



Vinícios Javaroni

**A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL:
os critérios usados para a aplicação do princípio na
jurisprudência do STF**

SÃO PAULO

2020



Vinícios Javaroni

**A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL:
os critérios usados para a aplicação do princípio na
jurisprudência do STF**

**Monografia apresentada à
Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP, sob
a orientação de Adriano
Ferreira da Silva**

SÃO PAULO

2020

Resumo: A presente monografia busca verificar quais são os critérios utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal na aplicação do princípio da proibição do retrocesso ambiental. Para tanto, foi realizado o fichamento de todos os acórdãos encontrados que abordam o princípio, examinando a argumentação utilizada e extraíndo dela os eventuais critérios de aplicação identificados. Como resultado, são encontrados quatro critérios utilizados pelo Tribunal: i) o núcleo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser afetado; ii) não deve haver preferência diretamente extraída da Constituição para a ponderação de interesses constitucionalmente protegidos; iii) a redução deve ser desproporcional e irrazoável; e iv) não deve haver uma compensação de natureza ambiental ao retrocesso. Por fim, são apresentadas algumas críticas à utilização dos critérios, bem como eventuais inconsistências em suas conceituações.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; proibição do retrocesso ambiental; princípios constitucionais; direitos fundamentais.

Agradecimentos

Escrever minha primeira monografia acadêmica já é, com certeza, trabalho árduo o bastante. Escrevê-la em um ano tão atípico quanto 2020, permeado de incertezas e inseguranças, revelou-se muito mais trabalhoso do que poderia imaginar. Conseguir terminá-la é uma conquista mais que especial, que certamente não teria realizado sozinho.

Sair de casa e mudar de cidade, ano passado, foi um movimento difícil, mas ter de voltar, esse ano, para passar meses em quarentena, foi muito mais. Então, como não poderia deixar de ser, meu primeiro agradecimento tem de ser para quem passou todo esse período comigo, para as companhias que me ajudaram a cada dia a superar esse momento. Ivone e Marcos, obrigado por todo o apoio e incentivo que sempre me dão, pela confiança que depositam em mim até quando eu mesmo não acredito mais e pelo amor incondicional. Devo tudo que já conquistei e que conquistarei a vocês.

Agradeço a meu orientador, Adriano Ferreira da Silva, por me guiar por toda essa jornada. A paciência, a organização e, sobretudo, o companheirismo com que me orientou foram essenciais para a conclusão do trabalho.

Ao meu tutor, Gabriel Kaique Castro de Mello, por todo o apoio e disponibilidade em me apoiar sempre. Sem sua ajuda, provavelmente nem teria chegado a meu tema de pesquisa.

Àqueles amigos que estão comigo desde a infância, Giulia, Laura, Duda e Fred, só tenho a agradecer por saber que sempre terei vocês ao meu lado. Esses dois anos morando em cidades diferentes só me trouxeram a certeza de que nenhuma distância consegue afetar tantos anos de amizade. Obrigado pelo companheirismo de sempre e por serem parte tão importante de quem eu sou.

Às pessoas que me fizeram sentir realmente pertencente a São Paulo, Nadia, Barbara, Larissa e Paulo, obrigado por me acompanharem e apoiarem em tudo, impossível imaginar minha graduação sem a companhia diária de vocês. O estresse da vida acadêmica fica muito mais suportável quando compartilhado com amigos de verdade.

Aos colegas e à coordenação da SBDP, meus agradecimentos por esse ano. A experiência na EF é tão incrível porque é feita pelas pessoas com que a compartilhamos.

Não conseguirei, no espaço que tenho, agradecer a todos. Muito menos, meus agradecimentos serão suficientes para expressar meus sentimentos por cada um que citei aqui. Então, um agradecimento final a todos aqueles que me apoiaram na vida.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental
APP	Área de Proteção Permanente
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo
CF	Constituição Federal
ISA	Instituto Socioambiental
MC	Medida Cautelar
MP	Medida Provisória
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	6
2 METODOLOGIA	9
2.1 PERGUNTA DE PESQUISA	9
2.2 HIPÓTESES	10
2.3 CRITÉRIOS METODOLÓGICOS	11
2 ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS	14
2.1 OS CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO	16
2.1.1 Núcleo essencial	16
2.1.2 Ausência de preferência diretamente extraída da Constituição	19
2.1.3 Desproporcionalidade e irrazoabilidade	20
2.1.4 Ausência de compensação ambiental suficiente	24
2.2 ANÁLISE DOS CRITÉRIOS	25
2.2.1 A conceituação do princípio	26
2.2.2 A existência e a natureza dos critérios	27
2.2.3 Hierarquia, gradação e imprescindibilidade dos critérios	28
3 CONCLUSÃO	30
Referências Bibliográficas	33
Anexos	38

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Inicialmente, é importante destacar que o tema da presente pesquisa é a aplicação do princípio de proibição do retrocesso ambiental nos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF).

Assim, ainda que o princípio da proibição do retrocesso não seja encontrado de forma expressa no texto constitucional, o que se manifesta como fundamento para discordâncias doutrinárias quanto à sua existência¹, não restam dúvidas de que sua aplicação persiste em decisões judiciais no ordenamento brasileiro, como princípio derivado do próprio texto constitucional.

Nota-se isso na medida em que, dentre os diversos direitos fundamentais trazidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, há o reconhecimento da presença de dispositivos não imediatamente aplicáveis, pois regulamentados por aquilo que chamam de normas programáticas, que seriam aquelas “que fixam diretrizes à atuação do Poder Público, o qual tem o dever jurídico de implementá-las mediante o planejamento de políticas públicas adequadas”².

De fato, este seguimento doutrinário dominante, iniciado, no Brasil, por José Afonso Silva³, ao reconhecer a existência de normas que, mesmo de impossível aplicação imediata, foram consideradas pelo legislador constitucional, que julgou imprescindível sua inserção no texto legal, representando verdadeiros planos de ação, voltados para o futuro e que demandam esforços progressivos de implementação, determina, indiretamente, a impossibilidade de movimentos regressivos nesse processo, exercendo, logo, uma eficácia negativa a qualquer medida que reverta esse caráter normativo progressivo, manifestada na possibilidade de considerar a

¹ Para saber mais: NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto fundamentais. Coimbra Editora, 2010

² DA SILVA RAMOS, Elival. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 102, p. 327-356, 2007.

³ SILVA, José Afonso; Aplicabilidade das Normas Constitucionais; Editora Revista dos Tribunais, 1982.

medida inconstitucional.

Nesse sentido, o princípio pode ser traduzido, com base no pensamento de Canotilho⁴, como um impedimento à aniquilação, por medidas estatais, de direitos sociais já efetivados por medidas legislativas, isto é, movimentos regressivos causados por medidas estatais no âmbito dos direitos sociais.

Importante, também, ressaltar que, por estar implícito nas normas de natureza programática, as quais são, geralmente, associadas a direitos sociais⁵, o princípio de proibição do retrocesso é abordado na doutrina, majoritariamente, como exclusivo ao retrocesso de direitos sociais⁶. Contudo, é reconhecida a possibilidade de sua aplicação a outras matérias, com destaque para a ambiental, na qual o princípio assume caráter de princípio geral do direito ambiental, conforme Antônio Herman Benjamin⁷.

