

A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL NO DIREITO BRASILEIRO

THE (IN)APPLICABILITY OF PRINCIPLE THE PROHIBITION OF KICK ENVIRONMENTAL LAW IN BRAZIL

Alexandre de Castro Nogueira*

RESUMO: O presente artigo cujo tema é “A (in)aplicabilidade do princípio a proibição de retrocesso ambiental no Direito Brasileiro” traz uma discussão sobre os avanços ou retrocessos na legislação ambiental brasileira, principalmente nos últimos meses, face às discussões que pautaram o Congresso Nacional por conta da apreciação do Projeto do Novo Código Florestal Brasileiro. Inexplicavelmente, muito pouco ou quase nada foi exposto para a sociedade sobre a (im)possibilidade do nosso texto constitucional já vedar o retrocesso das legislações ambientais, por possivelmente conter como princípio em seu bojo a proibição de retrocessos das políticas ambientais do Estado. Daí nasceu o questionamento: Pode-se afirmar que eventuais retrocessos em legislações ambientais seriam vedados pela CRFB/88? Para responder tal questionamento realizou-se revisão bibliográfica na doutrina e em artigos sobre a temática.

Palavras-chave: Princípio. Constituição. Direito Ambiental.

ABSTRACT: This article whose theme is “The (in) applicability of the prohibition of environmental setback in Brazilian law” behind a discussion of progress or setbacks in Brazilian environmental legislation, especially in recent months, given the discussions guided by the National Congress accounts the appreciation of the Project of the New Brazilian Forest Code. Inexplicably, little or nothing has been exposed to society on the (im) possibility of our Constitution already seal the retreat of environmental laws by possibly contain in principle as if the bulge bans setbacks environmental policies of the state. Hence was born the question: can say that any setbacks on environmental legislation would be forbidden by the Constitution of 1988? To answer such questions held the doctrine and literature review articles on the subject.

Keyword: Principle. Constitution. Environmental Law.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 OS PRINCÍPIOS NO CONTEXTO JURÍDICO; 2.1 CONCEITO DE PRINCÍPIO; 2.1.1 Características dos Princípios; 2.1.2 Definição de normas e regras jurídicas; 2.2 CONVERGÊNCIAS E DIFERENÇAS ENTRE A NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS; 2.3 OS PRINCÍPIOS IMPLÍCITOS E EXPLÍCITOS; 3 A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NA ESTRUTURAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO AMBIENTAL; 4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A partir de uma análise do Direito Constitucional Ambiental português, analisando uma tentativa de compreensão de trinta anos das gerações ambientais no Direito

* Mestrando em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/RS. Especialista em Direito Tributário. Advogado. São Leopoldo –Rio Grande do Sul – Brasil.

Lusitano, verificamos que há um estabelecimento de garantias mais fortes no ordenamento jurídico dos nossos patrícios no que tange as matérias ambientais¹.

Isso fica evidente com uma verificação da legislação constitucional e infraconstitucional portuguesa, além da doutrina que já tem essa premissa como presente nas análises de casos concretos.

Trazendo esse quadro para o Direito Brasileiro nota-se que os avanços ou retrocessos na Legislação Ambiental trata-se de algo que se tem conhecimento quase que diariamente no Brasil, principalmente nos últimos meses, face às discussões que pautaram o Congresso Nacional por conta da apreciação do Projeto do Novo Código Florestal Brasileiro.

Muitas foram as manifestações sobre pontos do projeto que foram ressaltados por alguns especialistas como verdadeiros retrocessos no que tange à proteção do meio ambiente, problema que gerou certa inquietação no meio jurídico e político.

Inexplicavelmente, muito pouco ou quase nada foi exposto para a sociedade sobre a (im) possibilidade do nosso texto constitucional já vedar o retrocesso das legislações ambientais, por possivelmente conter como princípio em seu bojo a proibição de retrocessos das políticas ambientais do Estado.

Princípio já estabelecido em vários lugares do mundo, como na Constituição Portuguesa, estaria ou não presente na nossa Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88)? Pode-se afirmar que eventuais retrocessos em legislações ambientais seriam vedados pela nossa Constituição?

Para se verificar esse problema é importante que comece por averiguar como que, em direito, pode se atestar que determinado preceito é ou não um princípio e como se identificar se o mesmo está ou não presente em um texto constitucional podendo ser considerado um princípio constitucional, para isso se faz imperioso se investigar a importância dos princípios.

2 OS PRINCÍPIOS NO CONTEXTO JURÍDICO

Uma discussão sobre o fato de determinado princípio estar ou não albergado por um sistema constitucional como o nosso passa pela compreensão da relevância dessas premissas nesse tipo de abordagem.

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

2.1 CONCEITO DE PRINCÍPIO

De início, é imperioso esclarecer que não se objetiva aqui expor de maneira robusta a conceituação, características e pontos de vistas a respeito do que é princípio, igualmente em relação a regras e normas, e sua importância no nosso sistema jurídico, mas colocar informações importantes sobre esse tema para poder expor que o objeto desse estudo é viável.

Por isso não é bom deixar de lado o fato dos princípios terem vários significados, podem ser o começo, fonte, causa, matriz, entrada, geração, advento, nascimento, origem, preceito, regra, porém no direito não se pode confundi-los com as regras, questão a ser abordada posteriormente neste trabalho.

Ao mesmo tempo não se pode assentar de forma definitiva e rigorosa o que vem a ser exatamente o conceito de princípio, como também se pontuar, como se tentará aqui, a diferença entre princípio e regra é igualmente difícil, até mesmo porque há uma falta de clareza conceitual da doutrina jurídica quando se fala de princípio².

Sem se falar que vivemos um momento no direito pátrio em que há uma verdadeira indeterminação do direito, sendo (in)evitável o uso de discricionariedades judiciais, sendo o conceito de princípio um ponto de convergência no momento de se firmar posições que justifiquem a aplicação do direito proposto³.

Notadamente a expressão princípio sempre se vincula a uma ideia de mandamento, impondo uma vinculação a algo maior, mais geral, colocado como um norte em determinado assunto, sendo importante se ter em mente um horizonte de sentido dado pela história, para que se tenha uma possibilidade que nunca chega a se efetivar por inteiro.

Tanto que Reale⁴ comunica que “toda a forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõe dado campo do saber”, completando que:

[...] são 'verdades fundantes' de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de

² OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. PoREvista dos Tribunais Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

³ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. PoREvista dos Tribunais Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 299.

ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis⁵.

