

# O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL À LUZ DOS ARGUMENTOS DE JEREMY WALDRON CONTRA O JUDICIAL REVIEW

## THE PRINCIPLE OF PROHIBITION OF ENVIRONMENTAL RETROGRESSION ACCORDING TO THE ARGUMENTS OF JEREMY WALDRON AGAINST THE JUDICIAL REVIEW

ANGELA CASSIA COSTALDELO<sup>1</sup>, JÚLIO CÉSAR GARCIA<sup>2</sup>

### RESUMO

Após décadas de avanço e sistematização o Direito Ambiental brasileiro começa a sofrer alterações e movimentos legislativos que podem configurar retrocessos. A partir de uma descrição do princípio da proibição do retrocesso ambiental, o presente artigo apresenta a posição de Jeremy Waldron contra o *judicial review* e busca investigar se a adoção daquele princípio implica, por razões lógicas e práticas, no possível aumento da atuação do Poder do Judiciário na tomada de decisões sobre a validade de opções legislativas propugnadas pelo Poder Legislativo especialmente na seara ambiental. Com base no método dedutivo e por meio da revisão bibliográfica, é realizada uma análise dos aspectos considerados importantes para a apreciação de questões legislativas pelo Poder Judiciário. A hipótese defendida é a de que o arranjo institucional brasileiro ainda não é capaz de atender aos requisitos estabelecidos por Jeremy Waldron para sustentar sua tese contra o *judicial review*. O Judiciário brasileiro ainda se coloca como instância necessária para a defesa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e o princípio da proibição do retrocesso ambiental, por si só, não é causa necessária da ocorrência ou aumento da revisão judicial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder Judiciário; Judicialização de demandas; Direito Ambiental; Retrocesso Ambiental.

### ABSTRACT

After decades of improvement and systematization the Brazilian Environmental Law starts to undergo changes and movements that can configure legislative setbacks. From a description of the principle of prohibition of environmental retrogression, this paper presents the position of Jeremy Waldron against judicial review and investigates whether the adoption of that principle means, for logical or practical reasons, the increase of the interference of the Judiciary Power in making decisions about the validity of legislative options advocated by the legislature especially in environmental cases. Based on the deductive method and through the literature review it analyses the aspects considered important to allow the judicial review over legislative decisions. The hypothesis is that the Brazilian institutional arrangement is not yet able to meet the requirements established by Jeremy Waldron to support his argument against judicial review. The Brazilian Judiciary instance still stands as necessary for the defense of the right to an ecologically balanced environment, and the principle of prohibition of environmental retrogression, by itself, is not cause for the occurrence or increase of judicial review.

**KEYWORDS:** Judicial Power; Judicial review; Environmental Law; Environmental Retrogression.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito, docente do curso de Doutorado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, e Coordenadora do Núcleo de estudos do Direito Administrativo, Urbanístico, Ambiental e Desenvolvimento – PRÓ-POLIS

<sup>2</sup> Mestre em Direito, aluno do curso de Doutorado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, membro do Núcleo de estudos do Direito Administrativo, Urbanístico, Ambiental e Desenvolvimento – PRÓ-POLIS, docente do curso de Direito da Unioeste, campus de Foz do Iguaçu-PR, integrante do GEDAI.

## Introdução

O Estado Democrático de Direito tem como um de seus pressupostos consagrados a observância do princípio da separação dos poderes. Por outro lado, em temas complexos e que exigem posicionamentos contundentes uma polêmica permanece intensa: se um dos poderes deve ter a última palavra e qual poder seria este.

Em diversos países, como ocorre no Brasil, há a preponderância das decisões do Poder Judiciário sobre os demais, especialmente com a previsão de uma Corte superior que detenha a competência de resguardar a Constituição Federal. Este fenômeno é comumente chamado de *judicial review* e, apesar de defendido por diversos autores, sofre sérias críticas por outros.

Dentre os autores que se destacam na oposição ao *judicial review* o presente estudo analisará os argumentos mais recentes de Jeremy Waldron, em um artigo no qual apresenta o ponto central desta discussão.

Esta análise tem por objetivo situar o papel do Poder Judiciário frente a aplicação de um novo princípio do Direito Ambiental que está no foco principal da doutrina internacional atual: o princípio da proibição do retrocesso ambiental.

A questão é saber se a aplicação do princípio que prevê a impossibilidade de uma revisão legal resultar em uma situação de proteção ambiental pior do que a anterior sem lhe oferecer alternativas compensatórias implicará no fortalecimento do Poder Judiciário e do sistema do *judicial review*.

Da mesma maneira que Jeremy Waldron, este artigo também se concentra no *judicial review* especificamente aplicado à atuação do Poder Legislativo na criação, alteração e revogação de textos legais.

Na seara ambiental, estas questões surgem com frequência, e um aspecto a saber se assenta no debate sobre a divisão dos poderes e até que ponto o sistema democrático brasileiro admite a incursão do Poder Judiciário em decisões de política legislativa.

Aplicando o método dedutivo, este artigo se dividirá em três partes principais, iniciando por uma descrição do princípio da proibição do retrocesso ambiental e características de sua aplicação, para então tratar da posição de Jeremy Waldron sobre o *judicial review*, destacando seus argumento contrários a esta prática. Finalmente serão

contrapostas diversas hipóteses visando analisar os questionamentos principais deste estudo, apresentando-se inclusive o exemplo prático e atual da revisão do Código Florestal brasileiro.

## 1. O princípio da proibição do retrocesso ambiental

O estudo acerca do princípio da proibição do retrocesso ambiental é bastante recente e, por esta razão, não é possível encontrar muitas referências doutrinárias, jurisprudenciais ou pesquisas científicas a seu respeito.<sup>3</sup>

A este propósito é possível considerar tal princípio como em fase ainda propositiva ou de reconhecimento, razão pela qual é importante ressaltar a sua definição, de maneira a delimitar o escopo, finalidade e fundamentos jurídicos de sua aplicação.

Por retrocesso entende-se o retorno a uma situação anterior considerada pior ou ultrapassada<sup>4</sup>. Portanto, não é o simples retorno da situação atual para a anterior que deve ser considerado um retrocesso, mas o fato de que este retorno ocorrer de maneira prejudicial, ultrapassada, gerando prejuízos sociais, políticos, econômicos e ou ambientais. Observa-se nestes casos, uma desconstrução ou inobservância do progresso já obtido, normalmente refletido no desenvolvimento de ações, institutos, instrumentos, políticas, programas, padrões de qualidade, etc. O retorno sadio a uma situação anterior pode ser denominado de restauração, porém o retorno em sentido pejorativo, uma regressão, é o que caracteriza o retrocesso que se visa evitar ou impedir a partir da construção deste princípio jurídico.

