



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Pedro Henrique Ramos Prado Vasques

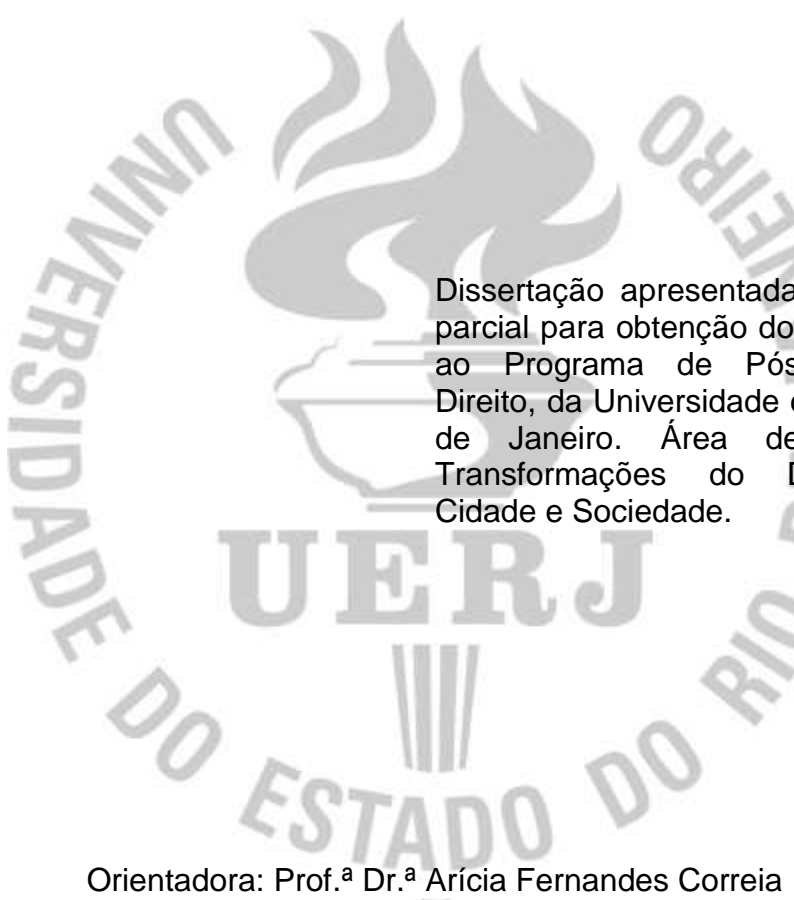
**A produção do irreversível em questões urbanístico-ambientais: a
vedação ao retrocesso à luz da teoria da restrição na constituição
brasileira**

Rio de Janeiro

2014

Pedro Henrique Ramos Prado Vasques

A produção do irreversível em questões urbanístico-ambientais: a vedação ao retrocesso à luz da teoria da restrição na constituição brasileira



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Arícia Fernandes Correia

Co-orientador: Prof. Dr. Emilio Enrique Dellasoppa

Rio de Janeiro

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

V335 Vasques, Pedro Henrique Ramos Prado.

A produção do irreversível em questões urbanístico-ambientais: a vedação ao retrocesso à luz da teoria da restrição na constituição brasileira / Pedro Henrique Ramos Prado Vasques.-2014.

170 f.

Orientador: Prof.^a Dra. Arícia Fernandes Correia.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito urbanístico – Teses. 2. Direito ambiental – Teses. 3. Poder judiciário – Teses. I. Correia, Arícia Fernandes. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 349.4/.6

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Pedro Henrique Ramos Prado Vasques

A produção do irreversível em questões urbanístico-ambientais: a vedação ao retrocesso à luz da teoria da restrição na constituição brasileira

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Aprovada em 29 de junho de 2014

Banca Examinadora:

Prof.^a Dra. Arícia Fernandes Correia (Orientadora)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Emilio Enrique Dellasoppa (Co-orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Pedro Curvello Saavedra Avzaradel
Universidade Federal Fluminense

Rio de Janeiro

2014

RESUMO

VASQUES, Pedro Henrique Ramos Prado. *A produção do irreversível em questões urbanístico-ambientais: a vedação ao retrocesso à luz da teoria da restrição na constituição brasileira*. 2014. 170 f. Dissertação (Mestrado em Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

O século XX é marcado por uma mudança na forma de percepção e administração do meio ambiente. Em resposta a essa transformação, foram criadas instituições e previstas novas estratégias regulatórias para dar conta da gestão dos recursos naturais. Ainda que no contexto brasileiro seja possível listar uma série de normas a respeito do tema, o meio ambiente foi consagrado na Constituição Federal de 1988, assim como a previsão da responsabilidade intergeracional, que do plano moral é também alçada à categoria jurídico-constitucional. Sob essa perspectiva, passa-se a fundamentar as formas de regulação do comportamento das gerações presentes com a justificativa de garantia do futuro. Para tanto, diversos instrumentos são desenvolvidos, como a avaliação de impacto, o licenciamento ambiental, a fixação de padrões de qualidade e, mais recentemente, a ideia de vedação do retrocesso. Para discutir essa previsão de ordem principiológica, o trabalho é dividido em três estágios. O primeiro pretende conduzir uma análise das instituições sobre o prisma teórico, conferindo especial destaque às formas brasileiras. Em seguida, trabalha-se a Teoria da Restrição, formulada por John Elster, em conjunto com a discussão teórico-doutrinária envolvendo, inicialmente, o princípio do mínimo existencial (social e ecológico) e, em seguida, o próprio princípio da vedação do retrocesso. No terceiro estágio, após introduzidas os fundamentos teóricos, desenvolve-se um conjunto de análises a respeito da aplicação do princípio pelos tribunais brasileiros. Essa abordagem permitiu observar uma ampla abrangência e ausência teórico-metodológica a respeito do uso da vedação do retrocesso. Por último, espera-se que a análise conduzida auxilie não apenas na compreensão dos limites e usos do princípio estudado, mas também indique melhores referenciais para sua aplicação futura para os operadores do Direito.

Palavras-chave: Direito Urbanístico. Direito Ambiental. Princípio da vedação ao retrocesso. Poder Judiciário.

ABSTRACT

VASQUES, Pedro Henrique Ramos Prado. *The production of the irreversible in urban-environmental issues: the regression prohibition in the light of the restriction theory in the Brazilian constitution*. 2014. 170 f. Dissertação (Mestrado em Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

The twentieth century is marked by a change in the way of perception and management of the environment. In response to this transformation, institutions were created and new regulatory strategies were envisaged to account for the natural resources management. Although in the Brazilian context it is possible to list a series of norms regarding the theme, the environment was enshrined in the Federal Constitution of 1988, as well as the prediction of intergenerational responsibility, which from the moral plane is also elevated to the legal-constitutional category. From this perspective, regulation forms of the present generations behavior are based on the justification of guaranteeing the future. To this end, several instruments are developed, such as impact assessment, environmental licensing, quality standards and, more recently, the idea of regression prohibition. To discuss this principle, the work is divided into three stages. The first one intends to conduct an analysis of the institutions on the theoretical prism, giving special emphasis to the Brazilian forms. Next, John Elster's Theory of Restriction is worked in conjunction with the theoretical-doctrinal discussion involving, initially, the principle of the existential minimum (social and ecological) and then the regression prohibition principle. In the third stage, after introducing the theoretical foundations, a set of analyzes is developed regarding the application of the principle by the Brazilian courts. This approach allowed to observe a wide scope and theoretical-methodological absence regarding the use of the retrocession seal. Finally, it is hoped that the analysis conducted will not only help in understanding the limits and uses of the principle studied, but also indicate better references for its future application to legal operators.

Keywords: Urban Law. Environmental Law. Regression prohibition principle.

Judiciary.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	8
1	O MODELO DEMOCRÁTICO OCIDENTAL CONTEMPORÂNEO E SUAS LIMITAÇÕES	18
1.1	Breves comentários sobre a construção das instituições político-econômicas contemporâneas	18
1.2	Os limites dos valores iluministas e a perspectiva intergeracional na Constituição Federal de 1988	23
1.3	O problema da justiça entre gerações para Rawls	28
1.4	O modelo democrático ocidental contemporâneo à luz do Estado constitucional brasileiro	33
1.5	O Estado democrático brasileiro e o dever de representação intergeracional	37
1.6	Limitação do modelo democrático	42
1.7	Presentismo: por que a democracia negligencia o futuro?	47
1.8	Uma proposta alternativa à democracia?	53
2	A TEORIA DA RESTRIÇÃO E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO APLICADO NO DIREITO URBANÍSTICO-AMBIENTAL	58
2.1	Teoria da restrição	58
2.2	Meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental	66
2.3	Mínimo existencial social e ecológico	74
2.4	O princípio da vedação ao retrocesso em matéria social	82
2.5	Princípio da vedação ao retrocesso em matéria urbanístico - ambiental	90
3	APLICAÇÃO, ANÁLISE E CRÍTICA DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO	98

3.1	Apresentação dos casos em que o Poder Judiciário aplicou o princípio da vedação do retrocesso em matéria urbanístico-ambiental	98
3.1.1	<u>Tribunais Superiores</u>	100
3.1.1.1	STJ	100
3.1.2	<u>Tribunais Regionais Federais</u>	101
3.1.2.1	TRF5	101
3.1.2.2	TRF4	102
3.1.2.3	TRF2	103
3.1.2.4	TRF1	104
3.1.3	<u>Tribunais de Justiça Estaduais</u>	106
3.1.3.1	Espírito Santo	106
3.1.3.2	Minas Gerais	107
3.1.3.3	Paraná	108
3.1.3.4	Rio de Janeiro	109
3.1.3.5	Santa Catarina.....	109
3.1.3.6	São Paulo.....	110
3.2	A aplicação e fundamentação da aplicação do princípio da vedação do retrocesso pelo Poder Judiciário nos casos analisados	111
3.2.1	<u>Análise dos casos com base na pertinência argumentativa e temática</u>	115
3.2.1.1	Competência formal e material.....	115
3.2.1.2	Proteção de intervenção ilegal em terras indígenas.....	118
3.2.1.3	Promoção de saneamento básico pelo Estado	120
3.2.1.4	Garantia da proteção já conquistada.....	121
3.2.1.5	Reserva Legal Florestal e Unidades de Conservação.....	122
3.2.1.6	STJ	124
3.3	Análise e crítica das decisões selecionadas à luz dos fundamentos teórico-doutrinários	127
3.3.1	<u>Crítica dos fundamentos utilizados nas decisões e cotejo das orientações teórico-doutrinárias</u>	129
3.3.1.1	Predominância do argumento constitucional.....	129
3.3.1.2	Predominância do argumento teórico-doutrinário.....	133

3.3.1.3	Predominância de construções jurisprudenciais próprias.....	135
3.3.2	<u>Conclusões</u>	140
	CONCLUSÃO	141
	REFERÊNCIAS	151
	ANEXO – Lista das decisões consultadas	164

INTRODUÇÃO

Desde a segunda metade do século XX, as preocupações com o meio ambiente nas sociedades ocidentais contemporâneas vêm, aparentemente, tomando proporções significativas. Nesse sentido, em resposta a esses pretensos anseios e às diversas lutas sociais que se desenvolveram a partir de grandes casos de poluição pelo planeta, o processo de regulação do uso e conservação dos recursos naturais foi impulsionado. Como resultado desse movimento de normatização das relações humanas no que tange o meio ambiente, diversos tratados e acordos internacionais foram elaborados e firmados, bem como as legislações locais de diversos países, foram criadas ou alteradas para introduzir em seus respectivos arcabouços jurídicos, preocupações associadas à proteção do meio ambiente. Nesse sentido, a sociedade brasileira também respondeu a essa demanda internacional e introduziu a partir da Constituição Federal 1988 um capítulo específico para tratar das questões ambientais.

Dentre as preocupações associadas à proteção do meio ambiente, uma delas nos chamou especial atenção. Isto é, a responsabilidade intergeracional pela apropriação e uso dos recursos naturais disponíveis. Com a edição da atual Carta Magna, essa relação, antes percebida essencialmente através de uma perspectiva moral, ganhou proteção jurídico-constitucional. Apesar dos diversos dilemas morais associados à normatização desse tipo relação intergeracional, um elemento fundamental para compreender o funcionamento e legitimidade desse regramento insere-se na capacidade e legitimidade de as gerações presentes imporem restrições a elas próprias e também aos futuros e potenciais membros de seu corpo social. O desenvolvimento institucional de restrições é necessário uma vez que não é possível contar apenas com a boa vontade da sociedade para assegurar que o meio ambiente será efetivamente resguardado para o futuro.

Em resposta a esse anseio por uma regulação do comportamento sob o ponto de vista intergeracional, o Direito produziu e vem produzindo alternativas, como, por exemplo, mecanismos de responsabilização por danos ambientais, restrições para construção de empreendimentos com base em avaliações de impacto, licenciamento etc. Dentre as restrições recentemente desenvolvidas a partir do paradigma jurídico, a limitação que mais chama atenção é a recente aplicação do princípio da vedação

do retrocesso em matéria urbanístico ambiental. Isso porque, o referido instrumento vem sendo utilizado para fins de fundamentar o controle de constitucionalidade da produção normativa e, portanto, a redução da capacidade deliberativa. Nesse sentido, ao intervir no funcionamento dos demais Poderes, a vedação do retrocesso se revela um importante argumento capaz de contribuir para a regulação na produção do espaço e na conservação dos recursos naturais. Todavia, para que tal restrição seja considerada legítima dentro de um paradigma democrático, acredita-se que alguns elementos devem necessariamente ser respeitados. É exatamente a compreensão dos limites, conteúdo e aplicação desse princípio que motivou a realização da presente pesquisa.

Para conduzir a análise em questão o trabalho foi dividido em três capítulos, seguidos de uma conclusão final que reúne os temas abordados.

Inicialmente, no primeiro capítulo são abordadas as questões relativas ao desenvolvimento e funcionamento de nossas instituições políticas contemporâneas sem, contudo, pretender realizar uma análise histórica profunda e detalhada. O objetivo é fornecer elementos para que seja possível compreender os fundamentos da crítica no que toca à intervenção dos instrumentos jurídicos no funcionamento das instituições democráticas.

Nesse sentido, busca-se demonstrar como as instituições políticas e jurídicas brasileiras contemporâneas aparentam ser insuficientes e incapazes de produzir soluções satisfatórias às demandas e anseios gerados. Somado a incapacidade para lidar com essa complexa sociedade, essas estruturas básicas (Rawls, 2008) foram moldadas à luz de uma matriz axiológica depredadora, incompatível com um modelo que preze pela manutenção dos recursos naturais. A carga iluminista, voltada para um anseio de progresso científico e social é uma marca quase que permanente e que, em significativo modo, não só vem orientando o comportamento da iniciativa privada, mas também o funcionamento das instituições públicas. Compreender a existência de um limite intrínseco, decorrente do modo e do momento em que as estruturas básicas da sociedade foram elaboradas, é fundamental para compreender que, ainda que se busque uma sociedade plural, produzida a partir da vontade popular, é inevitável que tais estruturas, em algum momento, sejam repensadas à luz de fundamentos que transcendam o iluminismo racionalista.

Compreende-se que a inclusão de elementos como a solidariedade e a responsabilidade intergeracional são fundamentais no processo de renovação dessas estruturas. Isso porque, das teorias clássicas que decorrem os princípios orientadores que moldaram os pilares de nosso corpo institucional contemporâneo (Hobbes, Locke, Rousseau etc.) a preocupação com a questão intergeracional é praticamente inexistente. Mesmo as teorias mais modernas – e.g., Rawls (2008) – são superficiais e também insuficientes para lidar com a complexidade ética e institucional do problema. Nesse sentido, mais do que simplesmente repensar as instituições à luz das novas demandas produzidas pela sociedade de risco (Beck, 2010), defendemos – tal como Barry (1991) – a necessidade de que essa revisão ocorra a partir de um novo paradigma ético. Faz-se necessário, portanto, superar a compreensão que detemos um direito de propriedade sobre o planeta. Em verdade, segundo o referido autor, os homens não passam de curadores temporários de seus recursos. Ocorre que, a despeito de muita teoria haver sido produzida sobre o tema, é importante ressaltar que esses elementos foram, e continuam sendo, relegados e pouco aproveitados pela sociedade, em especial no desenvolvimento político-institucional, através do tempo.

Apesar de compreender que a matriz rawlsiana (Rawls, 2008) mantém-se quase que essencialmente sobre um paradigma iluminista, e que sua proposta para resguardar as futuras gerações não é suficiente para atender a essa demanda, sustenta-se também que seu pensamento é a teoria contemporânea que mais se aproxima do que se pretende abordar e, portanto, merece ser estudada, ainda que de forma breve. Assim, questionamentos fundamentais são desenvolvidos pelo referido autor como, por exemplo, até que ponto a geração presente é obrigada a respeitar os direitos de suas sucessoras. Ou, ainda, até que ponto as gerações presentes estariam dispostas a sacrificar interesses presentes, poupando recursos (finitos), em detrimento das gerações futuras. Mesmo que parte das respostas não atinja as expectativas, há nelas fundamentos suficientes para compreender que deve existir um mínimo de responsabilidade intergeracional no momento da realização de cada escolha e, portanto, na assunção dos riscos, especialmente no que tange ao irreversível.

Apresentadas elucubrações teóricas a respeito dos modelos institucionais, o estudo é direcionado para uma breve menção ao modelo democrático ocidental, mas,

agora, compreendido à luz do Estado constitucional brasileiro. Isso porque, como sustentado ao longo de todo o trabalho, a democracia é um elemento chave, indispensável para qualquer solução institucional que se pretenda produzir. Dessa forma, ver-se-á que a Constituição Federal de 1988 expressamente prevê um novo agente a ser representado pelas ferramentas democráticas, isto é, as gerações futuras. Note, o próprio texto constitucional antevê a necessidade que o interesse intergeracional esteja presente sempre que a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado estiver em jogo. Isso significa dizer que, qualquer agente estatal se valendo da figura de representante popular deve responder às necessidades não só de seu eleitorado atual, mas também do que virá a existir. E quando se fala de agentes estatais exercendo a função de representação faz-se referência a todo e qualquer elemento inserido no corpo político, inclusive o próprio Poder Judiciário. Apesar de seus operadores não serem eleitos pelo sufrágio, suas ações estão imbuídas de legitimidade democrática exatamente por integrarem sistema institucional fundado à luz de uma Constituição democraticamente elaborada.

Contudo, mesmo defendendo que o elemento democrático é chave para sustentação de nossas instituições político-jurídicas, faz-se necessário compreender que essa alternativa também possui limitações intrínsecas e também associadas às formas desenvolvidas para sua operacionalização. Nesse sentido, buscar-se-á compreender que, sob a perspectiva política, a sustentabilidade das instituições democráticas será verificada quando o seu quadro institucional promover objetivos normativos e políticos desejáveis por aquele determinado corpo social. Assim, é necessário que as principais forças políticas estejam estruturalmente empenhadas para buscar atingir essas expectativas. Ocorre que, essa operação do sistema democrático não se dá de forma suficiente apenas através dos canais representativos. A multiplicidade de valores, que muitas vezes são conflituosos entre si, não encontra na representação um canal suficientemente largo para desenvolver-se. Portanto, como se observará ao longo do trabalho, a participação direta desses agentes no processo de produção das instituições políticas é fundamental para que essa efervescência de valores prospere produzindo o mínimo de efeitos conflitantes possíveis.

Além das inúmeras restrições inerentes ao processo de representação democrático, uma limitação intrínseca de significativa importância para o presente

estudo, trata-se da miopia democrática denominada por Thompson (2010), como “presentismo”. Isto é, como afirma o referido autor, há no sistema democrático uma espécie de distorção que limita a capacidade de o sistema produzir decisões cujas projeções materiais sejam verificadas em longo prazo. Portanto, haveria na democracia uma tendência às preferências urgentes e de cunho imediatista. Em matéria urbanístico-ambiental, debelar esse comportamento é fundamental para garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ou seja, um determinado sistema, sob essa perspectiva ambiental, não pode ignorar os riscos intergeracionais de suas ações tendo como base apenas necessidades estruturais. Nesse sentido, a indagação que se segue está focada em saber como é possível proteger os bens ambientais finitos de uma utilização que reduziria a autonomia deliberativa das gerações subsequentes. Como se apresentará adiante, a solução proposta por Thompson (2010), apesar de defender o projeto democrático, é essencialmente procedimental. Isso porque, o autor esbarra em determinados dilemas morais que o impediriam de formular restrições intergeracionais. Todavia, como se pretende apontar ao final da presente pesquisa, a verdadeira indagação moral que deve ser feita no âmbito da formulação de uma solução para o presente problema foi apresentada, a nosso ver, no âmbito da mencionada teoria desenvolvida por Rawls (2008).

Ainda que se defenda avidamente que a alternativa para a questão acima mencionada seja possível de ser identificada na democracia, existem teóricos que sustentam que as limitações naturais do referido sistema político o impedem de produzir uma resposta satisfatória aos anseios e problemáticas gerados pela sociedade de risco (Beck, 2010). Nesse sentido, serão abordadas essas vias alternativas defendidas por esses teóricos que, fundamentalmente concentram suas ideias em um retorno à aristocracia elitista de Platão. Ou seja, os autores redefinem valores iluministas, como, por exemplo, o ideal de liberdade, para – ao reduzir a autonomia deliberativa direta – impedir, por exemplo, a manifestação de tendências “presentistas”. Entretanto, ainda que se compreenda necessário que valores iluministas, como o individualismo hedonista exacerbado, sejam revistos e um novo paradigma ético seja estabelecido, não se vislumbra como esse sistema de divisão de poder político pode ser suficiente, já que, ao pretender solucionar a questão dos

avanços e retrocessos democráticos, abre a guarda para a manifestação de comportamentos igualmente indesejáveis, como, por exemplo, o autoritarismo.

Ao sustentar pela possibilidade de que as gerações futuras sejam resguardadas no ambiente democrático, no Capítulo 2 parte-se para o estudo de um possível elemento jurídico a ser utilizado como ferramenta para frear o dinamismo político aparentemente inerente da democracia, o princípio da vedação do retrocesso. Antes de adentrar na análise dessa construção principiológica eminentemente doutrinária, adota-se como marco científico para o presente trabalho, a Teoria da Restrição de Elster (2009). Apesar de pincelar os principais aspectos de toda a sua teoria, é quando o referido autor trata da sua aplicação no âmbito do Direito que sua formulação nos interessa. Nesse sentido, a produção teórica em questão aborda elementos essenciais que serviriam como fundamentos para legitimar eventuais restrições da autonomia deliberativa. Entende o autor que, quando as restrições (ou, instrumentos de pré-compromisso) são tidas como indesejáveis, elas não só podem ser compreendidas como uma produção autoritária, mas também ilegítima por parte daqueles que as desenvolveram. Dessa forma, compreender esse pressuposto preliminar para impor restrições à sociedade nos pareceu fundamental para entender até onde as ferramentas jurídicas podem ser valer dessa estratégia para lidar com o “presentismo” democrático.

Introduzido o elemento teórico central preliminar passa-se, em seguida, ao estudo da formulação jurídica do princípio em questão. Como primeiro passo para essa empreitada a condição de direito fundamental é analisada no âmbito do sistema jurídico brasileiro. Levantam-se, nesse momento, principais elementos que, para a doutrina, elevam o ambiente à condição de direito indispensável para a sociedade contemporânea. Ao final dessa análise, agregam-se ao presente trabalho dois estudos realizados por Marum (2002) e José Afonso da Silva (2007) sobre a aplicação do referido pressuposto para demonstrar como os Tribunais Superiores produzem interpretações das mais variadas com relação ao assunto desde a sua percepção como direito fundamental.

Em seguida, passa-se ao estudo da compreensão do conceito jurídico de mínimo existencial (social e ecológico). A referida análise faz-se necessária antes de abordar diretamente o princípio da vedação do retrocesso uma vez que, para muitos juristas, o entendimento acerca da definição do mínimo existencial é basilar para

delinear os limites associados à capacidade de impor restrições à autonomia deliberativa. Portanto, segundo esse entendimento doutrinário, haveria um núcleo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado que não poderia ser violado. Para esses autores essa estrutura impenetrável definiria o limite do retrocesso. Ocorre que, como se demonstrará adiante, nem todos os autores compreendem dessa forma, tampouco há qualquer consenso sobre a definição do conteúdo desse mínimo existencial. Como consequência dessa conceituação difusa, não só é possível encontrar interpretações teóricas das mais diversas – e antagônicas – como também, na aplicação prática – jurisprudencial – acaba-se verificando um amplo leque de posicionamentos.

Uma vez compreendidos os fundamentos conceituais do mínimo existencial, a próxima etapa é estudar o princípio da vedação do retrocesso, mas, primeiro, em sua aplicação na seara social. Examinar primeiro o referido princípio na esfera em questão faz sentido uma vez que foi no âmbito desse conjunto de direitos que, ao menos no cenário jurídico brasileiro, sua utilização foi verificada. Nesse momento, o debate acerca do conteúdo do princípio da vedação do retrocesso é novamente retomado e outros *standards* desenvolvidos por outros autores para definição e seus limites também são introduzidos. Sobre o assunto, merece destaque o posicionamento de Barcellos (2011) no qual o presente trabalho tende a se filiar especialmente no que tange à metodologia por ela desenvolvida para determinar a aplicação do princípio. Apesar de a referida autora tratar da sua utilização no âmbito dos direitos sociais, suas ponderações podem ser entendidas como uma regra geral a ser aplicada independentemente da esfera de direitos em que se direciona o princípio.

Analisados os referidos elementos jurídicos, passa-se a estudar a vedação do retrocesso sob a perspectiva ambiental. Nessa fase reuniu-se o mais amplo leque de posicionamentos doutrinários – que compreendem desde o posicionamento mais radical de Prieur (2012) até as considerações mais moderadas de Sarlet e Fensterseifer (2012b). Novamente, o elemento chave na discussão, a despeito das outras múltiplas contribuições teóricas, reside em compreender os limites do conteúdo do princípio em questão. A atribuição de determinar o que pode ou não ser considerado um retrocesso não só se apresenta como um ponto de significativo dissenso entre os autores, como também é responsável, segundo é defendido no presente trabalho, por formulações autoritárias justificadas implicitamente sob o

pretexto de que seriam traduções jurídicas dos valores sociais contemporâneos. O debate sobre a legitimidade da doutrina para definir restrições retoma as discussões do Capítulo 1, quando se afirma que a solução deve ser democrática, e também é objeto de análise no âmbito da conclusão do presente estudo. Ou seja, a legitimidade popular na formulação da restrição trata-se, sob a perspectiva pesquisada, de componente fundamental e indispensável.

Examinado o conteúdo teórico pertinente, a última parte do trabalho foi dedicada à análise da aplicação do referido princípio e, por conseguinte, das formulações doutrinárias apresentadas anteriormente. Inicialmente havíamos planejado conduzir a pesquisa apenas aos Tribunais Superiores. Todavia, a existência e apenas uma única manifestação sobre o tema nos fez ampliar o estudo para que fosse possível extrair um retrato mais preciso de sua aplicação pelo judiciário. Assim, a pesquisa jurisprudencial abrangeu significativa parte dos tribunais brasileiros. Isto é, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Federais Regionais (da 1ª a 5ª regiões) e os Tribunais de Justiça Estaduais, inclusive o Distrital. Acredita-se que a ausência de múltiplas decisões no âmbito dos Tribunais Superiores decorre do fato que a aplicação da vedação do retrocesso em matéria urbanístico-ambiental é um assunto recente, tanto para doutrina quanto para jurisprudência. Ressalte-se, ademais, que a pesquisa se limitou às ferramentas de busca de decisões disponibilizadas pelos próprios Tribunais. Ou seja, o acesso jurisprudencial atingido seria o equivalente ao de qualquer público interessado em conduzir estudo similar.

É curioso observar que, em uma primeira análise quantitativa dos dados coletados, a discussão sobre vedação do retrocesso aparenta estar essencialmente concentrada na Região Sudeste do país. Ou seja, nas áreas em que estão localizados biomas como o Cerrado ou a Amazônia a discussão judicial inexistente ou é incipiente ao ponto de sequer produzir orientações jurisprudenciais mínimas.

Para compreender a aplicação do princípio pelos Tribunais, o estudo da jurisprudência foi dividido em três etapas. Em um primeiro momento, são apresentados apenas os casos destacados – foram selecionadas 17% das decisões estudadas para serem apresentadas no texto –, destacando e, em alguns casos, transcrevendo os trechos dos julgados que se referiam à aplicação da vedação do retrocesso. Note que, tendo em vista a proporção do trabalho, a execução de recortes foi necessária. Logo, as decisões não se encontram em sua íntegra no presente texto.

Todavia, procurou-se realizar os recortes da maneira mais precisa possível, sempre buscando contextualizar a aplicação do instrumento a fim de evitar interpretações equivocadas ou tendenciosas sobre a orientação verificada em cada posicionamento jurisprudencial analisado. Cumpre destacar que, apesar de apresentar os argumentos de apenas um pequeno número de decisões examinadas, compõe como anexo ao presente trabalho a lista dos demais acórdãos que também foram estudados e fizeram parte da fundamentação de nossa pesquisa.

Na segunda etapa da análise jurisprudencial examinou-se a fundamentação utilizada pelos magistrados para justificar a aplicação da vedação do retrocesso em matéria urbanístico-ambiental sem relacionar diretamente com qualquer outro elemento doutrinário. Para realizar essa tarefa buscou-se agrupar as decisões com base nos principais argumentos identificados que sustentavam o posicionamento defendido nas decisões. Quando impossível, os julgados foram reunidos com base na pertinência temática identificada. Por meio dessa metodologia os principais fundamentos identificados foram (i) competência formal e material; (ii) promoção de saneamento básico; (iii) garantia da proteção já conquistada – progressividade da promoção de direitos; (iv) Reserva Legal e Unidades de Conservação; e, por último, (v) em isolado, em função da própria e exclusiva argumentação empregada, o único julgado identificado produzido pelo STJ. Esse segundo momento de análise tem como objetivo mapear as alternativas argumentativas exploradas pelos órgãos do Poder Judiciário. Somente após a identificação dos referidos pontos seria possível a verificar a relação entre os fundamentos desenvolvidos, a construção doutrinária e o posicionamento defendido no presente estudo.

Observe que, tanto nessa etapa quanto na seguinte da análise jurisprudencial as divisões realizadas têm finalidade exclusivamente didática e acadêmica. Portanto, não refletem a complexidade e os diversos argumentos enfrentados em cada um dos acórdãos analisados. Nesse sentido, a simplificação realizada tem como finalidade filtrar dos casos pesquisados apenas os elementos essenciais que fundamentaram a aplicação do retrocesso sem, como afirmado anteriormente, descontextualizá-los. Assim, a despeito das alocações realizadas compreende-se ser possível identificar, em alguns dos casos, uma convergência entre os vários argumentos utilizados. As divisões realizadas tiveram como base a predominância do argumento identificado. Portanto, tem-se plena ciência e compreensão que o fundamento destacado para

cada uma das decisões não é único, e algumas vezes, tampouco é a principal sustentação do acórdão. Entretanto, para fins da pesquisa em questão, a seleção dos argumentos respeitou o grau de pertinência apenas no que tange à aplicação da vedação do retrocesso.

Destacados os fundamentos aplicados em cada uma das decisões analisadas, o passo seguinte da pesquisa jurisprudencial se deu por meio do cotejo entre o posicionamento identificado nos acórdãos e as construções doutrinárias. Cumpre observar que se incluiu ainda nesse momento, o posicionamento defendido nesse trabalho sobre as orientações verificadas nos acórdãos. Para realização dessa terceira etapa os julgados foram novamente divididos. Dessa vez, em três grupos. O primeiro reuniu todas as decisões que, majoritariamente, fundamentaram suas orientações por meio do uso do texto constitucional. Em seguida, foram agrupadas as decisões que lastrearam seu posicionamento a partir de elementos essencialmente doutrinários. Em último lugar, reuniram-se os acórdãos que tiveram sua orientação definida principalmente com base em sustentações próprias. O objetivo é verificar o grau de independência e compatibilidade argumentativa entre a doutrina e o judiciário. Buscou-se identificar o quanto cada um influenciou o outro no delineamento do conteúdo do princípio da vedação do retrocesso. O posicionamento crítico defendido pelo presente trabalho também é apresentado, em especial, no tange à ausência de legitimidade democrática para a definição do conteúdo do referido princípio.

Por fim, espera-se que, a partir da reunião dos elementos teóricos e jurisprudenciais estudados, seja possível fornecer um retrato da atual aplicação do princípio da vedação do retrocesso em matéria urbanístico-ambiental no sistema jurídico brasileiro. Adicionalmente, aos demais operadores do Direito, espera-se iluminar para a necessidade de que as formulações jurídicas, para que sejam legítimas sob o modelo democrático, não sejam desenvolvidas isoladas da necessária interação popular.

1. O MODELO DEMOCRÁTICO OCIDENTAL CONTEMPORÂNEO E SUAS LIMITAÇÕES

1.1. Breves comentários sobre a construção das instituições político-econômicas contemporâneas

Sob a perspectiva ambiental, nossas instituições políticas e jurídicas contemporâneas demonstram-se insuficientes não só porque seus institutos não conseguem responder de forma satisfatória às demandas geradas, mas também porque suas estruturas foram pensadas e erigidas a partir de uma matriz axiológica depredadora, incompatível com um paradigma conservacionista do planeta (Ophuls, 2011). Apesar de considerarmos que parte dos argumentos de Ophuls está lastreada por provocações extremistas, importante refletir que, a despeito dessa opção retórica, parte do entendimento sobre a construção das instituições políticas modernas merece atenção. Portanto, para fins de construção da nossa percepção sobre os limites dessas instituições, adotaremos o recorte histórico-teórico definido por Ophuls em *Requiem for Modern Politics: The tragedy of the Enlightenment and the Challenge of the New Millennium*, 1997. O referido autor se utiliza desse recorte para dar continuidade ao raciocínio que vinha trabalhando desde 1977, em *Ecology and the Politics of Scarcity*.

Todavia, antes de entrar nessa análise acerca da construção de nossas instituições políticas, cumpre ressaltar que o presente trabalho não tem como objetivo analisar historicamente de forma profunda e detalhada o processo de construção dessas instituições. Nossa função primária nesse debate é, apenas, trazer elementos específicos, identificados no desenvolvimento do pensamento político moderno, que fundamentem nossa argumentação acerca da limitação instrumental e valorativa dessas instituições para lidar com demandas de natureza ambiental, especialmente no que tange a perspectiva intergeracional.

Assim, apesar de as fundações do pensamento político moderno serem identificadas historicamente desde o início do período renascentista (Skinner, 2009), nossa análise tem seu foco inicial a partir do olhar hobbesiano sobre a política. O primeiro grande passo dado por Hobbes para a construção de nossas instituições atuais foi separar a política de sua vocação moral. Em outras palavras, o autor do

Leviatã propõe que seja dado aos homens e mulheres liberdade para que eles possam perseguir sua própria felicidade. Para subsidiar essa visão, Hobbes se distancia, ainda, da visão tradicional do homem como sendo um ser naturalmente social, para perceber esses indivíduos por meio de uma matriz individualista antropocêntrica que, por sua vez, foi culturalmente endossada à época (Hobbes, 1991). É, então, a partir dessa liberação da política por Hobbes, que os paradigmas liberais foram, então, projetados e desenvolvidos com intensidade (Ophuls, 1997).

O passo seguinte foi o processo de lapidação dessa visão contratualista por John Locke. Sob uma perspectiva mais moderada, Locke (2006) afasta a concepção extremista de Hobbes e constrói uma visão do estado de natureza mais amena – lastreada sob sua visão da América – em que o Leviatã não deveria ser uma força implacável, mas sim um forte vigia limitado a intervir para equilibrar as relações entre as partes e manter a paz¹. Apesar de Locke haver introduzido elementos no processo de constituição do pacto contratualista que subsidiavam a possibilidade de a sociedade civil escolher suas estruturas políticas de poder, é a partir dos desdobramentos políticos e econômicos de sua teoria sobre a propriedade privada que focamos a análise. Nesse sentido, para Locke, – simplificadamente – homens e mulheres criam propriedade privada a partir do momento que investem energia (trabalho) em algo que ainda não teria sido previamente reclamado por alguém (2006). Uma vez apropriado, esse bem é transmitido entre as gerações subsequentes e caberá ao Estado o dever de preservá-lo (*Government has no other end, but the preservation of property*)². Segundo Ophuls (1997), Locke faz da propriedade privada um dominante princípio político que lastreará o desenvolvimento da ordem capitalista.

Em seguida, Ophuls (1997) compreende que a revolução da economia política introduzida por Hobbes e lapidada por Locke encontra seu ápice com a publicação de *A riqueza das Nações*, em 1776, por Adam Smith. Apesar de o conceito acerca da “mão invisível”, introduzido pelo referido autor, ser amplamente conhecido cumpre destacar que é a partir da sua perspectiva individualista acerca das relações entre os homens que nos chama atenção. Smith (apud Ophuls, 1997) agrega aos valores de

¹ Note que ao construir sua percepção própria sobre o estado de natureza a partir do processo de tomada da América do Norte por parte dos europeus, Locke serviu para legitimar a usurpação e escravidão conduzidas nas terras norte-americanas.

² Para Locke, a propriedade privada ganha uma dimensão tão profunda que a condição de proprietário é tida sinônimo de cidadão, restringindo a participação nos negócios públicos aos detentores de propriedade. Tornando, na prática, a riqueza condição para participação popular na coisa pública.

propriedade e liberdade a possibilidade de homens e mulheres perseguirem seus próprios interesses econômicos, induzindo a atuação do Poder Público sob um viés cooperativo e não dominador sobre a economia. Segundo Ophuls (1997), a utilização dos conceitos trabalhados por Smith para justificar a ganância e acumulação desmedidas seria um equívoco. O autor afirma que Smith previra em seus trabalhos que – tal como no pensamento de Locke – caberia à sociedade civil, através de uma percepção moral própria, manter interesses econômicos individualistas restritos a uma dimensão apropriada.

Esses elementos construídos a partir do iluminismo consubstanciarão a construção de um modelo ético comportamental, calcado na perspectiva racional individualista, objeto de análise por Weber (1995), que conferirá legitimidade para a adoção do comportamento materialista antropocêntrico contemporaneamente verificado. Esse modelo político econômico burguês de exploração do homem e do espaço, todavia, é objeto de sua mais contundente crítica a partir de sua interpretação marxista. Karl Marx (apud Ophuls, 1997), apesar de dar continuidade a uma análise sob um viés racional, adotando pressupostos do próprio modelo liberal burguês para criticá-lo, encontra – para fins do presente trabalho – respaldo quando identifica que esse novo modelo, em verdade, foi responsável pela substituição do modelo de monarquias absolutistas para a imposição de uma tirania da propriedade privada (Ophuls, 1997).

Nesse sentido, ao promover o enriquecimento e empoderamento de uma classe específica, o capitalismo, através do mercado, transformou homens, mulheres e a própria natureza em *commodities*. Nesse momento, a visão acerca da liberdade liberal burguesa entra em cenário de forma contundente ao expor os não proprietários a uma condição de extrema vulnerabilidade a qual anteriormente, ao menos de forma geral, não estavam submetidos (Ophuls, 1997). A resposta apresentada por Marx, nesse caso, é a propriedade universal. Uma vez que a igualdade não pode ser obtida através do livre mercado ou por meio da reforma política promovida pela burguesia, Marx entende que somente seria possível atingir essa equidade quando as economias fossem coletivamente possuídas pelos indivíduos. Apesar de discordarmos da perspectiva radical e exagerada de Ophuls (1997) no que tange o trabalho de Marx – ao afirmar que ele estaria buscando um retorno a uma perspectiva religiosa acerca de suas formulações – fato é que não podemos desconsiderar que o referido autor, em

sua resposta, confere força novamente a elementos iluministas – que entendemos contraditórios e limitadores, se analisados por um viés intergeracional (e.g., individualismo, o materialismo, o hedonismo).

A despeito dessa perspectiva bem reducionista e simplificada que adotamos ao trabalhar a composição marxista, nosso foco ao trazer esse tema para análise se concentra apenas no entendimento que, independentemente da alternativa apresentada por Marx para contrapor as desigualdades e injustiças perpetradas pelo modelo liberal burguês, sob um olhar intergeracional, a alternativa inicialmente proposta estava calcada em valores iluministas que, hoje, não são suficientes para lidar com o grau de complexidade da sociedade contemporânea, especialmente no que toca à utilização dos recursos naturais.

A partir da breve e pouco pretensiosa análise acerca do processo histórico de elaboração dos referidos conceitos que hoje ainda compreendem boa parte do sustentáculo teórico que lastreia nossas instituições político-econômicas, é possível identificar semelhanças e incongruências entre os vários modelos. O ponto de encontro a ser destacado no presente trabalho e identificado por Ophuls (1997) está contido na relação que, em maior ou menor medida, todos os referidos conceitos possuem com a natureza. É possível extrair que nos sistemas estudados há uma compreensão de que os recursos naturais são ilimitados e é a partir, dentre outros, do que o referido autor chama de ‘cornucópia da natureza’ que se espera produzir riqueza em abundância. Como veremos mais adiante, uma percepção sobre a disponibilidade limitada desses bens na formulação de um comportamento institucional justo encontrará respaldo de forma mais significativa a partir da formulação da teoria de justiça de Rawls (2008; 2011). Contudo, como analisaremos adiante, o referido autor não confere adequada atenção à natureza específica dos bens ambientais.

Esses e outros vários conceitos construídos sob um *standard* iluminista lastrearam e continuam a fundamentar nossas estruturas político-econômicas. Ocorre que, como sustentamos, esse paradigma racionalista não mais encontra envergadura teórica suficiente para garantir de forma satisfatória as demandas da sociedade contemporânea. Desse modo, sua manutenção hegemônica tem como uma de suas principais consequências legitimar a predominância de determinados interesses em detrimento dos valores que não estão inseridos nas referidas estruturas. Como resultado, além da exclusão de parte significativa dos interesses não contemplados

por esses institutos, evidenciamos uma crescente perda de credibilidade da sociedade em relação a essas estruturas políticas. Como veremos mais adiante, em resposta a esse hiato de representação, desde a década de 70 é possível identificar a formulação de alternativas que, de forma desesperada, atacam o modo de governo – democracia – e não os instrumentos embebidos de valores os quais entendem incompatíveis (Shearman; Smith, 2007; Ophuls, 2011; Westra, 1998).

Como desenvolveremos ao longo desse trabalho, faz-se necessário dissociar o modelo de governo (democrático) dos mecanismos que foram desenvolvidos para sua implementação. A história dos modelos democráticos nos revela como sua apropriação pode ser utilizada para as mais diversas finalidades com a obtenção dos mais opostos resultados (Isakhan; Stockwell, 2011). O resultado dessa afirmativa é que o modelo de governo adotado pode ser apropriado por valores – como é o caso – que não são suficientes para responder aos anseios de uma determinada sociedade, contudo essa limitação não o faz incompatível com outros interesses que se pretenda defender ou preservar. Portanto, a democracia não é um instrumento que, por natureza, tem a função de manter determinados grupos no poder e cultivar seus respectivos interesses. Nesse sentido, como veremos adiante, o objetivo de eventuais reformas políticas não deve ter como alvo o modelo democrático, mas sim as estruturas criadas – e legitimadas pelo referido modelo – que, imbuídas pelos valores que entendemos incompatíveis, servem para garantir o interesse apenas de parte do corpo social.

Tendo em vista que a perspectiva iluminista está completamente agregada às nossas instituições político-econômicas e que é impossível substituir tais estruturas de forma imediata, faz-se necessário que os mecanismos de implementação do modelo democrático sejam revistos para que, imbuídos de novas compreensões, sejam capazes de refletir os anseios de grupos anteriormente marginalizados quase que por completo da produção dessas instituições. Assim, mais do que propor novos mecanismos, cumpre reinterpretarmos os já existentes e conferi-los os valores morais que almejamos. A partir daí, considerando suas limitações, implementar mudanças nas formas de operacionalização da democracia. Ocorre que, não podemos acreditar que tais alterações partirão de um surto altruísta por parte da sociedade contemporânea. Nesse sentido, pensar modulações na materialização do sistema

democrático significa elaborar mecanismos indutores capazes de provocar ações que atinjam os objetivos esperados.

1.2. Os limites dos valores iluministas e a perspectiva intergeracional na Constituição Federal de 1988

Segundo Barry (1991), as teorias hobbesiana, lockeana e rosseauiana conferem apenas a mais tênue e contingente segurança aos interesses das futuras gerações. Afirma, ainda, que, mesmo a teoria de justiça de Rawls (2008; 2011), não seria suficiente para lidar com questão ética intergeracional. Nesse sentido, ao contrário do que afirma Passmore (1974), Barry entende ser necessária uma 'nova ética'. Segundo o referido autor, essa ética deve incluir, no mínimo, a noção de que os que estão vivos, a qualquer momento, são curadores do planeta, e devem transmiti-lo em condição não inferior do que lhes foi entregue³. Nesse sentido, apesar de ser possível extrair das formulações morais e éticas alguns elementos que sirvam para construir uma perspectiva intergeracional inclusiva, como afirma Passmore (1974), fato é que esses elementos foram relegados e pouco aproveitados ao longo da história.

Essa compreensão que Barry (1991) esboça no sentido de orientar uma formulação sobre uma nova ética que compreenda a complexidade de uma moralidade intergeracional é possível de ser extraída do ordenamento jurídico brasileiro, em especial, do artigo 225 da Constituição Federal de 1988⁴. Para tanto, dividimos e analisamos o referido dispositivo em três momentos. Em seu primeiro trecho – *todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado* –, o constituinte originário introduz ao ordenamento jurídico brasileiro um determinado direito e também define quais são os cidadãos que estão inseridos como detentores desse direito. Ocorre que, em parte seguinte – *bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida* –, o constituinte define o conteúdo e a natureza desse direito. Ao final, em seu último trecho – *impondo-se ao Poder Público e à coletividade*

³ (...) should surely as a minimum include the notion that those alive at any time are custodians rather than owners of the planet, and ought to pass it on in at least no worse shape than they found it in. (grifos nossos) (p. 258).

