

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL FRENTE A AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL

LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD Y LA INCONSTITUCIONALIDAD DE DISPOSITIVOS DEL NUEVO CÓDIGO DEL BOSQUE LO ENFRENTA EL PRINCIPIO DE LA PROHIBICIÓN DEL RETROCESO SOCIOAMBIENTAL

Fábio Hanauer Balbinot¹

RESUMO. O estudo proposto tem por objetivo apresentar o direito fundamental de propriedade e sua função socioambiental como tratado pela Constituição Federal de 1988 e pela legislação infraconstitucional, com destaque para a flexibilização da norma protetiva a partir da vigência do novo Código Florestal, realizando-se, posteriormente, uma reflexão quanto à inconstitucionalidade dos dispositivos da nova legislação ambiental frente ao princípio constitucional da proibição de retrocesso na medida em que os mesmos promoveram um enfraquecimento da condição protetiva anteriormente conquistada. Para o alcance do objetivo proposto, vale-se do método dedutivo, a partir de revisão bibliográfica com análise de textos legais, judiciais e doutrinários relacionados ao tema proposto.

RESUMEN. El estudio considerado que tiene para que el objetivo presente el derecho fundamental a la propiedad y a su función socioambiental como tratado para la constitución federal de 1988 y la legislación del infraconstitucional, con la prominencia para el flexibilización de la norma del protetiva de la validez del nuevo código del bosque, el convertirse, más adelante, una reflexión cuánto al inconstitucionalidad de los dispositivos del nuevo frente constitucional ambiente de la legislación al principio de la prohibición del retroceso en la medida donde iguales unas habían promovido una debilidad de la condición del protetiva conquistada previamente. Para el alcance del objetivo considerado, el valle del método deductivo, de la revisión bibliográfica con el análisis de textos legales, judicial y de doctrinares se relacionó con el tema considerado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Ambiental. Direito Fundamental à Propriedade. Função Socioambiental da Propriedade. Novo Código Florestal. Proibição de Retrocesso.

PALABRAS-CLAVE: Derecho Ambiental. Derecho Fundamental a la propiedad. Función de Socioambiental de la propiedad. Nuevo código del bosque. Prohibición del retroceso

¹ Fábio Hanauer Balbinot. Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul. Especialista em Direito Tributário pela Universidade de Caxias do Sul. Advogado. E-mail: fhbalbinot@gmail.com

Introdução

A partir de 1972 com a realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, a preocupação com o meio ambiente tornou-se uma das principais agendas de discussão a nível internacional, sendo o Brasil um dos países de vanguarda na discussão e introdução de mecanismos jurídicos e institucionais com o objetivo de proteção aos bens ambientais.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ganhou o *status* de direito fundamental, influenciando os textos constitucionais e refletindo seus efeitos sobre outros direitos fundamentais já consagrados, como é o caso do direito à propriedade que, em outros tempos, já fora absoluto e garantido sem qualquer limitação a seu proprietário.

A Constituição brasileira de 1988 celebrou a função socioambiental vinculada diretamente ao direito à propriedade, instituindo ao Poder Público, inclusive, a obrigação de adoção de medidas administrativas limitadoras do amplo exercício do direito à propriedade, a partir da criação de áreas de proteção especial.

Todavia, as alterações legislativas ao longo do tempo nem sempre seguiram os princípios constitucionais inerentes à matéria, como é o exemplo do novo Código Florestal, Lei 12.651/2012. Aquela legislação, criada a partir de diversas pressões políticas e econômicas de setores da sociedade, é um exemplo de alteração dos mecanismos de limitação administrativa do livre exercício do direito de propriedade, sendo considerado pela doutrina especializada como um instrumento de flexibilização e fragilização dos institutos de proteção ambiental, o que leva à contestação de sua constitucionalidade.

Neste sentido, o presente artigo busca apresentar o direito fundamental à propriedade e sua função socioambiental, avançando pelas alterações legislativas que fragilizaram o caráter protetivo, em especial a partir da publicação do novo Código Florestal. Por fim, busca uma discussão quanto à constitucionalidade dos dispositivos da nova legislação ambiental frente ao princípio constitucional da proibição de retrocesso, valendo-se para o alcance do objetivo proposto do método dedutivo, a partir de revisão bibliográfica com análise de textos legais, judiciais e doutrinários.