Nessa perspectiva, apesar de muito associado às normas de caráter programático, a vedação ao retrocesso configura um verdadeiro princípio geral da interpretação constitucional. De fato, retrocessos em matérias de normas programáticas, que necessitam de uma implementação por parte do poder público, como a promoção da educação (art. 205 CF) e desenvolvimento científico (art. 218 CF)⁸, são objeto de vedação pelo princípio. Contudo, sua atuação não se limita a eles, consoante aos ensinamentos de Ingo Sarlet, mesmo normas fundamentais de plena eficácia são protegidas pela proibição do retrocesso, uma vez que o princípio reconduz

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 339-340

⁵ Associação decorrente do uso das normas programáticas como elemento diferenciador entre direitos sociais e direitos de liberdade: Cfr. MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais. t. IV. 105

⁶ São diversas as obras doutrinárias que abordam o princípio sob o título de "princípio de proibição do retrocesso social". Cfr. QUEIROZ, Cristina. O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. 2006; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Revista de, 2004; MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson (coord.). A efetividade dos direitos sociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004 e DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁷ BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (org.). O princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, p. 55-72

⁸ Exemplos de normas programáticas retirados de: DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. Saraiva, 2001, p. 92-105

a preceitos fundamentais como o próprio do Estado Social de Direito e da dignidade da pessoa humana⁹.

Desse modo, deve-se considerar que, certamente, outros retrocessos também são inadmissíveis. Retrocessos que afetem normas referentes, por exemplo, à soberania popular, à forma federativa do Estado ou, de forma geral, qualquer direito subjetivo já plenamente assegurado¹⁰, sem dúvida, geram impactos diretos aos princípios a que se reconduz a vedação do retrocesso, o que reduz a eficácia de normas já consagradas, aumenta a insegurança jurídica e, conseqüentemente, enfraquece o Estado de Direito.

Outrossim, a despeito de sua simples formulação, o princípio apresenta complexa aplicação, dada certa imprecisão quanto à sua incidência e seus limites. Exemplo disso pode ser encontrado em dois acórdãos do STF que, conquanto materialmente semelhantes, possuem conclusões divergentes.

A ADI 4.717 (BRASIL, 2018c), ao julgar caso referente à Medida Provisória n. 558/2012 e à Lei n. 12.678/2012, as quais determinavam, entre outras medidas, a redução do Parque Nacional da Amazônia em 6,7% de sua área total, reconheceu interferência no núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente e, logo, uma ofensa ao princípio da proibição do retrocesso socioambiental.

Todavia, a ADC 42 (BRASIL, 2018a), em análise do artigo 11 da Lei n. 12.651/2012, o qual permite o exercício de atividades agrossilvipastoris em áreas de inclinação entre 25º e 45º, ao passo que o antigo Código Florestal previa possibilidade apenas de "extração de toros em regime de utilização racional" nesses terrenos, não reconheceu caso de incidência do princípio de vedação do retrocesso ambiental, apesar de a permissão de derrubadas de florestas em regiões onde antes era proibido constituir, indubitavelmente,

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 468.)

¹⁰ Exceciona-se, aqui, os direitos assegurados por normas que, embora apresentem plena eficácia inicial, estão sujeitas à restrição por parte do legislador, as quais correspondem às normas de eficácia plena restringível na doutrina de Elival da Silva Ramos. Cfr. DA SILVA RAMOS, Elival. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 102, p. 327-356, 2007.

relevante modificação em normas de proteção ambiental.

Posto isso, é visível certa dificuldade na aplicação do princípio em análise, o que pode significar uma falta de clareza, por parte do próprio STF, a respeito dos critérios utilizados nessa aplicação.

2 METODOLOGIA

Uma vez introduzido o tema, apresentando o princípio de proibição do retrocesso e sua aparente incerteza quanto à sua aplicação, cabe enfatizar o objetivo da presente pesquisa. Para isso, o presente capítulo apresentará, além dos objetivos, central e específicos, da monografia, as hipóteses a serem possivelmente confirmadas com o resultado e o método que se utilizará para a realização da pesquisa.

2.1 PERGUNTA DE PESQUISA

Essa pesquisa tem como objetivo principal investigar se existem critérios fixos para a aplicação do princípio de proibição de retrocesso ambiental.

Nesse sentido, é possível formular, também, alguns objetivos específicos da pesquisa. Como procedente do objetivo central, pretende-se verificar a existência de critérios fixos para aplicação do princípio, investigando quais são as justificativas utilizadas pelo STF para aplicação do princípio de proibição de retrocesso ambiental.

Para tanto, foi necessário desenvolver o seguinte grupo de objetivos específicos, a fim de identificar o máximo possível de informações relacionadas a maneira pela qual os ministros do Supremo Tribunal Federal aplicam a proibição do retrocesso ambiental.

Dessa forma, a presente pesquisa tem como objetivos específicos entender:

- Se os ministros adotam algum conceito de princípio da proibição do retrocesso ambiental;
- Se os critérios de aplicação do princípio são exclusivamente jurídicos;
- Se existem critérios que são imprescindíveis para a aplicabilidade do princípio;
- Se é possível estabelecer alguma forma de hierarquia entre os eventuais critérios identificados ao longo da pesquisa;
- Se os eventuais critérios identificados estão sujeitos a algum nível de gradação para sua aplicabilidade;
- Se há situações em que os critérios podem ser afastados e, se sim, em quais.

2.2 HIPÓTESES

A pesquisa, considerado seu objetivo de análise, parte do pressuposto de que possivelmente existam critérios para aplicação do princípio de vedação do retrocesso ambiental pelo STF e de que estes podem, por meio da análise dos acórdãos selecionados, ser identificados. A busca por eles possibilita realizar generalizações para casos futuros, além de servir a objetivos próprios do direito, com destaque a conquista de uma maior segurança jurídica.

Não obstante não seja possível, previamente à análise, estipular quais sejam os critérios, estabelece-se a hipótese de que a incidência do princípio não depende apenas da constatação de uma limitação de direitos, mas que são considerados elementos externos, a exemplo de elementos originários e finalísticos das medidas causadoras da alteração, de modo que eventuais reduções podem ser consideradas constitucionais a depender de sua intensidade ou finalidade, e elementos especializados, extraíndo a constatação do retrocesso de especialistas da esfera ambiental, e não apenas da subjetividade dos Ministros.

Ademais, destaca-se como relevante a hipótese inicial de que seria possível relativizar os critérios de aplicação em casos de crises econômicas,

isto é, que, em períodos marcados por intensificação da crise, o critério econômico seja mais presente que os demais critérios.

É sabido que as prioridades e a destinação dos recursos públicos são estabelecidas por leis orçamentárias. Contudo, em momentos de crise econômica, é esperado que o Estado não possua condições materiais suficientes para atender a todos seus objetivos, inclusive no campo de direitos fundamentais.

Nesse sentido, parece provável, por parte do STF, a não consideração de ocorrência de retrocesso pela diminuição do investimento na área em razão de crise econômica, de forma que a situação econômica nacional seja utilizada como argumento para o afastamento da possibilidade de consideração de ocorrência de violação do princípio de proibição do retrocesso ambiental. No entanto, uma vez percebido que o princípio passou a ser utilizado apenas recentemente na argumentação dos ministros, é provável que não será possível sua comparação em diferentes situações econômicas.

2.3 CRITÉRIOS METODOLÓGICOS

A pesquisa consiste na análise de documentos, tendo como fonte os julgamentos do Supremo Tribunal Federal disponibilizados em seu portal eletrônico.

