

Vedação ao retrocesso ambiental: análise do STF no âmbito da ADC 42 e ADI 4901, 4902, 4903 e 4937

Leonardo Lamego¹

Introdução

A Lei Federal nº 12.651/2012, conhecida como “Código Florestal”², é de alta relevância para o Direito Ambiental. Vale lembrar que este diploma legal não se limita a tratar da proteção de florestas, propriamente ditas, pois define o regime jurídico de proteção à vegetação nativa e temas correlatos de forma mais ampla. A supracitada lei abarca questões tais como:

- a) a proteção da vegetação nativa;
- b) regime de proteção, conservação e uso das áreas de preservação permanente (APP) e das áreas de Reserva Legal (RL);
- c) a exploração e o suprimento de matéria-prima florestal;
- d) o controle da origem dos produtos florestais;
- e) a prevenção a incêndios;
- f) medidas para proteção e conservação de recursos hídricos inerentes à preservação da vegetação;
- g) proteção da biodiversidade;
- h) conservação e melhoramento do solo;
- i) definição de áreas de uso restrito;

1 Leonardo Lamego. Advogado, professor de Direito Ambiental, com Mestrado (Master of Laws) em Direito Ambiental Internacional pela The George Washington University, Washington/DC (2015), pós-graduação em Regime Jurídico dos Recursos Minerais pela Faculdade de Direito Milton Campos (2010) e Bacharel em direito pela Faculdade Milton Campos (2002). Membro-Fundador da União Brasileira da Advocacia Ambiental – UBAA.

2 Diferentemente da Lei Federal n. 4.771/1965 que se denominava oficialmente de “novo Código Florestal,” a Lei Federal nº 12.651/2012 não prevê em seu título ou no preâmbulo a denominação de “Código Florestal,” mas, acertadamente, traz o seu escopo mais abrangente ao indicar que dispõe “sobre a proteção da vegetação nativa.”

- j) uso sustentável de apicuns e salgados;
- k) áreas verdes urbanas;
- l) instituição do Cadastro Ambiental Rural – CAR;
- m) proteção da integridade do sistema climático;
- n) instrumentos econômicos e financeiros para o alcance de seus objetivos, dentre outros aspectos.

Com o advento do Código Florestal foram ajuizadas inúmeras ações³ em todo Brasil suscitando, incidentalmente, a inconstitucionalidade de dispositivos da referida lei federal. No ano de 2016, a constitucionalidade de diversos dispositivos do Código Florestal foi submetida ao controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal – STF no âmbito da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 42 e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4901, 4902, 4903 e 4937. Dentre as diversas alterações normativas trazidas pela lei federal n. 12.651/2012, no âmbito das ADIs e ADC foram questionados os seguintes aspectos:

- a) a não incidência de sanções administrativas para proprietários de imóveis rurais que aderirem ao Programa de Regularização Ambiental (PRA) referentes a infrações à legislação florestal cometidas antes de 22 de junho de 2008;
- b) o regime de proteção de APP no entorno de nascentes e olhos d'água intermitentes; a largura mínima das faixas marginais de APP em cursos d'água naturais e dos reservatórios artificiais;
- c) definição da faixa de APP de reservatórios artificiais de água destinados à geração de energia ou abastecimento público, registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, equivalente à distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima *maximorum*;
- d) a possibilidade de intervenção excepcional em APP por interesse social ou utilidade pública, especialmente, em relação ao respectivo rol de hipóteses admitidas na lei;
- e) a dispensa de reserva legal (RL) para empreendimentos de aproveitamento de energia hidráulica, com geração de energia elétrica, suas subestações, também para empreendimentos lineares, tais como linhas

³ Notadamente, por meio de ações civis públicas e ações coletivas.

de transmissão e de distribuição de energia elétrica, áreas, rodovias e ferrovias;

f) áreas consolidadas em APP e RL;

g) a permissão do cômputo de APP na fixação da área da RL e

h) a definição de áreas consolidadas para fins de APP e RL.

Em relação aos fundamentos apresentados para tais questionamentos, a tese da “vedação ao retrocesso ambiental” foi reiteradamente suscitada pelos Autores das ADI e *amicus curiae*, especialmente, no que se refere à nova disciplina de APPs no entorno de reservatórios artificiais (art. 4º, III e §§ 1º e 4º), entorno de reservatórios artificiais para abastecimento e geração de energia elétrica (arts. 5º e 62) na proteção das APPs ao longo de cursos d’água (art. 3º, XIX).

O STF, em sessão plenária, sob a Presidência da Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia, no dia 28.02.2018, concluiu o julgamento sobre o Código Florestal, declarando a constitucionalidade da quase totalidade dos dispositivos legais questionados. Apenas trechos e expressões do art. 3º, inciso VIII, “b,” e respectivo parágrafo único, foram declarados inconstitucionais.⁴ A interpretação conforme foi atribuída a outros quatro dispositivos da lei.⁵ O julgado contempla relevante análise acerca do denominado “princípio da vedação do retrocesso ambiental,” com ricas reflexões sobre a sua origem, análise comparada no direito internacional, a base jurídica na constituição e legislação pátria para sua construção, a interpretação doutrinária, delineando as suas hipóteses de

4 Art. 3º, inciso VIII, alínea b - em que foram julgadas inconstitucionais as expressões “gestão de resíduos” e “instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais,” nos termos do voto do relator; e Art. 3º, parágrafo único - declarado inconstitucional nas expressões “demarcadas e tituladas,” também nos termos do voto do relator. 5 “dar interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, VIII e IX, do Código Florestal, de modo a se condicionar a intervenção excepcional em APP, por interesse social ou utilidade pública, à inexistência de alternativa técnica e/ou locacional à atividade proposta”; interpretação conforme ao art. 4º, IV, do Código Florestal, para fixar a interpretação de que os entornos das nascentes e dos olhos d’água intermitentes configuram área de preservação ambiental”; “interpretação conforme a Constituição ao art. 48, § 2º, do Código Florestal, para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ecológica”; “interpretação conforme a Constituição ao art. 59, §4º [e §5º] do Código Florestal, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual “a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva”

incidência e limites de sua aplicação. Ademais, o julgado consigna pertinente e necessária ponderação de outros valores constitucionais fundamentais na análise do caso concreto, assim como as limitações do Poder Judiciário em relação à revisão de determinadas escolhas legislativas dentro do espectro de atuação e legitimidade do Poder Legislativo, em observância e respeito à separação dos poderes. Neste capítulo abordaremos mais detalhadamente a posição do STF quanto à aplicação do direito ambiental e, mais especificamente, o “princípio da vedação do retrocesso ambiental.”

