executivo na degradação ambiental. O cenário jurídico começou, a partir de então, a se insurgir contra a reforma.

Neste sentido são as palavras de Ingo SARLET e Tiago FENSTERSEIFER:

A “fragilização” da proteção ambiental ocasionada pelo aviltamento da reserva legal e da área de preservação permanente trará reflexo direto nas condições de bem-estar da população brasileira, em flagrante violação ao direito fundamental ao mínimo existencial socioambiental. E, quando se fala em direitos fundamentais, considerando a sua centralidade no sistema constitucional brasileiro (Pós-1988), as limitações por eles sofridas, especialmente por conta da atividade legislativa infraconstitucional, devem atender ao imperativo da proporcionalidade. Nesse sentido, é bom lembrar que democracia constitucional é muito mais do que uma regra majoritária parlamentar, ou seja, há muito mais em jogo e os direitos fundamentais, nesse sentido, cumprem justamente o papel de limitador da discricionariedade do legislador. Se verificada violação ao conteúdo essencial do direito fundamental que sofreu limitações legislativas – no caso, o núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente e também do próprio mínimo existencial socioambiental, como ocorre de forma cristalina nas alterações pretendidas para o Código Florestal Brasileiro -, impõe-se a decretação da inconstitucionalidade da lei em questão.¹⁵⁶

Como se demonstrará, alguns pontos das mudanças são possíveis, pois não apresentam comprometimento substancial da proteção existente. Todavia, quanto aos pontos mais polêmicos contidos na proposta, como a supressão da

¹⁵⁶SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Projeto que altera o Código Florestal apresenta vícios de inconstitucionalidade. *Observatório Eco*, São Paulo, 11 abr. 2011. Disponível em <<http://www.observatorioeco.com.br>>. Acesso em 25 de abril de 2011.

reserva legal para pequenas propriedades e redução da metragem para as APPs, há evidente violação, passível de decretação de sua inconstitucionalidade.

Desde 1988, a produção agrícola no Brasil tem aumentado muito, sem que haja uma correspondente expansão na área plantada. Fatores como a mecanização, o aumento dos preços dos produtos agrícolas, além de investimentos em tecnologia, em infra-estrutura e em pesquisa, fizeram com que a produção agrícola saltasse de 66,3 milhões de toneladas de grãos, em uma área plantada de 42.243,3 mil hectares (safra 1988/1989), para uma estimativa de produção de 157,4 milhões de toneladas, em uma área plantada de 49.257,4 mil hectares, ou seja, a área plantada aumentou pouco mais de 20%, enquanto a produção aumentou quase 140%.¹⁵⁷

Diante disso, se realmente se deseja aumentar a produção agrícola no Brasil, não seria necessário diminuir as garantias ao meio ambiente. Ao invés disso, o Estado poderá fomentar investimentos em tecnologia e subsídios aos agricultores, a fim de que, sem redução da proteção ambiental, a produção agrícola continue aumentando.

As garantias ambientais como APP e reserva legal não podem ser consideradas como empecilho ao desenvolvimento agrário. Os institutos possuem função primordial na proteção do meio ambiente, englobando sua esfera essencial.

O fato é que em nenhum momento se levantou a discussão dos verdadeiros obstáculos ao desenvolvimento. A alta carga tributária e a falta de subsídios agrícolas que auxiliem na produção agrícola são aspectos que devem ser considerados. Ofuscam-se, assim, problemas estruturais do Estado brasileiro, tentando fazer crer que a proteção ambiental por meio de APPs e reservas legais são verdadeiros “freios” ao desenvolvimento.

Há de se ressaltar que, em razão do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, o meio ambiente passou a ter *dupla funcionalidade* na proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, sendo simultaneamente um *objetivo e tarefa*

¹⁵⁷ CONAB – Companhia Nacional de Abastecimento, 2011, *online*. Disponível em <www.conab.gov.br> Acesso em 21.fev.2012.

estatal e um *direito (e dever) fundamental* do indivíduo e da coletividade, o que implica em um complexo de direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico.¹⁵⁸

A legislação infraconstitucional aqui tratada prevê expressamente a garantia desse direito fundamental, bem como a obrigação do Estado a ser desempenhada na defesa ecológica.

A questão que se impõe é se houve retrocesso material frente às disposições da Lei 4.771/65, em especial àquelas modificações trazidas pela Medida Provisória 571, na proteção de institutos jurídicos como são as Áreas de Preservação Permanente, exemplo onde se poderá verificar de maneira bastante delineada sua ocorrência.

4.1.1 Disposições gerais

Inicialmente, o art. 1º-A da Lei 12.651/12, incluído pela Medida Provisória 571/2012 estabelecia:

Esta Lei estabelece normas gerais com o fundamento central da proteção e uso sustentável das florestas e demais formas de vegetação nativa em harmonia com a promoção do desenvolvimento econômico, atendidos os seguintes princípios.

A interpretação que deve ser dada é de que o vocábulo *florestas* constitui-se por todas as formas de vegetação, nativa ou não nativa. Segundo Paulo Affonso Leme MACHADO, a denominação deve ser observada, pois se trata de interpretação conjunta com o art. 3º, II do mesmo diploma legal, que conceitua APP como “*área protegida, coberta ou não por vegetação nativa*”.¹⁵⁹

Assim, o fundamento central da lei, de acordo com o *caput* do artigo 1º-A, seria a proteção e uso sustentável das florestas e demais formas de vegetação,

¹⁵⁸ SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. *op.cit.* p.181.

¹⁵⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Novo Código Florestal: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e MedProv 571 de 25 de maio de 2012*. São Paulo: RT, 2012, p. 144.

coberta ou não por bioma nativo, em harmonia com a promoção do desenvolvimento econômico.

A respeito do final do *caput*, interessante crítica foi tecida por Guilherme José Purvin de FIGUEIREDO, no seguinte sentido:

A proteção das florestas e demais formas de vegetação não pode ser entendida de forma meramente utilitarista (uso em prol do desenvolvimento econômico). Florestas e demais formas de vegetação integram o meio ambiente, não são mercadorias dele destacáveis a juízo do mercado. O fundamento central da lei, portanto, há de ser muito mais do que o seu simples direcionamento para um modelo de economia eleito por determinado governante: a flora, integrante do meio ambiente, deve ser protegida na medida em que condiciona o equilíbrio ecológico e é essencial à sadia qualidade de vida.¹⁶⁰

A leitura do dispositivo realmente trazia o sentido de relativização da proteção das florestas em nome do desenvolvimento econômico. A possibilidade seria temerária, uma vez que a imprecisão sempre favorece o fator mais influente e prejudica o mais vulnerável: o meio ambiente ao sabor da economia.

Contudo, o dispositivo não se encontra mais em vigência. A Medida Provisória 571 foi convertida na Lei 12.727 de 17 de outubro de 2012, de forma a reformar a disposição inicial contida em todo o artigo 1º-A da Lei 12.651/12. A reforma do dispositivo prevê:

Esta Lei estabelece normas gerais sobre a proteção da vegetação, áreas de Preservação Permanente e as áreas de Reserva Legal; a exploração florestal, o suprimento de matéria-prima florestal, o controle da origem dos produtos florestais e o controle e prevenção dos incêndios florestais, e prevê instrumentos econômicos e financeiros para o alcance de seus objetivos.

Tamanha foi a pertinência da crítica ao dispositivo anterior que sua reforma restou inevitável. Havia uma grande contradição na sobreposição do desenvolvimento econômico sobre a proteção ambiental. Sendo assim, a reforma dada pela Lei 12.727/12 veio beneficiar e atribuir conteúdo adequado ao sentido constitucional do meio ambiente.

¹⁶⁰ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *op.cit.* p. 35.

Além disso, os incisos trouxeram princípios gerais a serem observados na interpretação do novo Código, tendo como objetivo maior o desenvolvimento sustentável.