Para iniciar a seleção dos julgados utilizados na pesquisa, foi acessado o sítio do STF (<http://portal.stf.jus.br/>), na seção "Jurisprudência". No espaço "Digite um termo para a pesquisa de jurisprudência..." foi inserido o termo "retrocesso e ambiental" (sem aspas). Em seguida, foi pesquisado "regressão e ambiental" (sem aspas), pois o princípio é, por vezes, mencionado como princípio da não regressão. Como o objetivo da pesquisa inicial é a seleção de todos os resultados que apresentem menção ao princípio, não foi utilizado qualquer critério temporal. Obteve-se, assim, um total de 10 acórdãos e 114 decisões monocráticas

Ademais, para fins de aprimoramento da busca, utilizou-se o

mecanismo de pesquisa avançada em jurisprudência. Nesse campo de seleção de pesquisa, foi inserido o termo “retrocesso e ambiental” (com aspas), e selecionadas, como opções de pesquisa, as caixas de seleção “inteiro teor”, “sinônimos” e “radicais”. Por meio desse processo, encontraram-se 10 acórdãos e 52 decisões monocráticas.

Em seguida, prosseguiu-se, ainda, à tentativa de encontrar eventuais decisões que, embora presentes no site, não foram localizadas pela ferramenta de busca padrão e avançada de jurisprudência. Para isso, acessou-se a seção “Jurisprudência > pesquisa > solicitação de pesquisa”, na qual foi preenchido formulário com as informações necessárias para realização da pesquisa pelo próprio Tribunal. Essa busca resultou em 7 acórdãos com possível relação ao tema.

Então, como resultado preliminar da pesquisa, foram encontradas 193 decisões, consistindo em 27 acórdãos e 166 decisões monocráticas. Diante desse resultado, adotou-se como opção metodológica analisar apenas as decisões colegiadas. Tal decisão foi necessária tendo em vista a inviabilidade de se proceder a uma análise qualitativa das decisões monocráticas proferidas pela Corte, dado o tempo disponível para conclusão da pesquisa. Além disso, tal opção se deu também em função do próprio objetivo do trabalho, o qual consiste em compreender a utilização do princípio pelo Tribunal, enquanto órgão colegiado, e não a utilização individual pelos ministros.

Feito isso, foram analisados, de forma breve, os 27 acórdãos obtidos, verificando, principalmente, o assunto do acórdão e a menção ao princípio em análise. A partir desse procedimento, foi percebido que alguns resultados das pesquisas coincidiam, de forma a haver acórdãos repetidos selecionados. Após a exclusão das duplicatas, foi possível construir uma tabela de seleção de acórdãos (Anexo 1).

Além disso, notou-se que nem todos os acórdãos seriam úteis para o fim a que se propunha a pesquisa. Notadamente, o RE 790.931 e a ADI 4.066 não mencionaram o princípio em análise, mas apenas a vedação de retrocesso em matéria social, não abordando a questão ambiental.

Outrossim, a ADI 4.218 AgR, ainda que tenha menção expressa do princípio da proibição do retrocesso ambiental, esta aparece apenas no relatório, como argumento dos *amici curiae*, não estando presente na argumentação de nenhum dos Ministros. Realidade semelhante é verificada no ARE 1.177.912 AgR e na ADI 861, em que a menção é feita apenas em decisão monocrática citada, e na ADI 3.239, em que o termo “retrocesso” aparece como título de uma obra mencionada.

Dessa forma, restaram selecionados 11 acórdãos, os quais consistem no universo final da pesquisa, elencados na seguinte tabela:

Tabela I: acórdãos selecionados

Nº do acórdão	Ministro relator	Data do julgamento
ADC 42 / DF	Min. Luiz Fux	28/02/2018
ADI 4717 / DF	Min. Cármen Lúcia	05/04/2018
ADI 5016 / BA	Min. Alexandre de Moraes	11/10/2018
ADI 5592 / DF	Min. Alexandre de Moraes	11/09/2019
ADI 3646 / DF	Min. Dias Toffoli	20/09/2019
RE 1170071 AgR / SP	Min. Edson Fachin	05/11/2019
RE 1216014 AgR / DF	Min. Cármen Lúcia	14/02/2020
ADPF 656 MC / DF	Min. Ricardo Lewandowski	22/06/2020
ADPF 658 MC / DF	Min. Ricardo Lewandowski	22/06/2020
ADI 4069 / RJ	Min. Edson Fachin	08/09/2020
ADI 5547 / DF	Min. Edson Fachin	22/09/2020

Tabela I: acórdãos selecionados
(fonte: elaboração própria)

Uma vez estabelecido o conjunto de acórdãos, foi possível avançar para uma análise mais aprofundada. Para isso, realizou-se o fichamento de

cada uma das decisões, processo no qual foram destacadas as partes consideradas relevantes para o objeto da pesquisa. Além das citações expressas à proibição de retrocesso ambiental, das eventuais definições conceituais do princípio e dos argumentos utilizados para demonstração de sua incidência ou afastamento, que demonstrariam explicitamente critérios de aplicação, também se buscou encontrar a existência de critérios implícitos, bem como regularidades e inconsistências em sua aplicação. Com essa finalidade, foi formulado um modelo de ficha (Anexo 2), o qual foi utilizado para direcionar o fichamento dos acórdãos.

2 ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS

Inicialmente, é importante realizar algumas considerações de caráter mais geral em relação aos dados obtidos pela presente pesquisa. Nesse sentido, por mais que, à primeira vista, pareça óbvio que a aplicação de um princípio que versa sobre retrocesso ambiental exija um contexto referente ao meio ambiente, a predominância da abordagem ambiental do retrocesso mostrou-se como relevante pressuposto para a incidência da proibição.

Nota-se isto na medida em que, ainda que haja a utilização do princípio da vedação do retrocesso socioambiental em vários casos, nos quais há retrocesso tanto social quanto ambiental, foi percebida a ocorrência apenas nos casos em que o aspecto ambiental do retrocesso supera o social, ao menos na percepção dos Ministros.

Nesse sentido, por exemplo, na análise da ADI 5.592 (BRASIL, 2019b), que aborda a questão do uso de aeronaves para controle dos vetores dos vírus da dengue, chicungunha e zika, regulada pela Lei 13.301/2016, é certo que há séria questão de saúde pública envolvida, visto que, consoante especialistas citados na decisão, a medida mostrou-se ineficaz e perigosa, podendo até aumentar a resistência da espécie do vetor. Contudo, até mesmo pelo fato de a Lei contestada vincular a adoção dessas medidas à aprovação

de autoridades sanitárias, os votos abordaram predominantemente os impactos ambientais negativos da dispersão dos produtos químicos pelas aeronaves. Dessa forma, o princípio foi invocado, sob forma de proibição de retrocesso socioambiental.

Apesar disso, verificou-se manifestação em sentido oposto com a análise da ADI 4.066 (BRASIL, 2017), que trata da inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei 9.055/95, a qual versa sobre utilização e exploração do amianto crisotila. Nesse caso, embora haja menção, pelos Ministros, dos efeitos prejudiciais ao meio ambiente da extração do amianto, a argumentação centra-se, principalmente, na afetação da saúde e da segurança do trabalho das indústrias químicas que exploram essa variedade do amianto. Por essa razão, ainda que se utilize o princípio para fundamentar a decisão, que declarou o artigo inconstitucional, mencionou-se apenas a proibição de retrocesso social, não abordando, no tocante ao princípio, sua dimensão ambiental.

