

O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL: A NECESSIDADE DE UMA RESSIGNIFICAÇÃO JURISPRUDENCIAL

THE PRINCIPLE OF NON-RETROCESSION ENVIRONMENTAL: THE NEED FOR A REDEFINITION JURISPRUDENTIAL

Artigo recebido em 13/07/2020
Aceito para publicação em 16/12/2021

Felipe Franz Wienke

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Estágio de pesquisa no Institut de l'Ouest: Droit et Europe - IODE da Universidade de Rennes 1/FR com financiamento CAPES - Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior. Estágio de Pós-doutorado em Direito na Fundação Universidade do Rio Grande - FURG. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande/FURG. Professor convidado da Faculté de Droit de Rennes/FR. Professor do Programa de Mestrado em Direito e Justiça Social - FURG. Professor do Curso de Especialização em Prática Jurídica Social/Residência Jurídica da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Professor do Curso de Especialização em Gestão Pública Municipal/FURG.

RESUMO: O princípio da vedação do retrocesso ambiental, que tem recebido significativo espaço da doutrina de direito ambiental, possui direta relação com o modelo de desenvolvimento sustentável promovido pela Constituição Federal. Inspirado a partir da noção de proibição do retrocesso social, na temática ambiental o legislador constituinte reservou uma previsão própria, ao estabelecer o direito das gerações futuras ao meio ambiente equilibrado. O modelo de desenvolvimento compatível com o princípio da vedação do retrocesso é aquele que conduza a sociedade para uma transição ecológica. Esta necessária transição deveria impedir reformas legislativas que flexibilizem ou reduzam os parâmetros protetivos do meio ambiente. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no entanto, consolidou um conteúdo bastante reduzido para o princípio da vedação do retrocesso ambiental, possibilitando que alterações na legislação ambiental coloquem comprometam a responsabilidade intergeracional de transmitir às gerações futuras um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

PALAVRAS-CHAVES: Princípio da vedação do retrocesso ambiental. Desenvolvimento sustentável. Jurisprudência ambiental. Solidariedade intergeracional.

ABSTRACT: The principle of non-retrocession environmental, which has received significant attention from the doctrine of environmental law, is directly related to the sustainable development model promoted by the Federal Constitution. Inspired by the notion of prohibition of social retrogression, in the environmental sphere the legislator reserved a specific provision in the Constitution, when he established the right of future generations to the environment. The development model compatible with the principle of non-retrocession environmental must lead the society towards an ecological transition. This necessary transition should prevent legislative reforms that reduce the protective parameters of the environment. The jurisprudence of the Federal Supreme Court, however, consolidated a reduced content for the principle of non-retrocession environmental, allowing changes in environmental legislation to put at risk the intergenerational responsibility of transmitting a protected environment to future generations.

KEYWORDS: Principle of non-retrocession environmental. Sustainable development. Environmental jurisprudence. Intergenerational solidarity.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A identificação de um modelo de desenvolvimento sustentável a partir da centralidade da noção de vedação do retrocesso no direito ambiental constitucional brasileiro. 2.1 A fundamentação do princípio da vedação do retrocesso ambiental: um duplo reconhecimento constitucional. 2.2 A concepção de desenvolvimento compatível com o princípio de vedação do retrocesso ambiental: qual sustentabilidade? 3 A instável consolidação do princípio da vedação de retrocesso ambiental na Jurisprudência Brasileira. 3.1 A consolidação de um conteúdo mínimo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: um hiato entre as justificativas e os dispositivos. 3.2 Da insuficiência do conceito de retrocesso ambiental na jurisprudência do STF: uma proibição relativa, uma solidariedade às avessas, uma necessidade de ressignificação. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O legislador constituinte de 1987/88 demonstrou uma preocupação significativa com o dever do poder público e da coletividade em promover o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Esta solidariedade ambiental alcança não apenas as consequências presentes, mas impôs igualmente uma carga de responsabilidade face as gerações futuras. É justamente o

dever de solidariedade intergeracional que fundamenta o princípio da vedação do retrocesso, que visa garantir às gerações vindouras a mesma qualidade ambiental usufruída pelas populações de hoje.

O midiaticizado conceito de desenvolvimento sustentável, no contexto constitucional pós 88, incorpora a ideia do patrimônio ambiental como um valor a ser transmitido. Nessa linha, a transmissão de um meio ambiente como a mesma qualidade (ou qualidade superior) exige que a transição legislativa ocorra no caminho da ampliação dos parâmetros de proteção. Numa interpretação literal, e defendida por parte da doutrina, os movimentos de reforma legislativa que tivessem por escopo a redução da proteção do meio ambiente deveriam ser considerados inconstitucionais, na medida em que colidiriam com a ideia de solidariedade intergeracional.

O Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, tem enfrentado a temática da superveniência de normas menos protetivas, consolidando na esfera jurisprudencial os contornos do princípio. O presente artigo visa analisar o conteúdo do princípio da vedação do retrocesso ambiental, investigando se a interpretação construída no âmbito do STF é compatível como um modelo de desenvolvimento que garanta o meio ambiente ecologicamente equilibrado às gerações futuras. A hipótese que ora se apresenta indica uma resposta pouco otimista. A flexibilidade que o STF tem concedido para a superveniência de normas menos protetivas se reflete em um modelo de desenvolvimento pouco comprometido com as gerações vindouras.