1. A propriedade e a sua função socioambiental: mecanismo de limitação ao exercício absoluto ao direito de propriedade e a flexibilização das normas protetivas a partir do novo Código Florestal

A Constituição Federal de 1988, avançando no tratamento dos direitos fundamentais, apresenta a propriedade como um direito individual, não admitindo àquela, todavia, o caráter absoluto de outrora, determinando que a propriedade seja exercida com a estrita observação de sua função social.

José Afonso da Silva, lembrando a origem do direito de propriedade, apresenta com clareza a evolução com que passou o conceito e aplicação daquela até chegar à concepção moderna adotada pelo constitucionalismo brasileiro, que trata a mesma não só como um direito, mas também como um dever.

Assim leciona Silva:

o caráter absoluto do direito de propriedade, na concepção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (segundo a qual seu exercício não estaria limitado senão na medida em que ficasse assegurado aos demais indivíduos o exercício de seus direitos), foi sendo superado pela evolução, desde a aplicação da teoria do abuso do direito, do sistema de limitações negativas e depois também de imposições positivas, deveres e ônus, até chegar-se à concepção da propriedade como função social.²

Em igual sentido Luiz Edson Fachin³ refere que o caráter absoluto da propriedade não encontra espaço no momento atual do constitucionalismo, sendo impostos diversos limites ao exercício pleno da propriedade, limites estes que formam a sua função social.

A imposição de limites sociais ao direito fundamental à propriedade teve sua origem no direito internacional na Constituição Alemã de 1919 (Constituição de Weimar), que determinou que a propriedade obriga, impondo ao seu titular que o uso daquela deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum.⁴

² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 245/246.

³ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 17.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 267.

No constitucionalismo pátrio, o direito à propriedade sofreu a evolução de cada momento histórico em que as constituições foram construídas. A primeira constituição brasileira, de 1824, trazia o direito à propriedade garantido em toda sua plenitude como uma garantia dos direitos civis dos cidadãos, conforme se observa da redação original do artigo 179, XXII daquela Constituição:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXII. E' garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

A constituição de 1891, em seu artigo 72, § 17 não trouxe grande inovação no tratamento do direito de propriedade, mantendo o mesmo como um direito pleno, resguardando apenas os casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública.

O primeiro avanço significativo no texto constitucional encontra-se na Constituição de 1934 que, em seu artigo 113, 17, não mais trata o direito de propriedade como um direito absoluto, impondo como limitador a impossibilidade de exercício daquele direito contra o interesse social ou coletivo, nestes termos:

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

O referido avanço encontrado na Constituição de 1934 não encontrou o mesmo tratamento pela Constituição de 1937, a qual, através do seu artigo 122, inciso 14, relegou à regulamentação extraconstitucional a definição do conteúdo e limites do exercício daquele direito. O texto constitucional de 1946,

retornando à imposição do limite ao uso da propriedade no texto constitucional, determinou em seu artigo 147 que o uso da propriedade era condicionado ao bem-estar social.

A Constituição de 1967, em seu artigo 160, III, pela primeira vez utiliza a expressão “*função social da propriedade*” ao enumerar aquela como um dos princípios basilares da ordem econômica e social, redação esta que fora mantida em sua integralidade a partir da edição da Emenda 1/1969, mantendo o tratamento do tema no mesmo artigo 160 do texto emendado.

O atual texto constitucional conectou de forma indissociável o direito de propriedade à observância de sua função social, já impondo o referido limite como uma das garantias fundamentais coletivas, a partir do artigo 5^a, inciso XXII, nestes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Ademais, o título correspondente à ordem econômica e financeira, a partir do artigo 170 do texto constitucional, apresenta a propriedade privada e a sua função social como princípios gerais daquela, ratificando a conexão entre a propriedade e sua função social.

O constituinte de 1988 ampliou a função da propriedade, ultrapassando a sua função social e conferindo à mesma uma dimensão ambiental, conforme se afere dos artigos 182, § 2º e 186, II da Constituição Federal, nestes termos:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

Ainda, a proteção ambiental é apresentada como outro dos princípios norteadores da ordem econômica e social, princípio este normatizado pelo citado artigo 170, inciso VI da Constituição Federal.