Ainda não há consenso quanto à terminologia empregada hoje para expressar o princípio da proibição do retrocesso ambiental, que também recebe as seguintes denominações: (a) princípio do *standstill* no Direito belga; (b) "efeito catraca" ou "regra

---

<sup>3</sup> Além dos estudos de Ingo Sarlet sobre o princípio da proibição do retrocesso social (dentre os quais destacam: A Assim Designada Proibição de Retrocesso Social e a Construção de um Direito Constitucional Comum Latino-Americano. Revista brasileira de estudos constitucionais, v. 11, p. 167-204, 2009; Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo: ESDC, 2004, v. 4, n. jul-dez, p. 241-271, 2004; A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros, v. 39, p. 53-86, 2002; Princípio da Proibição de Retrocesso. In: Ricardo Lobo Torres; Edurado Takemi Kataoka; Flavio Galdino. (Org.). Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro/RJ: Elsevier, 2011, v. 01, p. 1043-1071), destaca-se a obra de Carlos Alberto Molinaro no Brasil (Direito Ambiental. Proibição de Retrocesso, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007). Recentemente, sob a coordenação de Michel Prieur e Gozalo Sozzo, foi lançada a obra "La non régression en droit de l'environnement" pela editora belga Bruylant (2012). Ainda no direito estrangeiro destaca-se a obra de Isabelle Hachez "Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative." Bruxelles: Bruylant, 2008.

<sup>4</sup> Originário do latim *retrocessus*, este é o sentido apresentado pelo Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (HOUAISS, 2009, p. 1661): 1. ato, processo ou efeito de retroceder, retrogradação, retrocessão - 2. deslocamento físico para trás, retorno ao local de onde se saiu; retirada, recuo - 3. *retorno no tempo; volta ao passado* - 4. *volta ao primitivo estado ou ordem, considerada ultrapassada em relação a uma determinada época* (r. política) - 5. estado ou condição do que está começando a se degradar; decadência. (grifos nossos)

catraca anti-retorno" na doutrina francesa; (c) intangibilidade dos direitos fundamentais, para Olivier de Frouville; (d) direitos legislativos adquiridos ou a irreversibilidade dos direitos humanos, para Konrad Hesse; (e) a cláusula do *status quo* ou de proibição da retrogressão, para S. R. Osmani. Em inglês se encontra a expressão *ratchet principle*, em espanhol *prohibicion de regresividad o de retrocesso*; e em português "proibição de retrocesso". (PRIEUR, 2012, p. 08)

Para Michel Prieur (2012, p. 08) o melhor ainda é optar pela expressão "princípio de não retrocesso" (*principe de non régression*) por ela "bem demonstrar que o que está em jogo é a salvaguarda do progresso adquirido no conteúdo da legislação ambiental"<sup>5</sup>. O autor explica que até se poderia utilizar a terminologia "princípio do progresso", mas ele é muito vago e na prática toda a legislação pressupõe garantir o progresso da sociedade. Além disto, o objetivo é destacar a especificidade do Direito Ambiental quanto aos recuos que constituem retrocesso na proteção do meio ambiente, mesmo quando estes não sejam absolutos, mas apenas gradações da regressão.

Já Carlos Molinaro (2007, p. 67) defende a noção da proibição da *retrogradação* ambiental, pois "a vedação da degradação ambiental constitui-se no objeto do princípio da proibição da retrogradação socioambiental em sede de direito ambiental" e também que "retrogradar expressa melhor a ideia de retroceder". E continua: "o que o direito ambiental objetiva é proteger, promover e evitar a degradação do ambiente".

O Direito Ambiental manifesta em suas normas e objetivos, associando-o também a um caráter finalista de progresso e desenvolvimento sustentável. Esta é a lógica defendida por Michel Prieur e Gonzalo Sozzo. Para o autor francês "o objetivo do Direito Ambiental é de lutar contra a poluição e preservar a biodiversidade". (PRIEUR, 2012, p. 09) Em outras palavras, "aquele que devido a seu conteúdo contribui para a saúde pública e à manutenção do equilíbrio ecológico integra o Direito Ambiental"<sup>6</sup>. (PRIEUR, 2012, p. 10)

Para Gonzalo Sozzo (2012, p. 73), a finalidade assume o caráter de um progresso como perdurabilidade, o que leva a uma permanência transgeracional. De acordo com ele "a

---

<sup>5</sup> "[...] pour bien montrer que ce qui est en jeu c'est la sauvegarde des progrès acquis dans le contenu des législations environnementales." (Tradução livre)

<sup>6</sup> "[...] c'est un droit engagé dans la lutte contre les pollutions et la perte de biodiversité. [...] c'est celui qui par son contenu contribue à la santé publique et au maintien des équilibres écologiques, c'est un droit pour l'environnement." (Tradução livre)

fundação do princípio da proibição do retrocesso exige uma base teórica mais ousada, mais universal, mais cosmopolita. Esta base é a ideia do progresso como perdurabilidade”<sup>7</sup>.

Segundo o autor argentino, a partir da segunda modernidade o futuro deixa de ser visto como progresso e começa a ser visualizado como duração, surgindo uma nova metáfora para se referir ao futuro: as gerações futuras. (SOZZO, 2012, p. 73) Assim observa-se uma nova transformação da noção de progresso: concepção aliada à perdurabilidade, o que nas palavras do autor "implica admitir que se progride quando se assegura as gerações futuras a transmissão de um certo volume de bens e o progresso como perdurável, não durável".<sup>8</sup> (SOZZO, 2012, p. 74)

Observe-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, juntamente com a noção de preservação dos processos ecológicos essenciais, indicam marcos ou limites mínimos para a proteção ambiental, mas mais do que isto, criam feixes complexos de direitos humanos e deveres constitucionais interligados a partir da finalidade mediata desta proteção, qual seja, a promoção da qualidade de vida. Na prática, podem existir retrocessos ambientais que não impliquem necessariamente na degradação ambiental, razão pela qual a opção pela denominação “proibição do retrocesso ambiental” ainda se mostra mais abrangente e adequada.

Para Ingo Sarlet, (2009, p. 04) considera-se o retrocesso uma situação constitucionalmente ilegítima que se configura:

[...] quando forem transpostas certas barreiras, representadas, por sua vez, por um conjunto de limites expressos e implícitos estabelecidos pela ordem jurídico-constitucional, sem prejuízo de barreiras inerentes ao processo político e social, em geral mais eficazes quando se trata de conter determinadas reformas.

José Gomes Canotilho (S/d, p. 337) reconhece não ser possível fazer frente à reversibilidade fática, tal como em recessões ou crises econômicas, porém entende que o princípio da proibição do retrocesso (analisado no âmbito social):

[...] limita a reversibilidade dos *direitos adquiridos*, em clara violação do *princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural*, e do *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. (grifos do autor)

Outra questão recorrente é a da defesa da soberania dos parlamentos frente ao direito adquirido das leis postas. Verifica-se que o excesso de poder legislativo se choca contra a

---

<sup>7</sup> “Que la fundación del principio de no regresión exige una base teórica más osada, mas universal, mas cosmopolita. Esa nase es la ideia de progreso como perdurabilidad.” (Tradução livre)

<sup>8</sup> “[...] implica admitir que se progresa cuando se asegura a las generaciones futuras la transmisión de un cierto volumen de bienes y el progreso como ‘perdurable’, no durable.” (Tradução livre)

busca da equidade ambiental. Afirmar que a proibição do retrocesso dos direitos ambientais implicaria no engessamento legislativo ou mesmo no desrespeito ao papel e soberania do Poder Legislativo é um equívoco. Para tanto, fundamental será o reconhecimento de claros e seguros indicadores da Constituição Federal e dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico que apontem para os limites às mudanças legais e administrativas.

