

A RELAÇÃO EXISTENTE ENTRE O MEIO AMBIENTE E OS DIREITOS HUMANOS: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO COM A VEDAÇÃO DO RETROCESSO

Francini Imene Dias Ibrahin¹

Sumário: 1. O meio ambiente e os direitos humanos – 2. O direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado - 4. O direito ao meio ambiente no sistema global e regional de direitos humanos – 5. O direito ao meio ambiente como direito fundamental no sistema específico de proteção – 6. Hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil – 7. A vedação do retrocesso dos direitos humanos e a obrigatoriedade de sua aplicação – 8. A vedação do retrocesso no contexto constitucional – 9. O controle de constitucionalidade e convencionalidade das leis e a vedação do retrocesso – 10. O princípio do núcleo duro ou núcleo essencial na interpretação constitucional e a vedação do retrocesso nos tribunais.



1 O MEIO AMBIENTE E OS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos formam um conjunto de direitos e garantias de um ser humano com finalidade de assegurar a dignidade da pessoa humana, estabelecendo-se condições

¹ Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas da Universidade Federal do Amapá – UNIFAP, Especialista em Direito Administrativo pela PUC/SP, advogada e professora de Direito Público.

mínimas de vida, ensejando a proteção contra abuso e arbítrio estatal.

A dignidade da pessoa humana representa tudo o que alguém necessita para uma existência digna. Os discursos existentes quanto à dignidade da pessoa humana têm forte e intenso apelo emotivo, mas a sua percepção sentimental não basta, torna-se necessária a existência de bases sólidas para sua efetiva aplicação.

Rocha (1999) explica que a dignidade humana é um direito pré-estatal, independe de merecimento pessoal ou social, é inerente à vida, é dita como condição superior do homem, como ser de razão e sentimento.

É comum, em boa parte da doutrina, a exemplo de Mazzuoli (2006), distinguir as expressões direito do homem, direitos fundamentais e direitos humanos.

Direitos do homem são direitos naturais, não positivados e que não se encontram nos textos constitucionais ou nos tratados internacionais de direitos humanos. Já Direitos Fundamentais são aqueles direitos inscritos na Constituição, aptos a proteger qualquer pessoa no âmbito interno.

Por sua vez, os direitos humanos são direitos positivados nos tratados ou costumes internacionais (Mazzuoli, 2006) que asseguram a toda e qualquer pessoa, independentemente de sua cor, sexo, religião, idade, nacionalidade ou qualquer outro requisito, a qualidade de detentora de direitos humanos, bastando, então, apenas a sua simples existência. Ou seja, são aqueles direitos que já ascenderam ao patamar do Direito Internacional Público.

Os vínculos existentes entre o meio ambiente e os direitos humanos são de fácil observação, seja porque em seu conteúdo se identificam prescrições de direitos fundamentais básicos, seja pelo simples fato de que a degradação ambiental gera violações aos direitos humanos.

Urge compreender os direitos humanos de forma

unificada, justamente para verificar que o comprometimento de um direito humano pode impedir a fruição de outros.

O direito ambiental e os direitos humanos se fortalecem mutuamente e, em última análise, não pode um existir sem o outro. Os dois, com efeito, se retroalimentam, não havendo como abordar a temática do meio ambiente sem um sólido estudo dos direitos humanos. Os direitos humanos são a alma e o direito ao meio ambiente o corpo, necessitando caminhar juntos para que se tenha vida.

Mazzuoli (2006) explica que:

Dentro dessa perspectiva, o direito a um meio ambiente sadio e equilibrado configura-se uma extensão ou corolário lógico do direito à vida, sem a qual nenhum ser humano pode vindicar a proteção dos seus direitos fundamentais violados.

Lembra Carvalho (2009) que o gozo dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente depende umbilicalmente do ambiente, relacionando-o com o direito à vida e à saúde, afirma que:

O homem não pode sobreviver mais do que quatro minutos sem respirar, mais de uma semana sem beber água e mais de um mês sem se alimentar; sendo a terra o único local conhecido do universo que o ser humano pode respirar, tomar água e alimentar-se.

Pode-se reafirmar tais questões a partir de Trindade (1993) que demonstra a ligação existente entre os direitos humanos e meio ambiente. Segundo esse teórico:

Embora tenham os domínios da proteção do ser humano e da proteção ambiental sido tratados até o presente separadamente, é necessário buscar maior aproximação entre eles, porquanto correspondem aos principais desafios do nosso tempo, a afetarem em última análise os rumos e

destinos do gênero humano.

A perpetuação da espécie humana, a vida e a saúde das pessoas são colocadas em risco pela degradação ambiental, fato esse que por si só justifica a preocupação de toda humanidade.

Observa Carvalho (2005) que:

A relação entre direitos humanos e proteção ambiental é bastante evidente e inegável. Sem um meio ambiente saudável ou ecologicamente equilibrado não se pode gozar dos básicos direitos reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. A poluição generalizada da água, do ar e do solo, bem como a contaminação dos alimentos, acarretam graves problemas à saúde e à sobrevivência principalmente das populações mais vulneráveis.

Em 1994 foi elaborado por diversos juristas entre estes, Antônio Cançado Trindade e Alexandre Kiss, um esboço de uma Declaração de Princípios de Direitos Humanos e Meio Ambiente, no escritório das Nações Unidas em Genebra, dirigindo-se expressamente à ligação entre os direitos humanos e o meio ambiente.

Deve-se ressaltar que a Comissão de Direitos Humanos da ONU, em 1990, adotou a resolução 45, intitulada Direitos Humanos e Meio Ambiente, reconhece a relação existente entre o meio ambiente e os direitos humanos.

Ademais, a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 – Conferência Mundial sobre Direitos Humanos faz referência expressa no sentido de que:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase (...).

A necessidade de acentuar a relação existente entre os

direitos humanos e o meio ambiente tornou-se necessária para demonstrar a dependência entre eles existente. A vida tem como pré-requisito o meio ambiente sadio e equilibrado. O Direito Ambiental depende do exercício dos direitos humanos para ter eficácia, por meio do direito à informação, à liberdade de expressão, à participação, à educação, etc.

A jurisprudência internacional também tem caminhado no sentido de reconhecer a ligação existente entre o meio ambiente e os direitos humanos, a exemplo da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quando do julgamento do caso “la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua”² em que foi reconhecido o direito humano de uma comunidade viver em suas terras, de tê-las demarcadas, de adquirir titulação de tais terras, respeitando-se os seus valores, usos e costumes, declarando-se violação aos artigos 21(direito de propriedade) e 25 da Convenção Americana de direitos humanos (direito de proteção judicial), assim constou:

Em alguns contextos históricos os direitos humanos são garantidos e podem ser plenamente exercidos, se reconhecem os direitos da coletividade e a comunidade da qual essa pessoa vive desde o nascimento, que é parte e que dá os elementos necessários para se sentir completamente realizada como ser humano, o que significa

² “En ciertos contextos históricos los derechos de la persona humana se garantizan y se pueden ejercer plenamente sólo si se reconocen los derechos de la colectividad y de la comunidad a la que pertenece esta persona desde su nacimiento y de la que forma parte y la cual le da los elementos necesarios para poder sentirse plenamente realizado como ser humano, que significa también ser social y cultural. La contraposición de esta afirmación es que, al violarse los derechos de una comunidad de seguir subsistiendo como tal y de poder reproducirse como unidad e identidad, se violan una serie de derechos humanos básicos: el derecho a la cultura, la participación, la identidad, la sobrevivencia; esto lo han demostrado numerosos estudios sobre pueblos y comunidades indígenas en Latinoamérica”. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=15>. Acesso em: 02 fev. 2011.

também um bem social e cultural. O contrário disto é que, ao violar os direitos de uma comunidade a continuar a viver como tal, podem se reproduzir como unidade e identidade, violando uma série de direitos humanos fundamentais: o direito à cultura, participação, identidade, sobrevivência, isto tem sido comprovada por inúmeros estudos sobre os povos indígenas e comunidades na América Latina. (tradução nossa).

E, ainda, quando da decisão proferida pela Corte Européia de Direitos Humanos no caso “Lópes Ostra vs.Espanha”, decidiu-se que a omissão do governo em impedir o funcionamento de instalações causadoras de severa poluição constitui violação ao artigo 8º da Convenção Européia de Direitos Humanos, que assegura o respeito à vida privada, familiar e à moradia³.

Diferentemente não têm sido as decisões proferidas pelos tribunais brasileiros, a exemplo da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3540-DF⁴, em 03/02/2006, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, em que constou:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável,

³ Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/gentkpps/pr-fr.asp?16798/90>>. Acesso em: 02 fev. 2011.

⁴ Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>>. Acesso em 20 mar. 2010.

representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral.

Nesta esteira, encontra-se o Recurso Especial⁵ 931060 / RJ, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo como Relator o Ministro Benedito Gonçalves, em que igualmente vislumbrou-se a ligação existente entre os direitos humanos e o meio ambiente, restando assegurado, sob o prisma dos direitos humanos, aos remanescentes das comunidades quilombolas, a titulação definitiva de imóvel sobre o qual mantinham a posse de boa-fé há mais de 150 (cento e cinquenta) anos.

Pode-se citar ainda o acórdão⁶ (2000.39.02.000141-0/PA) proferido em 23/04/2007, pela 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em que foi relator o Desembargador Federal Souza Prudente, constando em um dos trechos que:

Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo que "o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os

⁵Disponível

em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=direitos+e+humanos+e+meio+e+ambiente&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 fev. 2011

⁶ Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/default.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2011.

demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.

Nesse passo, percebe-se que em todas as vozes existentes durante todos os discursos acerca de meio ambiente, temos a demonstração da ligação entre o meio ambiente e os direitos humanos, como fundamento e necessidade para a sobrevivência da humanidade, fato esse que ainda hoje se faz presente em nosso ordenamento.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SADIO E EQUILIBRADO

Os direitos fundamentais são aqueles positivados na Constituição, que internamente protegem o cidadão, retirando seu suporte e validade da dignidade da qual toda pessoa é detentora.

A vontade constitucional de 1988 foi de priorizar os direitos e garantias fundamentais. Piovesan (2009) bem afirma que é sob a perspectiva dos direitos que se afirma o Estado, alertando para o fato de que antes da Constituição Federal de 1988, as Constituições anteriores, a exemplo de 1967, eram petrificados temas afetos ao Estado e não aos direitos.

A Constituição de 1988 instituiu aplicabilidade imediata às normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, nos termos do artigo 5º, § 1º, reforçando a imperatividade de tais normas.

Explica Canotilho (2002) que a aplicação direta significa

que eles valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição, mas também que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa.

Vale dizer ainda que a Carta de 1988 foi a primeira Constituição a adotar a prevalência dos direitos humanos, como princípio fundamental a reger as relações internacionais em seu artigo 4º, inciso II.

A prevalência dos direitos humanos surge na Constituição de 1988, como forma de limitar a atuação da soberania estatal, bem como de contribuir e reforçar a força dos tratados internacionais de direitos humanos formalizados pelo Brasil.

Na visão de Piovesan (2009) a prevalência dos direitos humanos implica engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, como também na busca da integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira, bem como no compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados que desrespeitem gravemente os direitos humanos.

Barroso (2001) ensina que os princípios fundamentais contêm decisões políticas estruturais do Estado e sintetizam os principais valores da ordem jurídica instituída, sendo dirigida aos três Poderes, condicionando a interpretação e aplicação de todas as regras jurídicas, assegurando a unidade sistemática da Constituição.