Importante notar, contudo, que, mesmo que haja predomínio da temática ambiental em todos os casos de aplicação do princípio, possibilitando a comparação feita com a aplicação do princípio de vedação do retrocesso social, isso não significa que haja, de fato, uma distinção clara no uso das duas variantes pelo princípio.

Mesmo nos acórdãos em que há menção ao retrocesso ambiental, é comum que se use, concomitantemente, o retrocesso social, como se não houvesse verdadeiramente uma distinção ou como se o retrocesso social fosse mais abrangente, englobando o retrocesso ambiental. O Ministro Ricardo Lewandowski, por exemplo, menciona, no julgamento da ADC 42 (BRASIL, 2018, p. 520), a presença de retrocesso social em razão de um “padrão de proteção ambiental manifestamente inferior ao anteriormente existente”, o que, claramente, é a definição do retrocesso ambiental.

Mais evidente ainda é essa ausência de diferenciação no voto do Ministro Relator Edson Fachin, na ADI 5.547 (BRASIL, 2020c, p. 25), que, ao argumentar que a diminuição da proteção ambiental foi necessária para valorizar direitos sociais, também cita ausência de retrocesso social. Neste

caso, há verdadeira distorção do pedido do requerente, o qual tratava, justamente, ao mencionar expressamente retrocesso ambiental, da fragilização da proteção ambiental visando ao favorecimento da justiça social. Logo, os direitos sociais não seriam prejudicados pela medida, mas beneficiados, de modo que não há qualquer sentido em julgar, no mérito, a existência de retrocesso social.

2.1 OS CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO

Nada obstante as considerações gerais apresentadas, conseguiu-se identificar alguns critérios recorrentemente utilizados pelos ministros nas decisões analisadas por esta pesquisa. Neste tópico, então, serão apresentados os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal na aplicação do princípio da proibição do retrocesso ambiental, notadamente:

- O núcleo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser afetado.
- Não deve haver preferência diretamente extraída da Constituição para a ponderação de interesses constitucionalmente protegidos.
- A redução deve ser desproporcional e irrazoável.
- Não deve haver uma compensação de natureza ambiental ao retrocesso.

2.1.1 Núcleo essencial

Quanto à aplicação dos critérios, verificou-se que o núcleo essencial dos direitos fundamentais se mostrou como verdadeiro cerne da aplicação do princípio, sendo o ponto principal da análise de possibilidade ou não de incidência do princípio.

Assim, em todas as decisões em que se acordou haver existência de

retrocesso ambiental, houve análise do critério de ofensa ao núcleo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nesse sentido, na ADC 42 (BRASIL, 2018a, p. 47-67), que se mostrou um verdadeiro paradigma para a compreensão da aplicação do princípio em análise, o Ministro Relator, Luiz Fux, retoma, já em suas premissas teóricas introdutórias, os precedentes da Corte que determinam que, ao se tratar da proibição de retrocesso, “o que se qualifica como vedada é a omissão do Estado quanto ao atendimento do núcleo essencial de uma ordem constitucional inequívoca a ele dirigida” (BRASIL, 2018a, p. 61). Posto isso, percebe-se que o Ministro, ainda que não o retome expressamente em todos seus julgamentos, usa este critério como verdadeiro orientador de seu voto.

Como exemplo, vê-se que o Relator trouxe a discussão a respeito da afetação ou não do núcleo essencial, ao se debruçar sobre o julgamento do artigo 12, §§ 4º e 5º, do Código Florestal, os quais permitem reduzir áreas exigidas de reserva legal em municípios que já possuam mais de metade de sua área ocupada por unidade de conservação da natureza de domínio pública e de terras indígenas homologadas. Nesse caso, considerando que essas áreas também visam à conservação ambiental, o Ministro não considerou que o impacto seria suficientemente significativo. Isto é, ainda que haja uma redução da área protegida, será mantido “um considerável território com ausência de ação antrópica prejudicial” (BRASIL, 2018a, p. 107). Desse modo, resta implícito que a redução não seria suficiente para atingir o núcleo essencial do direito.

No mesmo sentido, o Ministro Relator da ADI 5.547 (BRASIL, 2020c, p. 22-25), Edson Fachin, ao abordar as dimensões do desenvolvimento sustentável – econômica, social e ambiental, as quais afirma que devem ser equilibradas – expressamente estabelece que esse equilíbrio deve ser buscado pelas autoridades públicas, com significativa discricionariedade, sendo a afetação do núcleo essencial dos direitos fundamentais o limite de sua atuação.

Nesse sentido, a dimensão ambiental não pode ser reduzida a ponto de afetar o núcleo essencial do direito ao meio ambiente, situação que

possibilita a intervenção do Judiciário para o controle da constitucionalidade.

Entretanto, embora seja bem definida a existência desse critério, não se pode dizer o mesmo de seu significado, visto que não há verdadeiro consenso, pelos Ministros, de como e onde se encontra o núcleo essencial.

Dessa forma, por um lado, alguns ministros defendem que o núcleo essencial apenas pode ser inferido na Constituição, como faz Alexandre de Moraes, na introdução de seu voto na ADC 42 (BRASIL, 2018a, p. 315-328), de modo que seria impossível a análise do retrocesso apenas pela comparação do novo ato normativo com o anterior. Esse posicionamento fica claro quando o Ministro afirma que:

é próprio da legislação ambiental transigir a respeito de “ganhos” e “perdas” em matéria de delimitação de espaços territoriais protegidos e de seu regime de exploração, desde que em vista da consecução de fins de estatura constitucional. (BRASIL, 2018a, p. 326)

Todavia, essa concepção não parece dominar nos julgamentos, posto que, em geral, as decisões tendem a ser tomadas pela consideração da comparação direta entre duas legislações ou regimes jurídicos, um anterior e um posterior. Na realidade, em decisões posteriores, o próprio Ministro Alexandre de Moraes passa a analisar a existência de retrocesso por meio de comparação direta, como faz na ADI 3.646 (BRASIL, 2019a, p. 25), quando compara o regime de unidades de conservação de uso sustentável com as de proteção integral, e na ADI 5.016 (BRASIL, 2018b, p. 16), na qual afirma que o princípio da vedação do retrocesso “impossibilita qualquer supressão ou limitação de direitos fundamentais já adquiridos”.

Por fim, na análise desse critério, é relevante ressaltar que, embora tenha, até o momento, se mostrado absoluto para a aplicação do princípio e de fato seja na concepção de alguns ministros, há margem para mudança dessa realidade, visto que algumas manifestações dos ministros apontam para uma possível relativização do critério.

O Min. Luiz Fux, por exemplo, no julgamento da ADC 42 (BRASIL,

2018^a, p. 230), menciona decisão do STF na ADI 4.350, que aborda a questão do retrocesso social, citando trecho que determina que o retrocesso social não é obstáculo engessador da atividade legiferante, “mormente quando não se está diante de alterações prejudiciais ao núcleo fundamental das garantias sociais”.

Assim, vale a pena destacar que a escolha pela inserção do advérbio “mormente” na frase parece indicar que mesmo o atingimento do núcleo fundamental não é fundamental para assegurar a inconstitucionalidade em todos os casos. No mesmo sentido, ainda na ADC 42 (BRASIL, 2018a, p. 441), Rosa Weber, embora ainda reconheça a possibilidade de interferência do Judiciário nesse caso, reconhece que mesmo o núcleo fundamental não veda de forma absoluta as decisões legislativas.