É nesta linha de raciocínio que Éric Naim-Gesbert (2012, p. 126) explica que "o princípio da proibição do retrocesso significa o não-retorno sobre o acervo jurídico - contra ventos e mares - e uma concepção aberta à adaptação da norma"<sup>9</sup>. Busca assim mostrar que o princípio não induz a imutabilidade, mas apenas estabelece um nível de proteção que não pode ser reduzido, seja material ou processualmente, de tal sorte que a modificação de uma norma que regule direitos fundamentais deve apresentar soluções no mínimo equivalentes em termos de resultados, demonstrando o caráter finalista do direito ambiental.

Pietro Costa (2010, p. 258) faz uma análise histórica da criação do Estado de Direito na cultura europeia, e destaca o papel que a teoria kelseniana do Estado enquanto criação jurídica desempenhou para permitir o controle da soberania legislativa. Da mesma maneira que Jhering e Jellinek teorizaram a autolimitação estatal e seus efeitos para a vinculação do Estado a limites no seu âmbito administrativo, a teoria de Kelsen atuou no controle do poder legislativo, uma vez que

A sua degeneração tirânica é impedida pela ação conjunta de dois elementos: o primado da norma sobre o poder (a superioridade hierárquica da constituição nos confrontos da lei) e a possibilidade de confiar a um órgão judiciário o controle da atividade legislativa.

Outro argumento importante apresentado por Michel Prieur é o de que o meio ambiente é um “valor-político” que busca um ajuste entre o humano e o animal em busca do progresso permanente da sociedade. Se as políticas ambientais atuam na condição de reflexo do progresso, elas deveriam impedir todos os tipos de retrocesso. (PRIEUR, 2012, p. 15)

Dentre as principais formas de fundamentação do princípio da proibição do retrocesso ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, as três seguintes destacam-se devido a sua relação com a temática do *judicial review*:

a) A interpretação do Art. 225, *caput* e parágrafos, da Constituição Federal de 1988 conduz à criação do chamado Estado de Direito Ambiental, o qual se fundamenta em um indicador de referência ou limite de tolerabilidade: o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Sendo este o objetivo maior deste Estado, qualquer norma, programa ou atividade

---

<sup>9</sup> “Le principe de non-régression signifie le nonretour sur l’acquis juridique – contre vents et marées – en une conception ouverte à l’adaptation de la norme”. (Tradução livre)

governamental que denote um retrocesso no nível de proteção deste equilíbrio ou que atente contra os denominados processos ecológicos essenciais deve ser considerado inconstitucional.

b) A Constituição Federal também regula de maneira expressa as cláusulas pétreas, apresentando entre o rol destas, previsto no artigo 60, §4º, os direitos e garantias individuais (inciso IV). Considerando o caráter multidimensional do bem ambiental (GARCIA, 2004, p. 107), o seu aspecto individual também representa um direito fundamental do indivíduo, de maneira que a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser considerada uma cláusula pétrea, servindo também de fundamento para o princípio da proibição do retrocesso ambiental.

c) Uma hipótese complementar às anteriores é a da caracterização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito humano e fundamental. Nesta qualidade, este direito passa a gozar das mesmas prerrogativas dos direitos fundamentais em geral, e dentre elas a de não permitir o retrocesso no nível de proteção do ser humano.

Ao explicar a *força normativa da Constituição ambiental*, Joaquim Gomes Canotilho (s/d, p. 12) destaca o fenômeno da *ecologização* da ordem jurídica. Além de impor aos vários decisores (legislador, tribunais, administração) o respeito ao bem ambiental constitucional, a responsabilidade estatal por omissão, e a obrigação de agir do Estado em matéria ambiental, este fenômeno jurídico também fundamenta o princípio da proibição do retrocesso em matéria ambiental:

[...] a liberdade de conformação política do legislador no âmbito das políticas ambientais tem menos folga no que respeita à reversibilidade político-jurídica da protecção ambiental, sendo-lhe vedado adoptar novas políticas que se traduzam em retrocesso retroactivo de posições jurídico-ambientais fortemente enraizadas na cultura dos povos e na consciência jurídica geral.

Quanto a cláusula pétrea, verifica-se que toda lei, atividade governamental ou alteração administrativa ambiental que denote um sistema pior, ultrapassado ou mais brando em relação a preservação do meio ambiente e que por consequência atente contra o bem ambiental constitucional deverá ser considerado como um atentado a uma cláusula pétrea. Ainda que este afronte não seja direto ao texto constitucional no sentido formal, bastará que ele ocorra no sentido material.<sup>10</sup>

Segundo Michel Priour e Gozalo Sozzo (2012, p. 01), são duas as principais ameaças ao recuo do Direito Ambiental, a (i) *políticas*: a vontade demagógica de simplificar o direito por meio da desregulação, em virtude do grande número de normas jurídicas ambientais tanto

---

<sup>10</sup> Sobre os limites materiais às emendas a Constituição vide: CHIMENTI, Ricardo Cunha; *et al.* Curso de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 17.

no plano internacional quanto nacional; e as (ii) *econômicas*: a crise econômica mundial favorece o discurso que exige menos obrigações jurídicas no domínio ambiental pois constituiriam um freio ao desenvolvimento e a erradicação da pobreza.

No Brasil o tema da proibição do retrocesso normativo foi estudado por Ingo Sarlet, que apresenta vários argumentos que fundamentam a aplicabilidade e validade do princípio no ordenamento jurídico pátrio, especialmente no tocante aos direitos sociais<sup>11</sup>. Apesar da viabilidade de sustentação do princípio da proibição do retrocesso ambiental nestes termos, há que se considerar também a possibilidade de diferenciação dos fundamentos. Ao atrelar o princípio da proibição do retrocesso social à dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet (1999, p. 111-132) deixa margem para questionamentos na ordem ambiental quanto ao significado e limites da dignidade humana frente ao bem jurídico ambiental, com o qual guarda absoluta ligação, mas não mais primazia absoluta.

Com a mesma lógica, Carlos Molinaro (2007, p. 74) entende que o princípio da proibição da retrogradação ambiental “está diretamente subsumido no entrelaçamento dos princípios matrizes: dignidade da pessoa humana/segurança jurídica”. Porém não ficam claras as hipóteses nas quais o interesse de proteção do bem ambiental se choca diretamente com interesses sociais, especialmente a partir de efeitos jurídicos da aplicação dos valores denominados biocêntricos.

A questão que surge com a previsão e aplicação do princípio da proibição do retrocesso ambiental diz respeito aos limites e poderes do Poder Judicial para rever decisões do Poder Legislativo, em especial no tocante a edição e revisão de leis regularmente aprovadas.

## **2. A posição de Jeremy Waldron sobre o *Judicial Review***

Podendo também ser denominado de “jurisdicionalização de demandas”, o *judicial review* consiste na atuação do Poder Judiciário frente a temas que são por natureza ou opção legislativa atribuídos aos outros Poderes. Desta maneira, a “revisão judicial” pode ocorrer tanto perante demandas de conteúdo político, como também atividades próprias do processo legislativo ou ainda de decisões administrativas pelo Poder Executivo.

---

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade, in: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS* nº 17, 1999, p. 111-132. E ainda: A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 9. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p., 436 e ss., artigo na primeira edição da já clássica obra de Lenio Luiz Streck, *Hermenêutica Jurídica e (m) Crise*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 39.