Mello (1986) alerta que a violação de um princípio é muito maior do que transgredir uma norma, implicando ofensa a um sistema de comandos, caracterizando a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

É mister destacar que o artigo 5º, §2º da Constituição Federal de 1988 determina que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Assim, os direitos constantes dos tratados de direitos humanos, de que o Brasil faz parte, integram o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados.

Neste sentido posiciona-se Piovesan (2009) para quem:

Ora, ao prescrever que os “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, a *contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos.

Diferente não é o entendimento de Trindade (1994) ao afirmar que ocorreu um acréscimo aos direitos constitucionalmente assegurados, dos direitos e garantias constantes dos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil é parte, buscando com isso uma maior proteção da pessoa humana no plano internacional e constitucional.

Neste cenário, o valor supremo e núcleo essencial da Constituição Federal Brasileira de 1988 é a dignidade da pessoa humana. É cediço que não há como se ter vida digna, ou mesmo sobrevivência, sem o meio ambiente sadio e equilibrado.

Fiorillo (2003) dá tratamento de direito humano fundamental ao meio ambiente, assim como o direito à vida, interessado em proteger os valores fundamentais da pessoa humana e indispensáveis à toda população brasileira.

O direito a um meio ambiente saudável e equilibrado é um direito fundamental, porque previsto em nossa Constituição e enquadrado como tal em seu artigo 225. É um direito humano positivado e protegido em diversos tratados internacionais no sistema global e regional, geral e específico.

Barroso (2001) explica que as normas definidoras de direitos possibilitam o jurisdicionado exigir do Estado ou de qualquer outro destinatário da regra, prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nelas previstos.

Já se julgou⁷, inclusive, que um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado representa um bem e interesse transindividual, garantido constitucionalmente a todos, estando acima de interesses privados.

Percebe-se a presença da preocupação quanto ao esgotamento dos recursos naturais, aos impactos provocados pela grande indústria e pela agricultura sobre o meio ambiente com ameaça de modificar a vida das espécies e do homem no planeta terra, inter-relacionando o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado à própria sobrevivência da vida.

3 DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Tradicionalmente os direitos humanos são divididos em três gerações ou dimensões com fundamento no decorrer da história.

Bonavides (2008) explica que os direitos da primeira geração seriam os direitos da liberdade, os direitos civis e políticos, que têm por titular um indivíduo, são de resistência ou de oposição perante o Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa. Os direitos de segunda geração são os direitos de igualdade, os direitos sociais, culturais e econômicos, os direitos coletivos ou de coletividade. Já os direitos de terceira geração seriam os direitos de fraternidade, têm por destinatários o gênero humano, apontando como o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. Alerta,

⁷ Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Cível 19980410096842/SC, j. 18/12/2002, Relator Desembargador Federal Joel Ilan Paciornik.

ainda, para a existência de uma quarta geração de direitos humanos, presente no direito à democracia, à informação e o direito ao pluralismo. Acrescentando ainda, uma quinta geração de direitos humanos caracterizada pelo direito à paz.

Ferreira Filho (2010) informa que o termo gerações indica os grandes momentos de conscientização em que se reconhecem famílias de direitos, com características comuns e peculiares; esclarecendo que a primeira, segunda e terceira geração dos direitos complementaria o lema da revolução francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Várias são as críticas existentes quanto à divisão dos direitos humanos em gerações ou dimensões. Weis (1999) assegura que a ideia geracional de direitos pode levar a justificar políticas públicas que não reconhecem a indivisibilidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais em detrimento dos direitos econômicos, sociais e culturais ou do respeito aos direitos civis e políticos.

Lembra ainda Trindade (1991) que esta noção faz-se, em muitos casos, supor que os direitos humanos se sucedem ou se substituem, enquanto, em verdade, eles se expandem, se acumulam e se fortalecem, revelando sua natureza complementar.

Observa Mazzuoli (2010) que:

Os direitos humanos contemporâneos não se dividem ou sucedem em “gerações”, mas se conjugam e se fortalecem em prol dos direitos de cada ser humano. Assim, pode-se dizer que tais direitos têm conteúdo indivizível, rechaçando-se a tradicional classificação das “gerações de direitos” em prol dos direito de todos os seres humanos. Esta indivisibilidade está ligada à falsa ideia de que os “direitos de liberdade” (direitos civis e políticos) sobrevivem perfeitamente sem os “direitos de igualdade” (direitos econômicos, sociais e

culturais). A ideia é realmente falsa e há fraqueza lógica na sua construção. Tomando-se como exemplo o clássico direito à vida (direito de conteúdo liberal), pode-se facilmente constatar que esse direito não se limita à vida física, abrangendo também todos os desdobramentos decorrentes das condições que esta mesma vida deve ter para que seja realizada em sua plenitude, condições estas decorrentes dos direitos econômicos, sociais e culturais (direitos de igualdade). A ideia, portanto, é a de complementariedade dos direitos humanos e não de divisão desses mesmos direitos em gerações.

A indivisibilidade e unidade dos direitos humanos foi expressamente reconhecida pela 32ª Assembléia Geral da ONU, em sua resolução 32/130, de 16 de dezembro de 1977, ao enunciar que todos os direitos humanos e liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes, determinando que igual atenção e urgência deve ser dada à implementação, promoção e proteção dos direitos civis e políticos, bem como, dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Percebe-se que a todo o tempo são acrescidos novos direitos humanos, não há propriamente sucessão ou gerações ou dimensões. Temos sim, um todo de direitos humanos, assegurados a qualquer cidadão em qualquer parte do planeta. Aceitar a visão fragmentária dos direitos humanos em gerações ou dimensões é entender que em algum momento histórico determinado direito humano existiu e posteriormente foi substituído por outro de outra geração. Assiste razão a Arendt (1990), ao tratar os direitos humanos como um dado, um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.

O desenvolvimento dos direitos humanos deve ser

encarado sob o prisma da indivisibilidade, interdependência, inter-relacionariedade e inexauribilidade, que também representam e configuram características de direitos humanos que serão explicadas mais à frente.

A indivisibilidade dos direitos humanos orienta toda e qualquer espécie de interpretação dos direitos humanos, logo a teoria geracional mencionada somente pode ser utilizada como forma de apontar a evolução dos direitos humanos, mas não pode servir para excluir ou reduzir qualquer espécie de direito. Note-se que em 1968 em Teerã, e em 1993, em Viena, nas Conferências da Organização das Nações Unidas sobre direitos humanos, os Estados reconheceram a indivisibilidade dos direitos humanos, levando-nos a crer que temos uma integralidade ou um todo indivisível de direitos humanos.

Vale dizer, ainda, a fundamentação da divisão dos direitos humanos em gerações ou dimensões sob o ponto de vista histórico, também merece críticas. Isto porque, o surgimento da Organização Internacional do Trabalho em 1919, positivando os direitos sociais dos trabalhadores, surgiu antes dos direitos civis e políticos positivados somente em 1966 com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Bobbio (1992) defende que os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares e encontram plena realização nos direitos positivos universais, afirmando ainda, que o maior problema dos direitos humanos atualmente não é fundamentá-los, mas sim protegê-los.

O direito ao meio ambiente sadio e equilibrado foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como sendo um típico direito de terceira dimensão ou geração⁸, ao afirmar:

Trata-se, consoante já o proclamou o Supremo Tribunal Federal (RE 134.297-SP, Rel. Min. Celso de Mello), de um típico direito de

⁸ No mesmo sentido –STF - MS 22164-0-SP, Relator Ministro Celso de Mello.

terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e das futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social (Celso Lafer, “A reconstrução dos direitos humanos”, p. 131-132, 1998, Companhia das Letras).(Recurso Extraordinário 134.297-8–SP, Rel. Min. Celso de Mello).

4 O DIREITO AO MEIO AMBIENTE NO SISTEMA GLOBAL E REGIONAL DE DIREITOS HUMANOS

A proteção do direito à vida e o direito à saúde estão presentes no sistema global e regional de proteção dos direitos humanos, estando inter-relacionados à proteção do ambiente.

O direito à vida e à saúde é universalmente reconhecido como um direito humano básico, sem ele nenhum outro direito humano pode ser usufruído. O que enseja afirmar que o direito a um meio ambiente equilibrado é condição para uma vida saudável e para o pleno gozo do direito à vida e à saúde. Não há vida sem um ambiente saudável onde ela possa se desenvolver com dignidade e qualidade.

Dessa forma, partindo-se do princípio de que na garantia do direito à vida e no direito à saúde existe uma relação direta com o objeto da proteção do meio ambiente, passa-se a analisar a forma como os direitos humanos e o meio ambiente se inter-relacionam nos principais instrumentos internacionais no

sistema global e regional.

No sistema global, a Carta da ONU, de 1945, que nasceu em momento posterior ao final da segunda guerra mundial, tinha como principal motivo a necessidade de manter a paz entre os povos, preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, já havia causado sofrimentos indizíveis a humanidade, mas ainda assim, não deixou de estabelecer a necessidade de se buscar o progresso e melhores condições de vida, fazendo constar em seu preâmbulo tal anseio.

Posteriormente, em 1948, na Declaração Universal de Direitos Humanos, encontramos a proteção do direito à vida (artigo III) e o direito ao padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar (artigo XXV).

Em 1966, citamos ainda o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, reconhecendo a dignidade inerente a toda pessoa humana (preâmbulo) e o direito à vida (artigo 6º); bem como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ao estabelecer no artigo 12:

1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças. b) a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente(...)

Percebe-se que embora em 1945 (Carta da ONU), em 1948 (Declaração Universal) ou em 1966 com os Pactos de Nova York (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e

Culturais) não houvesse a preocupação direta com as questões ambientais, afinal, não se falava ainda naquela época de aquecimento global ou perda da biodiversidade, já existia a preocupação com a qualidade de vida, com a própria vida e a saúde. Logo, indireta ou implicitamente encontramos a necessidade de proteção e manutenção da qualidade ambiental.

Diferente não é o que encontramos no sistema regional de direitos humanos.

No sistema regional interamericano, do qual o Brasil faz parte, verificamos na Carta da Organização dos Estados Americanos, de 1948, a obrigação dos Estados-partes dedicarem esforços à consecução das metas básicas (artigo 34) de aplicação de modernos conhecimentos da ciência médica; de alimentação adequada e, condições urbanas que proporcionem oportunidades de vida sadia, produtiva e digna.

Na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, encontra-se a proteção do direito à vida (artigo I) e direito à saúde (artigo XI).

A convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, garante a proteção da vida desde a concepção (artigo 4º).

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988, (Protocolo de San Salvador) prevê o direito à saúde (artigo 10º) e alimentação (artigo 12º), e, principalmente, demonstra claramente a relação existente entre os direitos humanos e o meio ambiente ao estabelecer em seu artigo 14:

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.

No sistema regional europeu, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia dispõe que “todas as políticas da União devem integrar um elevado nível de proteção do ambiente e a melhoria de sua qualidade, e assegurá-los de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável.”

No sistema africano, podemos citar a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1991 que, em diversos dispositivos, refere-se ao direito ao meio ambiente sadio, a exemplo do artigo 24, em que “todos os povos têm direito ao meio ambiente geral e satisfatório, propício ao seu desenvolvimento”.

Deve-se citar, pela relevância, a existência no sistema global, mas específico de proteção de direitos humanos, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1990, que estabelece, relacionando em seu artigo 24 os direitos das crianças à saúde e proteção ambiental. Nestes termos:

Os Estados-partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento de doenças à recuperação da saúde. 1. Os Estados-partes envidarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários. 2. Os Estados-partes garantirão a plena aplicação desse direito e, em especial, adotarão as medidas apropriadas com vistas a: (...) c) combater as doenças e a desnutrição, dentro do contexto dos cuidados básicos de saúde mediante, *inter alia*, a aplicação de tecnologia disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental.

A Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, faz menção expressa

em seu Art. 14, item 2, 'h' do direito à toda mulher rural “gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações”.

A preocupação com o meio ambiente e sua ligação com o direito à vida, encontra-se presente nos tratados internacionais específicos de direito humanitário, a exemplo da Convenções de Genebra III, de 1949, (artigos 20, 26, 29 e 46) e da Convenção de Genebra IV de 1949 (artigos 85, 89 e 127).

O Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais adotado internacionalmente, em 7 de dezembro de 1979, em seu artigo 35.º, acerca dos métodos e meios de guerra, item 3 dispõe que “é proibido utilizar métodos ou meios de guerra concebidos para causar, ou que se presume irão causar, danos extensos, duráveis e graves ao meio ambiente natural” e em seu artigo 55.º, que trata da proteção do meio ambiente natural determina:

1. A guerra será conduzida de forma a proteger o meio ambiente natural contra danos extensivos, duráveis e graves. Esta proteção inclui a proibição de utilizar métodos ou meios de guerra concebidos para causar ou que se presume venham a causar tais danos ao meio ambiente natural, comprometendo, por esse fato, a saúde ou a sobrevivência da população.

- 2 - São proibidos os ataques contra o meio ambiente natural a título de represália.

Constou ainda no Protocolo II Adicional às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados não internacionais, adotado internacionalmente, em 7 de dezembro de 1979, no artigo 14.º, quanto a proteção dos bens indispensáveis à sobrevivência da população civil em que:

É proibido utilizar contra as pessoas civis a fome como método de combate. É, portanto, proibido atacar, destruir, tirar ou pôr fora de uso com essa finalidade os bens indispensáveis à sobrevivência da população civil, tais como os gêneros alimentícios e as zonas agrícolas que os produzem, as colheitas, o gado, as instalações e as reservas de água potável e os trabalhos de irrigação.

A Resolução 54/175 da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas determina que “os direitos a alimentos e a água limpa são direitos humanos fundamentais e sua promoção constitui um imperativo moral tanto para os governos nacionais como para a comunidade internacional”.

Considera a Resolução 16 do Conselho da Europa de Direito do Ambiente sobre Direito à Água, adotada em 28 de abril de 2000, em seu preâmbulo, o acesso à água como parte de uma política de desenvolvimento sustentável e não pode ser regulado apenas pelas leis de mercado. Determinando ainda que o direito à água não pode ser dissociado do direito à alimentação e à moradia, reconhecendo-o como direito humano, diretamente ligado ao direito à saúde. Dispondo em seu artigo 1º que cada pessoa tem o direito à água em quantidade e qualidade suficiente para sua vida e saúde.

O Protocolo sobre Água e Saúde, adicional à Convenção sobre o Uso de Cursos de Água Transfronteiriços e Lagos Internacionais da Comissão Européia, de 1999, estabelece em seu art. 4 (1) que “as Partes, em particular, deverão tomar as medidas apropriadas para assegurar: a) suprimentos adequados de água potável saudável; b) adequado saneamento básico”.

Tudo isso fortalece e demonstra o vínculo existente entre os direitos humanos e o meio ambiente.

Soares (2003) alerta para o fato de que as normas de proteção internacional do meio ambiente têm sido consideradas

como um complemento aos direitos do homem, especialmente o direito à vida e à saúde, ensejando tal posicionamento em grande parte da doutrina ambientalista.

Vale dizer, ainda, que os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, podem e devem ser citados e utilizados em busca da proteção do meio ambiente, podendo gerar inclusive a responsabilização internacional do País violador de direitos humanos, fatos estes que posteriormente serão comentados.

5 O DIREITO AO MEIO AMBIENTE COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL NO SISTEMA ESPECÍFICO DE PROTEÇÃO

O Brasil é parte de inúmeros tratados internacionais de proteção ao meio ambiente, no sistema global e regional interamericano, bem como no sistema do Mercosul.

No plano internacional específico de proteção ambiental, o direito fundamental ao meio ambiente foi reconhecido pela Declaração sobre o meio ambiente humano, adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano em Estocolmo, de 05 a 16 de junho de 1972, segundo o qual:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, igualdade e adequadas condições de vida, num ambiente cuja qualidade permita uma vida de dignidade e bem estar, e tem a solene responsabilidade de proteger e melhorar o meio ambiente, para as presentes e as futuras gerações. A tal respeito, as políticas de promover e perpetuar o *apartheid*, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e suas outras formas, e a dominação estrangeira, ficam condenadas e devem ser eliminadas.

A declaração de Estocolmo, de 1972, surgiu como resposta à preocupação que assolava o planeta na época decorrente da crescente industrialização, com a consequente contaminação da água, do solo e do ar. Entretanto, as vozes e a ideologia dos discursos demonstravam que não havia somente preocupações ambientais, mas também fortes interesses capitalistas, o que significava dizer que a sociedade desejava encontrar uma forma de manter o capitalismo com vigor inicial.

Silva (2000) destaca que a Declaração de Estocolmo veio abrir caminho para que as constituições posteriores reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental entre os direitos sociais do homem, com suas características de direitos a serem realizados e direitos a não serem perturbados.

No mesmo ano de 1972, foi formalizada a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, que obrigou os Estados-partes a identificar, proteger, conservar e legar às futuras gerações o patrimônio cultural e natural, bem como apresentar ao Comitê do Patrimônio Mundial, um rol dos bens situados em seu território que possam ser incluídos na lista de bens protegidos como Patrimônio Mundial. O Brasil promulgou tal Convenção através do Decreto 80.978/77.

A Declaração de Haia sobre o Meio Ambiente, de 1989, que foi assinada pelo Brasil, reconheceu “o direito a viver com dignidade em um ambiente global viável, e o consequente dever da comunidade de nações para com as presentes e futuras gerações de fazer todo o possível para preservar a qualidade do meio ambiente”.

O direito do indivíduo ao acesso às informações relacionadas ao meio ambiente pode ser encontrado em diversos instrumentos internacionais, a exemplo da Convenção de Espoo sobre Avaliação do Impacto Ambiental num Contexto Transfronteiriço, de 1991, e a Declaração do Rio de

Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992.

Em 1992, foi formalizada a Convenção sobre a Diversidade Biológica, que garantiu às presentes e futuras gerações a preservação da biosfera, com o objetivo de buscar a harmonia ambiental de todo o planeta.

Vale dizer ainda, a Convenção sobre acesso à informação, participação pública e acesso à Justiça nas Questões Ambientais – Aarhus, de 25 de junho de 1998, declara em seu preâmbulo:

Toda pessoa tem o direito de viver num ambiente adequado a sua saúde e bem-estar e o dever, tanto individualmente quanto em associação com outros, de proteger e melhorar o meio ambiente em benefício da geração atual e das gerações futuras.

Destaque-se a Declaração de Dublin sobre Águas e Desenvolvimento Sustentável que em seu Princípio 4º reconhece que é vital reconhecer, primeiramente, o direito humano básico de todos ao acesso à água limpa e saneamento básico a preços acessíveis; bem como Declaração do Milênio (Johannesburg) de 2002, em que se destaca a necessidade de acentuar a possibilidade de tratamento conjunto da qualidade ambiental com os objetivos de desenvolvimento humano e o esforço global para a erradicação da pobreza.

A Carta da Terra, de 2000, reconhecida como um instrumento que contém princípios fundamentais para a construção de uma sociedade global, justa, sustentável e pacífica, adotada no âmbito da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura em 2003, tem como objetivo e estratégia de médio prazo para 2002-2007, o reconhecimento de que “a liberdade de ação de cada geração é condicionada pelas necessidades das gerações futuras” e a garantia de “direito à água potável, ao ar puro, à segurança alimentar, aos solos não contaminados, ao abrigo e saneamento

seguro, alocando os recursos nacionais e internacionais demandados”.

Os instrumentos destacados demonstram, explicitamente, no contexto específico de proteção do meio ambiente, a inter-relação existente entre os direitos humanos e o meio ambiente e a preocupação dos países com o futuro da humanidade.

6 HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969,⁹ estabelece que “ “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a sua denominação específica”.

A entrada em vigor de um tratado internacional no Brasil ocorre após quatro fases, ou seja, negociação preliminar e assinatura pelo Executivo; aprovação ou referendo do Congresso Nacional (artigo 49, inciso I da Constituição Federal de 1988); ratificação pelo Presidente da República (artigo 84, inciso VIII da Constituição Federal de 1988); e, por fim, promulgação por Decreto do Presidente da República e publicação no Diário Oficial da União.

Vale dizer, a produção de efeitos no âmbito interno do Estado-parte dar-se-á após a ratificação de um tratado internacional, desde que este esteja em vigor no plano internacional, como bem diz Mazzuoli (2006) “o que introduz o elenco de direitos e obrigações na ordem jurídica interna, assim, é o próprio tratado internacional e não o decreto legislativo”. Nessa esteira, devem ser observadas todas as obrigações assumidas e respeitados todos os direitos nele previstos, conforme determina o artigo 26 da Convenção de

⁹ Instrumento promulgado pelo Brasil por meio do Decreto 7.030/2010

Viena, de 1969¹⁰, inclusive possibilitando a responsabilização internacional diante de seu descumprimento.

Note-se que o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, de 1969, estabelece que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

Assim, se a ratificação for de um tratado internacional de direitos humanos, poderá ocorrer também o efeito de revogação imediata da legislação interna que for incompatível com o conteúdo do tratado.

Um tratado internacional de proteção dos direitos humanos no Brasil, após a sua ratificação, por força do artigo 5º, parágrafo primeiro da Constituição Federal de 1988, tem aplicação imediata.

É também em razão das regras da Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, parágrafos primeiro e segundo) que os instrumentos internacionais de proteção ao meio ambiente têm uma forma própria de incorporação no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo parte do rol dos chamados tratados internacionais de proteção dos direitos humanos *lato sensu*, atribuindo a Constituição brasileira uma forma própria de incorporação e uma hierarquia diferenciada dos demais tratados (considerados comuns ou tradicionais) que são ratificados pelo Brasil.

Soares (2003) observa que as normas de proteção internacional do meio ambiente “têm sido consideradas como um complemento aos direitos do homem, em particular o direito à vida e à saúde humana”, sendo bastante expressiva “a parte da doutrina com semelhante posicionamento, especialmente daqueles autores que se têm destacado como grandes ambientalistas”.

¹⁰ Artigo 26 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969 (Decreto 7.030/10) determina que “todo o tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”.

A Constituição Federal de 1988, diferentemente das Constituições anteriores, em seu artigo 5º, parágrafo segundo, estabeleceu que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Ao estabelecer que os direitos e garantias expressos na Constituição não serão excluídos por tratados internacionais adotados pelo Brasil, a *contrario sensu* está nossa Constituição determinando que os direitos e garantias constantes dos tratados internacionais estão incluídos na própria Constituição. Tal interpretação fundamenta o entendimento de grande parte da doutrina internacional em posicionar os tratados internacionais de direitos humanos ao nível ou *status* de norma constitucional, a exemplo de Trindade (1999), Piovesan (2009) e Mazzuoli (2010).

Neste sentido, merece transcrição os ensinamentos de Trindade (1999):

A disposição do artigo 5º (2) da Constituição Brasileira vigente, de 1988, segundo a qual os direitos e garantias nesta expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, representa, a meu ver, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país. Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se *ipso jure* ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Ademais, por força do artigo 5º (1) da Constituição tem aplicação imediata. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los. A

especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição Brasileira vigente.