Para enfrentar a problemática, o trabalho é dividido em duas partes. Na primeira, propõe-se uma abordagem direcionada aos conceitos de vedação do retrocesso ambiental (1.1) e desenvolvimento sustentável, tendo como foco a noção de solidariedade intergeracional (1.2). Na segunda parte, propõe-se um enfrentamento crítico a partir da interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao princípio da vedação do retrocesso ambiental (2.1), relacionando o conteúdo desse posicionamento com a noção de solidariedade intergeracional em matéria de desenvolvimento sustentável (2.2).

2 A IDENTIFICAÇÃO DE UM MODELO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL A PARTIR DA CENTRALIDADE DA NOÇÃO DE VEDAÇÃO DO RETROCESSO NO DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Há uma correlação direta entre o princípio da vedação do retrocesso ambiental e o modelo de desenvolvimento sustentável adotado pela Constituição Federal de 1988. O

conteúdo do princípio da vedação do retrocesso, que recebe no Brasil um conteúdo intergeracional em matéria ambiental (2.1) molda e induz um modelo de desenvolvimento que projeta seus efeitos para o futuro (2.2).

2.1 A fundamentação do princípio da vedação do retrocesso ambiental: um duplo reconhecimento constitucional.

A noção de desenvolvimento sustentável centralizou os debates do direito e da política ambiental desde 1972, quando da realização da primeira conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente na cidade de Estocolmo. Completados quase 50 anos da emergência deste conceito, não há uma linha definidora e homogênea acerca do seu conteúdo. É possível transitar entre linhas mais flexíveis da relação entre desenvolvimento econômico e proteção ambiental (denominados por muitos como sustentabilidade frágil) até visões mais profundas acerca da necessidade inevitável de uma desaceleração dos ritmos de crescimento econômico (vislumbradas em correntes como a deep ecology e teorias econômicas do descrescimento).

O constituinte de 1987/88 concedeu centralidade ao então jovem conceito de desenvolvimento sustentável, pulverizando pelo texto constitucional dispositivos que impõe o dever do Estado de promover a qualidade ambiental. É o artigo 225, no entanto, que norteará o debate acerca da noção de desenvolvimento sustentável no novo contexto constitucional. A doutrina de direito ambiental brasileira, sobretudo a partir de meados dos anos 90, desenvolveu com profunda qualidade os reflexos do capítulo específico sobre o meio ambiente (Título VIII, capítulo VI) sobre todo o direito brasileiro. A emergência da noção de Estado de Direito Ambiental, “compreendido como produto de novas reivindicações fundamentais do ser humano e particularizado pela ênfase que confere à proteção do meio ambiente” (FERREIRA, LEITE, 2012, p. 19-20), ganhou destaque nesse contexto.

A institucionalização de uma solidariedade intergeracional, a qual impôs à geração presente o dever de garantir às gerações futuras um meio ambiente ecologicamente equilibrado, constitui um dos elementos centrais dessa noção de Estado Socioambiental. Nessa esteira, a Constituição Federal incorpora uma ética do futuro, apresentada por Hans Jonas como uma responsabilidade imposta à atual geração sem sua expressa concordância, em razão da dimensão da potência que exerce cotidianamente a serviço do que está próximo, mas cujas repercussões são deixadas involuntariamente sobre o que está longe (JONAS, 1998, p. 76). Segundo o autor, o homem é o único que pode ser responsabilizado, não importando a existência (ou não) de alguém que demande por responder pelas suas ações. A

responsabilidade do homem de hoje existe independentemente da existência de uma instituição julgadora ou da crença na justiça divina (JONAS, 1998, p. 83).

A responsabilidade pela manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado impõe deveres à geração presente, os quais podem ser traduzidos em imperativos políticos dirigidos ao Poder Executivo (manter e ampliar a atuação do poder público para a fiscalização e controle da qualidade ambiental), ao Poder Legislativo (aprovar novas normas – e evitar a revogação daquelas já existentes – visando a manutenção e ampliação da qualidade ambiental) e ao Poder Judiciário (declarar a inconstitucionalidade de atos administrativos e/ou normas que reduzam os níveis de qualidade ambiental).

A noção de vedação do retrocesso ambiental, portanto, possui no direito brasileiro uma previsão constitucional peculiar, decorrendo diretamente da responsabilidade intergeracional imposta às gerações atuais pelo artigo 225 da Constituição. É bem verdade, no entanto, que o princípio pode ser aduzido como uma ampliação do princípio da vedação do retrocesso social, igualmente constitucionalizado em 1988.

A noção de vedação do retrocesso social induz as esferas políticas ao reconhecimento da progressividade do sistema de direitos. O Pacto de São José da Costa Rica de 1969, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em 1992, reconheceu o compromisso dos Estados-partes em efetivar, progressivamente, os direitos que decorram das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura constantes na carta da Organização dos Estados Americanos (art. 26)¹. Nessa linha, o princípio da vedação do retrocesso “impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão” (BÜRING, 2015, p. 62). Percebe-se, portanto, uma aproximação entre a noção de vedação de retrocesso social e de segurança jurídica, na medida em que o indivíduo constrói a legítima expectativa de ter preservado uma esfera de direitos promovida pelo ordenamento jurídico.

Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (...), uma vez obtidos um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A proibição de retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestação de saúde), em clara violação do princípio da proteção

¹ Cabe salientar que na sistemática inaugurada pela Emenda Constitucional nº 45, os tratados internacionais relativos aos direitos humanos que forem aprovados em dois turnos por 3/5 da Câmara dos Deputados e do Senado Federal recebem status de norma constitucional. Os tratados que não se submeterem a este procedimento – como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica de 1969 - recebem status supralegal (inferior à Constituição, mas superior às demais normas legais).

da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. (...) O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial (CANOTILHO, p. 2003, p. 338-340).

A vedação de retrocesso ambiental é concebida igualmente a partir da ampliação de conteúdo dos direitos fundamentais. O princípio da dignidade da pessoa humana, ao incorporar uma dimensão ecológica amplia a carta de direitos estabelecidas pela Constituição, afastando juridicamente a possibilidade de o poder público se omitir na sua efetivação (seja por ação ou omissão). A segurança jurídica, normalmente concebida como um princípio destinado a proteger interesses no âmbito do direito privado, ganha uma dimensão difusa, na medida em que visa garantir à sociedade uma expectativa jurídica de acesso atemporal aos bens ambientais. Nesse sentido, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, ao ressaltar a inserção da proteção ambiental no rol dos conteúdos permanentes da ordem constitucional, destacam o seu status de cláusula pétrea (SARLET, FENSTERSEIFER, 2012, p. 145).

Cabe destacar, portanto, que no direito brasileiro, a vedação do retrocesso ambiental se consolida com uma dupla previsão constitucional: de um lado a partir de um alargamento da noção de proibição do retrocesso social (com a ampliação da dimensão de direitos fundamentais acima referida), e de outro a partir da constitucionalização do dever de solidariedade intergeracional (que impõe às gerações presentes um dever negativo no recuo dos parâmetros protetivos).

Essa vedação de retrocesso norteará o conceito de desenvolvimento sustentável compatível com o texto constitucional. Trata-se de uma sustentabilidade que deve abarcar obrigatoriamente as consequências futuras das ações presentes. É justamente a definição dos contornos desse desenvolvimento que deve nortear as decisões das esferas políticas em matéria ambiental.

2.2 A concepção de desenvolvimento compatível com o princípio de vedação do retrocesso ambiental: qual sustentabilidade?

O conceito de desenvolvimento sustentável, embora mediatizado no âmbito do direito ambiental, não é jurídico. Ele melhor se amolda no campo das teorias do desenvolvimento e da economia. Encontrando um terreno fértil desde a Conferência de Estocolmo (1972), é a

partir do relatório Brundtland (Nosso Futuro Comum), de 1987, que a noção de desenvolvimento sustentável se populariza. Nos termos do relatório, ele é definido como o processo de “transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro, a fim de atender às necessidades e aspirações humanas” (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1991, p. 49).

Como destaca José Eli da Veiga, a sustentabilidade não é (e nunca será) uma noção precisa, discreta, analítica ou aritmética, como poderiam desejar os positivistas (VEIGA, 2005, p. 165). O autor salienta que a noção de sustentabilidade é analisada a partir de duas correntes principais, concebidas sobre os nomes de sustentabilidade fraca e sustentabilidade forte.

A concepção de sustentabilidade fraca, que incorpora uma forte dose de otimismo tecnológico, aposta na ilimitada substituição dos recursos não renováveis nos processos produtivos. Essa corrente “assume que, no limite, o estoque de recursos naturais pode até ser exaurido, desde que o declínio seja progressivamente contrabalanceado por acréscimos proporcionais, ou mais do que proporcionais, dos outros dois fatores-chaves – trabalho e capital produzido, - muitas vezes agregados na expressão capital reprodutivo” (VEIGA, 2005, p. 123). Trata-se de uma perspectiva fortemente influenciada pelo trabalho de Robert Merlon Solow, economista norte-americano que recebeu o prêmio Nobel da economia em 1987. Segundo Solow, a natureza jamais constituiria um obstáculo à expansão, na medida em que qualquer elemento da biosfera que limitar o processo produtivo acabará sendo substituído a partir de mudanças na combinação de três elementos: trabalho humano, capital produzido e recursos naturais (VEIGA, 2005, p. 122).

A concepção de sustentabilidade forte, por sua vez, traz uma perspectiva menos otimista. A partir dos escritos de David William Pearce, “entendem que o critério de justiça intergeracional não deve ser a manutenção do capital total, mas sim sua parte não reprodutível, que chamam de capital natural” (VEIGA, 2005, p. 124). Em suma, o sistema econômico “é visto como um subsistema de um todo maior que o contém, impondo uma restrição absoluta a sua expansão. (...) A questão central para essa corrente de análise é (...) como fazer com que a economia funcione considerando a existência de limites” (ROMEIRO, 2010, p. 9).

Em linhas gerais, a diferença entre os dois modelos de sustentabilidade reside na capacidade de substituição entre os capitais produtivo e natural. Parte-se do pressuposto de

que uma teoria do desenvolvimento compatível com o princípio da vedação do retrocesso ambiental deve necessariamente incorporar a perspectiva intergeracional.