⁴ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações –, o texto constitucional revela não só a existência de um dever (intrinsecamente associado a esse direito), mas também define quem são “todos” esses potenciais sujeitos detentores de um direito subjetivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nesse sentido, ao afirmar que “todos” *têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, o constituinte originário erige a condição de sujeito de direito todos os potenciais cidadãos brasileiros, a despeito do momento temporal. É possível compreender que a palavra ‘todos’ inclui uma percepção intergeracional do direito ao meio ambiente na medida em que no trecho final do referido artigo o constituinte qualifica esses agentes. Em primeiro lugar, o texto constitucional *impõe* aos atores do presente uma determina obrigação, um dever, qual seja, de *defender e preservar*. A imposição de uma obrigação apenas àqueles que estão jungidos ao tempo presente decorre do fato de que o próprio sistema jurídico compreende sua limitação temporal para com a possibilidade de compelir os agentes a cumprirem seus mandamentos. Por essa razão que o texto constitucional desdobra o direito-dever ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em dois momentos. Ou seja, para diferenciar os atores relevantes em cada um dos momentos. Afinal, incluir ‘todos’, indiscriminadamente, na tarefa de defender e preservar seria exigir que o futuro fosse capaz de intervir no presente. No momento seguinte, o constituinte originário não só indica os destinatários dessa proteção (presentes e futuras gerações), mas também termina de definir quais atores compreendem o conjunto ‘todos’ – primeira palavra que introduz o *caput* do referido artigo.

Portanto, a despeito de estarmos mergulhados em instituições que foram erigidas a partir de valores iluministas, racionais, eurocêntricos – como apresentamos anteriormente –, é possível extrair interpretações e, a partir delas, construir decisões que espelhem interesses e vontades contemporâneas. Ocorre que, não é possível deixar de lado a existência de uma evidente limitação nos mecanismos previstos para essas estruturas para lidar com interesses contemporâneos que jamais passaram perto de serem avaliados e considerados quando da fundação dessas estruturas (e.g. feminismo, ambiente, biotecnologia, etc.) (Livingston, 2002). Como consequência, em um primeiro momento, há que se trabalhar com uma adaptação dessas estruturas – como estamos propondo – para incutir nelas valores outros. Mas, em um segundo momento, acreditamos que sua manutenção – ainda que modulada a partir da

inserção de novos valores – não será suficiente para lidar com novos processos societários. Essa última afirmação é corroborada pelos ensinamentos de Beck (1995) no que se refere como irresponsabilidade organizada. Nossas instituições foram organizadas – e continuam se transformando nesse mesmo sentido – de modo a permitir uma ilimitada exploração do risco abstrato, que é conjugada por uma ausência de compreensão por parte desses agentes dos infinitos desdobramentos associados às possíveis contingências decorrentes desse risco. Dessa forma, nossas instituições – atualmente – não só permitem, como em alguns casos, incentivam e legitimam voluntariamente a atuação dos mais variados agentes no sentido de ocultar origem, proporção e, inclusive, os efeitos decorrentes desses processos. Em outras palavras, há mais que o reconhecimento da impotência do Estado em lidar com o risco gerado a partir da exploração, por exemplo, de tecnologias – como o pré-sal, *fracking* etc. – que não detemos completo conhecimento, muito menos controle sobre seus desdobramentos. Assim, o acaba sendo utilizado como instrumento de legitimação do próprio risco, uma vez que define em até que medida é possível aceitá-lo, a despeito de possuímos meios para lidar com suas contingências. No Brasil o exemplo mais evidente na área ambiental é o desenvolvimento e cultivo de organismos geneticamente modificados.

Assim sendo, nossa compreensão é de que as gerações futuras não são meras destinatárias de um poder-dever constitucionalmente definido (Machado, 2005), mas sim agentes detentores de direitos que, por razões temporais, não estão aptos a defender seus interesses e, portanto, dependem de terceiros para fazê-lo. A despeito de uma possível discussão acerca da possibilidade de se conferir direitos a um agente que ainda não existe, para fins do presente trabalho, resgatamos a acepção de “geração” no mesmo sentido utilizado por Barry (1991), ou seja, que se trata de uma abstração decorrente de um processo contínuo de ‘reposição’ da população. Essa definição é necessária, pois, apesar de óbvia, a compreensão de que uma geração não se esgota para que outra possa tomar seu lugar é fundamental para perceber que a figura criada pelo constituinte (futuras gerações) não está tratando, a nosso ver, de um grupo distante e longínquo que não pode ser acessado, mas sim de qualquer sujeito que, por circunstâncias temporais, não detenha meios para expressar sua vontade. Em outras palavras, através dessa definição é possível pensarmos gerações subsequentes imediatas – como assim faz Rawls (2008) – ou grupos ainda mais

distantes. Essa percepção temporal ampla também é um fator importante na construção desse raciocínio, pois, tal como afirma Barry (1991), a despeito do que sugere Rawls (2008), pensar a questão intergeracional apenas tendo em mente as gerações imediatas não seria suficiente para responder aos problemas gerados a partir, por exemplo, de decisões cujos efeitos se manifestariam em prazo indeterminado no futuro.

Assim sendo, a coletividade futura, tendo em vista a significativa disparidade de poder entre as gerações (Barry, 1991), é percebida pelo constituinte originário como equiparada a um agente absolutamente incapaz (art. 3º, do Código Civil brasileiro)⁵. Isto é, dotada da faculdade de perceber direitos, a geração futura, para que tenha a referida garantia garantida, encontra-se dependente de um agente terceiro, que, nesse caso, é a coletividade presente – percebida no artigo 225 do texto constitucional como ‘Poder Público’ e ‘coletividade’. Portanto, a partir do mencionado artigo é possível extrair o dever fundamental de a geração presente tratar “dos bens e negócios daqueles que estão incapacitados de fazer” no que se refere, ao menos, aos assuntos de natureza ambiental, para nos restringirmos a uma interpretação estritamente positivista. Ocorre que, como veremos adiante, para que essa curadoria a ser exercida pelas presentes gerações cumpra o seu papel constitucionalmente definido, será preciso que sua atuação seja verificada a partir de uma matriz um pouco mais ampla. Isso ocorre em função da complexidade gerada a partir das ações produzidas pela sociedade contemporânea (Luhmann, 1983). A partir desse cenário de risco e imprevisão, entendemos que a única forma que garantir esse direito será por meio da adoção de ações que resguardem não só o processo democrático, como afirma Thompson (2010), mas que vá além, e resguarde a própria autonomia deliberativa desses grupos, que, por sua vez, pode ser entendida como a garantia de uma reserva de decisão.

Em outras palavras, não basta a existência de valores e estruturas que permitam o acesso ao ambiente deliberativo (Foti; Silva; McGray; Shaffer; Talbot; Werksman, 2008), tampouco a presença de condições para criação de situações

⁵ Ainda que a referência ao direito civil seja capaz de esboçar a condição das gerações futuras em um cenário deliberativo e o papel das gerações presentes no âmbito da gestão dos referidos interesses, cumpre ressaltar que essa alusão não é suficiente para tratar de forma integral a complexidade dessa interação intergeracional. A utilização do conceito civilista tem como finalidade apenas adotar um referencial jurídico típico para a identificação da condição semelhante a qual as gerações futuras estão submetidas.

ideais de fala (Habermas, 1989). Faz-se necessário que se garanta a existência de uma margem de conteúdo a ser deliberado. Afinal, pouco adiantaria um cenário de pleno empoderamento popular amplo e inclusivo se, por exemplo, um determinado bioma estiver sido completamente extinto. Tem-se, portanto, a necessidade de imprimir restrições à capacidade deliberativa das gerações presentes com o intuito de restringir não só garantias consideradas invioláveis pelas gerações atuais, mas também para impedir que injustiças intergeracionais sejam perpetradas. Todavia, sob o ponto de vista do presente trabalho, cumpre mencionar que tais escolhas e/ou restrições necessariamente devem se dar a partir de condições democráticas, razão pela qual nos dedicamos a análise desse modo de governo.

Partindo, então, da premissa de que nosso sistema de direitos trata-se em verdade de uma construção calcada sob uma perspectiva antropocêntrica e individualista, as gerações presentes – percebidas através de suas respectivas coletividades – estão submetidas, portanto, a uma dupla condição, no que se toca à apropriação do planeta e de seus recursos naturais. Ou seja, diferentemente do que afirma Barry (1991) e Thompson (2010), acreditamos que, tendo como objeto de análise o atual sistema jurídico brasileiro, estruturado a partir da Constituição Federal de 1988, as presentes gerações não podem ser compreendidas apenas como curadores, seja dos recursos naturais (*custodian*; Barry, 1991), seja do processo democrático (*trustee*; Thompson, 2010). Isso porque, ao decidir sobre uma determinada demanda ambiental, a coletividade, ao menos em tese, atuaria representando as gerações futuras e, ao mesmo tempo, ‘presentando’ seus próprios interesses. Em outras palavras, somos simultaneamente beneficiários e curadores de direitos e deveres que, em não raras ocasiões, entrarão em conflito. Ignorar essa condição dupla a qual estamos inseridos, como implicitamente faz Barry e Thompson, não afasta a necessidade de lidar com situações em que há um potencial conflito de interesses e, simultaneamente, uma incrível disparidade de poder entre as partes envolvidas.

Nesse cenário, em que as próprias gerações presentes são os potenciais agentes reguladores dessa relação intertemporal, é que mecanismos de controle e manutenção do estado democrático (sob uma perspectiva intergeracional), devem ser inseridos. Rendermo-nos, portanto, a uma condição meramente altruísta para servir de estímulo às presentes gerações para que limitem sua própria autonomia em

benefício de outros agentes futuros que sequer terão qualquer tipo de contato não é uma opção razoável e suficiente para responder a presente questão. Nessa relação de extrema disparidade de poder, como afirma Barry (1991), a única opção de defesa por parte das futuras gerações seria uma punição moral *a posteriori*, que pouco efeito teria para impedir atuações das gerações passadas.

Como veremos a seguir, Rawls (2008; 2011), através da posição original, buscará criar um mecanismo propulsor para criação de estruturas básicas da sociedade que não dependa exclusivamente de uma percepção altruística da geração presente para que distribua os bens primários disponíveis de forma justa. Ocorre que, quando trata dessa relação sob o prisma intergeracional, o referido é insuficiente em dar uma resposta satisfatória, remanescendo exposta a necessidade de se refletir sobre a presente questão. Contudo, a construção rawlsiana sobre o problema intergeracional de justiça, a despeito da sua mencionada insuficiência e, apesar de ainda estar associada a um paradigma estritamente racional iluminista, não pode ser desconsiderada para a análise pretendida no presente trabalho e em muito pode agregar no que se refere à legitimação da aplicação da teoria da restrição de (Elster, 2009).

1.3. O problema da justiça entre gerações para Rawls

Apesar de concordarmos com Barry (1991), quando este afirma que a concepção de justiça intergeracional de Rawls não é suficiente para lidar de forma apropriada com a questão, não podemos deixar de analisar de forma um pouco mais detida as observações do referido autor sobre o tema. Isso porque, um dos instrumentos balizadores utilizados por Rawls para responder à questão, qual seja, o princípio da diferença. Ainda que adotemos um Estado democrático intergeracional, capaz de perceber, através do tempo, os limites e responsabilidade das ações adotadas no tempo presente, é a partir de uma interpretação do referido princípio que encontraremos uma justificativa legítima para adotar ou não determinada escolha pública.

Dessa forma, retomando o raciocínio que vem sendo construído, ao pensarmos a necessidade de considerar as futuras gerações, parte-se do pressuposto que é dever da sociedade presente respeitar e garantir os direitos das gerações sucessoras

(Howarth, 1992). Todavia, como aponta Rawls (2008), o momento de complicação é verificado quando se questiona *até que ponto a geração presente é obrigada a respeitar os direitos de suas sucessoras*. Para trabalhar essa espécie de “mínimo intergeracional”, Rawls (2008) explica que, segundo o bom senso, esse mínimo poderia estar associado ao grau de riqueza da sociedade e às suas expectativas costumeiras. Contudo, como o próprio autor refuta de imediato, esses parâmetros não seriam suficientemente elucidativos, eis que (i) não explicam como esse mínimo dependeria da riqueza social, e (ii) não oferecem critérios para definir o que seriam expectativas costumeiras.

Rawls (2008) defende que, aceito o princípio da diferença, *deve-se estabelecer o mínimo no ponto em que, levando-se em conta os salários, maximize as expectativas do grupo menos favorecidos*. Dessa forma a expectativa adequada na aplicação do princípio da diferença estaria ligada à extensão às gerações futuras – no longo prazo – das perspectivas dos menos favorecidos. Em outras palavras, as gerações presentes devem estar preparadas para poupar. Essa poupança pode assumir várias formas que, segundo Rawls (2008), variam desde investimento líquido em máquinas até na escolarização e na educação e, supõe o autor, estaria orientado por um *princípio justo de poupança*.

O autor acredita na impossibilidade de se definir – abstratamente – os limites acerca de uma taxa de poupança. Todavia essa impossibilidade não impede que algumas restrições éticas sejam formuladas (Rawls, 2008). Nesse sentido, afasta-se a hipótese de utilização de critérios utilitaristas já que, segundo o autor, *a doutrina utilitarista pode nos levar a exigir grandes sacrifícios das gerações mais pobres em nome de maiores vantagens para gerações posteriores que estarão em situação muito melhor* (Rawls, 2008). Por outro lado, sob a ótica da doutrina contratualista, Rawls (2008) entende que o problema deve ser avaliado através da posição original e da adoção de um *princípio de poupança apropriado*. Assim, o autor propõe uma modulação da sua teoria para incluir a perspectiva intergeracional na concepção de justiça formulada, já que como ele próprio afirma, o princípio da diferença seria, na melhor das hipóteses, insuficiente para promover um taxa de poupança adequada.

Ao analisar o problema da poupança sob o véu da ignorância, Rawls (2008) afirma que apesar de as partes não saberem a que geração pertencem, a interpretação da posição original realizada – no §24 de *Uma Teoria da Justiça* –

considera como se esta fosse adotada no momento presente, ou seja, as partes sabem que são contemporâneas e, dessa forma, não haveria motivo para que concordassem em realizar qualquer tipo de poupança. Para conter esse comportamento sem alterar as premissas consideradas para construção da posição original, Rawls (2008) faz duas importantes suposições: (i) que as partes – na posição original – representam linhagens familiares (ou seja, se preocupam com seus descendentes imediatos, ao menos); e (ii) que o princípio adotado deve ser tal que elas gostariam que as gerações anteriores o tivessem adotado. Através dessa modulação, seria, portanto, segundo o autor, possível vincular o comportamento das partes na posição original para que estas observem os interesses das gerações futuras à luz de um princípio de poupança.

Considerando que as gerações futuras estão virtualmente representadas na posição original (Rawls, 2008), o interesse a ser preservado – que seria o mesmo para todas as gerações – é o de instituir e manter – entre as infinitas gerações – as condições para uma sociedade justa. Desse modo, com o tempo a acumulação líquida, para Rawls (2008), cairia para zero, já que as instituições já estariam estabelecidas e todas as liberdades fundamentais estariam plenamente instituídas. Em outras palavras, a exigência da poupança seria uma condição para a realização plena (leia-se, intergeracional) de instituições justas e das liberdades iguais.

Para concluir seu raciocínio acerca do princípio da poupança, Rawls (2008) busca combiná-lo com os outros dois princípios de justiça. Para tanto, o autor entende que o referido princípio servirá de limitador da aplicação do princípio da diferença, eis que o princípio da poupança seria definido a partir do ponto de vista dos menos favorecidos de cada geração⁶ e que são os indivíduos representativos desse grupo que, ao longo do tempo e por meio de ajustes virtuais, devem especificar a taxa de acumulação.

Mesmo se utilizando de uma modulação em sua teoria, Rawls (2008) não aborda diretamente os problemas associados à justiça ambiental, mesmo quando trata do problema da justiça entre gerações. Dessa forma, há uma crítica ao modelo

⁶ Rawls lembra, ainda, que não é preciso que os menos favorecidos participem ativamente no processo de investimento. Sua participação poderia consistir, por exemplo, em conferir aprovação aos arranjos econômicos e de outros tipos necessários à acumulação adequada.

rawlsiano que propõe a inclusão de uma perspectiva ambiental no conteúdo dos bens primários⁷ que o autor pretende distribuir de forma justa em sua teoria (Felipe, 2006)⁸.

Deste modo, considerando a necessidade de incluir um viés ambiental na conceituação dos bens primários, essa perspectiva, como formula Manning (1981), deve ser considerada quando da elaboração dos princípios de justiça na posição originária. Apesar das demais modulações realizadas na teoria de Rawls (2008) como o fazem, por exemplo, Felipe (2006) e Abplanalp (2010), na tentativa de despir a visão antropocêntrica das instituições construídas pelo referido autor, o presente trabalho preocupa-se apenas com a necessidade de tratamento singular para os bens primários (ambientais) quando da posição original, à luz da preocupação intergeracional.

Como afirma Rawls (2008), o princípio da poupança, apesar de servir de limitador do princípio da diferença, é posicionado após os dois princípios de justiça. Ocorre que, se o aspecto intergeracional for considerado à luz da infungibilidade dos bens ambientais, pensar em poupança apenas em seu aspecto quantitativo significaria afastar o necessário caráter qualitativo contido em cada bem ambiental especificamente considerado. Partindo da premissa que as partes na posição original desconhecem o grau de conhecimento que possuem sobre os bens ambientais (já que desconhecem o momento civilizacional que ocupam) e o potencial que tais bens podem produzir para suas gerações e para as gerações futuras, faz-se necessário pensar em princípios que conduzam a sociedade não só a poupar, mas também a se preocupar com a forma e o conteúdo da poupança. Isso porque, como afirma Manning (1981), é dever das instituições básicas da sociedade controlar o impacto do consumo dos bens naturais ambientais pela geração presente. Esse manejo é necessário, pois sem ele – em determinadas circunstâncias – a economia proporcionada pelo princípio da poupança justa seria insuficiente para atingir seu objetivo principal, qual seja,

⁷ Rawls trabalha com um conjunto limitado de bens a serem distribuídos. Todavia, esses bens – sob a ótica ambiental – precisam ser avaliados não só quantitativamente, mas qualitativamente, já que podem estar associados benefícios/prejuízos de maior ou menor intensidade dependendo de como/quando/se são aproveitados.

⁸ Felipe, ao propor um quarto conceito de bem primário, o *bem natural ambiental*, explica que este não seria suficiente se essa nova conceituação (i) não se despidesse de um caráter utilitário acerca dos bens ambientais, e se (ii) continuasse enxergando tais bens de forma generalizada, deixando de incluir na composição do conceito a característica de infungibilidade dos bens ambientais, que como os demais bens são limitados.

instituir e manter em equilíbrio instituições justas e instituir as liberdades fundamentais de forma plena.

Partindo do pressuposto acima apresentado – i.e., do dever de conter os impactos decorrentes do consumo de bens ambientais por parte das instituições básicas da sociedade –, entende-se que esse controle atingirá seu objetivo somente se for realizado por meio de uma percepção qualitativa dos bens ambientais. Essa necessidade está associada, como já afirmado, à possibilidade de irreversibilidade do impacto causado por determinada escolha pública, que, por sua vez, poderá impedir a fruição por parte das gerações futuras de determinados bens ambientais. Reduzir – ao longo do tempo⁹ – o acesso a determinados bens ambientais e, por conseguinte, limitar o acesso às oportunidades das gerações futuras pode significar uma atuação contrária ao mandamento contido no segundo princípio da teoria de Rawls (2008).

Deste modo, considerando a complexificação das sociedades humanas e a consciência plena da existência do risco gerado a partir de suas ações, faz-se necessário minimizar a transferência desse risco (Beck, 2010) para as gerações futuras através de escolhas públicas sujeitas ao critério da reversibilidade à luz do fenômeno da contingência (Luhmann, 1983) – trata-se de limitar a capacidade de externalização do risco/dano entre gerações na formulação de escolhas públicas. Assim, às gerações ulteriores seriam transmitidas decisões que, em maior ou menor parte, poderiam ser objeto de revisão, caso nesse futuro hipotético a escolha adotada no passado não seja a mais adequada para fins de concretização dos princípios de justiça. Ou seja, se uma determinada escolha pública é adotada pelo critério da reversibilidade, isso significa que, caso – no futuro – ela escape aos efeitos esperados (contingência), existirão elementos que possibilitarão às gerações subsequentes retornar a uma condição próxima do *status quo ante* e reconstruir aquela determinada escolha à luz de novos elementos – aproveitados a partir da experiência pretérita¹⁰.

⁹ Essa contínua redução de oportunidades provocada pela utilização dos bens ambientais é inevitável tendo em vista que tais bens, em regra, não são possíveis de aproveitamento infinito ao longo do tempo. A ideia defendida nesse trabalho é a de minimização dessa redução através de escolhas públicas especificamente orientadas.

¹⁰ Um exemplo de instrumento que nos permitiria enxergar a implementação dessa ideia trata-se da obrigação de as partes envolvidas em investirem um montante pré-definido em um fundo com destinação específica para que, no caso da materialização de eventual contingência, existam recursos disponíveis para lidar com os impactos provocados (e.g. o *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability of 1980 – CERLA*, ou também conhecido como *Superfund*).

Assim, apesar de Rawls (2008) não haver incluído, explicitamente, os bens ambientais em sua formulação teórica, é possível pensar sua teoria da justiça à luz das demandas ambientais da sociedade contemporânea. Todavia, é preciso compreender que, tanto a teoria formulada por Rawls (2008) quanto qualquer adaptação que se faça desta para aproximá-la de uma ótica ambientalista, não será capaz de preencher por inteiro os espaços para formar uma completa teoria de justiça ambiental. Sugerir, de forma preliminar, o referido instrumento como acessório ao princípio da poupança (limitação da capacidade de externalização do risco/dano intergeracionalmente) visa conferir uma orientação à ideia de justiça rawlsiana. Introduzir esse elemento na discussão sobre uma concepção intergeracional de justiça é fundamental para conferir força e legitimidade para reapropriação de parte dos valores iluministas e, assim, reinterpretar nossas instituições contemporâneas. Esse esforço reidentificação dessas estruturas de poder é fundamental não só para reforçar sua credibilidade, mas também para sustentar sua existência na falta da formulação e implementação de alternativas.

1.4. O modelo democrático ocidental contemporâneo à luz do Estado constitucional brasileiro

Após brevemente discutirmos sobre a orientação iluminista, racional e hedonista sob a qual nossas estruturas político-econômicas foram erigidas e, ainda, ao relacionarmos esses valores com uma necessidade mais evidente de as instituições refletirem percepções difusas e intergeracionais, concluímos pela necessidade de que um novo paradigma para nossa percepção contemporânea de justiça (intergeracional) seja imbuído nas estruturas de poder. Tendo em mente essa relação definida pelas análises anteriores, passamos a olhar a relação desses objetos com o elemento chave do presente estudo, o sistema democrático.

A despeito das discussões sobre o conceito e a justificação do Estado, para fins da presente análise, concebe-se o Estado ocidental contemporâneo (inclusive o brasileiro) como Estado Constitucional, isto é, nas palavras de Canotilho (2003), trata-se de *uma tecnologia de política de equilíbrio político-social através da qual se combateram dois arbítrios ligados a modelos anteriores, a saber: a autocracia absolutista do poder e os privilégios orgânico-corporativo medievais.*

Segundo Moraes (2008), o Estado Constitucional, entendido sob a perspectiva acima transcrita, configura-se como uma das grandes conquistas da humanidade. Nesse sentido, segundo o referido autor, esse modelo de organização política teria como principais qualidades: (i) o Estado de direito, e (ii) o Estado democrático. A primeira pode ser caracterizada através da apresentação, dentre outras, das seguintes premissas: (i) primazia da lei; (ii) separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; (iii) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional etc.

Ainda conforme o referido autor, a segunda qualidade concentra a função de afastar a tendência humana ao autoritarismo e à concentração de poder. Essa condição tem como finalidade orientar o modo sob o qual essa estrutura política deve ser regida. Dentre outros, por meio de normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo. Assim, a Carta Magna brasileira, no parágrafo único de seu art. 1º adota o princípio democrático ao afirmar que *todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*, e, mais adiante corrobora o referido mandamento por meio de seu art. 14, *a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei*.

O princípio democrático exige a integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do Estado, a fim de garantir respeito à própria soberania popular¹¹. Em outras palavras, o pressuposto democrático, em tese, serviria como garantia de legitimação e limitação do poder. Todavia, o exercício da democracia por si só não garante que todos que tenham direito a voto sejam efetivamente representados¹², tampouco garante, como veremos adiante, que as decisões adotadas a partir dele serão intrinsecamente justas (Isakhan; Stockwell, 2011). Dessa forma, para que não se verifique verdadeira ditadura da maioria, o exercício do poder democrático – isto é, a forma pela qual o povo participa do poder – deverá se valer dos mecanismos participativos e representativos para equilibrar as relações e disparidades de poder (Silva, 2006).

¹¹ Sobre o princípio democrático, interessante destacar a definição de democracia de Schmitt (2008): *As a state form as well as governmental or legislative form, **democracy is the identity of ruler and ruled, governing and governed, commander and follower.***

¹² No caso da representação dos interesses das gerações futuras, faz-se necessário observar que mesmo apesar destes (que não existem e que poderão existir) não possuírem direito ao voto, seus interesses devem ser considerados na tomada de decisão, sob pena de violação do art. 225 da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, de forma breve e sucinta, a democracia participativa é caracterizada pela participação direta e pessoal do cidadão na formação e gestão dos atos de governo. Dentre as formas de exercício do mecanismo participativo pode-se destacar (i) a iniciativa popular; (ii) o referendo popular; (iii) o plebiscito; (iv) a ação popular¹³. Por outro lado, especificamente sobre a democracia representativa, esta pressupõe a existência de um conjunto de instituições que orientam o papel dos cidadãos no processo político e que visam disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo.

Assim, para Silva (2006) eleger significa:

(...) expressar a preferência entre alternativas, realizar um ato formal de decisão política. Realmente, nas democracias de partido e sufrágio universal, as eleições tendem a ultrapassar a pura função designatória, para se transformarem num instrumento, pelo qual o povo adere a uma política governamental e confere seu consentimento, e, por consequência, legitimidade, às autoridades governamentais. Ela é, assim, **o modo pelo qual o povo, nas democracias representativas, participa na formação da vontade do governo e no processo político.** (grifos nossos)

Será, portanto, por meio do exercício do sufrágio que o representante receberá em seu favor o mandato político, elemento básico da democracia representativa. Por sua vez, a referida outorga popular está calcada em dois princípios: (i) da representação – que significa que o poder, que reside no povo, deve ser exercido em seu nome, e (ii) autoridade legítima – legitima o titular do mandato a expressar a vontade real e própria do Estado. O exercício da função representativa (i.e., do mandato político representativo) e o papel dos representantes podem ser interpretados por meio de três formas distintas sobre as quais brevemente falaremos a seguir (Mezzaroba, 2004): (i) a que associa o significado da representação à ideia de autoridade ou delegação; (ii) a que trata a questão da representação política a partir da própria atividade de representar como relação de confiança; (iii) a que estabelece o significado de representação como reflexo de alguma coisa ou de alguém.

O modelo de representação associado à ideia de autoridade vincula o exercício do mandato ao poder de agir no lugar de outrem¹⁴. Essa suposta autoridade partiria do princípio de que sua existência decorre da concessão de direitos de alguém para que outra pessoa possa agir em seu nome, a reunião da multidão em uma única

¹³ Outras formas de participação direta são asseguradas ao longo do texto constitucional, como, por exemplo: arts.10, 11, 194, VII, 206, VI, 216, §1º, etc.

¹⁴ Os principais teóricos que sustentavam o referido modelo de representatividade eram Rousseau (Skinner, 1996) e Hobbes (Skinner, 2010).

pessoa¹⁵. A função do representante, nesse caso, é a de transmitir a vontade de seus representados.

Já a o modelo de representação como uma relação de confiança, sustentado pela primeira vez por Edmund Burke (1774), pressupõe que o eleitor tem o conhecimento que, ao votar, estará transferindo ao seu representante o Poder para decidir e legislar sobre condutas gerais. Nesse modelo, o representante passa a ter a função não só de defender os interesses dos representados, mas também de toda a Nação.

Por fim, a função representativa entendida como reflexo de alguém ou de alguma coisa, também conhecida por modelo de representação como espelho (Mezzaroba, 2004), parte do princípio de que representar é tornar presente algo/alguém que não está presente, ou seja, passa-se a entender a representatividade por meio da correspondência de características existentes entre os representados e o corpo representativo, exatamente em conformidade com a definição de democracia elaborada por Schmitt, anteriormente citada¹⁶. A partir desse modelo, a representação estaria atrelada aos interesses das coletividades, das minorias, pequenas comunidades etc. e não aos interesses exclusivamente individuais.

Como vimos anteriormente, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, introduziu, no rol de representados, uma espécie de representado cuja autoridade é incapaz de transferir. Isto é, uma consciência que ainda não existe e que não detém a que seja espelhada. Em outras palavras, no exercício da tarefa de representação desse grupo específico, o único guia para orientar aqueles responsáveis por sua representação, sob uma perspectiva positivista, seria o próprio texto constitucional – imbuído de valores e princípios que regem os direitos difusos, notadamente, o princípio da solidariedade intergeracional. Segundo Bodin de Moraes (2012), essa perspectiva solidária decorreria de anseios vividos pela sociedade a partir do século XX, quando homem teria se deparado com a potencial destruição do planeta, bem como com a hipótese de esgotamento dos recursos naturais. Em outras palavras, a sensação de que estamos todos intrinsecamente interligados, seria o embrião para o

¹⁵ *This done, the multitude so united in one person is called a commonwealth; in Latin, civitas. This is the generation of that great leviathan, or rather, to speak more reverently, of that mortal god to which we owe, under the immortal God, our peace and defence.* (Hobbes, 1991)

¹⁶ *Democracy identity rests on the idea that everything inside the state involving activation of state power and government only occurs within the confines of the of the people's substantial similarity to one another* (Schmitt, 2008).

que estamos considerando como um desdobramento seguinte dessa perspectiva solidarista, qual seja a intergeracional.

Uma análise normativa acerca dos fundamentos que sustentam o Estado Constitucional permitiria afirmar, ainda que de forma genérica, que a representação das gerações futuras, por estar adstrita ao conteúdo da Carta Magna, poderia ser plenamente atingida por meio da mera observância do próprio Estado de direito (*the rule of Law*). Todavia, o núcleo das condutas previstas no final do *caput* do art. 225¹⁷ permite uma ampla interpretação que – em diversos momentos – entrará em conflito com outros mandamentos constitucionais fundamentais. Esse choque conduzirá, inevitavelmente, a referida análise normativa a um severo problema de aplicação prática. Em outras palavras, temos que o conteúdo do texto constitucional não é suficiente para lastrear a atuação do representante político na sua tarefa de resguardar o interesse das gerações futuras.

1.5. O Estado democrático brasileiro e o dever de representação intergeracional

Antes de discutirmos a capacidade e legitimidade dos mandatos políticos contemporâneos para cumprir a tarefa de resguardar interesses intergeracionais, faz-se necessário analisar, ainda que sucintamente, a relação entre representante e representado e a natureza dessa relação de poderes e contextualizá-la no âmbito da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, cumpre iniciar nossa análise observando que toda e qualquer representação pressupõe uma relação de duplicidade (representante-representado). Contudo, em qualquer ato que envolva o exercício da referida função, a maior dificuldade reside em precisar de forma segura quais são essas relações que existem no caso concreto, entre o representante e o representado (Mezzaroba, 2004). A partir dessa perspectiva, e considerando a complexidade das relações existentes, podemos evocar novamente o conceito de democracia de Schmitt (2008) para fins, ao menos, de avaliar quais dessas relações tenderão à democracia. Nesse sentido, será possível perceber que um determinado ato (de representação) – no exercício da função representativa – tenderá à democracia (i.e., será legitimamente democrático) o tanto

¹⁷ O *caput* tem como núcleo de ação os verbos *defender* e *preservar*, como objeto o *meio ambiente ecologicamente equilibrado* e como sujeitos ativos (*Poder Público e a coletividade*) e passivos (*presentes e futuras gerações*).

quanto for possível associá-lo à identidade/interesse da coletividade em que se insere o representado. Ocorre que, se aplicarmos a referida formulação de Schmitt para fins de avaliarmos as ações dos representantes para com uma perspectiva democrática e intergeracional, verificaremos que sua orientação não é suficiente para classificarmos – sob o referido paradigma – os referidos atos como mais ou menos tendentes à democracia.

Essa preocupação de caráter substancialmente teórico merece destaque uma vez que reflete a natureza da percepção contemporânea sobre os limites da função representativa. A orientação valorativa (sob o viés democrático) para o exercício do mandato ainda está associada a interesses incompatíveis com os anseios hodiernos, como, por exemplo, os intergeracionais. Nessa hipótese, as ações ainda estão orientadas sob um prisma temporal atrelado aos ciclos de poder político. Em uma analogia muito simplificada sobre a presente questão, tal como há a percepção de que os limites definidos pelo modelo federativo são insuficientes para tratar de questões de natureza ambiental (e.g., bacias hidrográficas) (Rocha; Viana, 2008), que não respeitam as ficcionais divisões políticas, o limite teórico existente sobre os deveres e responsabilidades do representante democraticamente eleito também é insuficiente para responder de forma satisfatória a presente questão enquanto permanecer atrelado – como anteriormente mencionado – aos ciclos de poder político, e não ao risco/dano intergeracional.

A despeito da referida discussão teórica, inserida com o objetivo de introduzir a questão da limitação do exercício da função representativa, no âmbito da análise da relação representante-representado, cumpre, nesse momento, avaliarmos (ainda teoricamente) as possíveis formas de execução do mandato. Assim, no cumprimento da função representativa – a despeito da discussão sobre os poderes do representante e o conteúdo da representação brevemente comentada – é possível verificar, pelo menos, três diferentes modelos: (i) mandato imperativo ou representação delegada (vinculado ao eleitor); (ii) mandato representativo ou representação virtual (livre); e (iii) mandato partidário (vinculado ao Partido).

No mandato imperativo, a atividade representativa (ou seja, todos os atos dos representantes) está sujeita à aprovação prévia dos representados. Segundo Paulo Bonavides (1967), do ponto de vista jurídico, essa relação equivaleria a um vínculo contratual. Na função de mandatário, o eleito estaria integralmente vinculado aos

interesses do eleitor, devendo representar fielmente todos os seus interesses, sob o risco de ter o mandato revogado. Assim, cada cidadão seria titular de uma parcela da Soberania, exercendo seu direito por meio de sua influência nas eleições e escolha de seu representante. Esse modelo predominou nas sociedades medievais feudais não unificadas nacionalmente e com precárias instituições e práticas políticas (Mezzaroba, 2004). Com o surgimento dos Estados Constitucionais esse modelo foi gradativamente substituído pelo mandato representativo. A primeira manifestação contrária ao modelo de representação imperativo foi verificada no Discurso aos Eleitores de Bristol, em 03.11.74, por Edmund Burke. Burke defendia que, apesar de ser necessário respeitar e considerar a vontade dos representados, não caberia aos representantes sujeitarem-se única e exclusivamente às instruções imperativas dos eleitores.

Por outro lado, o modelo representativo de mandato pressupõe o deslocamento da soberania nacional (antes individualizada) para o órgão representativo. Assim, embora as opiniões do eleitorado devam ser consideradas, estas não precisam ser seguidas à risca. Enquanto o modelo imperativo buscava assegurar a interferência e participação direta dos representantes nas decisões políticas, transformando o representante em um veículo para manifestação da sua vontade, o modelo representativo entende que o eleito não precisa estar necessariamente comprometido com os interesses diretos de quem o elegeu, mas, fundamentalmente, com os interesses gerais da Sociedade. Desse modo, o mandato representativo se desvincula de qualquer obrigação contratual prevista no Direito Privado, passando a funcionar em conforme o princípio da substituição política.

Apesar de, ainda hoje, o mandato político representativo estar em prática em grande parte das democracias-representativas, desde o final do século XIX e início do século XX este modelo passou a ser objeto de fortes críticas sob o argumento de que esse tipo de mandato não permitiria o controle dos representados sobre as decisões de governo ou a prestação de contas dos representantes aos seus eleitores. Buscando uma forma de solucionar as críticas e demandas não satisfeitas pela democracia liberal-representativa, Kelsen formulou o que veio a se configurar como sendo o Estado de Partidos (Mezzaroba, 2004).

Segundo a teoria *kelseniana*, o partido político assumiria função fundamental na estrutura política, passando a agrupar as vontades individuais coincidentes e

interpô-las, por meio da esfera estatal. Nesse novo modelo, os partidos políticos passariam a ser os candidatos e não os indivíduos que postulam cargos eletivos. Assim, os mandatos pertenceriam aos partidos políticos e seus titulares deveriam obedecer à disciplina deste, sob pena de serem destituídos e substituídos. Nesse modelo, a fidelidade partidária torna-se um pré-requisito fundamental para a mecânica dos partidos, e, conseqüentemente, para a existência do Estado *kelseniano* de Partidos. Todavia, como alerta Ferreira Filho (2005), essa solução é perigosa e seria incapaz de afastar o caráter oligárquico apontado como um dos problemas do mandato representativo, eis que, normalmente, os partidos políticos já possuem essa natureza (oligárquica).

Em todos os modelos destacados, o exercício da função representativa está vinculado intrinsecamente com o momento presente e para com aqueles que diretamente outorgaram aos respectivos representantes a prerrogativa legítima e necessária para exercício do poder político. Ainda que pelo prisma da representação virtual seja possível extrair um interesse intergeracional – a partir do que seria possível inferir do conteúdo de ‘vontade da nação’ – este é demasiadamente tênue para servir como instrumento de garantia dos interesses das gerações futuras.

Nesse sentido, partindo dos elementos teóricos anteriormente analisados, serão consideradas decisões que tendem à democracia aquelas capazes de refletir os interesses da ‘nação’ como um todo – não estando necessariamente vinculados dos interesses imediatos dos eleitores que elegeram o representante –, respeitados os grupos minoritários e vulneráveis.

Contudo, como já vimos, o *caput* do art. 225 traz à discussão a necessidade de representação do interesse das gerações futuras. Nesse sentido – considerando que o exercício do mandato está condicionado à representação democrática e, portanto, ao respeito ao Estado Constitucional e, conseqüentemente, à Constituição Federal –, o dever de defender e preservar o meio ambiente (para as presentes e futuras gerações) é condição *sine qua non* para o exercício de qualquer mandato eletivo nesse país.

Assim, se adotarmos uma interpretação essencialmente normativa sobre o tema, podemos afirmar que – tendo em vista a natureza do texto constitucional (i.e., que nasce a partir da vontade popular, ainda que fictícia) – a vontade da nação pode ser extraída da Carta Magna. Portanto, no âmbito dos atos de governo, a atuação do

eleito deverá – obrigatoriamente – considerar, ainda, os interesses de uma sociedade que ainda não existe e que provavelmente virá a existir (gerações futuras), em função do conteúdo do artigo anteriormente mencionado. Essa interpretação, com base na Constituição Federal de 1988, ainda encontra outro elemento de amparo – fora do texto constitucional – se as gerações futuras forem consideradas como elementos vulneráveis na relação democrática (tendo em vista, a relação de extrema disparidade de poder). Sua condição como incapaz insere as gerações subsequentes em uma posição que as impediria de defender seus próprios interesses. Assim, para que o regime democrático – ao interpretar a vontade da nação (do art. 225, no presente caso) – cumpra seu papel, um agente terceiro precisaria intervir para impedir violações aos referidos interesses.

Portanto, se nos mantivermos sob o prisma positivista, todo o ato de governo – capaz de interferir na defesa/preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado – deverá ser antecedido de uma análise de adequação (do próprio ato) aos interesses das (presentes e) futuras gerações.

Em termos práticos, ao ponderar pela execução de um determinado ato de governo, o representante eleito deveria avaliar as consequências associadas à sua implementação – no que toca à disponibilidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações – tendo em vista o referido dever constitucional. Na hipótese de a escolha adotada não considerar os elementos temporais envolvidos¹⁸, privilegiando a manutenção do equilíbrio ecológico essencialmente para as gerações presentes, a opção adotada, além de inconstitucional, violaria o sistema democrático, uma vez que um grupo extremamente vulnerável (as gerações futuras) foi deliberadamente excluído em um tema que lhes dizia respeito. Exatamente por não refletir ‘os interesses da nação’, tal ato nasceria ilegítimo¹⁹ e ilegal. Dentro do atual sistema jurídico, sua validade poderia ser diretamente questionada por meio dos órgãos públicos legitimados ou através da participação direta da sociedade contemporânea ao referido ato de governo. Poderia

¹⁸ Nota-se que a ilegitimidade do ato de governo não está necessariamente atrelada à necessidade de haver sido gerado um dano. A simples opção pela execução de um determinado ato de governo que não considere em sua análise as gerações futuras, poderia, por si só, ser considerada ilegítima e antidemocrática.

¹⁹ Seguindo a ideia *schmittiana* de democracia, caso, o ato de governo fosse posto diante de um espelho, ele jamais seria capaz de refletir a imagem (identidade) da sociedade (presente e futura), revelando, dessa forma, indiscutível incompatibilidade com o princípio democrático (Schmitt, 2008).

se aventar, ainda, a possibilidade de as gerações subsequentes – ao recepcionarem o legado deixado pela execução do ato de governo em questão – buscarem a responsabilização daqueles que decidiram pela execução da escolha em questão, todavia, nessa hipótese, nossa restrição positivista já começaria a encontrar dificuldade para justificar, não a intervenção intergeracional atemporal para determinar a reparação de eventual dano verificado a partir da escolha em questão, mas sim a responsabilização de um agente público ou das próprias instituições deliberativas.

Ocorre que, como anteriormente refletimos, apesar de, sob uma perspectiva essencialmente normativa, ser possível planejar a condução de condutas que atendam às necessidades intergeracionais, parte significativa dos conflitos não será suficientemente atendida por essa interpretação. Isso porque, o texto constitucional é amplo e, apesar de parecer preciso, não há qualquer orientação – que não detenha natureza principiológica – que permita ao sistema político e jurídico compreender, com um mínimo de exatidão, seu conteúdo. Em outras palavras, o limite dos verbos (defender e preservar) e o conteúdo de ‘ecologicamente equilibrado’ permite um amplo leque de interpretações que, mais uma vez, impede que o referido instrumento normativo confira às futuras gerações sólidas garantias. Em adição aos limites do texto constitucional, seria necessário, ainda, traçar limites para a responsabilização dos agentes e, mais, de modo mais complexo, seria necessário definir dentro do sistema normativo existente um mecanismo para definição dos interesses intergeracionais existentes.

Inserido nesse contexto de limitação do conjunto normativo existente e dos valores morais sobre os quais foram fundadas as referidas instituições que, a partir da análise anteriormente realizada, se pretende observar as limitações do modelo democrático para lidar com questão intergeracional.

1.6. Limitação do modelo democrático

Segundo Przeworski (1995), um determinado sistema democrático pode ser considerado sustentável, sob a perspectiva política, a partir da análise de suas instituições e performance. Nesse sentido, o referido autor afirma que uma democracia é sustentável na medida em que seu quadro institucional promove objetivos normativamente e politicamente desejáveis, como, por exemplo, liberdade

contra violências arbitrárias, segurança material, igualdade, justiça, e que, por sua vez, essas instituições estejam preparadas para lidar com crises quando esses objetivos não estão sendo cumpridos Przeworski (1995). Assim, ainda segundo o referido autor, a democracia é sustentada quando todas as principais forças políticas buscam ao máximo seus interesses e valores dentro desse quadro institucional acima mencionado. Segundo o autor, isso não significa que essas instituições devem fornecer apenas canais para a representação de interesses diversos, mas que a participação desses agentes deve fazer diferença para o bem-estar desses eventuais interlocutores diretos. Nesse sentido, aproximando a referida percepção com o entendimento de Isakhan e Stockwell (2011) é possível afirmar que a democracia, em seu funcionamento adequado, está além de ideias e instituições, ela está ligada, ainda, ao modo como as pessoas se relacionam.

Antes de buscarmos apresentar as limitações do modelo democrático que interessam ao nosso trabalho, cumpre ressaltar um ponto comentado por Isakhan e Stockwell (2011). Nesse sentido, a diversidade de formas democráticas é um lembrete oportuno para todos que buscam conciliar a democracia em uma teoria única. É possível e relativamente fácil projetar critérios rígidos e precisos para medir a qualidade dessa ou daquela eleição, ou, ainda, fazer uma comparação entre sistemas eleitorais entre os mais diversos países. Contudo, não é possível deixar de considerar que cada manifestação do modelo democrático é um produto da história própria daquele grupo social decorrente do compromisso e engenho humanos. Isso quer dizer que, ao se categorizar as mais diversas materializações democráticas não devemos esquecer que cada uma possui características e peculiaridades próprias do modo pelo qual o governo democrático foi desenvolvido naquele território político por um determinado e específico grupo social.

Essa multiplicidade de democracias que se surge em diversos territórios, e, em especial, ao longo da história, como afirma Isakhan e Stockwell (2011), deve servir de laboratório para outros regimes democráticos. O que implica afirmar que é possível verificar uma multiplicidade de problemas e limitações que encontram igual ou maior conjunto de soluções possíveis, dependendo de como o referido modelo político foi socialmente construído. A partir de análises teóricas sobre as limitações genéricas do regime democrático esperamos que o presente trabalho contribua para um aprimoramento do modelo brasileiro, especificamente no que toca à representação

intergeracional. Desse modo, tem-se que ressaltar não só as limitações da democracia, mas do escopo do presente texto para não incorrerem no equívoco de propor soluções que não solucionariam a questão se analisada pelo prisma de um modelo democrático diverso do brasileiro.

Retomando a discussão proposta, a despeito das inúmeras discussões sobre a necessidade de intervenção popular direta para o funcionamento adequado da democracia (Przeworski, 1995), importante destacar que o referido sistema é capaz de operar quase que em sua integralidade a despeito de intervenções populares diretas. Há, portanto, uma significativa predominância do sistema de representação na solução de conflitos dentro do governo democrático. Isso porque, esse sistema assume que cidadãos ordinários não são capazes e/ou não estão dispostos a tomar decisões substantivas, ou seja, seu papel se resumiria simplesmente à obrigação de votar em um candidato (ou partido) ou em outro (Farrar, 2007). Assim, é possível que aquele indivíduo eleito através do sufrágio disponha do poder que lhe foi transmitido que forma significativamente ampla, cuja limitação estará lastreada em sua maior parte pelo sistema de freios e contrapesos (que, quase que integralmente, se dá através de comportamentos interinstitucionais, ou seja, distante, novamente, da intervenção popular direta nos assuntos políticos e/ou de governo).