Piovesan (2009) igualmente se expressa afirmando que a Constituição passa assim a “incluir, no catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos”.

Mazzuoli (2010) seguindo o mesmo caminho destaca que:

Em suma, tanto os direitos como as garantias constantes dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos de que o Brasil seja parte, passam, com a ratificação desses instrumentos, a integrar o rol dos direitos e garantias constitucionalmente protegidos, ampliando consideravelmente o núcleo mínimo dos direitos consagrados pelo texto constitucional.

A Emenda Constitucional 45/2004 acrescentou o parágrafo terceiro ao artigo 5º da Constituição Federal, trazendo a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um *quorum* qualificado, posto que aprovados pela maioria qualificada (em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros), passando a ser equivalentes às emendas constitucionais, ou seja, passam a ser formal e materialmente constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal já havia se pronunciado a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos em 29 de março de 2009 no Recurso em Habeas Corpus n. 79.785-RJ, no qual o Ministro Sepúlveda Pertence entendeu ser possível considerar os tratados internacionais de

direitos humanos como documentos de caráter supralegal. Tal tese restou ainda mais clara e evidente com o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, na sessão plenária ocorrida no dia 22 de novembro de 2006, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1-SP¹¹, em que se discutiu a possibilidade de prisão civil por dívida nos contratos de alienação fiduciária em garantia. Na ocasião o Ministro Gilmar Mendes entendeu que os tratados internacionais comuns ainda guardam relação de paridade normativa com o ordenamento jurídico domésticos, mas os tratados internacionais de direitos humanos estariam em nível hierárquico intermediário, ou seja, abaixo da Constituição, acima de toda a legislação infraconstitucional, atribuindo-se o atributo da supralegalidade aos tratados internacionais de direitos humanos.

Constou no voto do Ministro Gilmar Mendes a respeito dos tratados internacionais sobre direitos humanos:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

¹¹ O julgamento do RE 466.343-SP encerrou-se em 03/12/2008 considerando extinto no Brasil o instituto da prisão civil de depositário infiel.

Diferente é a posição adotada no direito comparado por Campos (1991) e entre nós por Albuquerque Mello (2001) para quem um tratado internacional de direitos humanos tem natureza supraconstitucional, afirmando ainda que nem mesmo uma emenda constitucional teria o poder de suprimir uma norma internacional de direitos humanos subscrita pelo Estado.

Em que pesem as diferenças de posicionamento quanto a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, atualmente, como bem identifica Häberle (2003), estamos vivendo em um “Estado Constitucional Cooperativo”, como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos fundamentais.

Häberle (2003) explica a relação existente entre os Estados soberanos, alertando para o fato de que no âmbito internacional, mesmo tendo em vista a necessidade primeira de coexistência pacífica, delimitando-se os âmbitos de soberanias nacionais, no âmbito nacional temos um enfraquecimento dos limites entre o interno e externo, ensejando em uma concepção que dá prevalência ao direito comunitário sobre o direito interno.

É neste cenário que se verifica a necessidade de aplicação e observância dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

7 A VEDAÇÃO DO RETROCESSO DOS DIREITOS HUMANOS E A OBRIGATORIEDADE DE SUA APLICAÇÃO

Os direitos humanos e, por consequência, o direito ambiental, carregam várias características, dentre estas a vedação do retrocesso.

A característica da vedação do retrocesso impõe a

obrigação de que uma vez estabelecido no sistema jurídico positivado um determinado direito fundamental e tendo o Estado implementado medidas concretas no sentido de tornar efetivo o direito consagrado, não se pode admitir qualquer restrição ou extinção de tal direito, mediante alterações legislativas ou interpretações realizadas.

A indivisibilidade dos direitos humanos consiste na impossibilidade de dividi-los em partes, apontando para a necessidade do ser humano ser detentor de todos os direitos humanos e de todos os direitos fundamentais. Assegura que o meio ambiente, tal qual como qualquer outro direito fundamental, a exemplo do direito à vida, à educação ou à saúde, não importando sua geração ou dimensão, seja atribuído e imposto a todo ser humano, juntamente com um todo, um conjunto de direitos essenciais para uma vida digna.

Logo a característica dos direitos humanos da vedação do retrocesso, que para nós também é um princípio, possibilita que uma vez reconhecido no sistema jurídico o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, deverá ser impedido que a atividade do legislador ou intérprete venha a suprimir ou reduzir tal direito fundamental, ocasionando um retrocesso a que se refere a sua tutela positiva.

É a vedação do retrocesso, também considerado como característica de direitos humanos ou verdadeiro princípio, que impede a retirada ou diminuição de um direito já assegurado e implementado.

Mazzuoli (2006) destaca neste sentido que:

(..) os direitos humanos devem sempre (e cada vez mais) agregar algo de novo e melhor ao ser humano, não podendo o Estado proteger menos do que já protegia anteriormente. Ou seja, os Estados estão proibidos de retroceder em matéria de proteção de direitos humanos. Assim, se uma lei posterior revoga ou nulifica uma lei anterior mais

benéfica, essa lei posterior é inválida por violar um princípio internacional da vedação do retrocesso (igualmente conhecido como princípio da “proibição do regresso”). (...)

Outras terminologias equivalentes à vedação do retrocesso seriam cláusula limite, cláusula de não retrocesso, proibição do retrocesso, princípio do não retrocesso e cláusula de irreversibilidade ou intangibilidade.

A proibição do retrocesso para Sarlet (2004) tem como um dos desafios principais a adequada hierarquização entre o direito e a segurança jurídica (que não possui – convém frisá-lo – uma dimensão puramente individual, já que constitui elemento nuclear da ordem objetiva de valores do Estado de Direito como tal) e a igualmente fundamental necessidade de, sempre em prol do interesse comunitário, proceder aos ajustes que comprovadamente se fizerem indispensáveis, já que a possibilidade de mudanças constitucionalmente legítimas e que correspondam às necessidades da sociedade como um todo (mas também para a pessoa individualmente considerada) carrega em si também um componente de segurança que não pode ser desconsiderado para cada indivíduo e, portanto, uma vida saudável para todos os integrantes (isolada e coletivamente considerados) do corpo social.

Os direitos assegurados acarretam segurança jurídica à sociedade. A impossibilidade de diminuir ou extinguir um direito implementado, enseja a proteção de todos contra atos arbitrários e ilegais.

A vedação do retrocesso pode ser encontrada no contexto de diversos instrumentos internacionais dos quais o Brasil faz parte.

No sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a Convenção Americana sobre direitos humanos, de 1969¹², artigo 26, prevê a necessidade de progressivos direitos

¹² Foi aprovada pelo Brasil em 22/11/1969 pelo Decreto Legislativo 27/92 e

serem adotados:

Desenvolvimento progressivo. Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica, técnica, a fim de conseguir *progressivamente (grifo nosso)* a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

E ainda o seu artigo 29 determina que:

Normas de interpretação. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a) Permitir a qualquer dos Estados-partes, grupos ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que nela prevista;

b) Limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;

c) Excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorram da forma democrática representativa de governo;

d) Excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais.

Pode-se encontrar ainda no artigo 4º, item 3 de tal convenção que: “Não se pode estabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido”

Ainda no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos encontramos no artigo 22 do Protocolo de San Salvador¹³, o seguinte:

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.

Dispondo seu artigo 1 quanto às obrigações de adoção de medidas, que:

Os Estados-partes neste protocolo adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio de cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, 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 neste Protocolo. (grifo nosso)

E ainda em seu artigo 4º que:

Não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob o pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece

¹³ Foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 56/95 e promulgado pelo Decreto 3.321/99.

em menor grau.

No sistema global de proteção de direitos humanos também encontra-se a vedação do retrocesso. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966¹⁴, dispõe em seu artigo 5º, item 2 que:

Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-parte no presente pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheceu ou os reconheça em menor grau.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966¹⁵, ainda no sistema global de proteção dos direitos humanos, igualmente reconhece a vedação do retrocesso, quando dispõe em seu artigo 2º, item 1 que:

Cada Estado-parte no 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*. (grifo nosso)

Constando em seu artigo 12 que:

1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de

¹⁴ Promulgado no Brasil pelo Decreto 592 de 06 de julho de 1992.

¹⁵ Promulgado no Brasil pelo Decreto 591 de 06 de julho de 1992.

assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são da criança;

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

No sistema europeu de proteção dos direitos humanos encontra-se no art. 53 da Convenção Européia dos Direitos do Homem (1950), a salvaguarda dos direitos do homem, que também pode ser entendida como forma de vedação de retrocesso.

Artigo 53º - Salvaguarda dos direitos do homem reconhecidos por outra via. Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte.

A vedação do retrocesso pode ser vislumbrada no sistema específico de proteção do meio ambiente, revelando uma visão progressista, presente no Princípio 7 da Declaração do Rio sobre o meio ambiente e o desenvolvimento (1992):

Princípio 7 - Os Estados devem cooperar, em um espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre. Considerando as distintas contribuições para a degradação ambiental global, os Estados têm responsabilidades comuns porém diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que têm na busca internacional

do desenvolvimento sustentável, em vista das pressões exercidas por suas sociedades sobre o meio-ambiente global e das tecnologias e recursos financeiros que controlam.

A proteção ao meio ambiente, como obrigação jurídica, consta da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982) em seu artigo 192 em que determina: “Obrigação geral - Os Estados têm a obrigação de proteger e preservar o meio marinho”.

O Estatuto do Rio Uruguai, de 1975,¹⁶ em seu artigo 41-b estabelece que as Partes não podem reduzir em seus respectivos ordenamentos jurídicos as exigências técnicas em vigor para prevenir a contaminação das águas e a severidade das sanções estabelecidas para os casos de infração.

Previsão semelhante pode ser encontrada na Convenção de Proteção do Reno (1999)¹⁷, em seu artigo 4º, com o princípio de não aumento dos efeitos adversos.

Pode-se ainda encontrar a vedação do retrocesso através da cláusula de compatibilidade entre convenções internacionais, pugnando-se pela primazia da norma que garantisse a maior proteção ambiental possível.

A vedação do retrocesso é um princípio jurídico que impede o retrocesso em matéria ambiental, impossibilitando a diminuição do ritmo de proteção.

O princípio da vedação do retrocesso atende à

¹⁶ “Art. 41. — Sin perjuicio de las funciones asignadas a la Comisión en la materia, las partes se obligan a: a) Proteger y preservar el medio acuático y, en particular, prevenir su contaminación, dictando las normas y adoptando las medidas apropiadas, de conformidad con los convenios internacionales aplicables y con adecuación, en lo pertinente, a las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales; b) No disminuir en sus respectivos ordenamientos jurídicos:”

¹⁷ “Article 4 Principles - To this end, the Contracting Parties shall be guided by the following principles:(a) precautionary principle;(b) principle of preventive action;(c) principle of rectification, as a priority at source;(d) polluter-pays principle;(e) *principle of not increasing damage*; (g.n.)

necessidade de segurança jurídica, implica em menos poluição e mais biodiversidade, cumprindo com a exigência e necessidade de proteção das gerações futuras, não se impondo a estas um meio ambiente em degradação; o que ocorreria diante de uma lei regressiva.

Deve-se registrar, pela relevância, que em 01/09/2010, foi realizado o Congresso Internacional “O novo no direito ambiental por Michel Prieur”, no Auditório da Procuradoria Regional da República, em São Paulo, oportunidade em que o Prof. Michel Prieur, deixou registrado que todo o Direito da União Européia está submetido ao não retrocesso, devendo a interpretação teleológica do juiz deve buscar a melhoria da qualidade ambiental e o elevado nível de proteção do meio ambiente.