Nessa linha, resta inviabilizada uma defesa, a partir da lógica constitucional vigente, da tese de sustentabilidade fraca (normalmente concebida como economia ambiental neoclássica), na medida em que ignora a irreversibilidade de certos fenômenos ambientais. O dever de transmissão de um meio ambiente em equilíbrio é incerto com as apostas pouco convincentes acerca dos efeitos das possíveis inovações tecnológicas do futuro. A sustentabilidade forte (que tende a prevalecer nas abordagens da economia ecológica²), em que pese sua maior criticidade no que tange às limitações de substituição dos recursos naturais, também não enfrenta um ponto central: a necessidade de adequação do ideal de crescimento econômico às leis da ecologia. Como destacaria Serge Latouche, referindo-se as ideias de Nicholas Georgescu-Roegan, trata-se de reconhecer “a impossibilidade de um crescimento infinito num mundo finito e a necessidade de substituir a ciência econômica tradicional por uma bioeconomia, ou seja, pensar a economia no seio da biosfera” (LATOUCHE, 2009, p. 15-16).

A noção de desenvolvimento pautada pelo crescimento econômico, medidos através do Produto Interno Bruto/PIB dos Estados-nações, centraliza o debate acerca do desenvolvimento como busca de acumulação ilimitada. “Quando há desaceleração ou parada do crescimento, vem a crise (...). O emprego, o pagamento dos aposentados, a renovação dos gastos públicos (educação, previdência, justiça, cultura, transportes, saúde etc.) supõem o aumento constante do produto interno bruto (PIB)” (LATOUCHE, 2009, p. 17).

A noção de transição ecológica ganha aqui centralidade. Como dito por Pascal Chabot, “a transição é a mudança desejada”³. Não se trata de uma mudança ordinária, mas uma mudança que se distingue por um investimento mental e afetivo. A transição é a mudança a qual se adiciona o pensamento (CHABOT, 2015, p. 11). Não se trata igualmente de uma ruptura radical. “A transição é uma transformação refletida, que se que madura, pacífica e pragmática”⁴ (CHABOT, 2015, p. 21). A transição ecológica incorpora uma mudança em todos os aspectos da relação do homem com a natureza, implicando em reconfigurações éticas, epistemológicas, econômicas, sociológicas e, evidentemente, jurídicas. Serge Latouche ao desenvolver sua teoria do decrescimento, por exemplo, nos convida a

² José Eli da Veiga salienta que não há consenso em uma classificação as correntes e tendências do pensamento econômico. Neste trabalho, utiliza-se a mesma proposta de classificação apresentada por Charles Mueller (2005, p. 702-703).

³ *La transition, c'est le changement désiré.*

⁴ *La transition est une transformation réfléchie, qui se veut mature, pacifique, pragmatique.*

refletir para um novo modelo de desenvolvimento, que se apresenta revolucionário e radical no que se refere a mudança nas estruturas centrais da sociedade. No entanto, a proposta, politicamente, se mostra reformista devido ao necessário pragmatismo da ação política (LATOUCHE, 2009, p. 92-93). Nessa linha, o decrescimento, ao questionar a economia neoclássica, também se traduz com um programa de transição. Nessa Linha, o autor propõe nove diretrizes que se amoldam a noção de desenvolvimento aqui defendida: (a) resgatar uma pegada ecológica igual ou inferior a um planeta; (b) integrar nos custos de transporte os danos gerados por essa atividade; (c) realocar as atividades; (d) restaurar a agricultura camponesa; (e) transformar os ganhos de produtividade em redução do tempo de trabalho; (f) impulsionar a produção de bens relacionais⁵; (g) reduzir o desperdício de energia; (h) taxar pesadamente as despesas com publicidade; (i) decretar uma moratória sobre a inovação tecno-científica (LATOUCHE, 2015, p. 97-199).

No campo parlamentar, a transição ecológica exige dos atores políticos legislativos reformas normativas que aprofundem os parâmetros protetivos do meio ambiente e que proponham uma relação menos agressiva entre o homem e a natureza. Partindo-se da perspectiva do modelo de desenvolvimento aqui proposto, entre as três possibilidades teoricamente possíveis para qualquer norma de direito ambiental, uma delas seria desejada (aprofundar a lei protetiva); uma tolerada (manter a lei protetiva) e uma vedada (flexibilizar a lei protetiva). Trata-se do efeito cliquet (ou regra da catraca anti retorno) reconhecido pela doutrina de direito ambiental francesa (PRIEUR, 2012, p. 72), que através da ideia de vedação do retrocesso, dirige ao parlamento a mensagem de que o desenvolvimento sustentável autoriza a mudança legislativa somente numa direção. Em outras palavras, o controle de constitucionalidade possibilita apenas uma transição, não importa qual seja seu ritmo.

O princípio da vedação do retrocesso ambiental, portanto, encaminha as mudanças legislativas rumo a um modelo de desenvolvimento compatível com a solidariedade intergeracional. Analisar os contornos que esse princípio recebe do judiciário brasileiro, sobretudo pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é a tarefa que se propõe doravante.