Houve a reafirmação do princípio da equidade intergeracional, aliado à soberania nacional com a preservação do meio ambiente (inciso I); da função estratégica da atividade agropecuária e o papel das áreas verdes na sustentabilidade, crescimento econômico e qualidade de vida (inciso II); criação de políticas públicas ambientais de responsabilidade da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em colaboração com a sociedade civil e uso sustentável das florestas (inciso III e IV); fomento da pesquisa científica (inciso V); incentivos econômicos para práticas produtivas sustentáveis (inciso VI).

Necessário destaque se dá ao inciso II, que reformulou a redação do inciso III da Medida Provisória nº 571. O texto reformado subjugava os ecossistemas ao agronegócio, ao afirmar “o reconhecimento da função estratégica da produção rural na recuperação e manutenção das florestas e demais formas de vegetação nativa”¹⁶¹. A reforma atribuiu posição ativa ao papel das áreas verdes como mecanismo de busca da sustentabilidade, crescimento econômico, melhoria da qualidade de vida, produção de alimentos e bioenergia em âmbito nacional e internacional¹⁶².

Frise-se, contudo, que não houve reafirmação do princípio da função social da propriedade, o que seria obrigatório em um diploma legal que tem por norte tal entendimento.

Com efeito, é paradoxal a ausência de menção, nesta lei, a este princípio basilar do direito. Trata-se aqui de um direito e dever individual (art.5º, XXIII da CF/1988), de um comando direcionado à ordem econômica (art.170, III, da CF/1988) e de uma imposição a todo proprietário rural (art.186 da CF/1988). Assim, na aplicação da Lei 12.651/2012, mais do que impressionar-se com os incisos do art.1º, ao aplicador da lei caberá sempre atentar para o atendimento dos princípios do meio ambiente como direito humano e da função social da propriedade, pois são estes os comandos constitucionalmente

¹⁶¹ Ibidem, p.37.

¹⁶² Prevê o inciso II do art. 1º-A da Lei 12.651/12: “reafirmação da importância da função estratégica da atividade agropecuária e do papel das florestas e demais formas de vegetação nativa na sustentabilidade, no crescimento econômico, na melhoria da qualidade de vida da população brasileira e na presença do País nos mercados nacional e internacional de alimentos e bioenergia”.

estabelecidos para a proteção e uso das florestas e para o desenvolvimento econômico.¹⁶³

O princípio da função social da propriedade é a raiz de todos os princípios ambientais. Por meio dele, a propriedade¹⁶⁴ – em suas mais variadas formas¹⁶⁵ – deverá atender requisitos mínimos, como a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e o atendimento às normas que regulam as relações de trabalho, primando sempre pelo bem-estar dos empregados. A propriedade poderá sofrer intervenção estatal em hipótese de descumprimento. Atribui-se à função social da propriedade também balizar a ordem econômica nacional, hipótese que merece destaque.

Segundo Eros Roberto GRAU:

A Constituição, destarte, dá vigorosa resposta às correntes que propõem a exploração predatória dos recursos naturais, abroqueladas sobre o argumento, obscurantista, segundo o qual as preocupações com a defesa do meio ambiente envolvem proposta de “retorno à barbárie”. O Capítulo VI do seu Título VIII, embora integrado por um só artigo e seus parágrafos – justamente o art. 225 – é bastante avançado. Ainda que isso não chegue a ser surpreendente, é notável o fato de ter a sociedade brasileira logrado a obtenção das conquistas sociais – que de conquistas sociais verdadeiramente se trata – ao menos no nível formal, da Constituição, consagrados.¹⁶⁶

Ademais, a lei trouxe imenso rol de conceitos no artigo 3º, ao contrário do Código revogado. Uma característica louvável, uma vez que alguns institutos eram pouco efetivos em virtude da imprecisão terminológica, como é o caso da área consolidada, que será tratada adiante.

¹⁶³ FIGUEIRDO, Guilherme José Purvin de. *op. cit.* p. 35.

¹⁶⁴ “A propriedade não constitui uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens. Não podemos manter a ilusão de que à unicidade do termo – aplicado à referência a situações diversas – corresponde à real unidade de um compacto e íntegro instituto. A propriedade, em verdade, examinada em seus distintos perfis – subjetivo, objetivo, estático e dinâmico – compreende um conjunto de vários institutos. Temo-la, assim, em inúmeras formas, subjetivas e objetivas, conteúdos normativos diversos sendo desenhados para aplicação a cada uma delas, o que importa no reconhecimento, pelo direito positivo, da *multiplicidade da propriedade*.” In: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, p. 241.

¹⁶⁵ Eros Roberto GRAU cita a propriedade de valores mobiliários, a propriedade literária e artística, a propriedade industrial, a propriedade do solo. Esta última se subdividiria em solo rural, urbano e subsolo. *Ibidem*, p. 241.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 256.

A conceituação dos institutos ambientais é um grande avanço no direito material, pois sua falta era utilizada em favor de uma interpretação prejudicial ao meio ambiente, desvirtuando sua real intenção. Da maneira como a nova lei se encontra, o problema da falta de objetividade no conceito será drasticamente minimizado.

4.1.2 O argumento da proibição de retrocesso no veto presidencial

É necessário, aqui, abrir um breve tópico para tratar do princípio da proibição de retrocesso, em virtude de sua importância nas reformas da nova legislação. Convergente ao que foi tratado, o princípio embasou expressamente os vetos da Presidente Dilma Rousseff quando do veto parcial da Lei 12.651/12.

Os §§ 7º e 8º do artigo 4º assim dispunham:

§ 7º Em áreas urbanas, as faixas marginais de qualquer curso d'água natural que delimitem as áreas da faixa de passagem de inundação terão sua largura determinada pelos respectivos Planos Diretores e Leis de Uso do Solo, ouvidos os Conselhos Estaduais e Municipais de Meio Ambiente. § 8º No caso de áreas urbanas e regiões metropolitanas, observar-se-á o disposto nos respectivos Planos Diretores e Leis Municipais de Uso do Solo.

As razões do veto presidencial foram claras ao mencionar o retrocesso dos dispositivos:

Conforme aprovados pelo Congresso Nacional, tais dispositivos permitem que a definição da largura da faixa de passagem de inundação, em áreas urbanas e regiões metropolitanas, bem como as áreas de preservação permanente, sejam estabelecidas pelos planos diretores e leis municipais de uso do solo, ouvidos os conselhos estaduais e municipais de meio ambiente. Trata-se de grave retrocesso à luz da legislação em vigor, ao dispensar, em regra, a necessidade da observância dos critérios mínimos de proteção, que são essenciais para a prevenção de desastres naturais e proteção da infraestrutura.¹⁶⁷

¹⁶⁷ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Msg/VEP-212.htm. Acesso em 17 out. 2012.

O Código Florestal anterior previa a possibilidade de limitação das APPs no caso de áreas urbanas e nas regiões metropolitanas pelo “disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo” (parágrafo único do artigo 2º da Lei 4.771/65). Havia, portanto, respeito aos mínimos legais estabelecidos no artigo em questão.

Assim, em atitude lúcida e inteiramente constitucional, o veto foi embasado no princípio da proibição de retrocesso, sendo exemplo de aplicabilidade imediata frente a mudanças prejudiciais de um direito material já existente.

A defesa do meio ambiente em nome dessa prerrogativa deixa assentado o entendimento da possibilidade de sua aplicação em matéria ambiental. A invocação do princípio, ainda que não expressamente, se deu em outros dispositivos vetados, como foi o caso do artigo 61-A, adiante tratado.

4.2 As Áreas de Preservação Permanente

Há de se analisar as principais modificações das Áreas de Preservação Permanente (APPs). São várias as hipóteses e especificações de acordo com cada ambiente. O presente trabalho aborda somente alguns tipos de APP¹⁶⁸, de forma exemplificativa. Assim, ao fazer um paralelo entre as legislações, pretende-se embasar as conclusões da pesquisa.