É certo que nenhum dos acórdãos permitiu violação ao núcleo fundamental do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao menos não expressamente, não sendo possível provar que, em cenários extremos, como graves crises econômicas, esse critério seria relativizado. Contudo, a partir das manifestações dos ministros, tal relativização continua a parecer possível, embora não tenha sido verificada nos casos selecionados pela pesquisa.

2.1.2 Ausência de preferência diretamente extraída da Constituição

Quanto a este critério, vale a pena destacar que ele decorre do reconhecimento, pelo STF, de que a proibição de retrocesso ambiental constitui um princípio constitucional implícito, não sendo, em regra, a forma primária de resolução de casos concretos.

Dessa forma, caso a Constituição já traga regras que possam resolver a questão, estabelecendo que determinado valor prevalece no caso concreto, elas são preferíveis, não sendo necessário o uso do princípio.

No julgamento das ADIs 4.903 e 4.937 e da ADC 42 (BRASIL, 2018a,

p. 67-75), por exemplo, é examinada a constitucionalidade do artigo 3º, inciso VIII, alínea b, do Código Florestal, que estabeleceu o valor constitucional de incentivo ao desporto como prevalecente em relação ao valor da proteção ambiental, ao autorizar intervenção em Áreas de Proteção Permanente (APPs) para instalações que serão utilizadas em competições esportivas estaduais.

Contudo, ficou decidida a inconstitucionalidade da medida, pois se entende que o texto constitucional já estabelece proteção mais abrangente ao meio ambiente, por este ser considerado “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (BRASIL, 1988), no artigo 225, enquanto o desporto é descrito como “direito de cada um” e “forma de proteção social” (BRASIL, 1988), no artigo 217. Logo, como os membros da Corte já entendem que a prevalência do direito ao meio ambiente é assegurada, em relação ao direito ao desporto, por uma prioridade expressa na Constituição, não há por que utilizar o princípio.

Da mesma forma, ainda no julgamento do mesmo dispositivo, decide-se que, ao permitir a realização de empreendimentos de gestão de resíduos sólidos em APPs, se compromete o desenvolvimento sustentável, por esvaziar o valor de proteção de espaços territoriais especiais, atingindo seu núcleo essencial.

Como já exposto, tal atingimento poderia ensejar uma decisão no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade com base na proibição de retrocesso ambiental. Contudo, a Constituição já prevê, em seu artigo 225, §1º, III, a vedação do esvaziamento da proteção das APPs, de modo que a aplicação do princípio não se mostrou necessária.

2.1.3 Desproporcionalidade e irrazoabilidade

Além dos critérios já mencionados, deve-se ressaltar que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade também servem como parâmetros importantes para a aplicação da proibição do retrocesso ambiental.

É certo que, em diversas passagens, esses dois critérios são apenas mencionados como necessários para a avaliação da constitucionalidade, sem que se demonstre sua relação com a decisão e, principalmente, com o princípio em questão. Contudo, em certos casos, é possível perceber que são orientadores decisivos para a decisão.

Nota-se que, nos casos em que há mais de uma interpretação possível, há incidência do princípio para assegurar uma interpretação mais favorável à conservação do meio ambiente. Aqui, pode-se perceber que se trata de uma aplicação do princípio baseada essencialmente na proporcionalidade.

Verifica-se isso na medida em que se busca, justamente, a maximização da proteção do meio ambiente, sem que se prejudique em excesso outros interesses igualmente protegidos.

Com efeito, esse critério, na forma de interpretação mais favorável, ganha especial importância na análise do artigo 225, §1º, III, da Constituição Federal, que determina que cabe ao Poder Público “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei” (BRASIL, 1988). Isso porque ficou constatada a discussão sobre qual seria o sentido do termo “lei”, empregado na redação do artigo, e, mais especificamente, se a alteração dos espaços poderia ser feita por Medida Provisória.

Desse modo, levando em conta o julgamento da ADI 1.516/99, que permitiu, quanto ao §4º do mesmo artigo, que também demanda utilização “na forma de lei”, o tratamento por medida provisória, seria possível também permitir a utilização de medida provisória como lei, para fins do §1º.

No entanto, uma interpretação teleológica, por parte dos Ministros, levando em consideração a finalidade de conservação do meio ambiente, levou a outro rumo a decisão. Dessa forma, justificaram que a ADI 1.516 tratava de norma favorável ao meio ambiente, de modo que seria possível a utilização de MP.

Por outro lado, o §1º trata de alteração e supressão, de modo que a

veiculação por MP configuraria um retrocesso. Assim, tendo em vista a pluralidade de interpretações possíveis, os ministros optaram por aquela que garantiu maior proteção ao meio ambiente, assegurando que alterações em espaços especialmente protegidos passem pelo processo legislativo comum ordinário, para maior discussão das mudanças.

Nessa perspectiva, a mesma interpretação, de que “a exigência da lei faz-se presente quando referida modificação implicar prejudicialidade ou retrocesso ao status de proteção já constituído naquela unidade de conservação”, é dada na ADI 3.646 (BRASIL, 2019a, p. 15), na qual o Ministro Dias Toffoli, embasado em doutrina de Herman Benjamin, ainda acrescenta mais uma condição, determinando que, caso a Unidade de Conservação tenha sido criada por lei, ela não poderá ser modificada por Medida Provisória, mas apenas por ato legislativo hierarquicamente equivalente, mesmo que a modificação seja positiva.

A mesma ideia de prevalência de interpretação mais favorável é demonstrada na análise do art. 3º, XVII, e do art. 4º, IV, do Código Florestal, objeto da ADI 4903 (BRASIL, 2018a, p. 75-80). Isso porque, ainda que o novo Código tenha retirado, no art. 3º, a proteção no entorno de nascentes intermitentes, mantendo-o apenas em relação às nascentes perenes, o artigo 4º, ao proteger as faixas marginais de cursos d’água, não faz distinção quanto a perenidade ou não dos cursos. Logo, foi verificado que o novo Código não pretendeu retirar a proteção de cursos d’água intermitentes, de modo que, por interpretação sistemática, é possível estender a proteção também às nascentes. Nesse sentido, Fux cristaliza a ideia expressamente, afirmando que:

Destarte, entre as duas leituras possíveis acima expostas para a interpretação do artigo 4º, inciso IV, da Lei n. 12.651/2017, certamente aquela de caráter mais protetivo tem maior efeito de maximização da eficácia das normas constitucionais de natureza ambiental, sem que, para tanto, outros interesses igualmente protegidos – tais como a liberdade econômica – sejam sobremaneira prejudicados. (BRASIL, 2018a, p. 79)

Importante notar, no entanto, que essas interpretações não são dadas de forma totalmente discricionária. Na ADI 3.646 (BRASIL, 2019a, p. 19), Toffoli, reconhecendo que não cabe ao STF determinar se a medida foi ou não favorável, para analisar a constitucionalidade, enfatiza a necessidade de serem apresentados estudos técnicos que demonstrem que a alteração não será prejudicial. Igualmente, na ADI 4.903 (BRASIL, 2018a, p. 77-78), em seu voto, o Ministro Fux baseia a interpretação no Parecer Técnico 138/2011 e na obra de Lucas Lehfeld e Leonardo Nassif, que apontam a incompatibilidade de uma proteção de curso d'água que não compreenda, também, a proteção de sua nascente, visto que a desproteção desta pode ocasionar seu desaparecimento e, conseqüentemente, de todo o curso.