É por isso que na doutrina não há registros de facilidades para se definir o “descobrimento” ou mesmo o “reconhecimento” da existência de um Princípio de Direito, como escreve Oliveira⁶:

A declaração de princípios não é feita, em grande parte dos casos, num clima de passividade. Inúmeras dificuldades e controvérsias incidem sobre este processo de estipulação. Graves dissonâncias existem mesmo nas ciências Exatas ou Biológicas... Nas ciências Humanas e Sociais os desacordos e os antagonismos são frequentes. É de ampla aceitação a tese de que os princípios se revestem de algum caráter de relatividade, inclusive os estimados como universais. As disputas não se limitam apenas sobre o método de determinação ou acerca de quais princípios são determinados, mas ainda sobre a maneira de compreendê-los e aplicá-los.

A partir do momento em que se considera que a Constituição Federal pode ser tida, numa visão pós-positivista, como um “sistema normativo aberto de princípios, regras e procedimentos (Regel/Pinzipien/Prozedur-Model) de mais elevada hierarquia do direito positivo, elaborada de forma democrática e de conteúdo de acordo com os direitos fundamentais⁷”; percebe-se que o reconhecimento de um princípio não expresso nesse emaranhado é uma tarefa que exige a construção de um caminho incomum, já que se tratam de “máximas que se alojam na Constituição ou que se despregam das regras do ordenamento positivo, derramando-se por todo ele⁸”.

Com isso fica evidenciado que há sim a possibilidade de se ter princípios implícitos “alojados”, tal qual um inquilino (in)desejável visível, não podendo, nesses casos, assim como na tradição romana serem expressamente formulados ou sistematizados, pois em verdade se tratam de normas fundamentais ou generalíssimas do sistema que, quando descobertos, tem um papel de dar um norte legal, vez que as codificações nunca são suficientes para resolverem os casos cotidianos⁹.

⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 299.

⁶ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio Constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 21.

⁷ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio Constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 21.

⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 138.

⁹ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito**. PoREvista dos Tribunais Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

Um bom caminho para identificar, definir, um princípio de base constitucional é o descrito por Genaro Carrió, apontado por Engelman¹⁰, quando se coloca que para tanto é necessário examiná-los à luz de sete focos de significação, que seriam:

(a) ‘parte ou ingrediente de algo’, ‘propriedade fundamental’, ‘núcleo básico’, ‘característica central’; (b) ‘regra, guia, orientação ou indicação gerais’; (c) ‘fonte geradora’, ‘causa e origem’; (d) ‘finalidade’, ‘objetivo’, ‘propósito’ ou ‘meta’; (e) ‘premissa’, ponto inalterável de partida para o raciocínio, ‘axioma’, verdade teórica postulada como evidente, ‘essência’, ‘propriedade definitiva’; (f) regra prática de conteúdo evidente, verdade ética inquestionável; (g) ‘máxima’, aforisma, provérbio, peça de sabedoria prática que vem do passado e traz consigo o valor da experiência acumulada e o prestígio da tradição.

Essas características afloram o papel dos princípios que seriam como se vê no já citado texto de Engelman¹¹, “pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à ideia do direito”.

Assim entende-se que os princípios trazem um papel não só normativo, mas garantidor de direitos, de premissas estabelecidas explícita ou implicitamente, pois em verdade seriam um limite que não poderia ser ultrapassado por aquele que manuseia o direito, seja produzindo leis ou aplicando-as, vez que antes do caso concreto não há como se falar que um princípio é maior, melhor ou superior a outro.

Por isso na solução de casos inalcançados pela codificação a saída é a procura, o reconhecimento e a aplicação dos princípios, no sentido de se esclarecer o caso concreto com a aplicação da melhor norma ou princípio constitucional.

Neste sentido, não pode o intérprete “banalizar” princípios, confundindo-os com técnicas/métodos de solução de casos, pois assim se corre o risco de atacar a própria essência do Direito, vez que esses “podem ser considerados como o substrato responsável pela sustentação do Direito considerado em sua integralidade¹²” e considerá-los como um substantivo simples é entender que algo que pode ser encarado como o alicerce do sistema jurídico não tem consistência.

Assim é forçoso reconhecer que os princípios exercem papel fundamental na ciência do direito, não sendo recente o seu uso como elemento que ilumina o trato com o as questões jurídicas.

¹⁰ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. PoREvista dos Tribunais Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 91.

¹¹ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. PoREvista dos Tribunais Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 92.

¹² ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. PoREvista dos Tribunais Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 91.

Suas previsões de utilização vem como forma de integração da norma no direito romano, de acordo com as regras criadas pelo imperador: as *leges* entre 284 a 568 d.C. Os princípios jurídicos já foram consagrados pelo Direito Romano como *honeste vivere, aletrum non laedere, suum cuique tribuere*, que até hoje continuam sendo invocados pela doutrina e jurisprudência¹³.

É ponto pacífico que os princípios são normas, mas tem um caráter central no âmbito do sistema jurídico, por representarem aqueles valores supremos eleitos pela comunidade que a adota, sendo, hoje, a sua característica mais marcante a normatividade, pois são vistos pela teoria constitucional contemporânea, como uma espécie do gênero norma jurídica, ao lado das regras jurídicas, como já foi pontuado anteriormente¹⁴.

Mas, conforme explica Ritt¹⁵, a teoria constitucional atribuiu-lhes uma força vinculante, e não meramente programática, pois se a Constituição vale como lei, e se o Direito constitucional é positivo, então as regras e os princípios constitucionais devem obter normatividade, regulando as relações da vida, dirigindo condutas e dando segurança e expectativas de comportamento.

A mesma doutrinadora também se serve de Robert Alexy, para colocar que na aplicação dos princípios devem ser analisadas as possibilidades jurídicas e fáticas, e, o que é mais importante, não é definitivo:

Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino solo prima facie. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina como há de resolverse la relacion entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas¹⁶.

¹³ RITT, Eliana Hoffmann. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de solução de conflitos entre os princípios constitucionais e efetivação dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/principio.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2013.

¹⁴ RITT, Eliana Hoffmann. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de solução de conflitos entre os princípios constitucionais e efetivação dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/principio.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2013.

¹⁵ RITT, Eliana Hoffmann. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de solução de conflitos entre os princípios constitucionais e efetivação dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/principio.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2013.

¹⁶ RITT, Eliana Hoffmann. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de solução de conflitos entre os princípios constitucionais e efetivação dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/principio.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2013, p. 4.

Assim os princípios não são, pois, tidos como algo que se sobrepõe à lei, nem como algo anterior a ela, mas sim algo dela decorrente. A sua função jurídica é, conseqüentemente, subsidiária e o seu caráter, basicamente descritivo.

