

Organizadores
Luciano Tourinho
Sílvia Teixeira do Vale

TEMAS AVANÇADOS DE DIREITOS HUMANOS

Autores

Alexandre Oheb Sion
Ana Rita Nascimento Cabral
Bruno André Silva Ribeiro
Carlos Eduardo Figueiredo
Diogo Tadeu Dal Agnol
Fabio Túlio Correia Ribeiro
Fernando de Paula Gomes Ferreira
Fernando Frederico de Almeida Júnior
Henrique Costa Cavalcante
Kleidson Nascimento dos Santos
Lier Pires Ferreira
Luciano Tourinho
Lucyléa Gonçalves França
Luiz de França Belchior Silva
Maria Adriana da S. Torres
Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino
Maria José Carvalho de Sousa Milhomem
Marcelo Jabour Rios
Paloma Gurgel de Oliveira Cerqueira
Sílvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale
Tarcísio Germano de Lemos Filho
Ynes da Silva Félix

tirant
lo blanch

ESTUDOS EM HOMENAGEM À PROFESSORA MARIA ESTHER
MARTÍNEZ QUINTEIRO

Luciano Tourinho
Sílvia Teixeira do Vale

TEMAS AVANÇADOS DE DIREITOS HUMANOS

ESTUDOS EM HOMENAGEM À PROFESSORA MARÍA
ESTHER MARTÍNEZ QUINTEIRO



tirant
lo blanch

São Paulo
2020

Luciano Tourinho
Sílvia Teixeira do Vale

Alexandre Oheb Sion
OAB/RJ 108.153
OAB/MG 127.470
OAB/SP 396.906

TEMAS AVANÇADOS DE DIREITOS HUMANOS

ESTUDOS EM HOMENAGEM À PROFESSORA MARÍA
ESTHER MARTÍNEZ QUINTEIRO

Autores

Alexandre Oheb Sion
Ana Rita Nascimento Cabral
Bruno André Silva Ribeiro
Carlos Eduardo Figueiredo
Diogo Tadeu Dal Agnol
Fabio Túlio Correia Ribeiro
Fernando de Paula Gomes Ferreira
Fernando Frederico de Almeida Júnior
Henrique Costa Cavalcante
Kleidson Nascimento dos Santos
Lier Pires Ferreira
Luciano Tourinho
Lucyléa Gonçalves França
Luiz de França Belchior Silva
Maria Adriana da S. Torres
María da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino
Maria José Carvalho de Sousa Milhomem
Marcelo Jabour Rios
Paloma Gurgel de Oliveira Cerqueira
Sílvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale
Tarcísio Germano de Lemos Filho
Ynes da Silva Félix



tirant
lo blanch

São Paulo
2020

SUMÁRIO

Apresentação.....	7
Considerações Sobre o Princípio da Vedação ao Retrocesso Ambiental e Social: Limites, Parâmetros e Aplicação.....	9
O Estado Moderno Fiscal e as Intervenções Decoloniais: Uma Reflexão Para os Direitos Humanos	27
A Precarização dos Direitos Sociais das Mulheres Encarceradas em uma Perspectiva Comparada Brasil-Espanha: Um Olhar Sobre a Fé Menor.....	49
Efetividade se Instrumento se Soft Law no Combate à Violação de Direitos Humanos no Sistema Carcerário	71
A Tributação Sobre a Renda da Pessoa Física e seu Mecanismo de Consolidação dos Direitos a Saúde e Educação na Formação do Estado Social...	95
Os Direitos Sociais Como Direitos Humanos e a Necessária Proteção aos Trabalhadores “Malditos” do Mercado Sombrio do Sexo: A Urgência de um Novo Olhar da Jurisprudência Trabalhista do Brasil.....	115
O Princípio Anticorrupção e o seu Fundamento Constitucional na Dignidade da Pessoa Humana – Uma Proteção aos Direitos Sociais	151
O Direito à Habitação das Pessoas LGBTI+ e a Aplicação dos Princípios de Yogyakarta no Brasil	163
A Emenda Constitucional 95 e a Suspensão do Estado de Bem-Estar Social na Constituição Brasileira de 1988.....	189
O Direito à Cidade e as Políticas Urbanas Como Expressões dos Direitos Humanos de Segunda Geração.....	209
Future-se: Uma Restrição à Autonomia dos Institutos e Universidades Federais no Brasil?	225
Crises Migratórias Contemporâneas e o Cenário de Inefetividade de Direitos Sociais Decorrente do Discurso de Qualificação dos Migrantes e Refugiados Como Inimigos	247
A Situação das Mulheres na Administração Pública Brasileira: Uma Aproximação ao Discurso de Gênero	285

O Acesso à Justiça e a Morosidade do Processo Judicial no Brasil: Uma Análise à Luz das Estatísticas e seus Impactos para os Direitos Sociais	295
O Papel da Extrafiscalidade na Efetivação dos Direitos Fundamentais dos Cidadãos na República Federativa do Brasil	315
Prisão e Mulheres: Maternidade e Proteção à Infância	331
O Controle de Convencionalidade em Matéria de Direitos Humanos na Perspectiva do Direito Brasileiro e Espanhol	355
Acesso à Justiça Como Garantia Fundamental para a Efetividade dos Direitos Sociais no Brasil.....	375
Direito Humano e Fundamental à Saúde nos Presídios Federais e as Estatísticas de Saúde Mental no Sistema Carcerário do Brasil: Uma Análise à Luz das Convenções Internacionais.....	391
Direitos Fundamentais dos Trabalhadores nas Empresas de Tendência	409
Agenda 2030: A Legitimação Concorrente e a Livre Circulação de Sentenças Estrangeiras para Efeitos Reparatórios, no Contexto da Atividade Econômica Transnacional	429
Liberdade Sindical no Brasil: (In)Justificada não Ratificação da Convenção 87 da OIT	449

APRESENTAÇÃO

Poderíamos iniciar a apresentação dessa obra por meio de palavras técnicas e, como fazem os autores cujas vozes ecoam alto, preparando o leitor para o conhecimento que será compartilhado nas páginas que se seguem. Poderíamos, inclusive, mencionar juristas que fizeram história. Todavia, optamos por seguir por um outro caminho. Iniciaremos nossa trajetória por nossa identidade, abordando temas que nos parecem tão caros, mas de uma forma suave e, mesmo correndo o risco de sermos paradoxais, com uma intensidade vívida.