Além disso, é ressaltado que outros interesses igualmente protegidos, mesmo no caso da interpretação, não podem ser sobremaneira prejudicados. O Min. Fachin ainda aponta a definição do CONAMA (BRASIL, 2018a, p. 371), segundo a qual é possível extrair que a nascente é o início do curso d'água.

Nesse sentido, Marco Aurélio ainda destaca, com base na peça juntada pelo Instituto Socioambiental – ISA – e outros, que “as nascentes intermitentes ordinariamente exigem maior nível de proteção florestal no entorno, dada a fragilidade” (BRASIL, 2018a, p.197).

Assim, ele afirma que a inconstitucionalidade não reside em eventual diminuição da metragem das áreas de proteção, situação autorizada no art. 225, §1º, da Constituição, mas no reconhecimento de que a inclusão do vocábulo “perenes” representa não apenas retrocesso na legislação ambiental, mas também opção que não se justifica cientificamente.

Por outro lado, deve-se ressaltar que a incidência da razoabilidade se apresenta de forma diversa. Várias são as situações em que o STF aplicou a razoabilidade, afirmando não haver retrocesso ambiental em razão da redução ser razoável, de modo que a incidência do princípio seria um abuso de poder do Judiciário.

Contudo, não foi apresentado, em nenhum caso, qualquer indício de como chegam à conclusão de que determinada redução foi ou não razoável. A tentativa mais próxima de justificar o que seria considerado razoável foi

feita pelo Min. Alexandre de Moraes, em seu voto da ADC 42:

“Dentro dessa perspectiva, a análise das opções legislativas consubstanciadas no Código Florestal deverá ser realizada perante o princípio da razoabilidade, para a verificação da existência de compatibilidade e **equilíbrio entre a preservação ambiental e o desenvolvimento sustentável das novas normas**, levando-se em conta **critérios racionais e coerentes**, inclusive com o **exame da evolução científica e tecnológica na proteção ambiental** e na **constatação de que antigas previsões legislativas protetivas demonstraram-se inúteis com o passar do tempo**” (grifei) (BRASIL, 2018a, p. 325)

De fato, desse voto seria possível extrair alguns elementos um pouco mais claros, que poderiam ajudar na compreensão do que seria o critério da razoabilidade. No entanto, como tal detalhamento esteve presente apenas nesse voto, não é possível inferir que se trata da mesma ideia que orienta a utilização dos critérios pelos outros ministros.

2.1.4 Ausência de compensação ambiental suficiente

Por fim, verificou-se a existência de outro critério, que parte da premissa de que a análise das normas, a fim de verificar possível retrocesso ambiental, não pode ser feita isoladamente, devendo-se realizar uma análise sistêmica.

Aqui, cabe ressaltar que não se trata da aplicação de uma compensação em sentido mais abstrato, presente nos atos normativos que reduzem a proteção ambiental para favorecer outros valores constitucionais. De fato, isso também se trata, em certa medida, de uma compensação, visto que há uma contrapartida à redução. No entanto, essa forma de compensação, pela compatibilização de interesses constitucionais, é função típica da aplicação do princípio da proporcionalidade, cuja atuação como critério já foi analisada em tópico anterior.

Dado o exposto, o critério da compensação é mais concretamente aplicado no que se refere a uma compensação ambiental. Isso porque, diferentemente da outra hipótese, em que basta a mera compensação por outro valor, sem qualquer relação com o bem atingido, a compensação ambiental possui exigências mais restritas, de modo que não basta uma medida benéfica ao meio ambiente para compensar uma medida prejudicial.

De fato, na ADC 42 (BRASIL, 2018a, p. 165-168), que analisa o artigo 48, §2º do Código Florestal, é definido que a compensação de reserva legal deve ser feita em áreas que possuam identidade ecológica com a área afetada. Além disso, ainda esclarecem que a mera correspondência de bioma não é suficiente para comprovar a identidade, visto que o bioma se estende por grandes áreas, de modo que não tutelaria o meio ambiente uma medida localizada em região totalmente díspar.

Ademais, cabe apontar que a compensação não tem de ser concomitante à redução. Quando em análise da constitucionalidade do artigo 12, §§6º, 7º e 8º, objeto da ADI 4.901 e da ADC 42 que trata da “dispensa de reserva legal para exploração de energia hidráulica e construção ou ampliação de rodovias e ferrovias” (BRASIL, 2018a, p. 391-394), o Tribunal considerou o artigo constitucional.

Essa decisão decorreu do fato de que, ainda que tenha havido redução da área protegida, sem contrapartida imediata, a nova lei não dispensou a necessidade de licenciamento ambiental. Dessa forma, como este se trata de instrumento de Política Nacional do Meio Ambiente, qualquer eventual dano estará vinculado à Lei 6938/1981, de forma que caberá à autoridade administrativa impor medidas compensatórias ao empreendedor que realizar o dano.

2.2 ANÁLISE DOS CRITÉRIOS

Consideradas tais questões, passa-se, então, a uma análise final dos critérios de aplicação do princípio da proibição do retrocesso, por meio da

qual serão retomadas as hipóteses e perguntas de pesquisa.

2.2.1 A conceituação do princípio

Primeiramente, antes de entrar propriamente nas respostas obtidas para as perguntas de pesquisa, notadamente em relação à qual o conceito de retrocesso social é adotado pelo STF, pôde-se notar, durante a pesquisa, a necessidade de verificar se o princípio era ao menos reconhecido como tal.

Isso porque, no relatório da ADC 42 (BRASIL, 2018a, p. 33), o Requerente utiliza o já mencionado fato de ser um princípio implícito para afirmar sua inexistência, chamando-o de “mera criação da doutrina minoritária”.

Sem entrar no mérito das contradições da fala do Requerente, que não constituem o objeto aqui em análise, pode-se afirmar tranquilamente que essa posição não é adotada pelo STF. Com base nas decisões analisadas, não restam dúvidas de que o Tribunal reconhece a existência do princípio da proibição do retrocesso ambiental.

Apesar disso, sua conceituação, na visão dos Ministros, não se mostra tão certa, ainda que os votos, à menção do princípio, se revelem repletos de posições doutrinárias convergentes, o que, em tese, indicaria uma conceituação clara pelos Ministros.

De fato, há sim uma conceituação suficientemente concreta, que caracteriza, basicamente, a vedação ao retrocesso ambiental como princípio implícito, não absoluto, associado à progressividade dos direitos fundamentais, de forma a proibir eventuais reduções que afetem o núcleo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Não obstante aos problemas já mencionados, como a dificuldade de definição do núcleo essencial e de separação do retrocesso ambiental do social, o conceito parece bem estabelecido. Todavia, sem dúvidas, um conceito bem estabelecido não se confunde com uma aplicação unânime.

O Min. Lewandowski, por exemplo, apresentou tendência em ampliar o núcleo essencial, aumentando, assim, a incidência do princípio. Já o Min. Gilmar Mendes, por outro lado, no seu voto na ADC 42 (BRASIL, 2018a, p. 551), chegou a distorcer o pensamento de Canotilho, com o intuito de apresentar como real uma divergência inexistente na doutrina e justificar o afastamento completo da incidência do princípio no caso. Porém, nenhum ministro nega os elementos conceituadores do princípio.

Essa convergência conceitual revelou-se ainda mais importante a partir da análise dos acórdãos. Isso porque, além de possibilitar um posicionamento mais uniforme à Corte, ele serve como parâmetro para a utilização do princípio por outros tribunais, que talvez ainda possam apresentar dificuldades para a conceituação da proibição do retrocesso ambiental.