Em outras palavras, parte quase que absoluta das decisões políticas é exercida no âmbito dos cargos de representação. Dentro do referido conjunto, significativo montante de comportamentos políticos sofre apenas rarefeita pressão advinda da sociedade e acaba sendo decidido entre as elites que dominam o aparato institucional (Márcia da Silva, 2009; Carvalho, 2010; Gimenes, Ripari, Ribeiro, 2013). Exemplificando a afirmação anterior podemos destacar, no Brasil, a implementação das medidas de orçamento participativo. Note-se que, a referida medida é considerada um significativo avanço na intervenção popular na gestão pública, todavia, esse grande avanço representa apenas uma parcela insignificante do orçamento público. Comemorar a gestão de tal montante como um significativo avanço demonstra, por outro lado, a afirmação anterior de que as decisões continuam sendo desenvolvidas e aplicadas por um seleto grupo que controla o arcabouço institucional.

Tendo em vista o substancial peso da democracia representativa na formulação das decisões temos, portanto, justificado a razão pela qual esse trabalho tem como

principal foco a relação dos mandatários eleitos com os demais poderes para fins de formulação de aplicação de uma política pública ambiental intergeracional. Ainda que a intervenção direta da população seja fundamental para a construção e manutenção do exercício democrático por inúmeras razões, no que tange à necessidade de se construir e balizar estruturas institucionais capazes de lidar com a questão intergeracional na democracia, a contribuição popular não será objeto de análise pelo presente trabalho, conforme as razões anteriormente expostas.

Dentro das diversas limitações que podem ser ressaltadas, o sistema democrático contemporâneo, pelos valores e modo como foi construído – conforme brevemente mencionado nos itens anteriores – detém uma restrição que é basicamente o objeto de nossa análise, qual seja, uma tendência ao *presentismo* (Thompson, 2010). A compreensão acerca da miopia do sistema democrático, que acaba favorecendo decisões de curto prazo em detrimento de escolhas cujos efeitos se manifestarão somente após significativo decurso de tempo, não é própria do referido autor, mas como veremos, é através de sua análise específica que encontramos lastro teórico para as elucubrações ora propostas. Nesse sentido, para fins de mitigação desse espectro míope democrático, o sistema de freios e contrapesos prevê na relação entre os representantes eleitos (seja no Executivo ou no Legislativo) e o Poder Judiciário a principal forma de balanceamento entre as escolhas de curto e de longo prazo (Raz, 1994). Todavia, como veremos ao longo do presente trabalho, pelo menos sob o prisma do ordenamento jurídico brasileiro, encontrar fundamentos que legitimem sua intervenção para fins de resguardar interesses intergeracionais pode ser não só um desafio, mas também uma evidência de que possuir o judiciário como principal recurso pode não ser uma escolha suficiente para atingir o objetivo proposto.

Quando trata da capacidade de o Estado de Direito (*rule of Law*) servir como arma política, uma das abordagens que Maravall (2003) se utiliza está ligada à capacidade de intervenção do Poder Judiciário como instrumento de intervenção na balança de poder. Nesse sentido, o referido autor afirma, ao fazer referência ao trabalho de Raz (1994), que um judiciário independente, em regra, serviria para corrigir a miopia dos governos democráticos, uma vez que mitigariam as influências de curto prazo e as oscilações violentas e medidas emergenciais (*panic measures*) das legislaturas preocupadas com a reeleição.

Exatamente por tratar da questão analisada neste trabalho (i.e., a condição míope do governo democrático) analisamos diretamente o trabalho de Raz (1994). Em seu texto, o referido autor se utiliza de duas justificativas para afirmar que intervenções do judiciário seriam úteis para lidar com essa condição míope. Em primeiro lugar, Raz (1994) afirma que os tribunais asseguram as finalidades da Lei, ao compatibilizar a legislação com o sistema jurídico (*legal doctrine*), evitando incongruências e garantindo que as partes opostas não lutarão entre si diretamente. Em segundo lugar, e mais importante para nossa análise, Raz (1994) sustenta que a base da autoridade dos tribunais para integrar a legislação junto aos limites e regras desse sistema jurídico (*legal doctrine*) se fundamenta na necessidade de mesclar os benefícios de tradições estabelecidas no longo prazo com as urgências das exigências de curto prazo. Em seguida, tendo em vista que as justificativas utilizadas pelo referido autor são eminentemente anti-majoritárias, Raz (1994) formula fundamentos para legitimá-las, ainda pelo viés democrático. Nesse momento, o autor afirma *In giving weight to the preservation of long-established doctrines (= traditions), they protect the long-term interests of the people from being swamped by the short-term*. Ou seja, quando o autor trata da correção da miopia democrática, ele pressupõe que a preservação de um comportamento tradicional (inserido na compreensão daquele que opera o sistema jurídico) é suficiente para equilibrar a balança entre atuações de curto e longo prazo.

A partir desse olhar é possível extrair diversas conclusões. Para fins do presente trabalho, destacamos duas delas. A primeira refere-se à percepção do referido autor sobre o judiciário no interior do sistema democrático como um órgão que legitima sua atuação ao garantir a preservação do que é tradicional. Apesar dessa percepção reducionista não refletir com fidelidade a estrutura do judiciário, inclusive como apresenta Maravall (2003), não resta dúvida pela referida análise que há, de um modo geral, um substancial grau de conservadorismo no Poder Judiciário. Afinal, uma de suas finalidades principais é a garantia da segurança e manutenção da ordem jurídica. Em segundo lugar, Raz (1994) desconsidera que a tradição pode ser uma ameaça para o próprio sistema democrático, quando, por exemplo, comportamentos de longo prazo não tradicionais são necessários para garantir um equilíbrio no sistema de representação. Partindo dessa premissa, é possível concluir que para o referido autor, o equilíbrio entre medidas de curto e longo prazo não deve ser medido a partir do conteúdo desses comportamentos.

Ainda que não seja objetivo do presente trabalho discutir nesse momento a legitimidade da jurisdição constitucional, uma vez que é esse tipo de intervenção judicial que mais interessaria essa pesquisa, faz-se necessário – através da referida análise – demonstrar que a condição míope do sistema democrático para conferir maior importância às questões de curto prazo não pode ser encarada sob uma perspectiva única que proteja aspectos forjados em longas tradições. Essa limitação que impede a democracia de conferir significativa importância a uma atuação de longo prazo produz múltiplas implicações (de longo prazo) que não são suficientemente respondidas quando remontamos a aspectos tradicionais. Acreditamos que esse olhar de Raz (1994), que confere significativo apelo às instituições jurídicas, está associado à percepção de como o *common law* é construído e solidificado através do tempo.

Ocorre que, mesmo partindo da premissa de que sua análise tem como foco um sistema jurídico distinto do brasileiro, ou seja, mesmo para o *common law*, compreender a garantia das tradições como um elemento chave para lidar com a miopia democrática não é suficiente para lidar com comportamentos que, por exemplo, não são tradicionais (ou, em muitos dos casos, se chocam e conflitam com regras solidificadas ao longo do tempo) mas que precisam ser resguardados, ou melhor, implementados. Sobre esse aspecto, o comportamento dos tribunais – ao evocarem preceitos tradicionais – tem como resultado a criação de um novo freio (pelo menos enquanto tais valores não puderem ser interpretados como “habituais”) que limita a adoção de comportamentos de longo prazo não tradicionalmente aceitos por aquele determinado sistema de regras.

1.7. Presentismo: por que a democracia negligencia o futuro?

Como vimos anteriormente, há no governo democrático limitações associadas ao modo e os valores que lastream sua formulação, especialmente no que toca às democracias contemporâneas ocidentais como a brasileira. Dentre os diversos problemas e limitações, para o presente estudo cumpre analisar a avaliação pertinente à dificuldade de se projetar ações de longo prazo em detrimento de urgências e desejos imediatistas. Nesse contexto, no que toca às ações de longo prazo ora possíveis, nossa análise tem como foco principal observar aspectos ligados às decisões cujo impacto está significativamente associado a uma perspectiva temporal

de efeitos intergeracionais. Em outras palavras, estamos analisando os limites da democracia para garantir que medidas de longo prazo sejam implementadas com o objetivo de resguardar interesses de indivíduos que são incapazes defendê-los por uma questão temporal.

Inicialmente, antes de abordar as limitações associadas ao modelo democrático brasileiro, vamos avaliar, através da perspectiva trabalhada por Thompson (2010) – introduzida no item anterior –, as razões pelas quais as democracias ocidentais contemporâneas, de modo geral, tendem a negligenciar o futuro em sua estrutura básica de funcionamento. A partir dessa análise, busca-se construir – no caso concreto brasileiro – como tais fatores podem repercutir na produção de leis e políticas públicas, bem como esses limites provocam uma resposta por parte do judiciário que, como vimos anteriormente, por possuir uma natureza intrinsecamente conservadora, acaba assumindo um papel de mitigador dos efeitos decorrentes do “presentismo” democrático.

Nesse item, portanto, abordaremos em detalhe a análise produzida por Thompson no trabalho intitulado *Representing Future Generations: Political Presentism and Democratic Trusteeship*. No texto em questão, explana-se porque as teorias existentes não são suficientes para lidar com a questão da miopia democrática e propõe uma abordagem alternativa que o referido autor denomina como “tutela democrática” (*democratic trusteeship*)²⁰. Assim, Thompson entende que as presentes gerações poderiam representar as futuras atuando como fossem curadores do processo democrático. O objetivo principal dessa posição seria proteger o próprio processo democrático ao longo do tempo. O ponto central dessa proposta está lastreado pela percepção de que as presentes gerações devem resguardar a democracia intergeracional, legando aos futuros cidadãos procedimentos e instituições suficientes para que continuem a ter controle sobre a tomada de decisão coletiva. Contudo, como veremos adiante, apesar de concordarmos com a abordagem trabalhada por Thompson (2010), não acreditamos que a curadoria do processo democrático seja instrumento suficiente para resguardar o interesse geracional. Por esse ponto de vista, portanto, não é possível tratar da questão intergeracional apenas

²⁰ Apesar de Thompson (2010) não fazer referência direta ao texto de Griffith (2003), acreditamos que parte da ideia trabalhada pelo autor tenha tido influência do texto em questão, que busca exatamente transbordar a discussão do campo da ética e da moral para trabalhar o conceito de “trusteeship” no campo do direito e da política.

pela perspectiva procedimental. A manutenção da autonomia desses futuros indivíduos não está exclusivamente associada à existência de um procedimento que lhes permita decidir sobre questões de ordem coletiva. O legado democrático das presentes gerações é composto por uma parcela de caráter substantivo que pode limitar em significativo grau a capacidade decisória das futuras gerações ainda que o procedimento democrático saia intocado durante centenas de gerações.

Segundo Thompson (2010), a democracia negligencia o futuro de seus cidadãos em pelo menos 4 (quatro) formas. Primeiramente, o autor aponta que haveria uma suposta tendência natural dos homens em preferir o imediato ao distante. Essa tendência, no campo político, pode ser evidenciada na vida cotidiana. Nesse aspecto, políticos – tal como outros cidadãos – tendem a não adiar gratificações. Transferindo essa perspectiva para o processo político em si, essa tendência influencia de forma significativa a produção de leis e procedimentos que refletem essa inclinação para o presente.

A segunda forma, segundo Thompson (2010), seria a circunstância mais antiga e ainda mais influente para justificar o princípio de que o representante eleito deve ser responsivo àqueles que lhe elegeram. Essa premissa parte da compreensão introduzida por Mill (1977) de que *cada um é o único guardião seguro de seus próprios direitos e interesses* (tradução livre)²¹, e que, por sua vez, trata-se de um resgate da visão de Tomás de Aquino (Mota, 2009) quando, ao tratar dos poderes de administrar e distribuir, afirma que *cada um cuidando do que é seu satisfadamente, reina a paz*. Adotando essa perspectiva para legitimar a intervenção popular, os cidadãos e seus representantes deveriam julgar a lei de acordo com o modo que vivenciam ou esperam que vivenciem seus efeitos. Apesar de essa orientação demonstrar um significativo viés individualista, Thompson (2010) faz questão de afirmar que, em verdade, essa percepção visa orientar os representantes para que estes confirmem um maior peso, para fins de definir sua atuação, aos olhares dos cidadãos no que diz respeito aos efeitos decorrentes das leis e políticas por eles produzidos. Segundo o autor, essa perspectiva responsiva – e, conseqüentemente, imediatista – pode ser verificada, por exemplo, em demandas pluralistas, eis que, muito provavelmente, decorrem da confluência de interesses de cidadãos existentes naquele momento para produzir efeitos ou decisões cujo resultado seja coletivamente aproveitado.

²¹ No texto original: *each is the only safe guardian of his own rights and interests*.

A terceira fonte responsável por negligenciar o futuro advém do fato de que os governos (mandatos e legislaturas) democráticos são temporários. Os governantes exercem poder por um tempo determinado previamente fixado, em que buscam, quando possível a reeleição e/ou a recondução, caso contrário, deixam a função ao final do período determinado. Apesar de ser possível imaginar um poder democrático absoluto – como aponta Thompson (2010) através da perspectiva hobbesiana (1991) –, fato é que, em regra, as democracias ocidentais lidam com limitações temporais dos mandatos. Conseqüentemente, tendo em vista a necessidade de atuações responsivas que lidem com as demandas presentes dos seus eleitores, tais representantes buscam atuações cujos resultados sejam mensuráveis dentro do período de tempo que em que estejam alocados na respectiva função pública. Esse processo por uma busca de resultados imediatos, inseridos no tempo político próprio dessas democracias, ainda são realimentados por outros agentes externos, como, por exemplo, a mídia que, através de sua dinâmica própria, reforça ainda mais a pressão por resultados de curto prazo.

Por fim, o quarto elemento nessa equação apresentada por Thompson (2010), estaria associado ao modo como as democracias lidam e favorecem grupos etários mais velhos. O autor afirma que em função de seu número e, em razão das diversas argumentações associadas a reivindicações discriminatórias, esses grupos acabam sendo privilegiados na execução das políticas públicas (por exemplo, hoje, a política pública que o Brasil mais possui recursos alocados é na Previdência Social²²). Thompson afirma que, em um primeiro olhar, resguardar os mais velhos seria exatamente o oposto ao presentismo. Ocorre que, essa percepção, segundo o autor, só se aplica se for verificada no horizonte da perspectiva de um indivíduo (singularmente considerado). Pelo prisma da coletividade (do princípio majoritário democrático), essa decisão em favor dos mais velhos seria uma forma de presentismo. O autor exemplifica a referida afirmativa através da imposição tributária a crianças e adolescentes para fins de alimentação do sistema de seguridade social norte-americano. Thompson (2010) explica que essa distribuição poderia ser considerada justa ao longo do tempo a não ser pelo fato de que a faixa etária mais jovem não pode esperar receber retorno proporcional para os benefícios que ela está

²² Ver, por exemplo: <http://dinheiropublico.blogfolha.uol.com.br/2014/01/06/previdencia-e-seguro-desemprego-estouram-previsao-e-lideram-alta-de-gastos-em-2013/>> (último acesso em 04.01.14)

fornecendo para a atual geração de idosos. Outro exemplo seriam as leis contra aposentadoria compulsória quando se tem que o número de vagas é limitado e é improvável que se expanda ao longo do tempo. Apesar de concordarmos com mérito dos exemplos apresentados por Thompson (2010), podemos extrair desse quarto elemento que as gerações presentes tenderão a privilegiar seus interesses e, se for necessário impor ônus às gerações subsequentes, não há significativo freio no sistema democrático que as impeça de fazê-lo.

Mas o que torna o presentismo uma questão tão significativa para o governo democrático? Diversas políticas públicas podem produzir seus efeitos mais significativos apenas após significativo decurso de tempo, quando as conexões entre o presente e o futuro são tênues. Nesse sentido, a argumentação associada aos laços afetivos teria pouco significado naquele que toma a decisão que produzirá efeitos longínquos (ver a explicação no item 3 deste Capítulo sobre a percepção de Rawls (2008; 2011) sobre o problema da justiça intergeracional). Além dos efeitos de longo prazo, não é possível descartar a existência de intervenções – por parte das gerações presentes – cujos efeitos serão irreversíveis para as gerações subsequentes, como, por exemplo, o aquecimento global, ou a extinção de uma determinada espécie. Ainda que nós assumíssemos que o progresso tecnológico legado às gerações futuras seja um ativo importante para lidar com essas questões, é pouco provável que esse conhecimento e recursos sejam suficientes para servir como uma compensação razoável aos danos massivos perpetrados pelas gerações anteriores. Segundo Thompson (2010), nem mesmo o dano a instituições políticas seria facilmente reparável através do tempo. Isso porque, como vimos anteriormente, essa relação democrática não está forjada apenas em processos e instituições, mas também em relações de convívio no meio social (Isakhan e Stockwell, 2011). Assim, por exemplo, no caso de erosão da confiança dos cidadãos nas instituições e forma de governo, é possível que seja impossível restaurá-lo.

Thompson (2010) utiliza outros exemplos para ilustrar o grau de importância da questão do presentismo para democracia, mas o foco de sua análise acaba sendo o argumento da incerteza. Segundo o autor, a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de definir os interesses das futuras gerações em avanço acaba reduzindo o peso das reivindicações desse grupo. Assim, qualquer teoria ou princípio que tente especificar um rol de necessidades e desejos das gerações futuras, bem

como instruir os representantes a perseguir políticas para satisfazê-los, segundo, Thompson (2010), não seria plausível, em função desse elevado grau de incerteza. O autor defende, então, uma alternativa a essas concepções substantivadas. Sua sugestão é a de que as gerações futuras precisarão de instrumentos para decidir coletivamente sobre como lidar com o legado deixado pelas gerações presentes. É, portanto, através dessa perspectiva que Thompson (2010) afirma que as gerações presentes devem agir como curadores da democracia. Para que às gerações futuras sejam transmitidos um ambiente político e instituições capazes de lidar com essas questões. Todavia, a resposta proposta por Thompson (2010) continua não sendo satisfatória.

Acreditamos, e esperamos demonstrar ao longo do texto, que não é possível dissociar a democracia intergeracional de um núcleo de valores e interesses que necessariamente norteiam o comportamento das instituições políticas.

Exatamente sobre esses valores que Thompson (2010) justifica a razão pela qual as teorias convencionais sobre a democracia falham. Segundo o autor, o problema da representação das futuras gerações não pode ser adequadamente resolvido por teorias de justiça (e.g., liberal política [Rawls, 2008; 2011]; utilitarista, [Parfit, 1983; 1986]) aplicadas no presente²³. Entende, então, que é necessário que determinados princípios especifiquem que comportamento deve ser adotado quando as teorias de justiça forem incapazes de lidar com as questões demandadas. Desse modo, há a compreensão de que é necessário mais do que uma extensão intergeracional de princípios de justiça. Thompson (2010) defende que precisamos de uma concepção revista sobre a representação que permita às democracias representar os futuros cidadãos que não estão presentes agora. O autor entende pela necessidade de uma concepção de representação democrática para os cidadãos que estão por vir (*democratic representation for citizens-to-be*).

Apesar de concordarmos com o autor quando este afirma que se faz necessário mais do que uma teoria de justiça que estenda os princípios em uma perspectiva intergeracional, discordamos que o argumento da incerteza seja suficiente para tornar a solução institucional proposta meramente procedimental – como veremos adiante. Isso porque, como vimos anteriormente, a construção das instituições e

²³ Como o próprio Thompson (2010) é possível destacar outros autores que tratam dessa questão sob o prisma filosófico, como, por exemplo, Barry; Sikora (1979); Barry (1989), Fishkin; Laslett (1992), De-Shalit (1995); Beckerman; Pasek (2001).

procedimentos democráticos primeiramente deriva (pelo menos para as democracias ocidentais contemporâneas) de uma matriz europeia iluminista e, em segundo lugar, é permeada por influências locais que modulam a experiência democrática em cada caso específico²⁴. Assim, ainda que a miopia democrática seja, ao menos aparentemente, uma limitação de caráter universal, portanto dissociada de condições específicas que tenham influenciado a formação das instituições democráticas em cada caso concreto, o aparato institucional criado para mitigar (ou reforça essa condição míope) não pode ser interpretado e analisado destacado do contexto em que foi elaborado.

1.8. Uma proposta alternativa à democracia?

Os ataques à democracia, especialmente no meio acadêmico, ganham mais intensidade no final do século XIX e no início do século XX (Mackie, 2003), sendo retomados no atual momento da história, especialmente por teóricos elitistas. Sobre as críticas tradicionais desses teóricos elitistas, o que Mackie (2003) afirma é que a vida social comporta um espectro reflexivo (*reflexibility*; Giddens, 1997) limitado e, por essa razão, uma poderosa crença de que a democracia é impossível e fraudulenta emerge. Atualmente, essas elites teóricas estariam se aproveitando desse descrédito promovido por escolhas irracionais para retomar ferramentas autoritárias tradicionais. Ocorre que, sob o ponto de vista ambiental, ainda que alguns “eco-autoritaristas” defendam a impossibilidade absoluta do modelo democrático, acreditamos que, se há alguma sustentação no argumento que afasta o regime popular, ela está lastreada exatamente na compreensão dos limites da democracia para lidar com os efeitos decorrentes de uma modernização reflexiva (Beck, 1997).

Esse intenso dinamismo, cujo epítome é a sua própria destruição, não encontra freios, segundo as teorias que rejeitam a democracia, para impedir que, dentro de um

²⁴ Inserimos a discussão sobre o conteúdo substantivo que permeia os governos democráticos contemporâneos por uma razão específica. O presente trabalho não busca propor uma solução universalmente aplicável para qualquer democracia. Não é o objetivo de esse texto trabalhar com a questão democrática a partir de um ponto de vista estritamente teórico, em que o sistema é analisado alijado da realidade objeto do estudo. Estamos tratando da relação democrática contemporânea ocidental, em especial, da brasileira, que está calcada nos valores trabalhados nos itens anteriores. Ainda que os dilemas e questionamentos propostos não se apliquem às teorias puras da democracia, esse debate não nos interessa no âmbito da análise em questão, pois dificilmente resolveria a questão pelo viés pragmático e normativo em que a presente pesquisa está inserida.

limite de tempo e (de ações), seja possível limitar intervenções, dentre outras, irreversíveis. O exemplo mais direto para compreender essa afirmativa é o caso das mudanças climáticas. Uma das principais questões associadas a esse dilema meio ambiente vs. democracia está concentrada em saber se o referido modelo de governo será capaz de impedir que as intervenções humanas no clima produzam efeitos nocivos significativos e irreversíveis²⁵. É a partir dessa reflexão, ou seja, das limitações da democracia para lidar com as questões intergeracionais em curto espaço de tempo, que residem boa parte das argumentações que questionam o referido modelo de governo, como veremos adiante.

Nesse sentido, autores que propõem soluções “eco-autoritárias” como, por exemplo, Shearman e Smith (2007), concebem que a civilização humana vivencia no atual cenário um momento de crise. Essa tensão, provocada pelo modo como o homem explora o planeta tenderá, como sugerem os referidos autores, apenas para um cenário de maiores complicações e desdobramentos negativos se nada significativo for feito. Em seu entendimento, a democracia – isto é, as instituições democráticas ocidentais contemporâneas – encontra-se fundida com o capitalismo liberal de tal forma que os problemas ambientais colossais foram (estão) sendo acelerados pela crescente corrupção e pela defesa de múltiplas liberdades. Dessa forma, no cenário traçado pelos referidos autores, seria muito pouco provável que a democracia pudesse trazer algum benefício às futuras gerações e ao planeta. Pelo contrário, em função de as instituições democráticas – segundo os referidos autores – não estarem devidamente habilitadas para lidar com situações de crise iminente e irreversível, a democracia poderia estar apenas nos afastando de promover uma possível solução para questões ambientais a níveis globais, como a crise climática.

A afirmativa sustentada pela referida linha de argumentação tem como base a ideia de que as instituições democráticas ocidentais contemporâneas falharam no dever de resguardar nossos bens comuns (*common goods*)²⁶. A despeito de algumas reorientações de políticas públicas, em especial no setor de geração de energia (e.g.,

²⁵ Vide, por exemplo: <http://g1.globo.com/natureza/noticia/2013/11/japao-anuncia-corte-drastico-de-meta-de-reducao-de-gases-de-efeito-estufa.html> (último acesso em 15.11.13)

²⁶ Sobre a falha na proteção no bem comum (global), Shearman e Smith (2007) chegam a argumentar, ainda, que a ideia de que nações desenvolvidas não deveriam intervir no âmbito dos países em desenvolvimento, perspectiva exposta, por exemplo, em Stiglitz (2011) seria um equívoco. Permitindo concluir, portanto, sobre a possibilidade – segundo os referidos autores – de intervenções externas na formulação de políticas públicas para produção de resultados globalmente esperados.

lenta transição para o uso de fontes renováveis, como a solar, na Alemanha, Suécia, etc.), essa percepção encontra fundamento quando analisamos a direção – consumista – que inúmeras políticas de governo vêm sendo produzidas nas potências globais. Apesar da análise dos referidos autores não englobar o comportamento dos atuais governos brasileiros, é possível desdobrar parte dessa análise para o cenário nacional. As reiteradas reduções de impostos para produtos industrializados, em especial, automóveis e produtos de linha branca²⁷, somado a um significativo esforço para viabilização da exploração e produção de petróleo nas camadas do pré-sal²⁸ apenas reforçam que essa orientação consumista também é reproduzida nos países emergentes.

Sobre o resultado da formulação das políticas públicas por parte dos governos é possível extrair que, em última análise, tais estruturas políticas não possuem meios para frear intervenções da iniciativa privada que dilapidem recursos naturais. E, ainda que tivessem, o controle das instituições democráticas (seja por via legítima ou através da corrupção) impede que tais ferramentas sejam operadas de modo a permitir a adoção de escolhas racionais, desassociadas de interesses subjetivos próprios de elites que exercem essa dominação. Esse controle das estruturas democráticas é exemplificado em diversos momentos com situações vivenciadas no último século como, por exemplo, a nomeação de lobistas de determinadas indústrias para cargos técnicos chave na aprovação/reprovação de políticas públicas de interesse do setor representado²⁹; interferências diretas de determinados setores na formulação das políticas públicas apresentadas³⁰.

Novamente, apesar dos exemplos utilizados retratarem um comportamento verificado no âmbito das democracias ocidentais de países desenvolvidos, tais estratégias também estão presentes no cenário brasileiro. Basta, por exemplo, analisarmos os montantes investidos por grandes conglomerados empresariais para financiamento das principais lideranças no Executivo e no Legislativo e a estreita

²⁷ Ver, por exemplo: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/10/ipi-de-moveis-e-linha-branca-sobe-nesta-terca-feira.html>> (último acesso em 14.01.14)

²⁸ Ver, por exemplo: <<http://economia.terra.com.br/pre-sal-consorcio-gastara-r-1-bi-na-exploracao-de-libra-em-2014,0719e2b1f51c3410VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html>> (último acesso em 24.01.14)

²⁹ Julian Borger, "Oil's Spirit Burns on in the White House," *Guardian Weekly*, June 24–30, 2005.

³⁰ Clive Hamilton, "The Dirty Politics of Climate Change," Speech to the Climate Change and Business Conference, Adelaide, Australia, February 20, 2006(www.tai.org.au, último acesso em 15.11.13)

relação desses grupos com a orientação das ações políticas³¹. Esse nível de interferência, associado às liberdades garantidas na democracia, segundo a referida percepção “eco-autoritária”, seria, em grande parte, responsável pela produção de decisões irracionais que favorecem um tempo presente que, por sua vez, confere primazia a um interesse restrito de uma pequena parcela da população.

Para essa linha de pensamento, defensora da ausência de expectativa no sentido de que as instituições democráticas ocidentais contemporâneas produzam resultados na preservação do planeta e dos homens, a alternativa proposta em boa parte das análises (Ophuls, 2011; Shearman e Smith, 2007; Humphrey, 2007) é que o governo se dê por meio de uma aristocracia “iluminada”. Isto é, criada em um programa educacional próprio, suficientemente completo e amplo para conferir a esse grupo conhecimento para tomada de decisões. Ou seja, essa alternativa, ao transferir o centro das preocupações sociais da economia para a ecologia, propõe a formação de uma “ecoelite” que seria capacitada para tomar decisões orientadas para esse novo paradigma.

Apesar de a alternativa proposta pelos referidos autores parecer estranha, especialmente em um cenário como o brasileiro, que ainda comemora sua emancipação de uma ditadura militar, a fagulha que origina essa proposição não está tão distante da nossa realidade. Isto é, a descrença nas instituições políticas ocidentais é um sintoma verificado no Brasil. Esse descrédito, em nossa opinião, possui relação direta no que Stiglitz (2012) percebe como um processo de “desempoderamento” (*disempowerment*). Ou seja, na medida em que as instituições democráticas vão sendo postas à prova através, por exemplo, de conflitos entre grupos que majoritariamente controlam as instituições e outros que estão fora desse aparato institucional, é possível enxergar o nível desproporcional de poder conferido às elites econômicas no âmbito do poder político. Para esse grupo, que hegemonicamente controla as instituições democráticas, não é necessário o Estado de Direito. Isso porque, eles podem moldar e criar processos políticos e econômicos para que estes se adéquem aos seus interesses (Stiglitz, 2012).

Como afirma Stiglitz (2012), enquanto até a metade do século XX havia uma falsa percepção de que o processo político e econômico era ligeiramente justo, havia uma crença de que o engajamento cívico era uma estratégia a ser incentivada, hoje,

³¹ Sobre esse assunto, ver, por exemplo, Bacelar (2011).

essa compreensão não é mais unânime. Movimentos que propõem desde a negação do Estado até a reformulação de valores sociais basilares, como, o exemplo do eco-autoritarismo, sucintamente trabalhado nesse item, vêm tomando espaço nas ruas e nos debates políticos. Ainda que no Brasil essa análise pareça não ter tomado uma forma substancial, passando a ser menosprezada na mídia e pelas elites que detêm o controle majoritário das referidas instituições democráticas (vide, por exemplo, o movimento anarquista e a aplicação de táticas Black bloc no âmbito das manifestações iniciadas em junho 2013 pelo país), acreditamos ser improvável que a descrença nas instituições seja minorada nos próximos anos.

Assim, ainda que defendamos e acreditemos que reformulações dentro do sistema democrático contemporâneo sejam capazes de produzir efeitos substanciais, vislumbramos mudanças através de um prisma essencialmente normativo. Em outras palavras, acreditamos ser preciso propor e desenvolver estratégias indutoras capazes de estimular comportamentos institucionais que estejam orientados para esses interesses intergeracionais.

2. A TEORIA DA RESTRIÇÃO E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO APLICADO NO DIREITO URBANÍSTICO-AMBIENTAL

No primeiro capítulo, sustentamos que a democracia detém elementos suficientes para resguardar inclusive as demandas intergeracionais. Nesse sentido, tendo em vista existência de inúmeras limitações inerentes ao modelo democrático a sociedade vem criando formas de balizar esse desequilíbrio. No Direito, por sua vez, diversos instrumentos buscam equilibrar as relações democráticas. Especialmente no que tange às questões urbanístico-ambientais, é possível citar, por exemplo, responsabilização por danos ambientais, restrições para construção de empreendimentos com base em avaliações de impacto, licenciamento etc.

Dentre as inúmeras e possíveis restrições desenvolvidas pelo Direito, a limitação que desperta maior interesse atualmente refere-se à aplicação do princípio da vedação do retrocesso. Essa alternativa, utilizada para fundamentar o controle de constitucionalidade em alguns casos, representa uma intervenção significativa no funcionamento do Poderes. Desse modo, acreditamos que sua aplicação deve ocorrer de forma fundamentada e também legitimada pela vontade popular.

Para compreender os limites, conteúdo e aplicação desse princípio não só estudaremos os fundamentos jurídico-doutrinários que deram origem ao referido instrumento, mas também adotaremos matriz teórica de Elster (2009) – a seguir desenvolvida – para amparar nossas futuras conclusões.

2.1. Teoria da restrição

Em sua teoria da restrição³², Elster (2009)³³ discute as razões pelas quais os indivíduos podem buscar restringir sua liberdade de escolha e como alcançam esse objetivo. Em outras palavras, o autor pretende ilustrar a proposição de que às vezes *menos é mais*. Isto é, é possível que, em uma determinada situação, ter menos oportunidades seja benéfico em se ter mais alternativas de escolha.

³² Não confundir com a *Theory of Constraints* de Goldratt, 1984, que trata sobre mecanismos de gestão.

³³ Ver, ainda: Elster (1979, 2013).

Elster (2009), então, divide sua análise identificando os motivos que levam os indivíduos a adotarem instrumentos de pré-compromisso e, bem como, os possíveis dispositivos utilizados para lidar com cada uma das situações. Iremos trabalhar todos os instrumentos apresentados por Elster, mas utilizaremos para análise apenas três motivos, o primeiro para ilustrar a aplicação da teoria do autor e os outros dois em função da possibilidade de adaptação para a análise que pretendemos realizar no presente trabalho.

O primeiro motivo que o referido autor analisa para a aplicação de dispositivos de pré-compromisso é a necessidade de se superar paixões. Afirmar o autor que, quando agimos sob a influência das paixões, elas podem fazer com que sejamos desviados dos planos traçados em outro momento. Para lidar com as paixões, Elster compreende diversas hipóteses de pré-compromisso.

A eliminação de opções é o primeiro mecanismo trabalho. Por exemplo, para evitar ceder ao vício do álcool, um determinado indivíduo pode pedir que não lhe vendessem esse tipo de bebida no bar em que está acostumado a frequentar. Todavia, essa alternativa pode não ser suficiente para lidar com um momento em que não se tem muita expectativa de um comportamento racional. Nesse sentido, Elster analisa a hipótese de se impor custos à realização de uma determinada tarefa para dificultar seu acontecimento. Por exemplo, mantendo-se longe de locais que tenham bebida alcoólica, ou impondo algum tipo de taxaço sobre bebidas alcoólicas. Por outro lado, esse mesmo comportamento pode ser regulado através de estratégias de criação de recompensas. Elster (2009) apresenta a hipótese em que determinados vícios são tratados através da formulação de contratos de contingência com seus terapeutas. Isto é, o paciente confia uma determinada quantia em dinheiro que lhe é devolvida periodicamente na medida em que, por exemplo, metas de abstinência vão sendo cumpridas. Essa hipótese de pré-compromisso visa criar recompensas que sejam suficientemente atrativas para induzir o comportamento por um agente. Note que se trata de um dispositivo de pré-compromisso que pode ser utilizado como forma de auto restrição. Isto é, quando a vontade de restringir parte do próprio agente que sofrerá as consequências da restrição, mas também pode ser utilizado por um terceiro para induzir um comportamento desejado. É o exemplo, no Brasil, de determinados instrumentos de gestão de recursos na área da saúde, onde determinados repasses são realizados apenas se o agente cumprir determinadas atuações previamente

fixadas por outro ente federativo – notadamente, a União. Adicionalmente, Elster (2009) identifica como alternativa para conter a paixão a possibilidade de se criar atrasos para dificultar sua manifestação. Nesse sentido, o autor apresenta um curioso exemplo quando trata de uma determinada legislação americana que sobre o matrimônio. A legislação destacada exige um tempo experimental de separação antes do divórcio final. O atraso determinado pelo Estado, nesse caso, é posto como forma de que a paixão extraconjugal se acalme e que a razão retome o controle. Um mecanismo ainda menos frequente, mas também trabalho por Elster, trata-se da mudança de preferência. Seja através de métodos alternativos como, por exemplo, hipnose, ou acompanhado do auxílio de um terceiro, como em grupos como Alcoólatras Anônimos em que, segundo o referido autor, tem-se mais sucesso na redução de vícios do que quando os pacientes são tratados através de internações compulsórias. Por fim, o último instrumento de pré-compromisso que Elster trabalha para lidar com as paixões é a indução à ignorância. O exemplo trabalhado pelo autor trata da fidelidade conjugal e se utiliza de um trecho de Montaigne (apud Elster, 2009) para ilustrar a ideia em que o escritor afirma que *os romanos tinham o costume de, retornando de viagem, enviar na frente um mensageiro para informar sua chegada às mulheres, a fim de não surpreendê-las*³⁴.

Em seguida, Elster (2009) trata de situações em que é necessário aplicar mecanismos de pré-compromisso para evitar casos de inconsistência temporal e descontos. A inconsistência temporal (ou dinâmica), segundo Cukierman (apud Elster, 2009), *ocorre quando a melhor política planejada atualmente para algum período futuro não é mais a melhor política quando o período chega*. Cumpre destacar que, nesse caso, a necessidade de readequação do planejamento está associada a mera passagem do tempo. Isto é, não está relacionado a mudanças exógenas ou por uma mudança subjetiva do agente – além da inversão em si. O fenômeno da inconsistência, segundo Elster (2009), pode se dar por meio de um desconto hiperbólico, que trataremos a seguir, ou por uma interação estratégica, que está relacionada ao problema de se fazer ameaças e promessas críveis e não será estudada nesse trabalho por uma questão de dificuldade de aplicação da ideia no modelo institucional político que estamos analisando.

³⁴ A mesma ideia é trabalhada pelo autor quando trata do costume de os sacerdotes romanos se deitarem com as recém-casadas na noite de núpcias a fim de retirar do marido a dúvida e a curiosidade de procurar saber se aquela experiência sexual teria sido a primeira.

A questão dos descontos está associada inclusive ao modo pelo qual a própria democracia teve suas instituições moldadas ao longo do tempo, razão pela qual Thompson (2010) conclui pela necessidade de criação de instrumentos de pré-compromisso – apesar de o autor não fazer referência direta a esse termo – para que as presentes gerações se auto restrinjam a fim de legar às gerações futuras condições mínimas para que essas tenham condições de exercer suas capacidades deliberativas. No caso, Thompson (2010) percebe essa necessidade através da criação de mecanismos de curadoria do sistema democrático, afinal, em consonância com Elster (2009), o referido autor descarta qualquer possibilidade de imposição de restrição às gerações futuras sob o argumento de elas aceitariam se submeter àquelas restrições previamente estipuladas pelas gerações anteriores. Portanto, da mesma forma que verificamos que a democracia está associada a uma condição de presentismo, o indivíduo que desconta o futuro de forma hiperbólica pode não conseguir atingir as metas por ele estipuladas. Note que, como falamos anteriormente, Elster (2009) está preocupado apenas com as situações em que o insucesso está relacionado à passagem do tempo. Quando aplicamos a ideia do desconto para a democracia, o fator tempo, geralmente está atrelado ao mandato do representante eleito, ou, por exemplo, ao fechamento anual do orçamento.

Retomando a análise de Elster (2009), para lidar com o desconto hiperbólico, apenas se restringindo a estratégias de pré-compromisso, o autor identifica como alternativas: (i) tornar fisicamente impossível a escolha da recompensa menor e antecipada (e.g., um cofre com tempo mínimo para ser aberto); (ii) impor um custo extra suficientemente grande sobre a escolha da recompensa antecipada (e.g., o pagamento de uma taxa para encerramento de um investimento antes do tempo mínimo contratualmente definido); (iii) fixar uma recompensa suficientemente grande para favorecer a escolha tardia – cujos efeitos práticos se assemelham à punição; e (iv) impor um atraso obrigatório e suficientemente longo entre o momento da escolha e o momento em que a recompensa estará disponível – que, em termos práticos, pode se assemelhar à primeira estratégia.

Utilizamos a teoria sucintamente apresentada quando Elster (2009) analisa as Constituições políticas como dispositivos de pré-compromisso ou auto restrição,

criados pelos políticos para se proteger de decisões pouco sábias³⁵. Segundo Sustain (1991), *as estratégias de pré-compromisso constitucionais poderiam servir para superar a miopia ou a fraqueza da vontade da coletividade*. Nesse sentido, cumpre ressaltar uma observação de Elster (2009) que nos parece extremamente pertinente para iniciarmos a análise em questão. O autor afirma que, quando Ulisses se acorrenta ao mastro e determina que seus ouvidos fossem preenchidos com cera, tinha como objetivo tornar *impossível* que o som do canto das sereias fizesse sucumbir aos seus desejos. No caso das Constituições políticas, os dispositivos de restrição são projetados para tornar *difícil*, mas não impossível, a mudança de suas disposições. Isso porque, a ação extra constitucional sempre continua sendo possível.

Partindo dessa premissa, compreendemos que é mais difícil alterar a Constituição do que uma legislação ordinária. Essa ideia está lastreada por uma percepção acerca do constitucionalismo moderno de que este seria uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos* (Canotilho, 2000). Em outras palavras, o constitucionalismo assegura que a mudança constitucional deverá ser lenta, se comparada com as decisões parlamentares ordinárias. Segundo Elster (2009), a Constituição deveria ser uma estrutura de ação política e não um simples instrumento voltado para a ação. Esse potencial de se produzir dificuldades e atrasos nas alterações propostas que, em certa medida, tem como resultado definir o conteúdo de seu texto de importância diferenciada para com o resto do arcabouço normativo. Em outras palavras, exatamente pela natureza procedimental constitucional que, todo o seu conteúdo, possui instrumentos preventivos de alteração mais intensos em relação, por exemplo, à legislação ordinária.

É com base nessa perspectiva – de que todo o conteúdo constitucional detém especial proteção – que Elster (2009) enxerga a inserção de determinados direitos no texto constitucional como elementos de pré-compromisso. Para ilustrar a referida afirmação, o referido autor se utiliza do exemplo de direitos sociais como a saúde e a educação. Ainda que um determinado governo compreenda e reconheça o valor de investimentos em saúde e educação, pode ser que no momento previsto a prioridade

³⁵ Elster dispense parte de seu texto reelaborando uma posição adotada anteriormente em *Ulysses and the Sirens* (1979) a respeito das Constituições políticas servirem apenas como forma de auto-restrição. As Constituições também podem ser utilizadas, ainda, como afirma o autor, para restringir os outros ou para não exercer qualquer tipo de restrição. Se analisarmos essa questão sob o paradigma ambiental, eventuais restrições terão efeitos não só no presente, mas também no futuro, isto é, a questão mais sensível nos dispositivos de restrição, legar ao futuro um arcabouço normativo pouco flexível.

é mais uma vez dada a projetos cujos efeitos imediatos são verificados. Como forma para contornar esse problema, o autor afirma que seria útil constitucionalizar direitos como à educação e à saúde. Sugere, ainda, pela possibilidade de “petrificá-los” como direitos não emendáveis. Cambiando o exemplo de Elster para o cenário brasileiro, o art. 212 da Constituição Federal vincula 25% do orçamento dos Estados e Municípios para investimentos na *manutenção e desenvolvimento do ensino*. Note-se que o constituinte é claro ao vincular parte da receita orçamentária exclusivamente a um rol de atividades que está compreendido em “manutenção” e “desenvolvimento” do ensino.

Contudo, esse pré-compromisso constitucional pode não ser desejável. Segundo Elster (2009) essa situação pode ocorrer em dois momentos. O primeiro, quando há um potencial conflito entre o pré-compromisso e a eficiência do mesmo e o segundo, quando há um conflito entre o mecanismo de restrição e a democracia. Quando analisarmos as restrições constitucionais sob o ponto de vista ambiental, verificaremos como as duas situações são extremamente pertinentes para compreensão do fenômeno à luz da questão dos direitos difusos. Sobre a primeira situação, Elster traz para seu texto a fala do juiz Robert Jackson (*Terminiello vs. City of Chicago*) quando afirma que *a constituição não é um pacto suicida*. Isto é, as auto restrições constitucionais não podem ser incompatíveis com a flexibilidade de ação exigida em uma crise. Apesar de Elster estar pensando apenas em situações de crise, quando analisarmos a questão sob a perspectiva ambiental, o cenário de crise dá lugar ao risco. Em outras palavras, não se trata apenas da incapacidade de prevermos situações de emergência nas quais a regra não encontrará sustentação por si própria, mas sim, a capacidade de prevermos a complexidade gerada a partir das ações adotadas pela sociedade e a incapacidade de compreender e perceber todos os seus possíveis desdobramentos. No segundo momento, Elster (2009) afirma que poderá haver um conflito entre o pré-compromisso e a democracia. Essa situação ocorrerá, segundo o autor, quando os agentes que exercem a função de restrição estão isolados do controle democrático. Em outras palavras, Elster afirma que, um tribunal constitucional pode proibir ou permitir o aborto contra a vontade de uma maioria popular, ou, ainda, um banco central pode escolher, com suas decisões, uma taxa de desconto temporal que seja diferente daquela da maioria dos cidadãos. Nessas situações, pode ser que o tribunal constitucional ou o banco estejam agindo de modo

a tentarem corrigir a miopia democrática evidenciada por situações de *presentismo* como vimos anteriormente, mas não há garantia de que essas instituições sempre agirão dessa forma.

Como alternativa à submissão irrestrita que pode resultar em decisões rígidas, dogmáticas ou democraticamente irresponsáveis, Elster enxerga a necessidade de se criar “escotilhas de fuga”, ampliando mecanismos de freios e contrapesos. Assim, o referido autor sugere, por exemplo, a existência de uma disposição constitucional que permita a uma maioria qualificada no legislativo depor o presidente. Levando a análise para a questão jurisdicional, o autor nos apresenta outro exemplo. Tendo conhecimento que os juízes são conhecidos por abrigarem princípios dogmáticos e sectários, com aplicações e implicações potencialmente desastrosas, uma alternativa seria a possibilidade de o Congresso revogar as decisões da Suprema Corte com uma maioria de dois terços. Nota-se que uma discussão muito similar foi recentemente travada no âmbito do cenário político brasileiro como forma de frear um constante ativismo por parte do Supremo Tribunal Federal³⁶. Apesar das discussões no Brasil não terem se materializado em alterações constitucionais – tal como no discurso de 9 de março de 1937 do presidente norte-americano, Roosevelt – fato é que, a simples alusão a essa possibilidade de intervenção tem o condão de influenciar no comportamento da corte constitucional brasileira, como influenciou no caso norte-americano.