A Constituição brasileira, conforme entendimento de Antonio Herman Benjamin⁵ fora influenciada pela alteração do paradigma da exploração econômica dos bens ambientais, sendo que a necessária observação da função social e ambiental da propriedade veio a dar ao direito fundamental de propriedade limites que permitem a sua exploração apenas quando observados aqueles princípios norteadores.

Neste mesmo sentido, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer traduzem, em brilhante passagem, o que chamam de “consagração da função socioambiental ou ecológica” da propriedade, nos seguintes dizeres:

a “constitucionalização” do direito de propriedade, juntamente com a consagração constitucional da sua função socioambiental ou ecológica (art. 186, II, da CF/1988), reforçam a perspectiva normativa dos *deveres fundamentais* de proteção ecológica conferida aos proprietários, o que também se verifica através da *eficácia do direito fundamental ao ambiente – e também dos direitos sociais – nas relações entre particulares*. Em outras palavras, pode-se dizer que toda a teia normativa delineada acima tem por objetivo impor ao titular do direito de propriedade (e também ao possuidor) um conjunto de obrigações de cunho ecológico, o que se coloca como premissa ao alcance de uma comunidade político-estatal social e ecologicamente sustentável. (*grifo no original*)⁶.

A proteção ao meio ambiente é um dos princípios fundamentais inseridos na Constituição Federal de 1988 e, como tal, irradia-se sobre todo o sistema, inclusive, portanto, sobre a função da propriedade que deve, assim, obedecer igualmente ao princípio da proteção ambiental, configurando o que a doutrina chama de “função socioambiental da propriedade”.⁷

Assim, a partir da constitucionalização da função ecológica do direito à propriedade, a legislação infraconstitucional igualmente atribuiu à propriedade a dimensão ecológica, conforme se observa especialmente do Código Civil brasileiro de 2002, em seu artigo 1228, § 1º que, ao definir os limites do direito de propriedade, assim disciplina:

⁵ Antonio Herman Benjamin *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 72.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 268.

⁷ HUMBERT, Georges Louis Hage. **Direito urbanístico e função socioambiental da propriedade imóvel urbana**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.120/121.

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Paulo Affonso Leme Machado, ao discorrer sobre o direito de propriedade e a necessária observação do interesse público em seu exercício, bem leciona ao afirmar que “a propriedade não é um direito individual que exista para se opor à sociedade, é um direito que se afirma na comunhão com a sociedade”⁸. No mesmo sentido Fábio Konder Comparato⁹ que trata o direito de propriedade como um “direito-meio” e não como um “direito-fim”, sustentando que este é um instrumento para garantia da proteção de direitos fundamentais, privilegiando, assim, o interesse social acima do interesse particular.

A função ambiental da propriedade, a partir do acolhimento constitucional, é tratada pela doutrina como um dos princípios basilares do Direito Ambiental, a ponto de inserir uma nova diretriz ao direito de propriedade, gerando ao titular daquela, além de direitos inerentes à mesma, deveres correlatos que devem ser respeitados e cumpridos para garantir o exercício do direito fundamental de propriedade. Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer resumem este entendimento na seguinte passagem

registra-se a compreensão ora defendida, no sentido de ser a propriedade um *direito-dever fundamental*, visto que, associados ou conexos ao direito de propriedade, conjugam-se diversos deveres que incidem sobre a conduta do seu titular. (*grifo no original*)¹⁰

A dimensão de dever fundamental inerente ao direito de propriedade diante de sua função socioambiental é bem analisada por Antonio Herman

⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 22.ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 870.

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José (org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 143-145.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 104.

Benjamin¹¹ que referente à existência de uma “tríade de deveres”, assim compostos: *dever de defender*, *dever de reparar* e *dever de preservar*, sendo que o último alcança tanto a proibição de poluição como obrigação de impedimento que terceiro também polua.

Do todo exposto até aqui, tem-se que a propriedade e o direito ao seu exercício não são mais absolutos, sofrendo limitações que garantam o respeito à sua função socioambiental, não sendo vista como um *direito fundamental* puro por essência, sendo atribuída à mesma uma dimensão de *dever fundamental*, que confere ao proprietário não apenas o direito de sua fruição, mas igualmente deveres positivos e negativos inerentes à mesma.

Georges Humbert, bem apanha ao lembrar que “declinar uma função socioambiental para a propriedade como dever jurídico é, em última análise, garantir o próprio direito de propriedade”¹².