2.1.1 Características dos Princípios

Para não se correr qualquer tipo de risco na definição de um conceito é imperioso que se encontre determinadas características numa premissa para se ter a certeza de que se trata de um princípio. Segundo Engelman¹⁷, tem-se por características dos princípios o fato de ser considerada uma “pauta de segundo grau”, requerendo a existência de outras regras em relação às quais se referem, sendo esse um ponto relativo ao caráter geral do conteúdo dos princípios, já que há necessidade de haver uma intermediação de novos valores autônomos a partir do reconhecimento do preceito.

Além disso, representam uma verdadeira “norma” dirigida especialmente aos juízes para que assim possam chegar aos cidadãos em geral, os jurisdicionados, após o seu uso no rito de passagem até se chegar à decisão judicial.

Ainda assim tem que ter “certo grau de neutralidade tópica”, não podendo seu conteúdo ser especificado objetivamente, do contrário seriam normas comuns, podendo ser leis ou qualquer outra espécie de ato normativo, por isso os princípios tem que conter certo grau de imprecisão principalmente no seu alcance e aplicação, porém é de bom alvitre que se tenha um horizonte, de cunho superior, pode-se assim dizer, a respeito do seu objetivo.

Por isso deve ter uma “larga possibilidade de adaptação, perpassando os estreitos limites fixados pela norma jurídica legislada¹⁸”. Assim, não se pode aprisionar o significado real de determinado princípio em um número pré-fixado de palavras, pois não se pode querer que sua atuação seja fechada ou limitada semanticamente, do contrário não teria o caráter geral necessário.

2.1.2 Definição de normas e regras jurídicas

¹⁷ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. PoREvista dos Tribunais Alege: Sergio Antonio Fabris Editor. 2001.

¹⁸ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. PoREvista dos Tribunais Alege: Sergio Antonio Fabris Editor. 2001, p. 97.

Não há como encontrar as diferenças se não se definir os conceitos de normas e regras, o que torna a tarefa de provar existência de um princípio mais árdua na medida em que várias são as propostas de diferenciações que os pensadores do direito oferecem.

Para se iniciar a análise da conceituação de norma é imprescindível que se perceba inicialmente que:

[...] as normas jurídicas regulam as mais diversas manifestações humanas, envolvendo suas relações privadas e com o Estado, circunstância que implica uma enorme gama de matérias a serem enfrentadas, abrangendo os conteúdos mais variados, como o tributário, o penal, o administrativo, o civil etc. [...] As normas jurídicas são, ainda, dotadas de certa mutabilidade que as permite evoluir com o tempo, assumindo conteúdos distintos, conforme as exigências sociais¹⁹.

Mesmo com esse leque amplo é perceptível que certos elementos são comuns a todas essas hipóteses, pois as “normas jurídicas possuem uma área variável que lhes permite atender a exigências específicas, mas tem, igualmente, um núcleo que se mantém imutável, presente em qualquer de suas manifestações²⁰”.

Nesse sentido, é importante se trazer à baila a relação entre a norma jurídica, pelo conceito de Kelsen e Hart e a sua relação com a norma prescrita segundo Von Wright, a começar pela definição de John Austin que entendia serem as normas “mandados gerais formulados pelo soberano aos súditos²¹”, sendo “a expressão de alguém que tenha poder” conforme explana Calbrich²².

Mas, para o alcance dos objetivos traçados nesse estudo, adotar-se-á a premissa da destinação das normas jurídicas, que é a do sujeito e suas manifestações sociais, para que as suas relações intersubjetivas sejam reguladas com o devido conhecimento de quem se

¹⁹ ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. **Expressão Normativa dos direitos fundamentais e a natureza jurídica dos princípios**. DisseRevista dos Tribunais. (Mestrado Universidade de FoRevista dos Tribunaisaleza), 2010. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:iCbGNMLEbeoJ:uol02.unifor.br/oul/>>. Acesso em: 11 fev. 2013, p. 70-71.

²⁰ ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. **Expressão normativa dos direitos fundamentais e a natureza jurídica dos princípios**. DisseRevista dos Tribunais. (Mestrado Universidade de FoRevista dos Tribunaisaleza), 2010. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:iCbGNMLEbeoJ:uol02.unifor.br/oul/>>. Acesso em: 11 fev. 2013, p. 72.

²¹ CALABRICH, Bruno. Conceito(s) de norma: uma breve análise sobre a classificação de Von Whright. **Custus Legis**, 2008. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista/2011_Dir_Publico_Calabrich_Conceito_Norma_Von_Wright.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2012.

²² CALABRICH, Bruno. Conceito(s) de norma: uma breve análise sobre a classificação de Von Whright. **Custus Legis**, 2008. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista/2011_Dir_Publico_Calabrich_Conceito_Norma_Von_Wright.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2012.

enquadra no âmbito da sua aplicação, já que o seu descumprimento deve gerar uma sanção, fazer parte de uma relação bilateral e conter uma formulação disjuntiva²³.

A necessidade de conceituação das regras se dá principalmente pela obrigação de se distingui-las dos princípios, vez que a ideia de que ambas são espécies do gênero norma é bastante difundida na doutrina.

Pontes de Miranda²⁴ acentua que:

A regra jurídica é norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, procurou distribuir os bens da vida. Há o fato de legislar, que é editar a regra jurídica; há o fato de existir, despregada do legislador, a regra jurídica; há o fato de incidir, sempre que ocorra o que ela prevê e regula. O que é por ela previsto e sobre o qual ela incide é parte dele.

Assim, pode-se deduzir que se têm regras jurídicas quando há imperativos de condutas positivas (fazer) ou negativas (não fazer) de origem estatal, em que há uma cobrança, observação cogente (imperativa), podendo-se fazer o uso da força (estatal) para garantir o seu cumprimento, com conteúdo de caráter abstrato e que pode ocasionar por parte deste Estado a aplicação de uma sanção em caso de descumprimento da mesma.

2.2 CONVERGÊNCIAS E DIFERENÇAS ENTRE A NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS

Ao se conhecer os conceitos de princípios, normas e regras se percebe que para olhos menos atentos esses institutos podem se confundir, mas existem importantes e claras distinções entre os mesmos, que são importantes principalmente quando se está a tentar provar a existência de um princípio em determinado contexto de um sistema jurídico.

A partir dos conceitos já colocados nesse texto já se pode dar início a construção de uma ideia que facilite a identificação dessas diferenças para que se possam fazer os devidos enquadramentos jurídicos que são possíveis em determinadas situações.

Vários são os autores que se posicionam sobre esse tema na tentativa de ajudar encontrar um caminho preciso que auxilie o intérprete do direito a não confundir esses instrumentos que servem a regulação do direito.

²³ ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. **Expressão Normativa dos Direitos Fundamentais e a Natureza Jurídica dos Princípios**. DisseRevista dos Tribunais de Mestrado Universidade de FoRevista dos Tribunais, 2010. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:iCbGNMLEbeoJ:uol02.unifor.br/oul/>>. Acesso em 11 fev. 2013.

²⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 123.

Limitar-nos-emos ao estudo que, no nosso entendimento, foi o mais relevante nesse aspecto, que foi o de Jossef Esser, pois, além de ter sido o de maior repercussão, identificou-se um grande esforço para se ter uma organização teórica dos princípios.

Essa necessidade se fazia iminente pelo fato de, na sua época (o seu livro *Princípios e a norma na elaboração jurisprudencial do direito privado* tem a publicação datada de 1956) os princípios estarem sendo utilizados constantemente em decisões judiciais, mas sem que houvesse sintonia muito menos ideia de sistematização do direito que vigia na época. Por isso que:

[...] na busca de objetivação para os princípios, Esser critica simultaneamente a doutrina positivista, pois não aceitava serem os princípios uma dedução lógica das normas do sistema jurídico positivo, e a doutrina jusnaturalista, por não considerar que pudessem ser extraídos de um sistema natural estático. Para ele ambas as correntes estão erradas, uma vez que desconsideram o processo real de criação do direito, que envolveria necessariamente a manifestação jurisprudencial²⁵.

Na definição encontrada em Aragão²⁶:

[...] os princípios não são estáticos, mas dinâmicos por natureza. Logo, não se encontram predeterminados, mas somente podem ser concebidos no movimento da criação jurisprudencial. Na teoria esseriana, o que prevalece não é a forma, mas o conteúdo, que será determinado na apreciação judicial do caso concreto na comunhão de elementos do direito natural e do direito positivo, o que permite uma aproximação entre o direito e a moral. Neste sentido, conclui o Jossef Esser (1979, p. 65) que: “um princípio jurídico, no sentido técnico não é nem uma proposição jurídica, nem uma norma jurídica, uma vez que não contém nenhuma ordem obrigatória de forma direta para um raio de questões, mas exige ou pressupõe o cunho judicial ou legislativo de tais ordens”.

Para se chegar aos pontos convergentes e ao encontro de diferenças entre normas, regras e princípios, Esser recorre à formulação negativa, conforme se depreende na obra de Engelman²⁷, quando coloca:

²⁵ ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. **Expressão Normativa dos Direitos Fundamentais e a Natureza Jurídica dos Princípios**. DisseREVista dos Tribunais, 2010. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:iCbGNMLebeoJ:uol02.unifor.br/oul/>>. Acesso em 11 fev. 2013, p. 55.

²⁶ ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. **Expressão Normativa dos Direitos Fundamentais e a Natureza Jurídica dos Princípios**. DisseREVista dos Tribunais, 2010. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:iCbGNMLebeoJ:uol02.unifor.br/oul/>>. Acesso em 11 fev. 2013, p. 55.

²⁷ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao Positivismo Jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. PoREVista dos Tribunais Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2001, p. 104.

[...] um princípio jurídico não é um preceito jurídico, nem uma norma jurídica em sentido técnico, portanto não contém nenhuma instrução vinculante do tipo imediato para um determinado campo de questões, senão que requer ou pressupõe a conformação judicial ou legislativa de ditas instruções.

A partir dessa concepção, pontua Engelman²⁸ que os princípios se diferenciam por terem uma necessidade de uma mediação concretizadora. Informa o mesmo autor, citando Castanheira Neves, que a sua aplicação depende de “um ato autônomo que os assuma para se fundamentar neles e orientar por eles problemas concretos cuja solução é chamada a constituir”.

Assim se nota, a partir do entendimento de Engelman²⁹ adotando a ideia de Eros Grau, que os princípios, quando comparados às regras de direito representam o conteúdo em oposição à forma, pois as regras sempre privilegiam, por essa visão, a forma, sem que isso implique ser a razão da norma.

A razão, base das regras jurídicas, seria formada pelos princípios que teriam um caráter fundante e que seria o traço mais importante da sua individualização, como informado por Engelman³⁰.

Esser defende que a norma é um conceito do sistema continental, já a regra é mais ligado ao sistema anglo-americano, no primeiro o juiz é um funcionário sujeito aos efeitos de uma ação burocrática organizada, já no segundo o julgador não é um funcionário, mas “apresenta as notas de uma forma de dominação tradicional³¹”.

No primeiro sistema citado a diferença entre princípio e norma significa a possibilidade de se precisar os casos de aplicação “in concreto”, limitando o poder discricionário do juiz, não reconhecendo no princípio uma instrução, mas a fundamentação dessa, sendo perceptível que os princípios têm um grau de positividade que procura os transformar em algo concreto mediante a intervenção do ato interpretativo³².

Por isso, os princípios teriam a função de situar a norma em seu devido contexto, fazendo parte do ordenamento jurídico, sejam eles explícitos ou implícitos, codificados,

²⁸ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao Positivismo Jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. PoREVista dos Tribunais Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2001, p. 105.

²⁹ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. PoREVista dos Tribunais Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2001.

³⁰ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. PoREVista dos Tribunais Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2001.

³¹ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. PoREVista dos Tribunais Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2001, p. 105.

³² ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. PoREVista dos Tribunais Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2001.

textualizados ou não, que devem ser vistos, manifestados, através do ato de interpretação como direito vigente e não como algo que ainda pode ou deve ser criado³³.

Embora se entenda que a construção das ideias de Esser se dá em um âmbito que pode ser considerado não jurídico, merecendo por isso as críticas de Kelsen, pensamos que o intérprete do direito tem que sempre, no estudo desses institutos, trazê-los para a seara jurídica dada o sistema constitucional vigente.

Nesse sentido é que a ideia de Esser é interessante na medida em que ele entende, em outras palavras, que os princípios podem vir a se tornar parte do sistema, a partir da evolução desse e da conformação do ato interpretativo que terá na sua base o princípio e na sua aponta a regra, o que afastaria a distinção de Kelsen que só atribui o caráter jurídico a certas normas que tenham caráter de coerção, o que para ele afastaria a possibilidade de princípio ser norma, visão que não se comunga.

O assunto é tão instigante que vários são os trabalhos e teorias que buscam identificar e diferenciar essas espécies normativas, mas a base oferecida até aqui é suficiente para se alcançar o objetivo de se constatar a possibilidade de termos princípios não codificados que podem estar no nosso sistema, não se confundindo com simples regras ou técnicas de solução de “casos”.

Sendo que o uso das funções sistematizadoras, hermenêutica e argumentativa dos princípios, servem para mostrar o contraste da participação das regras e dos princípios na formação do pensamento jurídico no sentido de levar ao preenchimento de dúvidas na formação da convicção interpretativa e, até, a fortalecer a consolidação de princípios não tidos como expressos, ou até inexistentes.