Todavia, a questão que paira sobre a utilização dos mecanismos de freios e contrapesos quando as escolhas entram em conflito com questões democráticas está em saber as hipóteses em que essas exceções são válidas e quando, na verdade, são utilizações espúrias dos instrumentos de balanceamento de poder. Segundo Elster, não existe uma maneira confiável de distinguir entre o caso em que, por exemplo, um tribunal constitucional deveria ser encorajado a agir contra as preferências da maioria e o caso em que está simplesmente fazendo seu trabalho ao agir contra as preferências temporárias desse grupo.

Exatamente para evitar que haja um uso desmedido dos mecanismos de controle das estratégias de pré-compromisso é que se faz necessário conceber limites bem definidos para as hipóteses de restrição de comportamento, especialmente

³⁶ <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/entenda-proposta-que-pretende-reduzir-os-poderes-do-supremo.html> (último acesso em 10.01.14).

quando essa restrição está direcionada a um grupo terceiro (as gerações futuras). Apesar de a necessidade de conter paixões impulsivas, superar a inconsistência temporal e impedir que o desperdício sejam preocupações perenes, Elster concebe como um procedimento arbitrário permitir que uma geração imponha um virtual banimento de determinados direitos e/ou obrigações (e.g., aborto, imposto de renda, porte de armas, a liberdade irrestrita de um contrato, etc.) sobre sua sucessora. Desse modo, percebe o autor que não há nenhum modo isento de hipocrisia pelo qual poderíamos nos referir a esses procedimentos como *auto*-restrições. As gerações futuras, portanto, segundo essa perspectiva, não tem qualquer poder de negociação. Não há como, por exemplo, barganhar votos com as gerações atuais.

Como é possível extrair da leitura do referido autor, Elster percebe como necessário, em algumas circunstâncias, a utilização de instrumentos de pré-compromisso capazes de, até mesmo, engessarem determinados direitos (e.g., saúde e educação). Por outro lado, essa intervenção na capacidade deliberativa não pode ser considerada um instrumento de *auto*-restrição, eis que na formulação de tais restrições não há um processo de negociação em que as futuras gerações são capazes de interagir. Esclarecido esse ponto, cumpre destacar que, apesar de não ser considerado um instrumento de *auto*-restrição é possível verificar a existência de mecanismos de pré-compromissos capazes de restringir terceiros (e.g., futuras gerações) no âmbito das Constituições políticas. Em seu trabalho Elster não analisa diretamente a validade e a credibilidade desse tipo de restrição, em especial para as gerações subsequentes, uma vez que, para o autor, não há um processo de negociação no qual esse grupo de agentes é capaz de interagir.

Mesmo que não seja possível extrair diretamente uma relação de legitimidade com o futuro, as duas condições que tornam os pré-compromissos desejáveis ainda devem estar presentes para que a restrição formulada encontre amparo político e social. Isto é, o pré-compromisso formulado deve manter o arcabouço (no caso em questão, normativo) suficientemente flexível, tendo em vista especialmente as situações de risco produzidas pela sociedade contemporânea. E, em segundo lugar, deve encontrar amparo no elemento democrático (regulado pelos mecanismos de freios e contrapesos).

No caso em questão, como estamos lidando com formas de pré-compromisso jurídico-normativas, a legitimidade dessas restrições está também associada ao

conteúdo da constituição, bem como dos seus desdobramentos – seja sua aplicação pelo Poder Judiciário, através da interpretação da norma, seja pelo Poder Legislativo, quando da criação de outras normas com o objetivo regulamentar o texto constitucional. Em outras palavras, o conteúdo do pré-compromisso constitucional está definido pelo próprio texto político. Para que detenha o mesmo grau de credibilidade que tornou o conteúdo constitucional desejável, a interpretação desse texto com o objetivo aplicá-lo nos casos concretos, por sua vez, também deve encontrar amparo nos mesmos elementos que lastreiam as condições que tornam os pré-compromissos desejáveis. Portanto, sob o paradigma da teoria da restrição de Elster, a interpretação de um pré-compromisso normativo derivado do texto constitucional também deve, por um lado, encontrar substrato democrático em seu conteúdo e, por outro, não deve se servir de um pacto suicida, ou seja, como vimos, a restrição imposta não pode tornar o texto político inflexível, isto é, modificá-lo ao ponto de que este fique ainda menos responsivo ao risco produzido a partir da complexidade em que está inserida a sociedade contemporânea.

Portanto, o delineamento do conteúdo de um determinado direito fundamental – seja por quaisquer dos Poderes –, ao menos no que tange os que detêm natureza urbanístico-ambiental, deve ser referendado democraticamente em procedimento próprio. Adicionalmente, quando esse procedimento se desdobrar através das gerações subsequentes, tal deliberação deverá ser periodicamente submetida ao escrutínio de um procedimento democrático específico.

2.2. Meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental

Como apresenta Solange Teles da Silva (2007), direitos fundamentais são aqueles que o ordenamento jurídico qualifica como tais, ou seja, aqueles que foram reconhecidos pela ordem constitucional de determinado país. Complementando essa definição, ao tratar da expressão “direitos fundamentais do homem” José Afonso da Silva (2005) afirma que esta seria reservada para designar, *no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas*. Nesse sentido, como apresenta Gomes (2009), tais direitos são colocados no vértice do sistema sob proteção da carta magna e os diferencia dos direitos humanos que, para a autora, não estão vinculados

a um ente político, mas reconhecidos internacionalmente, sob a égide de um sistema de valores que seriam globalmente defendidos.

Apesar de discordarmos dessa definição, temos que considerar a perspectiva de Canotilho (2000), que afirma que sem a positivação, tais *direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política*!. Todavia, não podemos deixar analisar essa perspectiva de forma crítica, assim, ainda que positivados, diversos direitos fundamentais tem sua aplicação retida no campo da esperança ou são objeto de retórica política. A existência positivada de direitos fundamentais pode ser identificada como um passo importante na sua implementação, todavia o papel e a caneta não são o instrumento mais eficiente para coibir a manipulação política e o controle da aplicação do ordenamento jurídico.

Dentro das inúmeras classificações apresentadas na doutrina sobre os direitos fundamentais, para fins do presente trabalho, compreendemos tais garantias como direitos de solidariedade (Ferreira Filho, 2006). Isso porque, como nos ensina Borges (1998), o direito ao meio ambiente equilibrado não se pleiteia exclusivamente ao Estado, ou a outras pessoas, como se houvesse alguma relação contratual entre elas. Trata-se, em verdade, de um direito-dever oponível a todos, galvanizado por uma condição de solidariedade jurídica e ética, em que os sujeitos localizam-se difusamente. Essa condição própria do meio ambiente decorre da compreensão de que sua viabilidade só é possível na medida em que depende da colaboração de toda a sociedade e Poder Público. Exatamente por isso que as demandas de proteção ao meio ambiente estão associadas a uma questão existencial – direito à vida, dignidade da pessoa humana. Esse direito não se circunscreve aos limites definidos pelos direitos civis, políticos ou sociais, mas abrange a relação do homem com o espaço e também com seus descendentes, isto é, a sua responsabilidade para com as gerações futuras, visando impedir a deterioração completa do planeta (Pinto, 2011).

Razão pela qual o meio ambiente passou a ser percebido como um bem jurídico autônomo, isto é, ao concebê-lo como um *bem de uso comum do povo*, o constituinte reconheceu sua natureza de “direito público subjetivo”, ou seja, institucionalizou o direito ao meio ambiente sadio como um direito fundamental do indivíduo, segundo Milaré (2005)³⁷.

³⁷ Mais detalhadamente, sobre os benefícios e riscos da constitucionalização do direito ao meio ambiente, ver *Direito Constitucional Ambiental brasileiro* de Canotilho e Leite (2007).

Essa compreensão é reforçada pelo próprio conteúdo do texto constitucional que, a partir da Constituição Federal de 1988, confere um capítulo próprio e específico para a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para Carlos Sérgio Gurgel da Silva (2011), em relação às constituições federais brasileiras anteriores, seria como retirar o meio ambiente de um estágio de *miserabilidade ecológica constitucional* para alçá-lo ao que o referido autor apelida de estágio de *opulência ecológica constitucional*, eis que além do referido capítulo, a Carta Magna é permeada – direta ou indiretamente – pela preocupação de gestão dos recursos ambientais. Ou seja, mesmo fora do Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” da Constituição Federal de 1988, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado integra o rol de direitos fundamentais (Marum, 2002). Como já exaustivamente trabalhado pela doutrina jurídica em seus manuais, tais direitos são percebidos como difusos, eis que não têm como titular uma pessoa singularizada, mas pertencente a todos, isto é, à coletividade (Machado, 2005).

Para Solange Teles da Silva (2005), a consagração do direito fundamental ao meio ambiente, no art. 225 da Constituição Federal de 1988, teria um duplo significado. O primeiro, afirma a importância do meio ambiente para assegurar a dignidade humana. Para a autora, a constitucionalização do direito ao meio ambiente é a própria dignidade humana das gerações presentes e futuras. Para Piovesan (1993), a busca do texto constitucional em resguardar a dignidade humana seria redimensionada, na medida em que inclui a temática ambiental. Tratar-se-ia, portanto, de uma responsabilidade pela manutenção da vida em todas as suas formas, fundada na dimensão humana da solidariedade. Em segundo lugar, a referida autora identifica valor na própria posituação constitucional do direito ao meio ambiente. Entende que esse seria o meio necessário para que indivíduo e coletividade, ambos possam desenvolver todas as suas potencialidades. Assim, como viemos trabalhando, até no próprio texto constitucional a perspectiva sobre o meio ambiente está permeada pela dimensão individual e coletiva, portanto, solidária, conferindo, inclusive – ponto central de nossa análise – direitos a todas as gerações, inclusive as futuras (Mascarenhas, 2009).

Mirra (1994) também compreende que a preservação do meio ambiente também faz parte da *dignidade das pessoas* na medida em que a destruição ambiental do mundo compromete a possibilidade de uma existência digna para a humanidade,

pondo em risco, inclusive, sua própria existência. Além desse valor, o referido autor identifica a percepção do meio ambiente como direito fundamental um fator de transformação social. Isto é, resgatando Comparato (1989), a construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito não pode se ocorrer sem os atributos necessários essenciais da pessoa humana. Desta forma, a preservação desse direito seria uma etapa necessária na construção da democracia no país. Outros autores, como, por exemplo, Rossit e Canepa (2003), Trevizan (2007) e Ferrucci (2008) justificam a percepção do direito ao meio ambiente como sendo um direito fundamental tendo em vista sua relação *umbilical* com o direito à vida. Essa lição também é sustentada por Milaré (1998) quando, ao tratar dos princípios fundamentais do direito do ambiente afirma que o *reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida*. É também para o referido autor, esse “novo” direito fundamental da pessoa humana um instrumento de reorientação do conteúdo do que se entenderia pelos elementos necessários para se desfrutar de condições de vida adequada em um ambiente saudável.

Por fim, cumpre destacar o posicionamento de José Afonso da Silva (2002) sobre o tema. O referido autor entende que a Constituição Federal de 1988 toma consciência de que a qualidade do meio ambiente deve ser percebida como um imperativo do Poder Público para assegurar o direito à vida. Por meio dessa compreensão que o autor identifica que as normas constitucionais assumem, a partir de 1988, a consciência de que o direito à vida é a matriz de todos os demais direitos fundamentais e deve orientar as todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Em outras palavras, trata-se (a vida) de um valor preponderante que deve estar acima de quaisquer considerações como o desenvolvimento, direito de propriedade, iniciativa privada, etc. que, apesar de garantidos no texto constitucional, não poderiam – segundo o autor- primar sobre o direito fundamental à vida, que estaria em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente. Por essa razão, isto é, a vida como fonte primária de todos os outros bens jurídicos, que José Afonso da Silva (2002) defende que de nada adianta a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, se não erigisse a vida humana num desses direitos. Assim, a proteção ao meio ambiente traduz, para o autor, *o modo de proteção à vida, à qualidade de vida, à sobrevivência da espécie humana, que é destinatária dos direitos de terceira geração*. Complementando o entendimento anterior, para Gomes (2009) a proteção

do meio ambiente seria um meio de cumprimento dos direitos fundamentais, uma vez que está diretamente ligado a esse direito à vida. Todavia, ao mesmo tempo em que a manutenção da qualidade do meio ambiente é essencial para a vida das presentes e futuras gerações, só é possível garantir esse equilíbrio quando é imaginável usufruir dos demais direitos humanos fundamentais, como, por exemplo, o direito à informação, à participação política, à tutela judicial, etc.

Não que essa compreensão, voltada diretamente para o direito à vida, não esteja intrinsecamente relacionada à dignidade da pessoa humana. O próprio Édis Milaré (1998) reconhece isso ao afirmar que esse direito não está limitado apenas a própria existência física, mas também *quanto ao aspecto da dignidade esta existência, que faz com que valha a pena viver.*

Apesar de a doutrina jurídica considerar o meio ambiente um direito fundamental difuso, cumpre esclarecer qual o conteúdo desse conceito. A Política Nacional de Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), em seu art. 3º, I, faz referência apenas ao aspecto natural do ambiente ao afirmar que se trata do *conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.* Por sua vez, olhando apenas para o conteúdo do art. 225 da Constituição Federal de 1988, o referido artigo não vai a fundo à sua definição e apenas classifica o meio ambiente como sendo de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Ocorre que, a interpretação desse conteúdo não pode ser extraída apenas do referido artigo. Como mencionamos anteriormente, a preservação do meio ambiente é um elemento que pode ser extraído de forma direta e indireta da Constituição Federal de 1988 e, portanto, a interpretação do conteúdo desse conceito deve ser percebida da mesma forma.

Nesse sentido, José Afonso da Silva (2009) nos apresenta uma divisão conceitual amplamente aceita para identificar o meio ambiente a partir de três aspectos. Primeiramente, o autor enxerga o meio ambiente sob a perspectiva artificial, isto é, *constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (...) e dos equipamentos públicos.* Essa perspectiva territorial do meio ambiente é fundamental para identificarmos, ainda, outros elementos essenciais para o preenchimento desse conceito, como, por exemplo, o direito à moradia e as demais questões associadas à cidade de um modo geral (Henárias, 1999). Em segundo lugar, há a percepção de que, além da perspectiva urbanística, existe também a visão

cultural desse meio. Ou seja, o conceito contemplaria, ainda, o *patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, em regra, como obra do Homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou*. Por fim, o último aspecto identificado pelo autor retoma o conceito que apresentamos anteriormente, contido no art. 3º, I, da Lei n. 6.938/81, o *meio ambiente natural*. Nas palavras do autor, constituído pelo *solo, água, o ar atmosférico, a flora; enfim pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam*.

Após apresentarmos o meio ambiente como direito fundamental e compreendermos como a doutrina define seu conteúdo, cumpre neste momento, ainda que brevemente, abordar as consequências associadas à elevação do meio ambiente como um direito fundamental. Segundo José Afonso da Silva (2005), os direitos fundamentais possuem as seguintes características (a) historicidade, eis que são tão dinâmicos como qualquer outro direito; (b) inalienabilidade, uma vez que são intransferíveis, não são passíveis de negociação e não possuem conteúdo econômico, isto é, pertencem a todos e são indisponíveis; (c) imprescritibilidade, ou seja, nunca deixam de ser exigíveis; e (d) irrenunciáveis, segundo o autor, é possível deixar de exercê-los, mas não se admite sua renúncia.

Por outro lado, Marum (2002) encara a questão da historicidade de uma forma diferenciada. O referido autor compreende a irrevogabilidade como sendo uma das características intrínsecas aos direitos fundamentais. Para ele, há um sentido evolutivo na produção normativa que não pode retroceder. Em outras palavras, haveria um movimento histórico de ampliação e aprofundamento dos direitos que justificaria inclusive o princípio da irreversibilidade dos direitos já declarados. O autor entende que tais mandamentos se impõem por sua própria natureza, não só aos Poderes Públicos constituídos em cada Estado, como também no plano internacional e, principalmente, em relação ao Poder Constituinte. Por meio dessa compreensão, portanto, seria juridicamente inválido suprimir direitos fundamentais por via de novas regras constitucionais ou convenções internacionais. Seguindo esse mesmo raciocínio, Marum (2002) afirma que essa irrevogabilidade (do direito ao meio ambiente) traria seus próprios corolários, dispersando-se pelo ordenamento jurídico como um todo. Dessa forma, dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que

estejam de relacionados com o meio ambiente não poderiam suprimir ou enfraquecer esse direito fundamental irrevogável. Para o autor seria inconstitucional, por exemplo, as tentativas de mitigar as regras de reserva legal florestal previstas no art. 16 do Código Florestal anterior (Lei n. 4.771/65), atualmente revogado.

Outra característica que Marum (2002) aborda quando trata das características dos direitos fundamentais, em especial, do meio ambiente, trata-se da sua *integração plena e imediata dos pactos, tratados e convenções internacionais que versem sobre o tema, no sistema constitucional pátrio*. Como aponta o referido autor, o elenco constitucional de direitos fundamentais não é taxativo e a abertura do texto constitucional a novos direitos que venham ampliar o rol existente é algo comum na tradição do constitucionalismo internacional. Seguindo esse entendimento, o referido autor entende como evidente a intenção do constituinte no sentido de incluir no rol constitucional os direitos internacionalmente consagrados. Ou seja, pactos, convenções e tratados relativos ao meio ambiente, dos quais o Brasil seja parte integrariam imediatamente o rol de direitos fundamentais contidos na Constituição Federal de 1988. Assim, estariam imbuídos dessa condição específica de direito fundamental, por exemplo, "Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural", a "Convenção sobre o Direito do Mar", a "Convenção sobre a Diversidade Biológica" e a "Convenção sobre a Mudança Climática".

Marum (2002) percebe, ainda, outra característica, retirada da exegese própria dos direitos humanos no sentido de que, havendo conflito entre dispositivos de tratados internacionais relativos ao meio ambiente e normas de direito interno sobre a mesma matéria, deve prevalecer a norma mais favorável ao direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado. O autor ressalta que a mesma regra também teria aplicação entre normas de direito interno. Essa interpretação da aplicação da norma mais favorável, portanto, não decorre de um devaneio imaginado por ambientalistas, mas sim da técnica jurídica. Como ensina Cançado Trindade (1993) *no presente domínio de proteção, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. (...) É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos*. O referido autor ainda reitera que, apesar de possuir elevada relevância por suas implicações práticas, sendo, portanto, merecedora de maior atenção, tal característica estaria "curiosamente" passando despercebidamente na doutrina contemporânea.

Por fim, quando analisa a questão da imprescritibilidade dos direitos fundamentais, Marum (2002) afirma que tal característica seria própria dos direitos de caráter patrimonial, não atingindo direitos de caráter personalíssimos, ainda que não individualistas, como no é no caso do meio ambiente – difuso. Em outras palavras, se são sempre exercíveis e exercidos, não haveria, para o referido autor intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.

Ocorre que, como corretamente afirma Solange Teles da Silva (2007), é justamente em relação à sua implementação que esse direito fundamental – ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – que podem ocorrer *arbitragens complexas*. Isso porque, segundo a autora, há dificuldades de evidenciar quais seriam as necessidades das gerações subsequentes e poder-se-ia questionar, ainda, até que ponto a técnica (jurídica e científica, a nosso ver) seria capaz de fornecer respostas adequadas e minimamente neutras para equacionar os problemas ambientais presentes e futuros.

A título de ilustração, eis que não se trata do objeto central do presente trabalho, para compreender como a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem aplicando esse direito fundamental ao meio ambiente, apresentamos a seguir um rápido panorama de decisões significativas, cuja pesquisa inicial ocorreu através dos trabalhos de José Afonso da Silva (2002) e Solange Teles da Silva (2007).

Para José Afonso da Silva (2002), mesmo antes da Constituição Federal de 1988, o STF admitiu a proteção constitucional ao meio ambiente, em função da sua pertinência ao direito à vida. Nesse sentido, o referido autor cita, por exemplo, o Recurso Extraordinário 105.569-3/SP (Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJU 18.10.1985), em que se entendeu ser supletiva a legislação estadual, quanto aos efeitos danosos da exploração de uma pedreira, de modo negligente e perigoso para a saúde pública. As outras decisões trazidas pelo referido autor vem, então, reforçar esse entendimento. Dessa forma, é possível verificar o Mandado de Segurança 22.164/SP (Rel. Min. Celso de Mello, DJU 17.1995); a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.086/SC (Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 07.06.2001), e; o Recurso Extraordinário 208.790/SP (Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 15.12.2000).

Para Solange Teles da Silva (2007), que compreende os julgados do Supremo Tribunal Federal de forma mais crítica, tais decisões evidenciam clara possibilidade de colisão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e outros direitos

fundamentais. A autora reconhece que, em algumas situações, quando o meio ambiente – em colisão com outros direitos fundamentais – sai perdendo, verifica-se que o argumento vencedor se reveste de uma pretensa argumentação calcada no “desenvolvimento sustentável” para conseguir prevalecer. Um exemplo claro apresentado pela autora no que toca essa discrepância de interpretações sobre o posicionamento do STF em relação ao direito ao meio ambiente é destacada nas análises do Supremo sobre os casos de dispensa do Estudo de Impacto Ambiental (EIA). Em diversos julgados trazidos pela autora (e.g., MC na ADIn 1.086-7/SC, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 01.08.1994; STF, MC na ADIn 1.505-2/ES, rel. Min. Francisco Rezek, j. 19.12.1996; STF, ADIn 1.505-2/ES, rel. Min. Eros Grau, j. 24.11.2004; STF, AgRg no RE 396.541-7/RS, rel. Min. Carlos Velloso, j. 14.06.2005), o Tribunal considerou o EIA como um instrumento fundamental de concretização do direito ao meio ambiente e, portanto, indispensável. Todavia, quando apreciou o caso envolvendo a construção do Projeto da Transposição do Rio São Francisco, obra de interesse nacional, considerou a questão essencialmente sob o prisma do conflito federativo e o conteúdo ambiental foi essencialmente relativizado na decisão final da Corte.

Não resta dúvida, portanto, que o direito ao meio ambiente foi consagrado como um direito fundamental a partir da Constituição Federal de 1988. Contudo, a fundamentação para a aplicação do princípio da vedação do retrocesso também está calcada em um segundo elemento, qual seja, a existência de um mínimo existencial ecológico. Assim, antes de voltarmos nossas atenções para a aplicação da teoria da restrição junto ao referido princípio, cumpre analisar primeiro o conteúdo do que a doutrina vem defendendo como o núcleo duro do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2.3. Mínimo existencial social e ecológico

A teoria do mínimo existencial tem origem no cenário alemão pós segundos guerra mundial e foi elaborada em virtude de a Lei Fundamental de Bonn não prever direitos fundamentais sociais em seu texto (Krell, 2005). Com o objetivo de superar essa lacuna, o direito a um mínimo existencial foi extraído pela Corte Constitucional

Alemã a partir da interpretação do princípio da dignidade humana³⁸, do direito à vida, integridade física. Em regra, o mínimo existencial não está expressamente previsto no texto constitucional. Sua existência é percebida através de uma interpretação nos ideais de liberdade, dignidade humana, igualdade, devido processo legal, e livre iniciativa (Eilberg, 2010). Antes de tratarmos especificamente sobre o mínimo existencial ecológico, faz-se necessário fazer uma breve análise sobre a sua compreensão na esfera social, espaço no qual esse conceito veio sendo construído desde a fase do Estado de Bem-Estar Social.

Segundo Leivas (2008), a tarefa de definir o conteúdo do mínimo existencial de forma precisa é complexa, apesar de ser possível extrair diversas definições genéricas. Nesse sentido, Torres (2008) afirma que o mínimo é preenchido por um núcleo intocável e irrestringível de direitos fundamentais e constitui limites para a atuação do Estado. Por outro lado, Barcellos (2011) compreende o mínimo existencial como aquele formado por condições materiais básicas para a existência e corresponde a uma central da dignidade humana. A referida autora elenca qual seria a composição desse mínimo: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Segundo Barcellos (2011), tal lista não seria aleatória ou normativa, isso porque, a educação e a saúde formariam um primeiro momento da dignidade humana. A assistência aos desamparados evitaria a indignidade em termos absolutos e o acesso à justiça seria o elemento indispensável à eficácia positiva reconhecida aos elementos materiais do mínimo existencial. Em uma compreensão quase que oposta, Sarlet (2006) entende que o mínimo existencial não possui um conteúdo específico, podendo abranger qualquer prestação. Também divergindo da posição de Ana Paula de Barcellos (2011), Sarmiento (2004) entende inadequada a escolha de algumas prestações sociais com a exclusão de outras que, em sua compreensão, também são igualmente direitos fundamentais.

Para (Bahia, Abujamra, 2010), o mínimo existencial seria composto por condições materiais básicas e prestações sociais positivas que sejam consideradas efetivamente indispensáveis para a vida com mínima dignidade, como podemos

³⁸ Segundo Barroso (2006), dignidade da pessoa humana *expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais.* Em sentido semelhante ver, Vieira (2006).

destacar a *alimentação, o vestuário, a moradia, a saúde preventiva e curativa e a educação básica*.

A despeito de uma definição mais precisa, o conteúdo do mínimo existencial deve estar associado a um direito básico às provisões necessárias para que se viva dignamente (Barroso, 2012). Segundo o referido autor, para que sejam livres, iguais e capazes de exercer uma cidadania responsável, os indivíduos precisam estar além do mínimo de bem-estar, sob o risco de a autonomia se tornar uma ficção (Barroso, 2012). Em outras palavras, *alguém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade* (Barroso, 2006). Para o autor, algumas prestações essenciais são exigidas para essa condição, isto é, educação básica, serviços de saúde, alimentação, água, vestuário e abrigo. Contudo, Barroso admite que *o elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore* (Barroso, 2006). Nesse contexto, Barroso (2012) ainda afirma que a sindicabilidade judicial desses direitos é complexa e produz impasses. No Brasil, a perspectiva de direitos sociais mínimos que podem ser efetivados pelo Judiciário, a despeito de intervenção legislativa, é aceita por nossa jurisprudência (Barroso, 2012).

O respeito à autonomia da vontade, à integridade física e moral e a elevação da dignidade da pessoa humana a um patamar diferenciado na produção normativa está, portanto, associado à rejeição da coisificação do ser humano. Ou seja, pelo simples fato de ser humano, a despeito de qualquer diferença étnica, cultural e social o mínimo existencial lhe seria garantido (Lima, 2011).

Transportando essa análise para a Constituição Federal de 1988, reiteramos que, apesar de se tratar de um direito pré-constitucional (Bahia, Abujamra, 2010), a doutrina compreende ser possível extrair o mínimo existencial a partir dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme arts. 1º e 3º, que assegurariam, pelo ponto de vista normativo, *a existência digna, sociedade justa e erradicação da pobreza, o que de nada valeria se ao homem como sujeito de direito não fosse salvaguardada um núcleo mínimo de direitos que lhe possibilitasse uma sobrevivência como pessoa humana* (Davi, 2010). Complementando essa interpretação, Davi (2010) sustenta que esse núcleo – o mínimo existencial – transformaria a baixa densidade normativa inerente à natureza dos princípios,

afastando juízos de oportunidade nos casos que envolvem decisões administrativas voltadas para a satisfação desse mínimo.

Ainda sobre esse assunto, ao interpretar Sarlet (2007), Cáprio (2010) entende que o mínimo existencial seria percebido como o núcleo essencial dos próprios direitos sociais, na condição de direitos fundamentais. E, reiterando o que falamos anteriormente, abrangeria, então, as condições para uma vida com qualidade que garanta, segundo o autor, o implemento do direito a uma vida com dignidade. Em resumo, Cáprio (2010) extrai de Sarlet (2007) o mínimo existencial como o *conjunto de garantias materiais para uma vida condigna*.

Retornando novamente para a realidade brasileira, os próprios Tribunais Superiores, quando não aplicam casuisticamente sua própria definição acerca do conteúdo do mínimo existencial (e.g., STF, RE 581.352 AgR / AM; RE 642.536 AgR / AP), acabam fazendo referência aos doutrinadores anteriormente mencionados para definir seu conteúdo em meio aos casos práticos (e.g., STF, RE 567.985 / MT). Nota-se, portanto, que o conteúdo pragmático do que vem a ser o mínimo existencial aplicado no âmbito dos direitos sociais pelos tribunais superiores, ao que parece, está lastreado por coordenadas mínimas – fixadas pela própria doutrina – mas, essencialmente, guiadas pelas técnicas de produção de decisão judiciais, o que significa dizer que, boa parte do seu conteúdo é definido pela convicção final dos operadores do Poder Judiciário.

Nesse sentido, ou seja, sobre o modo como esse conteúdo é desenvolvido, tendemos a concordar com o posicionamento de Rodrigues (2006) quando a autora percebe nessa expressão – mínimo existencial – uma enorme imprecisão, sujeita a modelações políticas conjunturais que tornam seu conteúdo significativamente instável. Apesar de identificar essa dificuldade, a autora compreende, em verdade, um desafio, isto é, que *cada geração deve estabelecer qual o consenso de mínimo existencial que deve prevalecer, ou seja, quais são os direitos e bens que devem ser a todos garantidos para permitir uma existência digna*. Nós adicionaríamos a percepção de Rodrigues (2006) uma compreensão um pouco mais institucionalizada acerca do desafio de cada geração em delimitar o referido conceito. Apesar de percebermos na própria formulação doutrinária analisada uma tentativa de associar suas definições ao conteúdo constitucional para, então, conferir legitimidade, como sustentamos desde o primeiro capítulo, acreditamos que esse esforço não é

insuficiente. Essa afirmação decorre, em especial, da própria característica pré-constitucional desse instituto, isto é, exatamente por anteceder ao pacto político sua percepção, quando derivada da percepção apenas de um grupo seletivo de doutrinadores ou, até mesmo do Poder Judiciário, tende a refletir essencialmente a compreensão desses atores, apenas. Em outras palavras, estaríamos subjugando o próprio pacto constitucional a um conteúdo formulado por agentes específicos e não pelo corpo social em sua plenitude, ainda que ficcional.

Apresentada breve análise sobre o mínimo existencial no âmbito dos direitos sociais, cumpre, a partir de agora, compreendê-lo a partir da ótica dos direitos difusos, em especial, os de natureza urbanístico-ambiental. A compreensão introdutória sobre a aplicação desse conceito pré-constitucional é fundamental para identificarmos os limites e adaptações conduzidos pela doutrina no transporte para a seara dos direitos difusos. Como veremos adiante, é importante compreender o mínimo existencial ecológico, eis que a proteção que o princípio da vedação ao retrocesso visa conferir se dá – ao menos em tese – lastreada no âmbito da percepção do conteúdo desse mínimo.

Retomando a discussão sobre o conteúdo do mínimo existencial, agora sob a perspectiva ecológica, Ayala (2010, 2011) reafirma a dificuldade em se obter um consenso sobre seu conteúdo positivo. Assim, como alternativa, o referido autor busca construir em seu trabalho a perspectiva desse mínimo a partir de uma determinação negativa. Nesse contexto, retomando a construção doutrinária alemã, Ayala (2010) afirma que o mínimo existencial ecológico far-se-ia em analogia ao reconhecimento de mínimo social de existência. Dessa forma, segundo o referido autor, o conceito de dignidade humana seria percebido através de uma leitura ecológica na qual *o homem não poderia ser reduzido a um mero objeto do mundo técnico-industrial*. E a materialização prática de um direito fundamental ao meio ambiente seria compreendida como o *resultado de uma composição de posições jurídicas e realidade subjetiva e objetiva do direito fundamental, que tendem a orientar a concretização de um mínimo de condições existenciais que permita garantir aquelas finalidades*. Continua o autor, *um mínimo ecológico de existência tem a ver, portanto, com a proteção de uma zona existencial que deve ser mantida e reproduzida*. Essa zona existencial, segundo Ayala (2010) estaria associada a manutenção de *padrões ecológicos elementares de existência*. Como síntese de sua argumentação, o autor

concluir afirmando que é possível conceber a noção de mínimo ecológico por meio da combinação do exercício da iniciativa do Poder Público e dos particulares, objetivando assegurar a proteção de níveis de qualidade dos recursos naturais, *que sejam indispensáveis para que se possa assegurar um conjunto de realidades existenciais dignas ao homem* – que o autor associa a uma imagem específica de homem moldada à luz do Estado de direito democrático, social e ambiental.

Em outras palavras, Ayala (2010) inclui o meio ambiente (“ecológico”) no conjunto mínimo de prestações – sociais, econômicas e culturais, segundo o autor – que constitui o veículo para uma existência digna do homem como pessoa³⁹. Compreende que essa noção de mínimo ecológico surgiria em decorrência – no plano existencial – de um sistema de responsabilidades compartilhadas. Ou seja, se à coletividade cabe o dever de defender e assegurar que seus comportamentos não degradem a qualidade de vida de um bem indivisível, segundo o Ayala (2010), caberia ao Estado assegurar que essa qualidade não seja degradada, por deficiência, ausência ou insuficiência em sua proteção normativa⁴⁰.

Ao aprofundar um pouco mais sua análise sobre a questão do mínimo existencial, em outro trabalho Ayala (2010b) afirma que a noção de mínimo de existência ecológico não pode ser percebida limitada apenas como o resultado de prestações fáticas que sejam necessárias ao desenvolvido dos equilíbrios dinâmicos dos recursos naturais, ou à manutenção de sua qualidade. O referido autor compreende que as prestações estatais devem ser compreendidas, ainda, por meio de suas formas de estrutura de organização e de garantias mínimas do direito ambiente. E, por fim, propõe que essas prestações positivas sejam orientadas independentemente das fontes e das iniciativas das ameaças, sejam públicas, sejam privadas.

³⁹ Esse rol é novamente modulado por Ayala (2011c) em outro texto quando afirma que a qualidade de vida nas cidades projeta-se como uma manifestação de um direito a um projeto digno de vida. Nesse sentido, o autor procura associar a necessidade de restaurar e proteger processos ecológicos com a garantia de uma vida digna na cidade. A inclusão de uma perspectiva urbanística nessa análise também pode ser extraída do trabalho de Marchesan (2007) quando afirma que esse “piso mínimo existencial” deve contemplar de forma harmônica as dimensões natural, cultural e artificial do meio ambiente.

⁴⁰ Em outro trabalho, Ayala (2011b) nos apresenta uma definição mais simplificada do que ele entenderia pelo conteúdo do mínimo existencial ecológico: a *proteção dos recursos naturais que sejam críticos ao desenvolvimento da vida*. Importante notar aqui que a expressão vida utilizada pelo autor ao longo do referido texto faz referência às mais diversas formas de vida biótica, não só a humana.

Por outro lado, Ayala (2010b) verifica também uma dimensão defensiva na compreensão do mínimo existencial. Nessa perspectiva, defende que a sua função é a de não permitir às funções legislativa, executiva e judicial propor medidas (normativas, administrativas ou judiciais) que possam representar *fontes de riscos concretos ou potenciais ao meio ambiente, sejam tais fontes conhecidas ou inacessíveis ao conhecimento científico*.

Reforçando a ideia trabalhada por Ayala (2010, 2010b), Sarlet e Fensterseifer (2011) também compreendem o mínimo existencial ecológico como sendo mais um elemento a ser incluído no conteúdo de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade. Os autores retomam o conceito de dignidade humana para compreendê-lo como “diretriz jurídico-material” para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial. E, tendo em vista que o referido conteúdo, segundo a doutrina anteriormente citada, o percebe como sendo mais amplo do que um mero garantidor da sobrevivência física sua proteção, portanto, não poderia estar restrita exclusivamente a assegurar as liberdades fundamentais. Isso porque, nosso próprio texto constitucional estaria marcado por um constitucionalismo social e também comprometido com o meio ambiente. Por essas razões Sarlet e Fensterseifer (2011) defendem que a dimensão ecológica deve ser acrescida à noção de mínimo existencial, atuando como critério material para concretização de patamares mínimos de tutela ambiental. Concluem os autores afirmando que por força da proibição do retrocesso, o mínimo existencial – social e ambiental – operaria como limite material vinculando negativamente o Poder Público⁴¹.

Sobre essa vinculação negativa do Poder Público, Sarlet e Fensterseifer (2011) afirmam que, toda vez que a Administração atua de forma negativa – quando há um mandamento legal ou constitucional que impõe sua atuação – seria possível questionar, através da via judicial, seu desempenho insuficiente ou omissivo, inclusive, impondo a essa Administração a adoção de ações concretas destinadas a assegurar esse mínimo de qualidade ambiental. Com esse raciocínio, os autores buscam reiterar a existência – em material ambiental – de um núcleo essencial a ser preservado,

⁴¹ Curioso destacar que Sarlet e Fensterseifer (2011) brevemente mencionam a possibilidade de uma eficácia desse mínimo existencial no âmbito das relações privadas. Apesar de os referidos autores não discutirem o assunto, tampouco o presente trabalho, cumpre mencionar que esse tópico é extremamente importante, todavia, pouco trabalhado. Ayala (2010b) compreende que, em função de sua adstrição à vinculação dos comportamentos estatais, não seria possível estender sua finalidade para a proteção contra efeitos de comportamentos privados, que devem ser objeto de proteção por outros instrumentos.

protegido e assegurado positivamente, afastando, portanto, a necessidade de eventual *regulamentação legal prévia para gerar posições subjetivas exigíveis e deveres de proteção vinculantes*. Essa interpretação nos conduziria, portanto, o meio ambiente a uma condição de direito fundamental originário, passível de imediata reclamação perante o Poder Judiciário, a despeito da necessidade de procedimentos prévios e da existência de serviços públicos específicos. Sarlet e Fensterseifer (2011) defendem, ainda, que – a depender das circunstâncias – tal conjunto de direitos subjetivos originários e definitivos poderia prevalecer mesmo em face de outros princípios e direitos fundamentais, especialmente no que tange a manifestações concretas da dignidade da pessoa humana. Ao defender a possibilidade de exigência de prestações básicas na área ambiental em face do Estado, os referidos autores também estão cientes da questão do custo de implementação de direitos e a superação das objeções que dizem respeito às limitações financeiras e orçamentárias que, em regra, obstaculizam a efetivação de parte dos direitos fundamentais. Dessa forma, Sarlet e Fensterseifer (2011) aderem à posição doutrinária que defende que, no que tange às prestações materiais mínimas, as restrições orçamentárias não devem servir de barreira intransponível, de tal modo que, bens e serviços em matéria ambiental que não integrem a condição de mínimo existencial ecológico poderão ter sua implementação condicionada a uma lógica progressiva, que, por sua vez, deve estar associada – segundo os autores – a uma prévia projeção e regulamentação orçamentária, em outras palavras, deve haver uma previsão temporal para sua materialização.

Outras definições acerca do mínimo existencial (ou essencial) ecológico podem ser extraídas da doutrina, mas também são igualmente imprecisas e/ou extremamente amplas. Flores (2013) percebe seu conteúdo como algo capaz de garantir condições mínimas de subsistência, sem riscos para a vida e para a saúde da população, ou de danos irreparáveis ao meio ambiente. Em outro trabalho Sarlet e Fensterseifer (2012) o descrevem de forma mais simples, isto é, como a garantia de um patamar mínimo de qualidade ambiental, sem se ater aos detalhes práticos do que seria esse patamar. Candemil (2012) Freitas e Varjadedbian (2012) e Souza e Varjadedbian (2013) também se limitam a incluir o conteúdo do mínimo existencial ecológico como mais um elemento necessário a uma existência humana digna. Attanasio Junior (2013) se limita a compreendê-lo como um elemento garantidor que possibilite não só a sobrevivência

do indivíduo, mas também que lhe permita usufruir de oportunidades para o desenvolvimento de seus potenciais humanos.

Em outros casos, os autores são categóricos ao afirmar que o conteúdo do mínimo existencial ecológico pode ser extraído de um mandamento doutrinário, como assim o faz Ferreira (2011) e Leite, Ferreira e Ayala (2010) ao afirmarem que o mínimo pode ser entendido como a seguinte construção elaborada por Fensterseifer (2008), isto é, um *conjunto mínimo de condições materiais em termos de qualidade ambiental, sem o qual o desenvolvimento da vida humana também se encontra fulminado*⁴². Em um sentido completamente diferente dos já trabalhados, Jesus (2009) percebe que caberia à União a fixação de normas gerais que deveriam ser constituídas como mínimos existenciais ambientais sob a perspectiva federativa. Sendo assim, os demais entes federativos (Distrito Federal, Estados e municípios) não poderiam violá-lo.

A análise dos conceitos, especialmente quando trabalhados pela doutrina ambientalista, nos permite concluir que há um elevado grau de imprecisão ou de desproporcionalmente amplas na definição dos conceitos. Essa condição torna sua aplicação ainda mais controversa e sujeita a interpretações arbitrárias por parte dos órgãos de controle do Poder Público. Nesse sentido, tendemos a concordar com Barroso (2006), Sarlet (2006b) e Vieira (2006) quando afirmam que o conteúdo de dignidade da pessoa humana deve refletir os valores da sociedade. Dessa forma, não cabe aos órgãos de controle do Poder Público, tampouco exclusivamente aos demais operadores do Direito a detenção de legitimidade para a formulação de seu conteúdo. Nesse sentido, a manifestação jurídica, inclusive a judiciária, deve refletir valores e conteúdos sociais e, não, pretensamente elaborá-los.

2.4. O princípio da vedação ao retrocesso em matéria social

Como se têm conhecimento, a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso, ao menos no direito brasileiro, vem-se materializando de forma mais intensa nas demandas de cunho social. Por conseqüência, boa parte da produção doutrinária

⁴² Interessante notar que Fensterseifer (2011) faz uso dessa teoria sobre o conteúdo do mínimo existencial ambiental por ele desenvolvida para, inclusive, legitimar a atuação da Defensoria Pública para o ajuizamento de Ações Cíveis Públicas ambientais.

sobre a aplicação desse princípio decorre da análise de questões sociais e sua respectiva aplicação nessa seara.

Antes de adentrarmos na análise sobre sua aplicação, cumpre fazermos algumas observações pertinentes ao referido princípio. Para Barcellos (2011), a vedação ao retrocesso é uma criação doutrinária que pode ser considerada uma derivação ou um aprofundamento da eficácia negativa das normas constitucionais. Segundo a autora, essa modalidade pressupõe que os princípios constitucionais que tratam dos direitos fundamentais devem ser concretizados através de regulamentação infraconstitucional. Em outras palavras, os efeitos que pretendem produzir são (serão) especificados em legislação ordinária. Além disso, a autora evoca mais dois pressupostos inerentes a essa interpretação seriam (i) a aplicação imediata e/ou efetividade dos direitos fundamentais; e (ii) a progressiva ampliação de tais direitos fundamentais. Pretende-se, dessa forma, a possibilidade de se exigir do Judiciário que este invalide enunciados que revoguem regulamentações de princípios constitucionais – reduzindo sua aplicação e fruição – sempre que tais revogações não estiverem acompanhadas de uma política substitutiva. Ou seja, compreende-se como uma forma de ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ dos direitos fundamentais a revogação que não vem acompanhada de esquemas alternativos ou compensatórios (Canotilho, 1997) ⁴³⁴⁴.

Já para Sarlet (2006b) no cerne da questão está a necessidade de saber *até que ponto pode o legislador infraconstitucional voltar atrás no que diz com a implementação dos direitos fundamentais sociais, assim como dos objetivos estabelecidos pelo constituinte*, eis que, segundo o referido autor, a proibição do retrocesso representaria uma proteção adicional outorgada pela ordem jurídico-constitucional, que transcende à proteção usualmente conferida pelas figuras

⁴³ Sarlet (2006b) transcreve em seu trabalho trecho de um *leading case* do Tribunal Constitucional de Portugal sobre alterações no sistema nacional de saúde que trata exatamente da referida questão (AC 39/84): *A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir a alterá-los ou reformá-los nos limites constitucionalmente admitidos (grifo nosso); mas não pode vir a extingui-los ou revogá-los.* A preocupação do Tribunal Constitucional Português é clara no sentido de que é possível alterações no arcabouço normativo, contudo, faz-se necessário que tais mudanças não violem o conteúdo constitucional desses direitos.

⁴⁴ Vitor Gonçalves Machado (2012), ao tratar dos esquemas alternativos ou compensatórios apontados por Canotilho (1997), alerta para o cuidado de que medidas compensatórias ou paliativas não podem ser utilizadas para mascarar a revogação de direitos fundamentais. Apesar de o momento político justificar uma alternativa política, o autor argumenta que pela necessidade de que haja um planejamento para sua implementação definitiva.

ordinárias do direito adquirido, da coisa julgada, bem como das demais vedações específicas de medidas retroativas. Afonso (2006), por sua vez, caracteriza o princípio em questão *pela ideia de que os ganhos sociais e econômicos, após serem realizados, jamais poderão ser ceifados ou anulados, passando a ser uma garantia constitucional*. Isto é, para o autor, um direito social só poderá ser retirado do ordenamento apenas caso não consista em uma perda para pessoa. Em outras palavras, apenas se for substituído por outro de igual equivalência. Costa e Carvalho (2010), por sua vez, compreendem que o referido princípio deve ser observado em nosso ordenamento jurídico-constitucional na medida em que proíba o legislador que *realize supressão ou alteração das normas infraconstitucionais que densificam normas constitucionais consagradoras de direitos sociais, conferindo plena eficácia a estes direitos*. Adicionalmente, Vitor Gonçalves Machado (2012) enxerga o princípio da vedação do retrocesso como um instrumento para (a) proibir a supressão e/ou a redução de direitos fundamentais em níveis já alcançados – na mesma linha de Sarlet (2006b); (b) limitar a reversibilidade de direitos adquiridos; (c) proteger o núcleo essencial desses direitos fundamentais sociais; e (d) invalidar, por inconstitucionalidade, norma que revogue determinado direito fundamental sem que esteja acompanhada de política equivalente – tal qual afirma Canotilho (1997) e também Clève (2006).

Por fim, para Barroso (2001) o princípio da vedação do retrocesso, apesar de não expresso, decorre do sistema jurídico-constitucional e tem por finalidade garantir que uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, não seja absolutamente suprimida⁴⁵. O que significa dizer que, tal mandamento se incorporaria ao patrimônio jurídico da cidadania, segundo o referido autor.