A constitucionalização da função ecológica do direito de propriedade e a sua caracterização como um *direito-dever fundamental* impõe ao Poder Público, através do artigo 225, parágrafo primeiro, inciso III, a definição de espaços especialmente protegidos, nestes termos:

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;

Na esteira da obrigação constitucional imposta ao Poder Público de definição de locais de preservação ambiental surgem as limitações administrativas ao exercício da propriedade, que são realizadas através das

¹¹ BENJAMIN, Antonio Herman. Função ambiental. In BENJAMIN, Antonio Herman (coord.). **Dano ambiental: preservação, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 56.

¹² HUMBERT, Georges Louis Hage. **Direito urbanístico e função socioambiental da propriedade imóvel urbana**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 122.

Áreas de Preservação Permanente (APP)¹³ e Áreas de Reserva Legal¹⁴ que afetam o exercício do direito à propriedade, especificamente na área rural e que serão melhor analisadas no ponto seguinte do presente artigo.

Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer apresentam a relevância dos institutos para a proteção ambiental e a garantia do desenvolvimento sustentável, ao definirem que estes institutos

objetivam a proteção dos solos e do ecossistema florestal como um todo – e, no caso da área de preservação permanente, também do equilíbrio ecológico da área urbana -, de modo a evitar erosões e deslizamentos de terra, além de serem fundamentais para a proteção dos recursos hídricos, preservação da biodiversidade e fertilidade do solo, além de manutenção do microclima, entre outros serviços ambientais. A isso se soma também a importância de tais institutos para amenizar os efeitos negativos das mudanças climáticas, especialmente nos casos de episódios climáticos extremos (por exemplo, grande intensidade de chuvas em curto espaço de tempo)¹⁵.

A proteção ao meio ambiente é uma conquista da sociedade ao longo dos tempos, sendo que os mecanismos administrativos de limitação do exercício da propriedade que garantem a observação de sua função socioambiental igualmente vêm sofrendo alterações.

No ano de 1965 fora editada a Lei nº 4.771/65, Código Florestal da época, o qual fora fruto das preocupações ambientais que dominavam as pautas internacionais no final da década de 60 e início de 70. Ao longo do tempo, o Código Florestal de 1965 sofreu alterações que aumentaram o seu grau de proteção, como através da Lei nº 7.511/86 que culminou na ampliação das áreas de preservação permanente ao longo de cursos d'água.

No ano de 2001, através da edição da Medida Provisória nº 2.166 houve a modificação da definição de áreas de preservação permanente e reserva legal, normatizando a possibilidade de intervenções em áreas de preservação permanente quando existente utilidade pública e interesse social,

¹³ Definição de Área de Preservação Permanente – APP – apresentada pela Lei 12.651/2012 (Código Florestal): área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

¹⁴ Definição de Área de Reserva Legal apresentada pela Lei 12.651/2012: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa;

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 104, p. 315-316.

bem como houve a regulamentação das possibilidades de compensação da reserva legal.

Mesmo nascido em outro momento histórico, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer classificam o Código Florestal de 1965 como um dos “mais importantes marcos normativos da proteção ambiental no cenário jurídico brasileiro”¹⁶, destacando a sua importância na preservação florestal.

Em maio de 2012 fora publicada a Lei nº 12.651 que instituiu o novo Código Florestal, o qual sofrera desde a sua concepção diversas críticas, especialmente quanto à redução das áreas de reserva legal e área de preservação permanente, o que aumentaria a utilização econômica das propriedades rurais¹⁷.

José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala¹⁸, ao analisarem o novo Código Florestal que entrou em vigência a partir de 2012, demonstram a sua preocupação com o que chamaram de “déficit de proteção” originado a partir de um retrocesso normativo introduzido por aquele, especialmente na inserção de variados graus de flexibilização na proteção dos espaços ou recursos que se encontravam protegidos pelo anterior código florestal de 1965. Os autores assim demonstram a preocupação com as consequências da nova legislação:

um Código Florestal que não consegue demonstrar sua capacidade de proteger as pessoas e os processos ecológicos essenciais para que a vida possa se desenvolver, e que não consegue veicular uma relação de indivisibilidade entre as liberdades econômicas e a conservação dos recursos naturais, propõe de forma ostensiva, que os recursos naturais não poderão ser explorados de forma duradoura¹⁹.