2.3 OS PRINCÍPIOS IMPLÍCITOS E EXPLÍCITOS

Em um sistema constitucional como o brasileiro, o uso das regras e dos princípios é que possibilita a “descodificação” da estrutura sistêmica da Constituição, possibilitando a compreensão do texto Constitucional como um sistema aberto de regras e princípios³⁴.

Não se pode enfrentar a questão aqui proposta sem levar em conta que princípios ou regras quando devidamente ajustados a Constituição Federal tem a sua aplicação de

³³ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. PoREvista dos Tribunais do Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2001.

³⁴ FILETI, Narbal Antonio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. 265 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2007.

maneira fluente. Por isso que a doutrina admite a existência de princípios explícitos e implícitos no âmbito do nosso sistema constitucional, mas, na visão de Canotilho, no trabalho de Fileti³⁵, os implícitos somente se perfazem para integrar e desenvolver princípios já existentes. Importante se destacar isso pelo fato de que:

[...] em se aceitando a possibilidade de haver princípios implícitos está se permitindo o cultivo da ideia de que temos um direito constitucional não escrito, encarado como função de complementação, integração e desenvolvimento das regras escritas, sendo fruto da atividade integradora do direito³⁶.

Na Constituição Portuguesa se reconhece, através da doutrina de Canotilho, a existência de princípios implícitos, como os da proteção da confiança, do não retrocesso social ou da proibição da evolução reacionária, só a título de exemplo. No Brasil, Eros Roberto Grau reconhece que o direito se compõe de princípios explícitos, implícitos e os princípios gerais de direito, que sempre são implícitos:

Os explícitos são os inseridos diretamente no texto constitucional e os implícitos são aqueles deduzidos da análise para a aplicação do direito de um ou mais preceitos da Constituição, ou de uma lei, de conjuntos normativos infraconstitucionais, como o princípio do enriquecimento sem causa, por exemplo³⁷.

Assim os princípios implícitos podem comparecer consignados implicitamente na Constituição, “desde que incluídos no campo normativo-constitucional, não se podendo reduzir o parâmetro constitucional a uma questão eminentemente positivista às regras e princípios escritos nos textos constitucionais³⁸”.

3 A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NA ESTRUTURAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO AMBIENTAL

Não há como se falar em Estado Democrático de Direito sem se reconhecer que a garantia dos direitos fundamentais é algo inerente a este tipo de organização da vida social.

³⁵ FILETI, Narbal Antonio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. 265 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2007..

³⁶ ESPÍNOLA apud FILETI, Narbal Antonio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. DisseRevista dos Tribunais de Mestrado. Itajaí, 2007, p. 200.

³⁷ GRAU apud FILETI, Narbal Antonio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. DisseRevista dos Tribunais de Mestrado. Itajaí, 2007, p. 157.

³⁸ CANOTILHO apud FILETI, Narbal Antonio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. DisseRevista dos Tribunais de Mestrado. Itajaí, 2007, p. 157.

Na CRFB/88, adotou-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana como bases para esse Estado, sendo montado a partir do arcabouço do nosso sistema constitucional vigente.

Nesse contexto alguns princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, têm papéis de estruturas mães, pois se tratam da expressão da garantia da vontade popular que fundamenta a existência do próprio texto magno.

A partir do princípio da dignidade da pessoa humana, incluso no Art. 1º, III, da Constituição Federal se chega ao de que temos direito a um meio ambiente equilibrado, Art. 225, mas o Estado brasileiro, que é democrático e de direito, não o é apenas por força do Art. 1º da sua Lei Fundamental. O acolhimento do referido paradigma permeia todo o analítico texto constitucional³⁹.

Assim não há como negar que o direito a um meio ambiente equilibrado é um princípio fundamental estabelecido no texto Constitucional brasileiro, com o objetivo de “estabelecer uma proteção não apenas aos recursos naturais, mas também a garantia a saúde, bem-estar e a qualidade de vida de uma forma geral⁴⁰”.

Mas para ter um estado ambiental há a necessidade de se guiar também por princípios ecológicos, conforme ensina Canotilho⁴¹, apontando que “[...] novas formas de participação política sugestivamente condensada na expressão democracia sustentada”. Canotilho⁴², então, lista algumas características que devem nortear o Estado para que ele venha ser um Estado Democrático Ambiental, são elas: a concepção integrada, que se refere à proteção global e sistêmica do meio ambiente; institucionalização dos deveres fundamentais ecológicos; agir integrado da administração; tensões e conflitos do Estado Constitucional e princípio da responsabilidade.

Por isso é oportuno salientar que o Estado de Direito Ambiental se constrói, com base em princípios que tomam essas características citadas por Canotilho, daí a importância dessas normas para o reconhecimento e formatação do Estado Democrático de Direito Ambiental, vez que os princípios constitucionais de proteção ambiental são consagrados para a garantia do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

³⁹ MAIA NETO, Geraldo de Azevedo. Do Estado liberal ao Estado ambiental. A sucessão dos paradigmas constitucionais e os espaços protegidos no Estado brasileiro. **Jus Navigandi**. 09 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14824>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

⁴⁰ GAMA, Carla Siane Moura Miranda. **Princípio da dignidade da pessoa humana e da prevenção ao dano ambiental no estado democrático de Direito Brasileiro**. DisseREvista dos Tribunais (Mestrado) – PUC/SP. São Paulo, 2007, p. 130.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Esses princípios são de tamanha relevância que “incorporam valores fundamentais voltados à proteção do meio ambiente e introduzem no sistema jurídico os critérios de balanceamento de valores e interesses conflitantes⁴³”.

Assim, servem os princípios referidos, de massa de preenchimento de lacunas na utilização, manuseio do direito, não só do ambiental, orientando a sua interpretação e aplicação, tornando apto a responder as demandas da realidade, que retrata uma forte degradação ao meio ambiente⁴⁴.

Além disso, são responsáveis por interferir diretamente na elaboração de diretrizes da ordem econômica e social possibilitando que os valores de proteção ambiental irradiem por todo o sistema jurídico. Portanto, a partir do momento em que se reconhece que os princípios que servem a proteção ambiental interagem entre si, fica claro que a sua importância no estado democrático de direito ambiental é ímpar.

Isso porque se constituem num sistema integrado no qual cada regra encontra sua justificativa nos valores superiores, como já dito, consagrados nesses princípios de forma que os aplicando se chegar ao princípio fundante do próprio estado democrático de direito: o da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o princípio do não retrocesso ambiental ou da proibição de retrocesso ambiental se encontra dialeticamente acoplado aos demais princípios de proteção ambiental, oriundos do nosso texto constitucional, sendo imperioso o seu reconhecimento para que importantes avanços concernentes à proteção do meio ambiente não sejam riscados do mapa por conta de interesses escusos.