Relatou o professor que em 20/09/1988, a Corte de Justiça Européia considerou o meio ambiente como exigência imperativa, constante do art. 3-3 do Tratado da União Européia (1992), assinalando-se um compromisso com o desenvolvimento sustentável na Europa, assente num elevado nível de proteção e de melhoria da qualidade do ambiente.

Afirmou ainda que no art. 37 da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia (2000), foi estabelecido que todas as políticas da União deveriam integrar um elevado nível de proteção do ambiente e a melhoria da sua qualidade, e assegurá-los de acordo como o princípio do desenvolvimento sustentável. Adotando-se, portanto, o princípio da ubiquidade, bem como uma cláusula de salvaguarda, na medida em que ou os Estados aplicam o piso comunitário ou devem tomar medidas mais protetoras ao meio ambiente.

Segundo o professor francês, as teorias gerais para os direitos humanos devem ser aplicadas para fundamentar o princípio do não retrocesso ambiental.

O Prof. Michel Prieur afirmou em sua palestra que a não regressão (ou não retrocesso) representa um obstáculo à

degradação constante do meio ambiente. O direito ao ambiente é um direito intangível, ligado ao mais intangível dos direitos, o direito à vida. No mais, reconhece que os retrocessos locais são de efeitos globais.

O mesmo teórico durante entrevista¹⁸ realizada por Roseli Ribeiro informou que:

No tocante ao princípio do não retrocesso dos direitos ambientais, trata-se de um princípio que está em desenvolvimento, surgimento, que consiste em proteger todas as leis e convenções internacionais que prevejam uma melhoria no meio ambiente. Assim, em sentido contrário, podemos considerar que toda e qualquer lei e regra que possa retroceder ou diminuir as proteções já existentes seja considerada contrária aos objetivos do desenvolvimento da proteção ambiental.

O princípio da vedação do retrocesso pode ser utilizado como fonte do direito internacional dos direitos humanos, na qualidade de princípio geral de direito, enunciado no artigo 38 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969, conhecida como lei dos tratados ou mesmo 'jus cogens'.

Princípios gerais de direito são normas de caráter genérico e abstrato com conteúdo de valores que fundamentam e orientam a aplicação e interpretação de seus preceitos nos sistemas jurídicos mundiais, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, da boa-fé e da prevalência dos direitos humanos.

O artigo 53 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969 dispõe ser nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional, que é uma norma aceita e reconhecida

¹⁸ Entrevista realizada em 08/09/2010, disponível em: <http://www.observatorioeco.com.br/index.php/michel-prieur-a-visao-humanista-do-direito-ambiental/>. Acesso em 20 set. 2010.

pela comunidade internacional dos Estados, inderrogável, somente podendo ser alterado por norma ulterior da mesma natureza.

A norma ‘jus cogens’ é imperativa, tem primazia dentro da ordem jurídica internacional, conferindo maior proteção a valores essenciais para a coexistência entre os membros. Não há rol de normas ‘jus cogens’. A definição de seu conteúdo é fruto de um processo histórico vivenciado pela sociedade internacional ao reconhecer certos valores como essenciais para a dignidade da pessoa humana ou convivência pacífica entre os povos.

Vale dizer, dentre as normas ‘jus cogens’, como assinala Portela (2010) encontramos aquelas voltadas a tutelar os direitos humanos, entre estes a proteção do meio ambiente, a proscrição de armas de destruição em massa, a vida, a paz e a segurança internacional.

Nesta perspectiva encontra-se o posicionamento de Albuquerque Mello (2004) para quem os direitos humanos se sobrepõem ao direito interno, inclusive às normas constitucionais, obrigando os Estados a respeitar tais direitos, decorrendo tal obrigatoriedade ao fato dos direitos humanos integrarem o *jus cogens*¹⁹, ou seja, as normas imperativas da ordem jurídica internacional, cuja existência foi reconhecida na

¹⁹ A Corte Interamericana de direitos humanos, quando do julgamento do caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil de 24 de novembro de 2010, condenou o Brasil por violação ao *jus cogens* (normas obrigatórias de direitos humanos que constavam da Convenção Americana de direitos humanos que restou violada e não observada. Constou no voto de um dos juizes da Corte: “A jurisprudência brasileira firme, inclusive placitada por decisão recente do mais alto órgão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, esbarrou em jurisprudência tranquila desta Corte ao deixar de observar o *jus cogens*, ou seja, normas peremptórias, obrigatórias aos Estados contidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também conhecida como “Pacto de São José da Costa Rica”, doravante indicada também somente como “Convenção”). Em apertada síntese, é por esta razão que o País está sendo condenado nesta sentença, pelas violações à Convenção.” Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=7>. Acesso em 02/02/2011.

Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969.

Entende-se que a vedação do retrocesso é fonte do direito internacional, seja na qualidade de princípio geral do direito ou ‘jus cogens’, a implicar sua aplicação nos tratados internacionais de direitos humanos, bem como a possibilitar sua análise no direito interno mediante sua direta influência na legislação interna. Isto significa dizer que se o Brasil, retirar um direito fundamental já assegurado e implementado, estará sujeito a controle de constitucionalidade ou convencionalidade.

Controle de constitucionalidade porque a legislação deverá ser interpretada face ao princípio da vedação do retrocesso, observado perante o contexto constitucional. Haverá controle de convencionalidade porque a legislação posterior será analisada face aos tratados de direitos humanos incorporados ao sistema brasileiro, seja considerando-o como *status* supraconstitucional, supralegal, constitucional ou de emenda constitucional.

8 A VEDAÇÃO DO RETROCESSO NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL

A vedação do retrocesso tem sua presença marcante não só em razão de ser uma característica e princípio dos direitos humanos, mas também por ser para alguns constitucionalistas, uma atividade limitadora das restrições aos direitos fundamentais. Acrescenta-se ainda, a possibilidade de se arguir a inconstitucionalidade de norma legal que diminua, impeça, suprima ou restrinja um direito fundamental já reconhecido e assegurado.

No plano constitucional de vários países, o princípio do não retrocesso está associado ao estabelecimento de cláusulas pétreas ou núcleo duro, como no Brasil (Constituição Federal, art. 60, § 4º, I) em que os direitos e garantias individuais não são passíveis de emenda, o que analisaremos posteriormente.

Na Constituição Portuguesa de 1976²⁰ (art. 288, d), os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos são considerados limites materiais de revisão constitucional. Na Lei fundamental Alemã de 1949²¹ (arts. 79, 3), os princípios básicos referentes à inalienabilidade e inviolabilidade dos direitos humanos não podem ser objeto de revisão. Na Constituição da Turquia de 1982²² (art. 4º), o respeito aos direitos humanos é considerado cláusula pétrea.

Em outros países, as Constituições estabelecem cláusulas que impedem os legisladores de modificar os direitos humanos (inclusive, ambientais): Constituição Argentina de 1994²³ (art. 28); Constituição da Guatemala de 1985²⁴ (art. 44); Carta constitucional francesa do Meio Ambiente de 2004²⁵ (art. 2) – preservação e melhoria do meio ambiente; Constituição Belga de 1970²⁶ (art. 23); Constituição do Reino do Butão de 2008²⁷

²⁰ “Artigo 288.º Limites materiais da revisão - As leis de revisão constitucional terão de respeitar: a) A independência nacional e a unidade do Estado; b) A forma republicana de governo; c) A separação das Igrejas do Estado; d) Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;”

²¹ “Article 79 [Amendment of the Constitution] - (3) Amendments of this Constitution affecting the division of the Federation into States [Länder], the participation on principle of the States [Länder] in legislation, or the basic principles laid down in Articles 1 and 20 are inadmissible.”

²² “Article 4 Irrevocable Provisions - The provision of Article 1 of the Constitution establishing the form of the state as a Republic, the provisions in Article 2 on the characteristics of the Republic, and the provision of Article 3 shall not be amended, nor shall their amendment be proposed.”

²³ “Section 28.- The principles, guarantees and rights recognized in the preceding sections shall not be modified by the laws that regulate their enforcement.”

²⁴ “Artículo 44.- Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga La constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.”

²⁵ “Article 2. - Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement.”

²⁶ “Article 23 [Dignity] - (1) Everyone has the right to lead a life in conformity with human dignity .(2) To this end, the laws, decrees, and rulings alluded to in Article 134 guarantee, taking into account corresponding obligations, economic, social, and

(art. 5-3), mínimo de 60% do total de terra do país deverá ser mantido para sempre com cobertura florestal e a Constituição do Japão de 1946²⁸ (art. 11).

Favoreu (1999), explicando a evolução do direito constitucional na Europa, informa que após a segunda guerra mundial, ocorreu a dessacralização da lei, principalmente face às terríveis experiências com os nazistas e fascistas, oportunidade em que foi possível a verificação de que o legislador não era mais infalível; que o parlamento poderia se enganar; que a lei podia causar dano às liberdades e direitos fundamentais dos indivíduos; e, dessa forma, seria necessário proteger-se também contra ela e não mais exclusivamente contra os atos do poder executivo; logo, a lei não estava mais no centro do sistema normativo.

A Constituição deve ser analisada como um sistema aberto de princípios e regras, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana, com o reconhecimento dos direitos fundamentais como centro e núcleo essencial.

É neste cenário que se busca demonstrar que o princípio da vedação do retrocesso traduz verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos fundamentais, impede, assim, que

cultural rights, and determine the conditions for exercising them.(3) These rights include notably:1) the right to employment and to the free choice of a professional activity in the framework of a general employment policy, aimed among others at ensuring a level of employment that is as stable and high as possible, the right to fair terms of employment and to fair remuneration, as well as the right to information, consultation and collective negotiation;2) the right to social security, to health care and to social, medical, and legal aid;3) the right to have decent accommodation;4) the right to enjoy the protection of a healthy environment;5) the right to enjoy cultural and social fulfillment.”

²⁷“Article 5- Environment 3. The Government shall ensure that, in order to conserve the country’s natural resources and to prevent degradation of the ecosystem, a minimum of sixty percent of Bhutan’s total land shall be maintained under forest cover for all time.”

²⁸ “Article 11:The people shall not be prevented from enjoying any of the fundamental human rights. These fundamental human rights guaranteed to the people by this Constitution shall be conferred upon the people of this and future generations as eternal and inviolate rights.”

qualquer ato normativo venha a reduzi-los ou suprimi-los.

A eficácia do princípio da vedação do retrocesso impede, considerada a sua própria razão de ser, sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pela sociedade, que não pode ser despojada de seus direitos fundamentais, em níveis positivos de concretização já atingidos, como bem afirmam e advertem Krell (2002) e Sarlet (2004).

Nesta esteira, importa dizer a lição de Häberle (1998) ao afirmar que na planificação dos modelos de Estado de Direito, existe “uma garantia cultural do *status quo*”, que leva a irrenunciabilidade do Estado Constitucional a determinados conteúdos, ou seja, as conquistas da humanidade transformam-se em um patrimônio jurídico fundamental que não pode ser submetido a um retrocesso, a ponto de fragilizar ou aniquilar a própria dignidade da pessoa humana.

Os princípios devem ser aplicados na interpretação constitucional, não mais sendo suficiente a simples subsunção da regra ao fato. A constituição é um documento dialético, que por vezes traduz conflitos entre valores e interesses, necessitando do intérprete, um caminho muito maior que a tradicional interpretação gramatical, histórica, sistemática e teleológica.

Para Alexy (2008), partindo das idéias de Dworkin, toda norma é regra ou princípio. Trata os princípios como mandados de otimização, como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. As regras seriam mandados de definição, com natureza biunívoca, que admitiriam duas espécies de situação, ou seja, ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Não havendo distinção de grau entre normas e princípios.