Não há dúvida que o legislador ordinário está vinculado ao conteúdo do texto Constitucional, e que, portanto, não pode dispor de forma contrária ao que este determina. Contudo, como sustenta Barcellos (2011), ainda que não seja possível exigir judicialmente que o legislador regule determinado princípio, pode-se

⁴⁵ Apesar de não concordarmos com Afonso (2006), o referido autor afirma que, a despeito de não estar expresso na legislação ordinária, seria possível identificar o princípio da vedação do retrocesso implicitamente em determinados trechos da Constituição Federal de 1988, como, por exemplo, nos arts. 1º, 2º, 3º, 5º, *caput*, XLI, LXI e 170. No mesmo sentido, Vitor Gonçalves Machado (2012) também extrai o referido princípio de determinados trechos do texto constitucional, como, por exemplo, do art. 60, §4º, IV; art. 5º, XXXVI. O referido autor ainda afirma que o mencionado princípio também pode ser extraído das regras de interpretação definidas no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica.

pretender que o legislador não vá de encontro aos valores constitucionais. Como nos ensina a referida autora, esta, portanto, seria a modalidade de eficácia negativa.

Ao continuar tratando da aplicação do princípio da vedação ao retrocesso, Barcellos (2011) introduz uma discussão fundamental para o presente trabalho. A autora afirma categoricamente que, quando há a revogação pura e simples de uma disposição infraconstitucional que, por sua vez, tem como resultado esvaziar um determinado comando constitucional, não resta dúvida que a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso se encaixaria perfeitamente na presente hipótese. Por exemplo, se o legislador promovesse a revogação integral do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), como afirma Barcellos (2011), de modo a esvaziar o que dispõe o art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988. Assim, como afirma Sarlet (2006b), *a plena e descontrolada disponibilização dos direitos e dos projetos de vida pessoais por parte da ordem jurídica acabaria por transformar os mesmos em simples instrumento da vontade estatal*. Ocorre que, situações como essa são pouco prováveis. Na prática, como afirma a autora, o intérprete é obrigado a lidar com situações intermediárias, em que as modificações da disciplina existente modificam ou restringem a proteção anteriormente garantida.

Como é fundamental compreender, quando se trata da aplicação dos direitos fundamentais o legislador é obrigado a fazer escolhas com base em interesses e fundamentações que variam conforme o momento histórico e político vivenciado pelos agentes no momento da deliberação. Essas escolhas têm implicações práticas e desdobramentos que influenciam positiva ou negativamente os demais direitos fundamentais envolvidos. Em outras palavras, cada opção deliberativa do legislador produz um efeito em cadeia dinâmico, eis que várias escolhas são realizadas simultaneamente. Nesses casos, restringir não necessariamente significa produzir melhores resultados. Por outro lado, Sarlet (2006b) defende que a proteção dos direitos fundamentais, ao menos no que tange ao seu núcleo essencial, será possível apenas onde estiver assegurado um mínimo de segurança jurídica, que, por sua vez, significa dizer que se faz necessário, segundo o autor, que o ordenamento confira, em certo grau, uma determinada proteção à confiança.

Para desenvolver essa análise sobre a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso em situações intermediárias, Barcellos (2011) divide sua análise a partir de duas perspectivas. A primeira posição trabalhada pela autora é a que defende que a

vedação do retrocesso impediria qualquer tipo de restrição da regulamentação vigente. Em outras palavras, nenhuma alteração proposta pelo legislador pode ser diferente da ampliação de um determinado direito fundamental, sob pena de inconstitucionalidade de proposição. Como consequência, essa visão permite, segundo Barcellos (2011), a construção de um bloco de constitucionalidade, à qual se reconheceria o *status* de cláusula pétrea. Sobre essa visão, a autora apresenta suas críticas. Inicialmente, argumenta-se que seria implausível afirmar que a regulamentação de um determinado direito fundamental admitir-se-ia apenas um conteúdo e uma forma em particular. Ou seja, não é possível ignorar a multiplicidade de crenças, ideologias, concepções filosóficas e políticas para a imposição de um único e totalitário posicionamento constitucional. Cristalizar em um bloco de constitucionalidade imutável determinado conteúdo⁴⁶, além de parecer arbitrário, produz consequências indesejáveis na capacidade de deliberação democrática, como estamos defendendo desde o início desse trabalho. Isso porque, como defende a referida autora, a Constituição tem como finalidade servir de elemento limitador às maiorias em uma espécie de consenso mínimo que, a despeito de qualquer convicção ideológica deve ser respeitado e, portanto, oponível a qualquer grupo dentro do Estado Democrático de Direito.

Sob a perspectiva de Sarlet (2006b), a proteção da confiança continua sendo um elemento central de sua análise e, portanto, serviria como instrumento para a aferição da legitimidade constitucional de atos e leis de natureza retroativa. Para o referido autor, a segurança jurídica compreende elemento essencial para garantia da dignidade da pessoa humana⁴⁷. Nota-se que a referida posição se distingue significativamente do que propõe Barcellos (2011) uma vez que a preocupação central da autora é em garantir a manutenção do conteúdo constitucional, a despeito de alterações significativas no ordenamento jurídico. Em outras palavras, a segurança jurídica apesar de poder ser percebida intrinsecamente em seu argumento, não é encarada como um elemento central de sua argumentação, como é o caso da

⁴⁶ Sobre o aspecto da cristalização, apesar de discordarmos da posição a seguir descrita, Afonso (2006) afirma que *quando um direito social é inserido em nosso ordenamento, há uma espécie de enrijecimento da norma, não podendo mais ser modificada a menor.*

⁴⁷ A preocupação com a confiança jurídica é tão central no argumento de Sarlet (2006b) que, quando o referido autor sistematiza em seu trabalho os princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional que sustentariam a vedação do retrocesso, o próprio princípio do Estado Democrático e social de Direito tem sua institucionalidade voltada para a garantia de um nível mínimo de segurança contra medidas retroativas.

sustentação produzida por Sarlet (2006b). Esse posicionamento do referido autor fica ainda mais evidente quando o mesmo trata da necessidade de *estabelecer regras de transição razoáveis* para proteger as denominadas *expectativas de direitos*.

Fica claro que existe, então, um mínimo que o qual todos os representantes eleitos pelo sufrágio têm de respeitar, ou seja, a construção de qualquer projeto político deve necessariamente partir desse ponto constitucionalmente definido. Assim, por essa perspectiva conclui-se que a aplicação abrangente do princípio da vedação ao retrocesso se mostraria inadequada especialmente porque violaria o pacto democrático, impedindo a construção de uma sociedade plural capaz de incluir os mais diversos interesses e concepções sociais. Barcellos (2011) complementa seu raciocínio trazendo um elemento de extrema lucidez à teoria jurídica ao afirmar que *é equivocado imaginar que a proteção ampliada de um específico direito fundamental será sempre o meio adequado de e proteger a dignidade humana das pessoas*. Ou seja, como vimos anteriormente e reforçamos nesse momento, compreender a substância da dignidade humana é uma questão complexa e, sob o ponto de vista jurídico, seu conteúdo não pode descartar os elementos fáticos e sociais que configuram a sociedade em seus diversos momentos de existência. Faz-se necessário, assim, equilibrar os diversos aspectos envolvidos e, jamais, desconsiderar a perspectiva coleta e futura – isto é, as gerações subsequentes.

Considerando que, se por um lado o engessamento das regulamentações impõe uma limitação democrática excessiva e, por outro, a relativização dessa proteção pode efetivamente promover retrocessos em determinadas garantias, Barcellos (2011) propõe, então, a realização de um teste. A proposta é tentar identificar em que circunstâncias a eficácia *vedativa* do retrocesso será aplicável em situações intermediárias. Segundo a autora, a ideia é *confrontar a nova regulamentação com a garantia mínima que decorre da Constituição e não propriamente com a disciplina já adotada pelo legislador infraconstitucional*. Ou seja, pretende-se nessa proposta analisar a nova regulamentação proposta tendo como referencial o conteúdo constitucional e não a norma anterior. Trata-se de relativizar a regulamentação infraconstitucional para identificar na vontade do constituinte esse mínimo que lastreia o pacto democrático, no qual, os próprios representantes eleitos devem se submeter, sob pena de violação da Constituição. Dessa forma, a indagação que Barcellos (2011) propõe para realização desse confronto é saber se *a nova*

disciplina pretendida é compatível com a garantia constitucional, tendo em conta o sentido em que ela é compreendida contemporaneamente. Isto é, a nova regulamentação realiza de forma *minimamente adequada* o bem jurídico tutelado pelo direito fundamento previsto? Nesse sentido, caso a regulamentação pretendida garanta a *aplicabilidade real e efetiva* do direito constitucional tutelado, tal proposta não poderá ser considerada inválida e a vedação do retrocesso, sob a perspectiva da autora, não poderá ser aplicada.

Por outro lado, se aplicássemos o conceito de Sarlet (2006b) à formulação hipotética de Barcellos (2011) – isto é, comparar a nova regulamentação com o próprio conteúdo constitucional – a tentativa de aplicação do referido teste se mostraria impossível. Isso porque, como transcrevemos anteriormente, para Sarlet (2006b) a questão da vedação do retrocesso está associada aos limites que o legislador infraconstitucional no diz respeito à implementação dos direitos fundamentais sociais e no que tange os objetivos estabelecidos pelo constituinte. Ou seja, além do conteúdo constitucional – utilizado por Barcellos (2011) como único referencial –, o referido autor enxerga o próprio status de implementação dos direitos sociais como um elemento para aferição desses limites. Apesar de discordarmos da argumentação de Sarlet (2006b), e apoiarmos a definição construída por Barcellos (2011), tal posicionamento mostra-se congruente com sua argumentação central, voltada para a proteção da segurança jurídica.

Para o referido autor, a aplicação do princípio da vedação do retrocesso passa pela aferição de critérios específicos por ele definidos. Primeiramente, Sarlet (2006b) resgata a ideia de núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais. Ou seja, *uma supressão ou relativização (no sentido de uma restrição) que afete o núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social constitucionalmente assegurado* deve estar necessariamente protegida pelo referido princípio. Para o autor, tal núcleo essencial estaria diretamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em segundo lugar, Sarlet (2006b) identifica o mínimo existencial como critério para a aplicação da vedação do retrocesso. O autor compreende o referido conceito como abrangendo *o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade*. Fica claro que o autor distingue núcleo essencial e mínimo essencial e compreende esse último como sendo um conjunto de

prestações. Assim, Sarlet (2006b) afirma que a dignidade tem como uma de suas funções servir de diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial (dos direitos fundamentais), como também para a compreensão do conteúdo do mínimo existencial. Assim, ao conferir – na aplicação do princípio ora analisado – primazia à dignidade da pessoa humana, Sarlet (2006b) defende que, para que não viole o princípio da proibição de retrocesso, além de uma justificativa lastreada pelo conteúdo constitucional, a medida deve resguardar *o núcleo essencial dos direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas.*

Por fim, o terceiro elemento compreendido por Sarlet (2006b) para fins de aferição do ponto máximo possível de retrocessão trata-se da proteção da confiança. Como apresentamos anteriormente, esse conteúdo permeia integralmente o argumento do referido autor. Aproveitado a partir da experiência constitucional germânica, a proteção da confiança como diretriz para verificar aplicabilidade da vedação do retrocesso em situações concretas decorre, para o referido autor, do fato de que essa proteção poderá exigir níveis diferenciados e eventualmente mais reforçados de segurança jurídica, mesmo para o futuro, a depender dos níveis de implementação no momento em que foi analisado⁴⁸. Ou seja, Sarlet (2006b) compreende que a mera proteção do mínimo necessário para uma existência digna pode não ser suficiente para resguardar as conquistas sociais até aquele momento atingidas.

Essa conclusão extraída por Sarlet (2006b) a respeito dos critérios para aplicação da vedação do retrocesso reforça o confronto com a posição de Barcellos (2011), em especial, no que tange à necessidade de compreendermos o conteúdo constitucional como um elemento mínimo no qual todos os credos e ideologias devem respeitar. Isso porque, ao menos para os estados ocidentais contemporâneos, o pressuposto para sua existência é a própria democracia. A ideia, que muito provavelmente deriva de uma adaptação do conceito de consenso sobreposto de Rawls (2008), é a de que a Carta Magna sirva de mínimo denominador comum para as mais diversas doutrinas abrangentes (Rawls, 2008) existentes na sociedade.

⁴⁸ Sarlet (2006b) afirma, ainda, que por força da proteção da confiança e do princípio da proporcionalidade, o Tribunal Constitucional da Alemanha, em reiterada jurisprudência, tem reconhecido proteção, inclusive, para as expectativas de direito, exigindo, nessa hipótese, regras de transição, sob pena de inconstitucionalidade da proposta.

Enquanto que, se aplicarmos os critérios de Sarlet (2006b) – em especial, o elemento da segurança jurídica –, tenderemos não só a uma constitucionalização da legislação infraconstitucional, mas também correremos o risco de que uma determinada sociedade (ou grupo social) imponha ao resto dos demais cidadãos o seu projeto de vida/sociedade. Por essa razão, a relativização sobre a extensão da aplicação do princípio da vedação do retrocesso a partir de análises concretas deve ser realizada com extrema cautela, sob o risco, dentre outros, de violarmos pressupostos básicos do Estado democrático de direito.

Como buscamos apresentar, ainda que de forma sucinta, desde as primeiras manifestações doutrinárias sobre o princípio da vedação do retrocesso (Canotilho, 1997) até o presente momento (Barcellos, 2011), há um significativo consenso entre os autores, mas que ainda está restrito a questões abstratas e pouco relacionadas aos desafios de se aplicá-lo no âmbito da realidade brasileira. Nesse sentido, para fins do presente trabalho, compreendemos a produção doutrinária elaborada por Barcellos (2011) como mais próxima de nos fornecer elementos suficientes para a realização de estudos hipotéticos sobre a viabilidade de aplicarmos o princípio ora analisado. Nesse sentido, acreditamos que a argumentação utilizada pela referida autora, especialmente no que tange à necessidade de se observar as bases que lastreiam a existência do próprio Estado Democrático de Direito, se coaduna com perfeição aos argumentos desenvolvidos na primeira parte dessa pesquisa. Ocorre que, como analisaremos a seguir, a aplicação desse princípio na seara urbanístico-ambiental não decorre de uma mera transposição da perspectiva social para o campo dos direitos difusos, faz-se necessário subsidiar sua aplicação com outros elementos que garantam sua legitimidade sob a perspectiva democrática.

2.5. Princípio da vedação ao retrocesso em matéria urbanístico-ambiental

Uma vez compreendido o direito ambiental como fundamental e tendo analisado os limites associados ao seu núcleo essencial a partir do estudo sobre seu conteúdo mínimo, cumpre, agora, analisar o principal elemento de proteção e garantia desses elementos ecológicos, inseridos pela doutrina ambientalista no conteúdo da dignidade humana.

Antes, todavia, cumpre apresentarmos um fundamento primário para a presente análise sobre o referido princípio. Molinaro (2012), sob uma perspectiva essencialmente lúcida, ao tratar das implicações associadas ao retrocesso nos lembra que *não tem sentido falar-se do princípio de vedação à retrogradação ambiental (...) sem referir à humanidade. Só há ambiente protegido desde uma razão humana*. Ou seja, o ambiente sem a perspectiva humana, segundo o autor, é meramente um espaço relacional, ainda não adjetivado pelo cultural. Portanto, não podemos esquecer, primeiramente, que ao falarmos em garantias contra o retrocesso, estamos falando de um conceito cujo conteúdo contempla não só conteúdo jurídico ou técnico-científico, mas também cultural e político. As escolhas que se constroem na proteção ou não de um determinado espaço ou espécie não são opções neutras – protegidas pelo pretense paradigma racionalista –, pelo contrário, são essencialmente políticas.

Feitas essas breves considerações, passamos a analisar o referido princípio aplicado na seara ambiental sob a perspectiva doutrinária. Para a presente análise, apresentamos brevemente a argumentação de três principais autores pioneiros – Prieur (2012) e Sarlet e Fensterseifer (2012b) – que estudam o tema para servirem de fio condutor da exposição. A argumentação é complementada pela adição de contribuições de outros autores que consideramos relevantes para a temática em análise.

A discussão relativa ao princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental vem ganhando proporções na medida em que – como vimos no Capítulo 1 – os instrumentos político-jurídico tradicionais não mais são percebidos como suficientes para impedir intervenções negativas irreversíveis nos ecossistemas. Assim, tal como outros mecanismos políticos são pensados, novas soluções também são desenvolvidas no conjunto dos elementos jurídico-normativos. Isso porque, como ferramenta de legitimação e controle de parte dos processos sociais, o Direito tende a ser instrumentalizado para lastrear a predominância dos interesses de determinados grupos sociais. Dessa forma, direitos já adquiridos tendem a ser mutilados nas situações em que são identificados como obstáculos por tais grupos que majoritariamente conseguem manejar a produção e aplicação da norma. Em resposta a esse comportamento de “deslegislação”, que alguns autores chegam a compreender como um “refluxo político e econômico” (Butzke, Pontalti, John, 2013) e a fim de evitar que ameaças econômicas também sejam utilizadas como elementos para violação

dessas garantias, doutrinadores como Prieur (2012), Benjamin (2012) enxergam o referido princípio como um elemento basilar do direito ambiental contemporâneo.

Em sua posição extremamente radical, para Prieur (2012) toda regra ambiental, *a priori*, tem por um fim uma melhor proteção do meio ambiente. O autor define como um dos pressupostos de sua argumentação a impossibilidade de que uma lei nova tenha a finalidade de permitir maiores níveis de poluição ou a destruição da natureza. Em outras palavras, qualquer produção normativa deve estar voltada para uma melhora na proteção do meio ambiente, sob pena de inconstitucionalidade. Ocorre que, o próprio autor reconhece que tal posicionamento afrontaria a teoria da mutabilidade do Direito e, portanto, os próprios fundamentos do sistema democrático. Para justificar essa capacidade de intervenção na produção normativa, Prieur (2012) afasta o princípio da mutabilidade, pois compreende que o meio ambiente, tal como os direitos humanos, constituem exceções a essa regra. Defende, então, que reduzir ou revogar as regras de proteção ambiental teria como efeito impor às gerações futuras um ambiente mais degradado. Portanto, o princípio ora analisado não seria um obstáculo à evolução do Direito. Para o autor, as descobertas científicas, *graças à pesquisa estimulada pelo princípio da precaução*, podem nos levar a supressão de proteções que não sejam mais úteis ao meio ambiente. Assim, conclui Prieur (2012), *os progressos contínuos do Direito ambiental, vinculados aos progressos da ciência e da tecnologia fazem com que os limites de não regressão estejam em constante mutação*.

O pressuposto – a nosso ver equivocado – de que toda norma tem por fim uma melhora na proteção ambiental está associada, por conseguinte, a possibilidade de um desenvolvimento contínuo e progresso no exercício de um direito ao meio ambiente. Prieur (2012) compreende o ápice dessa progressividade *a poluição zero*, apesar de admitir a impossibilidade dessa perspectiva meramente utópica. Para o autor, a regressão se situaria então entre a maior despoluição possível e o nível mínimo de proteção ambiental. Note que o autor não se preocupa em explicar como esse progresso científico ocorre, apenas o introduz em sua argumentação como um elemento quase que mítico, isto é, uma confiança absoluta no iluminismo racionalista como âncora fundamental na salvação humana. Esse paradigma essencialmente calcado sob uma matriz técnico-científica encontra respaldo, ainda, na aplicação do princípio da vedação do retrocesso em matéria de direito da energia. Como demonstra

Simioni (2007), no plano energético, esse princípio sustenta que uma determinada tecnologia de produção-transmissão-distribuição-consumo de energia não pode ser substituída por outra inferior do ponto de vista da eficiência energética. Isso significa afirmar, segundo o autor, que deve ser considerado não apenas a potência da energia, mas também todo o seu ciclo de vida, isto é, produção de insumos, geração, transmissão, distribuição, consumo e inclusive destinação final de resíduos oriundos do processo produtivo. Apesar de discordarmos dessa orientação estritamente científica, Simioni (2007) de forma lúcida afirma que a função da ciência é de informar a decisão que, para o autor, é jurídica.

Em seguida, para confirmar seus pressupostos Prieur (2012) nos apresenta alguns exemplos para aplicação do princípio da vedação do retrocesso. Primeiramente, introduz trecho da Constituição do Butão, de 2008, que em seu artigo 5-3 determina que 60% das florestas do país são protegidas “pela eternidade”. Em seguida, menciona a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 14.661/2009, proposta pelo Ministério Público de Santa Catarina em face de lei estadual que reduzia os limites do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro: *(...) afora as mudanças de fatos significativos, não se pode admitir um recuo tal dos níveis de proteção que os leve a serem inferiores aos anteriormente consagrados.*

Um exemplo de aplicação dos pressupostos de Prieur (2012) pela doutrina brasileira pode ser extraído da argumentação de Jesus (2009). O referido autor, ao comentar as alterações na legislação ambiental do Estado de Santa Catarina, afirma que a mera redução das faixas de proteção das áreas de preservação permanente constituiria uma afronta ao princípio da vedação do retrocesso, eis que – seguindo o que defende Benjamin (2012) – tais faixas compreenderiam parte do mínimo existencial ecológico e, portanto, qualquer supressão seria considerada ilegal. Em outras palavras, o referido autor sustenta que a mera alteração legislativa para reduzir uma determinada proteção, por si só – ou seja, sem, necessariamente, um argumento técnico-científico associado – bastaria para esvaziar o conteúdo essencial do direito fundamental ao meio ambiente, violando, assim, o princípio da vedação do retrocesso.

Conforme desenvolveremos ao longo do trabalho, acreditamos que a posição de Prieur (2012) não só é completamente arbitrária, como também além de não resguardar o meio ambiente entrega mais um elemento de legitimidade para os grupos sociais interessados em manipular seus recursos em interesse próprio.

Optando por uma matriz um pouco menos radical, Sarlet e Fensterseifer (2012b) retomam a argumentação utilizada para sustentar o retrocesso social e a adaptam às questões socioambientais⁴⁹. Dessa forma, para os autores, o referido princípio está – como vimos no item anterior – intrinsecamente associado ao princípio da segurança jurídica e seus respectivos desdobramentos e que a sua proteção deve estar concentrada a partir de uma compreensão da existência de um *núcleo essencial* de direitos, que, para Freitas (2012), é preenchido por *invariantes axiológicas*, isto é, valores que (como o meio ambiente) que deixam de ser considerados transitórios e permutáveis para serem compreendidos como algo permanente e intocável. Sobre a ligação da vedação do retrocesso com a existência de um mínimo existencial de direitos, Ayala (2010b) afirma que seu conteúdo está materialmente associado à compreensão do que seja dignidade humana, e seria somente sobre este mínimo que a reserva de revisão seria aplicável. Em sintonia com o que pretendemos defender, Novais (apud Ayala, 2010b) sustenta que ao legislador seria permitido revisar e alterar um nível proteção conferido a um direito fundamental desde que mediante apresentação e demonstração de relevantes razões *jusfundamentais* de justificação.

Portanto, uma violação a tal núcleo resultaria na inconstitucionalidade do ato em questão. Ao desenvolver essa compreensão, agora sob a ótica ambiental, os autores defendem que sobre qualquer medida que provoque uma diminuição dos níveis de efetividade dos direitos socioambientais recairia uma *suspeição de ilegitimidade jurídica*, ou seja, de sua inconstitucionalidade⁵⁰. No âmbito do controle de constitucionalidade tais medidas seriam submetidas aos critérios da proporcionalidade, razoabilidade e do núcleo essencial, sem prejuízo, como afirmam os autores, da aplicação de outros critérios, como o da segurança jurídica e seus respectivos desdobramentos. Seguindo esse raciocínio, ao legislador estaria vedada a possibilidade de voltar através e atingir o núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito socioambiental constitucionalmente assegurado.

⁴⁹ Alguns autores, como Araujo (2004) aplicam o retrocesso social em questões ambientais – inclusive citando precedentes judiciais ligados à matéria de direitos sociais – sem qualquer adaptação do princípio. Mesmo que concordemos com a aplicação do referido princípio, tendemos a concordar com a doutrina majoritária que faz modulações do retrocesso social para aplicá-lo às demandas ambientais.

⁵⁰ Ayala (2012) também defende que a aplicação da vedação do retrocesso também estaria associada ao grau de efetividade normativa. Todavia, o referido autor complementa que só seria possível verificar se uma determinada situação se trataria de uma reversão ou retrocesso proibidos mediante uma *análise empírica e comparativa entre realidades normativas*.

Portanto, o mínimo existencial ambiental operaria como limite material a vincular negativa e positivamente o Poder Público⁵¹. Isso significa dizer, nas palavras de Benjamin (2007), que *não há "margem" para o Estado "não atuar" ou mesmo "atuar de forma insuficiente" (à luz do princípio da proporcionalidade) na proteção do ambiente, pois tal atitude estatal resultaria em prática inconstitucional.*

Por outro lado, há também pelo menos dois pontos de conexão entre a argumentação de Sarlet e Fensterseifer (2012b) e a sustentação teórica de Prieur (2012). Em primeiro lugar, ambos os autores extraem dessa cláusula de não regressão um necessário dever de progressividade do direito fundamental em questão. Acrescentam Sarlet e Fensterseifer (2012b) que a proibição de retrocesso contemplaria dois conteúdos normativos, o primeiro, impor ao Estado a obrigação de *não piorar* as condições normativas hoje existentes e, em segundo, também se faria imperativo uma obrigação de *melhorar* as condições normativas, com o objetivo de assegurar um contexto mais favorável ao desfrute de uma vida digna e saudável pelo indivíduo e coletividade⁵². Essa segunda condição é nomeada pelos autores como *cláusula de progressividade*. Note que, nesse trabalho, os autores constroem uma compreensão sobre a dignidade humana também calcada em uma ideia de contínua progressividade uma vez que afirmam que a tutela normativa ambiental deve operar a fim de ampliar a qualidade de vida existente e *atender a padrões cada vez mais rigorosos de tutela da dignidade da pessoa humana (...).*

O segundo ponto de contato identificado entre as argumentações de Sarlet e Fensterseifer (2012b) e Prieur (2012) está ligado à justificação para imposição de medidas restritivas à capacidade legislativa, ou seja, à própria democracia. Para ambos os autores é uma questão de justiça entre gerações a responsabilidade pelo legado intergeracional. Sarlet e Fensterseifer (2012b) afirmam que as gerações

⁵¹ Segundo Leite e Belchior (2009), na colisão do direito ao meio ambiente com outros direitos fundamentais, o princípio da precaução, em sua interpretação *in dubio pro ambiente*, poderia ser utilizado como um “ás na manga”, para garantir a prevalência da perspectiva ecológica. Discordamos sensivelmente desse posicionamento, eis que a ponderação de princípios (Alexy, 2006) decorre de um procedimento lastreado por situações fáticas e não previamente ajustas como pressupõem os autores.

⁵² Sobre sua definição de “progresso”, Sarlet e Fensterseifer (2012) tentam fugir da armadilha em que a argumentação de Prieur (2012) está localizada, mas, por outro lado, não são objetivos o suficiente para traçar uma definição suficientemente fechada, eis que se utilizam de outros conceitos muito pouco precisos, como, por exemplo, “desenvolvimento sustentável”. Nesse sentido, afirmam os autores: *progresso, aqui compreendido na perspectiva de um ‘dever de desenvolvimento sustentável’, necessariamente conciliando os eixos econômico, social e ambiental (...).* Nesse mesmo sentido compreendem Manzano, Valente, Coelho Júnior, Mesquita, Almeida, Silvestre, Lines, Nobre (2011).

presentes teriam a responsabilidade de deixar como legado as gerações futuras *condições ambientais idênticas ou melhores do que aquelas recebidas das gerações passadas, estando a geração vivente, portanto, vedada a alterar em termos negativos as condições ecológicas (...)*. Os referidos autores defendem, então, a existência de um *déficit* legado pelo nosso passado e a necessidade de um *'ajuste de contas'* com o futuro, no sentido de manter um equilíbrio ambiental também para as futuras gerações.

Sintetizando a questão, é possível verificar que, os dois pontos de contato, somados a uma análise das demais características apresentadas pela doutrina, nos permitem identificar requisitos mínimos essenciais – para os referidos autores – que lastreiam a possibilidade de se admitir a aplicação da vedação a restrições no que toca o direito ao meio ambiente. O primeiro critério diz respeito à necessidade de que a não regressão se limite ao conteúdo do mínimo existencial, que, por sua vez, deve ser analisado tendo em vista o cenário normativo existente. Em segundo lugar, a hipótese de não retrocesso deve, necessariamente, estar lastreada por elementos técnico-científicos que justifiquem sua escolha a partir de critérios objetivos. Esse requisito nos leva a um terceiro elemento, isto é, a mutabilidade normativa deixa de estar associada a um critério político e passa a se justificar apenas pela perspectiva científica que deverá informar as decisões jurídicas. Por fim, aplicar-se-ia a máxima utilizada pelos doutrinadores ambientalistas para fins de resguardar interesses ambientais, ou seja, o princípio do *in dubio pro ambiente*. Na hipótese de os elementos científicos não responderem adequadamente às questões formuladas, a não regressão prevaleceria sobre qualquer ato que pudesse atentar contra o mínimo existencial ecológico.

Somados a esses pontos próprios da temática ambiental, adicionamos o que compreendemos como sendo requisitos mínimos gerais para a aplicação do não retrocesso em direitos fundamentais em sentido amplo (Abboud, 2011). Cumpre, preliminarmente, destacar que a interpretação do referido autor tem como base as restrições definidas pela Constituição Federal Suíça. Assim, é possível identificar os seguintes critérios: (i) a restrição deve estar fundada em base legal; Isto é, o fundamento que lastreia a intervenção no direito deve ser encontrado, segundo o autor, na própria Constituição Federal; (ii) a restrição deve ser proporcional; Em outras palavras, a proporcionalidade aqui deve encontrar equilíbrio entre a proibição de

proteção deficiente (*Untermassverbot*) e a proibição de excesso (*Übermassverbot*); (iii) a restrição deve atender ao interesse social, e não pode ser fundamentar na preservação do interesse público; Referendado por Nelson Nery Junior (2008), nenhuma restrição à direito fundamental pode estar fundada apenas no interesse público; (iv) a restrição deve estar exaustivamente fundamentada; Deve ser demonstrado que não existiria outro mecanismo que pudesse ser adotado. Novamente, a justificação calcada exclusivamente no interesse público, nesse caso, não encontra sustentação quando utilizada solitariamente; e, por fim, (v) o ato do Poder Público que restringe direito fundamental pode ser amplamente revisado pelo Poder Judiciário; Isto é, há um reforço, nessa hipótese, sobre a possibilidade de revisão de ato do Poder Público pelo Judiciário.

Uma vez apresentados os elementos teóricos que fundamentam a aplicação do princípio da vedação do retrocesso em matéria ambiental no âmbito do sistema jurídico-normativo brasileiro, cabe, agora, verificar – através da análise das ações judiciais propostas e decisões já proferidas – como a argumentação doutrinária foi aplicada (ou, em um cenário hipotético, seria aplicada) pelos Tribunais brasileiros para, ao final, concluir sobre a viabilidade da sustentação teórica apresentada no presente capítulo. O objetivo é compreender se o arcabouço teórico é suficientemente preciso ou se, ao final, acaba permitindo a produção de violações a outros elementos fundamentais, como o princípio democrático.

3. APLICAÇÃO, ANÁLISE E CRÍTICA DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

3.1. Apresentação dos casos em que o Poder Judiciário aplicou o princípio da vedação do retrocesso em matéria urbanístico-ambiental

Dedicamos a parte seguinte do trabalho à análise e crítica da produção jurisprudencial brasileira no que tange à aplicação do princípio da vedação do retrocesso em matéria ambiental. Para realização da presente tarefa, primeiramente, apresentaremos os casos a serem discutidos, em seguida, indicaremos como os julgadores aplicaram o referido princípio. A partir dessas informações, comparamos os critérios utilizados nos casos concretos com os critérios desenvolvidos pela doutrina a fim de verificar e analisamos as incongruências e incompatibilidades na aplicação do instituto.

Antes de apresentar os casos, cumpre destacar que a presente pesquisa jurisprudencial foi realizada a partir dos acervos virtuais disponíveis online nos seguintes tribunais brasileiros⁵³: Supremo Tribunal Federal (STF), STJ Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunais Regionais Federais (TRFs) da 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª regiões, bem como, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF) e em todos os Tribunais de Justiça dos Estados brasileiros. Para fins da definição do conteúdo a ser analisado, as seguintes palavras-chave foram pesquisadas: “retrocesso e ambiente”; “retrocesso e ambiental”; “retrocesso e ecológico”; e “retrocesso e urbanístico”. Nos casos em que não foi possível identificar qualquer resultado, as buscas foram ampliadas e todos os resultados identificados a partir da palavra-chave “retrocesso” foram também analisados.

Uma análise apenas quantitativa dos dados coletados mostra que, de um modo geral, as discussões sobre vedação do retrocesso estão concentradas nas regiões Sul e Sudeste – isto é, 93% das decisões analisadas⁵⁴. Especificamente no que se refere à atuação dos Tribunais de Justiça estaduais sobre o tema, é interessante notar

⁵³ O período temporal analisado abarcou todas as decisões disponíveis até 14.01.2013.

⁵⁴ No total, os sistemas de busca de jurisprudência identificaram 5.384 ementas ligadas às palavras-chave nos tribunais pesquisados. Desse total, apenas 118 efetivamente tratavam da vedação do retrocesso em matéria ambiental. Apesar de havermos analisado todas as referidas decisões, apresentaremos no presente trabalho apenas 19 das decisões verificadas (16% do total identificado).

que nenhuma decisão sobre o tema foi identificada nos acervos jurisprudenciais dos tribunais localizados nas regiões Norte e Nordeste do país. Nesses locais, há manifestação sobre o tema apenas por parte dos Tribunais Regionais Federais, em especial, em função de obras de interesse público de significativa magnitude, como no caso do licenciamento ambiental da Usina Hidroelétrica de Belo Monte.

Esse resultado quantitativo verificado pode nos conduzir a diversas conclusões sobre o tema, inclusive no que tange à própria gestão da produção e disponibilização da produção de decisões pelos órgãos estaduais do Poder Judiciário. Todavia, a despeito das inúmeras discussões que podemos extrair a partir dos dados coletados, para o presente trabalho, os resultados verificados atestam como a presente discussão – importantíssima para o Direito Ambiental – está restrita a uma pequena parte dos tribunais brasileiros, ainda que hoje tenhamos um posicionamento do STJ sobre o tema. Tribunais Estaduais localizados em regiões de significativa relevância ambiental para o país estão passando ao largo da discussão sobre uma potencial ferramenta jurídica a ser utilizada para proteção dos recursos naturais brasileiros. É possível imaginar, dessa forma, que a ausência de decisões sobre o tema pode ser também um reflexo de uma atuação pouco satisfatória por parte dos demais órgãos de controle e fiscalização do meio ambiente nessas regiões.

No que tange ao posicionamento dos Tribunais Superiores sobre o tema, até o presente momento, há uma única decisão do STJ que, especialmente para as decisões produzidas na região Sudeste, se mostrou um importante referencial, eis que foi constantemente citada.

Feitas as referidas considerações sobre a perspectiva quantitativa dos dados coletados, cumpre, agora, apresentar as decisões que, de forma mais significativa, trataram da aplicação do princípio da vedação do retrocesso. Cabe ressaltar que a escolha das decisões a serem analisadas no presente trabalho deu-se com base na quantidade de importância e atenção argumentativa conferida pelos magistrados ao tema. Ou seja, decisões que mencionavam a aplicação do princípio, mas que pouco desenvolveram os fundamentos e justificativas para sua aplicação foram consideradas pela presente análise, contudo não serão estudadas individualmente nessa fase do presente trabalho. Tais decisões continuam sendo significativamente importantes para nosso estudo, uma vez que demonstram o descaso do Poder Judiciário na aplicação do presente princípio.

Como falamos anteriormente, estamos tratando – tal como as demais formas de controle de constitucionalidade – de um instrumento de restrição da capacidade legislativa, isto é, um mecanismo de redução potencial da expressão político-representativa. A utilização de técnicas jurídicas nesses casos não pode se furtar de estar lastreada por uma sólida argumentação calcada na própria Constituição Federal, sob pena de violação do princípio democrático, fundamento do Estado de Direito.

3.1.1. Tribunais Superiores

3.1.1.1. STJ

Em primeiro lugar, destacamos uma das decisões mais significativas para o presente estudo – STJ, REsp n. 302.906/SP. Rel. Min. Herman Benjamin j. 26.08.2010 [Decisão 00]. Primeiramente, cumpre destacar que o presente caso é extremamente complexo e trata de diversas questões relacionadas, dentre outros, à prevalência de restrições urbanístico-ambientais convencionais em detrimento da existência de legislação mais flexível sobre o tema. No caso em questão, as áreas denominadas Alto da Lapa e Bela Aliança (City Lapa) dispunham de restrições urbanístico-ambientais convencionais mais restritivas que a legislação em vigor. O posicionamento do STJ no referido caso foi no sentido de que as referidas restrições convencionais deveriam prevalecer sobre a legislação local. Para justificar seu posicionamento, o relator se utiliza de alguns argumentos, dentre eles, o princípio da vedação do retrocesso. Nesse sentido, afirma que – segundo seu posicionamento – a Administração não ficaria refém de acordos egoísticos firmados pelos loteadores (como no caso em questão), eis que reservaria para si um *ius variandi*, sob cuja égide as restrições podem ser ampliadas ou afrouxadas. Todavia, no caso de relaxamento dessas limitações, segundo o relator, é necessário que a Administração apresente *ampla e forte motivação lastreada em clamoroso interesse público* – com o objetivo de afastar o Poder Público de necessidades casuísticas, interesses especulativos ou vantagens comerciais de agentes econômicos. Ademais, afirma que o exercício desse *ius variandi* deve respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento. Ou seja, para o relator, *além do abuso de direito, de ofensa ao interesse público ou inconciliabilidade com a função social da propriedade*, outros motivos determinantes para relaxamento das restrições poderiam ser listados:

- a) a transformação do próprio caráter do direito de propriedade em questão;
- b) a modificação irrefutável, profunda e irreversível do aspecto ou destinação do bairro ou região; c) o obsolescimento valorativo ou técnico (surgimento de novos valores sociais ou de capacidade tecnológica que desconstitui a necessidade e a legitimidade do ônus) e, d) a perda do benefício prático ou substantivo da restrição.

Em outras palavras, para resolver a presente questão, o relator apresenta e desenvolve no referido acórdão o seu próprio método de aferição de viabilidade de aplicação do princípio da vedação do retrocesso. A princípio, chegamos a pensar em listar esse acórdão no Capítulo 2 como uma das correntes teóricas que define a aplicação da vedação do retrocesso em matéria urbanístico-ambiental, todavia, concluímos que, apesar de fazer uma elaboração teórica sobre o tema, trata-se, ainda, de parte da produção jurisprudencial nacional e deve ser estudada como tal.

3.1.2. Tribunais Regionais Federais

Apresentamos a seguir as decisões que compreendemos serem as mais significativas para a compreensão da análise proposta extraídas dos Tribunais Regionais Federais. Destacamos que o TRF3 foi o único em que não encontramos decisões relevantes sobre o tema.

3.1.2.1. TRF5

Nesse sentido, separamos duas decisões do TRF5 que tratam de um mesmo caso de alteração na legislação urbanística. O primeiro julgado – TRF5, AI n. 101343/AL (2009.05.00.090142-2), Rel. Juiz Francisco Cavalcanti. 1ª T., j. 17.02.2011 [**Decisão 01**] – se refere a um agravo de instrumento interposto pelo MPF contra decisão proferida por juiz federal que indeferiu a tutela liminar requerida em ação civil pública. Nas razões do recurso, o MPF sustenta, dentre outros, que teria havido violação ao princípio da “proibição do retrocesso social” urbanístico e ambiental. O MPF defende que o novo Código de Edificações e Urbanismo de Maceió/AL (Lei n. 5.593/07) teria flexibilizado as regras de ocupação do solo naquela região.

Na decisão em questão, o relator afirma que o referido Código não viola a Constituição Federal e a Constituição Estadual de Alagoas, uma vez que foi editada no pleno exercício da competência municipal para legislar sobre assuntos de interesse

local (...), assim, para o referido juiz, *não há que se falar, portanto, em violação do princípio da “proibição do retrocesso social”* (grifos nossos).

Nesse mesmo processo – TRF5, AC n. 534489/AL (2009.80.00.001865-7), Rel. Des. Fed. Frederico Azevedo 1ª T., j. 31.01.2013 **[Decisão 02]** –, quando do julgamento da apelação, o posicionamento do Tribunal se manteve o mesmo. Ou seja, decidiu pela não aplicação do referido princípio. Contudo, trecho da argumentação utilizada pelo desembargador relator merece destaque:

Se o anterior gabarito previsto na própria legislação municipal - em 4 andares - era considerado adequado no instante em que fixado, tal não engessa a competência legislativa municipal, impedindo-o de, em nova ponderação das circunstâncias fáticas envolvidas, chegar à consideração de que esse gabarito poderia ser alargado, e dessa conclusão não deriva, necessariamente, a ilação de que houve um retrocesso ambiental (grifos nossos).

Note como nesse julgado o posicionamento do TRF5 foi significativamente diferente da sustentação defendida pelo Min. Herman Benjamin. A análise do TRF5 confere ao legislador municipal uma liberdade de análise de sua situação fática que foi afastada no caso decidido pelo STJ.

3.1.2.2. TRF4

No que tange à produção jurisprudencial do TRF4, também destacamos duas decisões de fundamental importância para nossa análise. A primeira – TRF4, AC n. 5002859-49.2010.404.7001/PR, Rel. Fernando Quadros da Silva. j. 11.07.2012 **[Decisão 03]** – trata de Ação Civil Pública proposta pelo MPF com o objetivo de paralisar o licenciamento ambiental da UHE Mauá até a realização de Avaliação Ambiental Estratégica e Zoneamento Ecológico-Econômico do Paraná. Dentre os argumentos utilizados, o MPF afirma que teria havido violação do princípio da vedação do retrocesso na medida em que a Lei n. 8.171/91⁵⁵ e a Portaria IAP n. 120/2004⁵⁶ teriam tido sua aplicação ignorada e, no caso da Portaria, esta teria sua aplicação no caso concreto excepcionada pela edição de um novo ato administrativo (Portaria IAP

⁵⁵ O art. 19, III, determina que o Poder Público deverá realizar zoneamentos agroecológicos que permitam estabelecer critérios para o disciplinamento e ordenamento da ocupação especial (...) para a instalação de novas hidrelétricas.

⁵⁶ Condiciona o licenciamento ambiental de empreendimentos de geração de energia hidroeétrica no Estado do Paraná a realização de avaliação ambiental estratégica.

n. 70/2005⁵⁷). Para o Tribunal, todavia, não há que se falar em retrocesso no caso em questão. Isso porque, para os desembargadores, a Lei n. 8.171/91 não veda a instalação de novas hidrelétricas antes do zoneamento agroecológico, mas apenas estipula que esse deverá ser realizado e que permitirá estabelecer critérios, *o que não significa que, na ausência de normas gerais a serem estipuladas no zoneamento, estejam proibidas atividades produtivas ou novas hidrelétricas*. Quanto à edição da nova Portaria que criou uma exceção ao regramento da Portaria IAP n. 120/2004, o Tribunal entendeu que sua edição por si só não representaria um retrocesso, posto que *os impactos socioambientais devem ser apurados e sopesados no decorrer do licenciamento ambiental*.

A segunda decisão do TRF4 pode ser considerada um marco jurisprudencial no que tange à criação de Unidades de Conservação – TRF4, AC/RN n. 5006083-61.2011.404.7000/PR, Rel. Maria Lúcia Luz Leiria. j.15.08.2012 [**Decisão 04**]. Isso porque, trata-se de uma Ação Civil Pública ajuizada por uma Colônia de Pescadores (Z13) buscando a declaração de caducidade do Decreto s/n. que criou o Parque Nacional da Ilha Grande. Para a maioria do Tribunal, a omissão dos administradores – no que toca à adoção de medidas para a implementação do parque – não enseja a extinção da Unidade, mas somente a caducidade da declaração de utilidade pública para fins expropriatórios⁵⁸. Todavia, o posicionamento vencido da Relatora deve ser destacado. Afirma a desembargadora que *a caducidade do decreto – e, portanto, a declaração de que inexistente a UC – não promove retrocesso, eis que o Poder Público não perdeu o direito de editar nova norma*. Conclui a desembargadora ao afirmar que *não se pode permitir é que o Poder Público aja sobre a propriedade privada e sobre o labor dos cidadãos, (...) sem perfectibilizar coisa alguma, mantendo em suspenso o morada e o trabalho de todos*.

3.1.2.3. TRF2

⁵⁷ Institui Comissão Técnica Multidisciplinar para análise dos estudos ambientais das UHE Mauá, UHE Telêmaco Borba, UHE Salto Grande, UHE Baixo Iguaçu, e; Excepcionalizar o contido na Portaria n. 120/2004/IAP/GP.

⁵⁸ O voto-vista divergente não tratou da questão do retrocesso, apenas se limitou a afirmar que o parque não podia ser considerado “virtual” ou “de papel”, eis que grande parte de sua área se tratava de propriedade da União, sujeita a regime especial de utilização e ocupação.

Em uma posição mais internamente uniforme sobre o tema, destacamos duas decisões do TRF2 que entendem pela aplicação do princípio da vedação do retrocesso nos casos analisados. Em ambas as situações, trata-se da flexibilização da legislação federal que define as áreas de preservação permanente por meio da edição leis municipais e/ou atos administrativos mais brandos.