⁵ O autor define bens relacionais como aqueles cujo consumo por uma pessoa não diminui o seu estoque total, como o conhecimento, a amizade, etc.

3 A INSTÁVEL CONSOLIDAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Em linhas gerais, pode-se afirmar que a noção de vedação do retrocesso ambiental é utilizada pelos julgadores brasileiros para proferir decisões em caminhos, não raramente, conflitantes. O STF se manteve por longo tempo inerte na consolidação de uma jurisprudência acerca da noção de vedação do retrocesso ambiental (o que possibilitou decisões díspares em sede de instâncias inferiores e intermediárias). O enfrentamento recente da matéria, através de controle concentrado de constitucionalidade, permitiu delinear os contornos do princípio na jurisprudência do STF (3.1). No entanto, o entendimento que se consolida parece ser insuficiente para assegurar o modelo de desenvolvimento sustentável proposto pela Constituição Federal (3.2).

3.1 A consolidação de um conteúdo mínimo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: um hiato entre as justificativas e os dispositivos.

Uma apreciação direta acerca dos contornos do princípio da vedação do retrocesso ambiental foi realizada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal em ao menos duas ocasiões, as quais permitem delinear os contornos constitucionais do princípio. A primeira refere-se ao julgamento de um conjunto de Ações Diretas de Constitucionalidades que enfrentavam dispositivos da lei 12.651/2013 (novo Código Florestal). A segunda se refere igualmente ao julgamento de ADI que apreciou a constitucionalidade de lei cujo teor reduzia a área total de uma unidade de conservação. Uma análise sobre ambos os julgamentos é doravante desenvolvida.

Em fevereiro de 2018, o STF concluiu o julgamento de quatro ADIs (4901, 4902, 4903 e 4937 – as três primeiras propostas pela Procuradoria Geral da República/PGR e a última proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade/PSOL). A lei 12.651/2012 trouxe dispositivos que alteraram significativamente os parâmetros de proteção obrigatórios em propriedades rurais. Não constitui o objetivo deste artigo realizar uma apresentação detalhada de tais modificações, mas em linhas gerais, duas polêmicas poderiam ser salientadas: a redução dos espaços territoriais especialmente protegidos (leia-se as áreas de reserva legal e de áreas de preservação permanente - com possibilidades de redução abruptas em algumas ocasiões) e a anistia concedida para algumas propriedades, através da criação da figura das “áreas consolidadas”.

Alguns votos, que justificam a posição final do plenário, merecem ser destacados. A Ministra Carmem Lucia, por exemplo, afastou a impossibilidade absoluta de flexibilização de norma protetivas:

[...] a aplicação do princípio da proibição de retrocesso socioambiental não pode engessar a ação legislativa e administrativa, sendo forçoso admitir certa margem de discricionariedade às autoridades públicas em matéria ambiental. Todavia, as medidas que restringem direitos sociais ou ecológicos devem ser submetidas a um rigoroso controle de constitucionalidade que avalie sua proporcionalidade e sua razoabilidade, bem como seu respeito ao núcleo essencial dos direitos socioambientais, sob pena de irreversibilidade dos prejuízos às presentes e futuras gerações.

Não é compatível com a Constituição da República, portanto, a flexibilização da legislação ambiental, sem que sejam simultaneamente editadas medidas que compensem o impacto ambiental causado por normas mais permissivas (STF, 2018-A, p. 31)⁶.

Em sentido semelhante, voto do Ministro Luiz Fux:

Entender como ‘vedação ao retrocesso’ qualquer tipo de reforma legislativa ou administrativa que possa causar decréscimo na satisfação de um dado valor constitucional seria ignorar um elemento básico da realidade: a escassez. Rememore-se que, frequentemente, legisladores e administradores somente poderão implementar avanços na concretização de determinados objetivos constitucionais por meio de medidas que causam efeitos negativos em outros objetivos igualmente caros ao constituinte. O engessamento das possibilidades de escolhas na formulação de políticas públicas, a impedir a redistribuição de recursos disponíveis entre as diversas finalidades carentes de satisfação na sociedade, em nome de uma suposta ‘vedação ao retrocesso’ (...), viola o núcleo básico do princípio democrático e transfere indevidamente ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo (STF, 2018-A, p. 32)⁷.

Finalmente, uma terceira transcrição mostra-se pertinente. O Ministro Celso de Mello, em seu voto, traduziu os contornos do princípio da vedação do retrocesso em caminho análogo:

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social, particularmente em matéria socioambiental, traduz, no processo de sua efetivação, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos fundamentais (como o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado, exceto na hipótese em que políticas

⁶ Em sentido semelhante, a ministra Carmem Lúcia se manifestou quando do julgamento da Ação direta de Constitucionalidade nº 42/2018: “Não é compatível com a Constituição da República, portanto, a superação da legislação ambiental, sem que sejam simultaneamente editadas medidas que compensem o impacto ambiental causado por normas mais permissivas” (STF, 2018-B, p. 232).