Deve-se ressaltar que o controle de constitucionalidade brasileiro evoluiu ao longo dos anos e segue adiante cada vez mais forte e evidente no contexto da sociedade, como bem

expôs Häberle (1997):

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo, diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.

Häberle (1997) reforça a necessidade da interpretação ser realizada em uma sociedade aberta. Assim, os métodos e técnicas de controle poderão ser capazes de preservar a normatividade constitucional como um pressuposto básico do Estado Democrático de Direito.

Os princípios podem e devem ser utilizados como parâmetro para a interpretação, aplicação e controle constitucional.

A eficácia é um atributo dos princípios, consistente na consequência jurídica que deve resultar de sua observância. Assim, pode-se atribuir aos princípios a modalidade de eficácia positiva ou simétrica, interpretativa e negativa, como bem explica Barroso (2004).

A vedação do retrocesso deriva da eficácia negativa, é diretamente vinculada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais, possibilitando a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedem ou ampliam direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substituta ou equivalente. Logo, a inconstitucionalidade irá ocorrer quando se deixar um vazio no lugar da revogada norma concessiva de um direito.

A possibilidade de invalidade, por inconstitucionalidade, da revogação de uma norma infraconstitucional concessiva de

um direito fundamental, é consequência jurídica resultante da inobservância dos princípios constitucionais, prevalecendo hoje no direito constitucional, o princípio da vedação do retrocesso, segundo o qual as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas, diminuídas ou suprimidas.

Canotilho (2002) explica que a violação do núcleo essencial efetivado justificará a sanção de inconstitucionalidade, relativamente aniquiladoras da chamada justiça social, devendo ser consideradas inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial, sendo que a liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.

Deve-se citar a doutrina lançada na década de 50, por Otto Bachof (2008), jurista alemão que, além de professor de Direito Público, exerceu a função de Juiz do Tribunal Estadual de Baden-Württemberg, a respeito de normas constitucionais inconstitucionais, que não vingou no Direito Constitucional, nem tampouco nos tribunais alemães, combatida por diversos constitucionalistas a exemplo de Jorge de Miranda (1981) e Canotilho (1982). Na época, Bachof tratou da possibilidade de se ter normas constitucionais originárias inconstitucionais.

A teoria de Bachof foi gerada em época marcada por desilusões e desespero ocasionado pela crise de um país arruinado pela guerra, nunca foi ampliada, sustentada ou confrontada diretamente com os direitos humanos ou ‘jus cogens’.

Mazzuoli (2006) explica que os ‘jus cogens’ são superiores a quaisquer tratados ou costumes internacionais, e superiores, inclusive ao próprio direito internacional público, está no ápice da hierarquia das normas da sociedade

internacional, sendo um mínimo legal de asseguramento da ordem mundial.

Percebe-se que pode ser possível a declaração da inconstitucionalidade de uma norma originária se esta restar incompatível com o ‘jus cogens’ ou com os direitos humanos.

Para Albuquerque Mello (2004) as normas de direito internacional de direitos humanos se sobrepõem ao direito interno, inclusive às normas constitucionais, decorrente do fato dos direitos humanos integrarem o ‘jus cogens’ são normas imperativas da ordem jurídica internacional, cuja existência foi reconhecida na Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969.

Neste contexto, existe um bloco de convencionalidade em que se deve somar as normas convencionais de direitos humanos e combiná-las, interpretando-as de modo a aplicar a norma mais favorável ao homem.

Saliente-se que há várias convenções internacionais de direitos humanos que são caracterizadas como inderrogáveis, integram às suas normas o ‘jus cogens’ e que não permite a suspensão dos direitos humanos, a exemplo do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981.

Os direitos humanos são normas de ‘jus cogens’ que visam proteger o ser humano, o que enseja para muitos a defesa de que os tratados internacionais de direitos humanos têm o status supraconstitucional.

Os combatentes da teoria das normas constitucionais inconstitucionais deixaram de aceitá-la. Acredita-se que até o próprio Bachof não tenha ido adiante e com mais profundidade em seus pensamentos, porque realizavam uma análise puramente constitucional, mas não conjugada com o aspecto específico dos direitos humanos. Explica-se.

Em um Estado de direito, normas originárias são constitucionais, inauguram uma ordem jurídica, mas podem ser

confrontadas diante de normas supraconstitucionais de direitos humanos.

No Brasil foi proposta em 1996, ação direta de inconstitucionalidade 815-3/DF pelo governador do Rio Grande do Sul, objetivando a declaração de inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 45 da Constituição Federal, fundamentado na teoria de Otto Bachof sobre as normas constitucionais inconstitucionais.

O autor da ação direta de inconstitucionalidade alegava que a norma da constituição, oriunda do próprio poder constituinte originário, era contrária ao próprio espírito da Constituição e que caberia ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da Constituição, o controle de constitucionalidade das normas da própria Constituição. Afirmava que havia a desproporcionalidade no estabelecimento de um mínimo de deputados por Estado-Membro, independentemente de sua população.

Para o autor da ação, a representação dos Estados já se daria no âmbito do Senado Federal, os quais teriam a representação igualitária assegurada. Em parecer, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento da ação por impossibilidade jurídica, parecer este seguido pelo Relator Ministro Moreira Alves.

Observa-se que o autor da ação direta de inconstitucionalidade utilizou a teoria destacada afirmando que haveria hierarquia entre normas dentro da constituição, mas não era isso que Bachof sustentava. Para o jurista alemão o poder constituinte originário na criação de disposições na Constituição dispõe de poder discricionário e tão somente o arbítrio extremo poderia levar à possibilidade de não vinculatividade das disposições que o próprio poder constituinte estabeleceu, ou seja, só haveria inconstitucionalidade de normas constitucionais mediante a contradição da disposição constitucional com o direito

supralegal ou direito natural.

Bachof (2008) sustentava de forma objetiva o que seria o direito supralegal, a saber:

Queria evitar aqui o mais possível a expressão, direito natural, por causa da sua multifacetada utilização. Quando, por falta de uma palavra igualmente concisa, se falar ocasionalmente, na exposição que vai seguir-se, de normas contrárias ao direito natural, entender-se-á aí o direito natural como autêntico direito supralegal, com pretensão de vigência imediata face aos destinatários das normas, e não simplesmente como um princípio regulativo para o legislador ou como um princípio jurídico fundamental apenas com obrigatoriedade moral.

A teoria de Bachof (2008) deixa a concepção do que seria direito supralegal ou natural incerta. Os tribunais alemães não adotaram a tese levantada pelo jurista alemão. Há diversos constitucionalistas, a exemplo de Miranda (1981) e Canotilho (1982), que combatem com fervor a possibilidade da existência de normas constitucionais inconstitucionais. Entretanto, nenhuma argumentação quanto a possibilidade da existência de uma norma constitucional ser inconstitucional face ao parâmetro de um direito humano, na qualidade de supraconstitucional ou 'jus cogens' é relatada.

Muitos afirmam que o povo mediante o ato constituinte, ao fazer a Constituição, tem o poder completo de estabelecer a estrutura geral e os pormenores do sistema constitucional. Mas sabe-se que mesmo o poder constituinte originário, pode, movido a interesses políticos e pessoais, no jogo de correlação de forças, incidir na adoção de norma originária representativa de verdadeiro retrocesso de direitos humanos assegurados.

É quanto ao retrocesso de direitos humanos que defende-se a tese da possibilidade da existência de normas

constitucionais inconstitucionais. Direitos humanos estes considerados como uma conquista da humanidade contra a barbárie, como verdadeiro ‘jus cogens’.

Deve-se esclarecer, para não deixar dúvidas, que atualmente é pacífico no STF, a exemplo da ação direta de inconstitucionalidade 939-7/DF, a possibilidade de controle de constitucionalidade de normas constitucionais emanadas do poder constituinte decorrente, principalmente pela violação das cláusulas pétreas, também chamadas de reserva material de justiça, bem como pela inconstitucionalidade formal da tramitação do projeto de emenda à Constituição.

Nessa perspectiva, a análise de compatibilidade normativa não é mais restrita como outrora. Tem-se o controle de constitucionalidade clássico, das leis face à constituição, mas também como demonstra Mazzuoli (2010), o controle de convencionalidade das leis face aos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faz parte.

9 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE DAS LEIS E A VEDAÇÃO DO RETROCESSO

A Constituição Federal de 1988, através do artigo 5º, parágrafo segundo, possibilita a inclusão dos direitos e garantias previstos nos tratados internacionais de direitos humanos, acarretando o reconhecimento de tais tratados como nível constitucional.

Afirma-se que o artigo 5º, parágrafo terceiro da Constituição Federal equipara à emenda constitucional os tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados pelo Brasil, no Congresso Nacional, com o *quorum* qualificado.

Lança-se ainda, a posição atual do Supremo Tribunal

Federal (posição da maioria dos Ministros²⁹), de adotar o *status* de supralegalidade aos tratados internacionais de direitos humanos, o que ensejaria em sua ilegalidade se contrariar tais tratados.

Diferente é a posição de Albuquerque Mello (2001) que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados de direitos humanos, adotando a prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos em relação às normas constitucionais.

Deve-se compreender que sendo o nível constitucional ou supraconstitucional, o tratamento dispensado aos tratados internacionais de direitos humanos, possibilita o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade das leis no âmbito interno e no âmbito internacional.

O controle de constitucionalidade poderá ser realizado pela via difusa (de exceção ou defesa) ou pela via concentrada (ou abstrata), a primeira podendo ser realizada por qualquer cidadão, diante de um caso concreto, perante qualquer juízo ou tribunal do país, e a segunda, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, por um dos legitimados do artigo 103 da Constituição Federal de 1988.

Vale transcrever o ensinamento de Gomes (2008) para quem;

Não se deve observar exclusivamente limites formais, senão também materiais, que são constituídos, sobretudo, pelos conteúdos essenciais de cada direito positivado. A lei que conflita com a Constituição é inconstitucional e inválida; se se trata de lei antinômica anterior à Constituição de 1988 fala-se em não-recepção (ou invalidade); a lei

²⁹ O ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, posicionou-se quanto a qualificação constitucional dos tratados de direitos humanos em seu voto no RE 466.343-1-SP.

que conflita com o DIDH (Direito Internacional dos Direitos Humanos, pouco importando se anterior ou posterior, também é inválida.

Todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no Brasil devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, ser verificadas no confronto das leis e a Constituição, por meio do clássico controle de constitucionalidade e mediante o confronto das leis com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país, por meio do controle de convencionalidade, como explica Mazzuoli (2010).

O controle de convencionalidade pode ser aplicado como forma de controle prévio legislativo, como forma de compatibilização das propostas legislativas com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Note-se que poderá ser realizado como um mecanismo internacional de apuração dos atos do Estado em relação ao cumprimento de suas obrigações internacionais perante a Corte Interamericana de direitos humanos³⁰, bem como perante o Tribunal Penal Internacional, jurisdições que o Brasil aderiu³¹.

Pode-se também, como originalmente entende Mazzuoli (2010) utilizar o controle de convencionalidade como um meio judicial de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tais tratados, tanto por via de exceção (controle difuso ou concreto) quanto por meio de ação direta (controle concentrado ou abstrato).

O controle de constitucionalidade ou convencionalidade

³⁰ O Brasil conta atualmente com quatro condenações (casos Damião Ximenes, Escher, Sétimo Garibaldi e Araguaia) por violações de direitos humanos. Íntegra das decisões disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=7. Acesso em 20 abr. 2010.