No dia 02 de julho de 2018, encontramos-nos em um lugar ímpar. Fomos agraciados pela oportunidade de conhecer pessoas tão singulares em suas essências, de forma tal que mudamos nossas histórias. A cada dia, o sol de Salamanca nascia como se estivesse pronto a nos esperar para mais uma jornada. E foi essa estrela que nos conduziu durante um curto espaço de tempo, durante nossas aulas do Pós-doutorado em Direitos Humanos, deixando-nos nas calles dessa cidade que nos fez viver uma história... a melhor história.

Desconhecidos passaram a fazer parte da nossa vida e, pouco a pouco, foram protagonizando páginas de um livro que ali começou a ser desenhado, como se repetisse as linhas perpendiculares que se encontravam na Plaza Mayor daquela cidade castelhana. Dos risos às mais sutis lições de vida, aprendemos muito mais do que as lições dos grandes mestres. Reencontramos uma essência e, sobretudo, o que é mais precioso para todos nós: o dom de respeitar, viver com as diferenças e, assim, comemorar todos os nossos encontros. Talvez, em nossas agendas particulares, o tempo seja um tanto quanto ingrato e não nos permita outras oportunidades como aquelas. Talvez seja generoso e nos permita, em nossa infinitude, sermos eternos.

Antístenes nos ensinou que a gratidão é a memória que vem do coração. É o nosso coração se recordará, a cada instante, de como fomos recebidos pela professora María Esther Martínez Quinteiro, com um brilho no olhar, ricas palavras e um conhecimento inimaginável. O tempo que nos foi oportunizado em sua presença foram tão intensos quanto a magia que exala dos livros da Biblioteca de Salamanca, razão que nos impulsionou a escrever essa obra em sua homenagem.

Podemos ter sido almas viajantes e por ali nos encontramos em outros séculos, como partículas de poeira dessa existência. A Força que move o Universo

resolveu, por bondade peculiar, reunir-nos mais uma vez. Assim nasceu esta obra: um reencontro de histórias e propósitos, de sonhos e expectativas. O conjunto de textos desenhados nas páginas que se seguem promove um debate atual acerca dos direitos humanos e suas interfaces no mundo contemporâneo, evidenciando um objetivo primordial de despertar a atenção para a necessidade de reconhecimento dos direitos essenciais à realização da dignidade humana.

Nosso compromisso com uma apresentação que se afasta do tecnicismo típico das letras jurídicas conduz o leitor à autonomia nas descobertas das próximas páginas. Uma advertência, no entanto, deve ser compartilhada: será necessário desconstruir conceitos e dogmas, para que se possa estar envolvido com temas delicados, inquietadores e cujo debate se faz urgente.

Por ora, deixemo-nos ser levados pelas palavras de Fernando Pessoa que, ao descrever as incertezas que estão para além da curva da estrada, lembrou-nos que “de nada me serviria estar olhando para outro lado e para aquilo que não vejo... importemo-nos apenas com o lugar onde estamos...há beleza bastante em estar aqui e não noutra parte qualquer...” Talvez, ao final dessa estrada, construiremos um novo castelo.

Sílvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale

Luciano de Oliveira Souza Tourinho

Aeroporto de Campinas - São Paulo
São Miguel do Gostoso - Rio Grande do Norte
Outono de 2019

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO AMBIENTAL E SOCIAL: LIMITES, PARÂMETROS E APLICAÇÃO

Alexandre Oheb Sion¹

1. INTRODUÇÃO

Com o advento global dos Estados de Direito e a posição central dos Direitos Fundamentais nesse cenário, a garantia da vedação ao retrocesso social e ambiental tem sido tema de importantes debates nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial em diversos Estados nacionais. Nesse sentido, inclusive, percebe-se a presença do princípio em diversos ordenamentos, com diferentes nomenclaturas, tais como *effet cliquet* (França), *standstill clause* (Sistemas de *common law* de países anglo-saxônicos), *soziales Ruckschirttsverbot* (Alemanha), *prohibición de regresividad* (Espanha).

Inicialmente proposto como um instrumento de controle dos atos do Poder Público (aqui entendidos os 3 Poderes) para a garantia de direitos sociais e intrinsecamente relacionado às noções da segurança jurídica e seus respectivos desdobramentos, a referida cláusula de não retrocesso gradativamente estendeu-se à totalidade dos Direitos Fundamentais constitucionalmente garantidos, sempre tendo como norte a garantia à dignidade humana.

Com o reconhecimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado como Direito Fundamental interligado à dignidade humana e à saúde, não tardou a discussão acerca da vedação ao retrocesso social passar a englobar também a esfera ambiental, de tal modo que logo se cunhou o termo vedação ao retrocesso socioambiental.

Entretanto, subsistem calorosos debates e várias críticas à forma como esse

¹ Sócio-fundador da Sion Advogados. Pós-doutorando em Direito pela Universidade de Salamanca na Espanha. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal (créditos concluídos). Mestre em Direito Internacional Comercial (LL.M) pela Universidade da Califórnia, Estados Unidos. Especialista em Direito Constitucional. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil (FGV). Advogado com formação em Direito e Administração de Empresas. Vice-Presidente nacional da União Brasileira da Advocacia Ambiental – UBAA. Consultor da Comissão Nacional de Direito Ambiental da OAB – Conselho Federal (até 12/2018). Presidente da Comissão de Direito de Infraestrutura da OAB/MG desde 2013. Membro de diversas Comissões da OAB, nas Seccionais de SP, RJ e MG. Professor convidado da PUC/MG, PUC/RS, IDP/SP, Escola da Magistratura do Maranhão – ESMAN, Escola Judicial do Amapá – EJAP; CAD/MG e Instituto Minere.

princípio tem sido aplicado e aos limites delineados para sua aplicação.

Tendo isso em conta, sem pretensão de esgotar o tema, será avaliada, de forma objetiva e com base na análise doutrinária e jurisprudencial, a natureza, alcance e âmbito de aplicação do referido princípio, sendo por fim propostos alguns parâmetros de forma a contribuir na efetiva aplicação do princípio de forma ponderada e adequada aos preceitos do Estado Democrático de Direito, garantindo a tutela efetiva do núcleo essencial dos Direitos Fundamentais sem o desnecessário engessamento da atividade legislativa e com o respeito à premissa constitucional da Separação dos Poderes.