As Áreas de Preservação Permanente são autoaplicáveis, ou seja, não necessitam de um ato executivo do poder público para surtir efeitos. As dúvidas possíveis quanto à sua limitação são exclusivamente problemas de medição, pois a localização e as obrigações de manutenção, de reparação de uso ou até a possibilidade de supressão da vegetação decorrem da própria lei.¹⁶⁹

A APP é definida como:

¹⁶⁸ As APPs podem se encontrar na margem dos cursos de água; no entorno de nascentes, reservatórios naturais e artificiais; nas encostas, restingas e topos de morro; e nos manguezais, e veredas. Pretende-se aqui analisar somente algumas hipóteses, de modo vertical, a fim de demonstrar eventual aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso, contribuindo para o estudo de forma dinâmica e objetiva.

¹⁶⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *op. cit.* 2012, p. 143.

Art. 3º [...] II - Área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

A redação original da Lei 4.771/65 trazia a expressão *floresta* de preservação permanente. Já a Lei 12.651/12 substituiu o termo somente pela expressão *área*, o que veio a ampliar as possibilidades de sua caracterização, tendo em vista que nem sempre a APP caracteriza-se por uma floresta, podendo ser uma área desmatada, ocupada, construída, etc.

O alicerce constitucional para o dispositivo situa-se no art. 225, §1º, III da Constituição Federal de 1988, que dá a incumbência ao poder público de definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a ser especialmente protegidos, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justificam sua proteção.

O termo permanente por si só demonstra o caráter definitivo do instituto. A imutabilidade de uma APP é condicionante para o cumprimento de sua função. Por meio dessa característica, impõe-se ao proprietário, à sociedade e aos órgãos públicos ambientais o dever de criar, manter e/ou recuperar as APPs.¹⁷⁰

As funções da APP contribuem para o equilíbrio do meio ambiente e integram as maiores mudanças trazidas pela Lei 12.651/12 e Medida Provisória 571.

Em análise minuciosa do dispositivo, Paulo Affonso Leme MACHADO afirma:

A APP é uma área protegida, com funções ambientais específicas e diferenciadas: função ambiental de preservação, função de facilitação, função de proteção e função de asseguramento. As funções ambientais de preservação abrangem os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade. A APP tem a função de facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, sendo que essa transmissão genética não é exclusiva dessa área protegida. A APP visa proteger o solo, evitando a erosão e conservando sua fertilidade. Não se pode negligenciar o asseguramento do bem-estar das populações humanas, isto é, da felicidade e prosperidade das pessoas, entre as quais estão os proprietários e trabalhadores em geral e da propriedade rural onde

¹⁷⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *op.cit.* 2012, p.144.

se situa a APP (art.186, IV da CF/1988). A supressão indevida da vegetação na APP obriga o proprietário da área, o possuidor ou o ocupante a qualquer título a recompor a vegetação, e essa obrigação tem natureza real. Essa obrigação transmite-se ao sucessor, em caso de transferência de domínio ou de posse do imóvel rural.¹⁷¹

Dois pontos, em especial, devem ser ressaltados na observação do autor.

Primeiro quanto ao bem-estar das populações humanas. Não é comum, tampouco recorrente no tema das APPs trazer à tona uma discussão tão importante quanto é a felicidade e prosperidade das pessoas sob a influência do meio ambiente. Aqui reside o núcleo essencial do direito ambiental, conforme já examinado. Em que pese todas as funções ecológicas pertinentes à matéria, não se pode esquecer da influência que o meio ambiente causa diretamente aos humanos. Ressalta-se, portanto, a maturidade na reflexão do autor.

Segundo, quanto à responsabilização em recompor a área desmatada ou sem vegetação. É prerrogativa embasada pela responsabilidade objetiva quanto ao dano ambiental¹⁷², onde não importa se o sucessor da área não foi o causador direto da supressão. A recomposição impõe-se incondicionalmente àquele que detém a posse ou propriedade da área.

Para Paulo Affonso Leme MACHADO, as Áreas de Preservação Permanente podem ser divididas didaticamente em três grupos: (i) como protetor das águas; (ii) como protetor das montanhas e (iii) como protetor dos ecossistemas determinados.

A análise pretendida é quanto à ocorrência ou não de retrocesso a partir das disposições da Lei 12.651/12, Medida Provisória 571/12 e Decreto 7.830/12.

Na redação original da Lei 4.771/65 a faixa mínima da APP era de cinco metros. Subiu para trinta metros após a promulgação da Lei 7.803/89.

A respeito da metragem, afirma:

A fixação no valor de trinta metros não foi arbitrária. Nota técnica da Agência Nacional de Águas afirma: “Os trabalhos relacionados dão uma pequena amostra dos estudos existentes que concluem com

¹⁷¹ Ibidem, p.144.

¹⁷² Previsão no art.14, §1º da Lei 6938/81.

fundamentação técnica e científica o posicionamento abarcado pelo Código Florestal vigente, que é a adoção de faixas fixas de mata ciliar, com o valor mínimo de 30 metros para todos os cursos de água, tendo em vista que a utilização das áreas é dinâmica e em determinados momentos poderá haver condições de maior erosão, e a existência dessa faixa mínima certamente reduzirá substancialmente os impactos negativos sobre os recursos hídricos”. As outras quatro faixas marginais vão aumentando até chegar a quinhentos metros para os cursos d’água que tenham de duzentos a seiscentos metros de largura.¹⁷³

A justificativa para o tamanho das APPs dá-se por diversas funções, inerentes à preservação do meio ambiente. A função protetora das águas, do solo, da biodiversidade, da paisagem, do bem-estar do ser humano. “A área de preservação permanente - APP não é um favor da lei, é um ato de inteligência social, e é de fácil adaptação às condições ambientais”¹⁷⁴.

Em regra geral, a divisão ficou estabelecida proporcionalmente à largura do curso d’água.

4.2.1 O reflorestamento das APPs: uma regra especial

Um dos pontos mais polêmicos no Projeto de Lei 1.876/99 foi a previsão de “anistia” aos proprietários rurais que haviam desmatado suas propriedades antes de 22 de julho de 2008¹⁷⁵, ou seja, no período anterior ao Decreto 6.514/08.

Guilherme José Purvin FIGUEIREDO bem resume a realidade em que se encontra grande parte das propriedades rurais no Brasil:

Chega o agricultor, derruba e queima as matas, sem indagar se elas são necessárias à conservação da feracidade do solo ou do regime das águas. Depois de alguns anos de exploração, renovando anualmente a queimada, como meio de extinguir a vegetação invasora, o terreno esgotado é entregue ao abandono e o agricultor, seguindo as pegadas do madeireiro que adiante derrubou as árvores para extrair as toras, inicia novo ciclo devastador idêntico ao precedente. Como efeito disso, a agricultura cada vez mais se interioriza mais e cada vez se distancia

¹⁷³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *op.cit.* 2012, p. 146.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p.146.

¹⁷⁵ Em 22 de julho de 2008 foi publicado o Decreto 6.514, que previu sanções administrativas ligadas à supressão das APPs a partir daquela data.

dos centros consumidores, requerendo transportes sempre mais caros. Os desmatamentos nos mananciais vão transformando os campos em solos pobres e com produtividade cada vez menor.¹⁷⁶

A previsão da anistia era ampla e irrestrita no projeto de lei, pois levaram em conta o tamanho do curso d'água, independentemente do tamanho da propriedade, na intenção de existir uma regra geral.

§ 4º Para os imóveis rurais que possuam áreas consolidadas em Áreas de Preservação Permanente ao longo de cursos d'água naturais, com largura de até 10 (dez) metros, será admitida a manutenção de atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo ou de turismo rural, independentemente do tamanho da propriedade, sendo obrigatória a recomposição das faixas marginais em 15 (quinze) metros, contados da borda da calha do leito regular.

§ 5º Aos proprietários e possuidores dos imóveis rurais da agricultura familiar e dos que, em 22 de julho de 2008, detinham até 4 (quatro) módulos fiscais e desenvolviam atividades agrossilvipastoris nas áreas consolidadas em Áreas de Preservação Permanente, para o fim de recomposição das faixas marginais a que se refere o § 4º deste artigo, é garantido que a exigência de recomposição, somadas as áreas das demais Áreas de Preservação Permanente do imóvel, não ultrapassará o limite da Reserva Legal estabelecida para o respectivo imóvel.