⁷ As citações diretas dos votos da ministra Carmem Lúcia e do Ministro Luiz Fux realizadas nesse capítulo foram extraídas diretamente do voto do Ministro Celso de Melo (que fez menção ao voto dos outros ministros). No momento de conclusão do presente artigo, a integralidade dos votos da ministra Carmem Lúcia e do Ministro Luiz Fux não se encontrava disponível no site do STF. No entanto, a leitura de tais votos podem ser acompanhadas no perfil do STF na rede social Youtube, no seguinte endereço: <https://www.youtube.com/watch?v=hpz5D9JO0Ds>. Acesso em 12 de julho de 2020.

compensatórias sejam implementadas pelas instâncias governamentais (STF, 2018-A, p. 28).

Das transcrições acima apresentadas seria possível traduzir alguns contornos da noção de vedação do retrocesso apresentada no julgamento:

a) O princípio não veda alterações em legislações ambientais que reduzam níveis de proteção ambiental.

b) No entanto, tais reduções nos níveis protetivos devem ser acompanhadas de dispositivos compensatórios de forma que, no conjunto das reformas, de forma macro, seja possível a manutenção ou melhora dos níveis de qualidade ambiental.

c) tais reformas, sob hipótese alguma, podem ferir um núcleo mínimo existencial de proteção ambiental (mínimo existencial ecológico).

A relatividade na vedação do retrocesso foi igualmente reconhecida na ementa da Ação Direta de Constitucionalidade nº 42 (julgada em fevereiro de 2018 e que também apreciou a constitucionalidade de dispositivos do novo Código Florestal), a qual salientou que o princípio em foco “não se sobrepõe ao princípio democrático no afã de transferir ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo, nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo” (STF, 2018-B, p. 7). Ainda na ementa, restou assegurado que nem sempre a norma mais favorável ao meio ambiente deve prevalecer, “reconhecendo-se a possibilidade de o regulador distribuir os recursos escassos com vistas à satisfação de outros interesses legítimos, mesmo que não promova os interesses ambientais no máximo patamar possível” (STF, 2018-B, p. 8). De certa indireta, a ementa afasta a possibilidade de compreensão de um efeito “cliquet” no Brasil, deixando ao princípio da vedação do retrocesso ambiental um conteúdo bastante frágil e que comporta facilmente exceções casuísticas.

O segundo julgamento aqui abordado refere-se à apreciação da constitucionalidade de artigos da medida provisória nº 558/2012, posteriormente convertida na lei nº 12.678/2012. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4717/DF, proposta pela Procuradoria Geral da República, foi julgada procedente, por unanimidade, em abril de 2018. Os dispositivos da Medida Provisória combatidos alteravam espaços territoriais especialmente protegidos: reduzindo a extensão de algumas áreas e promovendo acréscimos em outras (acréscimos inferiores às reduções, saliente-se). Não se atém aqui às questões de forma (possibilidade de alteração de espaço protegido por MP), mas apenas a matéria: a redução do espaço protegido (que infringiria, portanto, a noção de vedação do retrocesso ambiental).

O voto da Ministra Relatora Carmem Lúcia foi objetivo em relação à inconstitucionalidade da norma. Citando o professor Ingo Sarlet, expõe a relatora que “medidas que restringem direitos sociais ou ecológicos devem ser submetidas a um rigoroso controle de constitucionalidade que avalie sua proporcionalidade e sua razoabilidade e seu respeito ao núcleo essencial dos direitos socioambientais”. Conclui, em decorrência disso que:

As alterações promovidas pela Lei n. 12.678/2012, à exceção do acréscimo à área do Parque Nacional dos Campos Amazônicos, importaram em gravosa diminuição da proteção dos ecossistemas abrangidos pelas unidades de conservação acima referidas, acarretando ofensa ao princípio da proibição de retrocesso socioambiental, ao atingirem o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da Constituição da República (STF, 2018-b, p. 2).

Em suma, a decisão do Supremo Tribunal Federal, no caso referido, reforça alguns pontos mencionados no julgamento anterior: a vedação do retrocesso não implicaria em impossibilidade de reforma do ordenamento jurídico, devendo sempre ser preservado o núcleo existencial da proteção ambiental.

O STF, em ambos os julgamentos, contudo, não define com qual seria o conteúdo do mínimo existencial ecológico, restando um certo grau de imprecisão acerca de quais retrocessos ambientais seriam autorizados, e quais seriam vedados.

3.2 Da insuficiência do conceito de retrocesso ambiental na jurisprudência do STF: uma proibição relativa, uma solidariedade às avessas, uma necessidade de ressignificação.

Como demonstrado anteriormente, é possível observar os contornos do princípio da vedação do retrocesso ambiental nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo a Corte, a interpretação literal da expressão “vedação do retrocesso ambiental” deve ser afastada. Dois aspectos limitariam a possibilidade desse retrocesso normativo: a não invasão do mínimo existencial ecológico e a previsão de instrumentos compensatórios ao retrocesso inaugurado pela lei (aspecto salientado apenas no julgamento das ADIs relacionadas ao novo Código Florestal – lei 12.651/2012).

A definição do conteúdo de um mínimo existencial ecológico deve ser relacionada a partir de uma lógica intergeracional. Em suma, o retrocesso ambiental eventualmente tolerado pela inovação normativa deve preservar igualmente o mínimo existencial das gerações futuras. Nessa linha, considerando que o atual modelo de desenvolvimento já infringe o equilíbrio ambiental das futuras gerações (alegação sobre a qual há um certo consenso científico), somente reformas legislativas que transitem para um novo modelo de desenvolvimento poderiam ser toleradas. De certa forma, a necessidade de que a nova norma

traga algum elemento compensatório, implicitamente, reconhece que a reforma normativa só admitiria um sentido de passagem (para aqui se utilizar da metáfora do efeito “cliquet” da doutrina francesa), justamente aquele que preserve o mínimo existencial das gerações futuras.