Um dos grandes opositores ao *judicial review*, com diversos trabalhos dedicados a desconstruir esta forma de atuação do Poder Judiciário, Jeremy Waldron (2006, p. 1351), publicou mais um artigo sobre o tema, desta vez procurando atacar o que chamou de o “núcleo” ou “ponto central” dos argumentos contrários ao *judicial review*, porém de maneira independente de suas manifestações históricas e efeitos em casos particulares.

São os fundamentos apresentados por Jeremy Waldron neste artigo que serão sistematizados neste tópico, visando orientar a reflexão seguinte sobre as consequências da adoção do princípio da proibição do retrocesso ambiental sobre eventual fortalecimento da atuação do Poder Judiciário na tomada de decisões pertinentes a outros poderes.

De acordo com Jeremy Waldron (2006, p. 1353) o *judicial review* que ele próprio procura analisar diz respeito a “revisão judicial” de atos do Poder Legislativo. Segundo o autor existem diversos tipos de *judicial review* no mundo, mas que podem ser diferenciados a partir de algumas características quanto: (i) a força com que ocorrem (fortes/fracos), (ii) a posição em que se situam os direitos individuais no ordenamento jurídico (protegidos na Constituição/leis ou atos esparsos), (iii) o momento em que a revisão ocorre (a *posteriori*/previamente), (iv) e a instância na qual ocorre (cortes comuns/cortes constitucionais especiais).

Para sua discussão, o autor indica claramente tratar do *judicial review* forte, baseado em um sistema exposto de direitos individuais, que ocorrem *a posteriori* e por cortes comuns e considera um *judicial review* forte quando

as cortes possuem a autoridade de recusar a aplicação de uma lei a um caso particular (mesmo quando a lei prevê em seus próprios termos aplicar-se ao caso) ou a modificar o efeito da lei para fazer sua aplicação conforme direitos individuais (de maneira que a lei em si própria não prevê). Além disto, as cortes neste sistema têm a autoridade de estabelecer que uma determinada lei não será aplicada tornando-a assim letra morta. (WALDRON, 2006, p. 1354)<sup>12</sup>

O autor explica que posições contrárias ao *judicial review* existem há muito tempo, em especial quanto ao seu *déficit* democrático em uma sociedade que mantém um legislativo composto por representantes eleitos em contraposição a juízes não eleitos. (WALDRON, 2006, p. 1349)

Em síntese, argumenta que o *judicial review* está vulnerável a crítica em duas frentes

---

<sup>12</sup> “[...] courts have the authority to decline to apply a statute in a particular case (even though the statute on its own terms plainly applies in that case) or to modify the effect of a statute to make its application conform with individual rights (in ways that the statute itself does not envisage). Moreover, courts in this system have the authority to establish as a matter of law that a given statute or legislative provision will not be applied, so that as a result of stare decisis and issue preclusion a law that they have refused to apply becomes in effect a dead letter.” (Tradução livre)

principais:

Diferente do que é normalmente aclamado, ele não provê um caminho para a sociedade focar de maneira clara nas reais questões em jogo quando cidadãos discordam quanto a direitos; ao contrário, ele cria uma distração por meio de questões secundárias sobre precedentes, textos, e interpretação. E é politicamente ilegítimo, enquanto se referir a valores democráticos: por privilegiar o voto majoritário entre um pequeno número de juízes não eleitos e não suscetíveis de revisão, ele desvaloriza cidadãos ordinários e desconsidera princípios de representatividade e igualdade política no processo de decisão final sobre controvérsias envolvendo direitos.<sup>13</sup> (WALDRON, 2006, p. 1353)

Para fazer valer estas teses, o autor apresenta um sociedade idealizada, a partir de quatro pressupostos condicionais (pré-condições) para sua tese, quais sejam: (1) de que o legislativo funcione adequadamente; (2) que o judiciário funcione adequadamente; (3) que os direitos fundamentais sejam aceitos por todos; (4) que exista discordância quanto a interpretação de direitos fundamentais. (WALDRON, 2006, p. 1360)

Apesar disto, faz uma ressalva quanto a hipóteses excepcionais nas quais o *judicial review* possa ser necessário, especialmente no contexto de alguns países onde ocorrem o que denomina de “patologias legislativas” relacionadas a gênero, raça ou religião. (WALDRON, 2006, p. 1352)

Mas mesmo nestes exemplos questiona se a defesa do *judicial review* vai ao cerne da questão ou limita-se apenas a uma excepcionalidade “que busca impedir o seguimento de uma tendência que, na maioria das circunstâncias, apresentaria um argumento normativo convincente contra esta prática”.<sup>14</sup> (WALDRON, 2006, p. 1352)

Apesar de toda sua fundamentação, o fato de sustentá-la em uma sociedade com requisitos muito específicos abre margem para diversas críticas e, talvez por isto, o próprio autor conclui o texto abrindo a possibilidade de que

Talvez existam circunstâncias — patologias peculiares, instituições legislativas disfuncionais, culturas políticas corruptas, legados de racismo e outras formas de preconceito endêmicos — nos quais os custos deste “ofuscamento” e “desempoderamento” sejam válidos

---

<sup>13</sup> “It does not, as is often claimed, provide a way for a society to focus clearly on the real issues at stake when citizens disagree about rights; on the contrary, it distracts them with side-issues about precedent, texts, and interpretation. And it is politically illegitimate, so far as democratic values are concerned: By privileging majority voting among a small number of unelected and unaccountable judges, it disenfranchises ordinary citizens and brushes aside cherished principles of representation and political equality in the final resolution of issues about rights.” (Tradução livre)

<sup>14</sup> an exceptional reason to refrain from following the tendency of what, in most circumstances, would be a compelling normative argument against the practice. (Tradução livre).

por enquanto.<sup>15</sup> (WALDRON, 2006, p. 1406)

É sobre esta margem de abertura argumentativa que o tópico seguinte procurará discutir a situação atual brasileira, especialmente no tocante às recentes proposições de mudanças legislativas ambientais e a defesa de seu bloqueio por meio do Poder Judiciário fundado no princípio da proibição do retrocesso ambiental.

### **3. Retrocesso ambiental ou retrocesso democrático?**

A adoção e aplicação do princípio da proibição do retrocesso ambiental pode gerar situações nas quais tentativas ou efetivas mudanças legislativas esbarrem em valores, padrões ou limites ambientais estabelecidos na Constituição Federal ou mesmo em leis anteriores.

Como visto no tópico 1, alguns dos fundamentos do princípio do retrocesso ambiental tem base constitucional. Neste sentido, todo retrocesso ambiental será sempre considerado inconstitucional e, portanto, passível de revisão pelo Poder Judiciário. Tanto o processo quanto o mérito da questão são fundados no sistema de controle de constitucionalidade vigente no direito brasileiro.

O aspecto principal criticado por Jeremy Waldron diz respeito a legitimidade do Poder Judiciário, no caso brasileiro manifestado no controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, fazer valer sua decisão como última instância, especialmente considerando-se uma decisão final do Supremo Tribunal Federal.

Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que o princípio da proibição do retrocesso ambiental deve instruir o próprio processo de formação do texto legal e das alterações propostas pelo Poder Legislativo, sendo um dos principais aspectos a serem considerados pelas chamadas Comissões Parlamentares de Constituição e Justiça.