Na primeira situação – TRF2, AC n. 0000293-35.2004.4.02.5109, Rel. Des. Fed. Nizete Lobato Carmo. 21.01.13 [**Decisão 05**] – o MPF ajuizou Ação Civil Pública contra particular visando demolir construção inserida em área de preservação permanente e sua respectiva recuperação. Tendo sido a decisão em primeira instância favorável ao MPF, o apelante sustentou que havia obtido os alvarás de edificação para obra, que a SERLA havia demarcado a faixa marginal de proteção em 15 metros do Ribeirão das Pedras e que, segundo laudo do perito do juízo, a demolição causaria mais danos ao meio ambiente do que sua manutenção. Dentre os fundamentos apresentados pelo Tribunal, que negou provimento à apelação, sobre o princípio da vedação do retrocesso a relatora afirma que o Estado é obrigado a *melhorar o nível de proteção já assegurado pelos vários textos normativos (...), não podem prevalecer eventuais normas municipais ou estaduais menos protetoras do que a norma cogente federal vigente à época da autuação.*

Em situação semelhante – TRF2, AC n. 0002350-88.2006.4.02.5001, Rel. Des. Fed. Nizete Lobato Carmo. j. 21.01.13 [**Decisão 06**] –, o TRF2 também entendeu aplicável o princípio da vedação do retrocesso. Em Ação Civil Pública proposta pelo IBAMA, em que requereu a demolição e recuperação de construção localizada no loteamento “Morro do Moreno”, os réus se defenderam argumentando que o Decreto Municipal n. 187/69 interpretado em conjunto com o Plano Diretor Urbano do Município de Vila Velha teria excluído o referido loteamento da condição de área de preservação permanente. Assim, em consonância com a decisão anterior, a relatora manteve sua posição e afirmou que não poderiam *prevalecer eventuais normas municipais menos protetoras do que a norma cogente federal vigente à época, a qual estabelece como APP a área de encosta.*

3.1.2.4. TRF1

Por fim, concluindo a análise das decisões provenientes dos Tribunais Regionais Federais, destacamos três julgados que analisam questões relacionadas à implantação de hidrelétricas no país. A primeira decisão – TRF1, AI n. 0018341-89.2012.4.01.0000/MT, Rel. Des. Fed. Souza Prudente. j. 01.08.12 [**Decisão 07**] – foi proferida no âmbito de agravo de instrumento interposto pela Companhia Hidrelétrica Teles Pires S/A contra decisão liminar em primeira instância que sobrestou o licenciamento da UHE Teles Pires até decisão final na Ação Civil Pública ajuizada pelo MPF⁵⁹. No caso em questão, a construção da UHE Teles Pires, segundo o MPF, resultaria em impactos irreversíveis em terras indígenas, não admitidos na legislação brasileira. Dentre os diversos argumentos comentados no extenso acórdão, o relator entende que a violação do princípio da vedação do retrocesso ocorre, principalmente, em virtude de a obra estar sendo realizada sem a devida autorização do Congresso Nacional e sem a condução de audiências com as comunidades afetadas, em violação ao art. 231, §§ 1º, 2º e 3º a Constituição Federal de 1988. Conclui o relator afirmando que a presente situação – inclusive no que se refere à violação da Constituição – transgrediria, ainda, *mínimo existencial-ecológico dos povos indígenas atingidos diretamente em seu patrimônio de natureza material e imaterial (...)*.

Em situação semelhante, destacamos mais duas outras decisões, essas relativas à construção da UHE Belo Monte. No primeiro acórdão – TRF1, Emb. Decl. na AC n. 2006.39.03.000711-8/PA. Rel. Des. Fed. Souza Prudente j. 09.11.11 [**Decisão 08**] –, o princípio da vedação do retrocesso também surge quando da violação ao art. 231 §§ 1º, 2º e 3º a Constituição Federal de 1988. Afirma o relator que a autorização do Congresso Nacional *afigura-se manifestamente ilegítima, à míngua da audiência prévia das comunidades indígenas afetadas (...) a ferir o núcleo essencial do princípio da proibição do retrocesso ambiental ou ecológico*. No segundo julgado – TRF1, Agr. Reg. na Suspensão de Segurança Liminar n. 21954-88.2010.4.01.0000/PA Rel. Des. Fed. Olindo Menezes. j. 17.06.2010 [**Decisão 09**] –, também tratando do licenciamento ambiental da UHE Belo Monte, prevalece o posicionamento favorável à suspensão da liminar concedida e, portanto, de continuidade das obras. Todavia, é no voto divergente do Desembargador Federal Souza Prudente que a questão da violação do retrocesso se apresenta. Para o referido

⁵⁹ No mesmo sentido ver: Ag. Reg. na AC n. 0005891-81.2012.4.01.3600/MT Rel. Des. Fed. Souza Prudente. j. 09.10.13.

desembargador, em virtude do disposto no art. 225 da Constituição Federal, o Legislativo deve exercer a *atividade legiferante no sentido de legislar somente em defesa do meio ambiente*. Nesse sentido, *qualquer lei editada neste país que venha permitir agressão à tutela do meio ambiente agride o princípio da oficialidade ecológica e também o princípio da proibição do retrocesso ecológico* (grifos nossos).

3.1.3. Tribunais de Justiça Estaduais

Sobre os Tribunais estaduais, não identificamos quaisquer decisões – com base nos parâmetros pesquisados – nos seguintes Estados: Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Sergipe e Tocantins. Ressalta-se que, existem nos referidos Tribunais decisões que referem ao princípio da vedação ao retrocesso. Todavia, a presente pesquisa se limitou a considerar as decisões que argumentavam o tema sob a perspectiva ambiental e não meramente utilizando argumentos do retrocesso social, em temas primariamente sociais.

3.1.3.1. Espírito Santo

No Tribunal de Justiça do Espírito Santo identificamos duas decisões, relacionadas à matéria urbanística. A primeira – TJES, ADIn n. 0002740-15.2012.8.08.0000 Rel. Ronaldo Gonçalves de Sousa. j. 20.06.2013 [**Decisão 10**] –, trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Estado do Espírito Santo alegando a inconstitucionalidade formal e material da Lei n. 5.334/2012 do município de Vila Velha. O art. 1º da referida legislação determinava que os supermercados devessem fornecer, gratuitamente, a seus clientes sacolas plásticas convencionais. Sustentando a inconstitucionalidade da norma em questão, a Procuradoria Geral do Espírito Santo argumentou que a legislação estadual já havia disposto sobre a matéria, determinado a substituição das sacolas de plástico por sacolas biodegradáveis, oxi-biodegradáveis ou recicladas. Por sua vez, o tribunal entendeu que *com o retorno da utilização de sacolas convencionais nos*

estabelecimentos comerciais, é possível de estabelecer um retrocesso social e declarou a inconstitucionalidade do referido artigo.

Na decisão seguinte – TJES, ADIn n. 0000683-63.2008.8.08.0000. Rel. Samuel Meira Brasil Junior. j. 26.04.2012 [**Decisão 11**] –, a Ação Direta de Inconstitucionalidade teve como objeto a Lei Municipal n. 4.575/07 que alterou Plano Diretor do Município de Vila Velha. Em acórdão densamente fundamentado, os desembargadores divergem sobre a aplicação do princípio da vedação do retrocesso. Para o relator, a despeito das flexibilizações introduzidas à legislação urbanística local, ao ser analisada em sua inteireza, a norma revelava o claro *propósito do legislador municipal de manter a incolumidade do núcleo essencial do direito do direito fundamental ao meio ambiente nos seus aspectos natural, artificial e cultural*. Todavia, o posicionamento vencedor sustentou que, autorizar a construção de grandes construções verticais sem estudo de impacto de vizinhança, permitir a construção de “prédios colados”, reduzir a proteção das Zonas de Especial Interesse Ambiental, significaria violar o princípio constitucional da vedação do retrocesso em matéria urbanístico ambiental.

3.1.3.2. Minas Gerais

Dentre as decisões analisadas, proferidas por tribunais estaduais, os julgados mineiros são os que encontram fundamentação mais trabalhada. Cumpre ressaltar que as discussões sobre a aplicação da Lei n. 12.651/12 são destaque e compreendem mais da metade das decisões analisadas, em especial, no que toca à averbação de Reserva Legal Florestal em imóveis rurais. Assim, trazemos para análise dois julgados que tratam da vedação do retrocesso em território mineiro. O primeiro – TJMG, AC n. 1.0702.11.042216-0/001. Rel. Des. Sandra Fonseca j. 03.12.2013 [**Decisão 12**] – trata da desoneração do proprietário rural da obrigação de averbação da Reserva Legal junto ao registro imobiliário na ausência de regulamentação do novo cadastro (criado pela Lei n. 12.651/12; denominado, CAR – Cadastro Ambiental Rural). A legislação em vigor afirma que o registro da Reserva Legal no CAR exclui a necessidade de averbação da área no registro de imóveis. Ocorre que, como afirma a relatora, o referido CAR ainda não foi devidamente implementado. Sendo assim, o Tribunal entendeu que, enquanto o CAR não for

efetivamente implementado a averbação da Reserva Legal continuará ocorrendo junto ao registro de imóveis, sob pena de vedação do retrocesso. Isso porque, entende a relatora que não é possível permitir *a regressão de medidas legais e administrativas que visem a proteger o meio ambiente*.

Sob a perspectiva urbanística também há posicionamento do TJMG. Nesse sentido, destacamos a seguinte decisão – TJMG, ADIn. 1.000.12.093067-2/0000. Rel. Des. Sillas Vieira j. 24.07.2013 [**Decisão 13**]. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Estado de Minas Gerais, contra os arts. 74, §5º, 74-A e 74-B da Lei n. 7.166/96 – acrescidos pela Lei n. 9.959/10. Os referidos artigos tratam da listagem dos empreendimentos passíveis de licenciamento pelos órgãos urbanístico e ambiental do referido município, bem como definem situação excepcional – para empreendimentos já em funcionamento. Para o requerente, a legislação local estaria flexibilizando os critérios utilizados para sujeitar os empreendimentos a licenciamento específico e estaria incorrendo em retrocesso ambiental, na medida em que a dispensa de licenciamento para determinados empreendimentos (art. 74, §5º) violaria o art. 214, 1º, IV da Constituição Estadual de Minas Gerais. Todavia, o Tribunal entendeu que não há que se falar em retrocesso no caso em questão, eis que o município teria agido conforme os limites de sua competência, sem ter havido qualquer excesso legislativo.

3.1.3.3. Paraná

No Tribunal de Justiça do Paraná, a questão da vedação do retrocesso é analisada sob o prisma da compensação da Reserva Legal Florestal (à época prevista na Lei n. 4.771/65, revogada pela Lei n. 12.651/12) – TJPR, AC n. 845.105-8. Rel. Des. Guido Döbeli. j. 12.03.2013 [**Decisão 14**]. Ao tratar da possibilidade de compensação de Reserva Legal Florestal por meio da aquisição de área em outra propriedade, o relator menciona o posicionamento da Procuradoria Geral da República (ADIn 4367) ajuizada contra dispositivo que permitia a compensação da referida obrigação através da aquisição de área inserida em Unidade de Conservação de Proteção Integral pendente de regularização fundiária. Sustenta-se que a referida possibilidade configuraria retrocesso legislativo na proteção do meio ambiente na medida em que as demais modalidades de espaços territoriais especialmente

protegidos não suprem a função ecológica da reserva legal. Todavia, o Tribunal fundamenta seu posicionamento contrário à compensação apenas com base na ausência de autorização do órgão ambiental competente.

3.1.3.4. Rio de Janeiro

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por sua vez, identificamos reiteradas decisões, provenientes de ações individuais de repetição de indébito cumuladas com obrigação de não fazer que, brevemente, tratam da questão do retrocesso em matéria ambiental. Como exemplo, tomamos a TJRJ, AC n. 0016425-79.2012.8.19.0066, Rel. Des. Elton M. C. Leme. j. 11.01.2013 [**Decisão 15**]. A decisão mencionada trata da cobrança indevida por serviço de esgotamento sanitário. Nesse sentido, o desembargador relator sustenta que o referido serviço não pode ser desdobrado em etapas estanques para fins de cobrança. Isso porque, além de a legislação em vigor não autorizar, segundo o relator, tal possibilidade de divisão dos serviços ensejaria *retrocesso inadmissível quando o bem jurídico tutelado é a vida e a saúde, e por contrariar a própria Constituição da República, que assegura a todos o meio ambiente ecologicamente equilibrado.*

3.1.3.5. Santa Catarina

O julgado destacado no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o princípio da vedação do retrocesso é utilizado para suspender liminar que paralisou obras públicas de saneamento – AI n. 2011.031493-4. Rel. Des. Pedro Manoel Abreu. j. 11.06.2013 [**Decisão 16**]. No caso em análise, o juízo de primeiro grau havia determinado a suspensão da construção de estações de tratamento de esgoto sob o argumento de ausência de participação da população no licenciamento ambiental. Por outro lado, a decisão do Tribunal foi no sentido de cassar a liminar sob o argumento que a instalação do sistema de saneamento é essencial para a sociedade e está inserida no *grau mínimo de eficácia dos direitos fundamentais, correlata à proibição de retrocesso.*

3.1.3.6. São Paulo

No Tribunal de Justiça de São Paulo é possível identificar posicionamentos a favor e contra a aplicação do princípio da vedação do retrocesso. Em relação aos demais tribunais, foi o órgão do Poder Judiciário que mais produziu decisões sobre o tema, conforme os critérios de pesquisa utilizados. É possível conferir especial destaque para as decisões relativas ao novo código florestal (Lei n. 12.651/12). Isso porque, das 77 decisões analisadas 30 tratavam do tema e, em considerável maioria, pleiteavam a inconstitucionalidade na aplicação de um determinado dispositivo.

Destacamos duas decisões que consideramos importantes para a presente discussão sob o ponto de vista argumentativo. O primeiro julgado – TJSP, AI n. 0102309-51.2013.8.26.0000. Rel. Des. Souza Nery. j. 24.10.2013⁶⁰ [**Decisão 17**] –, trata da análise da possibilidade de cômputo das APPs no montante de Reserva Legal, desde que autorizado pelo órgão ambiental competente. Para o Ministério Público Estadual, a aplicação do art. 15 da Lei n. 12.651/12 ensejaria retrocesso ambiental. Contudo, para o Tribunal, não há que se falar em violação à regra constitucional de proteção ao meio ambiente uma vez que *não há certeza de que a permissão do cômputo das APPs como área de reserva legal vá implicar, na prática um retrocesso na proteção do meio ambiente*. Assim, o referido desembargador afirma que *ao traçar normas protetivas mais factíveis que não trazem um ônus desmesurado ao proprietário, (é possível que) o novo diploma legal seja mais efetivo que seu antecessor*. E conclui ao afirmar que *aquilo que pode aparecer como retrocesso em matéria ambiental, aparece como progresso em matéria de desenvolvimento e, no caso do novo Código Florestal, de segurança jurídica*.

Por outro lado, também não são poucas as decisões favoráveis a aplicação do princípio da vedação do retrocesso no âmbito do TJSP. Ainda tratando da aplicação da Lei n. 12.651/12, podemos destacar a seguinte decisão – TJSP AI n. 2012816-29.2013.8.26.0000. Rel. Des. João Negrini Filho j. 07.11.2013⁶¹ [**Decisão 18**]. Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Estadual contra decisão que autorizou a aplicação da Lei n. 12.651/12 na fase de execução de Ação Civil Pública, ensejando, portanto, uma revisão da coisa julgada (eis que, à época da decisão judicial ainda vigoravam as regras da Lei n. 4.771/65). Nesse

⁶⁰ Nesse sentido, ver TJSP, AI n. 0124655-93.2013.8.26.0000. Rel. Des. Eutálio Porto j. 21.11.2013; TJSP, AC n. 0001696-96.2010.8.26.0042. Rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro j. 17.10.2013

⁶¹ Nesse sentido: TJSP, AI n. 0270352-82.2012.8.26.0000. Rel. Des. João Negrini Filho j. 15.08.13,

sentido, em seu posicionamento – favorável ao Ministério Público –, o relator sustenta que *qualquer ação tendente a reduzir o alcance das conquistas consolidadas deve ser obstada, sob pena de se aviltar o princípio da vedação do retrocesso social*. E continua sua argumentação no sentido de confiar fundamental importância à segurança jurídica para resguardo do meio ambiente. Para o relator,

a segurança está implícita no valor de Justiça, e torná-la insegura, inconsistente, alterar seu significado ou adotar outra escala de valores menos protetivos à matéria ambiental, significa distanciamento do princípio mencionado. E, conclui, é isto que determina a aplicação da vedação do retrocesso no resguardo deste direito das presentes e futuras gerações.

3.2. A aplicação e fundamentação da aplicação do princípio da vedação do retrocesso pelo Poder Judiciário nos casos analisados

Como vimos no Capítulo 2, Elster (2009) compreende a Constituição como um instrumento de pré-compromisso que não pode ser inadvertidamente encarado somente como um elemento de produção de auto-restrição. Dessa forma, o texto constitucional detém características próprias que tornam alterações supervenientes um processo mais difícil do que a alteração de uma legislação ordinária. Para fins político-jurídicos é a condição “ser norma constitucional” que condiciona o grau de flexibilidade admitido em determinado sistema jurídico. É possível verificar, ainda, uma gradação da capacidade de flexibilização na medida em que outros instrumentos jurídicos também detêm formas e mecanismos distintos para sua aprovação – às vezes mais complicados, outros mais simples.

Ocorre que, como sabemos, a materialização desse direito – em termos pragmáticos – é verificada a partir dos desdobramentos da legislação infraconstitucional. Sem um arcabouço normativo suficientemente adequado, é possível que a norma constitucional não seja devidamente aplicável. Imagine, por exemplo, em situação análoga, a aplicação do Plano Diretor de uma determinada cidade. De que adianta um Plano repleto de construções principiológicas e programáticas extremamente avançadas se sua legislação de uso e ocupação do solo data de 30 anos atrás? Dessa forma, concordamos com a doutrina, na medida em que, é a legislação infraconstitucional um elemento substancial na garantia da efetivação do constitucionalmente definido. Todavia, afirmamos no parágrafo anterior, a proteção normativa advém da natureza constitucional da norma, não dos desdobramentos associados a sua aplicação. Em outras palavras, seguindo a

orientação de Barcellos (2011), o conteúdo do piso mínimo de um determinado direito fundamental deve ser o texto constitucional e, jamais, um extrato da produção teórica. Esse posicionamento é fundamental, ainda, para justificar outra preocupação de Elster (2009) quando trata das restrições provenientes do texto constitucional.

Como vimos anteriormente, quando Elster (2009) reflete sobre as situações em que a restrição não é desejável, o referido autor identifica duas circunstâncias. A primeira, quando a restrição não é mais eficiente e, portanto, não encontra mais justificativa. Em segundo lugar, quando os agentes estão isolados do controle democrático. Situação muito similar as que veremos a seguir, quando analisarmos a produção jurisprudencial que, em muitos dos casos se vale de interpretações próprias ou de teorias extraídas dos preceitos doutrinários analisados no Capítulo 2. Note, portanto, que o elemento teórico (doutrinário) é utilizado como balizador para definição do conteúdo mínimo de proteção da norma constitucional. Ainda que se argumente no sentido de defender que tal produção jurisprudencial, bem como teórica, estão ancorados por uma técnica jurídica própria, fato é que, em termos práticos, verificamos que o conteúdo da limitação de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo é moldado por um grupo restrito de autores e referendado pelo próprio Poder Judiciário na medida em que essa produção teórica é inserida no corpo de decisões judiciais que servem de orientação para os demais julgadores.

Quando Elster (2009) produz essa crítica acerca da distância dos agentes produtores de restrições e o conteúdo democrático, sua preocupação está voltada essencialmente para, por exemplo, chefes do executivo ou presidentes de bancos centrais. No presente estudo, identificamos essa mesma distância a partir da análise do conteúdo das próprias decisões judiciais, que se valem – muitas vezes – de elementos essencialmente doutrinários para fundamentar seu posicionamento. Contrariamente a essa posição, pode-se argumentar no sentido de que outros tratados internacionais com natureza de norma constitucional também são evocados para legitimar esse posicionamento, mas, como também identificamos anteriormente, tal como o texto constitucional, as normas de direito internacional também tendem a ser pouco pragmáticas, sendo necessária a existência de um segundo momento de interpretação para definição de seu conteúdo em termos práticos.

Ressalte-se que não estamos dizendo que a produção teórica é antidemocrática e deve ser rechaçada. Todavia, tal como alguns autores evidenciam

a necessidade de análises técnico-científicas para lastrear as decisões judiciais em matéria ambiental, a produção teórica (doutrinária) também deve ser encarada como mais um elemento na formação do conteúdo mínimo a ser extraído da norma constitucional. Em outras palavras, tais elementos teóricos não podem ser percebidos como fundamentos basilares para a definição desses direitos, sob pena de transformarmos a norma constitucional em um artefato sagrado, cujos intérpretes, localizados em suas respectivas torres de marfim, extraem a vontade do legislador e a emanam para o resto da sociedade. Pelo contrário, como afirmamos anteriormente, a definição do mínimo de proteção constitucional não é um processo técnico jurídico, mas sim político. Compreendemos dessa forma eis que não diz respeito exclusivamente à técnica jurídica, tampouco à ciência, definir, por exemplo, o que seja “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, ou, ainda, “cidade sustentável”. Isso porque, não há um conteúdo único e exclusivo para tais conceitos. Assim, sua interpretação no interior do sistema jurídico dependeria de informações que são externas a ele. Mesmo quando tais informações lhe são fornecidas, não há – mesmo nas ciências exatas – uma neutralidade capaz de tornar resultados de pesquisas imunes à influência de determinados interesses sociais específicos. Portanto, ainda que a técnica jurídica e científica sejam elementos informadores para delinear o conteúdo desses direitos, seu fundamento deve ser político-democrático.

Importante observar que não nosso posicionamento não é bucólico o suficiente para acreditar que o fundamento democrático também não está sujeito a apropriações por parte de determinados grupos sociais para servir de instrumento de legitimação de seus interesses próprios. Nesse sentido, não raro assistimos instrumentos de participação ou “quasi-participação”, como audiências públicas (ver, por exemplo, o processo legislativo de aprovação da Lei n. 12.651/12⁶², ou, ainda, as audiências públicas produzidas no âmbito do licenciamento ambiental da Linha 4 do Metrô no Rio de Janeiro⁶³), serem utilizados com o objetivo de conferir força política, através de pretense apoio popular, para justificar intervenções significativas na legislação ou na própria cidade.

⁶² <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17338> (último acesso em 19.01.2014)

⁶³ <http://www.inea.rj.gov.br/Portal/MegaDropDown/Licenciamento/EstudodelImpactoAmbienta/RelatriodelImpactoAmbienta/AudienciasPublicas/AtaseTranscriesdeAudinciasPblicas/index.htm&lang=PT-BR> (último acesso em 19.01.2014)

Assim, quando reforçamos a necessidade de participação popular na definição do conteúdo de determinados institutos, associamos aos mecanismos de participação, necessários instrumentos de controle formal (de processo) e material (de conteúdo) com o fim de determinar que tais intervenções produzidas pelos mais diversos agentes sociais efetivamente contribuíram para produção da decisão final. Ou seja, ainda que não seja plausível impor à Administração que absorva toda a vontade popular, decisões que ignoram substantivamente o olhar produzido pela sociedade também não devem ser consideradas suficientemente amparadas pelo amparo popular.

Tampouco é razoável sustentar, à luz do que apresentamos no Capítulo 1, que essa intervenção doutrinária na produção do conteúdo normativo constitucional seria um reflexo (necessário) em função dos próprios limites da produção normativa verificada no âmbito das democracias ocidentais contemporâneas. Compreendemos que esse comportamento seja mais um indicador de que a democracia nos moldes atuais não é suficientemente versátil para lidar com as dinâmicas sociais atreladas à sociedade de risco. Contudo, acreditamos que afastar as soluções de um mínimo de lastro democrático apenas legitima e reforça a capacidade de apropriação do Direito (e da jurisdição) por grupos que majoritariamente controlarem o Estado. Isso porque, o conteúdo normativo do texto constitucional – que deveria ter origem popular – passa, em verdade, a ser compreendido a partir da interpretação de agentes altamente especializados que, não necessariamente, serão capazes de extrair a vontade popular, filtrada de anseios “presentistas” e egoístas.

Portanto, soluções para a definição do conteúdo de uma determinada norma constitucional devem passar por mecanismos democráticos de legitimação, jamais deve estar calcada majoritariamente por elementos jurídicos teóricos (doutrina). Em resumo, pretendemos defender que, caso se entenda necessário restringir o Estado sob o argumento da vedação do retrocesso, a participação popular nesse processo deve ser essencial e substancial.

Tendo em vista esses elementos, passamos a analisar as decisões destacadas no item anterior à luz do conteúdo doutrinário. Temos como objetivo demonstrar como o próprio elemento teórico não é suficiente para resolver as questões e como, muitas vezes, a argumentação introduzida pelos julgadores mostra-se viável apenas no papel, sem qualquer relação com a realidade, tampouco com os elementos democráticos, apesar de serem reiteradamente mencionados nos textos dos julgados.

Enfatizamos, todavia, que a despeito de discordarmos – em boa parte das decisões analisadas – da argumentação utilizada, nosso estudo se limitou essencialmente às construções teóricas relativas ao princípio da vedação do retrocesso. Os demais argumentos foram apresentados apenas quando necessários para a compreensão do objeto central da presente pesquisa. Assim, como fizemos no item 1 deste Capítulo e, em função do espaço disponível, transcreveremos apenas trechos essenciais para a compreensão da argumentação ora trabalhada. Tentamos fazer recortes os mais precisos possíveis a fim de evitar que as argumentações fossem descontextualizadas ou tornadas incompreensíveis quando analisadas em separado. De todo modo, a listagem completa de todos os julgados analisados por essa pesquisa pode ser verificada ao final do trabalho.

3.2.1. Análise dos casos com base na pertinência argumentativa e temática

Antes de analisarmos as decisões sob o prisma da produção teórica apresentada no Capítulo 2, ressaltamos que, diferentemente do que fizemos no item 1 desse Capítulo (em que organizamos as decisões conforme sua origem, i.e., por Tribunais), nesse momento agruparemos os julgados com base na pertinência temática e argumentação teórica produzida pelos magistrados. Isto é, daremos preferência à análise conjunta das decisões que lastrearam sua argumentação em fundamentos teóricos iguais ou essencialmente semelhantes. Por fim, observamos que o REsp n. 302.906/SP [**Decisão 00**] será a última decisão a ser analisada tendo em vista que a argumentação utilizada é a mais complexa e que, por sua vez, cria elementos específicos para a aplicação do princípio da vedação do retrocesso.

3.2.1.1. Competência formal e material

O primeiro conjunto de decisões [**Decisões 01, 02, 11 e 13**] que destacamos para análise compreende os julgados em que a fundamentação utilizada pelos tribunais restou majoritariamente compreendida no que tange à discussão sobre os limites da competência normativa do Poder Público.

Como apresentamos no item anterior, na **Decisão 01**, o MPF se posiciona no sentido de que a flexibilização da legislação referente ao ordenamento do solo urbano

traria prejuízos ao meio ambiente na medida em que autorizara a construção de um determinado empreendimento em terreno de marinha. A ação do MPF encontra outros argumentos para sustentar sua pretensão. Todavia, sobre a vedação do retrocesso, suas alegações concentram-se na inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 5.593/2007, o novo Código de Edificações e Urbanismo de Maceió. Como apontamos anteriormente, no que tange o referido argumento, o Tribunal não esmiúça o conteúdo da norma atacada, se limitando a afirmar que, o texto legal tratava de interesse urbanístico local e, portanto, editada no pleno exercício da competência municipal. O cotejo realizado pelos julgadores nesse caso teve como substrato as Constituições Federal e Estadual de Alagoas. Em nenhum momento há a comparação da nova legislação com o conteúdo da norma revogada.

Repare que o referido posicionamento foi adotado pelo Tribunal no julgamento de Agravo de Instrumento. Quando o processo principal é objeto de recurso de apelação [**Decisão 02**] e os julgadores são submetidos novamente à análise do caso, o Tribunal uma vez mais se restringe às questões de competência. Contudo, há uma pequena reflexão sobre o conteúdo da norma. Isto é, para os desembargadores não há que se falar em extravasamento da competência municipal na medida em que o legislador deteria a prerrogativa para definir, conforme as circunstâncias fáticas envolvidas, o conteúdo urbanístico de determinada região. Em outras palavras, se em determinado momento Legislativo Municipal compreende que as construções em região específica de seu território devem se limitar a X pavimentos, nada impede que – após *nova ponderação das circunstâncias fáticas envolvidas* – a legislação local seja alterada para prever um potencial construtivo diferenciado (> ou < que X). Para os julgadores, essa capacidade de dispor sobre o solo urbano, ao menos no caso concreto, encontra-se inserida na discricionariedade do legislador local e não cabe ao judiciário afirmar – com base exclusivamente nesses argumentos – que alteração por si só poderia ser considerada uma violação ao princípio da vedação do retrocesso.

Seguindo esse mesmo entendimento, o TJMG também se valeu das regras de competência formal constitucional para afastar a aplicação do princípio da vedação do retrocesso [**Decisão 13**]. Como apontamos anteriormente, uma alteração na legislação Belo Horizonte (Lei n. 9.959/10) promoveu uma mudança no procedimento de licenciamento, modificou a listagem dos empreendimentos sujeitos ao referido processo e criou uma exceção para empreendimentos em funcionamento.

Novamente, a pretensa flexibilização da legislação, resultando na ampliação da margem de discricionariedade do órgão licenciador local, estaria violando o dispositivo da constituição estadual que determina a necessidade de que os empreendimentos licenciados sejam submetidos à avaliação de impacto. (art. 214, §1º, IV). O Tribunal sustenta sua posição – no sentido de que não há violação das regras de competência legislativa – na medida em que compreende que *o licenciamento é ato discricionário da Administração Pública e cabe a ela avaliar os critérios de oportunidade e conveniência de tal exigência, porém, atenta ao interesse público*. Diferentemente das **Decisões 01 e 02**, os julgadores sustentaram nesse caso que o agir discricionário está limitado pelo interesse público. Note que essa limitação passa ao largo das discussões nas duas outras decisões, mas é elemento fundamental na compreensão da constitucionalidade da norma atacada.

Em situação semelhante à alteração proposta na legislação municipal de Belo Horizonte, a **Decisão 03** também pode ser visualizada sob o prisma dos limites de competência do próprio Executivo, nesse caso, para criar exceções às regras que ele mesmo elaborou. Como vimos, a discussão central no referido caso está associada à edição de uma Portaria que excepcionou a necessidade de elaboração de avaliação ambiental estratégica para determinados empreendimentos e, em troca, criou uma comissão técnica para a análise conjunta do licenciamento desse mesmo grupo de empreendimentos. Tal como no caso anterior, a alteração proposta é sutil, ou seja, há a troca de um estudo ambiental por outro. Conforme trecho que destacamos anteriormente, para o acórdão não há retrocesso na medida a alteração não isentou os empreendimentos de uma avaliação de impacto, mas, apenas, definiu um estudo distinto. Assim, o Executivo teria agido nos limites de sua competência, visando viabilizar o empreendimento à luz de sua própria legislação. Ocorre que, não parece ser uma preocupação do julgador que os estudos tenham escopos diferentes e, portanto, sejam capazes de apresentar respostas distintas. Ainda sim, a vedação do retrocesso não foi aplicada.

Por outro lado, é extremamente interessante notar como o TJES se utiliza de uma abordagem completamente diferente sobre o mesmo assunto. Isto é, exigibilidade de avaliação de impacto para aprovação de empreendimentos, nesse caso, em ambiente urbano [**Decisão 11**]. Tal como verificado no item anterior, a posição do relator do processo e o voto vencedor por maioria são diametralmente

opostas. Enquanto o primeiro defende que, em uma interpretação holística da lei municipal, é possível verificar que o legislador teve o cuidado em preservar o núcleo do direito ao meio ambiente, o segundo sustenta que o legislador municipal extrapola sua competência e, assim, viola o princípio da vedação do retrocesso, na medida em que amplia capacidade de aproveitamento do solo urbano, bem como exclui a necessidade de estudo de impacto de vizinhança para empreendimentos verticais. No caso em questão, o Tribunal compreendeu que excluir determinados tipos de empreendimentos de avaliação de impacto, bem como permitir a construção de “prédios colados” extravasaria os limites de competência do município.

Apesar de as alterações propostas na **Decisão 11** significarem mudanças muito mais expressivas do que nos casos anteriormente analisados [**Decisões 01, 02, 13**], é interessante notar que, tal como na **Decisão 13**, os julgadores evocam a Constituição Estadual (art. 187) e Federal (art. 225, §1º, IV), que expressamente preveem a necessidade avaliação de impacto para empreendimentos potencialmente causadores de degradação ambiental, para justificar a proteção a direitos já conquistados previstos na legislação que se pretendia alterar. Esse posicionamento é sustentado em diversos momentos do acórdão no voto vencedor, destacamos apenas um dos trechos que compreendemos resumir o posicionamento dos desembargadores:

Como visto, a Lei n. 4.575/07, especialmente nesse tocante, permite o retrocesso do estágio atual de qualidade de vida e ambiental dos cidadãos ao permitir a edificação de “prédios colados”, ou seja, autoriza a construção de verdadeiros “paredões de concreto”, afetando toda a paisagem urbana, a ventilação local e o direito social conquistado pela sociedade civil.

Assim, acreditamos que a aplicação do princípio pelo Tribunal tenha se dado em virtude de o Projeto de Lei criar excepcionalidades que violavam diretamente o texto constitucional. Seria interessante indagar, por outro lado, se a posição do TJES teria sido a mesma se a flexibilização tivesse se dado, por exemplo, nos limites da **Decisão 13**, em que a necessidade do estudo não é completamente afastada, mas majoritariamente decidida com base na discricionariedade do órgão competente para licenciar.

3.2.1.2. Proteção de intervenção ilegal em terras indígenas

A segunda composição de julgados [**Decisões 07, 08 e 09**] trata da aplicação do princípio da vedação do retrocesso essencialmente de questões indígenas. Sobre

o tema, só identificamos julgados o tema sob a referida perspectiva principiológica no âmbito do TRF1.

Nesse sentido, podemos destacar alguns pontos interessantes na sua aplicação. Tanto na **Decisão 07**, como na **Decisão 08**, o argumento que lastreia a aplicação do princípio é o não emprego da regra constitucional (art. 231, §§1º, 2º e 3º) que determina a necessidade de obtenção de autorização do Congresso Nacional, bem como a realização prévia de audiências com as comunidades indígenas afetadas para a condução de empreendimentos inseridos em terras indígenas. Ocorre que, no caso em questão, o texto constitucional é claro, não está aberto a outras interpretações, tampouco depende de outros conceitos complexos e externos ao direito. Em outras palavras, só é possível realizar o empreendimento se, dentre outros, ele cumprir dois requisitos objetivos: (i) obtenção de autorização do Congresso; e (ii) realização de audiências públicas prévias à manifestação do Legislativo. Para o Tribunal, portanto, o afastamento desses critérios no caso prático significaria não aplicar o texto constitucional. E a desconsideração do conteúdo da Carta Magna, por sua vez, estaria vedada pelo princípio da vedação do retrocesso. Note que no texto do acórdão – como transcrevemos anteriormente –, fica um pouco confuso compreender se o relator pretende defender que a proteção dos referidos critérios se dá em virtude de estarem expressamente previstos no texto constitucional ou se, de fato, são parte intrínseca – a despeito de sua previsão constitucional – parte do mínimo existencial ecológico desses povos.

Ainda no que tange à **Decisão 07**, cabe observarmos que o relator defende a existência de um mínimo existencial ecológico próprio dos povos indígenas que, como afirma o desembargador, seria distinto do mínimo construído teoricamente pelos autores trabalhados no âmbito dessa pesquisa. Apesar de não ser esse o nosso objeto, a referida construção teórica apresentada pelo desembargador em seu voto é um assunto importante a ser considerado em trabalhos futuros, eis que eventuais *standards* criados pela doutrina ou pela jurisprudência podem se mostrar insuficientes quando aplicados em realidades distintas dos tradicionais ambientes urbanos e rurais, como, por exemplo, em terras indígenas ou quilombolas.

Como vimos no item 1 desse Capítulo, as **Decisões 07 e 08** não são posicionamentos unânimes dentro do TRF1. No âmbito de uma das diversas Suspensões de Segurança Liminar [**Decisão 09**] o posicionamento do Tribunal foi

diametralmente oposto. Sequer a questão da vedação do retrocesso é mencionada pelos desembargadores que votam favoravelmente à continuidade da construção da UHE Belo Monte. Todavia, tal qual destacamos, o voto dissente do desembargador federal Souza Prudente – relator nas **Decisões 07 e 08** – merece destaque em nossa análise. Como estudaremos no item a seguir, ao compararmos a aplicação jurisprudencial com o conteúdo teórico (doutrinário), o referido magistrado adota em seu voto a presunção de que toda legislação sobre meio ambiente deve ocorrer no sentido de promover sua defesa. Qualquer ato normativo que agrida a tutela do meio ambiente estaria violando o princípio da vedação do retrocesso. Sem dúvida alguma esse posicionamento foi mais radical, dentre as decisões estudadas para a presente pesquisa.

3.2.1.3. Promoção de saneamento básico pelo Estado

Sobre as decisões que analisam o retrocesso quando da promoção de políticas públicas de saneamento, ressaltamos que sua análise conjunta não está propriamente relacionada ao conteúdo da argumentação utilizada pelos magistrados. Ou seja, as **Decisões 15 e 16** restam presentes em conjunto exclusivamente em função da pertinência temática.

As decisões identificadas no âmbito do TJRJ, representadas pela **Decisão 15**, por sua vez, podem ser encaradas como exemplo de manifestação do Poder Judiciário que pouco fundamentou sua orientação. Na situação em questão, o desembargador se limita a afirmar – em todas as oito decisões que tratam sobre o tema – que a divisão do serviço de esgotamento para fins de cobrança seria um retrocesso inadmissível quando o bem tutelado é a vida, a saúde e o meio ambiente. Ainda que concordemos com a posição que sustenta a indivisibilidade da referida política pública, a ausência de fundamentação para justificar a “impossibilidade de retrocesso” não permite maiores defesas sobre tese adotada.

Em situação diametralmente oposta [**Decisão 16**], o TJSC utiliza o princípio da vedação do retrocesso de uma forma distinta de todos os demais casos analisados. O Tribunal se vale do referido princípio para dar continuidade a uma determinada obra pública – estações de tratamento de esgoto – cuja paralisação havia sido pleiteada em função da ausência de participação pública no processo de licenciamento das

estações. Segundo afirma o MPE, uma audiência pública teria sido realizada, porém não teria seguido os requisitos seguidos em lei. Nesse caso, é interessante notar que o princípio foi apropriado pelo Judiciário para justificar a continuidade da obra pública⁶⁴. Isso porque, o Tribunal sopesou e entendeu que a paralisação das obras, sob o argumento de ausência de participação pública, representaria um retrocesso, eis que a instalação do sistema de saneamento estaria contida no grau mínimo de eficácia dos direitos fundamentais.

3.2.1.4. Garantia da proteção já conquistada

O quarto grupo de decisões selecionado para análise se justifica na medida em que os julgados [**Decisões 05, 06, 10 e 18**] concentram a fundamentação do princípio da vedação do retrocesso com base na obrigação do Poder Público garantir progressiva implementação dos direitos fundamentais. Apesar de outras decisões analisadas tocarem no tema (e.g., **Decisão 13**), selecionamos para esse grupo apenas aquelas que conferiam significativa importância ao referido elemento.

Nos dois primeiros acórdãos [**Decisões 05 e 06**], a linha argumentativa adotada pelo TRF2 é muito clara. Para o Tribunal, qualquer ato normativo ou decisão administrativa que autorize atividade ou empreendimento com base em níveis de proteção inferiores aos já assegurados em outras normas não pode prevalecer, sob pena de violação ao princípio da vedação do retrocesso. Em outras palavras, o referido princípio é utilizado para justificar uma máxima frequentemente mencionada por ambientalistas: “vale a norma mais restritiva”. Ou seja, como vimos em decisões anteriores, o critério utilizado pelo Tribunal para aferir eventual retrocesso são as conquistas presentes fora do texto constitucional. A partir desse raciocínio, o mínimo de proteção, garantido pelo princípio em questão, é extraído, em verdade, do conteúdo máximo (i.e., mais restritivo) da legislação infraconstitucional. Apesar de não se posicionarem expressamente nesse sentido, a orientação das **Decisões 05 e 06** se assemelha consideravelmente à defesa da necessária progressividade na proteção

⁶⁴ Dentre os argumentos utilizados para justificar a ausência de participação efetiva da população, a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento se valeu da seguinte afirmação: *a própria experiência demonstra que a participação popular, notadamente nas questões de saneamento muitas vezes se revela ineficaz, porque acaba por alongar-se indefinidamente, distanciando-se da questão técnica, e partindo para os casuísmos.*

do meio ambiente, verificada no voto dissidente da **Decisão 09**, linha de argumentação que compreendemos ser extremamente radical.

Em um curioso caso o TJES também aplicou o entendimento relacionado à necessidade de resguardar as garantias já sedimentadas [**Decisão 10**]. Como vimos, o julgado considerou inconstitucional a lei municipal de Vila Velha que determinava a utilização de sacolas plásticas tradicionais em determinados casos, tendo em vista a existência de legislação estadual que previa a substituição desses modelos por sacolas pretensamente menos poluidoras. Como demonstrado, para o Tribunal a ideia é basicamente a mesma dos julgados anteriores [**Decisão 05 e 06**], isto é, vedar qualquer retrocesso quando já existe uma garantia normativa que se supõe ser mais protetora.

Por sua vez, a **Decisão 18** também adotada exatamente o mesmo posicionamento dos três julgados anteriormente analisados. Ou seja, também sustenta que o retrocesso se materializa – e não pode ser autorizado – sempre que se tente reduzir o alcance das conquistas consolidadas. Contudo, no caso do TJSP, o acórdão introduz um elemento adicional pouco verificado nos julgados analisados fora de São Paulo, mas muito utilizado pela doutrina, qual seja, a segurança jurídica. Para o relator a segurança está implícita ao valor de justiça e a vedação do retrocesso serve para evitar alterações no sistema normativo que afetem essa estabilidade. Apesar de não destrinchar a argumentação, a conexão que o acórdão faz entre a estabilidade normativa e a garantia do meio ambiente para as gerações futuras, tal como destacamos anteriormente, é consideravelmente interessante.

3.2.1.5. Reserva Legal Florestal e Unidades de Conservação

Tal como em saneamento, agrupamos os seguintes acórdãos [**Decisões 04, 12, 14 e 17**] quase que exclusivamente em função da pertinência temática, apesar de os referidos julgados encontrarem considerável relação com a argumentação teórica utilizada no item anterior. Optamos, todavia, em manter a **Decisão 18** – que se contrapõe à **Decisão 17** no item 1.3.6 desse Capítulo – no item anterior tendo em vista sua pertinência argumentativa com os demais acórdãos naquele momento analisados. Cumpre reforçar a observação que fizemos anteriormente no sentido de que as referidas decisões [**17 e 18**] são também demonstrações de como antagônicos

podem ser os posicionamentos adotados por um mesmo tribunal sobre uma matéria extremamente específica.

Assim, para fins didáticos – mantendo a oposição construída no item 1.3.6 –, destacamos primeiro a aplicação do princípio da vedação do retrocesso no âmbito da **Decisão 17**. No caso em questão, a reiterada posição do Tribunal destaca-se por uma abordagem muito pouco verificada fora do Estado de São Paulo, isto é, a utilização de um argumento que confere prevalência a uma verificação empírica na aplicação da lei. Como vimos anteriormente, o relator sustenta que não é possível falar em retrocesso na medida em que não há certeza que, na prática, a restrição se mostrará um retrocesso do meio ambiente. Ou seja, seguindo o referido posicionamento, o acórdão não está preocupado diretamente com garantias normativas, tal como sustenta boa parte da doutrina analisada. Para o julgador, nos casos analisados, a inquietação está associada à necessidade de efetividade do dispositivo normativo. Em outras palavras, a existência de instrumentos normativos ultra protetivos pouco aplicados importaria menos do que a aplicação de normas mais flexíveis. Apesar de ser possível extrair inúmeras críticas desse posicionamento, a relativização proposta pela decisão encontra como parâmetro – mínimo – o texto constitucional. Tal critério também encontra amparo em algumas construções teóricas (doutrinárias).

Em posição favorável à aplicação do princípio da vedação do retrocesso, as **Decisões 12 e 14** analisam dois outros institutos previstos na Lei n. 12.651/12. O primeiro julgado [**Decisão 12**] trata da obrigação de averbação da Reserva Legal no registro de imóveis na ausência do CAR. Utilizando uma argumentação muito similar à verificada nas **Decisões 05, 06 e 18**, o acórdão também se vale da compreensão de que o afastamento de qualquer medida protetiva anteriormente prevista resulta em retrocesso e, portanto, não pode ser permitida. Apesar de sermos favoráveis à manutenção da obrigação de averbação da Reserva Legal no registro enquanto o CAR não é implementado, faz-se necessário ressaltar que tal posicionamento também deve ser considerado radical, em linha ao voto dissente da **Decisão 09**.

O TJPR [**Decisão 14**] aborda a aplicação do referido princípio no instituto da compensação de Reserva Legal Florestal. Como vimos, a posição do Tribunal foi desfavorável, tendo em vista a ausência de autorização do órgão ambiental competente. Todavia, o acórdão vai além e indica a existência da ADIn 4367. Apesar de o posicionamento da PGR não haver sido explicitamente encampado pelos

desembargadores, pela leitura do acórdão é possível extrair uma tendência à adoção do referido posicionamento, qual seja, de nega a possibilidade de compensação tendo em vista que a referida alternativa não supriria a função ecológica da Reserva Legal Florestal. Logo, sua aplicação – ou seja, de um instituto que mitigaria a Reserva Legal Florestal – seria considerado um retrocesso. Essa linha de argumentação também acaba seguindo na mesma orientação das demais, isto é, conferindo um valor de irretroatividade às conquistas já verificadas no âmbito da legislação infraconstitucional.

Por fim, a última decisão destacada nesse conjunto [**Decisão 04**] tratava da caducidade de Decreto que criou Unidade de Conservação de Proteção Integral. Apesar de o Tribunal, por maioria, entender que a caducidade refere-se somente à questão expropriatória, como destacamos acima, o voto vencido é o ponto de interesse para o presente trabalho. Para a relatora, a desconstituição do espaço protegido em função de inércia do Poder Público não poderia ser considerada um retrocesso, na medida em que não lhe foi retirada a competência para continuar protegendo a área. Esse posicionamento se mostra importante, pois – apesar de não ter sido a posição vencedora – ilumina uma necessária ponderação acerca do direito ao meio ambiente *versus* os demais direitos individuais. Em outras palavras, não é possível impor à sociedade ônus sem o devido planejamento, sob pena de utilização indevida de um recurso normativo – que é a criação de Unidades de Conservação – tão caro à proteção do meio ambiente.