4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL

Depois de conhecer o conceito de normas, princípios, regras, sua importância no nosso ordenamento jurídico, a possibilidade de termos princípios implícitos no nosso texto constitucional e a importância desses no estabelecimento do estado democrático de direito ambiental é importante que estabeleçamos parâmetros para reconhecer a existência da

⁴³ GAMA, Carla Siane Moura Miranda. **Princípio da dignidade da pessoa humana e da prevenção ao dano ambiental no estado democrático de Direito Brasileiro**. DisseREvista dos Tribunais (Mestrado) – PUC/SP. São Paulo, 2007, p. 132.

⁴⁴ GAMA, Carla Siane Moura Miranda. **Princípio da dignidade da pessoa humana e da prevenção ao dano ambiental no estado democrático de Direito Brasileiro**. DisseREvista dos Tribunais (Mestrado) – PUC/SP. São Paulo, 2007.

proibição de retrocesso ambiental no nosso ordenamento jurídico enquanto princípio constitucional.

Trata-se de um verdadeiro princípio geral de direito ambiental, equivalente ao do não retrocesso social, que se estabelece como garantia constitucional implícita a partir dos princípios da segurança jurídica e da confiança, que “blindam” conquistas legislativas.

No âmbito do direito ambiental essa garantia também se perfaz presente para garantir as conquistas legislativas e administrativo-procedimentais, para se garantir que não se comprometa o gozo e desfrute de direitos que sejam inerentes a garantia do um meio ambiente sadio.

Tal garantia é fruto do processo evolutivo e cumulativo que é inerente ao reconhecimento dos direitos fundamentais ao longo da trajetória histórica-constitucional que implica cada vez mais em uma tutela da dignidade da pessoa humana:

Nesse processo se inclui qualquer retrocesso referente aos direitos fundamentais que tenham sido objeto de concretização no âmbito infraconstitucional, não havendo como se negar que no caso do direito ambiental há um verdadeiro dever de progressividade, ou seja, de avanços que busquem a melhoria do estabelecimento de um meio ambiente equilibrado⁴⁵.

Questão da vedação ao retrocesso em matéria ambiental é bem mais ampla do que se pode imaginar numa análise inicial:

[...] tendo em vista sua forma genérica, o princípio de não regressão é, além de um princípio, a expressão de um dever de não regressão que se impõe à Administração. Uma fórmula positiva, como um “princípio de progressão”, não foi por nós escolhida por ser demasiado vaga e pelo fato de se aplicar, de fato, a toda norma enquanto instrumento, funcionando a serviço dos fins da sociedade. Ao nos servirmos da expressão “não regressão”, especificamente na seara do meio ambiente, entendemos que há distintos graus de proteção ambiental e que os avanços da legislação consistem em garantir, progressivamente, uma proteção a mais elevada possível, no interesse coletivo da Humanidade⁴⁶.

Além de se enquadrar nas características dos princípios já pontuadas nesse trabalho, há a necessidade de se promover o princípio da não regressão à categoria de um novo princípio fundamental do Direito Ambiental:

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Direito Constitucional Ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 57.

⁴⁶ PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental: comissão de meio ambiente, defesa do consumidor e fiscalização e controle. princípio da proibição de retrocesso ambiental. **Revista do Senado Federal**, 2012, p. 12.

[...] se ter apoio numa argumentação jurídica que funda um novo princípio, que se agrega aos princípios já reconhecidos: prevenção, precaução, poluidor-pagador e participação do público. As bases dessa argumentação jurídica repousam sobre três elementos: a própria finalidade do Direito Ambiental, a necessidade de se afastar o princípio de mutabilidade do direito e a intangibilidade dos direitos humanos⁴⁷.

Ao se vislumbrar isso se denota que a não regressão é uma pauta realmente de segundo grau, adaptável ao sistema, tendo a possibilidade de conferir nortes à atuação jurisdicional, perfazendo enquanto parte de uma tradição social e política.

Além disso, o não retrocesso é mais abrangente pelo fato de se tornar verdadeira premissa geral do direito ambiental na medida em que se constitui como “núcleo básico” da atuação estatal em matéria de meio ambiente.

Dessa maneira, propõe-se garantir um meio ambiente equilibrado, na forma da Constituição, sendo uma verdadeira premissa inalterável dentro das suas metas, perfazendo uma ética inquestionável, a partir das informações absorvidas pela sociedade, no tangente à preservação ambiental e manutenção de um meio ambiente saudável, não tendo como se negar que se trata de uma “pauta gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à ideia do direito⁴⁸”, no caso o ambiental.

Assim no momento em que “consideramos a dimensão objetivas dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que a proteção ambiental foi alçada para o plano de valor jurídico do estado socioambiental de direito consolidado na CRFB/88⁴⁹” e com ela há necessidade do estabelecimento de normas garantidoras, ainda que não explícitas no texto constitucional, o que é o caso do princípio da proibição do retrocesso ambiental, que se estabelece no sentido de complementar o princípio já exposto no texto constitucional, que é o do direito a um meio ambiente saudável.

A demonstração da existência do princípio do não retrocesso em matéria ambiental é imprescindível para barrar certas vontades de se:

[...] suprimir uma regra (constituição, lei ou decreto) ou de reduzir seus aportes em nome de interesses, claros ou dissimulados, tidos como superiores aos interesses ligados à proteção ambiental. A mudança da regra que conduz a uma regressão constitui um atentado direto à finalidade do texto inicial. O retrocesso em matéria

⁴⁷ PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental: comissão de meio ambiente, defesa do consumidor e fiscalização e controle. princípio da proibição de retrocesso ambiental. **Revista do Senado Federal**, 2012, p. 13.

⁴⁸ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2001, p. 91.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Direito Constitucional Ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 186.

ambiental não é imaginável. Não se pode considerar uma lei que, brutalmente, revogue normas antipoluição ou normas sobre a proteção da natureza; ou, ainda, que suprima, sem justificativa, áreas ambientalmente protegidas. É de se notar, ainda, que a regressão do Direito Ambiental será sempre insidiosa e discreta, para que passe despercebida. E, por isso, ela se torna ainda mais perigosa. Os retrocessos discretos ameaçam todo o Direito Ambiental. Daí a necessidade de se enunciar claramente um princípio de não regressão, o qual deve ser consagrado tanto na esfera internacional quanto na esfera nacional⁵⁰.

No âmbito nacional, pode ser reconhecida a consagração do princípio do não retrocesso ambiental a partir da garantia dos direitos fundamentais (e da própria dignidade da pessoa humana) expressos em nossa Carta Magna contra a atuação do legislador tanto no âmbito constitucional como no infraconstitucional⁵¹.

É um princípio implícito na CRFB/88 com fundamento constitucional no próprio estado (democrático e social) de direito, no princípio da dignidade da pessoa humana, da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais, o princípio da segurança jurídica e seus desdobramentos, para citar as mais relevantes.

A partir dessa observação tanto do legislador como a atuação estatal ficam vinculadas às conquistas sociais e ambientais, não podendo adotar posturas retrógradas por quaisquer que sejam os fundamentos valendo ressaltar, a título de confirmação dessa impossibilidade, a “inserção da proteção ambiental no rol dos conteúdos permanentes da nossa ordem constitucional, o que se deu com a consagração como direito fundamental, conferindo inclusive do *status* de “cláusula pétrea⁵²”.

Pétrea porque a Constituição Federal comporta um dispositivo original, que consiste em enunciar que os “direitos e garantias individuais” estão excluídos de uma revisão no âmbito constitucional. Segundo o Art. 60, § 4º; é a chamada “cláusula pétrea”, ou cláusula de intangibilidade constitucional. Esses direitos são considerados, assim, como direitos adquiridos. Parece, portanto, estar claramente admitido que a proteção constitucional do meio ambiente faça parte dos direitos adquiridos qualificados de pétreos, não admitindo qualquer revisão. Além dessa não regressão constitucional, existiria igualmente no Direito Brasileiro

⁵⁰ PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental - Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. **Revista do Senado Federal**, 2012, p. 15.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Direito Constitucional Ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Direito Constitucional Ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 198.

um princípio de não retrocesso, ou princípio de proibição da regressão ambiental, que se impõe ao legislador⁵³.

Daí se entender que este princípio é conectado umbilicalmente a uma ideia de direito subjetivo negativo, no sentido de que é possível e necessário a manutenção da ordem constitucional que se impugne todo e qualquer ato ou medida que se encontre em conflito com o teor da Constituição Federal (inclusive as normas programáticas), bem como rechaçar medidas legislativas que venham a estabelecer uma situação pior do que a que já se encontrava em vigor através do legislador infraconstitucional⁵⁴.

Não só através desse esforço integrativo das normas constitucionais pode-se chegar à conclusão de que a aplicação do princípio da não regressão é algo necessário à ordem constitucional pátria. Vê-se que um documento no qual o Brasil é signatário garante a impossibilidade de retrocesso, no caso é:

A Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em 1969, que prevê em seu artigo 26 a garantia “progressiva” do pleno gozo dos direitos, o que implica, da mesma maneira que no PIDESC, uma adaptação temporal e a não regressão. O artigo 29, tratando das normas de interpretação, esclarece que não é possível suprimir o gozo dos direitos reconhecidos ou de restringir seu exercício para além do que preveja a Convenção. De igual maneira o Protocolo de San Salvador sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, de 1988, comporta um artigo expressamente dedicado ao ambiente (artigo 11). Ora, mesmo que esse artigo não seja oponível diante da Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou da Corte, ele se submete ao princípio trazido pelo artigo 1º, relativo à progressividade dos direitos humanos, capaz de conduzir ao pleno exercício dos direitos reconhecidos, o que implica, necessariamente, sua não regressão. De acordo com um comentário oficial da Organização dos Estados Americanos (OEA), as medidas regressivas são “todas as disposições ou políticas cuja aplicação significa uma diminuição do gozo ou do exercício de um direito protegido”. Um recuo na proteção ambiental constituiria, assim, uma regressão juridicamente condenável pelos órgãos de controle da Convenção e do Protocolo acima mencionados⁵⁵.

Assim, razões e fundamentos no nosso ordenamento jurídico são vários para que se chegue à conclusão de que o princípio do não retrocesso existe dentro do contexto do nosso ordenamento jurídico. Somente não se pode é entender que o mesmo é absoluto, até mesmo porque há uma limitação vinculada à questão do mínimo existencial ambiental e a

⁵³ PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental - Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. **Revista do Senado Federal**, 2012.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Direito Constitucional Ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁵⁵ PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental - Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. **Revista do Senado Federal**, 2012, p. 20.

proporcionalidade no manuseio desse princípio para que o mesmo não impeça avanços tecnológicos e desenvolvimentistas.

Há de se considerar sempre o momento vivido, a tradição social, a relação da sociedade com o problema enfrentado para se ter uma resposta constitucional adequada, sem tornar esse princípio algo que amarre a atuação legislativa, mas sempre tendo em mente que as limitações a essa produção legal existe e tem que levar em consideração essa premissa.

Por isso que a questão do mínimo ecológico também tem que ser inserida nessa análise para que haja:

[...] a proteção de uma zona existencial que deve ser mantida e reproduzida; mínimo que não se encontra sujeito a iniciativas revisoras próprias do exercício das prerrogativas democráticas conferidas à função legislativa. E neste ponto que a construção de uma noção de mínimo existencial (também para a dimensão ambiental) estabelece relações com um princípio de proibição de retrocesso para admitir também ali uma dimensão ecológica que deve ser protegida e garantida contra iniciativas retrocessivas que possam em alguma medida, representar ameaça a padrões ecológicos elementares de existência⁵⁶.

Importante esse ponto, pois há uma divergência na doutrina nesse aspecto, entendendo alguns que o limite da não regressão é a garantia do mínimo existencial. Embora esse estudo não tenha o condão de exaurir a discussão sobre o tema, objetivando somente detectar a existência do princípio com a fundamentação necessária para a sua aplicação, porém mesmo com essa discussão não há uma ruptura com a parte central do princípio, seu núcleo essencial, que, até mesmo com os pensadores dissidentes, mostra que serve sim como uma proteção revisional.

Dessa forma, não há como negar reconhecimento ao princípio da proibição do retrocesso em matéria ambiental, pois se assim o intérprete proceder estará admitindo que os órgãos legislativos (assim como a administração pública de uma maneira geral), mesmo estando ligadas às garantias dos direitos fundamentais das normas constitucionais em geral, dispõem o poder de tomarem decisões em flagrante dissonância com as premissas constitucionais⁵⁷.

Dessa maneira o princípio se estabelece como garantia constitucional e serve de baliza para a impugnação de medidas que impliquem supressão ou restrição de direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos), sendo necessários que se junte a esse princípio,

⁵⁶ AYALA, Patrick de Araújo. Direito Fundamental ao Ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na constituição brasileira. O Princípio da proibição de retrocesso ambiental. Comissão de Meio Ambiente. **Revista Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle**, 2012, p. 220.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Direito Constitucional Ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

dado o fato do mesmo não se “efetivar” sozinho, no momento de se verificar se há ou não um descumprimento ao mesmo se avaliar a proteção à confiança, da dignidade da pessoa humana e da observação do mínimo existencial, para se assegurar a devida operatividade à noção de proibição de retrocesso no plano jurídico-constitucional⁵⁸.