De fato, apenas pela leitura dos acórdãos selecionados, já foi possível verificar a utilização do princípio, pelo STJ, de duas formas completamente díspares.

Nesse sentido, na ADC 42 (BRASIL, 2018a, p. 660), foi mencionado o julgamento do REsp 302.906/SP, que, como esperado, considerando ter sido de relatoria do Min. Herman Benjamin, um dos doutrinadores com contribuições mais importantes para a definição do princípio, apresentou a conceituação na mesma linha da utilizada pelo STF.

Por outro lado, na análise do RE 1.216.014 Agr, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, julgou-se uma decisão do STJ que aplica a proibição do retrocesso ambiental como sinônimo de aplicação retroativa em matéria ambiental. Assim, a maior uniformidade com que o STF aplica o princípio, baseada na doutrina majoritária, pode contribuir muito para esclarecimento de sua conceituação.

2.2.2 A existência e a natureza dos critérios

Já de início, como elencado, é possível inferir que há critérios de aplicação do princípio da proibição do retrocesso ambiental, o que responde

à pergunta principal da pesquisa, bem como confirma seu pressuposto geral. Igualmente, a hipótese de que elementos externos ao meio jurídico incidiriam sobre a análise mostrou-se acertada, visto que os critérios foram evidenciados como não exclusivamente jurídicos, o que também se configura como achado ao segundo objetivo específico. Ainda que, em geral, as decisões sejam feitas baseadas na comparação entre o ato normativo vigente e o anterior, sob a luz da Constituição, os elementos ambientais da análise continuam relevantes.

Assim, especialmente quando se trata da afetação do núcleo essencial e da ausência de compensação ambiental, os pareceres técnicos em matéria ambiental mostram-se importantes para a fundamentação da decisão. Logo, para considerar a existência ou não de retrocesso ambiental, é preciso compreender a intensidade da redução da proteção ambiental, o que demanda dados provenientes de conhecimentos técnicos ambientais.

2.2.3 Hierarquia, gradação e imprescindibilidade dos critérios

A constatação de ausência de hierarquia entre os critérios não se mostrou difícil, visto que não há nenhum critério que, quando presente, afaste a necessidade da presença de outro. Entretanto, mais complexa foi verificação da imprescindibilidade dos critérios.

Em tese, pode-se dizer que todos os critérios são imprescindíveis, visto que a ausência expressa de qualquer um deles mostrou-se suficiente, nos julgamentos estudados, para afastar a aplicação do princípio.

No entanto, nem todos os acórdãos trazem elementos suficientes para assegurar essa resposta. Na ADI 4.717 (BRASIL, 2018c), por exemplo, é claramente demonstrada a predominância da temática ambiental, a afetação do núcleo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a desproporcionalidade da medida, que demandou interpretação mais protetiva.

Além disso, não se trata do caso de sopesamento de valores

constitucionais, de modo que não há preferência diretamente extraída da Constituição. Inclusive, não há, no acórdão, qualquer menção a eventuais medidas compensatórias adotadas. Logo, embora seja provável que não haja medida compensatória presente na situação da ADI, não há como comprovar isso pelos dados fornecidos no acórdão.

Dessa forma, ainda que o critério possa estar presente na situação, a ausência de sua menção na decisão permite concluir que é possível o afastamento do critério da ausência de compensação, caso todos os outros critérios estejam presentes.

Por fim, cabe analisar a gradação dos critérios, considerando que, inquestionavelmente, há, sim, a possibilidade de certa gradação, justamente pelo reiterado uso de termos vagos pelos Ministros, que permite uma abertura à discricionariedade e ao subjetivismo do julgador, de modo que este pode tornar os critérios mais ou menos rígidos.

Nesse sentido, como já mencionado, o próprio núcleo essencial é um conceito sem delimitação clara, que permite que cada ministro o compreenda de uma forma. Do mesmo modo, a irrazoabilidade é muito aberta e não é justificada pelos aplicadores, de tal forma que possibilita haver grande discricionariedade.

Além disso, mais crítica ainda fica a situação nas vezes em que a irrazoabilidade é associada a uma ausência de fundamento minimamente racional à decisão legislativa, como Luiz Fux faz no julgamento da ADC 42 (BRASIL, 2018a, p. 110).

Se já era difícil compreender o que exatamente seria uma situação de irrazoabilidade, mais ainda é de entender como um ato normativo pode se basear em critérios não racionais. Nessa perspectiva, é curioso notar que, nesse mesmo acórdão, o ministro critica, ao examinar o artigo 11 do Código Florestal, a restrição presente no trecho da legislação anterior, que usava o termo "utilização racional", por este ser uma cláusula aberta, e, em seguida, na análise do artigo 12, utiliza a "fundamentação minimamente racional da regulação" para restringir a atuação do Judiciário. Então, seguindo o raciocínio do próprio ministro, trata-se da vinculação da incidência do

princípio a uma “cláusula aberta”, favorecendo eventuais abusos de discricionariedade.

Todavia, apesar dessa gradação dos critérios possibilitar uma abertura à atuação discricionária dos ministros na utilização do princípio, isso não se verificou nos casos analisados.

Na realidade, muito pelo contrário, diversos foram os casos em que, mesmo tendo o requerente trazido a questão do retrocesso ambiental, ele não foi abordado nos votos, como ocorreu na ADI 4.218, na ADPF 658 MC e no RE 1.170071 AgR.

Outrossim, também foi frequente a citação genérica do princípio, sem qualquer indicação de como ele seria aplicado ao caso ou mesmo de sua definição, como na ADI 3.239, no ARE 1.177.912 AgR, na ADI 861 e no RE 1.216.014 (BRASIL, 2018d, 2019c, 2020a, 2020d).

3 CONCLUSÃO

Encontrados e analisados os critérios, vale a pena destacar que a metodologia empregada se mostrou efetiva para que a pesquisa atingisse os seus objetivos, ainda que nem todas as hipóteses tenham sido confirmadas. Sendo assim, mostra-se relevante proceder a algumas considerações em torno dos resultados obtidos a partir da análise dos dados levantados.

Primeiramente, foi de grande relevância a descoberta de que os critérios se mostraram semelhantes aos critérios de aplicação do princípio da proibição do retrocesso social, elencados por Marina Tanganelli em sua dissertação de mestrado:

Em suma, os principais (os mínimos) critérios apresentados para tutela do princípio da proibição de retrocesso social, são os seguintes: a) Garantir o núcleo essencial dos direitos fundamentais e sociais constitucionalmente assegurados; b) Verificar a hierarquia entre os direitos resguardados pelas medidas; e c) Aplicar a proporcionalidade nas tomadas de decisões, cujo princípio

deve se conectar com o da proteção da confiança e da isonomia. (TANGANELLI, Marina Bellegarde. O Direito Financeiro e a proibição de retrocesso social na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 141. 2020)

Como se percebe, os três primeiros critérios obtidos pela presente pesquisa (o núcleo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser afetado; ausência de preferência diretamente extraída da Constituição para a ponderação de interesses constitucionalmente protegidos; e a redução deve ser desproporcional e irrazoável) em muito se assemelham aos critérios apresentados no trecho citado.

Ainda que essa descoberta possa parecer previsível, visto que esta própria monografia já apresentou que há certa dificuldade no Tribunal de diferenciar o retrocesso ambiental do social, é certo que o achado de tal semelhança foi importante. Isso porque, diferentemente da vedação do retrocesso social, o princípio da proibição do retrocesso ambiental apresenta quatro critérios para sua aplicação, o que confirma que este, de fato, configura um princípio diferente e com proteção mais intensa. Posto isso, pode-se afirmar que a ausência de compensação ambiental suficiente se revela como o mais importante critério encontrado pela pesquisa.