3.2.1.6. STJ

Dentre os acórdãos analisados, sem dúvida o posicionamento do STJ nos parece ser o mais completo e, por conseguinte, o mais interessado em criar uma teoria para a aplicação do princípio da vedação do retrocesso em matéria urbanístico-ambiental [**Decisão 00**]. Ao filtrarmos todas as especificidades do caso concreto analisado pelo Tribunal para extrairmos algo que pareça ser uma teoria geral de sua aplicação chegamos a alguns critérios bem específicos desenvolvidos pelo relator no âmbito de seu voto⁶⁵. O primeiro requisito trata-se de forte motivação, acompanhada

⁶⁵ A despeito do nosso esforço acadêmico com o objetivo de extrair uma teoria geral do conteúdo do acórdão analisado, cumpre lembrar que além de tratar-se de um caso concreto, a argumentação desenvolvida pelo STJ tem como objeto analisar o conflito entre normas públicas e privadas.

por um *clamoroso* interesse público. Retornando à **Decisão 13**, vimos que a preocupação com esse tema também perpassa outros julgados e não é própria e exclusiva da orientação do STJ. Contudo, diferentemente dos demais posicionamentos jurisprudenciais, o acórdão em questão procura qualificar esse interesse público – *clamoroso*. Apesar de a palavra utilizada não preencher o significado esperado de forma ampla, o relator expressa em palavras o que espera desse conceito de “interesse público clamoroso” ao afirmar que a flexibilização pretendida pelo Poder Público não pode se revelar decorrente da sua submissão a necessidades *casuísticas de momento, interesses especulativos ou vantagens comerciais de agentes econômicos*⁶⁶. Apesar de a preocupação em qualificar o interesse público para evitar instabilidades não estar expressa, fica claro que a imposição dessa restrição tem como objetivo frear comportamentos que, de outro modo, seriam permitidos pela democracia – evitar o “presentismo”. Há uma evidente relação entre o limite do exercício do poder representativo e o seu controle através de medidas restritivas.

A própria construção argumentativa para defender o requisito acima mencionado nos leva ao critério seguinte, qual seja, o da garantia da estabilidade jurídica. A segunda preocupação da argumentação desenvolvida pelo relator busca resguardar o ato juridicamente perfeito, tal como vimos quando analisamos as **Decisões 17 e 18**, e o licenciamento do empreendimento. Esses são os dois critérios principais utilizados pelo STJ para justificar a aplicação (ou não) do princípio da vedação do retrocesso de uma forma geral. Os quatro critérios subsequentes que mencionaremos a seguir estão essencialmente voltados para análise do potencial conflito entre normas públicas e restrições criadas no âmbito de relações privadas.

Por fim, rapidamente listamos no item 1.1.1., chegamos aos quatro critérios finais denominados no acórdão como sendo os *motivos determinantes* que autorizariam o *ius variandi* reducionista. O primeiro seria a *insuperável e irreversível* transformação do *caráter* do próprio direito de propriedade. Isto é, segundo o acórdão, quando o próprio legislador limita a aplicação de restrições urbanístico-ambientais em relações privadas. Para o relator, esse primeiro motivo determinante não se aplicaria no âmbito do Direito brasileiro, uma vez que a única ressalva existente para normas

⁶⁶ O relator afirma que a flexibilização jamais poderá ser utilizada para: *satisfazer interesses políticos de momento, contingências eleitorais, arroubos populistas, objetivos imediatistas, ou para se curvar a demandas da febre insaciável da especulação imobiliária.*

privadas derivadas de negócios jurídicos é de que estas sejam mais rigorosas que a legislação em vigor – *supletivas da legislação pertinente*.

O segundo motivo determinante abordado no acórdão seria a modificação *irrefutável, profunda e irreversível* do aspecto ou destinação do bairro ou região. Em outras palavras, é possível que as restrições urbanístico-ambientais definidas para um determinado território deixem de ser justificáveis na medida em que a própria região seja convertida em algo completamente distinto daquilo que motivou a definição de determinados padrões restritivos. Por exemplo, a transformação de um bairro industrial em um bairro residencial, ou vice-versa⁶⁷.

Nesse sentido, o terceiro *motivo determinante* elencado no acórdão seria o obsolescimento valorativo ou técnico das restrições. Esse “envelhecimento”, segundo o relator, decorreria em função de dois fatores, o primeiro, pela transformação dos valores e expectativas ético-sociais que antagonizariam de forma absolutamente incompatível com *a ordem pública e a dignidade humana*. E o segundo fator, por conta do avanço do conhecimento científico, que, segundo o acórdão, serviria para *cobrir de inutilidade certos comportamentos positivos ou omissivos exigidos dos proprietários (...)*. O exemplo utilizado seria uma restrição que proibisse o trânsito de cavalos em determinada região.

O último motivo determinante, isto é, a perda do benefício prático ou substantivo da restrição, decorreria quase que naturalmente da verificação dos demais motivos estudados anteriormente. Ou seja, esse esvaziamento de sentido efetivo, como afirma o relator, terminaria por fulminar a legitimidade da existência ou manutenção das exigências.

Resumindo, finalmente, os critérios adotados pelo STJ: **(i)** justificativa com base em interesse público clamoroso; **(ii)** respeito ao ato jurídico perfeito e ao licenciamento do empreendimento; **(iii)** transformação do caráter do direito de propriedade; **(iv)** alteração irreversível do aspecto ou destinação do bairro ou região; **(v)** o obsolescimento

⁶⁷ Uma observação muito importante que deve ser realizada sobre esse critério refere à percepção sobre o modo como a cidade é transformada. O relator afirma que a flexibilização das restrições é possível quando o *aspecto ou função* da região *converte-se* em algo distinto. Essa opção gramatical que exclui da frase o sujeito responsável pela alteração do espaço urbano permite interpretações dúbias sobre o processo de modificação do território. Nesse sentido, faz-se necessário ressaltar que a produção do espaço – especialmente do urbano –, em regra, não ocorre de forma natural, mas sim em função de ações do próprio homem. Isso significa dizer que se trata de um processo social, dinâmico, caracterizado pela multiplicidade de agentes que, simultaneamente, ressignificam e são ressignificados por essas interações com o território e com os outros atores envolvidos.

valorativo ou técnico das restrições; e, a conseqüente **(vi)** a perda do benefício prático ou substantivo da restrição.

3.3. Análise e crítica das decisões selecionadas à luz dos fundamentos teórico-doutrinários

Como vimos no Capítulo 2, o princípio da vedação do retrocesso trata-se de uma criação doutrinária. Seu objetivo principal é produzir um freio ao mecanismo deliberativo, isto é, uma limitação à capacidade de decidir do Poder Público em qualquer de suas ações, não necessariamente apenas legislativa. Ao provocar esse movimento de restrição à atuação da Administração, espera-se que a tutela de determinados direitos seja preservada tal qual se encontra no momento em que é questionada e, em uma espiral crescente, que a proteção normativa apenas prospere no sentido de que tal garantia se amplie em direção que tenda ao infinito.

Observe, portanto, que – ainda que indiretamente, ao ser apropriado pelos órgãos públicos de controle – esse mecanismo, em verdade, é uma criação doutrinária que busca intervir no funcionamento do Poder Público. Mesmo que alguns autores busquem extrair esse instrumento de forma indireta da Constituição Federal, novamente, trata-se de uma construção teórico-doutrinária. Não há no texto constitucional qualquer menção ao referido princípio ou ao seu conteúdo. Estamos lidando exclusivamente com uma construção própria dos pensadores do Direito. Antes que críticas anti-positivistas busquem macular o presente raciocínio, não estamos vedando a possibilidade de que os operadores do Direito se valham de construções teórico-doutrinárias, estamos apenas evidenciando o fato de que o preenchimento do conteúdo pragmático do referido princípio está lastreado, essencialmente, por essas teorias que, em muitos dos casos, são apropriadas pelo Poder Judiciário.

Todavia, nossa preocupação com a questão doutrinária não está relacionada à sua capacidade inventiva para produzir infinitas teses e argumentações jurídicas. Nossa apreensão reside no fato de, após criá-lo, os doutrinadores buscarem minerar a partir de suas próprias palavras o conteúdo do próprio princípio. Essa inquietação é fundamentalmente relevante na medida em que, ao buscar preencher esse boneco de pano, parte da doutrina jurídica, do alto de suas torres de marfim, se entende apta a conferir-lhe sustentação extraindo, a partir de suas próprias elucubrações,

formulações genéricas capazes de sacar quais seriam os valores a serem protegidos. Como é possível que a doutrina jurídica, que, em larga medida, restringe suas pesquisas a questões teórico-jurisprudenciais, tivesse condição de produzir, a partir do próprio Direito, conteúdo para o referido princípio? Em resumo, indagamos se teria a doutrina legitimidade suficiente para limitar o funcionamento do próprio sistema democrático. Não identificamos a partir da análise jurisprudencial, muito menos após a análise teórico-doutrinária do Capítulo 2, qualquer fundamento que produza alguma faísca para iluminar esse posicionamento. Note que, estamos tratando de uma questão que oscila entre o limite da técnica jurídica e o funcionamento das instituições políticas. Por óbvio que a produção doutrinária tem um papel extremamente relevante quando trata da construção do próprio Direito, mas, admiti-la nesse caso, nos parece um equívoco.

Não podemos, todavia, confundir a argumentação acima apresentada com as hipóteses normativamente previstas de controle de constitucionalidade. Nosso argumento sequer perpassa pela discussão que a utilização de tais mecanismos suscita. A preocupação do presente trabalho reside nas hipóteses em que o princípio em questão é empregado como fundamento para justificar a legalidade ou ilegalidade de um determinado dispositivo, especialmente quando o julgador se vale de técnicas teórico-jurisprudenciais para definir o conteúdo do instrumento em questão. Observe que, o cerne da questão está na ausência de legitimidade da doutrina para definir o que pode (e o que não pode) ser objeto de produção normativa.

Ao afirmarmos que a doutrina não detém legitimidade para delinear os contornos de sua própria criação, o passo seguinte é indagar quem estaria habilitado para fazê-lo. Como sustentamos no Capítulo 2, a partir da construção teórica desenvolvida especialmente no Capítulo 1, a produção de medidas societárias auto-restritivas, especialmente no que tange o funcionamento do Poder Legislativo, para que encontre fundamento no substrato democrático deve decorrer da própria vontade popular. Em outras palavras, estamos afirmando que o conteúdo de um direito (seja ele um princípio), que limita o Poder Legislativo, não é jurídico, mas sim, político. Assim, por tratar-se de matéria alheia à técnica jurídica, para que seja legítimo – ao menos no âmbito do Estado Democrático de Direito – faz-se necessário que o conteúdo do princípio em questão seja moldado democraticamente. E quando defendemos a necessidade de que o mecanismo em questão esteja permeado pela

vontade popular, sustentamos que cabe à respectiva sociedade decidir quando ela está preparada para rever o seu conteúdo no futuro, que, por sua vez, deve ter sua justificativa delineada única e exclusivamente no documento que funda sua respectiva ordem política.

3.3.1. Crítica dos fundamentos utilizados nas decisões e cotejo das orientações teórico-doutrinárias

Feitas essas breves considerações acerca do princípio da vedação do retrocesso, passamos à fase final do Capítulo 3 e analisamos as decisões coletadas à luz do posicionamento doutrinário do Capítulo 2, no qual também inserimos nossas respectivas críticas. Nesse último trecho dividimos novamente as decisões analisadas. Primeiramente, reunimos todos os julgados que fundamentam suas decisões essencialmente por meio do uso do texto constitucional. Em segundo, analisamos as decisões lastreiam seu posicionamento a partir de elementos majoritariamente doutrinários. Por fim, reunimos os acórdãos que definem essencialmente sua orientação com base em sustentações próprias.

Cumpramos ressaltar que a divisão ora realizada tem fins meramente didáticos no sentido de destacar o elemento preponderante. Trata-se, em verdade, de simplificação da complexa realidade vivenciada em cada um dos acórdãos. Dessa forma, portanto, lembramos que apenas destacamos os argumentos de interesse para o presente estudo e que apesar das divisões realizadas é possível encontrar elementos das três divisões aqui apresentadas na maior parte das decisões analisadas.

3.3.1.1. Predominância do argumento constitucional

Retomando a **Decisão 01**, verificamos que, a despeito de o Tribunal haver afirmado que as alterações urbanísticas não violavam o conteúdo das Constituições Federal e Estadual, a questão foi analisada apenas sob o prisma da das regras de competência formal para determinar a não aplicação do princípio. Ainda que, no presente caso, seja utilizada a teoria mais flexível sobre o tema, apenas a aplicação das regras de competência legislativa não seria suficiente para afastar a incidência de

eventual retrocesso normativo. Portanto, sob a perspectiva teórica vigente a justificativa conferida pelo Tribunal para sua decisão não seria adequada, tampouco satisfatória para não aplicar a vedação do retrocesso. Por outro lado, apesar de não concordarmos com o desfecho do caso, pelo posicionamento que defendemos ao longo do trabalho, a fundamentação do Tribunal mostra-se suficientemente adequada. Afinal, se o texto constitucional mantém ampla a capacidade de produção normativa no que tange a questões urbanísticas e tampouco há uma violação explícita ao seu texto, qual outro fundamento poderia sustentar uma limitação na capacidade legislativa a partir da vedação do retrocesso?

Na hipótese de aplicarmos o entendimento de Prieur (2012), que defende a progressividade contínua da legislação, é possível afirmar que – olhando para a **Decisão 2** que, em verdade, é um desdobramento da **Decisão 1** – a ampliação do potencial construtivo em determinadas regiões da cidade pode ser definido, *a priori*, como um retrocesso? Note que a formulação apresentada pelos julgadores é fundamentalmente razoável, eis que devolve à discricionariedade do legislativo a capacidade para produzir o próprio espaço urbano. Não temos dúvida que determinadas alterações urbanísticas vêm ocorrendo em diversos espaços urbanos para promover os interesses do grande capital, favorecendo em demasia à especulação imobiliária, contudo o sentimento de injustiça gerado a partir da observação desses comportamentos não pode ser extravasado com a utilização de qualquer argumento jurídico. Seria extremamente irrazoável, por exemplo, impedir que uma zona de expansão urbana passasse a autorizar a construção de empreendimentos verticais, estando devidamente habilitada para tanto. Ainda que, como afirmamos no Capítulo 1, busquemos resguardar o meio ambiente, nossa perspectiva sobre o Direito é essencialmente antropocêntrica. A restrição urbanística só faz sentido na medida em que é o próprio homem que ocupa aquele determinado território. Portanto, se replicássemos as teorias de progressividade da proteção incorreríamos em severas injustiças, especialmente para com as futuras gerações que seriam submetidas a espaços pré-definidos e praticamente inalteráveis pelo legislador subsequente. Ainda que se argumente a presente aplicação da teoria da progressividade é falaciosa, demonstraremos nos próximos casos como, em verdade, ela simplesmente não é possível de ser aplicada nos casos concretos.

Note como o TJMG no âmbito da **Decisão 13** também se utiliza do fundamento da competência com o intuito de escapar dos argumentos pouco objetivos que sustentam a aplicação da vedação do retrocesso em matéria ambiental. Como vimos, o legislador alterou as regras referentes ao licenciamento ambiental sem excluir determinados empreendimentos de uma análise, ainda que superficial, do órgão competente. Apesar de o Tribunal afirmar que a discricionariedade do legislador deve se submeter ao interesse público, o parâmetro normativo utilizado, isto é, o art. 214, §1º, IV da Constituição Estadual, é claro e suficiente por si só. O referido artigo define que os empreendimentos potencialmente poluidores necessitarão de avaliação de impacto ambiental. Não cabe ao Judiciário definir, apenas com fundamento na alteração legislativa, que teria havido um retrocesso. Obviamente que, caso tivessem sido apresentados elementos que mostrassem que a alteração iria servir para afastar a realização de avaliação de impacto, como na **Decisão 11**, não veríamos razão para não aplicação do referido princípio. Novamente, não é possível afirmar – apenas pela perspectiva normativa – que uma alteração legislativa que flexibilize determinada garantia (como a avaliação de impacto, no caso concreto) seja configurada um retrocesso às proteções ambientais.

Apesar de o resultado final ser diferente na **Decisão 11**, a argumentação dos Tribunais no que tange à competência formal mantém-se congruente. A despeito do posicionamento do relator que defendeu a possibilidade de que empreendimentos potencialmente poluidores fossem excluídos de avaliação de impacto ambiental, a posição majoritária se sustentou de forma sólida na medida em que também recorreu ao conteúdo das Constituições Estadual e Federal, exatamente nos mesmos dispositivos utilizados na **Decisão 13**, ou seja, a previsão constitucional de necessária avaliação de impacto para empreendimentos potencialmente poluidores. Nessa situação o Tribunal aplica a vedação do retrocesso corretamente, pois seu ponto de partida para análise são os textos constitucionais. Na medida em que o legislador afasta a aplicação da norma constitucional em um determinado caso, não resta dúvida que tal norma é inconstitucional, tampouco seria necessário se valer do princípio da vedação do retrocesso para justificá-lo. Não há aqui, portanto, uma necessária progressividade da norma que impediu a alteração legislativa, mas sim a violação de um conteúdo objetivo, qual seja, a necessidade de prévia avaliação de impacto. Ao se

utilizar desses fundamentos compreendemos que o Tribunal agiu de forma correta na referida situação.

Tal como nas demais, o fundamento utilizado pelo tribunal na **Decisão 03** é que a Administração não excluiu os empreendimentos da avaliação de impacto ambiental constitucionalmente prevista. Seria possível afirmar que a alteração nos procedimentos de licenciamento e avaliação de impacto por si só seriam consideradas violações à segurança jurídica e ao mínimo existencial ecológico? Sobre qual segurança jurídica estamos defendendo? A legislação ordinária ou o conteúdo do texto constitucional?

Caso adotássemos uma posição teórico-doutrinária moderada [Sarlet e Fensterseifer (2012b) e Ayala (2010b)] – eis que a posição extremista jamais admitira qualquer flexibilização (Prieur, 2012) – a posição do Tribunal se mostraria adequada na hipótese de os novos procedimentos adotados não frustrarem os objetivos inicialmente garantidos com as normas alteradas. Por exemplo, no presente caso, o empreendimento foi permitido a despeito de ter sido realizada uma avaliação ambiental estratégica das bacias hidrográficas do estado. Todavia, em substituição ao referido estudo, um grupo de trabalho foi criado para analisar uma série de empreendimentos específicos. Na hipótese dessa análise compreender os mesmos resultados esperados da avaliação ambiental estratégica proposta, não seria possível falar em retrocesso, já que a alteração proposta não mitigaria qualquer tipo de garantia conquistada. Na hipótese de a referida alteração não produzir tecnicamente o mesmo resultado, então haveria uma mitigação do que já havia sido previsto no arcabouço normativo anterior e, segundo a referida doutrina, aplicar-se-ia o referido princípio.

Apesar de compreendermos a importância da avaliação ambiental estratégica para realização de empreendimentos hidrelétricos, defendemos que a vedação do retrocesso se sustentaria nesse caso apenas fosse possível argumentar que a alternativa proposta não poderia ser considerada uma efetiva avaliação de impacto para o referido tipo de empreendimento. Caso contrário, a mera substituição de estudos e procedimentos, por si só, não representa qualquer tipo de retrocesso à previsão constitucional.

Sobre as **Decisões 07 e 08**, que tratam da execução de empreendimentos em terras indígenas, o fundamento para sustentar a vedação do retrocesso também é constitucional. Nesse caso, a situação é ainda mais clara e muito pouco sujeita a

argumentações teóricas. Como vimos, a Constituição Federal (art. 231, §3º) é objetiva ao afirmar ser necessária realização de audiências prévias com as comunidades impactadas, bem como a obtenção de autorização do Congresso Nacional. Qualquer coisa diferente disso seria inconstitucional e, como falamos anteriormente, tampouco seria necessário se valer do princípio da vedação do retrocesso para defender a ilegalidade da atividade ou empreendimento. Voltamos a afirmar que é possível sustentar a inconstitucionalidade de determinadas normas ou comportamentos sem necessariamente se valer do princípio em questão. Como estamos tentando mostrar a partir das presentes análises, sua utilização é bastante restrita e possui contornos normativos muito menos flexíveis para que efetivamente seja aplicado de forma legítima pelos operadores do direito.

3.3.1.2. Predominância do argumento teórico-doutrinário

Retomando a análise das questões indígenas, a **Decisão 9** resgata o posicionamento radical de Prieur (2012). Como vimos, apesar de não ser o posicionamento que prepondera, o voto dissente defende a tese de que qualquer ato normativo que agrida a tutela do meio ambiente estaria violando o princípio da vedação do retrocesso. Ainda que partíssemos do pressuposto básico de Prieur (2012) – de que toda legislação sobre meio ambiente deve ocorrer no sentido de promover sua defesa – sua orientação continuaria muito pouco elucidativa. Primeiramente, porque o procedimento de análise de validade da norma proposto muito raramente encontrará condições em que pode ser posto em prática. Isso porque, as questões ambientais quase sempre são analisadas em meio a outros elementos, como econômicos, sociais, políticos, etc. Em segundo lugar, não há que se falar em uma preponderância das garantias ambientais em relação às demais garantias fundamentais. Portanto, é possível que em um conflito de interesses outro direito venha prevalecer. Para que a construção de Prieur (2012) fizesse sentido em algum ordenamento jurídico, far-se-ia necessário que houvesse alguma previsão acerca da predominância das normas ambientais em relação aos demais direitos. Caso contrário, não é possível defender a priori uma impossibilidade de flexibilização da legislação ambiental.

A progressividade normativa defendida por Sarlet e Fensterseifer (2012b) e Ayala (2010b) também é identificada nas **Decisões 05 e 06**. Como vimos, para o Tribunal não é admissível qualquer comportamento do Poder Público que vá de encontro a níveis de proteção já assegurados em outras normas, buscando conferir legitimidade ao bordão “vale a norma mais restritiva”. De fato, é compreensível o posicionamento do Tribunal no sentido de impedir mudanças que, em princípio, mitigariam a proteção ao meio ambiente. Todavia, como sustentamos anteriormente, é possível solucionar a presente questão sem a utilização do princípio da vedação do retrocesso. No presente caso, as regras de competência constitucionalmente definidas resolveriam a questão sem muitos obstáculos. Ou seja, se já há regramento estadual, ou federal sobre o tema, não pode o município dispor de forma contrária sob pena de inviabilizar a aplicação da norma em seu território. A flexibilização de uma garantia normatizada por um agente público incompetente, antes de ser um retrocesso é uma ilegalidade.

Na hipótese de assumirmos como possível a análise sob a perspectiva do retrocesso, é possível afirmar que a mera alteração legislativa ou por meio de ato administrativo geraria um retrocesso ambiental? Tal como comentamos no item anterior acreditamos que essa análise *a priori* não é possível.

Somado a esse arcabouço jurisprudencial, adicionamos as **Decisões 12 e 14**, que tratam da aplicação de institutos da Lei n. 12.651/12. Nesse caso, o Tribunal legisla e cria uma regra de transição – no qual o legislador se furtou de fazer – para que as Reservas Legais Florestais continuassem a ser averbadas no registro de imóveis na ausência de implementação do CAR. A argumentação que sustenta essa regra de transição criada pelo Poder Judiciário é o princípio da vedação do retrocesso. O Tribunal tomou à frente do legislativo e definiu ele próprio qual procedimento a Administração deveria seguir. Nesse sentido, retomando o entendimento doutrinário moderado de Sarlet e Fensterseifer (2012b) e Ayala (2010b), resta a indagar se a não averbação das Reservas Legais Florestais até a implementação do CAR violaria o mínimo existencial ecológico. Todavia, o elevado grau de subjetividade das definições também não apresenta qualquer solução concreta para o caso em questão. Assim, voltamos a defender que a presente solução não precisaria se ancorar na defesa do princípio da vedação do retrocesso para fundamentar-se. Apenas exemplificativamente, uma eventual determinação à Administração para fixasse regra

transitória, bem como prazo para implantação do CAR resolveria a questão sem precisar de qualquer intervenção na capacidade deliberativa de outro agente público.

A **Decisão 18**, por sua vez, além de abordar a questão da progressividade necessária, introduz o debate sobre segurança jurídica. Essa sustentação, que muito fortemente aparece nos argumentos de Sarlet (2006b), ao afirmar ser necessário um mínimo de segurança jurídica para que seja possível proteger direitos fundamentais, também não é suficiente para lastrear a defesa do referido princípio. Isso porque, os contornos do conteúdo do que venha a ser segurança jurídica são tão imprecisos e subjetivos quanto à própria natureza do que vem a ser um retrocesso. Adicionar outro elemento de igual subjetividade torna a discussão ainda menos legítima sob o ponto de vista democrático. Afinal, há uma margem fantástica de discricionariedade dos órgãos julgadores para definir sua interpretação acerca do conteúdo de “segurança jurídica”.

3.3.1.3. Predominância de construções jurisprudenciais próprias

Inicialmente, destacamos nesse conjunto a **Decisão 04**. Isso porque, apesar de o posicionamento majoritário do Tribunal no caso concreto não abordar a questão da vedação do retrocesso na discussão relativa à extinção de Unidades de Conservação de Proteção Integral, o voto vencido introduz uma importante argumentação. Nesse sentido, ainda que fosse possível considerar a caducidade do Decreto que criou a Unidade não seria possível falar em retrocesso na medida em que o Poder Público ainda seria o detentor da capacidade de fiscalizar a criação de novos espaços territoriais especialmente protegidos. Caso aplicássemos as teorias doutrinárias, o argumento da progressividade normativa certamente seria nosso primeiro obstáculo. A caducidade do Decreto e a consequente extinção da Unidade implicariam na supressão de uma proteção especial a um determinado território. Sob a égide dessa argumentação, seria complicado, inclusive justificar alterações no perímetro de uma Unidade de Conservação que, por exemplo, suprimissem a proteção em determinado local – ainda que a área total se mantivesse a mesma. Isso porque, além da necessária progressividade a segurança jurídica na proteção daquele espaço teria sido violada. Todavia, na prática, esse argumento jamais prosperaria. Isso porque, no caso das Unidades de Conservação, por exemplo, diversas áreas

foram constituídas no papel sem que jamais se tivesse ido ao local. Ou, ainda, foram criadas, mas o Poder Público nunca adotou qualquer iniciativa no sentido de implementá-las. Alterações no traçado desses territórios, geralmente são necessárias para ajustar e compatibilizar a proteção pretendida com a realidade do local.

Apesar de o Poder Judiciário apresentar algumas construções jurisprudenciais que possuem alguma congruência entre si, a **Decisão 10** parece fugir a essa tendência. No referido julgado o órgão julgador impede a utilização de sacolas convencionais de plástico no município e sua justificativa se limita a afirmar que a referida norma declarada inconstitucional violaria uma garantia que se supõe ser mais protetora. Ou seja, uma presunção de que a norma estadual era mais protetora serviu para impedir o legislativo local de deliberar. Ainda que o impedimento à utilização de sacolas de plástico viesse a se coadunar com as perspectivas doutrinárias, a justificativa utilizada consegue ser mais radical do que o posicionamento de Priour (2012). Tampouco é possível sustentar a posição do Tribunal com base no princípio da Precaução, eis que, além de o julgador não mencioná-lo, a matéria em questão é objeto de diversos embates científicos. Nessas circunstâncias, não conseguimos sustentar o posicionamento do Poder Judiciário em qualquer sentido. A aplicação do princípio da vedação do retrocesso, calcado em uma suposição é não encontra amparo, sequer na doutrina.

Outro conjunto de julgados, que possui uma argumentação extremamente rarefeita no que tange à utilização do princípio da vedação do retrocesso, é representado pela **Decisão 15**. No caso em questão, o TJRJ se limita afirmar que a divisão do serviço de esgotamento para fins de cobrança seria um retrocesso, tendo em vista os bens tutelados (vida, saúde e meio ambiente). Não há qualquer outro fundamento para justificar que o referido princípio seria aplicável ao caso em questão. Ainda que o julgador tenha se valido de outros fundamentos jurídicos para sustentar sua decisão, no tocante à vedação do retrocesso, não identificamos – no acórdão – justificativa para sua aplicação.

O referido princípio também teve sua utilização subvertida no âmbito da **Decisão 16**. O TJSC se valeu do princípio sob o argumento de que a paralisação das obras, em função da ausência de participação pública, e, portanto, atraso na implementação de medidas sanitárias em determinada região, resultaria em um retrocesso inadmissível. Novamente, a questão prática nos apresenta um dilema que

a doutrina não é capaz de fornecer respostas. Na ponderação entre o direito de participação e o provimento de serviços de saneamento básico sem paralisações qual direito deveria ser protegido pela vedação do retrocesso? Não há resposta clara sob a égide dos argumentos teórico-doutrinários, restando, portanto, uma ampla lacuna na sua aplicação, já que – como em diversos outros princípios – cabe ao julgador definir os contornos do conteúdo principiológico.

Em uma percepção pragmática sobre os instrumentos previstos na Lei n. 12.651/12, o TJSP, em reiteradas decisões, representadas nessa análise pela **Decisão 17**, entendeu que não há como falar em retrocesso ambiental quando é impossível analisar essa mitigação de garantia apenas por uma única perspectiva – a do meio ambiente. Na hipótese de aplicarmos o já mencionado posicionamento moderado da doutrina (Sarlet e Fensterseifer [2012b]) a justificativa apresentada no referido acórdão não se sustentaria, pois o retrocesso que o princípio visa proteger é essencialmente normativo. Ao menos em teoria, a preocupação está essencialmente atrelada ao conteúdo da norma, não necessariamente com a sua repercussão material. Assim, para a referida doutrina o princípio da vedação do retrocesso seria aplicável no caso concreto, na medida em que não admitiria a mitigação de um determinado parâmetro ambiental.

Ainda que entendamos o posicionamento adotado pelo Tribunal, afinal, o que se extrai é exatamente o que mencionamos nos itens anteriores – i.e., da quase que impossibilidade de se argumentar pelo retrocesso *a priori* de um determinado regramento –, não é possível concordar com a sua justificativa. A fundamentação apresentada, apesar de congruente, pressupõe a eterna ineficiência do Estado para fiscalizar os referidos regramentos, bem como um total descaso e desinteresse por parte dos cidadãos no cumprimento da norma. Mesmo que a completa eficiência do Estado na fiscalização seja uma ficção, tal qual a segurança jurídica, a alteração do conteúdo normativo como medida indutora para seu cumprimento deve ser encarada como hipótese última, já que existem alternativas aos instrumentos de comando e controle para estimular o cumprimento da norma. Portanto, não é possível admitir a referida alternativa sem antes determinar que o Estado execute outras opções indutoras.

Por fim, novamente analisamos o posicionamento do STJ na **Decisão 00**. Muito resumidamente, como vimos, trata-se da aplicação de norma convencional anterior

mais restritiva em detrimento da existência de regramento municipal mais flexível que trata do mesmo assunto. Apesar de se valer de diversos doutrinadores para conferir força à sua argumentação, sem dúvida alguma o acórdão busca criar uma teoria geral para fixar as hipóteses que permitiriam ao Poder Público agir de modo a flexibilizar uma determinada legislação urbanístico-ambiental.

Nesse sentido, é possível dividir a presente orientação em dois momentos. O primeiro define o que seriam critérios gerais para a aplicação da teoria criada. Isto é, a necessidade de que a flexibilização incorra lastreada em interesse público clamoroso e que haja respeito ao ato jurídico perfeito e ao licenciamento do empreendimento – voltamos aqui à questão da segurança jurídica introduzida por Sarlet (2006b). Até o presente momento, o posicionamento do STJ não varia muito em relação aos preceitos teórico-doutrinários apresentados.

A inovação introduzida pelo Tribunal em questão está na apresentação dos quatro critérios – motivos determinantes – que autorizariam a flexibilização normativa. Nesse momento, a referida decisão introduz uma nova teoria sobre os limites do princípio em questão. Os critérios, apesar de sensivelmente razoáveis, são – novamente – elucubrações decorrentes da experiência de vida daquele determinado corpo julgador e, mesmo que o extenso acórdão tenha decorrido de uma complexa pesquisa para aprofundar seu posicionamento, nesse momento o Poder Judiciário age limitando a capacidade deliberativa sob uma percepção extremamente própria acerca do que vem a ser retrocesso. Não discordamos do resultado verificado a partir da decisão produzida pelo STJ, mas fica claro que a definição do conteúdo do referido princípio pelo órgão julgador é, em verdade, um instrumento de imposição política que favorece um grupo específico de agentes sociais, sob o pretexto de que aquela seria a melhor decisão possível para todos. Minguar a capacidade de produção normativa do Poder Legislativo, sob o pretexto de evidente retrocesso, tal como foi feito, reflete, como demonstraremos a seguir, ato autoritário por parte do Poder Judiciário.

Essa afirmativa encontra amparo a partir da análise dos critérios subsequentes, denominados *motivos determinantes*⁶⁸. O primeiro critério que nos interessa é a *modificação irreversível da destinação de bairro ou região*. Diversos elementos podem ser utilizados para refutar a aplicação desse critério, nos centraremos no que

⁶⁸ Não analisamos o primeiro item tendo em vista tratar-se apenas da obrigatoriedade de que as restrições oriundas de negócios jurídicos privados sejam mais restritivas do que a legislação pertinente.

compreendemos ser o mais importante. Dessa forma, cumpre lembrar que, apesar de as alterações em meio ambiente – inclusive o urbano – possuírem um dinamismo próprio, é impossível afirmar a ocorrência irreversível da destinação de um determinado bairro ou região. No próprio município de São Paulo, por exemplo, é possível exemplificar o presente argumento. Diversas áreas da cidade que eram predominantemente industriais, hoje, em função da desvalorização dos referidos imóveis – eis que boa parte encontra-se contaminado –, estão sendo transformados em bairros residenciais⁶⁹. É praticamente impossível afirmar que no futuro tais áreas não serão objeto de um novo modo de apropriação pela sociedade. Apesar de haver o irreversível no urbano, não há o imutável.

O segundo critério, *o obsolescência valorativo ou técnico das restrições* também nos permite produzir críticas sobre seu conteúdo autoritarista. Sobre a questão técnica, novamente, apesar de servir de elemento para subsidiar a decisão, não é possível confiar às questões científicas peso preponderante na produção normativa. Isso porque, não há neutralidade na produção científica nos moldes racionalistas e iluministas. Atualmente, os grandes centros de pesquisa e tecnologia são financiados por entidades privadas⁷⁰ que tem como objetivo a produção de lucro e não necessariamente estão preocupadas em atender aos mais amplos e diversos interesses sociais. Por outro lado, apesar de verificarmos a existência de diversos valores que não mais são sustentados pela sociedade brasileira, a zona cinzenta em que múltiplos valores ascendem e desaparecem possui, também, um dinamismo próprio. É possível afirmar, por exemplo, que nossa sociedade não admite a segregação racial, contudo existem diversos valores religiosos conflitantes entre si e que merecem igual proteção por parte do Estado. Ou seja, serão poucas as situações em que será possível afirmar que um determinado valor pode ser considerado obsoleto pela sociedade e, portanto, não merece mais proteção.

Por fim, a decisão afirma que o último motivo determinante seria a decorrente *perda do benefício prático ou substantivo da restrição*. Após analisarmos os dois critérios anteriores, podemos concluir que a conseqüente perda do benefício da restrição será temporária – ainda que leve considerável montante de tempo para se alterar, eis que as cidades são dinâmicas e possuem um tempo próprio não

⁶⁹ Sobre o assunto, ver: Vitale e Garrafoli (2012).

⁷⁰ Sobre o assunto, ver: Mansfield (1995) e mais recentemente Zinner, Bolcic-Jankovic, Clarridge, Blumenthal, Campbell (2009).

necessariamente linear. Além de ser interina, essa perda potencial do benefício prático ou substantivo da restrição dificilmente será absoluta ou neutra. Isso porque, é dever do Estado conferir aos múltiplos valores garantias equivalentes. A predominância de um determinado valor ocorrerá apenas em hipóteses excepcionais.

3.3.2. Conclusões

Como tentamos demonstrar a partir dos argumentos acima, a eleição dos referidos critérios, por mais profunda e fundamentada, não deixa de ser uma escolha. Exatamente por tratar-se de uma seleção que ela inclui e exclui determinados elementos. Não há qualquer dúvida que o Poder Judiciário executa essa tarefa rotineiramente na diária produção jurisprudencial. Entretanto, como afirmamos anteriormente, nossa crítica não está na possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade exercido pelos meios processuais constitucionalmente previstos.

Nosso embate reside nas declarações de inconstitucionalidade – isto é, nas restrições da capacidade deliberativa – que estão lastreadas pelo princípio da vedação do retrocesso aplicado em matéria ambiental. Como vimos a partir das decisões selecionadas – e essa questão fica ainda mais evidente se analisados demais julgados identificados – o Poder Judiciário vem aplicando sem muita coerência, critérios ou fundamentos o referido princípio. Mesmo quando busca criar seus próprios alicerces para justificar a aplicação do princípio, tal como na doutrina, acaba incorrendo em prescrições autoritárias, que buscam submeter a sociedade à conteúdos moldados à luz de convicções próprias de cada juízo.

Nesse sentido, acreditamos que o único referencial normativo que encontra legitimidade política para servir de parâmetro para eventuais afirmações sobre retrocesso é a Constituição Federal. Mesmo que produzida em meio a uma série de ficções jurídicas, fato é que no sistema político brasileiro, o pacto político é o elemento que detém maior amparo democrático. Assim, para evitar que a sociedade seja submetida a preceitos autoritários oriundos de um determinado grupo social, a aplicação do princípio da vedação do retrocesso em contornos distintos aos definidos na Carta Magna, deve, necessariamente, encontrar amparo em um elemento autorizador próprio cuja legitimidade política se equipare, em termos de participação popular, à própria Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Como buscamos apresentar através das formulações teóricas apresentadas ao longo do trabalho, o Estado democrático vigente nas nações ocidentais contemporâneas, em especial, no Brasil, é insuficiente para lidar com as demandas da sociedade inserida no âmbito da modernidade reflexiva (Beck, 1997). A produção desenfreada de risco e sua legitimação institucionalizada apenas reforçam a necessidade de que é preciso repensar as instituições à luz dessas novas demandas.

Como qualquer modelo político, a democracia acaba sendo apropriada e inserida em um contexto majoritariamente constituído a partir dos interesses de grupos seletos, funcionando como garantidora dos interesses e vontades de apenas parte do corpo social. Quando falamos em imbuir estruturas iluministas de novas compreensões, a primeira delas é a solidariedade intergeracional. Ainda que a percepção solidária não seja o elemento solucionador de todos os problemas advindos do risco, ele é fundamental para repensarmos os processos de operacionalização da democracia sob novos fundamentos.

Como consequência dessa condição, vislumbramos que as gerações presentes são os únicos e potenciais agentes reguladores dessa relação intertemporal. Nessa situação de extrema disparidade de poder (Barry, 1991), como é possível que as gerações presentes se submetam altruisticamente a condições menos favoráveis sob o argumento da preservação intergeracional do planeta? Apesar de não possuímos a ambição de responder a essa pergunta, em sua concepção de justiça Rawls (2008) compreende que esse valor moral solidário (Moraes, 2012) deve estar presente no processo de construção das instituições e distribuição dos bens primários aos indivíduos. Nossa compreensão é de que essa relação moral intergeracional deve estar pautada pelo respeito às limitações (societárias) para assunção de riscos, e também pelo reconhecimento de que a humanidade está atrelada a inúmeras restrições que abreviam sua capacidade para lidar com as contingências decorrentes desse risco. Portanto, faz-se necessário compreender que revestir as instituições primárias da sociedade (Rawls, 2008) de valores solidários intergeracionais significa limitar a capacidade de externalização do risco através das gerações. Como Thompson (2010) defende, a manutenção de

estruturas que mantenham a capacidade deliberativa (futura) das gerações subsequentes deve ser preservada pelas gerações atuais.

Todavia, as formulações rawlsianas (2008) estão, em grande margem, restritas ao território teórico. Para que realmente compreendamos o grau associado à capacidade de nossas instituições em preservar os interesses intergeracionais fez-se necessário observar o que efetivamente possuímos. Em termos práticos, verificamos que, apesar de o texto constitucional prever o necessário dever para com o resguardo do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, o conteúdo da norma constitucional é significativamente amplo, sendo necessário que o significado de determinados conceitos seja elaborado para possibilitar a materialização da proteção constitucional. Contudo, há um agente que não pode ser desconsiderado nessa equação, isto é, as gerações subsequentes. A escolha adotada pelo agente público – pelo menos sob a perspectiva ambiental – deverá levar em conta os efeitos decorrentes de sua decisão sob a perspectiva temporal de longo prazo.

Todavia, essa afirmativa significativamente ampla não é suficiente para moldar o funcionamento da democracia brasileira. Isso porque, como vimos no Capítulo 1, as ferramentas desenvolvidas para manter o equilíbrio de poder no referido sistema político não são mais suficientes. A análise da jurisprudência ora realizada apenas corrobora a afirmação de que o Judiciário não possui capacidade, tampouco detém meios para servir de regulador da miopia democrática, como, em tese, defende Maravall (2003). Essa condição distorcida do referido sistema político, nomeada por Thompson (2010) como “presentismo” se mostrou como uma das limitações democráticas mais importantes para evitar injustiças sob o ponto de vista intergeracional. Ocorre que, a solução proposta pelo mencionado autor para evitar os efeitos decorrentes dessa restrição é a construção de instituições de controle dentro da democracia que auxiliem sua manutenção através dos tempos. Com essa proposta, o objetivo de Thompson (2010) era garantir a capacidade de autodeterminação das gerações futuras mantendo sólidas instituições que, pretensamente, seriam capazes de garantir essa autonomia. Isso porque, para o autor, não seria possível, tanto pela perspectiva moral, quanto pela perspectiva política, justificar a imposição – pelas gerações presentes – de restrições às gerações futuras.

Enquanto as formulações teóricas de Thompson (2010) privilegiam saídas pelos instrumentos democráticos, existem ambientalistas que propõem soluções mais radicais, que incluem a completa substituição das atuais estruturas políticas por modelos aristocráticos, derivados dos modelos ideais de Platão. Entretanto, como sustentamos ao longo do trabalho, as alternativas “eco-autoritárias” não merecem prosperar na medida em que submetem toda a sociedade a modelos específicos de vida, retirando a – ainda que ficcional – capacidade individual de escolha e autodeterminação na construção dos múltiplos valores morais, sob o argumento de que um determinado grupo de indivíduos detém elementos suficientes para produzir as escolhas em nome de toda a sociedade.

Ao refutarmos a possibilidade de uma alternativa autoritária e compreendermos que a solução proposta por Thompson (2010) é insuficiente, eis que trata a questão apenas pela perspectiva procedimental, conduzimos a pesquisa ao passo seguinte, isto é, pela análise de soluções potenciais dentro da própria democracia. Nesse sentido, focamos nosso exame em uma única alternativa, a aplicação do princípio da vedação do retrocesso em matéria urbanístico-ambiental no âmbito do sistema jurídico brasileiro.

Antes de estudarmos o princípio em si, precisávamos compreender o que significava impedir o retrocesso. Pela perspectiva adotada na presente pesquisa, compreendemos o retrocesso como uma forma de produção de (auto)restrição com o objetivo de produzir resultados mais positivos do que os originalmente possíveis a partir do leque original de opções (Elster, 2009). Como vimos, o referido autor nos apresenta as diversas formas de auto-restrição, inclusive, no que se refere às hipóteses inseridas no campo do Direito. Ao analisar as formas de limitação da capacidade deliberativa no meio jurídico, Elster (2009) tem como seu objeto de análise as Constituições Políticas. Além de afirmar que a Carta Política não pode ser compreendida como um instrumento exclusivo de auto-restrição, eis que pode acabar restringindo a terceiros, para o autor, a limitação constitucional tal como quase todas as demais é um obstáculo relativo. Isto é, não há restrição absoluta e irreversível que seja imutável e, portanto, incapaz de restringir em completa eficiência, por tempo infinito, um determinado comportamento. Ocorre que, esse obstáculo constitucional é considerado uma restrição exatamente em função da sua natureza. Isso significa dizer que, em decorrência de procedimentos previamente estabelecidos, é mais difícil

alterar a constituição do que uma legislação ordinária. São os procedimentos previamente estabelecidos que definem o grau de dificuldade, e também o grau de efetividade, da limitação inscrita no texto.

Compreendendo os limites dessas restrições, Elster (2009) definiu as situações em que não são desejáveis, ou seja, onde encontram os limites de sua legitimidade. O primeiro é a existência de potencial conflito entre a restrição e sua eficiência. O segundo, quando o embate é verificado no âmbito da legitimidade democrática. Ou seja, para o autor, é necessário que os pré-compromissos constitucionais estejam amparados pela vontade popular. Como pressuposto, o controle democrático visa evitar decisões rígidas, dogmáticas ou democraticamente irresponsáveis que devem ser reguladas por mecanismos próprios.

Após compreendermos o funcionamento de instrumentos de pré-compromisso (restrição) no âmbito do Direito, passamos a analisar o princípio da vedação do retrocesso em matéria urbanístico-ambiental no sistema jurídico brasileiro. Para que pudéssemos ter uma visão completa acerca do conteúdo do referido princípio, estudamos o assunto em questão pela perspectiva doutrinária e pela ótica pragmática da jurisprudência brasileira. Dessa forma, buscamos compreender a natureza do direito ao meio ambiente como direito fundamental, as bases que definiriam o conteúdo mínimo dessa proteção e a compreensão estrita do próprio princípio pela doutrina na sua versão original – ou seja, no âmbito dos direitos sociais – e, em seguida, sua modulação para ser aplicado na seara urbano-ambiental. Após recolhermos os referidos elementos teóricos, estudamos a jurisprudência brasileira sobre o tema e refletimos sua aplicação a partir de construções argumentativas utilizadas para fundamentar as decisões.