A recomposição da APP, em tese, seria de 15 (quinze) metros, independentemente do tamanho da propriedade. Ademais, poderia haver soma das metragens, no caso de propriedades com mais de um tipo de APP (por exemplo, em havendo um curso d'água, uma nascente e um lago na mesma propriedade) e limitação das APPs até o limite da área de reserva legal estabelecida para a propriedade.

Tais artigos sofreram veto presidencial e passaram a ser regulados pela Lei 12.727/12 (art. 61-A) e pelo Decreto nº 7.830 publicado em 17 de outubro de 2012 (art. 19). Os dispositivos possuem redação idêntica, tendo o Decreto complementado partes específicas do art.61-A da Lei 12.727/12.

De acordo com o veto presidencial:

Ao tratar da recomposição de áreas de preservação permanente em áreas rurais consolidadas, a redação aprovada é imprecisa e vaga, contrariando o interesse público e causando grande insegurança jurídica quanto à sua aplicação. O dispositivo parece conceder uma

¹⁷⁶ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *op.cit.* p.41.

ampla anistia aos que descumpriram a legislação que regula as áreas de preservação permanente até 22 de julho de 2008, de forma desproporcional e inadequada. Com isso, elimina a possibilidade de recomposição de uma porção relevante da vegetação do País. Ademais, ao incluir apenas regras para recomposição de cobertura vegetal ao largo de cursos d'água de até dez metros de largura, silenciando sobre os rios de outras dimensões e outras áreas de preservação permanente, o texto deixa para os produtores rurais brasileiros uma grande incerteza quanto ao que pode ser exigido deles no futuro em termos de recomposição.¹⁷⁷

O veto considerou que deveria haver proporcionalidade entre o tamanho da APP e o tamanho da propriedade. A possibilidade de soma das APPs e sua limitação à área de reserva legal também foram vetadas, ante a desigualdade da realidade fundiária brasileira.

Por fim, a proposta não articula parâmetros ambientais com critérios sociais e produtivos, exigindo que os níveis de recomposição para todos os imóveis rurais, independentemente de suas dimensões, sejam praticamente idênticos. Tal perspectiva ignora a desigual realidade fundiária brasileira, onde, segundo o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, 90% dos estabelecimentos rurais possuem até quatro módulos fiscais e ocupam apenas 24% da área rural do País.¹⁷⁸

A nova redação levou em conta o tamanho do imóvel rural¹⁷⁹ para a metragem mínima da APP. Considerando os dados do INCRA, tal regra resgata a proporcionalidade na garantia das APPs e aumenta a proteção ambiental dos cursos d'água, nascentes, lagos e demais biomas.

A regra não leva em consideração o tamanho da largura do curso d'água, sendo estritamente proporcional ao tamanho da propriedade. De acordo com o dispositivo em vigor, para imóveis rurais com área de até 1 (um) módulo fiscal, será obrigatória a recomposição das faixas marginais em 5 (cinco) metros, contados da borda da calha do leito regular. Para os imóveis rurais com área superior a 1 (um) e de até 2 (dois) módulos fiscais, a recomposição será de 8 (oito) metros. Consequentemente, para os imóveis rurais com área superior a 2 (dois) e

¹⁷⁷ Mensagem nº 212 de 25 de maio de 2012, referente ao veto presidencial na promulgação da Lei 12.651/12. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Msg/VEP-212.htm> . Acesso em 17 out. 2012.

¹⁷⁸ Idem.

¹⁷⁹ O entendimento é vulgarmente conhecido como a “regra da escadinha”, onde leva-se em conta o tamanho da propriedade para se determinar os mínimos de Área de Preservação Permanente.

de até 4 (quatro) módulos fiscais, a recomposição será de 15 (quinze) metros. Já para imóveis rurais com área acima de 4 (quatro) módulos fiscais, o artigo 19 do Decreto 7.830/12 prevê a proporcionalidade com o curso d'água, sendo: i) a recomposição de 20 (vinte) metros nas faixas marginais, nos cursos d'água com até 10 (dez) metros de largura em imóveis rurais de até 10 (dez) módulos fiscais; (ii) nos demais casos, extensão correspondente à metade da largura do curso d'água, observado o mínimo de trinta e o máximo de cem metros, contados da borda da calha do leito regular.

Em que pese a Área de Preservação Permanente esteja prevista e garantida no artigo 4º do Novo Código Florestal, a regra especial para “áreas consolidadas”, ou seja, para APPs desmatadas antes de 22 de julho de 2008, apresenta um duplo retrocesso. Primeiro, por suprimir garantias já estabelecidas no Código Florestal revogado. Segundo, por ser uma regra especial, que será realmente a regra a ser aplicada, uma vez que grande parte das Áreas de Preservação Permanente no Brasil não possui cobertura de vegetação¹⁸⁰.

Ademais, o uso irregular da propriedade rural, seja na derrubada das Áreas de Preservação Permanente, seja na desconstituição da reserva legal, não implica em prejuízos apenas ao próprio solo, mas também aos solos vizinhos. Proprietários da vizinhança, ao notarem um comportamento desse tipo poderão se insurgir contra o responsável, mediante “ação individual de rito sumário visando a correção do comportamento daquele cujas ações ou omissões acarretam prejuízos ecológicos que superam os limites da propriedade privada”.¹⁸¹

Assim, ante a regra especial, há de se afirmar que, embora minimizada em relação à proposta anterior, a metragem prevista no artigo 61-A expressa evidente retrocesso. A proteção às Áreas de Preservação Permanente não foi resguardada pelo Poder Executivo, que poderia ter incluído a proteção quando da edição do Decreto 6.514/08.

Dessa forma, surge a necessidade da defesa do princípio da proibição de retrocesso, pela inconstitucionalidade do dispositivo do artigo 61-A, que trouxe a

¹⁸⁰ Segundo estudo da equipe do professor Gerd Sparovek, da USP/Esalq, as APPs somariam hoje 103 milhões de hectares, com um déficit de vegetação natural de 44 milhões de hectares. AMARAL, Liana. Disputa territorial. Notícias do IPEA, Brasília, 17 nov. 2011. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/portal/>>. Acesso em 16 out. 2012.

¹⁸¹ *Ibidem*, p.44.

regra especial. A exceção tornar-se-á a regra, em virtude da condição de pleno desmatamento das APPs nas propriedades rurais de todo o Brasil.

Apesar disso, ainda em relação ao reflorestamento, é importante frisar o conteúdo do § 1º do artigo 35 da Lei 12.651/12.

No §1º, o legislador inicia reputando-se ao plantio ou reflorestamento com espécies florestais nativas ou exóticas; a saber, é de bom grado que se pense em replantar áreas anteriormente degradadas com espécies nativas, principalmente se analisarmos pelo prisma dos atuais programas de reflorestamento, que geralmente utilizam o eucalipto (*Eucalyptus*), porém, estudos já mostraram que tal espécie desbalanceia o equilíbrio ecológico da região, porque absorve grandes quantidades de água, e prejudica as demais espécies da floresta, e também os seus cursos d'água. Outro ponto negativo do eucalipto, quando funciona como “monocultura de reflorestamento”, é a sua facilidade em propagar incêndios florestais, visto a autocombustão dos óleos existentes na sua estrutura. Desconsideramos o termo “exóticas”, preferindo as espécies nativas, que melhor representam o bioma a ser recuperado.¹⁸²

Como demonstrado, patente retrocesso se deu pela possibilidade de reflorestamento de APPs por espécies exóticas, abrindo margem a prejuízos em longo prazo no bioma que as receber. Para diminuir os custos no cumprimento da lei, o proprietário facilmente poderá reflorestar a área de preservação permanente com espécies exóticas que, deixariam de contribuir para o equilíbrio sistêmico do bioma. Poderá haver, portanto, áreas de preservação permanente apenas em aspecto formal, substancialmente vazias à luz do conteúdo normativo concedido ao instituto.