Nessa linha, as decisões do STF trazidas nesse trabalho aportam um certo grau de contradição. Quando do julgamento das ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937 (a ainda da ADC nº 42), que declarou a constitucionalidade dos pontos mais nevrálgicos da lei 12.651/2012, restou desconsiderado que a mesma não aporta instrumentos compensatórios. Na comparação do novo código com a antiga lei florestal (lei 4.771/1965) é difícil detectar em qual momento a lei de 2012 ampliou o caráter protetivo. O questionamento a ser exposto não guarda complexidade: se a nova lei é mais flexível e tolerante à redução das coberturas florestais brasileiras, de que forma o mínimo existencial ecológico das gerações futuras será preservado?

O segundo caso apresentado igualmente se mostra instigante. A Medida Provisória 558/2012, posteriormente convertida na lei 12.678/2012, trazia uma esfera de compensação. Se poderia alegar que a redução de uma área protegida foi inferior à ampliação de outra, no entanto, inegavelmente, houve algum nível de compensação (tenha sido intencional ou não). Nesse caso, porém, o STF declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos que reduziam a extensão das unidades de conservação, na medida em que essa alteração atingia o mínimo existencial ecológico.

O voto vista do Ministro Alexandre de Moraes (que também opinou pela procedência da ADI) reafirmou a relação da vedação do retrocesso com o direito das gerações futuras:

O meio ambiente é direito fundamental de 3ª geração e deve ser considerado patrimônio comum de toda a humanidade para garantia de sua integral proteção, especialmente em relação às gerações futuras, direcionando todas as condutas do Poder Público estatal no sentido de integral proteção legislativa interna e adesão aos pactos e tratados internacionais protetivos desse direito humano fundamental de 3ª geração, para evitar prejuízo da coletividade em face de uma afetação de certo bem (recurso natural) a uma finalidade individual (STF, 2018-C, p. 49-50).

A percepção acerca da ausência de uma linha de coerência no enfrentamento pelo STF do princípio da vedação do retrocesso ambiental implica na conclusão de que o significado do termo “mínimo existencial ecológico” se mostra de tal modo abstrato que não permite a identificação de uma jurisprudência consolidada acerca do tema. Não há que se dizer que os(as) ministros(as) são incoerentes na fundamentação dos votos, mas que há um distanciamento entre a fundamentação do princípio e a sua aplicação no momento da declaração de (in)constitucionalidade. Do ponto de vista da manutenção do mínimo

existencial ecológico às gerações futuras, como explicar, coerentemente, a constitucionalidade dos novos parâmetros de preservação ambiental trazidos pela lei 12.651/2012 e a inconstitucionalidade da redução observada na lei 12.789/2012?

A transição em prol de um novo modelo de desenvolvimento, compatível com o dever de solidariedade intergeracional exigiria um sistema de controle de constitucionalidade que protegesse as gerações futuras de eventuais formações parlamentares menos comprometidas com a pauta socioambiental. Essa proteção, consubstanciada no princípio da vedação do retrocesso ambiental, não encontra guarida na atual jurisprudência do STF.

A noção de herança extraída do direito privado bem se amolda ao que se pretende aqui demonstrar. A noção de solidariedade intergeracional, em termos individualistas, não é estranha ao direito civil, na medida em que garante aos sucessores o direito ao patrimônio dos sucedidos. No entanto, os herdeiros não respondem por encargos superiores às forças da herança, conforme disposição do Código Civil (art. 1.792).

A mesma lógica deve ser aplicada a solidariedade intergeracional em matéria ambiental. A autorização do retrocesso da legislação ambiental induz um modelo de desenvolvimento que comporta consequências nefastas à qualidade ambiental das gerações futuras. Essas consequências podem ser equiparadas a dívidas cujo pagamento não poderá simplesmente ser rejeitado pelas populações vindouras sob a alegação de que não deram causas a elas (basta se pensar nas emissões de carbono vivenciadas atualmente e que terão efeitos sobre o futuro). As gerações futuras herdarão um ambiente desequilibrado (uma dívida ambiental) da qual não terão opção de renúncia. Nessa linha, François Ost expõe que “conceber a responsabilidade em relação às gerações futuras sob a forma da transmissão de um patrimônio é, fundamentalmente, ligar-se a ideia kantiana de humanidade”. Segundo o autor, é inevitável que a noção de patrimônio (comum) receba um alargamento universal. “A partir do momento em que o braço da nossa ação coloca toda a Terra sob o nosso domínio, é lógico que a responsabilidade da transmissão ultrapasse também o estrito pedaço da terra da herança familiar (OST, 1995, p. 338-339).

Há, portanto, um duplo contrassenso nas decisões proferidas pelo STF e apresentadas nesse trabalho: (a) elas não tratam a vedação do retrocesso ambiental com a mesma preocupação intergeracional e (b) elas omitem a evidente conexão entre retrocesso ambiental e modelos de desenvolvimento, desconsiderando que a sustentabilidade referida pela Constituição Federal exige uma transição em sentido único (“efeito cliquet”).

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou analisar o conteúdo do princípio da vedação do retrocesso ambiental, a partir de uma preocupação intergeracional, buscando relacioná-lo com a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria.

Para tanto, mostrou-se relevante, na parte inicial, o desenvolvimento do estudo acerca do princípio da vedação do retrocesso ambiental, salientando-se sua dupla fundamentação constitucional (I.1), bem como a construção de um modelo de desenvolvimento sustentável compatível com os objetivos ambientais da Constituição Federal de 1988 (I.2). Foi possível demonstrar que o modelo de desenvolvimento focado no crescimento econômico ilimitado não se mostra apto e efetivar o direito das gerações futuras ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Na segunda parte do artigo, foi analisada a compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca do princípio da vedação do retrocesso a partir de dois casos centrais: o primeiro relacionado ao julgamento de ADIs que apreciaram a constitucionalidade de dispositivos da lei nº 12.651/2012 (novo Código Florestal); o segundo relacionado ao julgamento de ADI visando apreciar a constitucionalidade da lei 12.678/2012, cujo teor alterava os limites de unidade de conservação (II.1). A análise do conteúdo dos votos relacionados à noção de vedação do retrocesso ambiental permitiu constatar que o princípio não veda a redução legal dos níveis de proteção, desde que as alterações sejam acompanhadas de instrumentos compensatórios e que a modificação não acarrete lesão a um núcleo mínimo existencial ecológico. Em que pese essa fundamentação, a lei 12.651/2012 foi declarada constitucional em aspectos que reduziram os níveis de proteção (quando comparados com a lei de 1965), sem a superveniência de qualquer dispositivo de compensação.

A consolidação de um modelo de desenvolvimento que garanta a transmissão de um patrimônio ambiental equilibrado às gerações vindouras exige uma interpretação mais restritiva do princípio da vedação do retrocesso ambiental (seja no que se refere à definição do seu conteúdo, seja no que se refere à aplicação desse conteúdo ao caso concreto). A análise das decisões demonstrou uma linha bastante frágil de coerência na definição do que seria o mínimo existencial ecológico (II.2).

Em contextos em que a composição política dos parlamentos tende a favorecer a emergência de normas menos protetivas (como o momento ora observado no Brasil), exige-se das cortes constitucionais posicionamentos hermenêuticos que possibilitem a efetivação do

meio ambiente ecologicamente equilibrado. Uma nova compreensão do princípio da vedação do retrocesso ambiental é pressuposta para tal efetivação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL-A. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4901. Autor: Procurado Geral da República. Réu: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Voto do Ministro Celso de Mello. Brasília, 28 de fevereiro de 2018. Voto disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoMinistroCMADI4.901DF.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL-B. Ação Direta de Constitucionalidade nº 42/DF. Autor: Partido Progressista. Réu: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de fevereiro de 2018. Ementa, relatório e votos disponíveis em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504737>. Acesso em 11 de julho de 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL-C Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4717. Autor: Procurador Geral da República. Réu: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Brasília: 05 de abril de 2018. Ementa, relatório e votos disponíveis em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749158743>. Acesso em 11 de julho de 2020.

BÜRING, Márcia Andrea. Direito Social: proibição de retrocesso e dever de progressão. **Revista Direito & Justiça**. v. 41, n. 1, p. 56-73, jan.-jun. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CHABOT, Pascal. **L'âge des transitions**. Paris: Presses Universitaires de France, 2015.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato. A Expressão dos Objetivos do Estado de Direito Ambiental na Constituição Federal de 1988. In.: **Repensando o Estado de Direito Ambiental** (organizado por LEITE, Joé Rubens Morato; FERREIRA, Helene Silvini). Florianópolis : Fundação Boiteux, 2012.

JONAS, Hans. **Pour une éthique du futur**. Paris: Éditions Payot & Rivages, 1998.

LATOUCHE, Serge. **Pequeno Tratado do Descrescimento Sereno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MUELLER, Charles C. O Debate dos Economistas sobre a Sustentabilidade – Uma Avaliação sob a Ótica da Análise do Processo Produtivo de Georgescu-Roegen. **Revista Estudos Econômicos**. V. 35, nº 4, out.-dez. 2005.

OST, François. **A Natureza à Margem da Lei. A Ecologia à Prova do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PRIEUR, Michel. De l'urgente nécessité de reconnaître le principe de « non-régression » en droit de l'environnement. In: **Équité et Environnement. Quel(s) modèle(s) de justice environnementale?** (sous la direction d'Agnès Michelot. Bruxelles, Éditions Larcier, 2012.

ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Economia ou Economia Política da sustentabilidade. In.: **Economia do Meio Ambiente: Teoria e Prática** (organizado por Peter H. May). 2ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a Proibição de Retrocesso em Matéria (Socio) Ambiental. In. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental** (org. pela Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal). Brasília: Senado Federal, 2012.

WIENKE, Felipe Franz. **Pagamento por Serviços Ambientais: uma estratégia para a transição agroecológica**. Rio Grande: Editora da FURG, 2019.