³¹ O Brasil aderiu a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998, por meio do Decreto Legislativo 89 de 3 de dezembro e ao Tribunal Penal Internacional em 2006, por meio do Decreto Legislativo 293 de 12 de julho.

será realizado mediante o confronto e compatibilidade dos tratados internacionais de direitos humanos. Vários são os tratados internacionais de direitos humanos que estabelecem a vedação do retrocesso como de observância obrigatória. O meio ambiente é um direito humano. Logo, toda lei ambiental que represente um verdadeiro retrocesso de direitos humanos poderá sofrer tais controles no âmbito interno e internacional.

Assim, no controle de constitucionalidade ou convencionalidade pode-se adotar como parâmetro, os princípios constitucionais e convencionais de direitos humanos de forma a ensejar no fundamento da inconstitucionalidade jurídica e fática de uma lei. Aplica-se a vedação do retrocesso como princípio constante do ordenamento constitucional brasileiro, como também um princípio presente no ordenamento de direito internacional dos direitos humanos.

No Brasil, vários autores reconhecem a existência da vedação do retrocesso ou proibição do retrocesso, entre eles podemos citar:³² José Afonso da Silva (1982), Ingo Wolfgang Sarlet (2010), Tiago Fensterseifer (2008), Carlos Alberto Molinaro (2007), Ana Paula de Barcelos (2002), Felipe Derbli (2007) e Luis Roberto Barroso (2003).

O entendimento já consolidado de tais teóricos é de que a

³² Neste sentido encontramos as obras e respectivos autores: SILVA, Jose Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: revista dos Tribunais, 1982.; SARLET, Ingo Wolfgang. Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. Revista de Direito Ambiental, n. 58, p 41-99,abr./jun., 2010.; FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos fundamentais e proteção do ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: livraria do advogado, 2008.; MOLINARO, Carlos Alberto. Direito ambiental: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007. BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. ; DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.;BARROSO, Luís Roberto. Benefício previdenciário: princípio constitucional de proteção ao idoso; vedação do retrocesso. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n.12, p.67-75, 2003.

vedação do retrocesso, o que eles chamam de proibição do retrocesso, seria um princípio constitucional implícito, tendo como fundamento constitucional, entre outros, um direito subjetivo negativo, o princípio da segurança jurídica, princípio da máxima eficácia, princípio da eficácia negativa, princípio da efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, princípio da segurança jurídica, proteção da confiança, garantias constitucionais de direito adquirido, ato jurídico perfeito e da coisa julgada, princípio do Estado Democrático e Social de Direito e dever de progressividade de direitos sociais.

Compreende-se que a vedação do retrocesso é uma característica dos direitos humanos, e, em especial, é também um princípio, um verdadeiro *jus cogens*, que se faz presente em diversos instrumentos internacionais a que o Brasil aderiu, de observância obrigatória para o legislador e administrador, tornou-se cláusula pétrea e princípio constitucional implícito, possibilitando na qualidade de parâmetro, o controle de constitucionalidade e convencionalidade.

O princípio da vedação do retrocesso não se limita aos direitos fundamentais sociais, mas sim abrange todo e qualquer direito fundamental, como passou a entender Sarlet (2010), seja ele considerado um direito humano de primeira, segunda, terceira ou quarta dimensão. Dessa forma, o que determinará o conteúdo como limitador e ensejador da vedação do retrocesso será a ligação deste com a dignidade da pessoa humana, como o é o meio ambiente.

10 O PRINCÍPIO DO NÚCLEO DURO OU NÚCLEO ESSENCIAL NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A VEDAÇÃO DO RETROCESSO NOS TRIBUNAIS

A Constituição Federal de 1988 reconhece os direitos fundamentais como intangíveis em face das cláusulas pétreas

(artigo 60, § 4º) ou núcleo duro. Entretanto, vários desses direitos são concretizados através de legislação infraconstitucional, situação que pode facilitar sua supressão ou redução mediante *quorum* parlamentar reduzido. Este fato ocasiona a necessidade de vedação de tal supressão ou redução, em níveis já alcançados e garantidos. Um dos sentidos das cláusulas pétreas é impedir o retrocesso e é garantir o avanço.

Sarlet (2010) explica que a aplicação da vedação do retrocesso tem o escopo de preservar o bloco normativo constitucional e infraconstitucional que foi consolidado, impedindo ou assegurando o controle de atos que venham a acarretar uma extinção ou diminuição de efetividade dos direitos fundamentais.

Canotilho e Morato Leite (2010) observam que:

O princípio da proibição do retrocesso ecológico, versão diacronicamente orientada do princípio do nível elevado de protecção ecológica, aplica-se internamente, na ordem jurídica estadual, mas também a nível internacional, no ordenamento jurídico de uma organização internacional supraestadual com competências ambientais. (...) No âmbito interno, o princípio da proibição do retrocesso ecológico, espécie de cláusula *rebus sic stantibus*, significa que, ao menos que as circunstâncias de facto se alterem significativamente, não é de admitir o recuo para níveis de protecção inferiores à adopção de legislação de revisão ou revogatória. As circunstâncias de facto às quais nos referimos são, por exemplo, o afastamento do perigo de extinção antropogénica, isto é, a efetiva recuperação ecológica do bem cuja protecção era regulada pela lei vigente não era a forma mais adequada de protecção do bem natural carecido de protecção.

Sob esta perspectiva, acrescenta-se que o nível de proteção do meio ambiente, deve ser igual ou superior, impossibilitando que o legislador e os órgãos administrativos, venham adotar uma proteção inferior à aplicável. Nos dizeres de Canotilho e Morato Leite (2010):

Aqui o que podemos dizer é que, existindo normas de Direito Comunitário a regular uma determinada matéria jus-ambiental, o legislador nacional estará obrigado, por força do princípio do nível elevado de proteção ecológica, a consagrar internamente uma proteção pelo menos igual a esse nível. Na prática, este dever reconduz-se fundamentalmente ao dever comunitário de adotar os actos legislativos e regulamentares necessários à transposição correcta, completa e tempestivamente as directivas.

O Supremo Tribunal Federal, em 17/02/2000, realizou o primeiro pronunciamento acerca da vedação do retrocesso social quando do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 2065-DF, em que foram requerentes o Partido Democrático Trabalhista e Partido dos Trabalhadores, tendo como objeto a impugnação à medida provisória que, revogando dispositivos das Leis 8.212/90 e 8.213/90, extinguiram o conselho superior da seguridade social e os conselhos estaduais e municipais de Previdência Social. Esta ação não foi conhecida, entretanto constou no voto do Ministro relator Sepúlveda Pertence, análise acerca da vedação genérica ao retrocesso social, a saber:

Pouco importa. Certo, quando, já vigente à Constituição, se editou lei integrativa necessária à plenitude da eficácia, pode subsequentemente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa do preceito constitucional

programático ou de eficácia limitada; mas não pode retroceder – sem violar a Constituição – ao momento anterior de paralisia de sua efetividade pela ausência da complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional.

Em 31/12/2003, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público ajuizou ação direta de inconstitucionalidade 3104-DF, face ao art. 2º e 8º da Emenda Constitucional 41/2003, que trata de regras de aposentadoria, afirmando que ocorreu desrespeito a garantia individual do direito adquirido, retrocesso e afronta a cláusula pétrea inscrita no inciso IV do §4º da Constituição Federal. Em 26/09/2007, quando do julgamento desta ação, em que pese a sua improcedência, o Ministro Carlos Britto asseverou em seu voto a força das cláusulas pétreas, reforçando seu caráter de impedir o retrocesso legislativo:

Não me parece lógico, até porque um dos sentidos das cláusulas pétreas é impedir o retrocesso. É garantir o avanço. Esse o significado último da cláusula pétrea. A nova Constituição traz uma conquista política, social, econômica e fraternal, de que natureza for, e a petrealidade passa a operar como uma garantia do avanço, então obtido. Uma interdição ao retrocesso.

Posteriormente, em 18/08/2004, o Supremo Tribunal Federal tratou da vedação do retrocesso na ação direta de inconstitucionalidade 3105-DF. Nesta ação, alegava-se a inconstitucionalidade do artigo 4º da Emenda Constitucional 41/2003, o qual, a viabilizar a cobrança de contribuição previdenciária dos servidores públicos aposentados, violava o princípio constitucional do direito adquirido e por extensão as chamadas cláusulas pétreas, constantes do artigo 60, §4º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. O ministro Joaquim

Barbosa, afirmou em seu voto, a importância das cláusulas pétreas, declarando que na Constituição de 1988, não cumprem uma função conservadora, mas sim impeditivas de retrocesso.

Neste mesmo julgamento, merece destaque também, o voto proferido pelo Ministro Celso de Mello acerca da vedação do retrocesso:

Ao contrário do que supõem as informações governamentais, como admitir, em tese, a inconstitucionalidade da regra legal que a revogue, não se pretende emprestar hierarquia constitucional à primeira lei integradora do preceito da Constituição, de eficácia limitada. Pode, é óbvio, o legislador ordinário substituí-la por outra, de igual função complementadora de Lei fundamental; o que não pode é substituir a regulação integradora precedente – pré ou pós – constitucional – pelo retorno ao vazio normativo que faria retroceder a regra incompleta da Constituição à sua quase impotência originária.

A vedação do retrocesso, também constou no voto do ministro Celso de Mello quando do julgamento do mandando de segurança 24.875-DF em 11/05/2006, impetrado contra ato do presidente do Supremo Tribunal Federal que havia determinado a redução dos proventos da aposentadoria dos impetrantes ao limite constitucional, de acordo com a Emenda Constitucional 41/03, que deu nova redação ao artigo 37, XI da Constituição, no seguinte sentido:

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em conseqüência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou

suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

O posicionamento supramencionado do Ministro Celso de Mello, acerca da vedação do retrocesso, também foi exposto em 18/08/2004, quando foi julgada a ação direta de inconstitucionalidade 3128-DF, proposta pela Associação Nacional dos Procuradores da República em face do artigo 4º da Emenda Constitucional 41/03, que trata sobre contribuição previdenciária.

Recentemente, em 20/01/2010, foi ajuizada pela Procuradora Geral da República em exercício, ação direta de inconstitucionalidade 4367 (ainda pendente de julgamento) para obter a declaração de inconstitucionalidade do § 6º do artigo 44 do Código Florestal, com redação determinada pela lei nº 11.428/06, que permite aos proprietários rurais a desoneração do dever de manter em sua propriedade rural, reservas florestais legais, mediante doação de área de terra, localizada no interior de área de conservação, pendente de regularização fundiária.

A ação direta de inconstitucionalidade 4367 funda-se principalmente na alegação de que o dispositivo legal questionado configura verdadeiro retrocesso legislativo na proteção de direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na medida em que as demais modalidades de espaços territoriais especialmente protegidos não suprem a função ecológica da reserva legal, afirmando a procuradora geral da República em exercício que:

Por todo o exposto e da análise das obrigações positivas estabelecidas ao Poder Público, nos incisos do art. 225, parágrafo 1º da Constituição Federal, tem-se que o dispositivo legal questionado *configura verdadeiro retrocesso*

legislativo na proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na medida em que as demais modalidades de espaços territoriais especialmente protegidos não suprem a função ecológica da reserva legal. (grifo nosso)

Foi ajuizada também, em 16/06/2009, Ação Direta de Inconstitucionalidade 4252, pelo Procurador Geral da República, impugnando a Lei 14.675/2009, que instituiu o Código Estadual do Meio Ambiente de Santa Catarina, sob a alegação de que os dispositivos – incisos XV, XVI, XVII, XVIII, XX, XXII, XXX, XL, XLVIII, LX, LXV, LXVI, parágrafos 1º, 2º, 3º todos do artigo 28, bem como dos artigos 101 a 103, 114, 115, 116, *caput* e inciso X do artigo 118, *caput* do artigo 119 e artigo 121, estariam violando a Constituição Federal de 1988 e gerando uma redução dos níveis de proteção ambiental vigentes.