E mais, a mesma regra prevê a desnecessidade de autorização prévia da autoridade administrativa para tal plantio ou reflorestamento.

Ainda no §1º, tais plantios independem de autorização prévia, devendo apenas respeitar os limites estabelecidos nesta Lei, dentre eles a prestação de informação ao órgão competente no período de 1 ano. Não vemos com bons olhos esta independência de autorização prévia, haja vista que tamanha liberdade pode comprometer o equilíbrio do meio ambiente em questão. O correto é que a Lei determinasse que estudos fossem feitos sempre que um programa de plantio ou replantio estivesse sendo posto em prática, para que, só então, as espécies correspondentes ao bioma devastado tivessem seu plantio assegurado.

¹⁸² BELLO FILHO, Ney de Barros. Art.35. In: MACHADO, Paulo Affonso Leme; MILARÈ, Édis. *op. cit.* p.319.

Quase sempre quantidade não é mais importante que qualidade, e quando se trata do meio ambiente, qualidade é o fator de interesse.¹⁸³

Trata-se de um claro exemplo de retrocesso legislativo na proteção ambiental, que jamais poderia ser ratificado pelos Poderes Legislativo e Executivo. Uma previsão que somente interessa ao agronegócio rentável¹⁸⁴ das vendas de sementes exóticas.

Logo, o artigo 61-A e 35, § 1º do Novo Código Florestal são manifestamente inconstitucionais por configurarem retrocesso às garantias ambientais já adquiridas anteriormente.

4.2.2 APP e reservatórios naturais e artificiais

Houve uma modificação considerável quanto à previsão de Área de Preservação Permanente no entorno das acumulações naturais ou artificiais de água.

O art. 2º da Lei 4.771/65 dispõe:

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pe lo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: [...]

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

A nova redação da Lei 12.651/12, modificada pela Medida Provisória 571/2012, trouxe a previsão de dispensa em situação que anteriormente era protegida e garantida APP, a saber:

¹⁸³ Ibidem, p. 319.

¹⁸⁴ Pesquisa realizada pelo INPE e pela Fundação SOS Mata Atlântica, apontam “desflorestamentos verificados no período de 2008-2010 de 31.195 hectares (ha), ou 311,95 km². Destes, 30.944 ha correspondem a desflorestamentos, 234 ha a supressão de vegetação de restinga e 17 ha a supressão de vegetação de mangue”. Dentre os municípios que lideram as taxas de desmatamento nos anos de 2008-2009, estão as cidades mineiras de Ponto dos Volantes, Jequitinhonha e Pedra Azul, sendo que “tem como uma das principais causas a expansão do reflorestamento de eucalipto e do carvão vegetal para a siderurgia”. INPE e SOS Mata Altântica divulgam dados do Atlas dos Remanescentes Florestais. *Notícias do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais*. Brasília, 26 mai. 2011. Disponível em <<http://www.inpe.br/noticias/>>. Acesso em 10 out. 2012.

Art.4º [...] § 4º Fica dispensado o estabelecimento das faixas de Área de Preservação Permanente no entorno das acumulações naturais ou artificiais de água com superfície inferior a 1 (um) hectare, vedada nova supressão de áreas de vegetação nativa.

Portanto, a dispensa de Área de Preservação Permanente no entorno de reservatórios naturais ou artificiais com superfície inferior a 1 (um) hectare é medida que implica em evidente retrocesso.

A ilusão formal criada pelo Código leva a crer que as áreas inferiores, não necessitariam de proteção ambiental efetiva, seguindo o mesmo princípio adotado pelos ruralistas responsáveis pelo projeto de Lei nº 1.876/99, representado pelo substitutivo do deputado Aldo Rebelo, relator do projeto.

O que ocorre, contudo, é que o parâmetro estabelecido para a determinação da existência ou não de Área de Preservação Permanente é a dimensão constante na matrícula do registro do imóvel.

Assim, não seria difícil estabelecer que a fim de aproveitar as benesses de desobrigação da Área de Preservação Permanente, bastaria a divisão formal da propriedade para se integrar à disposição do novo Código Florestal.

Regra especial tratou dos reservatórios artificiais de água destinados à geração de energia ou abastecimento público. Trata-se de um dos pontos mais delicados da questão ambiental, pelas várias mudanças ocorridas na regra de proteção e por envolver interesses econômicos.

Antes da edição da Resolução CONAMA 4/1985, que regulamentava a Lei 6.938/81, não existia norma que fixasse a faixa na qual deveria ser protegida a vegetação do entorno de reservatórios d'água artificiais. Com o advento da Resolução CONAMA 4/1985, foi prevista como reserva ecológica passível de proteção a vegetação existente na faixa de 100 (cem) metros no entorno das represas hidrelétricas, não sendo exigido, contudo, que o empreendedor adquirisse tais áreas.

Sendo revogada tal Resolução pela Lei 9.985/00, o ordenamento jurídico deixou de fixar a metragem das áreas no entorno dos reservatórios artificiais. Havia uma lacuna quanto à largura da área a ser observada.

Em 25 de agosto de 2001, foi editada a Medida Provisória 2.166-67/2001, que inseriu significativas alterações na Lei 4.771/65. Previa a área no

entorno dos reservatórios como de preservação permanente, independentemente de vegetação. Além disso, inseriu o §6º no art.4º, prevendo a obrigatoriedade na desapropriação ou aquisição, pelo empreendedor, das APPs criadas em seu entorno, cujos parâmetros seriam definidos por resolução do CONAMA.

Nesse sentido, o CONAMA editou a Resolução 302/2002, fixando a APP para o entorno dos reservatórios em 30 (trinta) metros (áreas urbanas consolidadas) e 100 (cem) metros para as (áreas rurais).

Ocorre que, quando de sua edição, havia ocupações das mais variadas formas na área que passou a ser considerada de preservação permanente.

Priscila Santos ARTIGAS e Maria Clara ROSA ilustram o cenário em questão:

No que se refere aos impactos sociais, esses se evidenciam em razão do desgastante processo de aquisição e de desapropriação, bastando considerar que no entorno dos reservatórios artificiais há muito implantados há, em incontáveis situações, cidades constituídas, com bairros consolidados, onde estão instalados equipamentos públicos, comércios, residências, etc. São estruturas de difícilíssima modificação, nas quais eventuais demolições podem causar muito mais impactos socioambientais negativos do que a sua manutenção.¹⁸⁵

As modificações, portanto, trouxeram amplo debate jurídico sobre a possibilidade de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada em relação aos bens ambientais.

Entende-se que as disposições da Medida Provisória 2.166-67/2001 e Resolução CONAMA 302/2002 poderiam ser aplicadas de forma retroativa, uma vez que não há que se falar em direito adquirido em prejuízo do meio ambiente.

Aplica-se analogicamente o entendimento, já trazido neste estudo, de Walter Claudius ROTHENBURG sob o qual o meio ambiente é dinâmico e encontra-se em constante evolução.

Ainda que não haja possibilidades físicas para demolição das construções consolidadas no local, deve-se valer de compensações ambientais, a fim de que o Estado e a coletividade possam cumprir seu dever de proteção

¹⁸⁵ ARTIGAS, Priscila Santos; ROSA, Maria Clara R. A. Art. 62. In: In: MACHADO, Paulo Affonso Leme; MILARÉ, Édis. *op. cit.*, p. 430.

constitucional. Os Termos de Ajustamento de Conduta, previstos na Lei 7.347/85, garantem tal possibilidade.

Todavia, cabe aqui analisar a regra do novo Código Florestal.

Art. 62. Para os reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, a faixa da Área de Preservação Permanente será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum.

De acordo com o texto, a APP passou a ser localizada na área já desapropriada. Indaga-se a forma como se dará o cumprimento da APP. Vejamos.

O conceito *nível máximo normal* está estampado no artigo 2º, IV da Resolução CONAMA 302/2002, segundo a qual “é a cota máxima normal de operação do reservatório”. Trata-se do nível das condições habituais de operação.

Já a *cota máxima maximorum* define um nível acima da cota normal de operação, estabelecido para garantir a segurança do reservatório, considerando situações excepcionais.

Em outras palavras, a APP localizar-se-á em área já inundada pela hidrelétrica.

Ora, se a APP é uma área protegida, com funções ambientais específicas e, considerando que o texto deixou claro que ela passará a ser localizada em região já inundada pelas usinas hidrelétricas, não haveria sequer possibilidade de cumprimento de sua função.

A APP existiria de direito, mas não de fato, o que é inaceitável do ponto de vista da natureza do instituto jurídico.

Some-se a isso o fato de inúmeras demandas terem sido ajuizadas por particulares, que tiveram parte de suas terras ocupadas pela construção de hidrelétricas, pleiteando indenização pela desapropriação das APPs.

Com a nova regra, desincumbe-se do dever de manutenção de APPs, inclusive quanto à “obrigatoriedade na desapropriação e aquisição de APP” nos limites de 30 (trinta) metros e 100 (cem) metros, por força do §6º no art.4º da Lei 4.771/65 e Resolução CONAMA 302/2002.

Mais um caso, portanto, de manifesto retrocesso à garantia ambiental das Áreas de Preservação Permanente. Nesse caso, um retrocesso potencializado pelos interesses econômicos das concessionárias de exploração de energia hidrelétrica.

4.3 A Reserva Legal

Assim como ocorreu com as Áreas de Preservação Permanente, a Reserva Legal também foi tratada em duas hipóteses da Lei 12.651/12: como regra geral (artigo 12) e por previsão especial em relação às áreas consolidadas (artigo 66).

Da mesma forma, houve perdas significativas ao meio ambiente, haja vista que a nova lei literalmente legalizou práticas tidas como ilegais à luz do Código revogado.

Conceitua-se o instituto da seguinte forma:

Reserva Legal é a área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção da fauna e flora nativas. (...) tem sua razão de ser na virtude da prudência que deve conduzir o Brasil a ter um estoque vegetal para conservar a biodiversidade. Cumpre, além disso, o princípio constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Importa dizer que cada proprietário não conserva uma parte de sua propriedade com florestas somente no interesse da sociedade ou de seus vizinhos, mas primeiramente no seu próprio interesse.¹⁸⁶

Como dito, a regra geral de proteção da reserva legal continuou idêntica à anterior. Para a região amazônica, estabeleceu-se o percentual de 80% em imóvel situado em área de florestas, 35% para imóvel situado no cerrado e 20% para imóvel situado em área de campos gerais. Em relação às demais regiões do país, estabelecido o valor de 20%.

¹⁸⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, p.841.

Contudo, trata-se de proteção da floresta nativa, como bem salienta Paulo de Bessa ANTUNES:

Observe-se, ademais, que o inc. I ao estabelecer o percentual de reserva legal a ser mantido na Amazônia Legal utilizou-se apenas do termo “floresta”, vez que há uma clara desnecessidade de que se acrescente o vocábulo “Amazônica”, até mesmo porque tal vocábulo não tem qualquer significado técnico. Imagine-se, por exemplo, uma floresta plantada, para fins de produção de celulose, dentro da Amazônia legal, pelo simples fato de que ela está no território da Amazônia legal deverá ser instituída a reserva legal em 80% da área? A resposta só pode ser negativa. O objetivo da lei é preservar a floresta nativa que constitui o bioma Amazônia. Veja-se que as alíneas *a*, *b* e *c* do inc. I do art.12 reconhecem, no mínimo, a existência de três biomas na Amazônia legal: (a) área de florestas (*sic*); (b) cerrado e (c) campos gerais com a incidência de percentuais mínimos diferentes, a saber: oitenta, trinta e cinco e vinte por cento. Nas demais regiões do país adota-se o percentual de 20% sobre a área do imóvel rural.¹⁸⁷

A previsão questionável encontra-se no artigo 66 da Lei 12.651/12, que trata das áreas consolidadas em áreas de reserva legal, constituindo-se exceção à regra geral.

O dispositivo trata da regularização de atos ilícitos cometidos na vigência do Código Florestal anterior, em relação à supressão ou não observância da área de reserva legal.

Convergente ao entendimento aplicado às APPs, utilizou-se o Decreto 6.514/08 para considerar as áreas consolidadas e a possibilidade de regularização dos imóveis rurais que descumpriram a legislação na vigência da Lei 4.771/65.

Sobre essa condição, Daniel Roberto FINK afirma:

A adoção dessa data faz crer aos menos avisados que, antes do dia 22 de julho de 2008, não havia previsão de infrações administrativas ambientais e que somente agiu de forma ilícita quem praticou infrações após a edição desse decreto. Contudo, não é demais lembrar que anteriormente vigorava o Dec. 3.179/1999, que expressamente previa infrações contra a flora (Seção II – arts. 25 a 40) e, especificamente em seus arts. 38 e 39, previa sanções para a exploração e o corte raso em área de reserva legal. Antes, ainda, o art. 14 da Lei 6.938/1981, regulamentado pelo Dec. 99.274/1990, dispunha infrações relativas ao “não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade

¹⁸⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. Da área de reserva legal. In: MACHADO, Paulo Affonso Leme; MILARÉ, Édis. *op. cit.*, p. 233.

ambiental”. Note-se, assim, que a adoção da data de 22 de julho de 2008 como marco legal da existência de infrações ambientais desconsidera completamente toda a legislação anterior e os ilícitos praticados na sua vigência.¹⁸⁸

É inegável que a situação aqui prevista ocorrerá com frequência. O § 1º indica a natureza real da obrigação, transmitida ao sucessor em caso de transferência da posse ou propriedade.

A jurisprudência do STJ, seguidamente, tem afirmado a natureza *propter rem* da reserva legal, com todas as conseqüências que, normalmente, daí resultam: “Recurso especial. Faixa ciliar. Área de Preservação Permanente. *Reserva legal*. Terreno adquirido pelo recorrente já desmatado. Impossibilidade de exploração econômica. Responsabilidade objetiva. Obrigação *propter rem*. *A obrigação de conservação é automaticamente transferida do alienante ao adquirente, independentemente deste último ter responsabilidade pelo dano ambiental*. Recurso especial não conhecido.”¹⁸⁹

Portanto, confirma-se a natureza real da obrigação a ser cumprida pelo proprietário do imóvel, independentemente de não ter sido o responsável direto da não observância do instituto da Reserva Legal.

São várias as hipóteses reguladas por esse dispositivo. Passa-se a analisar algumas, com enfoque na configuração de retrocesso legislativo.

O §2º do artigo estabelece que a recomposição da Reserva Legal atenderá a critérios estabelecidos pelo órgão ambiental integrante do SISNAMA (Sistema Nacional de Meio Ambiente), devendo ser concluída no prazo de 20 anos. Além disso, prevê que, nesse prazo, a recomposição se dará, no mínimo, de um décimo (1/10) a cada dois anos.

Segundo Daniel Roberto FINK, a nova regra enseja evidente prejuízo ao meio ambiente.

Contudo, a regra anterior inserida no inc. I do art. 44 da Lei 4.771/1965, foi introduzida pela MedPrev 2.166/2001, ambas revogadas pelo art.83 da Lei 12.651/2012. Passados 11 anos da edição daquela norma ora revogada, as propriedades rurais já deveriam ter recomposto praticamente quatro décimos (4/10) ou quarenta por cento (40%) de

¹⁸⁸ FINK, Daniel Roberto. Das Áreas consolidadas em Áreas de Reserva Legal. In: MACHADO, Paulo Affonso Leme; MILARÉ, Édís. *op. cit.*, p. 451.

¹⁸⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *op. cit.* p. 218.

sua propriedade. Considere-se, ainda, que já havia regra anterior sobre o prazo de recomposição da Reserva Legal, contida no art. 99, da Lei 8.171/1991, que, embora revogado pela MedPrev 2.166/2001, assim disciplinava essa recomposição: “a partir do ano seguinte ao de promulgação desta lei, obriga-se o proprietário rural, quando for o caso, a recompor em sua propriedade a Reserva Florestal Legal, prevista na Lei 4.771/1965, com a nova redação dada pela Lei 7.803/1989, mediante o plantio, em cada ano, de pelo menos um trinta avos da área total para complementar a referida Reserva Florestal Legal (RFL)”.¹⁹⁰

Logo, conclui-se que, a partir de 1992, o proprietário rural deveria ter dado início à recomposição da Reserva Legal no prazo de 30 anos. Assim sendo, “em 2012, após 20 anos, já deveria ter promovido a recuperação de praticamente de praticamente setenta por cento (70%) da área de Reserva Legal”.¹⁹¹

A regra, portanto, implica em considerável atraso no cronograma anterior. A legislação florestal que embasava tal programa foi suprimida e desconsiderada pela nova regra.

Conclui-se que a previsão do artigo 66 também é manifestamente inconstitucional, ferindo o princípio da proibição de retrocesso, da mesma forma que o artigo.

4.4 A (in)constitucionalidade do Novo Código Florestal

Não se pode sustentar que o novo diploma legal é integralmente formado por retrocessos. Há de se reconhecer alguns avanços trazidos pela Lei 12.651/12. Além disso, se comparados com o projeto de lei inicial, é evidente que vários prejuízos foram minimizados, mas ainda persistem.

Conforme demonstrado, a proteção ambiental foi diminuída justamente nos institutos que formam a essência do novo código: as Áreas de Preservação Permanentes e a Reserva Legal de áreas consolidadas.

A nova legislação foi moldada pelos interesses do agronegócio. Todos aqueles titulares do meio ambiente ecologicamente equilibrado, dos quais trata o

¹⁹⁰ FINK, Daniel Roberto. *op. cit.* p. 453.

¹⁹¹ *Ibidem*, p.453.

caput do artigo 225 da Constituição Federal, tem de fazer valer sua garantia constitucional.

Certamente a maioria do povo se preocuparia com a qualidade do ar e dos alimentos, com o possível aumento do número de espécies animais ameaçadas de extinção, com a preservação das paisagens naturais, entre outras questões. As próprias crianças, destinatárias dessa garantia, já se preocupariam com esses problemas, tendo em vista sua relevância social.

Razoável, dessa forma, questionar a constitucionalidade dos dispositivos da nova lei que suprimiram garantias existentes, em face do princípio da proibição de retrocesso.

Nesse sentido, Walter Claudius ROTHENBURG afirma que o princípio é argumento para o controle de constitucionalidade:

Especificamente no domínio do Direito Ambiental, a consagração do princípio do não retrocesso em termos jurídico-positivos, em normas de Direito Internacional, do Direito Comunitário, das Constituições e de atos normativos infraconstitucionais, é um fato que demonstra o acatamento da teoria. Estabelecido o não retrocesso ambiental em normas do mais alto escalão, fica possível a realização de controle judicial dos atos e comportamentos, com a adequação destes aos padrões ambientais ou, em último caso, com a anulação dos atos e comportamentos incompatíveis.¹⁹²

Assim, pela proibição de retrocesso, a garantia emanada pelos dispositivos revogados voltaria em vigor, após a declaração de inconstitucionalidade das novas regras.

E complementa:

Percebe-se claramente, assim, a importância do princípio do não retrocesso como argumento para a fiscalização da constitucionalidade. Tanto mais quando a incompatibilidade das normas não for evidente. À primeira vista, uma lei que fixe a área de proteção das margens dos cursos de água em 50 metros não apenas não viola o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, como, muito pelo contrário, concretiza esse direito e traduz uma avaliação da competência exclusiva do Legislativo (uma reserva de conformação legislativa). Tudo muda de figura, no entanto, se essa lei surge no lugar

¹⁹² ROTHENBURG, Walter Claudius. Não retrocesso ambiental: direito fundamental e controle de constitucionalidade. In: SENADO FEDERAL. *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília, p. 260. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 23.out. 2012.

de outra anterior que estabelecia uma área de proteção de 100 metros, pois agora os cursos de água terão uma proteção menor, menos intensa.¹⁹³

O controle de constitucionalidade é um importante mecanismo de garantia da aplicabilidade da norma constitucional, sobretudo do conceito de democracia que a reveste.

Nos casos analisados, conclui-se que houve considerável supressão das garantias existentes no Código Florestal revogado, principalmente em relação às regras especiais para as APPs e Reservas Legais em áreas consolidadas e para os reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público. Os exemplos trazidos demonstram a relativização do direito ambiental em face da economia e dos interesses de poucos.

Em nome do princípio da proibição de retrocesso e da cláusula da proibição de proteção insuficiente, o controle de constitucionalidade de alguns dispositivos do novo Código se daria por via de ação (controle abstrato), em virtude da transindividualidade da natureza do direito envolvido. Tal medida é inevitável para que não se prosperem os vícios de constitucionalidade encontrados em tais normas.

O rol de legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade encontra-se no artigo 103 da Constituição Federal. Não se descarta, aqui, a possibilidade de controle incidental (por via de exceção) das normas. Será perfeitamente possível realizá-lo nas ações judiciais que discutam as novas regras e que tenham por questão secundária o pedido de declaração de inconstitucionalidade.

Contudo, insiste-se na inevitabilidade do controle abstrato, pela necessidade urgente da declaração de inconstitucionalidade de todas as hipóteses de supressão substancial das garantias ambientais.

Trata-se de ratificar a democracia constitucional, no que se refere ao dever do Estado (nesse caso, o Supremo Tribunal Federal) em controlar normas que infrinjam a norma suprema.

¹⁹³ Ibidem, p.264.

O compromisso estatal em preservar o meio ambiente, estipulado no *caput* do artigo 225, também vincula o Poder Judiciário, quando provocado para se manifestar sobre a constitucionalidade de dispositivos que afrontem garantias já assentes no ordenamento jurídico.

Portanto, há íntima relação entre o princípio da proibição de retrocesso e o controle de constitucionalidade, cabendo, agora, ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de todos os dispositivos que representem recuo na agenda ambiental brasileira.

CONCLUSÕES

Pelo caminhar do estudo, várias considerações merecem espaço nesta etapa final.

O meio ambiente possui natureza dinâmica, sendo considerado como direito subjetivo dos indivíduos e também objetivo a ser tutelado pelo Estado e pela coletividade.

Muito embora inerente à existência humana, o direito ambiental somente passou a ser positivado no Brasil a partir da década de 80 – influenciado pela onda ecológica setentista, em âmbito internacional. Desde então, a legislação brasileira vem avançando na proteção garantias ambientais. A previsão do artigo 225 da Constituição Federal passou a direcionar a todo o arcabouço formado pela legislação infraconstitucional.

Há de se conformar que o aspecto econômico é a mola propulsora das relações ambientais. Eis o aspecto que deve ser analisado criticamente sempre ao se estudar o direito ambiental. Grande parte da doutrina se esquiva desse entendimento, pautando as relações ecológicas e suas transformações exclusivamente por meio da conscientização e da responsabilidade de todos, o que é uma falácia.

Apesar de originariamente criado a partir dos direitos sociais, o princípio da proibição de retrocesso pode ser aplicado a todos os direitos fundamentais. É a expressão maior da segurança jurídica, que deverá estar em sintonia com a garantia substancial de um direito posto.

Para configuração de retrocesso jurídico por força de uma nova lei, deverá ser verificada a hipótese de atraso material do direito. Assim, nem toda modificação das garantias constitucionais podem ser assim consideradas. Deve-se levar em conta o núcleo essencial da prerrogativa, considerado como o aspecto mínimo sem o qual não poderia existir. A cláusula de proibição da insuficiência também possui papel fundamental nas modificações legislativas. O dever de proteção aos direitos fundamentais deve ser analisado e garantido pelo Estado, sob pena de responsabilizá-lo por sua omissão.

Fator ímpar neste debate e que fundamenta a proteção das conquistas atinentes ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é o caráter de indisponibilidade deste direito, sobretudo porque se constitui direito difuso, pautado na proteção das presentes e futuras gerações.