A nova legislação trouxe um claro retrocesso em matéria de proteção ambiental, o que é reconhecido pela doutrina especializada, conforme se afere do entendimento de Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer que assim encerram:

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 314.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 315.

¹⁸ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 5. ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 371.

¹⁹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 5. ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 376.

a nova legislação florestal entra em absoluta rota de colisão com o bloco legislativo ambiental consolidado no ordenamento jurídico brasileiro ao longo de aproximadamente três décadas, especialmente na esfera federal, resultado de um longo processo de evolução no campo de luta política pela proteção ambiental²⁰.

Desta forma, constata-se que a alteração legislativa que alterou o código florestal brasileiro a partir da Lei nº 12.651/2012 reduziu os níveis de proteção ao meio ambiente que haviam sido conquistados socialmente ao longo dos tempos. Neste sentido, a nova legislação encontra questionamento quanto à sua constitucionalidade, uma vez que não observou princípio fundamental do Direito Ambiental Constitucional, a saber a proibição de retrocesso socioambiental, conforme será analisado no próximo ponto do presente estudo.

2. Do princípio da proibição de retrocesso e a sua aplicação sobre o novo Código Florestal: questionamento da constitucionalidade das flexibilizações introduzidas pela Lei nº 12.651/2012

No direito brasileiro, a proibição de retrocesso é princípio constitucional implícito, reflexo da matriz jurídica de outros princípios definidos pela lei maior, dentre os quais se podem citar o princípio do Estado democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direito fundamental e o princípio da segurança jurídica.

O princípio em comento foi tratado pelo jurista alemão Shulte²¹ como “uma blindagem das garantias do Estado Social”, sendo que a melhor definição para conceituação daquele em nossa doutrina foi apresentada por Sarlet e Fensterseifer, para quem

a proibição de retrocesso [... diz respeito mais especificamente a uma garantia de proteção dos direitos fundamentais (e da própria dignidade humana) contra a atuação do legislador, tanto no âmbito constitucional quanto - e de modo especial - infraconstitucional (quando estão em causa medidas legislativas que impliquem

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 315.

²¹ SHULTE, 2003 *apud* FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção ao meio ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 259.

supressão ou restrição no plano das garantias e dos níveis de tutela dos direitos já existentes), mas também proteção em face da atuação da administração pública²².

O constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, ao analisar a limitação que a proibição de retrocesso impõe à atuação do Estado, lembra que a partir daquele é vedado ao Poder Público “adoptar novas políticas que se traduzam em retrocesso retroactivo de posições jurídico-ambientais fortemente enraizadas na cultura dos povos e na consciência jurídica geral”²³.

Aplicando-se esse princípio diretamente ao direito fundamental ao meio ambiente sadio, extraem-se os elementos essenciais daquele, podendo o qualificar como uma garantia constitucional ao bloco normativo já consolidado do direito fundamental ao meio ambiente sadio, garantia esta impeditiva de que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário atentem contra aqueles através de reformas legislativas ou atos e decisões administrativas e judiciais que tenham como consequência a redução ou supressão dos direitos já conquistados pelos cidadãos na matéria, ou ainda atinjam a efetividade daquelas garantias normativas.

O princípio da proibição do retrocesso ambiental tem como campo de atuação o núcleo essencial do direito fundamental protegido, garantindo que não haja retrocesso na base normativa que protege e garante a eficácia do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A defesa do núcleo essencial do direito fundamental é fonte de garantia da dignidade humana, sendo norma constitucional expressa na Constituição alemã que, em seu artigo 19.2, define que “*em caso algum pode um direito fundamental ser afetado no seu conteúdo essencial*”. A Constituição brasileira não apresenta uma defesa explícita do núcleo essencial dos direitos fundamentais como a alemã, todavia isso não significa que a garantia do mesmo não exista. Conforme lembra Gilmar Mendes, para quem “embora o texto não tenha consagrado expressamente a ideia de núcleo essencial,

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 294.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 26.

afigura-se inequívoco que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte”²⁴.

Dessa forma, tem-se por princípio da proibição de retrocesso socioambiental, em sua primeira dimensão, uma garantia constitucional implícita de proteção do núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente, impedindo que haja a redução ou extinção de garantias conquistadas e que atinjam o núcleo essencial deste direito fundamental. Qualquer medida que viole este núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente estará viciada pela inconstitucionalidade.

O Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, vem invocando em diversos julgamentos o *princípio da proibição de retrocesso* para fundamentar suas decisões, citando-se, como paradigma, o julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 745.745/MG de relatoria do Ministro Celso de Mello:

O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou a omissão governamental, conferiu real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção, e, desse modo, viabilizou o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público.

Para além de todas as considerações que venho de fazer, há, ainda, um outro parâmetro constitucional que merece ser invocado no caso ora em julgamento.

Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.²⁵

O princípio da proibição de retrocesso ambiental, além do plano de proteção a medidas que acarretem a extinção ou restrição direitos de direitos fundamentais, opera em uma segunda dimensão, quando igualmente reflete um *dever da progressividade*, que pode ser traduzido na obrigação do Poder Público de, além de não retroceder na efetividade do direito fundamental posto, permanentemente buscar a melhora nas condições legais e fáticas para a

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 309.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 745.745/MG. Município de Belo Horizonte *versus* Ministério Público de Minas Gerais. Relator: Ministro Celso de Mello. Acórdão Publicado no Diário da Justiça da União de 02 dez. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

ampliação e efetivação do direito ao meio ambiente sadio e que acarretará, por consequência, reflexos no direito à vida e na dignidade humana.

O novo Código Florestal, Lei nº 12.651/2012, ao apresentar redução na carga de proteção aos bens ambientais caminha em sentido contrário ao princípio constitucional da proibição de retrocesso, visto que a flexibilização da legislação protetiva reduz os níveis de proteção em claro retrocesso às conquistas sociais em matéria de preservação ao longo dos tempos.

Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer ao analisarem tal matéria igualmente apontam para a infração ao princípio da proibição de retrocesso a partir da edição do novo Código Florestal, neste sentido:

assim, quando se parte para a análise da “onda de flexibilização” da legislação ambiental brasileira, sobretudo no campo florestal, em face da garantia constitucional da proibição de retrocesso socioambiental, toda teia normativa de proteção dos direitos fundamentais – liberais, sociais e ecológicos – faz peso na balança no sentido de caracterizar a inconstitucionalidade das “flexibilizações” legislativas que venham a comprometer a proteção hoje dispensada a eles. (317)

Com a entrada em vigor do novo Código Florestal, e diante da latente redução na proteção ambiental trazida por aquele, a Procuradoria Geral da República ingressou com três Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, ADI's 4901, 4902 e 4903 que ainda pendem de julgamento, todas sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, questionando dispositivos da Lei nº 12.651/2012 consideradas inconstitucionais por fragilizarem o regime de proteção ambiental.

Nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade referida estão sendo questionadas as alterações legislativas apresentadas pela Lei nº 12.651/2012 que reduziram o limite de proteção havido pelo Código Florestal de 1965, em especial quanto às em especial das áreas de preservação permanente e reserva legal, requerendo a Procuradoria-Geral da República a declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos atacados.

A partir da constatação da redução na proteção ambiental, atingindo, inclusive, o núcleo essencial da proteção, a declaração de inconstitucionalidade da legislação é medida que se impõe, conforme bem lecionado por Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer:

se verificar violação ao conteúdo essencial do direito fundamental que sofreu limitações legislativas – no caso, o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente e também ao próprio mínimo existencial socioambiental, como ocorre de forma cristalina nas alterações levadas a efeito pelo Código Florestal Brasileiro -, impõe-se a decretação da inconstitucionalidade da legislação em questão²⁶.

O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal, e segundo competência definida pelo artigo 102, I, 'a' da Constituição de 1988, deverá julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidades propostas pela Procuradoria Geral da República, analisando se os dispositivos da Lei nº 12.651/2012 que flexibilizaram as regras de proteção ambiental atingiram o núcleo essencial da proteção dos bens ambientais a ponto de sofrerem a limitação do princípio constitucional da proibição de retrocesso, o que, se constatado, levará à declaração da inconstitucionalidade daqueles dispositivos e o retorno ao nível de proteção perdido.

Conforme lição de Luis Roberto Barroso, ao haver a institucionalização de um nível de proteção ambiental, aquele “se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”²⁷. As Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade buscam exatamente a garantia desta incorporação ao patrimônio social do nível de proteção havido anteriormente às alterações introduzidas pelo novo Código Florestal, requerendo a declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos que reduziram este nível de proteção.

Assim, a função socioambiental da propriedade, como *direito-dever fundamental* limitador do amplo exercício do direito à propriedade deve ser garantida em todos os seus níveis de proteção ambiental. Ao Poder Público cabe implementar restrições administrativas que garantam a proteção do bem ambiental de forma evolutiva. Eventual retrocesso legislativo nestes níveis de proteção ambiental, como apresentado pela flexibilização de proteção introduzida pelo novo Código Florestal, ferem o princípio constitucional da proibição de retrocesso, devendo, portanto, o dispositivo legal que promoveu o retrocesso ser declarado inconstitucional no que assim infringir, retornando-se ao nível de proteção anterior conquistado socialmente ao longo dos tempos,

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 317.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

em respeito, inclusive, ao princípio da dignidade humana e todos os reflexos decorrentes daquele.

Considerações finais

O princípio da proibição do retrocesso socioambiental trata de importante mecanismo de garantia das conquistas em matéria ambiental alcançada pela sociedade ao longo do tempo. Os seus efeitos são lançados sobre todas as medidas legislativas e administrativas que representem retrocesso na dimensão protetiva alcançada pela sociedade.

A flexibilização das medidas administrativas de limitação do exercício do direito de propriedade, promovida pela edição do novo Código Florestal, as quais resultaram na redução da qualidade de proteção dos bens ambientais, estão no campo de incidência do princípio da proibição de retrocesso e sob tal influência devem ter sua constitucionalidade questionada.

A doutrina especializada vem questionando a constitucionalidade de tais normas desde a discussão do projeto do novo Código Florestal que acabou sendo promulgado sob a Lei nº 12.651 no ano de 2012. Todavia, neste momento, a discussão ultrapassa o campo acadêmico e ingressa no Poder Judiciário a partir do ajuizamento das ADI's nº 4901, 4902 e 4903 por parte da Procuradoria Geral da República que discutem, exatamente, a constitucionalidade de determinados dispositivos da nova lei a partir de seu caráter de retrocesso no âmbito da proteção ambiental.

Cabe ao Supremo Tribunal Federal, a partir da competência que a Constituição Federal lhe atribuiu, discutir e decidir quanto à constitucionalidade dos dispositivos atacados sob este argumento ADI's 4901, 4902 e 4903, decidindo, em última análise, se o princípio da proibição de retrocesso tem efetiva aplicação ou não passa de princípio constitucional vazio e limitado às discussões acadêmicas.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

BENJAMIN, Antonio Herman. Função ambiental. In BENJAMIN, Antonio Herman (coord.). **Dano ambiental**: preservação, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Brasília, 2002. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 10 dez. 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1824**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 10 dez. 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1891**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 10 dez. 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1934**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 10 dez. 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1937**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 10 dez. 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1946**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 10 dez. 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1967**. Brasília, 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 10 dez. 2015.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1 de 1969**. Brasília, 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 10 dez. 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 dez. 2015.

BRASIL. **Lei nº 4.771 de 1965**. Brasília, 1965. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4771.htm>. Acesso em 10 dez. 2015.

BRASIL. **Lei nº 12.651 de 2012**. Brasília, 2012. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em 10 dez. 2015.

BRASIL. **Medida Provisória 2.166 de 2001**. Brasília, 2001. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2166-67.htm>. Acesso em 10 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 745.745/MG. Município de Belo Horizonte *versus* Ministério Público de Minas Gerais. Relator: Ministro Celso de Mello. Acórdão Publicado no Diário da Justiça da União de 02 dez. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José (org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

FERREIRA, Heline Sivini. Política ambiental constitucional. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção ao meio ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Direito fundamental ao meio ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Carla Amado. **Direito ambiental**: o ambiente como objeto e os objetos do direito do ambiente. Curitiba: Juruá, 2010.

HUMBERT, Georges Louis Hage. **Direito urbanístico e função socioambiental da propriedade imóvel urbana**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 5. ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 22.ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 1993.

MILARÉ, Edis. **Direito ao Ambiente**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Direito constitucional ambiental**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1994 .

_____. **Direito ambiental constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.