Ementa e reflexões iniciais acerca da interposição do STF

No que se refere ao tema em análise, a ementa do julgado registra a seguinte síntese do entendimento da Suprema Corte:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 42 DISTRITO FEDERAL DIREITO AMBIENTAL. ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO. DEVER DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. **NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO COM OUTROS VETORES CONSTITUCIONAIS DE IGUAL HIERARQUIA.** ARTIGOS 1º, IV; 3º, II E III; 5º, CAPUT E XXII; 170, CAPUT E INCISOS II, V, VII E VIII, DA CRFB. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. JUSTIÇA INTERGERACIONAL. ALOCAÇÃO DE RECURSOS PARA ATENDER AS NECESSIDADES DA GERAÇÃO ATUAL. ESCOLHA POLÍTICA. **CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. IMPOSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. EXAME DE RACIONALIDADE ESTREITA. RESPEITO AOS CRITÉRIOS DE ANÁLISE DECISÓRIA EMPREGADOS PELO FORMADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS. INVIABILIDADE DE ALEGAÇÃO DE “VEDAÇÃO AO RETROCESSO.”** NOVO CÓDIGO FLORESTAL. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES.[...] 11. (...), 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.*

13. O desenho institucional das políticas públicas ambientais suscita o duelo valorativo entre a tutela ambiental e a tutela do desenvolvimento, tendo como centro de gravidade o bem comum da pessoa humana no cenário de escassez. É dizer, o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente não são políticas intrinsecamente antagônicas.

14. A análise de compatibilidade entre natureza e obra humana é ínsita à ideia de “desenvolvimento sustentável,” expressão popularizada pelo relatório Brundtland, elaborado em 1987 pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento.

15. A preservação dos recursos naturais para as gerações futuras não pode significar a ausência completa de impacto do homem na natureza, consideradas as carências materiais da geração atual e também a necessidade de gerar desenvolvimento econômico suficiente para assegurar uma travessia confortável para os nossos descendentes. [...]

17. A Jurisdição Constitucional encontra óbice nos limites da capacidade institucional dos seus juízes, notadamente no âmbito das políticas públicas, cabendo ao Judiciário a

análise racional do escrutínio do legislador, consoante se colhe do julgado da Suprema Corte Americana FCC v. Beach Communications, Inc. 508 U.S. 307 (1993), em que se consignou que **“a escolha do legislador não está sujeita ao escrutínio empírico dos Tribunais e pode se basear em especulações racionais não embasadas em provas ou dados empíricos”** (“Legislative choice is not subject to courtroom factfinding and may be based on rational speculation unsupported by evidence or empirical data”).

18. A capacidade institucional, ausente em um cenário de incerteza, impõe autocontenção do Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos demais órgãos do Estado por suas próprias escolhas.

19. O Princípio da vedação do retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático no afã de transferir ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo, nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo.

20. A propósito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra **deferência judicial ao planejamento estruturado pelos demais Poderes** no que tange às políticas públicas ambientais. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 586.224/SP (Rel. MINISTRO LUIZ FUX, julgamento em 05/03/2016), apreciou-se o conflito entre lei municipal proibitiva da técnica de queima da palha da cana-de-açúcar e a lei estadual definidora de uma superação progressiva e escalonada da referida técnica. Decidiu a Corte que a lei do ente menor, apesar de conferir aparentemente atendimento mais intenso e imediato ao interesse ecológico de proibir queimadas, deveria ceder ante a norma que estipulou um cronograma para adaptação do cultivo da cana-de-açúcar a métodos sem a utilização do fogo. Dentre os fundamentos utilizados, destacou-se a necessidade de acomodar, na formulação da política pública, outros interesses igualmente legítimos, como os efeitos sobre o mercado de trabalho e a impossibilidade do manejo de máquinas diante da existência de áreas cultiváveis acidentadas. Afastou-se, assim, a tese de que a norma mais favorável ao meio ambiente deve sempre prevalecer (*in dubio pro natura*), reconhecendo-se a possibilidade de o regulador distribuir os recursos escassos com vistas à satisfação de outros

interesses legítimos, mesmo que não promova os interesses ambientais no máximo patamar possível. Idêntica lição deve ser transportada para o presente julgamento, a fim de que seja refutada a aplicação automática da tese de “vedação ao retrocesso” para anular opções validamente eleitas pelo legislador.

Do texto selecionado da ementa já se percebe a densidade e a complexidade da matéria e o caminho interpretativo percorrido pelos Ministros para a prolação da decisão final. Neste julgado, o STF sopesa a proteção ambiental de forma integrada com outros valores constitucionais de igual hierarquia e aplicação dos direitos fundamentais nela previstos e, ao fazê-lo, afasta o equívoco decorrente de se realizar uma análise do direito ambiental “no vácuo,” ou seja, de forma isolada ou posicionando-o de, antemão e em tese, em patamar superior ou em detrimento de outros valores igualmente fundamentais. Isso porque, na lição de Barroso⁶ (2009, p. 329) “não existe hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto.” Se, de um lado, a decisão do STF reforça a relevância do Direito Ambiental e a sua proteção como valor e direito fundamental constitucional, por outro lado, traz luz à necessidade de análise integrada do direito ambiental de forma conciliada com outros princípios, valores e direitos constitucionalmente protegidos. A este respeito, vale citar trecho do relatório do Ministro FUX (p. 6 a 9):

“No entanto, a escolha de políticas públicas no âmbito do Direito Ambiental representa a difícil tarefa de acomodar a satisfação de **diferentes valores relevantes em permanente tensão**, valores esses que podem pertencer igualmente à seara do meio-ambiente ou **podem transbordar para outros setores, 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**

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009. P. 329)

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. 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), o **desenvolvimento nacional** (art. 3º, II), **a erradicação da pobreza e a marginalização e 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), **a defender o consumidor** (art. 5º, XXXII; art. 170, V) etc. Ocorre que normalmente a consecução concomitante de todos esses objetivos depende da dosagem do grau de satisfação de cada qual, sendo que praticamente qualquer medida adotada promoverá, a um só tempo, um aumento na satisfação de um valor e um declínio na satisfação de outro.” (grifo nosso)