O Partido Verde também ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4253, em 19/06/2009, sob a alegação de inconstitucionalidade dos artigos 114, 115 e 118 todos do Código Estadual do Meio Ambiente de Santa Catarina, decorrente da violação aos artigos 24, 225, parágrafo primeiro, inciso III e parágrafo quarto da Constituição Federal de 1988, bem como ofensa aos princípios internacionais ambientais. Isso porque, a Lei de Santa Catarina permitiu que a área de preservação permanente fosse de cinco (5) ou dez (10) metros, ao contrário dos 30 (trinta) metros previstos no Código Florestal, o que para o requerente causaria um desrespeito aos parâmetros federais, comprometendo a integridade dos atributos que justificaram a proteção das áreas de preservação permanente.

Constou na petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4253 que:

O Estado, por sua vez, pode complementar tal legislação, para adequá-la à sua realidade, mas

respeitando o mínimo estabelecido pela Lei Federal. Em outras palavras, na questão que nos interessa – a ambiental – o Estado pode ser mais exigente na proteção ambiental do que o fixado na norma geral, porém, nunca mais benevolente, uma vez que a norma geral é uma moldura que fixa o mínimo a ser observado pelos demais entes federados.

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4252 e 4253 ainda estão pendentes de julgamento, mas observa-se que o Supremo Tribunal Federal, em entendendo que há proteção ambiental inferior ao já estabelecido na Constituição Federal, poderá utilizar a vedação do retrocesso como parâmetro e fundamento para declarar a norma estadual inconstitucional e inconvenção, tal qual propomos neste trabalho.

Deve-se apontar que foi proferido pelo Tribunal Constitucional de Portugal, Acórdão nº 39 de 1984, em que se decidiu pela inconstitucionalidade de uma lei revogadora de grande parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde, sob a fundamentação de que com esta revogação estaria o legislador violando o direito fundamental à saúde (art. 64 da Constituição da República Portuguesa), bem como o Acórdão nº 509 de 2002, em que se reconheceu a inconstitucionalidade da lei que excluía das pessoas com idade entre 18 e 25 anos, do benefício do rendimento mínimo de inserção, antes já assegurado por lei anterior.

O posicionamento do tribunal português demonstra a função limitadora dos direitos fundamentais exercida pela proibição do retrocesso social, configurando verdadeira barreira à atividade do legislador e do intérprete, e impediu-os de implementar qualquer mudança legislativa ou interpretação que represente violação ao direito fundamental já consagrado.

Observa Canotilho e Morato Leite (2010):

(...) Sendo o direito humano ao ambiente um

direito de cumprimento progressivo (tal como todos os direitos econômicos sociais e culturais), o princípio do nível elevado de protecção ecológica é o garante de que, durante essa evolução gradual, não vai haver retrocesso ambiental.

Canotilho (2002) explica essa questão:

A proibição de retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações da saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Diferente não é o entendimento expressado por Barroso (2001) para quem o princípio da proibição do retrocesso não está expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, partindo do pressuposto de que se uma lei regulamentar, um mandamento constitucional, instituir determinado direito, tal direito se incorpora ao património jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.

Percebe-se que uma vez assegurado determinado direito fundamental, cria-se um direito negativo ou direito de defesa, implicando na impossibilidade do Estado vir a diminuir, suprimir ou extingui-lo. Igual entendimento é expressado por Silva (1982), Barcellos (2002) e Mendonça (2003).

É interessante destacar que Canotilho (2002) deixa cristalino o entendimento da limitação do legislador e do intérprete no que se refere aos direitos fundamentais já assegurados:

O princípio da proibição do retrocesso social

pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (lei de segurança social, lei do subsídio de desemprego, lei do serviço de saúde) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e 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 auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.

A vedação do retrocesso contribui para a progressividade dos direitos fundamentais que são assegurados a determinado povo, entre eles a necessidade de um meio ambiente sadio e equilibrado, na qualidade de direito humano conquistado. Impossibilita a sua redução ou extinção em determinado momento da história, e, assim, contribui para a existência de uma vida digna e a segurança jurídica da sociedade.



REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

- ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
- BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina: 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Benefício previdenciário: princípio constitucional de proteção ao idoso; vedação do retrocesso. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n.12, p.67-75, 2003.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente. *Revista CEJ*, Brasília, v.1, n.3, p.33-41, dez. 1997.
- _____. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 4, p. 41, out./dez. 1996.
- _____. In SALOMON, Marta. *Crise reduz emissões originadas por exportações*. Folha de São Paulo, 30/09/2009. Caderno Ciências.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOSELTMANN, Klaus. Human rights and the environment: the search for common ground. *Revista de Direito*

- Ambiental*, São Paulo, v.6, n.23, p.35-52, jul./set. 2001.
- CAMPOS, Gérman José Bidart. *Teoria General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.
- _____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Almedina, 1982.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CARLESSO, Luciano Arlindo. Direito humano a um meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado - um direito de todos os seres humanos trabalhadores. LTr: *Revista legislação do trabalho*, São Paulo, v.72, n.2, p.209-20, fev. 2008.
- CARVALHO, Edson Ferreira de. *O meio ambiente & Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2009.
- CARVALHO, Patrícia Luciane de. A saúde no meio laboral como direito fundamental e com amparo na ordem internacional: uma homenagem ao prof. João Régis Fassbender Teixeira. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v.33, n.125, p.176-91, jan./mar. 2007.
- COIMBRA, Ávila. *O outro lado do meio ambiente*. Campinas. Millennium, 2002.
- CONGRESSO INTERNACIONAL “O NOVO NO DIREITO AMBIENTAL POR MICHEL PRIEUR”. São Paulo: Procuradoria Regional da República, 2010.
- CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 06 set. 2010
- DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007
- DIAZ LOZANO, Yolanda. *Hacia una concepcion de vida, medioambiente y derechos humanos a escala humana*.

- Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, v.3, n.6, p.73-86, 1998.
- DIEHL, Francilise Pantoja; XAVIER, Grazielle; BRANCHER, Nivia Daiane Régis. O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: interfaces entre direitos humanos e proteção ambiental. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v.12, n.1, p.63-70, jan./jun. 2007.
- FAVOREU, Louis. *A evolução e a mutação do direito constitucional francês*. In *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Manoel*
- FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2008.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GHERSEL, Elton. Argumentos para o uso de instrumentos de direitos humanos na implementação do direito internacional do meio ambiente. *Boletim Científico*, Brasília, v.2, n.9, p.49-60, out./dez. 2003.
- GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O princípio da proibição do retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v.14, n.14, p.29-36, 2000.
- GOMES, Luis Flávio. *Estado Constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da*

- Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.
- _____. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidade Nacional Autônoma de México, 2003.
- _____. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como história, actualidad y future del Estado constitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- KRELL, Andréas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – O (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. O meio ambiente de trabalho na perspectiva dos direitos humanos: papel do Estado e dos sindicatos. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, São Paulo, v.12, n.12, p.25-33, 2004.
- MACEDO, Amílcar Fagundes Freitas. Reforma da previdência: Emenda Constitucional nº 41 e supressão de regra de transição; proibição de retrocesso social. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v.31, n.95, p.23-35, set. 2004.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v.9, n.34, p.97-123, abr./jun. 2004.
- _____. A incorporação dos tratados internacionais sobre meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais*. Cuiabá, Ano 1, n. 2, p. 151-170, jul.-dez. 2007.
- _____. *Curso de Direito Intenacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MELLO, Celso Albuquerque de. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. O § 2º do artigo 5º da Constituição Federal.

- In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do Retrocesso – o que é e como perder o medo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. XII. p. 205-236.
- MILARÉ, Edis. Princípios fundamentais do direito do ambiente. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 181/184, jan/dez. 1998.
- _____. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1981.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios Fundamentais do Direito Ambiental. *Revista de direito ambiental*, ano 1, n. 2, abr./jun, p.50, 1996.
- MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.
- NASCIMENTO, Joaquim Rodrigues. Direitos humanos fundamentais. Direitos de solidariedade: meio ambiente do trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, v.16, n.31, p.67-80, mar. 2006.
- PAIM, Maria Augusta Fonseca. Direitos humanos e meio ambiente. *Revista Jurídica*, Campinas, v.19, n.1, p.59-78. 2003.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. Bahia: Podivm, 2010.
- PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. *Acórdão N.º 509/02*. Julgado em 19/12/2002. Proc. nº 768/02. Plenário. Relator: Cons.º Luís Nunes de Almeida. Disponível em:

- <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 03 abr. 2010.
- _____. Tribunal Constitucional de Portugal. *Acórdão N.º 39/84*. Processo 6/83. Julgado em 11/04/1984. Disponível em:
<http://www.fd.uc.pt/hrc/enciclopedia/portugal/jurisprudencia/tc_39_84.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2010.
- PRIEUR, Michel. *Michel Prieur*: Depoimento (08/09/2010). Entrevistadora: Roseli Ribeiro. São Paulo: observatório eco. Disponível em:
<<http://www.observatorioeco.com.br/index.php/michel-prieur-a-visao-humanista-do-direito-ambiental/>>. Acesso em 10 set. 2010.
- REI, Fernando. Relações complexas entre o direito internacional do meio ambiente e os direitos humanos: uma conversa que não acabou. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, v.7, n.38, p.33-38, jul/ago. 2006.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Palestra proferida na XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro, 1999.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Direitos humanos e meio ambiente do trabalho: título executivo constitucional: tutela jurisdicional. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, v.10, n.14, p.41-79, 2005.
- SANTOS, Thomaz Francisco Silveira de Araujo. Direito humano a um meio ambiente saudável: um direito reconhecido por tribunais internacionais? *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, Porto Alegre, v.3, n.6, p.339-51, maio. 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*

- Comparado*, Rio de Janeiro, n.28, p.89-148, 2005.
- _____. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista da AJURIS*, ano 95, set.,2004.
- _____. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.25, n.73, p.210-36, jul. 1998.
- _____. Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, n. 58, p 41-99,abr./jun., 2010.
- SCHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v.32, n.99, p.259-79, set. 2005.
- SILVA, Américo Luís Martins da. *Direito do meio ambiente e dos recursos naturais*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2005.
- SILVA, Jose Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: revista dos Tribunais, 1982.
- _____. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SIRVINKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do meio ambiente*. Barueri: Manole, 2003.
- SOARES, Inês Virgínia Prado. Direito ao meio ambiente sob a ótica dos direitos humanos e sua efetividade ante a omissão do Poder Público. *Boletim dos Procuradores da República*, São Paulo, v.3, n.31, p.21-5, nov. 2000.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O meio-ambiente, a

urbanização e a prevenção dos conflitos no Brasil. Os direitos humanos no sistema Interamericano: o judiciário e o voluntário. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v.8, n.16, p.205-17, jul./dez. 2000.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direitos Humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Fabris, 1993.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. A proteção internacional dos direitos humanos no liminar do novo século e as perspectivas brasileiras. *Temas de política externa brasileira II*. 1994. v.1.

_____. Meio ambiente e desenvolvimento: formulação, natureza jurídica e implementação do direito ao desenvolvimento como um direito humano. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v.46, n.181, p.161-91, jan/jun. 1991.

_____. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. Arquivos de Direitos humanos 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.