2. O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Segundo defende o professor Michel Prieur, a vedação ao retrocesso pode ser inferida expressamente de tratados internacionais tais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Protocolo de São Salvador, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“PIDESC”) e a Convenção Americana dos Direitos do Homem (“CADH”).² É de se notar que, especialmente nesses dois últimos tratados, estruturam-se as bases do chamado princípio da progressividade – princípio correlacionado ao da vedação ao retrocesso – que implica no comprometimento dos Estados Nacionais em adotar providências para garantia progressiva da efetividade dos direitos fundamentais.³

Priscilia SPARAPANI, em tese de doutorado citada por Toshio MUKAI, expõe que o desenvolvimento do princípio da vedação ao retrocesso social iniciou-se e tem grande destaque em países europeus como Portugal, Alemanha e Itália, que influenciaram de forma significativa o desenvolvimento e incorporação do princípio pela doutrina e jurisprudência brasileira.

A autora esclarece que a Constituição Alemã elaborou o princípio da vedação ao retrocesso social a partir da garantia fundamental da propriedade (art.

2 PRIEUR, Michel. Princípio do Retrocesso Ambiental. Em: Colóquio sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental. Trad. José Antônio Tietzmann. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Senado Federal. Brasília-DF. p.20-22

3 CADH, art. 26: Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. PIDESC, art. 2º, item 1: Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

14 da Lei Fundamental de BONN) e teve seus contornos definidos com grande contribuição do Tribunal Constitucional Federal. Já na Itália, o princípio teria sido cunhado por Giorgio Balladore Pallieri, que, com base na interpretação da constituição italiana, propõe existirem limites – não absolutos, evidentemente – na atividade concreta do legislador sobre os direitos individuais. Em Portugal, influenciado pelo pensamento italiano, o desenvolvimento do princípio em comento tem como expoente o professor Canotilho e teve grande repercussão na Corte Superior Portuguesa. Por fim, Sparapani defende que no Brasil, influenciado por todos os pensamentos anteriores, o princípio foi introduzido pelo professor doutor José Afonso da Silva.⁴

Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, seguindo o entendimento majoritário da doutrina nacional e internacional, conceituam a garantia da vedação ao retrocesso como um princípio constitucional implícito, intrinsecamente relacionado aos fundamentos do Estado Democrático, do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, do princípio da segurança jurídica e seus desdobramentos.⁵

Em consonância ao defendido por Sparapani⁶, é possível subdividir os seguintes fundamentos constitucionais do princípio da vedação ao retrocesso social no Brasil: a) O extenso catálogo de direitos fundamentais progressivamente instituídos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CFRB/88 (CFRB/88, arts. 5º, §2º e art. 7º, *caput*); b) os objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil (CFRB/88, arts. 1º e 3º); d) a inafastabilidade dos direitos fundamentais; e) a previsão nos tratados internacionais de Direitos Humanos aderidos pelo Brasil (CFRB/88, art. 5º, §3º). De todos esses, o fator fundamental do princípio da vedação ao retrocesso reside justamente no valor maior do Estado Democrático de Direito, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, III da CFRB/88.

Em termos de estrutura, sempre atual são as palavras do professor Canotilho, *in verbis*:

O Princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: **o núcleo**

4 SPARAPANI *apud* MUKAI, Toshio. Direito Ambiental Sistematizado. 10ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. Pp. 64-68.

5 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. Em: MILARÉ, Edis. MACHADO, Paulo Afonso Leme (Coord.). Direito Ambiental: Fundamentos do Direito Ambiental (Coleção Doutrinas Essenciais; v.1). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

6 SPARAPANI *apud* MUKAI, Toshio, *ob.cit.*

essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através das medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, **sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial (...).** A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como **limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade humana”** (Grifo nosso).⁷

Nesta linha, Romeu Thomé disserta que a proibição ao retrocesso deve atuar, em termos gerais, como uma garantia constitucional do cidadão contra a ação do Poder Público no intuito de salvaguarda dos Direitos Fundamentais constitucionalmente garantidos.⁸

Não obstante, parece-nos que o objetivo da dita garantia à vedação ao retrocesso social esteja alicerçado na consecução dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos, da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos em relação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais construídos. Em suma, busca-se assegurar o núcleo essencial dos direitos fundamentais por meio do controle de atos que venham a provocar a sua supressão.

Vale ressaltar que no âmbito da CFRB/88, encontra-se expressa a cláusula de vedação a emendas tendentes a abolir direitos e garantias individuais (art. 60, §4º). Os direitos humanos e os direitos fundamentais são dotados com a característica de indivisibilidade, de forma que os direitos de liberdade – direitos e garantias individuais – não podem ser interpretados separadamente dos direitos de igualdade (direitos econômicos, sociais e culturais), aos quais estão visceralmente ligados. Por conseguinte, a cláusula descrita no art. 60, §4º da Constituição Federal deve, por óbvio, se estender a todos os direitos fundamentais constituídos.

Acompanhamos a conclusão de Sarlet e Fensterseifer, no sentido de que a proibição de retrocesso atua, em termos gerais, como uma garantia constitucional do cidadão contra a ação do legislador (mas também em face da Administração Pública), no intuito de salvaguardar os seus direitos fundamentais consagrados pela constituição.⁹ Ou seja, a vedação ao retrocesso pressupõe uma limitação da liberdade de conformação do Poder Público (Legislativo, Executivo e Judiciário)

7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Editora Almenida. 2003, p. 339-340

8 SILVA, Romeu Thomé. *Manual de Direito Ambiental*. 9ª Ed. rev. atual e ampl. Salvador: JusPODIVM. 2019. p. 85

9 SARLET; FENSTERSEIFER; ob. cit. p. 879.

de forma a resguardar o cidadão contra a supressão do núcleo essencial dos direitos sociais, estendido aqui a todos os Direitos Fundamentais do catálogo (art. 5º da CRFB/88), por força da característica de indivisibilidade que une tais direitos.

3. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO AMBIENTAL

Conforme visto, Fensterseifer e Sarlet¹⁰ sustentam a possibilidade de ampliação da incidência do instituto da proibição de retrocesso para o universo dos direitos fundamentais como um todo, abarcando, portanto, o Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, que, no âmbito internacional, vem sendo construído desde a década de 70, no cenário de crescente preocupação ambiental que culminou com a Declaração de Estocolmo de 1972 e a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, como princípio com *status* de Direito Fundamental.

Assim, sustentam os supracitados autores que o princípio da proibição de retrocesso ambiental (ou socioambiental) seria concebido no sentido de que a tutela normativa ambiental deve operar de forma a garantir e ampliar progressivamente a qualidade de vida existente hoje para a fruição das futuras gerações.¹¹

Com efeito, ao discorrer sobre o princípio da vedação ao retrocesso, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça “STJ” do Brasil, Herman Benjamim, citado por Édis Milaré, defende que o princípio da proibição ao retrocesso transborda dos direitos humanos e sociais para o Direito Ambiental, sendo um princípio jurídico que veda ao legislador suprimir, pura e simplesmente, a concretização da norma que trate do núcleo essencial de um direito fundamental. Ou seja, é o princípio que veda a supressão do núcleo duro do Direito Fundamental ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, consubstanciado, no Brasil, pelo art. 225 da CFRB/88¹²¹³.

Por conseguinte, conforme será melhor demonstrado no decorrer do presente trabalho, a garantia (ou princípio) da vedação ao retrocesso em matéria

¹⁰ *Ibidem*, 882.

¹¹ No tocante à proteção ambiental, percebe-se expressamente prevista na Lei de Bases do Ambiente (Lei nº. 11/87) de Portugal a cláusula de melhoria progressiva na qualidade do meio ambiente.

¹² BENJAMIN *apud* MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*, 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p.2.80. Importante notar que o Ministro adota posicionamento contrário em sua atuação no STJ, onde defende que qualquer diminuição no nível de proteção ambiental já seria vedado pelo princípio da vedação ao retrocesso, com o que, *data maxima venia*, não concordamos.

¹³ Importante destacar que ainda que parte da doutrina (nesse sentido, vide Romeu THOMÉ e Germana Parente BELCHIOR) entenda que o princípio da vedação ao retrocesso vede o recuo nos níveis de proteção ambientais vigentes, entendemos que não seja essa a melhor forma de interpretação do princípio. Conforme será demonstrado nesse trabalho, entendemos, apoiados em vasta doutrina e jurisprudência, que o princípio em tela veda, na realidade, tão somente a aniquilação do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

ambiental busca assegurar o núcleo essencial do Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado - no Brasil compreendido no art. 225 da CFRB/88 – impedindo, portanto, a ocorrência de atos do Poder Público (compreendidos os atos normativos, administrativos e judiciais) que venham a provocar a supressão em seus níveis de efetividade.¹⁴ De tal modo, entendemos que a nomenclatura mais adequada ao referido princípio deve ser princípio da vedação à **exclusão** de direitos fundamentais.

Nesse interim, Andreas Krell, citado por Germana Parente Belchior, é preciso ao afirmar que o princípio da vedação ao retrocesso ambiental implica a “proteção do núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente e dos demais que estão em jogo”¹⁵.

Conclui-se que o princípio da vedação ao retrocesso ambiental encontra-se dentro da moldura estabelecida pelo princípio da vedação ao retrocesso social, que se estende a todos os Direitos Fundamentais, possuindo, portanto, o mesmo alcance, limites e parâmetros de aplicação.

4. PARÂMETROS E LIMITES PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Conforme bem denotam Sarlet e Fensterseifer, o ponto de maior discussão quanto ao princípio da vedação ao retrocesso no âmbito dos direitos sociais e ambiental – no Brasil e em outros países - não é o reconhecimento do princípio ou da garantia em si, que parecem ter a aceitação de maior parte da doutrina e jurisprudência especializada¹⁶, mas aparenta residir justamente em sua forma de aplicação, ou seja, na esfera dos critérios para aferição da inconstitucionalidade de normas, atos ou decisões que supostamente pressuponham retrocesso nas referidas garantias fundamentais.

Entretanto, no âmbito da discussão quanto à aplicação do princípio da vedação ao retrocesso, subsistem diversas críticas. Dentre essas, destacam-se: 1) “Principialização” do Direito; 2) Esvaziamento/engessamento exarcebado da atividade legislativa e administrativa; 3) Enrijecimento do Direito; 4) Violação da Separação dos Poderes 5) Prevalência de decisões baseadas em ideologias; 6) Con-

14 Referido princípio encontra-se previsto expressamente no ordenamento jurídico português.

15 KRELL *apud* BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Hermenêutica Jurídica Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 227.

16 Nesse sentido, destacam-se na doutrina brasileira autores como Ingo Wolfgang SARLET; Tiago FENSTERSEIFER, Édis MILARÉ; Toshio MUKAI; Luís Roberto BARROSO; Romeu THOME, José Afonso da SILVA, Ana Paula de BARCELLOS, dentre tantos outros. Na doutrina internacional, destacam-se José Gomes CANOTILHO, Jorge MIRANDA, Cristina QUEIROZ, Michel PRIEUR, Giorgio PALLIERI etc.

figuração indevida do princípio da vedação ao retrocesso como cláusula geral, aberta e indeterminada; dentre outras.

Nesse sentido, o referido princípio tem recebido grande destaque no judiciário brasileiro e também de outros países, tais como Portugal¹⁷ e Alemanha. No cenário brasileiro talvez o mais emblemático caso centrado na vedação ao retrocesso ambiental tenha sido o das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº. 4.901, 4.902 e 4.903, pelas quais pretendia-se a declaração de inconstitucionalidade de diversos artigos da Lei Federal nº. 12.651/2012 (“Novo Código Florestal”), que substituiu a Lei Federal nº. 4.771/65, e que, no entender da Procuradoria-Geral da República, configuraria retrocesso em matéria ambiental pela diminuição do grau de proteção ao meio ambiente. No julgamento do caso, a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal – STF decidiram pela constitucionalidade da maior parte dos artigos da nova Lei e pela interpretação ponderada do princípio da vedação ao retrocesso ambiental, privilegiando a escolha do Poder Legislativo¹⁸.

Entretanto, continuam a se multiplicar os casos em que são ajuizadas e julgadas ações com base na vedação do retrocesso socioambiental. Nesse viés, partindo da premissa do reconhecimento da vedação ao retrocesso como princípio constitucional implícito, é urgente construir/reforçar parâmetros para a efetiva aplicação desse importante princípio de forma a lhe garantir real eficácia jurídica e a sua correta e efetiva aplicação enquanto instrumento de controle de atos do Poder Público que atentem de forma inadmissível contra a fruição dos direitos fundamentais, dentre esses incluído o moderno Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado.¹⁹

4.1 A NECESSÁRIA EXEGESE DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO VINCULADA À PRESERVAÇÃO AO “NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS” FUNDAMENTAIS

O primeiro e principal parâmetro a ser considerado quando da aplicação

17 PORTUGAL, Tribunal Constitucional. Acórdão 509/2002.

18 Supremo Tribunal Federal. ADC 42/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário. Dju 28/02/2018. Dje. 12/08/2019.

19 Em recente participação em Audiência Pública convocada pelo Deputado Federal brasileiro Rodrigo Agostinho e realizada em Brasília/BR no dia 22.05.2019, o professor Leonardo Papp, enquanto Consultor Ambiental do Sistema de Organização das Cooperativas do Brasil, brevemente propôs quatro parâmetros para a aplicação da vedação ao retrocesso, quais sejam: 1º) O princípio da vedação ao retrocesso deve ser aplicado seguindo sua natureza de Princípio, e não como regra; 2º) O princípio da vedação ao retrocesso deve ser aplicado de forma aritmética; 3º) A avaliação do suposto retrocesso de determinada norma/ato/decisão não deve ser analisada de maneira meramente formal; 4º) não se deve aplicar o princípio da vedação ao retrocesso com base em dispositivos isolados, devendo ser considerado o ordenamento como um todo. A fala do ilustre colega pode ser acessada em: <https://youtu.be/1oz4qNX1ifY?t=4649>.

do princípio da vedação ao retrocesso, em qualquer dos seus âmbitos, é a delimitação de em qual momento uma norma/ato/decisão do Poder Público se configura como “retrocesso”.

Nesse sentido, Eduardo Fortunato BIM é feliz ao sustentar que o que se veda no âmbito da aplicação do princípio da vedação ao retrocesso “é a aniquilação do direito, a sua supressão, a negativa de um mínimo existencial, e não a sua calibração de acordo com os valores adotados pela legislação”²⁰.

Nessa senda, oportunamente destacam Sarlet e Fensterseifer ser o núcleo essencial dos Direitos Sociais o que vincula o Poder Público no âmbito de uma proteção contra o retrocesso e que, portanto, representa aquilo que efetivamente se encontra protegido.²¹ Da mesma forma é o entendimento de Canotilho²², já destacado nesse trabalho.

Ademais, imperioso colacionar manifestação do professor português Jorge Pereira da Silva, que conclui:

O princípio em questão também não proíbe propriamente o retrocesso em matéria de leis ordinárias concretizadoras sobre direitos sociais – ou sobre outras matérias, pelo que também o termo ‘retrocesso’ não se afigura certo. De facto, **a proibição em causa consiste tão somente em impedir a ‘eliminação’ daquilo que é caracterizado como o ‘conteúdo essencial’ dos direitos sociais – o mesmo valendo para outros direitos ou institutos como esteio constitucional -, tal como regulados pelo direito ordinário. Assim, por exemplo, pode haver lugar o retrocesso em matéria de direitos sociais, contanto que fique incólume o cerne das posições jurídicas e das estruturas concretizadoras dos princípios do Estado Social.**²³

Entendemos que a interpretação adequada, como defendida até aqui, seja no sentido de que o retrocesso vedado pelo princípio é aquele que venha a eliminar o núcleo essencial do direito fundamental sem que haja medida substitutiva proporcional.

Nesse sentido, oportuna a defesa do Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil (“STF”), Luís Roberto Barroso, *in verbis*:

O que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação das normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito.

20 BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento Ambiental*. 4ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 287.

21 SARLET e FENSTERSEIFER, ob cit., p. 888.

22 CANOTILHO, José Joaquim Gomes, ob. cit. p. 339-340.

23 SILVA *apud* MUKAI, Toshio, op cit, p.67.

deixando um vazio em seu lugar. Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada. **A questão que se põe é a da revogação pura e simples da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente.**²⁴ (grifamos).

Posto isso, a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso, em qualquer de seus âmbitos, não deve estar pautada subjetivamente em termos ideológicos ou como simples discordância com a decisão tomada pelo Legislativo, devendo ser objetivamente demonstrada a aniquilação do núcleo essencial do direito fundamental atingido. Caso contrário, o princípio da vedação do retrocesso ambiental restringiria de tal modo a atividade legislativa ao ponto de que “inviabilizaria as opções democráticas do legislador para regular a vida em sociedade, para além de sua notória subjetividade”.²⁵

Por conseguinte, parece-nos evidente que o princípio da vedação ao retrocesso não se reveste de caráter absoluto, assim como nenhum direito o é, não podendo, destarte, funcionar como cláusula geral, aberta e indeterminada, sob pena de engessamento e aniquilação da atividade legislativa. Não se pode tolerar, em um Estado Democrático de Direito, o risco do uso de princípios com discurso pretensamente jurídico visando maquiara somente uma discordância política ou técnica sobre a decisão do Poder Legislativo, que teve seus membros legitimamente eleitos para exercerem tal função.

Toma-se como baliza o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no supracitado julgamento da ADC nº. 42 e das ADIs nº. 4.901, 4.902 e 4.903. Em seu posicionamento, o ministro votou pela constitucionalidade de todos os artigos da Lei Federal nº. 12.651/2012, destacando que a ideia da proibição ao retrocesso é pouco mais do que a ideia do núcleo essencial e que é a proteção de direito fundamental que não pode ser eliminada, conforme pode ser inferido pelo art. 60, §4º, IV da CFRB/88²⁶, que proíbe as Emendas Constitucionais que possam abolir direitos fundamentais.²⁷

Nessa rota, o Ministro, baseando-se em renomados autores nacionais e estrangeiros, destacou não entender ser possível que o princípio da vedação ao retrocesso seja acolhido de forma genérica, sustentando de forma efusiva que o

24 BAROSSO *apud* MILARÉ, op. cit. p. 280.

25 BIM, ob. cit. p. 288.

26 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais. (Grifos nossos).

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº. 42. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº. 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937. Relator: Min. Luiz Fux. Pleno. Dju. 28.02.2018. Dje. 12.08.2019.

Poder Público goza de liberdade conformativa desses direitos, podendo revê-los, e que a interpretação da Constituição não poderia levar à destruição da autonomia do legislador, devido à separação dos poderes, de forma que o reconhecimento do referido princípio não pode resultar numa vedação absoluta de qualquer medida que tenha como objeto a promoção de ajustes e eventualmente até mesmo de alguma redução ou flexibilização em matéria de segurança social onde realmente estiverem presentes os pressupostos para tanto.²⁸

Consequentemente, alerta que é preciso compreender que o princípio da vedação visa tão somente a inviolabilidade do núcleo essencial dos Direitos Fundamentais envolvidos, não significando, de modo algum, que não possa haver alterações nos níveis de tutela jurídica fundamental de determinados sujeitos ou bens jurídicos²⁹.

Utilizando como exemplo o próprio Direito Fundamental ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, o Ministro muito corretamente destaca que a própria CFRB/88, por meio do seu art. 225, §1º, III³⁰, permite a alteração de níveis de tutela ambiental, visto que dispõe sobre a possibilidade de redução ou supressão de espaços ambientais protegidos, desde que por lei³¹. Conclui o Ministro não ser possível afirmar que seja inconstitucional a variação de níveis de proteção ambiental desde que resguardado o núcleo duro do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado³².

No mesmo sentido, o ministro Luiz Fux, no seu voto exarado durante o mesmo julgamento, expõe que a revisão judicial de medida regulatória, em especial àquelas editadas pelo Poder Legislativo democrático, “não pode ocorrer pela singela e arbitrária invocação de um suposto ‘retrocesso’ na defesa do meio ambiente”³³.

O Ministro Fux enfatiza que “entender como ‘vedação ao retrocesso’ qualquer tipo de reforma legislativa ou administrativa que possa causar decréscimo na satisfação de um dado valor constitucional seria ignorar um elemento básico da

28 *Ibidem*

29 *Ibidem*

30 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:(...) III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Grifamos).

31 A respeito, vide art. 225, § 1º, III da CRFB/88.

32 BRASIL, ob. cit.

33 *Ibidem*

realidade: a escassez”, concluindo que o engessamento das possibilidades de escolhas do Poder Público na formulação de políticas públicas, de forma a impedir a redistribuição de recursos disponíveis entre as diversas finalidades carentes de satisfação na sociedade em nome de uma suposta violação ao retrocesso “viola o núcleo básico do princípio democrático e transfere indevidamente ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo”. Conclusão essa compartilhada pela maioria dos ministros do STF.³⁴

Pelo exposto, conforme defendemos alhures, entendemos que a nomenclatura mais adequada ao referido princípio deveria ser princípio da vedação à **exclusão** de direitos fundamentais, visto que o foco do princípio é justamente esse, evitar o ato/norma/decisão que provoque indubitável exclusão do núcleo essencial do direito fundamental atingido. Nesse viés, o Judiciário deve agir somente em casos excepcionalíssimos, devendo seus membros, em regra, optar pela autocontenção e pelo respeito ao princípio democrático e à separação dos Poderes.

Por fim, concluindo quanto à importância desse parâmetro, importante recortar algumas das pertinentes palavras relatadas pelo eminente Des. Ricardo Teixeira do Valle Pereira, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (BRASIL) que, no julgamento da Apelação Civil nº 5011059-30.2010.4.04.7200/SC, em 30.05.2017, indicou as balizas para a utilização da proibição do retrocesso em matéria ambiental:

[...] A utilização do princípio da vedação ao retrocesso para controlar a atuação do legislativo em matéria ambiental, conquanto possível, deve ser feita cum granum salis, pois dela não se pode extrair a simplista conclusão de que qualquer alteração que implique diminuição de restrições estabelecidas em lei para a proteção ambiental seja automaticamente inconstitucional, sob pena de completa estratificação do sistema e, mais do que isso, inviabilização da atuação legislativa, mesmo que eventualmente necessária pra disciplinar questões advenientes. A utilização do princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental, assim, deve ser reservada a situações nas quais o núcleo do direito fundamental esteja claramente sendo violado com a inovação legislativa, a caracterizar situação de manifesta proteção insuficiente de interesse que goza de especial tutela por parte do sistema jurídico. Em um ambiente em que as relações e processos se apresentam multifacetados, complexos e marcados por certa volatilidade – a propósito inerente à evolução –, o congelamento de marcos deve ser feito com cautela, pois o que hoje se considera protetivo ao interesse tutelado pela norma, amanhã poderá assim não mais ser reputado, mesmo porque os conceitos se alteram e a proteção em uma visão holística pode até acarretar, se estritamente necessário, inclusive em matéria ambiental, impacto, e até sacrifício, de parcelas do todo.³⁵

34 *Ibidem.*

35 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5011059-30.2010.4.04.7200/SC, 3ª Tur-

4.2 ENQUANTO PRINCÍPIO JURÍDICO, A VEDAÇÃO AO RETROCESSO VINCULA-SE À REGRA DA PONDERAÇÃO DE VALORES E AO RESPEITO À SEPARAÇÃO DOS PODERES E À OPÇÃO DO LEGISLADOR.

Considerando, por exemplo, a aplicação do princípio da proibição do retrocesso na esfera ambiental, Eduardo Fortunato BIM traz importantes reflexões, lembrando que “não apenas o meio ambiente está presente na legislação ou nas decisões estatais. Livre-iniciativa, direito à saúde, à vida, ao desenvolvimento, são apenas alguns dos direitos fundamentais envolvidos quando se lida com o Direito Ambiental.”³⁶ Dessa forma, considerando todo o catálogo de direitos fundamentais assegurados pelas constituições modernas, em especial a brasileira, eventual norma/ato/decisão considerado como retrocesso sob a ótica de um direito, pode ser considerada como avanço em outra ótica.

Essa questão foi muito bem abordada pelo STF no já referenciado julgamento do “Novo Código Florestal”, tendo sido sintetizada de forma eficaz nos itens 11 e 12 da ementa do acórdão, conforme destacado abaixo:

11. Por outro lado, as políticas públicas ambientais devem conciliar-se com outros valores democraticamente eleitos pelos legisladores como o mercado de trabalho, o desenvolvimento social, o atendimento às necessidades básicas de consumo dos cidadãos etc. Dessa forma, não é adequado desqualificar determinada regra legal como contrária ao comando constitucional de defesa do meio ambiente (art. 225, *caput*, CRFB), ou mesmo sob o genérico e subjetivo rótulo de “retrocesso ambiental”, ignorando as diversas nuances que permeiam o processo decisório do legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interesses conflitantes por meio de regras gerais e objetivas.

12. Deveras, não se deve desprezar que a mesma Constituição protetora dos recursos ambientais do país também exorta o Estado brasileiro a garantir a livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170) e o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), a erradicar a pobreza e a marginalização, a reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III; art. 170, VII), a proteger a propriedade (art. 5º, *caput* e XXII; art. 170, II), a buscar o pleno emprego (art. 170, VIII; art. 6º) e a defender o consumidor (art. 5º, XXXII; art. 170, V) *etc.*

Como vem sendo defendido nesse trabalho e pela ampla maioria da doutrina especializada, é importante ressaltar que a vedação ao retrocesso é um princí-

ma, j.30.05.2017. De modo semelhante votaram a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal do Brasil no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.901, 4.902 e 4.903, que ainda não teve seu acórdão publicado.

36 BIM, ob. cit. p. 286.

pio constitucional implícito, e, neste interim, deve ser tratado exatamente como princípio, e não como regra.

“Se a regra da proibição ao retrocesso social é um princípio de direito constitucional, ela, em caso de conflito, submete-se à teoria da ponderação do Direito Constitucional comparado, que é a da ponderação de valores”. Com essas palavras, Toshio Mukai³⁷ delimita o segundo parâmetro para a aplicação do princípio da proibição do retrocesso. Qual seja, a necessidade de utilização do juízo da ponderação.

Como já tivemos a oportunidade de defender antes, em caso de conflito aparente de princípios, “a solução estará na ponderação dos valores conflitantes, de modo a, através de concessões recíprocas, manter-se a essência dos princípios em conflito”, ou no reconhecimento, no caso concreto, do princípio que possui maior importância, o qual deve prevalecer quando em confronto com outro de menor ‘valor’³⁸.

Para tanto, nos acobertamos nos ensinamentos de Dworkin, que defende que os princípios, por não serem categóricos nem ordenações, mas enunciados, são suscetíveis de ponderação, possuindo uma dimensão que não é a própria das regras jurídicas, qual seja, a dimensão de peso e importância (*dimension of weights*). Nesse cenário, aponta o autor que os princípios constantemente entram em conflito e interagem entre si, de modo que, ao contrário das regras, cada princípio oferece uma razão efetiva para uma determinada solução, mas não a estipula. Dessa forma, o juiz deve avaliar todos os princípios conflitantes e, não raras vezes, antagônicos em uma situação fática para alcançar um veredito a partir da ponderação desses princípios. Assim sendo, Dworkin defende que o juiz, ao julgar, não pode deixar de reconhecer o peso entre os princípios conflitantes, devendo considerar de acordo com aquele de maior peso e importância.³⁹

Em resumo, Eduardo Bim, inspirado pelos ensinamentos de Robert Alexy e Dworkin, argumenta que para se justificar a introdução de uma exceção a uma regra jurídica com fundamento no princípio da vedação ao retrocesso, o peso deste deve superar os pesos cumulativos do princípio que justifica esta regra e do princípio formal que exige o respeito às decisões do legislador, qual seja o da

37 MUKAI, Toshio, ob cit, p.72.

38 SION, Alexandre Oheb. Conflito aparente de princípios constitucionais ambientais e indigenistas. In: Edson de Oliveira Braga Filho; Flávio Ahmed; Luiz Carlos Aceti Júnior; Samir Jorge Murad; Werner Grau Neto. (Org.). *Advocacia Ambiental: Segurança Jurídica para Empreender*. 1ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, v. 1, p. 143-174.

39 *Ibidem*, p. 143-174.

Separação dos Poderes.⁴⁰

Quanto a este ponto, deve-se considerar o peso da Separação dos Poderes e a liberdade de conformação do legislador, amparado pelo devido processo legislativo constitucional, como fator preponderante que somente em casos excepcionalíssimos pode vir a ser limitado pelo Judiciário, mesmo que em suposta busca pela garantia de Direitos Fundamentais em nome da vedação ao retrocesso.

Consolidando esse entendimento, estampou-se no acórdão do referido julgamento importante alerta no sentido de que “a capacidade institucional, ausente em um cenário de incerteza, impõe auto-contenção do Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos demais órgãos do Estado por suas próprias escolhas”. Nesse ínterim, oportuno o entendimento exarado na Corte Suprema no sentido de que “O princípio da vedação do retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático no afã de transferir ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativos e Executivo, nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo”⁴¹.

Sendo assim, Bim, ainda amparado nos ensinamentos de Alexy, afirma que no tema dos direitos fundamentais entra em jogo o princípio formal da competência decisória do legislador, porque somente define quem deve definir. Nesse viés, pondera que “o princípio da vedação do retrocesso, se não aplicado com cuidado e excepcionalmente, poderia inviabilizar as opções democráticas do legislador para regular a vida em sociedade”⁴².

Dessa forma se deu o importante posicionamento do Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, no já citado julgamento da constitucionalidade da Lei nº. 12.651/2012, onde o Ministro, em seu voto, destacou a necessidade de se “respeitar as opções legislativas feitas pelo Congresso Nacional desde que apresentem compatibilidade, equilíbrio, mantenham o núcleo essencial desse direito fundamental que é o meio ambiente”. O Ministro destacou que no processo legislativo que resultou na referida Lei, foram alcançados mais de 400 votos na Câmara dos Deputados e mais de 50 no Senado Federal brasileiro com ampla participação dos mais diversos setores da sociedade brasileira⁴³.

Acompanhando o Ministro Alexandre de Moraes, o Ministro Dias Toffoli

40 *Ibidem*, p. 288.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº. 42. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº. 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937. Relator: Min. Luiz Fux. Pleno. Dju. 28.02.2018. Dje. 12.08.2019.

42 *Ibidem*, p. 288.

43 BRASIL, ob. cit.

destacou em seu voto que “pela Teoria do Direito Constitucional (...) na dúvida da constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, temos que, como julgadores, privilegiar a legalidade, a constitucionalidade; *a fortiori*, neste caso, mais ainda. Porque não podemos desconhecer, e não desconhecemos, a realidade que foi o debate havido entre todos os segmentos da sociedade, que chegaram a um dado consenso”⁴⁴.

Os ministros votaram pela constitucionalidade da maioria dos dispositivos da Lei avaliada, afastando a existência de suposta vedação ao retrocesso ambiental.⁴⁵

Válido ainda registrar a conclusão do Ministro Gilmar Mendes proferida em seu voto no mesmo julgamento, baseada nos ensinamentos dos autores portugueses Vieira de Andrade e Afonso Vaz, *in verbis*:

[...] Como exemplo de doutrinadores resistentes à aplicação irrestrita desse princípio, lembro os portugueses Vieira de Andrade e Afonso Vaz. Para estes, não é possível que o princípio da proibição ao retrocesso seja genericamente acolhido. Sustentam que o legislador goza de liberdade conformativa desses direitos, podendo revê-los e que **a interpretação da Constituição não poderia levar a destruição da autonomia do Legislador, devido a Separação dos Poderes.**

Ao analisar o Regime de Direitos Fundamentais Sociais da Constituição Portuguesa, Vieira de Andrade assim se manifesta quanto ao princípio da proibição do retrocesso: **‘A proibição do retrocesso não pode se constituir como um princípio jurídico geral nesta matéria sob pena de se destruir a autonomia da função legislativa, degradando-se a mera função executiva da Constituição. A liberdade constitutiva e a autorevisibilidade, ainda que limitadas, constituem características típicas da função legislativa e elas seriam praticamente eliminadas se, em matérias tão vastas como as abrangidas pelos direitos sociais, o legislador fosse obrigado a manter integralmente o nível de realização e a respeitar os direitos por ele criados’.** (ANDRADE, Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 408-409**) (Grifamos)⁴⁶

Consolidando o voto dos ministros, foi talhado no acórdão que registra o referido julgamento que “o Código Florestal ostenta legitimidade institucional e democrática, sendo certo que a audiência pública realizada nas presentes ações apurou que as discussões para a aprovação da Lei questionada se estenderam por mais de dez anos no Congresso Nacional”, motivo pelo qual alerta-se que “também militam pela autocontenção do Judiciário no caso em tela a transparência e

44 *ibidem*

45 *ibidem*

46 *Ibidem*.

a extensão do processo legislativo desenvolvido, que conferem legitimidade adicional ao produto da atividade do Congresso Nacional⁴⁷.

Por este motivo, apela-se pelo imperioso respeito às opções políticas de legislador sempre que amparadas no devido processo legislativo quando da interpretação do princípio da vedação ao retrocesso, de forma que, conforme amplamente defendido neste trabalho, a aplicação do dito princípio sempre considero o seu caráter não absoluto e excepcional, que somente busca garantir o núcleo essencial do Direito Fundamental, “considerando sempre a liberdade do legislador em determinar a forma de consecução das políticas públicas”⁴⁸

Dessa forma, considerando que: a) o Princípio da Vedação ao Retrocesso não é absoluto, como nada o é, e possui caráter excepcional; 2) o Princípio da Vedação ao Retrocesso tão somente busca assegurar o núcleo essencial do direito fundamental; 3) as opções do poder legislativo devem ser respeitadas, devendo ser adotada redobrada cautela na limitação da atividade legislativa; 4) os princípios jurídicos, diferentemente das normas, não admitem interpretação exclusiva quando colocados em alteração no caso concreto; 5) uma norma/ato/decisão que diminua o grau de proteção a um Direito Fundamental pode assegurar a consecução de outro do “catálogo” de direitos fundamentais; 6) o ordenamento jurídico deve ser avaliado como um todo, e não isoladamente e 7) faz parte do processo legislativo a procura pelo atendimento dos anseios da sociedade em dado momento histórico e que é da essência do processo civilizatório a mudança, ainda que tais mudanças estejam sempre sujeitas aos limites impostos pela Constituição⁴⁹, se conclui que: quando da análise de constitucionalidade de uma norma que supostamente diminua o grau de proteção assegurado por uma norma anterior substituída e da aplicação do princípio da vedação ao retrocesso, sejam adotados os valores consubstanciados na regra da ponderação e do sopesamento devendo os princípios em análise, em caso de conflito ou atracamento, ser sopesados sob a ótica do princípio da proporcionalidade, da separação dos poderes da liberdade de conformação do legislador, sendo ponderados à luz da concretude do caso e suas peculiaridades, não de forma abstrata, e sempre com respeito às decisões do legislativo.⁵⁰

47 *Ibidem*.

48 GULIN, Gleyse; SAES, Marcos André Bruxel; TONON NETO, Nelson. O princípio da proibição do processo e o licenciamento ambiental. In: COLI, Adriana; DIAS, Pedro (coord.). O Setor Elétrico e o Meio Ambiente. Rio de Janeiro; Synergia: FMASE, 2017, p 115.

49 A respeito vide o art. 60, parágrafo 4º da CRFB/88.

50 Nesse sentido já tivemos a oportunidade de defender a necessidade do juízo de ponderação diante da possibilidade de colisão do princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado com os demais princípios assegurados no catálogo de direitos fundamentais instituído pela CFRB/88. Vide: SION, Alexandre Oheh-

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, conclui-se que não há como se negar reconhecimento à garantia da vedação ao retrocesso (sócio)ambiental como princípio constitucional implícito e instrumento de controle das atividades do Poder Público.

Entretanto, deve-se ter em mente que referido princípio não deve funcionar como cláusula geral, aberta e indeterminada, sob pena de agravamento, aniquilação da atividade legislativa e violação do núcleo básico do princípio democrático da Separação dos Poderes.

Nesse viés, no âmbito da discussão quanto à aplicação do princípio da vedação ao retrocesso, multiplicam-se diversas críticas. Dessa forma, partindo da premissa do reconhecimento da vedação ao retrocesso como princípio constitucional implícito, faz-se urgente construir/reforçar parâmetros para a efetiva aplicação desse princípio de forma a lhe garantir real eficácia jurídica e a sua correta e efetiva aplicação enquanto instrumento de controle de atos do Poder Público que aniquilem direitos fundamentais, dentre esses incluído o moderno Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado.

Sem pretensão de esgotar o tema, conclui-se que dois parâmetros centrais devem ser observados para a correta aplicação do princípio da vedação ao retrocesso, quais sejam: 1) a exegese do princípio vinculada à garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais, com o entendimento de que não há proibição de toda e qualquer modificação negativa em matéria de atuação do Poder Público que diminua a proteção dos direitos fundamentais, mas sim daqueles retrocessos que suprimam o núcleo essencial desses direitos ao ponto de excluí-los e 2) a adoção da regra/juízo da ponderação de valores quando da análise da constitucionalidade do dito “retrocesso”, considerando sempre o respeito à Separação dos Poderes e à liberdade de conformação do legislador.

Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado como Princípio Fundamental e a Necessidade do Juízo de Ponderação. In: Fernanda Duarte; Rafael Mario Iorio Filho; Ana Paula Faria Felipe; Delton meirelles. (Org.). *Escritos sobre Direito, Cidadania e Processo: Discursos e Práticas*. 1ª ed. Niterói: PPGSD, 2018, v. 1, p. 22-33. Da mesma forma defendem MILARÉ, ob. cit. e BIM, ob. cit.