Nesta hipótese, a proposta de Jeremy Waldron mostra-se bastante adequada ao transferir ao Poder Legislativo a capacidade plena de tomada de decisões que busquem sanar controvérsias entre direitos, buscando escolher a melhor situação considerando também o nível de proteção ambiental existente e o almejado.

---

<sup>15</sup> Maybe there are circumstances—peculiar pathologies, dysfunctional legislative institutions, corrupt political cultures, legacies of racism and other forms of endemic prejudice—in which these costs of obfuscation and disenfranchisement are worth bearing for the time being. (Tradução livre).

Por outro lado, faz-se necessário verificar se o Poder Legislativo brasileiro, nas três esferas da Federação, apresenta-se nas condições exigidas por Jeremy Waldron para que sua tese seja sustentada. Para além dos requisitos 3 e 4 (que os direitos fundamentais sejam aceitos por todos e que exista discordância quanto a interpretação de direitos fundamentais), o problema brasileiro se concentra no correto funcionamento de suas instituições estatais, notadamente o Legislativo e o Judiciário.

A partir disto, os problemas recorrentes do Legislativo brasileiro vêm à tona: corrupção, ausência de preparo dos parlamentares, falta de embasamento técnico para as discussões, interferências políticas, predomínio de interesses e grandes lobbys econômicos, dentre outros.

Para além destas “patologias legislativas”, J. Vasconcelos (2012, *passim*) alerta para outros comprometimentos da legitimidade do Poder Legislativo, desde o surgimento da figura do político profissional (desvinculado da representação de interesses gerais e associada a um esquema permanente de reeleição de grupos políticos) a falta de real representatividade dos parlamentares eleitos.

Conrado H. Mendes (2011, p. 88) também enfrenta o tema da separação dos poderes e apresenta uma descrição sintética das principais correntes defensoras e críticas da “supremacia judicial”. Quanto às defensoras, apresenta um modelo ideal de juiz e de corte constitucional, e em determinados casos apresenta um argumento positivo pela revisão judicial, e em outros são negativos contrários a absoluta supremacia parlamentar. E sintetiza da seguinte maneira os pontos centrais da visão de cada corrente ao assinalar que

Num cenário, um legislador predominantemente egoísta e venal, dedicado exclusivamente ao alpinismo político, à expansão e perpetuação de seu poder, contra um heróico e impassível juiz defensor de direitos, líder do debate moral, e consciência crítica e educadora da democracia. No outro, um juiz verborrágico, legalista e ideológico contra um legislador virtuoso e de espírito público. (MENDES, 2011, p. 104)

Para além destas visões pessimistas e voltadas aos problemas e vícios de cada Poder, importa resgatar suas potencialidades e qualidades no cenário de efetivo exercício democrático, sem com isso negligenciar instrumentos que protejam a democracia do pior cenário possível.

No Brasil Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 199) busca inovar na abordagem deste assunto ao demonstrar o fato de que, no Brasil, o modelo de controle de constitucionalidade está cada vez mais concentrado no Supremo Tribunal Federal, restando ainda muito distante dos modelos europeus de tribunais constitucionais.

O mito de o controle de constitucionalidade dever ser, necessariamente, realizado pelo Poder Judiciário, por razões de ordem lógica é derrubado, segundo o autor, pelos baldrames apresentados por Carlos Santiago Nino (Apud SILVA, 2009, p. 202), ao defender que

[...] decidir sobre que tipo de controle se deseja é uma questão prática (e política) e não lógica, o que implica dizer que uma eventual escolha por um determinado tipo de controle de constitucionalidade deve ser feita e justificada dentro de um debate sobre desenho institucional e não a partir de um pretenso raciocínio jurídico-formal.

A Constituição não perderia seu caráter de limite ao Poder Legislativo se a lei aparentemente inconstitucional tivesse que ser aplicada sem questionamentos pelos juízes pois “a supremacia de uma Constituição não tem nenhuma relação lógica necessária com a possibilidade ou impossibilidade de que juízes possam controlar a constitucionalidade das leis”. (NINO, Apud SILVA, 2009, p. 202)

Para Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 204) o cerne do debate sobre o controle constitucional atual pode ser resumido na contraposição entre o fórum dos princípios e a maximização da participação popular, ou seja, a contraposição entre as idéias de Dworkin e Waldron, as quais sintetiza nos seguintes termos:

De forma muito resumida, na concepção de Dworkin, uma democracia constitucional tem necessariamente duas dimensões: a da *política*, na qual os membros de uma comunidade decidem em conjunto questões relativas aos interesses coletivos; e a dimensão dos *princípios*, relativa à proteção dos direitos individuais dos cidadãos. No fórum dos princípios, cujo *locus* por excelência é o Judiciário - ou, mais precisamente, o tribunal de cúpula do Judiciário ou um tribunal constitucional -, esses direitos servem como trunfos contra decisões de política. Daí a justificação de um controle de constitucionalidade dos atos políticos: garantir os direitos individuais contra a política e contra maiorias circunstanciais. Seria a garantia de direitos que conferiria legitimidade ao controle de constitucionalidade. [...] Para Waldron, contudo, justificar o controle judicial de constitucionalidade a partir da ideia de que direitos devem funcionar como trunfo contra decisões legislativas majoritárias ignoraria o desacordo moral existente em sociedades plurais, ou seja, ignoraria o fato de que as pessoas têm concepções diferentes acerca dos seus direitos mais básicos (da mesma forma que têm concepções diferentes sobre justiça social e políticas públicas). Em decorrência disso, isto é, em face da existência de um amplo desacordo acerca dos direitos fundamentais, a decisão acerca da questão “quem deve decidir sobre esses direitos?” deve ser tomada em igualdade de condições pelos cidadãos em uma comunidade, algo que não corre quando se reserva essa decisão a uma elite judiciária. Percebe-se, com isso, que a ideia de participação, especialmente a de “participação em igualdade de condições” é central na tese de Waldron. Não por outra razão, ele denomina direito à participação como “o direito dos direitos”.

A partir deste debate que considera maniqueísta, como se o problema se resumisse às alternativas “todo poder aos juízes” ou “todo poder ao legislador”, Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 203) oferece sua visão alternativa, que propõe “a existência de um contínuo de possibilidades de arranjos institucionais diversos que extrapolam essa contraposição simplista”.

O autor apresenta a necessidade de diálogo constitucional, por meio da deliberação e da razão pública, no que vem se chamando de “democracia deliberativa”. Seguindo a tese de John Rawls, apresenta a ideia de que a Suprema Corte tem tudo para ser o *locus* por excelência da deliberação racional e da razão pública. (SILVA, 2009, p. 209)

Estas teses possuem grande relevância teórica, porém precisam passar pelo teste da realidade. Para melhor compreensão deste cenário, interessante analisar o recente caso da aprovação do “novo” Código Florestal brasileiro no Congresso Nacional.

Trata-se do projeto de Lei nº 1.876-E/99 que, após aprovação polêmica e controvertida no Congresso Nacional, alterou o Código Florestal Brasileiro, podendo ser considerado um exemplo recente de grande e sério retrocesso ambiental, sob diversos aspectos.<sup>16</sup>

Em primeiro lugar, o novo texto propõe uma série de abrandamentos das exigências de preservação florestal, diminuindo a extensão e obrigatoriedade da reserva legal e das áreas de preservação permanente.<sup>17</sup> Ao mesmo tempo, o país passa pelo aumento das áreas desmatadas<sup>18</sup>, aumento este estimado em mais de 127% nos últimos 10 anos nas áreas de proteção, e uma condição de *déficit* de áreas verdes nativas por habitante, considerando-se o índice recomendado pela Organização Mundial de Saúde.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> DUARTE, Geiza. Código Florestal é aprovado na Câmara dos Deputados - Para ambientalistas, texto é um retrocesso na defesa do meio ambiente. Jornal da Globo. 26/04/2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2012/04/codigo-florestal-e-aprovado-na-camara-dos-deputados.html>>, acessado em 03/05/2012.

<sup>17</sup> As margens dos rios passam a ter a APP medida a partir do leito regular e não do leito maior. Além disto, para os rios com até 10 metros de largura, a APP deixou de ser de 30m para apenas 15m. Outro ponto aprovado permite o uso das áreas de preservação permanente (APPs) já ocupadas com atividades agrossilvipastoris, ecoturismo e turismo rural, desde que o desmatamento até então ilegal tenha ocorrido até 22 de julho de 2008. Em relação à Reserva Legal, o texto recebido pelo Senado prevê isenção da obrigação de recomposição para os “pequenos produtores”, definidos como aqueles que possuem propriedade de até 04 (quatro) módulos fiscais – o módulo fiscal varia de 5 (cinco) a 100 (cem) hectares, a depender da região. O texto aprovado na Câmara também prevê uma Anistia geral para os responsáveis por desmatamentos ilegais realizados até 22 de julho de 2008, desde que o até então infrator adira ao Programa de Regularização Ambiental (PRA). MAIA NETO, Geraldo Azevedo. In Jus Navigandi. Novo Código Florestal: os principais pontos do projeto aprovado pela Câmara dos Deputados, as possíveis alterações no Senado Federal e o poder de veto presidencial. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20023/novo-codigo-florestal-os-principais-pontos-do-projeto-aprovado-pela-camara-dos-deputados-as-possiveis-alteracoes-no-senado-federal-e-o-poder-de-veto-presidencial>, acessado em: 08/11/11.

<sup>18</sup> CARVALHO, Cleide. Desmatamento aumentou 127% em áreas de proteção ambiental nos últimos dez anos. In O Globo, 06/10/2011. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2011/10/06/desmatamento-aumentou-127-em-areas-de-protecao-nos-ultimos-dez-anos-925531398.asp>, acessado em: 08/11/11.

<sup>19</sup> CAMPELLO, Célio da Cunha. Áreas verdes: índices que sustentam a vida. Portal do Ministério Público do Estado de São Paulo. Disponível em:

[http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao\\_urbanismo\\_e\\_meio\\_ambiente/material\\_apoio/mamodelos/mod\\_urbanismo/mod\\_urb\\_pecas/mod\\_urb\\_pecas\\_parecer/ÁREAS-VERDES-ÍNDICES-QUE-SUSTENTAM-A-VIDA.pdf](http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente/material_apoio/mamodelos/mod_urbanismo/mod_urb_pecas/mod_urb_pecas_parecer/ÁREAS-VERDES-ÍNDICES-QUE-SUSTENTAM-A-VIDA.pdf), acessado em: 08/11/11.

Nitidamente, os aspectos técnicos e científicos relativos ao papel das florestas para o equilíbrio ecológico estão sendo ignorados e abafados pelos parlamentares<sup>20</sup> defensores do novo código e do retrocesso que ele representa para a proteção ambiental.

Merece atenção não apenas o texto final aprovado pela Câmara Federal no segundo turno<sup>21</sup>, mas todo o percurso que o texto passou por diversos turnos em ambas as Casas Legislativas e a polêmica e desacordos que ainda gerou nas revisões da Medida Provisória que se tornou necessária devido ao veto da Presidência da República de alguns artigos. Em cada Casa Legislativa e em cada um destes momentos, concessões, pressões e acordos políticos (e não técnicos) possibilitaram construções legais que configuraram retrocessos ambientais.

Neste exemplo em que o próprio Poder Legislativo não consegue realizar consensos sobre o conflito entre direitos e promover uma série de alterações legais que configuram retrocessos ambientais, ou em outras palavras, afrontes a direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, como evitar que outra instância, o Poder Judiciário, não se envolva ou assumam um papel decisivo para a salvaguarda do Estado Democrático de Direito?

Em caráter pioneiro, a decisão do Superior Tribunal de Justiça sob a relatoria do Ministro Antônio Herman Benjamin no Resp. nº 302906/SP trouxe à tona a aplicação do princípio da proibição do retrocesso ambiental em um processo envolvendo questões urbanístico-ambientais:

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E URBANÍSTICO. LOTEAMENTO CITY LAPA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. RESTRIÇÕES URBANÍSTICO-AMBIENTAIS CONVENCIONAIS ESTABELECIDAS PELO LOTEADOR. ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL EM FAVOR DE TERCEIRO, DE NATUREZA PROPTER REM. DESCUMPRIMENTO. PRÉDIO DE NOVE ANDARES, EM ÁREA ONDE SÓ SE ADMITEM RESIDÊNCIAS UNI FAMILIARES. PEDIDO DE DEMOLIÇÃO. VÍCIO DE LEGALIDADE E DE LEGITIMIDADE DO ALVARÁ. IUS VARIANDI ATRIBUÍDO AO MUNICÍPIO. INCIDÊNCIA DO **PRINCÍPIO DA NÃO-REGRESSÃO (OU DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO)** URBANÍSTICO-AMBIENTAL. VIOLAÇÃO AO ART. 26, VII, DA LEI 6.766/79 (LEI LEHMANN), AO ART. 572 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART. 1.299 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002) E À LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. ART. 334, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VOTO-MÉRITO.

[...]

9. A Administração não fica refém dos acordos "egoísticos" firmados pelos loteadores, pois reserva para si um ius variandi, sob cuja égide as restrições urbanístico-ambientais podem ser ampliadas ou, **excepcionalmente, afrouxadas**.

---

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Marina. Cientistas pedem adiamento da votação do novo Código Florestal. In G1, Política, 25/04/11. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/04/cientistas-pedem-adiamento-da-votacao-do-novo-codigo-florestal.html>, acessado em: 08/11/11.

<sup>21</sup> Projeto de Lei 1/876-E/99. Texto integral, disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra.jsessionid=5D26B1190359200D1A49CFB51107409.nod e2?codteor=987261&filename=Tramitacao-PL+1876/1999](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=5D26B1190359200D1A49CFB51107409.nod e2?codteor=987261&filename=Tramitacao-PL+1876/1999), acessado em 3/5/2012.

10. O relaxamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais convencionais, permitido na esteira do *ius variandi* de que é titular o Poder Público, demanda, por ser absolutamente fora do comum, ampla e forte motivação lastreada em clamoroso interesse público, postura incompatível com a submissão do Administrador a necessidades casuísticas de momento, interesses especulativos ou vantagens comerciais dos agentes econômicos.

11. O exercício do *ius variandi*, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao **princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso)**, garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes.

[...]

19. Recurso Especial não provido. (grifo nosso)<sup>22</sup>

Observa-se a tentativa do julgador em estabelecer critérios que permitam identificar os limites a partir dos quais se configura uma regressão, mas principalmente, em estabelecer que a presunção é sempre a de tornar exceção a condição do afrouxo ou retrocesso das leis, de acordo com o *ius variandi* próprio do Poder Público.

Em seu voto, o Ministro Antônio Herman Benjamin ressalta a importância da motivação por parte do Poder Público que permita o afrouxamento da legislação ambiental ou urbanística:

Em linha de princípio – princípio inescapável –, o Estado só está autorizado a flexibilizar restrições urbanístico-ambientais convencionais na **presença de inequívoco interesse público, incapaz de ser atendido por outra via ou mecanismo menos gravoso à coletividade de vizinhos, jamais para satisfazer interesses políticos de momento, contingências eleitorais, arroubos populistas, objetivos imediatistas, ou para se curvar a demandas da febre insaciável da especulação imobiliária.**

Vale dizer, o legislador pode, sim, abrandar as exigências urbanístico-ambientais convencionais. No entanto, ao contrário do amplo poder de intervenção que lhe confere a ordem constitucional e legal vigente para aumentar seu rigor, ao reduzi-lo só poderá fazê-lo em circunstâncias excepcionais e de maneira cabalmente motivada. Essa regra geral, aplicável ao Direito Urbanístico (em sintonia com igual fenômeno no Direito Ambiental), é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades e **submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão destruídos ou negados pela geração atual.**<sup>23</sup> (grifos nossos)

Nesta linha de raciocínio, verifica-se que o direito ao meio ambiente, de natureza reconhecidamente difusa, apresenta uma característica fundamental: a intensa litigiosidade

<sup>22</sup> STJ. REsp 302906 / SP, Recurso Especial 2001/0014094-7, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 26/08/2010, DP 01/12/2010. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), acessado em 25/11/2011.

<sup>23</sup> STJ. REsp 302906 / SP. Op. Cit.

interna. De origem italiana, este conceito foi trazido ao Brasil pelo jurista Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p. 100) De acordo com este autor, quanto aos conflitos que se originam da defesa de interesses ou direitos difusos, “[...] não se trata de controvérsias envolvendo situações jurídicas definidas [...], mas de litígios que têm por causa remota verdadeiras *escolhas políticas*. Ora, neste campo, as alternativas são ilimitadas”.(MANCUSO, 2004, p. 101)

Nesta concepção de escolhas, é possível que questões envolvendo a proteção ambiental sejam revistas e alteradas com frequência, mesmo nos casos mais difíceis e que tenham obtido consagração judicial máxima. O fechamento da Estrada do Colono no Parque Nacional do Iguaçu é um exemplo. Mesmo após décadas de disputa judicial, que culminou com a consagração da decisão da Justiça Federal pelo total fechamento da estrada, inclusive com intervenções da Polícia Federal para conter manifestantes contrários a decisão, o assunto retorna às discussões públicas, amparado por políticos e apoiadores da ideia.<sup>24</sup> Não é de se estranhar que membros do Executivo, de órgãos ambientais e mesmo do Poder Judiciário defendam a reabertura da estrada: há interesses legítimos de parcela da população.

O problema principal torna-se saber se existe de fato um limite, ou critérios que permitam a tomada de uma decisão. Para Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p. 103):

Não se cuidando de *direitos* violados ou ameaçados, mas de interesses (conquanto relevantes), tem-se que nesse nível, todas as posições, por mais contrastantes, parecem sustentáveis. É que nesses casos de interesses difusos não há um *parâmetro jurídico* que permita um julgamento axiológico preliminar sobre a posição ‘certa’ ou ‘errada’.

Esta posição serve de fundamento para a tese de Jeremy Waldron, na medida em que questões polêmicas envolvendo direitos e interesses contrapostos devem ser solucionados pelo método mais democrático existente, qual seja, por meio do sistema representativo majoritário.

Porém, apesar de aparentemente defensável sob o ponto de vista lógico, esta posição também apresenta falhas. Especificamente no contexto da proteção ambiental, o Direito passou a ser balizado por um conjunto normativo de base eminentemente axiológica. Além de

---

<sup>24</sup> Conforme relatado pela mídia, cerca de 400 pessoas participaram no dia 25 de novembro de 2011 da audiência pública realizada na Casa da Cultura de Capanema, no Sudoeste do Paraná, para debater o projeto de Lei do deputado federal Assis do Couto (PT) criando a Estrada-Parque “Caminho do Colono” (Projeto nº 7123/2010), trecho de 17,5 quilômetros que corta o Parque Nacional do Iguaçu e que se encontra sob interdição judicial desde 1986. (FERNANDES, Julio Cesar. Aqui Sudoeste Online. Cidades. Em Capanema, moradores intensificam defesa da estrada-parque. 28/11/2011. Disponível em: <[http://www.aquisudoeste.com.br/CIDADES/em\\_capanema\\_moradores\\_intensificam\\_defesa\\_da\\_estrada\\_parque,9100.html](http://www.aquisudoeste.com.br/CIDADES/em_capanema_moradores_intensificam_defesa_da_estrada_parque,9100.html)> , acessado em 28.11.2011. Outras reportagens sobre a proposta: [http://www.liberalonline.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1262:moradores-reivindicam-criacao-da-estrada-parque-caminho-do-colono&catid=40:politica&Itemid=59](http://www.liberalonline.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1262:moradores-reivindicam-criacao-da-estrada-parque-caminho-do-colono&catid=40:politica&Itemid=59)> e < <http://www.oeco.com.br/maria-tereza-jorge-padua-lista/25460-estrada-do-colono-tesoura-que-parte-iguacu-pela-metade>>.)

informarem valores fundamentais, estas normas também conectam o Direito com outras áreas do conhecimento, tais como a Ecologia, a Biologia e a Ética<sup>25</sup>. E estes valores estão expressos em princípios jurídicos integrados ao texto e a interpretação constitucional.

É justamente a partir de sua base axiológica que o Direito Ambiental apresenta a proibição do retrocesso ambiental como limite ou barreira para a manutenção de propostas ou projetos de reformulação de leis ou parâmetros legais de proteção ambiental. Mesmo encontrando-se legitimidade nas teses dos que defendem a alteração legislativa, por exemplo, a situação dos moradores isolados pelo fechamento da Estrada do Colono no Parque Nacional do Iguaçu, o fato de que a reabertura desta estrada provocará danos irreparáveis para o ecossistema protegido por um sistema federal e constitucional de preservação ambiental, impede o retorno ao *status quo* anterior. Este é um exemplo de retrocesso ambiental, de natureza nociva e indesejável. Este tipo de decisão não pode mais ficar sujeita meramente aos cuidados da discricionariedade política, mas sim de parâmetros técnicos, constitucionais e axiológicos prevalentes. Não se trata de encontrar a posição mais forte, mais numerosa ou mais simpática, mas sim, de fazer prevalecer um pressuposto já identificado pela ciência como necessário à subsistência da vida e do equilíbrio ecológico - ambos valores já consagrados em nossa sociedade como fundamentais.