É necessário, ainda, ressaltar a importância da interação entre os princípios da proibição de retrocesso e da proporcionalidade, relação primordial para a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais sujeitos a supressões ou modificações negativas.

O núcleo essencial deverá ser encarado como o vetor de interpretação de problemas ambientais. O bem estar coletivo deve sobrepor-se frente aos interesses empresariais, que maquiam o discurso ambiental e culminam com a publicação de leis em seu benefício.

Em matéria ambiental, infelizmente, é cada vez mais comum tal prática, travestida pelo discurso de desenvolvimento sustentável e progresso social. Por não raras vezes, amparam-se em legislação de reforma, como é o caso da Lei 12.651/12.

O Novo Código Florestal apresenta dispositivos que configuram manifesto retrocesso. O que deveria ser exceção se tornará a regra. A previsão em relação às áreas consolidadas para fins de APP ou reserva legal transgride o núcleo essencial dos institutos. O critério para consideração das áreas consolidadas é muito amplo e abrange a maioria das situações de irregularidade. Os institutos foram sucateados.

Trata-se da ratificação legal da ineficiência da política agrária e ambiental em todo o território brasileiro. O novo código também desconsidera todo o arcabouço normativo da evolução de proteção ambiental. São novas regras, com novos prazos, favorecendo todos os que descumpriram a legislação ambiental nas últimas décadas.

Todavia, espera-se que a aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso e da cláusula de proibição de proteção insuficiente se dará por meio do controle de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, em especial, deverá se manifestar sobre a autonomia desse princípio constitucional e sua aplicabilidade nas disposições

retrógradas do novo código, na ocasião da propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Será o momento em que a tese poderá se tornar um precedente sólido, a fim de evitar novas ilegalidades em prejuízo do meio ambiente.

Portanto, a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos que configurem retrocesso à agenda ambiental é urgente e necessária. A garantia fundamental do meio ambiente equilibrado depende, agora, de uma decisão política, que corrobore o compromisso nacional com a preservação do meio ambiente e com o futuro do planeta.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Derechos humanos: inseguridades y certezas terminológicas. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. v. 22, p. 277-292, 2008.

_____; FREITAS, Paulo Henrique de Souza. Constituição, economia e inclusão social. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. v. 21, v. 21, p. 289-300, 2008.

AMARAL, Liana. Disputa territorial. Notícias do IPEA, Brasília, 17 nov. 2011. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/portal/>>. Acesso em 16 out. 2012.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Da área de reserva legal. In: MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Novo Código Florestal: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e MedProv 571 de 25 de maio de 2012*. São Paulo: RT, 2012, p. 215-240.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *Direito Comunitário do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. Direito Constitucional do Ambiente da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 4ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.32-76.

BASIC LAW FOR THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY. *German Bundestag*. Berlin: Public Relations Division, 2008. Disponível em <<http://www.brasil.diplo.de>>. Acesso em 21 de abril de 2011.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

BELLO FILHO, Ney de Barros. Do controle da origem dos produtos florestais. In: MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Novo Código Florestal: comentários à Lei 12.651,*

de 25 de maio de 2012 e MedProv 571 de 25 de maio de 2012. São Paulo: RT, 2012, p.317-329.

BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO; LEITE. *Direito Constitucional Ambiental*. 4ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.77-150.

_____. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: SENADO FEDERAL. *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília, p. 55-72. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 23. out. 2012.

BÍBLIA SAGRADA. São Paulo: Edições Paulinas, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico de expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____; AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi de. Proibição de retrocesso e crise econômica: conciliação quase impossível. In: AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi de; HERRERA, Luiz Henrique Martim. *Tutela dos direitos humanos e fundamentais*. Birigui: Boreal, 2011, p.170-185.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ªed. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: CANOTILHO, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra Editora: Coimbra, 2004, p.177-189.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v.1. São Paulo: Coimbra/RT, 2007.

CARLOS, Roberto. *As baleias*. Rio de Janeiro: CBS, 1981. 1CD.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 54, jan. 2006, p. 28-50.

COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO – CONAB. Disponível em: <<http://www.conab.gov.br>>. Acesso em 25 de abril de 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONAR. *Código de Autorregulamentação Publicitária*. Disponível em <www.conar.org.br>. Acesso em 21.05.2012.

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

DIAMOND, Jared. *Colapso: como as sociedades escolhem o fracasso ou o sucesso*. 7ª.ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Art.1º. In: MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Novo Código Florestal: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e MedProv 571 de 25 de maio de 2012*. São Paulo: RT, 2012, p. 29-52.

FINK, Daniel Roberto. Das Áreas consolidadas em Áreas de Reserva Legal. In: MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Novo Código Florestal: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e MedProv 571 de 25 de maio de 2012*. São Paulo: RT, 2012, p. 450-461.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FREITAS, Fernando Ferreira Pinto de. *A natureza misantropa da razão: reflexões acerca da razão instrumental*. Laboratório de Estudos Contemporâneos LABORE-UERJ. *Revista Eletrônica Polêmica*. V. 5. Disponível em

<http://www.polemica.uerj.br/pol20/oficinas/artigos/saude_1.pdf>. Acesso em 10 out. 2012.

GALBRAITH, John Kenneth. *A economia das fraudes inocentes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GALEANO, Eduardo. Quatro frases que fazem o nariz do Pinóquio crescer. *Diário liberdade*. 19.mai.2011. Disponível em <www.diarioliberalidade.org>. Acesso em 12.05.2012.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros.

GRIMONE, Marcos Angelo. *O conceito jurídico de direito sustentável no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2011.

INPE e SOS Mata Atlântica divulgam dados do Atlas dos Remanescentes Florestais. *Notícias do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais*. Brasília, 26 mai. 2011. Disponível em <<http://www.inpe.br/noticias/>>. Acesso em 10 out. 2012.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 4ª. ed., 2011, p.151-226.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria Geral do Direito Ambiental*. São Paulo: RT, 2010.

LÖWY, Michael. *Ecologia e socialismo*. São Paulo: Cortez, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Das áreas de preservação permanente. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Novo Código Florestal: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e MedProv 571 de 25 de maio de 2012*. São Paulo: RT, 2012, p.141-153.

_____. *Direito Ambiental Brasileiro*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARX, Karl. *O Capital*. Vol. III. T.2. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MÉSZÁROS, István. *A educação para além do capital*. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais - introdução geral: apontamentos das aulas*. Lisboa: FDUL, 1999.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito Ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORAES, Luis Carlos Silva. *Código Florestal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MÜLLER, Karina Haidar. Greenwashing, a 'lavagem verde'. *Valor Econômico*. São Paulo. 18.abr.2011. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/883223/greenwashing-lavagem-verde>>. Acesso em 12.06.2012.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e legislação constitucional*. 2ª.ed. São Paulo: RT, 2009.

OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português*. v. I. Coimbra: Almedina, 2010.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas características. In: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 29, p. 55-65, out./dez. 1999.

_____. Não retrocesso ambiental: direito fundamental e controle de constitucionalidade. In: SENADO FEDERAL. *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília, p. 247-270. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 23.out. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Eletrônica de sobre a reforma do Estado*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº9, março 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em 10 de março de 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental*. São Paulo: RT, 2011.

_____. Projeto que altera o Código Florestal apresenta vícios de inconstitucionalidade. *Observatório Eco*, São Paulo, 11 abr. 2011. Disponível em <<http://www.observatorioeco.com.br>>. Acesso em 25 de abril de 2011.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SERRES, Michel. *O contrato natural*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de Direito: lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXX, Coimbra, p. 306-316.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Banco de dados*. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 05 de abril de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Banco de dados*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 12 de abril de 2011.

TESTA JÚNIOR, Washington. *Informação, Direito e Verdade: regulação constitucional da imprensa*. Curitiba: Juruá, 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Banco de dados*. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 21.09.2012.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Torino: Trotta, 2009.

ZIZEK, Slavoj. *Em defesa das causas perdidas*. São Paulo: Boitempo, 2011.