Ademais, cabe uma última consideração a respeito da hipótese levantada sobre a relativização do princípio em momentos de crise. De fato, como imaginado, a pequena distância temporal entre os casos analisados, visto que o primeiro é do ano de 2017, impede uma verificação efetiva de uma gradação ao longo do tempo.

No entanto, ao passo que o curto intervalo temporal impossibilitou a confirmação dessa hipótese, ele trouxe uma nova contribuição à pesquisa, permitindo a conclusão de que é um tema bastante recente na jurisprudência da Corte. Posto isso, resta a dúvida dos motivos que levam a essa precária utilização do princípio da proibição do retrocesso ambiental, especialmente em uma realidade marcada pela supervalorização dos princípios na jurisprudência do STF.

Assim, pode-se levantar os seguintes questionamentos: seria apenas o processo demorado de habituação à utilização do princípio, para o qual três anos não foram suficientes? Ou estariam os ministros incorporando as críticas à principiologização do Direito Constitucional e ao ativismo judicial, indicando uma mudança futura na postura institucional?

Seja como for, as conclusões desse trabalho não permitem responder a essas perguntas, mas, ao menos, apontam para a possibilidade de intensificação da aplicação de um princípio promissor na salvaguarda do meio ambiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (org.). O princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

_____. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 maio 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 42, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2018a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504737>

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.066, Tribunal Pleno. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 24 de agosto de 2017. Disponível em:

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.016, Tribunal Pleno. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 11 de outubro de 2018b. Disponível em:

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.717, Tribunal Pleno. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 05 de abril de 2018c. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749158743>

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 08 de fevereiro de 2018d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028916>

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.646, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 20 de setembro de 2019a. Disponível em:

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.592, Tribunal Pleno. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 11 de setembro de 2019b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752184165>

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 861, Tribunal Pleno. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 06 de março de 2020a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752869001>

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.069, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 08 de setembro de 2020b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753910254>

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.547, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 22 de setembro de 2020c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754018723>

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Direta

de Inconstitucionalidade nº 4.218, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 13 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3413330>

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.216.014, Segunda Turma. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 14 de fevereiro de 2020d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752092048>

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Com Agravo 1.177.912, Segunda Turma. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 de novembro de 2019c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751502149>

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.170.071, Segunda Turma. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 05 de novembro de 2019d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751502011>

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 656, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 22 de junho de 2020e. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753655549>

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 658, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 22 de junho de 2020f. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753655550>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DA SILVA RAMOS, Elival. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 102.

DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. Saraiva, 2001.

JUNIOR, FERRAZ; SAMPAIO, Tércio. Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação, v. 6, 2008.

MARTINS, Daniel Vaqueiro Menezes; JABORANDY, Clara Cardoso Machado. Vedação ao retrocesso social: uma análise comparada entre o contexto da jurisprudência de crise em Portugal e a crise econômica brasileira. *Revista Jurídica da UFERSA*, 2017.

MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson (coord.). A efetividade dos direitos sociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais. t. IV. 105.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra Editora, 2010.

QUEIROZ, Cristina. O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de*, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 468.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito constitucional ambiental. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 302.

SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. Ed. Malheiros; 8ª edição; 2012.

TANGANELLI, Marina Bellegarde. O Direito Financeiro e a proibição de retrocesso social na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 141. 2020

ANEXOS

Anexo 1 – tabela de seleção dos acórdãos

Link para acesso da tabela original:

<https://docs.google.com/spreadsheets/d/1L-GDLDUHQbrXqTZFHZx4HC1EPbOIE4BBA5RMrGd6hMk/edit?usp=sharing>

A tabela, em sua versão original, possuía um total de treze colunas. Contudo, para melhor formatação no documento da presente monografia, foram suprimidas as colunas "Unidade Federativa", "Data da Publicação", "Min. Relator", "Órgão julgador", "Parte Requerente", "Parte Requerida", "Tipo de controle", "A decisão foi unânime" e "Nº de páginas". Decidiu-se, então, por manter apenas as colunas que apresentam o número, o assunto e a data de julgamento do acórdão, além daquela em que se apontam as referências ao princípio em análise, tendo em vista que se considerou que essas informações são suficientes para a esta análise inicial.

Nº do Acórdão	Assunto	Data do Julgamento	Há alguma referência ao princípio do retrocesso ambiental?
ADI 4218 AgR	Decreto que estabelece parâmetros e critérios para o licenciamento ambiental de empreendimentos potencialmente nocivos ao meio ambiente	13/12/2012	Sim

RE 760931	Terceirização no âmbito da Administração Pública	26/04/2017	Não, apenas retrocesso social
ADI 4066	Uso de amianto	24/08/2017	Não, apenas social, embora aborde amplamente questões ambientais
ADI 5016	Direito de uso de recursos hídricos	11/10/2018	Não, apenas social, embora aborde amplamente questões ambientais
ADI 4717	Alteração da área de unidades de conservação por medida provisória	05/04/2018	Sim
ADC 42	Novo Código Florestal	28/02/2018	Sim
RE 1170071 AgR	Retroatividade do art. 15 do Código Florestal	05/11/2019	Sim
ARE 1177912 AgR	Aplicabilidade do Código Florestal	11/11/2019	Sim
ADI 3239	Reconhecimento de terras quilombolas	08/02/2018	Não
ADI 3646	Criação de unidades de conservação por ato normativo diverso de lei	20/09/2019	Não. Refere-se ao "retrocesso ao status de proteção já constituído naquela unidade de conservação"
RE 1216014 AgR	Novo Código Florestal	14/02/2020	Sim
ADI 5592	Uso de aeronaves para contenção de aedes aegypti	11/09/2019	Sim

ADI 861	Pesca industrial	06/03/2020	Sim
ADPF 658 MC	Entrada de novos agrotóxicos no Brasil	22/06/2020	Sim
ADPF 656 MC	Entrada de novos agrotóxicos no Brasil	22/06/2020	Sim
ADI 4069	Inconstitucionalidade de normas estaduais restritivas	08/09/2020	Sim
ADI 5547	Assentamentos de reforma agrária	22/09/2020	Sim

Anexo 2 – Modelo de ficha para análise dos acórdãos

Processo:

Data de julgamento:

Órgão julgador:

Presidência:

Relatoria:

Partes:

Breve Síntese:

1 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO:

1.1 Há alguma definição conceitual da expressão?

1.2 Há algum critério para aplicação mencionado expressamente?

1.3 Há algum critério implícito na argumentação?

1.4 Há menção a outro princípio associado à proibição de retrocesso ambiental?

2 ARGUMENTAÇÃO DOS MINISTROS

2.1 Quais ministros (as) fazem referência à expressão?

2.2 Há alguma argumentação no sentido de demonstrar a incidência do critério eventualmente mencionado?

2.3 Há alguma relativização na aplicação do critério?

2.4 Quais assuntos os (as) ministros (as) correlacionam com a expressão?

2.5 Há referência doutrinária?

2.6 Há referência a precedente da Corte sobre o princípio?

2.7 O fundamento do precedente é mantido?

2.8 O Tribunal reconheceu haver violação ao princípio da "proibição de retrocesso ambiental"? Houve divergência quanto a isso?

3 CITAÇÕES À PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL: