

## **REFLEXÕES À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO SOBRE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO**

## **REFLECTIONS UNDER THUE BRAZILIAN LAW ON THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE ENVIRONMENT ECOLOGICALLY BALANCED**

**Ana Carolina Couto Matheus\***

### **Resumo**

O propósito do presente artigo é analisar, à luz do Direito Brasileiro, a colisão entre o princípio constitucional da separação de poderes e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A abordagem requer um esquema conceitual que lhe confira um instrumental teórico suficientemente articulado para a sua problemática. Tem por objeto estudar a proibição do retrocesso ecológico na colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio constitucional da separação de poderes. Parte-se da hipótese da existência de iguais pretensões sobre determinada relação jurídica, em virtude da qual pode surgir o litígio. Objetiva-se destacar que a incidência do princípio da proibição do retrocesso ecológico, por implicar uma exceção à regra, deve ser adotada no âmbito da colisão de direitos fundamentais, na tentativa de harmonização seguida de proporcionalidade, e não de maneira irrestrita, sob pena de incidir em inconstitucionalidade por afronta ao princípio da separação de poderes e inviabilizar a atividade legislativa. Utiliza-se tanto o método de abordagem indutivo, quanto fontes de pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial, assim como as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e do fichamento.

**Palavras-Chave:** Separação de Poderes. Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. Colisão de direitos. Retrocesso Ecológico.

### **Abstract**

The purpose of this article is to analyze, in light of Brazilian Law, the collision between the constitutional principle of the separation of powers and the fundamental right to

---

Artigo submetido em 10 de Novembro de 2017 e aprovado em 05 de Fevereiro de 2018.

\* Doutoranda em Ciência Jurídica pela UNIVALI-SC. Mestre em Direito pela UNIPAR-PR. Especialista em Direito Tributário pela UnP-RN. Pós-graduada em Direito Constitucional pela UVB-SP. Graduada em Direito pela TOLEDO-SP. Professora Adjunta III da Graduação em Direito da UFAC-AC. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica e Estágios da UFAC-AC. Professora da Pós-Graduação em Direito. Advogada. Consultora Jurídica. Orientadora. Pesquisadora. E-mail: carolcouthmatheus@hotmail.com.

the ecologically balanced environment. The approach requires a conceptual scheme that gives it a sufficiently articulated theoretical instrument for its problematic. The object of the research is to study the prohibition of ecological regression in the collision between the fundamental right to the ecologically balanced environment and the constitutional principle of the separation of powers. It is based on the hypothesis of the existence of equal claims on a particular legal relationship, by virtue of which the dispute may arise. The general objective is to emphasize that the effect of the principle of banning ecological regression, as an exception to the rule, must be adopted in the context of the collision of fundamental rights, in the attempt of harmonization followed by proportionality, and not in an unrestricted manner, under penalty to rule on unconstitutionality by affront to the principle of separation of powers and render the legislative activity unfeasible. It will be used the method of inductive approach, the source of bibliographical research, legal and jurisprudential, the techniques of the referent, the category, the operational concept and the file.

**Key-Words:** Separation of Powers. Ecologically Balanced Environment. Collision of Rights. Ecological Regression.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto o estudo, à luz do Direito Brasileiro, da proibição do retrocesso ecológico na colisão entre o princípio constitucional da separação de poderes e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A pesquisa requer um esquema conceitual que lhe confira um instrumental teórico suficientemente articulado para a sua problemática. A escolha do tema justifica-se em razão da existência de iguais pretensões sobre determinada relação jurídica, em virtude da qual pode surgir o litígio. O objetivo geral da pesquisa será estudar a proibição do retrocesso ecológico na colisão entre o princípio constitucional da separação de poderes e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

As questões centrais da pesquisa em tela são: O que significa a colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com o princípio constitucional da separação de poderes? Quais os aportes teóricos? Qual o controle jurisdicional de políticas públicas ambientais por meio da intervenção do Judiciário no Executivo? O que significa intervenção do Judiciário no Legislativo e qual a relação com o princípio da proibição do retrocesso ecológico? Como é realizada a intervenção do Ministério Público nos órgãos da Administração Pública Ambiental?

Diante de tais questões, afirma-se que a pesquisa em epígrafe aborda de forma sucinta os distintos enfoques relativos à colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio constitucional da separação de poderes. Para tanto a pesquisa foi organizada em três partes. A primeira parte trata do controle jurisdicional de políticas públicas ambientais por meio da intervenção do Poder Judiciário no Poder Executivo. A segunda parte estuda o princípio da proibição do retrocesso ecológico e a intervenção do Poder Judiciário no Legislativo. A terceira e última parte se refere à intervenção realizada pelo Ministério Público nos órgãos da Administração Pública Ambiental.

O problema central da pesquisa em testilha é justamente o que representa exceção à incidência do princípio da proibição do retrocesso ecológico e deve ser utilizada para harmonizar direitos fundamentais, seguida de proporcionalidade, e não de maneira irrestrita, sob pena de inconstitucionalidade por afronta ao princípio da separação de poderes e tornar inviável a atividade legislativa. Já a hipótese que norteia esse trabalho equivale a evidenciar os distintos enfoques relativos à colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio constitucional da separação de poderes.

Pelo método de abordagem indutivo, fonte de pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial e relativa à colisão entre o princípio constitucional da separação de poderes e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, são pesquisadas e confrontadas as partes de um todo para que se possa ter uma visão generalizada. Durante as diversas fases da pesquisa são utilizadas as técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional, do Fichamento e com base em documentação indireta é realizada Pesquisa Bibliográfica, bem como a pesquisa por meio eletrônico.

A indicação do conjunto de procedimentos e técnicas utilizadas ao longo da pesquisa aqui se justifica de forma introdutória como modo de se explicitar tanto o raciocínio ora utilizado, quanto a busca de evidências das condições de verdade que se pretende alcançar por meio da explicitação de raciocínio indutivo, claro e conciso.

## **2 A COLISÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES**

O princípio da separação dos poderes surgiu, pela primeira vez, nas lições de Locke (2001, p. 514-517), que denominou os três poderes indispensáveis às sociedades políticas, quais sejam: Legislativo, Executivo e Federativo. Para Locke compete ao Poder Legislativo fixar as leis e preservar a sociedade política e seus membros.

Para executar as leis é necessário um Poder Executivo separado do Legislativo. Na concepção de Locke (2001, p. 514-517) o Poder Federativo é o poder de guerra e paz, promover alianças, formar ligas e transações externas. Os Poderes Executivo e Legislativo estão quase sempre unidos e raramente poderiam ser desempenhados por pessoas diferentes. O Poder Legislativo era considerado um Poder supremo que subordinava os demais.

O pensamento de Montesquieu (1999, p. 59) desenvolveu os limites do poder e da garantia da liberdade política, por meio da legalidade, da separação de poderes e da relação da lei com a liberdade. Consagra algumas garantias processuais de defesa da liberdade e do papel das forças armadas. Foi significativa a influência na Declaração de 1789 e nas Constituições posteriores da distinção estabelecida por Montesquieu entre liberdade política e sua relação com a Constituição e o cidadão, ou entre princípios de organização dos poderes e direitos humanos.

Inspirado na teoria de John Locke, Montesquieu entende que os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial devem ser atribuídas a pessoas diferentes, sem, contudo, pontuar rigorosa separação entre as funções. Para Montesquieu há harmonia que enseja atribuição conjunta e indivisível dos três poderes.

O artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) consagrou como princípio formal fundamental que se expressa na criação de instituições independentes e autônomas cujas funções diferenciadas objetiva o afastamento do despotismo do antigo regime e garantir a liberdade e os direitos fundamentais. Segundo Peces-Barba (2001, p. 329-335) ficou positivado que uma sociedade que não garantisse a separação dos poderes não tinha Constituição, tamanha a influência de Montesquieu na Constituição inglesa, que inclui também as contribuições de Rousseau.

Kelsen (2000, p. 390-402) questionou a validade fática da doutrina de Montesquieu, pela postura da Suprema Corte americana no que concerne à competência que assumiu de exercer o controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais, que demonstra ingerência indevida de um Poder em nome do sistema de “pesos e contrapesos”. Para Kelsen (2000, p. 390-402) as competências classicamente separadas e independente dos Poderes não podem ser percebidas na gestão cotidiana do Estado.

Conforme o disposto no art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), cada poder exerce suas funções de maneira independente e autônoma, não podendo sofrer interferências indevidas por parte de outro. O princípio constitucional da separação de poderes desdobra-se em três hipóteses que são a seguir analisadas.

A primeira hipótese trata da intervenção do Poder Judiciário no Poder Executivo no âmbito do controle jurisdicional de políticas públicas. A segunda hipótese aborda a intervenção do Poder Judiciário no Poder Legislativo. A pesquisa que se desenvolve centra suas atenções nesta hipótese, sendo necessário analisar o importante princípio da proibição do retrocesso ecológico. A terceira e última hipótese se refere à interferência do Ministério Público nos órgãos da Administração Pública Ambiental.

### **1.1 O controle jurisdicional de políticas públicas ambientais por meio da intervenção do poder judiciário no poder executivo**

Trata-se da determinação pelo juiz de que o Poder Executivo implemente políticas públicas ambientais, “hoje aceita por boa parte da jurisprudência” (PIRES FILHO, 2005, p. 188). O controle dos atos administrativos pelo Judiciário está limitado a aspectos de legalidade, jamais quanto ao mérito (discricionariedade do administrador).

Para o STJ impor ao Poder Executivo obrigação de implementar determinada política pública não importa em ofensa ao princípio da separação dos poderes. Inexiste ofensa, há “colisão entre princípios” (HARTMANN, 2009, p. 44), ou seja, colisão entre o princípio da separação de poderes e o direito fundamental à tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado. A solução se dará no caso concreto, mediante ponderação entre os direitos colidentes, resolvendo-se o litígio em prol de um deles, caso seja impossível harmonizá-los.

O princípio da separação de poderes não é um dogma absoluto, pode ceder diante de outros direitos fundamentais, normalmente afetados quando da criação de espaços territoriais ambientalmente protegidos pelo Poder Público. Por exemplo, se o juiz verificar que a criação de uma determinada unidade de conservação lesar direitos fundamentais dos habitantes do local, deverá sopesar direitos colidentes, aplicando a proporcionalidade para decidir qual deles deverá prevalecer no caso concreto.

Na Ação cautelar n. 2007.72.00.000123-6 no âmbito da Ação Civil Pública destinada a sustar o procedimento de criação do Parque Nacional do Campo dos Padres, no planalto

catarinense, em 02 de janeiro de 2007 o juiz federal Zenildo Bodnar concedeu liminar em virtude dos possíveis danos aos direitos fundamentais das populações envolvidas.

Segundo Bodnar (2007, p. 358) para harmonizar os direitos fundamentais colidentes o magistrado determinou a realização de audiência judicial participativa, para ouvir todos os interessados. Também realizou audiência conciliatória e sobreveio sentença de improcedência dos pedidos formulados na ação coletiva. A decisão mereceu os aplausos de Sarlet e Fensterseifer (2012, p. 256).

O TRF da 4ª região ao julgar a Apelação n. 2007.72.00.001075-4/SC, Rel. Juiz Federal Nicolau Konken Junior, *in* DE de 25/2/11, deu prevalência ao princípio da separação de poderes, por entender que a conveniência da criação do Parque Nacional é uma escolha política que não fica sob o crivo judicial.

Trata-se de colisão de direitos fundamentais, sendo possível a prolação de decisão em sentido diametralmente opostos, inexistente uma única resposta correta para solucionar casos difíceis, podendo prevalecer a discricionariedade administrativa. Depende do caso concreto e da aplicação da máxima da proporcionalidade.

O STF no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 410715/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, *in* DJe de 26/4/12, adotou a tese da ingerência do Judiciário na Administração Pública além dos limites da legalidade do ato. A Corte não considera que a atitude represente ofensa ao princípio da separação de poderes. Dantas (2015, p. 248) não concorda, pois entende que há ofensa, o que impede que se chegue à idêntica conclusão através do sopesamento entre os direitos fundamentais colidentes.

Existe uma tendência dos Tribunais em decidir a colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente e o princípio constitucional da separação de poderes em prol daquele, embora não seja regra, resolvendo-se o conflito por meio da máxima da proporcionalidade. A prevalência entre princípios é condicionada às nuances do caso concreto.