Com isso, levando em consideração que um estado democrático de direito somente se perfaz ao ofertar aos seus cidadãos meios para que as garantias que a sua constituição pontua sejam consolidadas é de primordial importância o princípio do não retrocesso, a sua utilização em casos concretos, para impedir que, no caso do Brasil, o Art. 225 da CRFB/88⁵⁹, por exemplo, não atinja o seu objetivo de garantir um meio ambiente equilibrado para a sociedade.

5 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, fica evidente que só se pode aceitar que se fale que o princípio do não retrocesso ambiental não é aplicável no Brasil a partir de uma visão caolha do Direito, pois o fato do princípio não estar expresso no texto constitucional de 1988 não é suficiente para que se defenda que no Brasil esse princípio não seja válido.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Direito Constitucional Ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁵⁹ A Revista dos Tribunais. 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.

§ 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 compoREvista dos Tribunaisem 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.

Se levarem em consideração alguns textos de tratados internacionais que o Brasil é signatário podemos até aceitar que o princípio está explícito no ordenamento jurídico pátrio, mas entendemos que até mesmo por esses textos a aplicação não é possível tendo o princípio por explícito, pelo fato de inclusive nessas situações a construção da cobrança das garantias também passar por uma incursão nas garantias fundamentais.

Assim para uma melhor convivência com esse princípio o mesmo deve ser encarado como um instrumento político e jurídico. Atende ao princípio da segurança jurídica e é um direito de igualdade com as gerações futuras ligadas à ética e moral do meio ambiente.

Não se pode admitir que nenhuma produção legislativa venha a tentar regredir os avanços ambientais, muito menos calar diante da “flexibilização” da regulação jurídica dispensada pelo legislativo e o executivo no que tange às florestas brasileiras, tal qual estão a tentar fazer com o novo Código Florestal brasileiro.

Isso porque em nenhuma outra matéria existe mais vedação ao retrocesso que na área ambiental. Nesta, é mais urgente porque já ultrapassou todos os limites do mínimo suportável pelo homem, sendo a vedação inerente ao direito das gerações seguintes.

Entende-se que o princípio da não vedação deve andar de mãos dadas com o mínimo existencial, mas numa relação inversa no que tange à chamada “reserva do possível”, por parte do Estado. Nesse caso, em concordância com Fonseca (2012), mais adequada seria a construção de uma reserva do impossível em função da impossibilidade de reversão da situação ambiental estabelecida.

Até mesmo porque não há como não se exigir, para as questões ambientais, o que caminha para ser consolidada no âmbito dos direitos humanos e sociais, a progressividade dos mesmos a fim de termos uma progressiva qualidade ambiental e ecológica e, por consequência, de vida, em geral.

Por fim, após esse estudo, por mais que os intérpretes sejam relutantes, entendemos que, devido à resistência do Judiciário pátrio em reconhecer direito que não são explícitos, principalmente quando esses podem dizer respeito ao interesse de fortes grupos econômicos, deveríamos ter dentro do nosso texto constitucional o princípio do não retrocesso em matéria ambiental de maneira explícita.

Isso elevaria o princípio para um patamar onde o seu uso não seria mais a fim de preencher espaços que os princípios ora expressos principalmente no Art. 225 da CRFB/88 não conseguem, teria um papel principal ao se discutir retrocessos em matéria ambiental.

Inúmeras são as decisões que consolidam retrocessos, ou a ausência delas em discussões onde claramente há retrocessos, não sendo interessante aqui citar exemplos por não ser esse o norte desse trabalho.

Por isso, em um país onde não há um padrão de interpretação de normas, onde a “vontade da norma” ainda pode se sobrepor a princípios constitucionais é mais prudente que uma garantia implícita tão importante representada pelo princípio do não retrocesso em matéria ambiental seja textualizada na Constituição Federal, para que surpresas não nos sejam apresentadas pelas Cortes que fazem a justiça do nosso país.

Afinal, em tempos que ser considerado “garantista” soa como conservador, nada mais razoável do que preservar a garantia de não se ter retrocessos administrativos ou legislativos que venham a colocar em cheque o meio ambiente das futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. **Expressão Normativa dos Direitos Fundamentais e a Natureza Jurídica dos Princípios**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2010. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:iCbGNMLEbeoJ:uol02.unifor.br/oul/>>. Acesso em: 11 fev. 2013.

AYALA, Patrick de Araújo. Direito Fundamental ao Ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na constituição brasileira. O Princípio da proibição de retrocesso ambiental. Comissão de Meio Ambiente. **Revista Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle**, 2012. p. 207-246.

CALABRICH, Bruno. Conceito(s) de norma: uma breve análise sobre a classificação de Von Wright. **Custus Legis**, 2008. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista/2011_Dir_Publico_Calabrich_Conceito_Norma_Von_Wright.pdf> . Acesso em: 11 fev. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2001.

FILETI, Narbal Antonio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. 265 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2007.

FONSECA, Luciana da. **Socioambientalizando**: dialogando sobre o desafio socioambiental. Disponível em: <<http://lucianacostadafonseca.blogspot.com.br/2012/04/coloquio-internacional-sobre-o.html>>. Acesso em: 11 fev. 2013.

GAMA, Carla Siane Moura Miranda. **Princípio da dignidade da pessoa humana e da prevenção ao dano ambiental no estado democrático de Direito Brasileiro**. Dissertação (Mestrado) – PUC/SP. São Paulo, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MAIA NETO, Geraldo de Azevedo. Do Estado liberal ao Estado ambiental: A sucessão dos paradigmas constitucionais e os espaços protegidos no Estado brasileiro. **Jus Navigandi**, 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14824>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma Teoria dos Princípios**: O Princípio Constitucional da Razoabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2009.

PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental: comissão de meio ambiente, defesa do consumidor e fiscalização e controle – Princípio da proibição de retrocesso ambiental. **Revista do Senado Federal**, 2012, p. 11-54.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

RITT, Eliana Hoffmann. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de solução de conflitos entre os princípios constitucionais e efetivação dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/principio.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Direito Constitucional Ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Correspondência | Correspondence:

Alexandre Castro Nogueira
Rua das Orquídeas, 621, Bairro de Fátima, CEP 64.049-534. Teresina, PI, Brasil.
Fone: (86) 3232-5426.
Email: nogueiraenogueira@me.com

Recebido: 05/04/2013.

Aprovado: 15/08/2013.

Nota referencial:

NOGUEIRA, Alexandre de Castro. A (in)aplicabilidade do princípio a proibição de retrocesso ambiental no Direito brasileiro. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 2, p. 9-32, maio/ago. 2013. Quadrimestral.