Quando o retrocesso ambiental estiver joga a questão que se coloca é se uma geração humana possui o direito de impedir a vida com qualidade de outra geração, e de que maneira os mais modernos sistemas democráticos validariam uma decisão desta natureza. A crise ambiental e o princípio da proibição do retrocesso ambiental destroem a máxima intergeracional criada a partir da Revolução Francesa, conforme explica Pietro Costa (2010, p. 248), estabelecendo que cada geração possui o direito de, partindo do zero, reinventar o futuro. Esta noção ficou consagrada na constituição jacobina de 1793 (artigo 28) que prescreve: “uma geração não pode assujeitar às suas leis as gerações futuras”.

Esta é uma das linhas de sustentação da Procuradoria Geral da República nas três ações diretas de inconstitucionalidade (ADINs 4901 - Ministro Luiz Fux, 4902 - Ministra Rosa Weber e 4903 - Ministro Gilmar Mendes) propostas em janeiro de 2013 contra o novo texto do Código Florestal.<sup>26</sup> Mas um dos argumentos centrais das ADINs, em especial a 4902, está no princípio da proibição de retrocesso sócio-ambiental.

---

<sup>25</sup> Vide MORENO, José Luis Serrano. *Ecología y Derecho: principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica*. 2. ed. Granada: Ecorama, 1992.

<sup>26</sup> Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/pgr-questiona-constitucionalidade-do-codigo-florestal>>, acesso em 05/03/2013.

A propositura desta ações, em parte esperada por grande parcela da sociedade brasileira, é um exemplo vivo e recente de um processo democrático ainda vulnerável e imatura no Brasil. Em face da imensa dificuldade do processo deliberativo parlamentar, que se mostrou despreparado e inábil na liderança de grandes debates sobre os desafios ambientais para o desenvolvimento do país, a questão retorna ao Poder Judiciário. A partir destes fatos, reforça-se a figura de um Judiciário que se identifica cada vez mais com a “última palavra” ou a “decisão definitiva e final” sobre quaisquer temas de interesse nacional.

Diante destes fatos o argumento da ausência de democracia na intervenção do Judiciário perde força, pois o que se está de fato aplicando não é uma vontade unilateral de uma maioria de juízes não eleitos, como critica Jeremy Waldron, mas sim valores já consagrados no texto constitucional como prioritários e preponderantes sobre os demais, pois resumem-se a garantir a vida com qualidade. Se o Poder Legislativo não se mostra capaz de preservar estas garantias constitucionais, o sistema de proteção a Constituição Federal deve ser acionado, pois exatamente para isto é que foi concebido.

### **Considerações finais**

Após décadas de avanços normativos, políticos e institucionais, o Direito Ambiental testemunha um período de diversas tentativas de retrocesso ambiental. São revisões e revogações legislativas, decisões administrativas e sustentações judiciais que atentam contra os mais importantes fundamentos da proteção a vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em casos difíceis de conflitos entre direitos e que seja aplicável o princípio da proibição do retrocesso ambiental, verifica-se que o direito brasileiro admite não apenas a revisão judicial de atos legislativos, mas ainda a preponderância da decisão judicial como última palavra.

Diversos autores se voltaram contra esta prática, denominada de *judicial review*, e dentre os quais este artigo destaca o posicionamento de Jeremy Waldron, que apresenta argumentos contrários que abordam o cerne da questão. Seguindo os passos de Waldron, o foco deste trabalho também foi a revisão de atos legislativos, mais especificamente quando constatados retrocessos ambientais.

Considerando a sistemática recente de atuação do Poder Legislativo no Brasil, em especial com a alteração do Código Florestal, verificou-se que o arranjo institucional

brasileiro ainda não consegue atender aos requisitos estabelecidos por Jeremy Waldron para sustentar sua tese contra o *judicial review*.

Mesmo com problemas e desafios, o Judiciário brasileiro ainda se coloca como instância necessária para a defesa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental assegurado pela Constituição Federal.

A atuação do Judiciário, porém, não implica na desvalorização da atuação dos demais poderes, pois a democracia permite o diálogo entre estas instâncias decisórias que podem não apenas se comunicar, mas cooperar para a solução das situações mais difíceis, de acordo com as propostas de Virgílio Afonso da Silva.

Conclui-se ainda que o princípio da proibição do retrocesso ambiental, por si só, não é causa necessária da ocorrência da revisão judicial, nem de seu aumento, pois a revisão decorre do próprio sistema jurídico instalado no Brasil, que prevê uma Corte com poderes constitucionais de revisão.

O que o princípio demonstra, porém, é que a ocorrência de flagrantes retrocessos legislativos provocados pelo Poder Legislativo em desrespeito a princípios e direitos fundamentais ainda exigem um mecanismo judicial de proteção, colocando o Brasil dentre os aspectos excepcionais propostos por Jeremy Waldron.

Em se tratando da continuidade da vida, não é possível confiar a tutela do meio ambiente tão somente aos debates parlamentares, seja porque eles próprios não são democráticos, seja porque não atendem aos objetivos básicos da sua representatividade na defesa das condições que permitem e abrigam a vida em todas as suas formas.

## **Referências**

CANOTIHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, s.d.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; *et al.* *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COSTA, Pietro. Democracia política e Estado constitucional. “in” COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, págs. 241/274.

GARCIA, Júlio César. A multidimensionalidade do bem ambiental e o processo civil coletivo brasileiro. In *Revista de Direito Ambiental*, n. 37. São Paulo: RT, 2004, p. xx-xx.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito Ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NAIM-GESBERT, Éric. *La Science et le Principe de Non-Retour sur l'Acquis Juridique*. In PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo. (org.). *La non régression en droit de l'environnement*. Bruxelas: Bruylant, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade*. In Revista da Faculdade de Direito da UFRGS nº 17, 1999, p. 111-132.

\_\_\_\_\_. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. *Algumas notas a respeito dos direitos fundamentais sociais e a proibição de retrocesso: desafios e perspectivas*. In Cadernos da AMATRA IV, n. 13, coletânea especial dos artigos relativos às palestras apresentadas no XX Encontro Regional da AMATRA, em Buenos Aires, nos dias 11 e 12 de junho de 2009, p. 4. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/cadernos/263-caderno-13?start=3>>, acessado em 15 de dezembro de 2011.

PRIEUR, Michel. *Le Nouveau Principe de "Non Régression" en Droit de L'environnement*. In PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo. (org.). *La non régression en droit de l'environnement*. Bruxelas: Bruylant, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade*. In Revista de Direito Administrativo, n. 250. São Paulo: RT, 2009, p. 197-227.

SOZZO, Gonzalo. *El Principio de No Retroceso en el Campo de la Teoría Jurídica: el Progreso como Perdurabilidad para lãs Generaciones Futuras*. In PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo. (org.). *La non régression en droit de l'environnement*. Bruxelas: Bruylant, 2012.

STJ. REsp 302906 / SP, Recurso Especial 2001/0014094-7, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 26/08/2010, DP 01/12/2010. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), acessado em 25/11/2011.

VASCONCELOS, J. *Democracia Pura: história e atualidade*. 2. ed. São Paulo: Nobel, 2012.

WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. In The Yale Law Journal. v. 115, p. 1346-1406; 2006. Disponível em: <<http://yalelawjournal.org/the-yale-law-journal/content/pages/the-core-of-the-case-against-judicial-review/>>, acesso em: 01/09/2012.