Em seu relatório o Ministro ainda consigna:

“Como leciona o Professor da *North Carolina State University* Richard L. Stroup, problemas relativos ao meio ambiente ocorrem pelos mesmos motivos que outros conflitos surgem em cenários de escassez. Esse tipo de conflito ocorre a todo o tempo no cotidiano da formulação de políticas públicas: construir ou não novas estradas para garantir o acesso a comunidades mais distantes, quando necessário à obra o desmatamento de uma região? Garantir ou não o fornecimento de energia sem a emissão de poluentes pela construção de hidrelétricas, quando isso representar a inundação de áreas de floresta? O correto equacionamento dessas questões não prescinde de uma estrutura de incentivos adequada para que os diversos agentes envolvidos utilizem os recursos ambientais da forma mais eficiente possível, considerados os interesses em jogo.⁷ A complexidade no estabelecimento de critérios para o desenho de políticas públicas na seara ambiental é objeto de atenção da análise

⁷ STROUP, Richard L. **Eco-nomics** – What Everyone Should Know About Economics and the Environment. Cato Institute: Washington D.C., 2004. p. 1-10

econômica do Direito, consoante as lições de Richard L. Revesz, Diretor da *New York University Law School* (NYU), e Robert N. Stavins, Professor da *Kennedy School of Government* da Universidade de Harvard: Muitos economistas argumentariam que a eficiência econômica – alcançada quando a diferença entre benefícios e custos é maximizada – deve ser um dos critérios fundamentais para avaliar os esforços de proteção ambiental. Tendo em vista que a sociedade tem recursos limitados para gastar, a análise de custo-benefício pode ajudar a iluminar os trade-offs envolvidos na realização de diferentes tipos de investimentos sociais. Na prática, há desafios significativos, em grande parte devido a dificuldades inerentes à mensuração de benefícios e custos. Além disso, preocupações com justiça e processo merecem consideração, porque políticas públicas inevitavelmente envolvem ganhadores e perdedores, mesmo quando os benefícios agregados excedem os custos agregados. Não se quer dizer que o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente sejam intrinsecamente antagônicos. Pelo contrário: observa-se na experiência internacional que países economicamente desenvolvidos são geralmente bem-sucedidos na preservação de seus recursos ecológicos. **A preservação dos recursos naturais para as gerações futuras não pode ser um valor absoluto**, a significar a ausência completa de impacto do homem na natureza, consideradas as carências materiais da geração atual e também a necessidade de gerar desenvolvimento econômico suficiente para assegurar uma travessia confortável para os nossos descendentes. **A questão, portanto, envolve diversas nuances, em especial a justiça intergeracional, demandando escolhas trágicas a serem realizadas pelas instâncias democráticas**, e não pela convicção de juízes, por mais bem-intencionados que sejam. Nesse contexto, importa indagar se o Judiciário pode substituir ou rever os critérios de análise decisória empregados pelo formador de políticas públicas.” (grifo nosso)

A reflexão suscitada no relatório do Ministro Fux estabelece o contexto e a base para que o STF avaliasse a questão, considerando a interpretação integrada do texto constitucional, mas também os aspectos e repercussões práticas da

decisão e limitações do próprio Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, ao avaliar critérios da análise decisória pelo formador de políticas públicas e pelo legislativo, bem como a necessidade de deferência judicial ao planejamento estruturado pelos demais Poderes.

Princípio da vedação ao retrocesso ambiental – origem, base normativa e doutrinária

O voto vista da Ministra Cármen Lúcia aborda as questões de vedação ao retrocesso (p. 225 do acórdão e p. 25 do voto vista), trazendo breve histórico da sua base normativa e teórica.

No voto, consigna, de início, que a Constituição da República não prevê de forma expressa a “proibição do retrocesso” em matéria de direitos fundamentais de terceira e de quarta dimensão. Entretanto, em relação ao direito ambiental, a Ministra apresenta o entendimento que esse preceito deriva do caput do art. 225 da CR/88 “ao garantir a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e impor ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” De forma a corroborar o citado princípio da proibição do retrocesso, o voto da Ministra cita ainda as previsões constitucionais acerca “do Estado (Democrático e Social) de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, o princípio da segurança jurídica e seus desdobramentos, o dever de progressividade em matéria de direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais.”⁸

Para além deste contexto constitucional, o referido voto, ainda, os tratados internacionais assinados e ratificados pelo Brasil que trazem o compromisso de os Estados-Partes adotarem medidas, inclusive legislativas, “até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos,” inclusive relativos à melhoria da proteção socioambiental. A este respeito, destaca o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 302.

pelo **Decreto n. 591/1992**, por meio do qual, o Estado brasileiro assumiu o compromisso de adotar medidas, inclusive legislativas, que visem a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos nele reconhecidos. Os artigos 2º e 12 do citado decreto preveem o seguinte:

“ARTIGO 2º

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.”

“ARTIGO 12

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: [...]

b) **A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente.**”

Similarmente, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecido como Protocolo de São Salvador, promulgado pelo Decreto n. 3.321/1999, prevê, de forma expressa e específica, o direito de toda pessoa a um meio ambiente sadio e o dever dos Estados Partes de promover sua proteção, preservação e melhoramento:

“Artigo 11 - Direito a um meio ambiente sadio 1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos.

2. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.”

Pode se entender que a interpretação acima mencionada, de fato, se coaduna com os ditames da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal n. 6.938/1981), na medida em que este diploma prevê que (art. 2º) “a Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, **melhoria** e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.”

Esta norma basilar do direito ambiental brasileiro prevê, não somente a proteção do meio ambiente, mas também a busca pela **melhoria** da qualidade ambiental e a recuperação dos ambientes degradados, deixando claro o intuito do legislador da progressividade na melhoria desta proteção e promoção do ambiente sadio.

Neste contexto, afrontaria os ditames constitucionais e legais supracitados as eventuais inovações ou alterações legislativas supervenientes e seus regulamentos que tivessem como escopo ou consequência diretamente almejada se estabelecer um regime jurídico que determinasse ou permitisse a piora da qualidade ambiental ou a redução da proteção ambiental, desacompanhado de justificativa de promoção e proteção de outros direitos e valores igualmente relevantes ou mais relevantes no caso concreto (relação custo-benefício). Aliás, a respeito deste último aspecto, vale lembrar a boa-prática de atividade legislativa que é a prévia realização da análise de impacto regulatório, positivada em nosso ordenamento e exigida conforme lei federal n. 13.874, de 20 de setembro de 2019.

Outrossim, pode ser considerado como anseio básico do ser humano, que se queira evoluir, progredir e melhorar. Aliás, o “progresso” está na própria bandeira do Brasil, assim como a pretensão de avanço da sociedade e a busca pela melhoria das condições de vida encontram previsão constitucional expressa nos art. 4º, IX, art. 7º, caput, 23, IX, art. 79, art. 208, II, art. 214, 218, §1º. Logo, faz sentido – até mesmo de forma intuitiva – que se adote como regra principiológica do direito a pretensão da sociedade de que haja melhoria na qualidade ambiental e, por consectário lógico, a regra de não adoção de medidas legislativas que imponham a piora da qualidade ambiental. Neste diapasão, o simples “afrouxamento” ou a redução da proteção ambiental sem qualquer outra ponderação ou justificativa para tanto poderia acarretar violação aos preceitos acima citados e, por conseguinte, caracterizar um eventual retrocesso ou regresso do patamar de proteção ambiental anteriormente alcançado.

A conclusão de Albert Einstein de que “o meio ambiente é tudo que não sou eu,”⁹ traz premissa relevante e que podemos utilizar para reflexão sobre o tema, pois nesse desejo ou anseio da sociedade por melhora na qualidade do ambiente natural não se pode descartar também a melhoria do ambiente rural, urbano, natural, artificial, das condições de vida, trabalho, saúde, dignidade etc., ou seja, tudo que nos circunda. Neste diapasão, a avaliação integrada dos direitos fundamentais e valores constitucionais, juntamente, com as regras ambientais é essencial, como bem observa a decisão do STF.

Se de um lado, o desejo pelo progresso é um indiscutível valor da nossa sociedade, de outro lado, é importante refletir sobre o que significa “progredir” ou “melhorar.” Tais conceitos são subjetivos, pressupõem necessariamente a conjugação de uma série de valores, visões, referenciais e interpretações.

Com efeito, progredir, ir adiante e avançar, depende do referencial e de onde se quer chegar.¹⁰ Com efeito, não é todo qualquer incremento de direitos que deve ser automaticamente considerado um avanço. Qualquer redução ou limitação de direitos anteriormente garantidos seria automaticamente um retrocesso? Mais especificamente na seara ambiental, toda e qualquer norma que diminua ou reduza o patamar ou a extensão de proteção seria retrocesso e, a *contrario sensu*, qualquer norma que aumente o grau ou a extensão da proteção ambiental seria automaticamente considerada um progresso ou melhoria? Essas reflexões, juntamente com a ponderação de outros valores constitucionais, foi fundamental para interpretação do STF. O voto da Ministra segue indicando a base teórica acerca do referido princípio, registrando as relevantes lições de J. J. Gomes Canotilho e Ingo Wolfgang Sarlet sobre o tema, abaixo transcritas:

[...] O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o **núcleo essencial** dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (‘lei da seguridade social’, ‘lei do subsídio de desemprego’, ‘lei do serviço de saúde’) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais

⁹ Albert Einstein “The environment is everything that isn’t me.”

¹⁰ “Alice perguntou: Gato Cheshire... pode me dizer qual o caminho que eu devo tomar? Isso depende muito do lugar para onde você quer ir – disse o Gato. Eu não sei para onde ir! – disse Alice. Se você não sabe para onde ir, qualquer caminho serve. Alice no País das Maravilhas, Lewis Carroll.

quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura a simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais, ou de garantir em abstrato um *status quo* social, mas de **proteger direitos fundamentais sociais, sobretudo no seu núcleo essencial**. A liberdade de conformação do legislador e inerente autoreversibilidade 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 da pessoa humana (cf. Ac. 509/2002, DR, I 12/2/2003). (...)¹¹ “Por força da proibição de retrocesso, não é possível engessar a ação legislativa e administrativa, portanto, **não é possível impedir ajustes e mesmo restrições**. Do contrário – e quanto ao ponto dispensam-se maiores considerações – a proibição de retrocesso poderia até mesmo assegurar aos direitos socioambientais uma proteção mais reforçada do que a habitualmente empregada para os direitos civis e políticos, onde, em princípio, se parte dos pressupostos de que não existem direitos absolutamente imunes a qualquer tipo de restrição, mormente para salvaguarda eficiente (do contrário, incidiria a proibição de proteção insuficiente) de outros direitos fundamentais e bens de valor constitucional. Ao analisar a proibição de retrocesso ambiental (ou princípio da não regressão, como prefere), Michel Prieur assinala que ‘a regressão não deve, jamais, ignorar a preocupação de tornar cada vez mais efetivos os direitos protegidos. Enfim, **o recuo de um direito não pode ir além de certo nível, sem que esse direito seja desnaturado**. Isso diz respeito tanto aos direitos substanciais como aos direitos procedimentais. Deve-se, assim, considerar que, na seara ambiental, **existe um nível de obrigações jurídicas fundamentais de proteção, abaixo do qual toda medida nova deveria ser vista como violando o direito ao ambiente**’. Em outras palavras, não se deixa de admitir uma margem de discricionariedade do legislador em matéria ambiental,

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

mas, como bem colocado por Prieur, existem fortes limites à adoção de medidas restritivas no tocante aos direitos ecológicos, tanto sob o prisma material quanto processual (ou procedimental)¹² [...] “Nesse alinhamento, portanto, assumindo como correta a tese de que a proibição de retrocesso não pode impedir qualquer tipo de restrição a direitos socioambientais, parte-se aqui da mesma diretriz que, de há muito, tem sido adotada no plano da doutrina especializada, notadamente a noção de que sobre qualquer medida que venha a provocar alguma diminuição nos níveis de proteção (efetividade) dos direitos fundamentais recai a suspeição de sua ilegitimidade jurídica, portanto, na gramática do Estado Constitucional, de sua inconstitucionalidade, acionando assim um dever no sentido de submeter tais medidas a um rigoroso controle de constitucionalidade, onde assumem importância os critérios da proporcionalidade (na sua dupla dimensão anteriormente referida), da razoabilidade e do núcleo essencial (com destaque para o conteúdo ‘existencial’) dos direitos socioambientais, sem prejuízo de outros critérios, como é o da segurança jurídica e dos seus respectivos desdobramentos”¹³

Não é compatível com a Constituição da República, portanto, a superação da legislação ambiental, sem que sejam simultaneamente editadas, medidas que compensem o impacto ambiental causado por normas mais permissivas. (grifo nosso)

É com base nesses parâmetros que a constitucionalidade das normas impugnadas nas presentes ações diretas deve ser examinada.

Com efeito, ao delinear que o referido princípio protege o “núcleo essencial” ou “núcleo duro” de um direito consagrado, a doutrina sinaliza que não é qualquer regra do direito ambiental que se torna eternamente engessada ou imutável. A doutrina e a decisão do STF reconhecem que não se pode impedir a atividade legislativa ou limitar de sobremaneira o poder regulamentador impedindo, ajustes ou revisões do regramento ambiental (em constante revisão,

12 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2013. p. 302.

13 *Íbidem*. p. 302

diga-se de passagem), seja para aumentar, diminuir ou alterar o grau, a forma e a extensão da proteção ambiental.

Por outro lado, consoante o entendimento exposto no voto acima citado, eventual redução de proteção, ou maior grau de permissividade para intervenções com impactos negativos, deveria vir acompanhada de alguma modalidade de compensação, ou contrapartida. Em contraponto, no Voto Conjunto, o Ministro Gilmar Mendes cita a lição de Vieira de Andrade, que assim se manifesta quanto ao princípio da proibição do retrocesso, reforçando a liberdade constitutiva e a autorevisibilidade típicas da função legislativa:

“A proibição do retrocesso não pode constituir 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.”¹⁴

Vê-se que a garantia decorrente do princípio em análise reflete o próprio princípio da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, contemplada em diversas constituições, tais como a Lei Fundamental da República Federal Alemã (Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949) em seu artigo 19.2, ao estabelecer que “em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência” e a Constituição Portuguesa de 1976, em seu art. 18.3, ao determinar que “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de se revestir de caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.” Embora esse princípio não esteja previsto de forma expressa na constituição brasileira, essa proteção ao núcleo essencial encontra guarida também no art. 60, §4º, IV da CR/88.

¹⁴ ANDRADE, Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra, Almedina, 2017, p. 408-409.

Princípio da deferência técnico administrativa / limites à revisão judicial

No Relatório Ministro Fux (p.12) também é suscitada importante regra interpretativa e princípio a ser observado pelo Poder Judiciário, o qual foi conjugado com os limites da aplicação do princípio da vedação ao retrocesso:

Ainda sobre o ordenamento norte-americano, mesmo quanto ao controle dos atos das agências reguladoras (o chamado *arbitrariness review*), a jurisprudência da Suprema Corte reconhece um amplo espaço de conformação desses atos com relação aos estatutos legais respectivos.

Assim, no precedente *Baltimore Gas & Electric Co. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (462 U.S. 87, 1983) o Tribunal analisou ato da *Nuclear Regulatory Commission (NRC)* à luz do *National Environmental Policy Act (NEPA)*, lei federal que impõe a qualquer agência a consideração dos impactos ambientais de suas regulações [Section 102(2)(c)]. Na hipótese concreta, a *NRC* licenciou uma usina entendendo que a armazenagem de certos resíduos nucleares teria impacto ambiental equivalente a zero. Então, uma ONG de proteção ao meio-ambiente foi a juízo afirmando que a agência deveria ter considerado a incerteza científica sobre possíveis danos ambientais ao calcular o impacto (“*the rules were arbitrary and capricious and inconsistent with NEPA*”). A Suprema Corte, ao julgar a controvérsia, ressaltou que **o regulador não está obrigado a pressupor o cenário mais pessimista em caso de incerteza**, bem como que **o Judiciário deve ser deferente às suas decisões quando a dúvida existente não for meramente fática, mas científica**. Aduziu o Tribunal que, “ao analisar esse tipo de determinação científica, em contraposição a simples questões de fato, **o Judiciário deve geralmente ser o mais deferente possível**” (tradução livre do trecho: “*When examining this kind of scientific determination, as opposed to simple findings of fact, a reviewing court must generally be at its most deferential*”). (grifo nosso)

Outro caso emblemático é o *Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (467 U.S. 837, 1984), envolvendo o *Clean Air Act*. Essa lei federal de 1977 exige a adoção de medidas para o combate à poluição e delega

poderes regulatórios à agência ambiental americana, a *Environmental Protection Agency (EPA)*.

A questão controversa envolveu mudança de regulação da *EPA*, do governo Carter, que previa limites de emissão de poluentes para qualquer dispositivo em uma fábrica – no governo Reagan, a *EPA* modificou a regra para que os limites incidissem sobre toda a fábrica e não isoladamente para cada máquina. A mesma ONG ambientalista, *NRDC*, foi a juízo alegando que a nova regulação da *EPA* violou o *Clean Air Act*. A Suprema Corte não deu razão à ONG, entendendo que **o Judiciário deve ser deferente às interpretações plausíveis que os reguladores realizem ante textos legais silentes ou ambíguos.**

Assentou-se, na oportunidade, que, “se o estatuto é silente ou ambíguo relativamente à específica controvérsia, a questão a ser resolvida pela Corte consiste em definir se a resposta da agência é baseada em uma construção permitida do estatuto” (tradução livre do trecho: “*if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency’s answer is based on a permissible construction of the statute*”). (grifo nosso)

Firme nessas premissas, o professor da Universidade de Harvard Adrian Vermeule defende que **o Judiciário deve se limitar a um exame de racionalidade estreita (*thin rationality review*) de atos regulatórios**, sendo-lhe permitido apenas: (i) obrigar o regulador a considerar um fator relevante expressamente previsto em norma de regência ou vedar a adoção de fator por ela proibido; (ii) anular atos que não possuam fundamentação minimamente racional, seja pela ponderação direta entre custos e benefícios dos diversos fatores envolvidos (razões de primeira ordem), seja pela impossibilidade de realizar esse tipo de ponderação (razões de segunda ordem); e (iii) obrigar o regulador a demonstrar que empregou recursos razoáveis para reunir os dados necessários à estimação dos efeitos da regulação. (grifo nosso)

Vale destaque a referência aos julgados da Suprema Corte Norte Americana, visto que refletem importantes precedentes para a interpretação geral de normas e regulamentos editados em matéria ambiental e, também, para a definição de limites e para a autocontenção da revisão judicial em relação

aos atos legislativos e regulamentadores. A decisão norte-americana, que deu origem à *Chevron Doctrine* e que, no Brasil, foi incorporada como princípio da deferência ou princípio da deferência técnico-administrativa, inclusive, nos termos da decisão do STF no RE de 1.059.819/PE. No Relatório do julgado em exame, o Ministro continua explanando:

Afirma o referido jurista que, em regra, a formulação de políticas públicas ocorrerá em um cenário de incerteza, **não competindo ao Judiciário, nessas situações, substituir as escolhas dos demais órgãos do Estado pelas suas próprias escolhas**. A incerteza pode dizer respeito aos custos, benefícios e probabilidades de ocorrência de um ou mais efeitos da regulação, mas também sobre as vantagens de investir recursos na obtenção de informações sobre esses elementos. Isso ocorre, por exemplo, quando o custo de obter informações para reduzir a incerteza é maior que as consequências negativas prováveis da regulação; ou quando a margem de erro sobre os efeitos de uma medida potencialmente menos danosa não permitir a sua comparação com outra medida cujas consequências são mais previsíveis; ou quando o regulador dispuser de pouco tempo para definir o conteúdo da medida; ou, ainda, em situações de custos assimétricos de erros, ou seja, quando o regulador escolher uma determinada medida, apesar da incerteza, em detrimento de outra cujos possíveis efeitos podem ser gravíssimos. Em todos esses casos, Vermeule defende **a legitimidade de uma “decisão racionalmente arbitrária,” não sendo legítima a anulação judicial da escolha regulatória**. (grifo nosso)

Assim, conforme decisão e precedentes do próprio STF, deve o Poder Judiciário atuar com deferência às escolhas realizadas legitimamente pelo Poder Legislativo ou pelos órgãos reguladores dentro do seu escopo de atuação, abstendo-se de revisar as opções da sociedade representada e substituir o mister atribuído ao legislador.

No caso do Código Florestal, a decisão do STF considerou que a elaboração do diploma legal se baseou em ampla discussão por mais de 10 anos, oitiva de especialistas, observância do devido processo legislativo, contando com mais de 70 audiências públicas e, por conseguinte, “além da discricionariedade

epistêmica e hermenêutica garantida ao Legislativo pela Constituição, também militam pela autocontenção do Judiciário no caso em tela a transparência e a extensão do processo legislativo desenvolvido, que conferem legitimidade adicional ao produto da atividade do Congresso Nacional.” (item 21 da Ementa).

Assim decidiu-se, conforme bem resume a ementa do acórdão: “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra **deferência judicial ao planejamento estruturado pelos demais Poderes** no que tange às políticas públicas ambientais.”

Aplicação do princípio ao caso concreto

Na esteira de raciocínio delineado no Relatório e trecho dos votos acima citado, o acórdão ressalta (p. 19 a 20) que a jurisprudência do STF aplica a deferência judicial ao planejamento estruturado pelos demais Poderes no que tange às políticas públicas ambientais.

A este respeito, ressaltando o julgado no Recurso Extraordinário nº 586.224/SP (Rel. MINISTRO LUIZ FUX, julgamento em 05/03/2016), ao apreciar o conflito entre lei municipal proibitiva da técnica de queima da palha da cana-de-açúcar e a lei estadual paulista posterior que definiu a redução progressiva e escalonada até a substituição e banimento total da referida técnica, considerou as questões ambientais de forma conjugada análise de custo-benefício, não somente de ordem econômica, mas também ponderando os impactos na força de trabalho, no ambiente, na tecnologia disponível, na necessidade tempo para treinamento, capacitação e incorporação das melhores práticas ambientais, assim como a (in)viabilidade de implementação imediata da norma mais restritiva em prol do ambiente, isoladamente considerado. Na ocasião, o STF decidiu que a lei do ente municipal, apesar “de conferir aparentemente atendimento mais intenso e imediato ao interesse ecológico de proibir queimadas, deveria ceder ante a norma que estipulou um cronograma para adaptação do cultivo da cana-de-açúcar a métodos sem a utilização do fogo.” Dentre os fundamentos utilizados pelo STF naquela oportunidade destacou-se:

[...] a necessidade de acomodar, na formulação da política pública, outros interesses igualmente legítimos, como os

efeitos sobre o mercado de trabalho e a impossibilidade do manejo de máquinas diante da existência de áreas cultiváveis acidentadas. Afastou-se, assim, a tese de que a norma mais favorável ao meio ambiente deve sempre prevalecer (*in dubio pro natura*), reconhecendo-se a possibilidade de o regulador distribuir os recursos escassos com vistas à satisfação de outros interesses legítimos, mesmo que não promova os interesses ambientais no máximo patamar possível.

Conforme Relatório do Ministro Fux, “idêntica lição deve ser transportada para o presente julgamento, a fim de que seja refutada a aplicação da tese de ‘vedação ao retrocesso’ para anular opções validamente eleitas pelo legislador,” considerando que:

[...] Conforme alerta o professor português José Carlos Vieira de Andrade, não se pode admitir, sob a invocação de “retrocesso,” a arbitrária limitação da atividade legislativa no campo semanticamente compatível com o texto constitucional. Não é possível substituir as escolhas democraticamente realizadas no espaço institucional definido pela Carta Magna para tanto, o Congresso Nacional, pelas conveniências particulares dos que foram derrotados naquele debate. (grifo nosso)

Observadas estas limitações à revisão e controle judicial, entendeu-se que, no caso em exame, a maior parte da pretensão de declaração de inconstitucionalidade do novo Código Florestal se estendia a pormenores de regulamentação, sem conflito ou incompatibilidade perante a constituição, bem como sem ferir o núcleo essencial de direitos e garantias da proteção ambiental consagrados. Logo, afastando-se a tese de inconstitucionalidade e do retrocesso e confirmando-se a constitucionalidade dos dispositivos.

De outro lado, o STF declarou a inconstitucionalidade das expressões “gestão de resíduos” e “instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais,” contidas no art. 3º, VIII, b, da Lei 12.651/2012 (Código Florestal); ii) por maioria, deu interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, VIII e IX, do Código Florestal, de modo a se condicionar a intervenção excepcional em APP, por interesse social ou

utilidade pública, à inexistência de alternativa técnica e/ou locacional à atividade proposta, vencidos, em parte, os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

Dispositivos declarados inconstitucionais e sujeitos à interpretação conforme

Como visto, a decisão do STF declarou constitucional a quase totalidade dos dispositivos do Código Florestal, com pontuais trechos do art. 3º declarados inconstitucionais ou sujeitos à interpretação conforme. No voto vista da Ministra Cármen Lúcia (p.35), restaram consignados argumentos que levaram a corte a declarar a inconstitucionalidade e a interpretação conforme a dispositivos do art. 3º do código florestal.

Em relação ao art. 3º, VIII e IX, do Código Florestal, foi dada interpretação conforme de modo a se condicionar a intervenção excepcional em APP, por interesse social ou utilidade pública, à inexistência de alternativa técnica e/ou locacional à atividade proposta. Nesse ponto, a Ministra afirma que “não se pode admitir a intervenção ou supressão de vegetação nativa em APP se houver alternativa técnica ou locacional para o empreendimento ou atividade, sob pena de se admitir degradação desnecessária ao meio ambiente.

Com razão o argumento. Isso porque, constitui aspecto inerente, básico e diretriz essencial ao direito ambiental a vedação à poluição, bem como a prevenção e a mitigação dos impactos socioambientais, a qual deve ser feita no maior grau de extensão viável, inclusive, com vistas à utilização racional dos recursos naturais (art. 186 da CR/88).

Existe, pois, um racional comum a todo procedimento de licenciamento ambiental e normas de proteção ambiental que é, nessa ordem, na execução de intervenções ou atividades adotar medidas para: a) prevenir / evitar, b) mitigar, c) controlar ou d) compensar impactos socioambientais. Ou seja, a legislação ambiental privilegia as ações para evitar e prevenir a ocorrência do impacto ambiental negativo. Não sendo possível evitar o impacto, então, deve o responsável adotar medidas para mitigá-lo e, em relação à parcela de impactos que não se pode prevenir ou mitigar, incidirá a correspondente e proporcional compensação, como forma de internalização das externalidades socioambientais

negativas decorrentes da atividade, empreendimento ou intervenção. A prévia avaliação das possíveis alternativas locais para a realização de uma atividade, intervenção ou empreendimento constitui mecanismo essencial e basilar para que se possa optar e definir a localização ambientalmente menos impactante para a sua realização, portanto, com racionalização do uso dos recursos naturais e minimização dos impactos negativos ao meio ambiente.

Desconsiderar ou dispensar essa avaliação de alternativas e critérios para definição de localização com prevenção ou mitigação de impactos desnecessários e não exigir uso racional dos recursos naturais contraria preceito fundamental do direito ambiental e, até mesmo, as práticas consolidadas de análise de licenciamento de atividades e empreendimentos de potencial impacto ambiental.

Essa proteção ambiental e os mecanismos para sua implementação relacionadas à comprovação de inexistência de alternativa local para intervenção em APP ou áreas ambientalmente sensíveis decorrem não somente das declarações e tratados ambientais internacionais que consagram o princípio da prevenção, mas consta de forma expressa em normas básicas, essenciais e consagradas do direito ambiental, tais como a Resolução CONAMA n. 01/1986 (art. 5º, art. 6º, II e art. 9º, VIII)¹⁵ e a própria Lei da Política Nacional de Meio Ambiente – PNMA, Lei Federal 6.938/1981 (art. 2º, II, art. 4º),¹⁶ cuja lógica está também refletida em inúmeras outras normas e regulamentos que lhe sobrevieram (ex.: Resolução CONAMA n. 369/2006,¹⁷ Lei Federal 11.428/2008 c/c Decreto Federal 6.660/2008, Lei Federal 12305/2010, Portaria Interministerial dos Ministros de Estado do Meio Ambiente, da Justiça, da

15 Art. 5º O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais: I - Contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização do projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto. Art. 9º O relatório de impacto ambiental - RIMA refletirá as conclusões do estudo de impacto ambiental e conterá, no mínimo: VIII - Recomendação quanto à alternativa mais favorável.

16 Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar.

17 Art. 3º A intervenção ou supressão de vegetação em APP somente poderá ser autorizada quando o requerente, entre outras exigências, comprovar: I - a inexistência de alternativa técnica e local para as obras, planos, atividades ou projetos propostos;

Cultura e da Saúde n. 60/2015,¹⁸ dentre outros). Neste diapasão, a interpretação conforme acaba por reforçar o arcabouço legal supramencionado e o próprio comando constitucional, que exige o uso racional dos recursos naturais. Neste ponto, a Ministra consigna:

“Essa interpretação decorre, ainda, do princípio da proibição do retrocesso socioambiental, pois, como visto, o Código Florestal revogado elencava a ausência de alternativa técnica e locacional como requisito para a supressão de vegetação em APP em favor de empreendimentos/atividades de utilidade pública ou interesse social, o que obsta a retirada desse requisito na nova legislação de regência.”

Com isso, o voto consigna que eventual interpretação do dispositivo do Código Florestal que levasse à dispensa da avaliação de alternativas locais como requisito para intervenções em APP – ainda que por utilidade pública – acarretaria uma violação ao núcleo essencial de direito ou garantia de proteção do ambiente a interpretação do artigo 3º do Código Florestal. Em sentido diverso, o voto da Ministra avalia inexistência de violação de núcleo essencial de direito ambiental, redução injustificada ou retrocesso, na maior parte dos dispositivos objeto da decisão. A título de exemplo, no que tange à definição de APP de entorno de reservatórios de água artificial para geração de energia, a Procuradoria-Geral da República insurgiu contra a previsão de delimitação da APP equivalente à distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima *maximorum* do reservatório.

A PGE defendeu que, ao determinar que a faixa das APPs em torno dos reservatórios artificiais de água referidos no art. 62 em patamar inferior ao mínimo previsto para as demais hipóteses de lagos, lagoas e reservatórios de água previstos na Resolução CONAMA 302/2002, o dispositivo impugnado

18 Item 2.2.1 - “O EIA deve determinar o grau de impacto da atividade ou do empreendimento, propor medidas mitigadoras e de controle ambiental, procurando garantir o uso sustentável dos recursos naturais e apontar o percentual a ser aplicado para fins de compensação ambiental, conforme Lei no 9.985/2000. Deverão ser detalhadas as metodologias adotadas para escolha da alternativa mais favorável, delimitação das áreas de influência, diagnóstico dos fatores ambientais e avaliação dos impactos.”

teria reduzido o patamar de proteção ambiental presente na legislação de regência revogada.

Afastando a tese da PGR a decisão do STF, nos termos do Voto da Ministra Cármen Lúcia, consigna o entendimento sobre o caso, encerrando a discussão sobre a validade e constitucionalidade do dispositivo. Consoante a decisão do STF e voto da Ministra Carmén Lúcia, o art. 62 da Lei n. 12.651/2012 busca atingir um “equilíbrio entre a proteção ambiental e a garantia constitucional da irretroatividade da lei (art. 5º, XXXVI, da Constituição da República),” visto que:

“A norma busca assegurar proteção mínima da vegetação situada no entorno dos reservatórios artificiais d’água em questão, ainda que quanto aos empreendimentos cujos contratos de **concessão ou autorização foram firmados em período no qual a metragem dessas APPs não havia sido definida**. Ademais, a norma visa **impedir que obrigação excessivamente gravosa** recaia sobre os empreendimentos em função de **legislação posterior à assinatura dos contratos**, o que possivelmente importaria **desequilíbrio econômico-financeiro** que seria solucionado por um aumento na tarifa cobrada dos usuários.” (grifo nosso)

E continua amparando-se na doutrina especializada sobre o tema:

“(...) é preciso considerar que a formação de reservatórios artificiais e a implementação de Áreas de Preservação Permanente, ao tratar-se de empreendimentos hidrelétricos, decorrem de uma concessão pública ou autorização para o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica (bem público da União, conforme art. 20, X, da Lei Maior). Por decorrência, a implantação do empreendimento é revestida de um equilíbrio econômico-financeiro próprio dos contratos administrativos, que deve ser garantido em prol do ‘princípio da preservação das condições de exequibilidade fática e jurídica do objeto originalmente contraídas pelo co-contratante.’ (Guimarães, 2003: 257).

Nesse passo, é certo que os contratos de concessão pública são passíveis de revisão, quando no decorrer da relação contratual, surge um fator que pode gerar o seu desequilíbrio. Assim, em sendo imposta a obrigação de se implantar Áreas de Preservação Permanente, aumentando o custo do empreendimento, a busca pelo equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão se dá com a revisão da tarifa de energia. Ocorre que o aumento na tarifa é repassado ao consumidor, que é, quem de fato, suporta tal encargo. Portanto, o art. 62 do atual Código Florestal resolve esses impasses, na medida em que estabelece que ‘a faixa da Área de Preservação Permanente será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum.’

Tal regra vai ao encontro dos interesses ambientais, sociais e econômicos. De fato, preserva o meio ambiente na medida em que estabelece a conservação do entorno de reservatório artificiais; pacifica os conflitos sociais, pois tais áreas já são comumente consideradas artificiais; pacifica os conflitos sociais, pois tais áreas já são comumente consideradas ‘de segurança’ para os reservatórios artificiais, significando pouca ocupação residencial nas mesmas; e evita a ruptura da estabilidade dos contratos administrativos de concessão pública, mantendo o valor das tarifas originariamente previstas.”¹⁹

Considerando, inclusive, que sequer a proteção prevista na CONAMA 302/2002 era absoluta, bem como levando em conta que na lógica do regramento anterior a faixa de APP era passível de redução pelos órgãos competentes, considerando ausência de previsão legal (em sentido estrito) expressa com tal restrição ou proteção anterior ao ano de 2001, a proteção quanto à irretroatividade das normas e, ainda, por questão de hierarquia das normas, conclui-se na decisão que: “afigura-se legítima, portanto, a escolha do legislador de exigir Área de Preservação Permanente menor quanto aos reservatórios artificiais de água correspondentes aos empreendimentos cuja concessão ou autorização foi

¹⁹ ARTIGAS, Priscila Santos; ROSA, Maria Clara R. A. Gomes. Art. 62. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Coords.). **Novo Código Florestal**: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012, à Lei 12.727, de 17 de outubro de 2012 e ao Decreto 7.830, de 17 de outubro de 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 451-452.

assinada antes da Medida Provisória 2.166-67/2001, ”inclusive como respeito ao princípio da irretroatividade das normas.

Considerações Finais

A fundamentação jurídica e a doutrina exposta no acórdão delineiam as hipóteses de incidência da tese e, também, os limites para aplicação do princípio da vedação ao retrocesso ambiental. Se de um lado, os ministros divergem ligeiramente sobre o alcance e aplicação prática do princípio (o que fica expresso nos votos divergentes), alguns consensos importantes se formam no julgado.

A vedação ao retrocesso ambiental como princípio de direito ambiental, cuja proteção limita-se ao núcleo essencial de um direito consagrado, não se destina aos pormenores regulatórios. Tal princípio não pode ser compreendido como um óbice intransponível ou que impõe a irreversibilidade absoluta de qualquer regra ambiental, ainda que a norma revogada ou alterada seja considerada mais protetiva do ambiente natural ou restritiva de intervenções.

A aplicação do princípio e as políticas públicas ambientais devem conciliar-se com outros valores democraticamente definidos pelos legisladores, tais como saúde, educação, dignidade, moradia, a proteção e promoção do desenvolvimento social, patrimônio cultural, das condições adequadas de trabalho, o atendimento às necessidades básicas da sociedade e cidadãos, entre outros direitos fundamentais.

Logo, por dever de hermenêutica jurídica, não pode ser avaliado e aplicado no vácuo. Por fim, a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso não autoriza ou possibilita a revisão judicial, ou anulação opções validamente definidas pelo poder legislativo, ou agente regulador, dentro do seu escopo de atuação, em respeito, inclusive, ao princípio da separação dos poderes.

Referências

ARTIGAS, Priscila Santos; ROSA, Maria Clara R. A. Gomes. Art. 62. *In*: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Coords.). **Novo Código Florestal**: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012, à Lei 12.727, de 17 de outubro de 2012 e ao Decreto 7.830, de 17 de outubro de 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 451-452.

ANDRADE, Viera de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra, Almedina, 2017, p. 408-409.

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

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 302

STROUP, Richard L. **Eco-nomics** – What Everyone Should Know About Economics and the Environment. Cato Institute: Washington D.C., 2004. p. 1-10.