Depois de analisarmos o princípio pelas duas perspectivas concluímos que o conteúdo das restrições impostas pelos tribunais brasileiros à capacidade deliberativa – sob o argumento da aplicação do princípio da vedação do retrocesso – decorre de uma construção majoritariamente doutrinária. Isto significa dizer que, além de o próprio princípio se tratar exclusivamente de uma construção doutrinária, o seu conteúdo é também o resultado de postulações teóricas igualmente produzidas por um grupo um grupo reduzido do corpo social brasileiro. Apesar de esses teóricos argumentarem no sentido de que estão defendendo aspirações sociais que incluem os mais diversos valores, inclusive as minorias, ainda sim, acabam por agir como

representantes não eleitos que subsidiam os fundamentos produzidos nas decisões judiciais sobre o tema. A referida afirmação se baseia no resultado de nossa pesquisa jurisprudencial. Isso porque, como vimos, quando os tribunais fundamentam suas decisões – em sensível número de julgados –, os operadores do direito se valeram de sustentações completamente abstratas e teóricas para sustentar aplicações, às vezes inusitadas, do referido princípio. Ao ser utilizada pelos órgãos do Poder Judiciário, a produção teórica recebe uma capa de pretensa legitimidade, conferida por uma instituição democraticamente constituída. Em outras palavras, defendemos que, no presente caso, a utilização do elemento doutrinário – para definição do conteúdo de um princípio que produz intervenções diretas na capacidade de autodeterminação da sociedade – não pode ser percebida como uma fonte legítima para fundamentação das decisões pelo judiciário. Isso porque, além de não existir qualquer limite para elucubrações doutrinárias, ainda que tais estudiosos sejam detentores de um vasto conhecimento, seus valores – ou sua compreensão sobre os valores sociais vigentes – não substituem o elemento democrático.

Ainda no âmbito dos casos analisados, há de se ressaltar que, com base nas posições defendidas nesse trabalho, endossamos as utilizações do referido princípio nas situações em que a fundamentação das decisões analisadas foi ancorada com base no texto constitucional vigente. Entretanto, cumpre observar, ainda, que nem sempre concordamos que a aplicação do princípio da vedação do retrocesso em matéria urbanístico-ambiental – nos referidos casos – tenha sido a opção menos gravosa e melhor solucionadora.

Sustentamos que compreender como viável a legitimação do elemento doutrinário por parte do Poder Judiciário se equipararia, em verdade, às alternativas eco-autoritárias que brevemente introduzimos no Capítulo 1. Afinal, é a partir do conhecimento restrito de uns poucos conhecedores do sistema jurídico que reduzimos a capacidade de agir e produzir normas dos demais Poderes. Concordamos que a assunção de risco deve ser limitada pela democracia e que o Poder Judiciário tem um papel fundamental ao impedir que os demais Poderes se valham de suas prerrogativas para impor à sociedade escolhas *presentistas* e ambientalmente negativas. Todavia, não é possível abrir mão que o fundamento dessas restrições seja democrático. E a pretensa legitimação conferida pelo Poder Judiciário ao inserir as postulações teóricas em suas fundamentações não transforma a natureza desses

elementos. Em outras palavras, não é a utilização dos preceitos doutrinários pelo Judiciário que imbui seu conteúdo de lastro popular. Quando tratamos no Capítulo 1 da necessidade de alteração de operacionalização da democracia, esse assunto também deve fazer parte dessa mudança. Sob o prisma das instituições democráticas, não é compreensível permitir que a construção do próprio direito seja aceita apenas a partir de tradutores da vontade social que, em tese, deteriam o conhecimento necessário para adaptar tais anseios a fim de que fossem inseridos e corretamente compreendidos pelo sistema jurídico.

Afinal, se nós sustentamos que a doutrina jurídica não é detentora de suficiente legitimidade para delinear o conteúdo do princípio da vedação do retrocesso, cumpre perguntar a quem caberia esse dever. Tendo em vista a dimensão do presente trabalho, não foi possível analisar a fundo alternativas específicas e detalhadas capazes de substituir a aplicação equivocada do conteúdo doutrinário. Contudo, como defendemos nos Capítulos 2 e 3, acreditamos que o preenchimento do conteúdo desse princípio deve ser referendado democraticamente em procedimento próprio e caberá à respectiva sociedade decidir quando está preparada para rever o seu conteúdo no futuro.

Ocorre que, ao afirmarmos pela possibilidade de que as gerações presentes submetam as subseqüentes a restrições criadas sem o seu consentimento, retornamos ao dilema enfrentado por Thompson (2010) e Barry (1991) sobre a viabilidade moral de se impor limitações às gerações futuras, ainda que elas não tenham qualquer ingerência sobre o conteúdo ou o processo de elaboração desses compromissos. Para o Thompson (2010) essa barreira moral fez com que o referido autor produzisse sua obra por meio da perspectiva estritamente procedimental. Isto é, para o autor, tendo em vista não ser moralmente sustentável impor – por parte das gerações presentes – restrições substanciais às futuras, a única proteção legítima que podemos oferecer a esses indivíduos futuros é o resguardo das instituições democráticas. Essa proteção permitiria às gerações futuras meios para deliberar de forma autônoma e, então, decidir de forma justa o seu próprio destino. Após a apresentação do conteúdo dos capítulos 2 e 3 apresentamos nossas justificativas para refutar a argumentação de Thompson (2010). Para responder a essa limitação dividimos nosso raciocínio em duas partes. Em primeiro lugar, se considerarmos que a restrição a qual o autor em questão está tratando é, em verdade, meramente

normativa – a que chamaremos de restrição *strictu sensu* – a objeção moral sequer é relevante. Isso porque, como vimos a partir de Elster (2009) as restrições normativas são obstáculos relativos. Não há irreversibilidade na produção jurídica. Ainda que a doutrina sustente o contrário a partir da análise da necessária progressividade normativa dos direitos fundamentais urbanístico-ambientais (Sarlet e Fensterseifer [2012b]), esse elemento, a nosso ver, é meramente moral e, em nenhum momento, capaz de vincular objetivamente o constituinte originário, por exemplo. Ou seja, caso as gerações subsequentes vislumbrem a necessidade de alterar qualquer conteúdo normativo, basta que cumpram os procedimentos democráticos previstos e que respeitem o conteúdo de seu respectivo pacto político. Nesse caso, não há violação da autonomia deliberativa intergeracional, pois as gerações subsequentes ainda serão detentoras dos procedimentos para alterar as referidas restrições.

Em segundo, caso a restrição mencionada por Thompson (2010) se refira a qualquer tipo de comportamento humano capaz de reduzir a autonomia deliberativa das gerações futuras – restrição *lato sensu* –, compreendemos que a percepção da moralidade como um obstáculo à imposição de restrições decorre de uma compreensão falaciosa sobre o dilema. Como veremos a seguir, o verdadeiro limitador moral, em verdade, reside na capacidade de produzirmos auto-restrições. Inicialmente, caso a restrição decorra de uma obrigação normativa, como debatemos anteriormente, ela pode ser simplesmente alterada ou suprimida.

Na hipótese de o pré-compromisso envolver qualquer outro elemento que não seja normativo, nós podemos dividir o estudo do potencial comportamento em dois desdobramentos. Isto é, quando se tratar de uma restrição explicitamente direcionada às gerações futuras, ou na hipótese de a limitação for incidental, decorrente do próprio agir humano. Sobre o primeiro desdobramento, acreditamos ser significativamente menos provável que ocorra, afinal, da mesma forma que as gerações futuras não são capazes de defender seus direitos, as pretéritas, em regra, possuem um limitado grau de interação com o presente – que, nada impede, seja ampliado no futuro, por meio de novas tecnologias. Essa restrição na capacidade de dialogar com o presente, por conseguinte, teria um efeito limitador na imposição de limitações, já que seriam poucas as formas de fiscalização do cumprimento da restrição e, portanto, pouco eficazes seriam os compromissos impostos. Nesse caso, ainda que seja possível perceber uma sombra de conflito moral, pragmaticamente falando, as chances de

esse embate ocorrer seriam significativamente reduzidas dadas as circunstâncias ora mencionadas. Assim, compreendemos que tal hipótese – em função de sua natureza remota – não seria suficientemente robusta a fim de impedir a elaboração de restrições políticas no âmbito das instituições democráticas.

Sobre a segunda circunstância aventada, a nosso ver, essa sim deveria ser considerada o objeto principal a ser estudado. Isso porque, quando estamos tratando de limitações incidentais geradas a partir do processo de escolha, são as gerações presentes que devem decidir sobre a adoção ou não de pré-compromissos. Em outras palavras, acreditamos que o debate moral a ser realizado deve estar centrado em compreender até que ponto é aceitável nos impor restrições e até em que momento nós estamos dispostos a abrir mão de nossa capacidade deliberativa em detrimento de um potencial interesse ou necessidade das gerações futuras. Não estamos falando em se produzir infinitas hipóteses sobre os possíveis interesses e necessidades das gerações futuras. A questão nevrálgica jaz no quanto estamos dispostos a não arriscar os recursos finitos que detemos em prol de um futuro desconhecido.

Quando o período das grandes navegações deu início a expedições pelo planeta, o risco inerente àquelas expedições estava essencialmente restrito à vida de um grupo de homens e aos recursos despendidos naquela empreitada. Como é possível extrair das leituras de Beck (1995) e, finalmente, pelas ainda atuais palavras de Anders (1962), *não apenas a imaginação deixou de estar à altura da produção, como também o sentimento deixou de estar à altura da responsabilidade*. Estamos submetidos a uma rede invisível de riscos constantemente alimentada por nós mesmos. Não há como saber até onde um efeito em cadeia, iniciado a partir desses múltiplos e infinitos riscos, pode nos conduzir.

Assim, por meio dos referidos argumentos compreendemos que o dilema moral sobre a imposição de restrições às gerações futuras não possui fundamentos que o permitam se sustentar. Devemos compreender que o grande obstáculo para as futuras gerações está na capacidade e legitimidade de produzirmos restrições a nós mesmos. Ou seja, temos de lidar com (e, a nosso ver, estimular) a limitada aptidão das gerações presentes para se auto-restringir.

Sobre esse aspecto, o elemento jurídico pode ser considerado coadjuvante. Especialmente menos relevante ainda enquanto estiver lastreado essencialmente por formulações doutrinárias. Seguindo o que defendemos ao longo do presente trabalho,

atualmente, compreendemos o Direito estando conectado a uma função de legitimação do controle das instituições políticas e de subjugação daqueles que discordam, mas não possuem força ou legitimidade para se opor contra as estruturas vigentes. Note, contudo, que não estamos propondo uma abolição do sistema jurídico, tampouco afirmamos que as conquistas normativas galgadas ao longo da existência não possuem valor. Todavia, a democratização do processo de produção e construção das instituições, inclusive jurídicas, é elemento fundamental indispensável para evitar a cooptação das ferramentas normativas. Nesse sentido, não estamos aqui falando de simples acesso à justiça. Não se trata meramente de popularizar as ferramentas processuais e minimizar o temor que a pretensa magnificência dos Poderes incute nos cidadãos, mas sim de incluir a massa societária no seio da formulação de processos e instituições. Em outras palavras, compreendemos que o Direito só servirá de forma efetiva à conservação do planeta na medida em que sua produção e seu controle estejam inseridos no meio social, jamais exclusivamente alojados nas bibliotecas e gabinetes de Tribunais.

Toda essa defesa acerca das limitações do atual paradigma jurídico não são reflexos da mera imaginação. Nossas afirmações anteriores se sustentam com base na pesquisa jurisprudencial extensamente realizada. Isto é, quando analisamos – a partir da leitura das decisões – a capacidade de as instituições judiciárias em aplicar restrições de natureza urbanístico-ambientais à própria sociedade, verificamos os mais diversos e incongruentes comportamentos. Enquanto, em alguns momentos, identificamos sustentações solidamente fundamentadas com base no texto constitucional, em outros, encontramos mandamentos sem justificção ou essencialmente autoritários. Ao final, ainda que concordemos com parte dos resultados oriundos da produção jurisprudencial analisada, o principal legado desses julgados, em nossa opinião, foi servir de instrumento de legitimação da própria ordem política. Isso ocorre na medida em que, tal como afirma Beck (1995), quando trata da irresponsabilidade organizada, tais decisões tentam regular institucionalmente o risco aceitável e acabam produzindo um mosaico de posicionamentos discrepantes que distorcem ainda mais a capacidade do Direito como elemento garantidor do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Quando finalmente transportamos a aplicação do princípio da vedação do retrocesso para a produção do urbano percebemos novamente como essa

determinação de valores próprios é construída e imposta pelas instituições político-jurídica. Em última análise, o referido princípio é aplicado como uma espécie de compressor de dinamismo social, habilitado apenas para transmitir específicas e determinadas interferências na construção do território. Mas, afinal, quem está habilitado a dizer como a cidade deve ser produzida? Certamente que essa vocação não pertence ao Judiciário. Ao defender argumentos como a obsolescência de valores e a irreversibilidade na destinação do uso do solo, nossas Cortes Superiores não só reforçam sua postura autoritária, como também se mostram incapazes de perceber os efeitos decorrentes de suas decisões. Como falamos, a produção do território não é guiada por um comportamento linear que se projeta através do tempo. O poder de transformação e a dinâmica própria do urbano nos fazem enxergar como o Direito é limitado e pouco pode fazer para regular essa força torrencial que tanto move o grande capital, como também as minorias excluídas. Sob essa perspectiva, a regulação é quase um fetiche, mas que, em termos práticos, acaba servindo para legitimar desigualdades. Ou seja, especialmente quando falamos do urbano, ainda que o sistema jurídico seja capaz de refrear determinados comportamentos por algum tempo, nenhuma restrição é absoluta. Na hipótese de se verificarem condições propícias, tais comportamentos novamente emergirão.

Portanto, ainda que seja função própria do Judiciário dirimir os embates oriundos dos múltiplos e conflitantes interesses societários, não podemos perceber como legítimas interferências produzidas a partir do sistema jurídico que não estejam orientadas pelo elemento democrático. Não resta dúvida que o Judiciário em si detém parte dessa legitimidade, eis que faz parte do conjunto de instituições democraticamente constituídas. Todavia, a presunção de legitimidade político-democrática do Judiciário não é absoluta, tampouco inabalável. É preciso refletir e ponderar que nem todas as questões devem ser respondidas pelo Poder Judiciário. E quando estas situações forem verificadas, a resposta provavelmente mais legítima – enquanto nos encontrarmos sob os fundamentos democráticos – será a política.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado. A dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. *In: Revista dos Tribunais*. Vol. 907. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

ABPLANALP, Edward R., *Background environmental justice: An extension of Rawls's political liberalism*. Tese (Doutorado em Filosofia). Nebraska: University of Nebraska, 2010

AFONSO, Túlio Augusto Tayano. Direitos sociais e o princípio do não retrocesso social. *In: Revista de Direito do Trabalho*. Vol. 124. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

ANDERS, Gunther. Theses for the Atomic Age. *In: The Massachusetts Review*. v. 3, n. 3. Massachusetts: The Massachusetts Review, 1962

ARAÚJO, Juliano de Barros. Recursos hídricos. Geração de energia elétrica. Compensação financeira pela sua utilização e prejuízos ambientais decorrentes de possível omissão. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

ATTANASIO JUNIOR, Mario Roberto. Reflexões sobre a dimensão ambiental da Constituição Federal de 1988. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 84. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

AYALA, Patryck de Araújo. Mínimo existencial ecológico e transconstitucionalismo na experiência jurídica brasileira: uma primeira leitura de jurisprudência comparada. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 59. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

_____. Mínimo existencial ecológico e proibição do retrocesso em matéria ambiental: considerações sobre a inconstitucionalidade do código de meio ambiente de Santa Catarina. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 60. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010b

_____. Direito fundamental ao meio ambiente, mínimo existencial ecológico e proibição do retrocesso na ordem constitucional brasileira. *In: Doutrinas essenciais de Direito Ambiental*. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

_____. Direito ambiental de segunda geração e o princípio de sustentabilidade na Política Nacional do Meio Ambiente. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 63. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011b

_____. C) O princípio da proibição do retrocesso ambiental na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – O caso City Lapa. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 63. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011c

_____. Direito fundamental ao ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na constituição brasileira. ROLLEMBERG, Rodrigo (org.). *In: O princípio da proibição do retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012
Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>> Acesso em: 13.01.14.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006

BACELAR, Vinícius Cerqueira. O financiamento de campanha eleitoral. *In: Revista de Direito da UNIFACS*. n. 128/2011. Disponível em:
<<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1404/1091>> Acesso em: 10.01.14.

BAHIA, Claudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *In: Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*. Vol. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *In: Revista dos Tribunais*. Vol. 919/2012
São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *In: OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; QUARESMA, Regina (coords.). Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001

- BARRY, Brian M.; SIKORA, Richard I. *Obligations to future generations*. Philadelphia: Temple University Press, 1979
- _____. Justice between generations. In: BARRY, Brian, M. *Democracy, Power and Justice*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- _____. *Liberty and Justice: Essays in Political Theory 2*. Oxford: Clarendon Press, 1991
- BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; Lash, Scott (orgs). *Modernização reflexiva*. São Paulo: Editora da Unesp, 1997
- _____. *Ecological Politics in an Age of Risk*. Cambridge: Polity Press, 1995
- _____. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: 34, 2010
- BECKERMAN, William; PASEK, Joanna, *Justice, posterity, and the environment*. Oxford: Oxford University Press, 2001
- BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental.
- ROLLEMBERG, Rodrigo (org.). In: *O princípio da proibição do retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012 Disponível em:
<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>> Acesso em: 13.01.14.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio de Janeiro: FGV, 1967
- BORGES, Roxana Cardoso. Direito ambiental e teoria jurídica no final do século XX. In: BORGES, Roxana Cardoso; VARELLA, Marcelo Dias (orgs.). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998
- BURKE, Edmund. *Speech to the Electors of Bristol, 3 Nov. 1774*. Disponível em:
<http://www.gutenberg.org/files/15198/15198-h/15198-h.htm#ELECTORS_OF_BRISTOL> Acesso em: 25.07.13.
- BUTZKE, Alindo; PONTALTI, Sieli; JOHN, Natacha. Ação popular como exercício da cidadania socioambiental: Estudo de caso da Usina Belo Monte. In: *Revista de Direito Ambiental*. Vol. 69. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Editora Fabris, 1993
- CANDEMIL, Renata. Mudanças de paradigmas para uma sociedade sustentável: Um novo desafio para o direito brasileiro? In: *Revista de Direito Ambiental*. Vol. 68. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Editora Almedina, 2000

_____. Direito Constitucional Ambiental Português e da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007

_____. _____. *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007

CÁPRIO, Marcos. A proteção do consumidor nas constituições dos países do MERCOSUL e associados. In: *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 74. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

CARVALHO, Lívia Hernandes. A concentração fundiária e as políticas agrárias governamentais recentes. In: *Revista Ideias*. v. 4 n. 2, 2010. Disponível em: <http://r1.ufrrj.br/cpda/ideas/revistas/v04/n02/IDeAS-v04_n02-Artigo_CARVALHO.pdf> Acesso em: 10.01.14.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 54. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

COMPARATO, Fábio Konder. Os problemas fundamentais da sociedade brasileira e os direitos humanos. In: *Para Viver a Democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989

COSTA, Eliane Romeiro; CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. O princípio da proibição do retrocesso social no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 73. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

DAVI, Kaline Ferreira. Uma análise sobre a essencialidade do juízo de prognose nas decisões políticas. In: *Revista dos Tribunais*. Vol. 893. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

DE-SHALIT, Avner. *Why posterity matters: environmental policies and future generations*. London: Routledge, 1995

ELSTER, Jon. *Quando a democracia não reflete a opinião geral*. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=p8bcfLfnXdE> Acesso em: 10.08.13.

_____. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

_____. *Ulysses and the sirens: studies in rationality and irrationality*. Londres: Cambridge University Press, 1979.

EILBERG, Ilana Finkielstejn. O direito fundamental à educação e as relações de consumo. *In: Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 74. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

FARRAR, Cynthia. Power to the People. *In: RAAFLAUB, Kurt A.; OBER, Josiah;*

WALLACE, Robert. *Origins of democracy in Ancient Greece*. California: University of California Press, 2007

FELIPE, Sônia T. Por uma questão de justiça ambiental. Perspectivas críticas à teoria da justiça de John Rawls. *In: ETHIC@. Revista Internacional de Filosofia da Moral*. Florianópolis: v. 5, n. 3, p. 5-31, Jul. 2006. Disponível em:

<www.cfh.ufsc.br/ethic@/CAPA53.htm> Acesso em: 10.01.14.

FENSTERSEIFER, Thiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008

_____. A legitimidade da Defensoria Pública para a Ação Civil Pública Ambiental e a condição de pessoa necessitada em termos (sócio)ambientais; uma questão de acesso à justiça (sócio)ambiental. *In: Revista de Processo*. Vol. 53. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. O princípio da prevenção e a gestão dos riscos dos agrotóxicos no Brasil. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 62. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005

FERRUCCI, Marcelo. O direito ambiental como direito fundamental. Estado e poder ambiental. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 52. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

FISHKIN, James. LASLETT, Peter. *Justice between age groups and generations*. New Haven: Yale University Press, 1992

FLORES, André Stringhi. Direito ambiental, mínimo essencial ecológico e as nanotecnologias – o cuidado com uma (nova) perspectiva hermenêutica à tecnologia em escala nanométrica. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 72. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

FOTI, Joseph; SILVA, Lalanath; McGRAY Heather; SHAFFER, Linda; TALBOT, Jonathan; WERKSMAN, Jacob. *Voice and Choice: opening the door to environmental democracy*. World Resources Institute, 2008. Disponível em:

<http://pdf.wri.org/voice_and_choice.pdf> Acesso em: 10.01.14.

FREITAS, Cristina Godoy de Araújo. VARJABEDIAN, Roberto. A Convenção de Ramsar e da diversidade biológica frente à ordem constitucional e o princípio do não-retrocesso. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade Pós-Traducional. *In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Antony; LASH, Scott. (orgs). Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora Unesp, 1997.

GIMENES, Éder Rodrigo; RIPARI, Angélica; RIBEIRO, Ednaldo Aparecido.

Desigualdade, Pobreza e Ações do Estado: A Visão de Elites Políticas Não-Estatais. *In: Revista Mediações*. V. 18, n.1, 2013. Disponível em:

<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/16460/13224>>

Acesso em: 10.01.14.

GOMES, Daniela Vasconcellos. Considerações acerca do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 55. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

GRIFFITH, William B. Trusteeship: A Practical Option for Realizing Our Obligations to Future Generations? *In: DE-SHALIT, Avner; LIGHT, Andrew. Moral and Political Reasoning in Environmental Practice*. Cambridge: The MIT Press, 2003

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I.2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989

HENÁRIAS, Maurício de Almeida. O direito urbanístico como concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 26. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991

HOWARTH, Richard B. Intergenerational Justice and the Chain of Obligation. *In: Environmental Values*. Vol. 1, n. 2, 1992

- HUMPHREY, Mathew. *Ecological Politics and Democratic Theory: The challenge to the deliberative ideal*. London: Routledge, 2007
- ISAKHAN, Benjamin; STOCKWELL, Stephen. *The secret history of democracy*. New York: Palgrave Macmillan, 2011
- JACOBS, Alan M.; MATTEWS, Scott J. Why do citizens discount the future? Public opinion and the timing of policy consequences. *In: British Journal of Political Science*. Vol. 42. Issue 04. Cambridge: Cambridge University Press, 2012
- JESUS, Noel Antonio Tavares de. Algumas considerações acerca do Código ambiental de Santa Catarina. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 55. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009
- KRELL, Andréas J. A efetividade dos direitos sociais no Brasil. *In: PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes (org.). Direito constitucional em evolução*. Curitiba: Juruá, 2005
- LASLETT, Peter. Environmental Ethics and the Obsolescence of Existing Political Institutions. *In: GLEESON, Brendan; LOW, Nicholas. Governing for the Environment: Global problems, Ethics and Democracy*. New York: Palgrave, 2001
- LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti; AYALA, Patryck de Araújo. Dano ambiental e mudanças climáticas na jurisprudência ambiental brasileira. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 59. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010
- _____. BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Estado de direito ambiental: uma análise da recente jurisprudência ambiental do STJ sob o enfoque da hermenêutica jurídica. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 56. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. *In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008
- LIMA, Andréia Maura Bertoline Rezende de. O Direito fundamental e social à saúde e à dignidade da pessoa humana na sociedade de risco. *In: Revista de Direito Privado*. Vol. 47. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011
- LIVINGSTON, James. *Pragmatism, Feminism, and Democracy: rethinking the politics of American history*. London: Routledge, 2002

- LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. Trad. LOPES, Magda; COSTA, Marisa Lobo da. 4ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 13ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005
- MACHADO, Vitor Gonçalves. Uma análise sobre o (ainda incipiente) princípio da proibição de retrocesso e sua importância para os direitos fundamentais. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 79. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012
- MACKIE, Gerry. *Democracy defended*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003
- MANNING, Russ. Environmental Ethics and John Rawls' Theory of Justice. *In: Environmental Ethics*. Vol. 3, Issue 2. University of New Mexico, 1981
- MANSFIELD, Edwin. Academic Research Underlying Industrial Innovations: Sources, Characteristics, and Financing *In: The Review of Economics and Statistics*. Vol. 77 n. 1. Cambridge: The MIT Press, 1995
- MANZANO, Álvaro Lotufo. VALENTE, Bruno Araújo Soares. COELHO JÚNIOR, Lauro. MESQUITA, Marcel Brugnera. ALMEIDA, Marco Antônio Delfino de. SILVESTRE, Raquel Resende. LINES, Rodrigo da Costa. NOBRE, Thiago Lacerda. O novo Código Florestal e a atuação do Ministério Público Federal. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 64. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011
- MARAVALL, José María. The Rule of Law as a Political Weapon. *In: MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam. Democracy and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) e a proteção do patrimônio cultural urbano. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 48. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007
- MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. Meio ambiente e direitos humanos. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 28. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002
- MASCARENHAS, Luciane Martins de Araújo. Meio ambiente: a configuração dos riscos da modernidade e dos direitos difusos. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 54. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

- MEZZARROBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004
- MILARÉ, Édis. Princípios fundamentais do direito do ambiente. *In: Revista dos Tribunais*, Vol. 756. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998
- MILL, John Stuart. *Considerations on representative government*, 1977. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/5669/5669-h/5669-h.htm>> Acesso em: 10.01.14.
- _____. *Direito do ambiente: doutrina – jurisprudência – glossário*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005
- MOLINARO, Carlos Alberto. Interdição da retrogradação ambiental – Reflexões sobre um princípio. ROLLEMBERG, Rodrigo (org.). *In: O princípio da proibição do retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>> Acesso em: 13.01.14.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da Solidariedade*. 2012. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>> Acesso em: 13.01.14.
- MOTA, Maurício Jorge Pereira da. Fundamentos teóricos da função social da propriedade: a propriedade em Tomás de Aquino. *In: Revista Jurídica do Centro de Estudos da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República*. Vol. 10, n. 92. Out/2008 a Jan/2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/Artigos/PDF/MauricioMota_Rev92.pdf> Acesso em: 10.01.14.
- NERY JUNIOR, Nelson. Público vs. Privado? A natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais. *In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; REZEK, José Francisco (orgs.). Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008
- NOVAIS apud AYALA, Patryck de Araújo. Mínimo existencial ecológico e proibição do retrocesso em matéria ambiental: considerações sobre a inconstitucionalidade do código de meio ambiente de Santa Catarina. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 60. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010
- OPHULS, William. *Ecology and the Politics of Scarcity*. San Francisco: W.H. Freeman and Company, 1977

_____. *Requiem for Modern Politics: The tragedy of the Enlightenment and the Challenge of the New Millennium*. Colorado: Westview Press, 1997

_____. *Plato's Revenge: Politics in the Age of Ecology*. Cambridge: MIT Press, 2011

PAEHLKE, Robert C., *Democracy's Dilemma: Environment, Social Equity, and the Global Economy*. Cambridge: The MIT Press, 2003

PASSMORE, John Arthur. *Man's Responsibility for Nature: Ecological Problems and Western Traditions*. London: Gerald Duckworth & Co., 1974

PINTO, Keziah Alessandra Vianna Silva. Tutela ambiental como forma de promoção da dignidade da pessoa humana. *In: Revista de Direito Privado*. Vol. 47. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

PIOVESAN, Flavia. O direito ao meio ambiente e a Constituição de 1988: diagnósticos e perspectivas. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 04. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993

PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. ROLLEMBERG, Rodrigo (org.). *In: O princípio da proibição do retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012 Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559> > Acesso em: 13.01.14.

PRZEWORSKI, Adam. *Sustainable Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008

_____. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011

RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon Press, 1994

ROCHA, Altemar Amaral; VIANA, Pedro Costa Guedes. A bacia hidrográfica como unidade de gestão da água. *In: Il Semiluso - Seminário luso-brasileiro sobre agricultura familiar e desertificação*, 2008. Disponível em:

<<http://www.geociencias.ufpb.br/leppan/gepat/files/gepat022.pdf>> Acesso em: 10.01.14.

RODRIGUES, Geisa de Assis. A proteção ao consumidor como um direito fundamental. *In: Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 58. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

- ROSSIT, Liliana Allodi; CANEPA, Carla. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 42. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 52. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. _____. *Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011
- _____. _____. Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. *In: Doutrinas essenciais de Direito Ambiental*. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. _____. Deveres fundamentais ambientais – A natureza de direito-dever da norma jusfundamental ambiental. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 67. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012
- _____. _____. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio)ambiental. *In: ROLLEMBERG, Rodrigo (org.). O princípio da proibição do retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012b. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>> Acesso em: 13.01.14.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006
- _____. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *In: Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 61. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007
- _____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 57. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006b
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004
- SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. North Carolina: Duke University Press, 2008

- SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da. Meio ambiente nas Constituições brasileiras: dispositivos e princípios. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 77. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005
- _____. *Direito Ambiental Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009
- _____. Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 27. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002
- SILVA, Márcia da. Estado e poder local: ensaio teórico sobre estudos no Brasil. *In: Revista bibliográfica de geografía y ciencias sociales*. Vol. XIV, n. 841, 2009.
<<http://www.ub.edu/geocrit/b3w-841.htm>> Acesso em: 10.01.14.
- SILVA, Solange Teles da. Direito Fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: avanços e desafios. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 48. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Princípios do direito da energia e integração com o Direito Ambiental. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007
- SHEARMAN, David; SMITH, Joseph Wayne. *The Climate Change Challenge and the Failure of Democracy*. Connecticut: Praeger Publishers, 2007
- SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009
- _____. *Hobbes e a liberdade republicana*. São Paulo: Editora Unesp, 2010
- SMITH, Graham. *Deliberative Democracy and the Environment*. London: Routledge, 2003
- SOUZA, Adriano Andrade de; VARJABEDIAN, Roberto. Inexistência de alternativa técnica e locacional: pressuposto inafastável para intervenção em APP. *In: Revista de Direito Ambiental*. Vol. 71. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013
- STIGLITZ, Joseph E., *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future*. W. W. Norton & Company, 2012
- _____. *The Roaring Nineties: A New History of the World's Most Prosperous Decade*. W. W. Norton & Company, 2011
- SUNSTEIN, Cass R. Constitutionalism and Secession. *In: The University of Chicago Law Review*. Vol. 58 n. 2., 1991

- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). *Direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008
- THOMPSON, Dennis. F. Representing Future Generations: Political Presentism and Democratic Trusteeship. In: *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, Vol. 13. Issue 1, 2010.
- TREVIZAN, Cláudio A. Bonfim. Das origens e da natureza das normas constitucionais sobre o direito fundamental ao meio ambiente. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 60. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais. Uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006
- VITALE, Letizia; GARRAFOLI, Fábio Takayama. Áreas industriais em obsolescência: potencialidade para reconversão urbana ou mera mercadoria imobiliária? In: *III Seminário Internacional Urbicentros*. Salvador, 2012 <<http://www.ppgau.ufba.br/urbicentros/2012/ST229.pdf>> Acesso em: 10.01.14.
- WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Brasília: Editora UnB, 1995
- WESTRA, Laura. *Living in Integrity: A Global Ethic to Restore a Fragmented Earth*. Lanham: Rowman & Littlefield, 1998
- ZINNER, Darren E.; BOLCIC-JANKOVIC, Dragana; CLARRIDGE, Brian; BLUMENTHAL, David; CAMPBELL, Eric. G. Participation of Academic Scientists in Relationships with Industry In: *Health Affairs*. novembro/dezembro, 2009 Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3767010/pdf/nihms500673.pdf>> Acesso em: 13.01.14.

ANEXO – Lista das decisões consultadas

TRIBUNAIS SUPERIORES									
STF					STJ				
0					1				
TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS									
TRF1		TRF2		TRF3		TRF4		TRF5	
3		4		0		4		4	
TRIBUNAIS ESTADUAIS/DISTRITAL									
Norte	0	Nordeste	0	Centro-Oeste	0	Sudeste	96	Sul	4
TJAC	0	TJBA	0	TJMS	0	TJES	3	TJPR	3
TJAP	0	TJCE	0	TJDF	0	TJMG	8	TJSC	1
TJAM	0	TJMA	0	TJGO	0	TJRJ	8	TJSC	0
TJPA	0	TJPB	0	TJMT	0	TJSP	77		
TJRO	0	TJPE	0						
TJRR	0	TJPI	0						
TJTO	0	TJRN	0						
		TJSE	0						
		TJAL	0						
								Total	116

1. TRIBUNAIS SUPERIORES

1.1 STJ

REsp n. 302.906/SP. Rel. Min. Herman Benjamin j. 26.08.2010

2. TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

2.1 TRF1

AI n. 0018341-89.2012.4.01.0000/MT. Rel. Des. Fed. Souza Prudente. j. 01.08.12

AC n. 2006.39.03.000711-8/PA. Rel. Des. Fed. Souza Prudente j. 09.11.11

Agr. Reg. na Suspensão de Segurança Liminar n. 21954-88.2010.4.01.0000/PA. Rel. Des. Fed. Olindo Menezes. j. 17.06.2010

2.2 TRF2

AC n. 0000293-35.2004.4.02.5109. Rel. Des. Fed. Nizete Lobato Carmo. 21.01.13

AC n. 0002350-88.2006.4.02.5001. Rel. Des. Fed. Nizete Lobato Carmo. j. 21.01.13

RSE n. 0000394-18.2012.4.02.5004. Rel. Des. Fed. Paulo Espirito Santo. j. 14.08.13

AI n. 0004075-70.2012.4.02.0000. Rel. Juiz. Fed. Conv. Ricardo Perlingeiro. j. 31.07.12

2.3 TRF4

AC n. 5002859-49.2010.404.7001/PR. Rel. Fernando Quadros da Silva. j. 11.07.2012

AC/RN n. 5006083-61.2011.404.7000/PR. Rel. Maria Lúcia Luz Leiria. j. 15.08.2012

AI n. 5014407-54.2012.404.0000/PR. Rel. Fernando Quadros da Silva. j. 03.09.12

AC n. 2006.70.09.003283-8/PR. Rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. j. 29.09.09

2.4 TRF5

AI n. 101343/AL (2009.05.00.090142-2). Rel. Juiz Francisco Cavalcanti. j. 17.02.2011

AC n. 534489/AL (2009.80.00.001865-7). Rel. Des. Fed. Frederico Azevedo. j. 31.01.2013

AC n. 528749/PB (2007.82.00.009354-7). Rel. Juiz Francisco Cavalcanti. j. 26.04.12

AC n. 527826/AL (2009.80.00.004939-3). Rel. Des. Fed. Francisco Wildo. j. 18.09.12

3. TRIBUNAIS ESTADUAIS/DISTRITAL

3.1 TJES

ADIn n. 0002740-15.2012.8.08.0000. Rel. Ronaldo Gonçalves de Sousa. j. 20.06.2013

ADIn n. 0000683-63.2008.8.08.0000. Rel. Samuel Meira Brasil Junior. j. 26.04.2012

ADIn n. 0003051-40.2011.8.08.0000. Rel. Carlos Simões Fonseca. j. 19.11.12

3.2 TJMG

AC n. 1.0702.11.042216-0/001. Rel. Des. Sandra Fonseca. j. 03.12.13

ADIn n. 1.000.12.093067-2/0000. Rel. Des. Sillas Vieira. j. 24.07.2013

ADIn n. 1.0000.12.047998-5/000. Rel. Des. Wander Marotta. j. 37.07.13

ADIn n. 1.0000.11.084279-6/000. Rel. Des. Wander Marotta. j. 23.01.13

AC n. 1.0713.11.006218-7/001. Rel. Des. Selma Marques. j. 03.09.13

AC n. 1.0702.09.603669-5/001. Rel. Des. Ana Paula Caixeta. j. 21.11.13

AC n. 1.0701.11.014084-8/001. Rel. Des. Sandra Fonseca. j. 16.07.13

AC n. 1.0702.11.042298-8/001. Rel. Des. Sandra Fonseca. j. 03.12.13

3.3 TJRJ

AC n. 0016425-79.2012.8.19.0066. Rel. Des. Elton M. C. Leme. j. 11.01.13

AC n. 0016620-64.2012.8.19.0066. Rel. Des. Elton M. C. Leme. j. 11.01.13

AC n. 0017415-70.2012.8.19.0066. Rel. Des. Elton M. C. Leme. j. 22.01.13

AC n. 0017856-51.2012.8.19.0066. Rel. Des. Elton M. C. Leme. j. 14.01.13

AC n. 0021742-58.2012.8.19.0066. Rel. Des. Elton M. C. Leme. j. 11.01.13

AC n. 0028235-51.2012.8.19.0066. Rel. Des. Elton M. C. Leme. j. 01.08.13

AC n. 0028262-34.2012.8.19.0066. Rel. Des. Elton M. C. Leme. j.11.01.13

AC n. 0036176-52.2012.8.19.0066. Rel. Des. Elton M. C. Leme. j.11.01.13

3.4 TJSP

AI n. 0102309-51.2013.8.26.0000. Rel. Des. Souza Nery. j. 24.10.13

AI n. 2012816-29.2013.8.26.0000. Rel. Des. João Negrini Filho j. 07.11.13

AI n. 0270352-82.2012.8.26.0000. Rel. Des. João Negrini Filho. j. 15.08.13

AC n. 0101313-64.2008.8.26.0053. Rel. Des. Torres de Carvalho. j. 30.06.11
ADIn n. 0210197-50.2011.8.26.0000. Rel. Des. Artur Marques. j. 08.08.12
AI n. 0124655-93.2013.8.26.0000. Rel. Des. Eutálio Porto. j. 21.11.13
AI n. 0078202-40.2013.8.26.0000. Rel. Des. Souza Nery. j. 24.10.13
AC n. 0003893-59.2010.8.26.0483. Rel. Des. Souza Nery. j. 24.10.13
AC n. 0001696-96.2010.8.26.0042. Rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro. j. 17.10.13
AI n. 0119196-13.2013.8.26.0000. Rel. Des. Souza Nery. j. 19.09.13
AC n. 0001743-61.2002.8.26.0459. Rel. Des. Eutálio Porto. j. 13.12.13
AI n. 0103262-15.2013.8.26.0000. Rel. Des. Eutálio Porto. j. 21.11.13
AC n. 0000126-91.2012.8.26.0111. Rel. Des. Vera Angrisani. j. 13.12.13
AI n. 0033183-11.2013.8.26.0000. Rel. Des. Paulo Ayrosa. j. 23.05.13
AC n. 0069564-74.2007.8.26.0114. Rel. Des. Oscild de Lima Junior. j. 26.03.13
Emb. Decl. 0095357-32.2008.8.26.0000/50000. Rel. Des. Antonio Cesar Aguilar Cortez. j. 18.10.12
MS n. 0055307-90.2010.8.26.0000. Rel. Des. José Santana. j. 11.05.11
AC n. 0006832-20.2010.8.26.0642. Rel. Des. João Negrini Filho. j. 05.12.13
AI n. 0096926-92.2013.8.26.0000. Rel. Des. Eutálio Porto. j. 21.11.13
AC n. 0009550-54.2011.8.26.0189. Rel. Des. João Negrini Filho. j. 07.11.13
AI n. 0083797-20.2013.8.26.0000. Rel. Des. Eutálio Porto. j. 24.10.13
AI n. 0048222-48.2013.8.26.0000. Rel. Des. Eutálio Porto. j. 24.10.13
AC n. 0000552-56.2013.8.26.0374. Rel. Des. Eutálio Porto. j. 24.10.13
AC n. 0009003-03.2012.8.26.0634. Rel. Des. Paulo Ayrosa. j. 24.10.13
Emb. Decl. 0000306-45.2011.8.26.0434/50000. Rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro. j. 17.10.13
AC n. 0010867-87.2011.8.26.0189. Rel. Des. João Negrini Filho. j. 05.09.13
AC n. 0000130-31.2012.8.26.0111. Rel. Des. Torres de Carvalho. j. 05.09.13
AC n. 0010870-42.2011.8.26.0189. Rel. Des. Torres de Carvalho. j. 05.09.13
AI n. 0078189-41.2013.8.26.0000. Rel. Des. Vera Angrisani. j. 29.08.13
AI n. 0039397-18.2013.8.26.0000. Rel. Des. Vera Angrisani. j. 29.08.13
AC n. 0002200-60.2009.8.26.0326. Rel. Des. Roberto Midolla. j. 29.08.13
AC n. 0069110-16.2011.8.26.0224. Rel. Des. Moreira Viegas. j. 15.08.13
AC n. 0025739-73.2011.8.26.0071. Rel. Des. João Carlos Garcia. j. 14.08.13

AI n. 0149137-08.2013.8.26.0000. Rel. Des. Torres de Carvalho. j. 15.08.13

AC n. 0037708-42.2011.8.26.0053. Rel. Des. Rebouças de Carvalho. j. 26.06.13

AI n. 0060222-80.2013.8.26.0000. Rel. Des. Paulo Ayrosa. j. 23.05.13

AC n. 1017838-03.2005.8.26.0506. Rel. Des. Ruy Cavalheiro. j. 27.09.12

AC n. 9121517-38.2008.8.26.0000. Rel. Des. Coimbra Schmidt. j. 11.09.12

AC n. 0002478-88.2007.8.26.0372. Rel. Des. Torres de Carvalho. j. 19.07.12

AC n. 0002478-88.2007.8.26.0372. Rel. Des. Torres de Carvalho. j. 29.03.12

AC n. 0002252-27.2007.8.26.0132. Rel. Des. Torres de Carvalho. j. 09.02.12

AI n. 0002252-27.2007.8.26.0132. Rel. Des. Renato Nalini. j. 20.10.11

AC n. 0002401-86.2007.8.26.0596. Rel. Des. Torres de Carvalho. j. 20.10.11

AC n. 9090941-33.2006.8.26.0000. Rel. Des. Salles Rossi. j. 19.10.11

AI n. 0141398-52.2011.8.26.0000. Rel. Des. Renato Nalini. j. 21.07.11

ADIn n. 0067959-37.2013.8.26.0000. Rel. Des. Renato Nalini. j. 11.09.13

ADIn n. 0041454-43.2012.8.26.0000. Rel. Des. Renato Nalini. j. 30.01.13

ADIn n. 0109302-47.2012.8.26.0000. Rel. Des. Ribeiro da Silva. j.12.12.12

ADIn n. 0302960-70.2011.8.26.0000. Rel. Des. Kiotsi Chicuta. j. 17.10.12

Reex. Necessário n. 0001488-86.2009.8.26.0159. Rel. Des. Rebouças de Carvalho. j. 26.09.12

ADIn n. 0004722-63.2012.8.26.0000. Rel. Des. Kioitsi Chicuta. j. 27.06.12

ADIn n. 0276531-66.2011.8.26.0000. Rel. Des. Artur Marques. j. 30.05.12

ADIn n. 0141771-83.2011.8.26.0000. Rel. Des. De Santi Ribeiro. j. 04.04.12

ADIn n. 0121448-57.2011.8.26.0000. Rel. Des. Cauduro Padin. j. 02.05.12

ADIn n. 0189463-15.2010.8.26.0000. Rel. Des. Mário Devienne Ferraz. j. 15.02.12

AC n. 0128870-94.2006.8.26.0053. Rel. Des. Antonio Carlos Malheiros. j. 15.05.12

AC n. 0026950-81.2008.8.26.0320. Rel. Des. Torres de Carvalho. j. 09.02.12

ADIn n. 9047178-11.2008.8.26.0000. Rel. Des. Samuel Júnior. h. 23.11.11

Agravo Regimental n. 0231284-96.2010.8.26.0000/50001. Des. Rel. José Damião Pinheiro Machado Cogan. j. 23.11.11

ADIn n. 0121470-18.2011.8.26.0000. Rel. Des. José Roberto Bedran. j. 23.11.11

MS n. 0231284-96.2010.8.26.0000. Rel. Des. José Damião Pinheiro Machado Cogan. j. 23.11.11

ADIn n. 0121455-49.2011.8.26.0000. Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme. j. 23.11.11

ADIn n. 0121477-10.2011.8.26.0000. Rel. Des. José Reynaldo. j. 16.11.11

ADIn n. 0364618-32.2010.8.26.0000. Rel. Des. Amado de Faria. j. 26.10.11

MS n. 0189301-20.2010.8.26.0000. Rel. Des. José Damião Pinheiro Machado Cogan. j. 23.11.11

ADIn n. 031427-66.2010.8.26.0000. Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme. j. 27.07.11

ADIn n. 0311965-53.2010.8.26.0000. Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme. j. 27.07.11

ADIn n. 9055901-19.2008.8.26.0000. Rel. Des. Renato Nalini. j. 04.05.11

ADIn n. 9031864-88.2009.8.26.0000. Rel. Des. Boris Kauffmann. j. 30.03.11

ADIn n. 0230258-97.2009.8.26.0000. Rel. Des. José Roberto Bedran. j. 30.03.11

AC n. 9153021-28.2009.8.26.0000. Rel. Des. Torres de Carvalho. j. 02.06.11

MS n. 9031081-96.2009.8.26.0000. Rel. Des. José Santana. j. 11.05.11

ADIn n. 0325669-36.2010.8.26.0000. Rel. Des. Campos Mello. j. 04.05.11

AC n. 994.08.143670-2. Rel. Des. Torres de Carvalho. j. 08.02.10

AC n. 889.838.5/6-00. Rel. Des. Renato Nalini. j. 06.10.10

AI n. 540.906-5/1-00. Rel. Des. Regina Capistrano. j. 20.04.06

AI n. 389.336-5/0-00. Rel. Des. Demóstenes Braga. j. 02.08.05

3.5 TJPR

AC n. 845.105-8. Rel. Des. Guido Döbeli. j. 12.03.13

REEXAME NECESSÁRIO n. 70.773-9. Rel. Des. Darcy Nasser Filho. j. 27.09.00

AC n. 386.656-6. Rel. Des. Francisco Cardozo Oliveira. j. 28.08.07

3.6 TJSC

AI n. 2011.031493-4. Rel. Des. Pedro Manoel Abreu. j. 11.06.13