## **1.2 O princípio da proibição do retrocesso ecológico e a intervenção do poder judiciário no legislativo**

Apresenta-se a possibilidade de se invocar o princípio da proibição do retrocesso ecológico, que representa uma intervenção do Poder Judiciário no Poder Legislativo, na medida em que possibilita o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei que suprima garantias destinadas à concretização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em relação ao princípio da proibição de retrocesso, há uma “garantia de proteção dos direitos fundamentais (e da própria dignidade da pessoa humana) contra a atuação do legislador, tanto no âmbito constitucional quanto – e de modo especial – no infraconstitucional” (SARLET e FENSTERSEIFER, 2011, p. 18-21), quando estão em causa medidas legislativas que impliquem supressão ou restrição das garantias e dos níveis de tutela dos direitos já existentes, mas também proteção em face da atuação da Administração Pública.

Em linhas gerais, portanto, é possível afirmar que a garantia da proibição de retrocesso tem por escopo preservar o bloco normativo – constitucional e infraconstitucional – já construído e consolidado no ordenamento jurídico, especialmente naquilo em que objetiva assegurar a fruição dos direitos fundamentais, impedindo ou assegurando o controle de atos que venham a provocar a supressão ou restrição dos níveis de efetividade vigentes dos direitos fundamentais (FENSTERSEIFER, 2008, p. 264).

Trata-se da eventualidade do Poder Judiciário sustar os efeitos de normas aprovadas pelo legislador pelo fato de adotarem padrões menos restritivos de proteção ambiental. Em sentido contrário a este entendimento: “O princípio da não regressão estabelece que a normatização e a jurisprudência ambiental não deveriam ser revistas se isto implicar em retroceder no que diz respeito aos níveis de proteção alcançados anteriormente” (CHACÓN, 2012, p. 12). O embasamento jurídico reside nas garantias constitucionais da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

O assunto em tela refere-se à possibilidade do Judiciário intervir na esfera de decisões do Poder Legislativo, invalidando regras que, uma vez editadas, afetem o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A aplicação do princípio da proibição do retrocesso ecológico teve origem em sede de tutela de direitos sociais e vem sendo invocado nas questões envolvendo a proteção ambiental.

O princípio da proibição de regresso nos graus de realização social não é um princípio autônomo, a menos que seja admitido como um princípio de proibição geral, “há relativo consenso que define como efeito a ser considerado a proibição de uma desconstituição sem um efeito compensatório e a proteção perante iniciativas de desconstituição de níveis de organização ou de realização de direitos fundamentais” (AYALA, 2011, p. 259).

Prieur (2012, p. 17) explica que o ambiente é uma política que traduz uma busca incessante de um melhor ser, humano e animal, em nome do progresso permanente da sociedade. “As políticas ambientais são o reflexo da busca de um melhor viver e, de um respeito à natureza, deveriam vedar todo tipo de regressão, está ligado ao direito à vida” (PRIEUR,

2012, p. 17). Não se trata apenas de uma questão jurídica, mas de ética e moral. O autor acrescenta que o Direito Ambiental representa também expressão política de uma ética ou de uma moral ambiental e todo retrocesso deste Direito seria então, imoral, ilegal e inconstitucional (PRIEUR, 2012, p. 17).

O referido princípio só deve ser aplicado quando existirem fortes razões para que a proteção ambiental atingida pelas regras até então em vigor prevaleça sobre a nova legislação que afetou o núcleo do direito fundamental. Se as razões para tanto forem plausíveis, afasta-se a incidência do princípio. O princípio da proibição do retrocesso ecológico determina padrões de proteção ambiental previstos na legislação em vigor, estes não podem ser alterados por norma superveniente, menos restritiva, que represente diminuição nos níveis de tutela ambiental. A normatização e a jurisprudência ambiental não devem ser revistas se isto implicar em retroceder no que diz respeito aos níveis de proteção alcançados anteriormente.

Poderia ser declarada inconstitucional pelo Judiciário uma regra editada pelo Legislativo que contenha disposições mais permissivas em relação à proteção ambiental, em virtude da incidência do princípio da proibição do retrocesso. Pressupõe intervenção de um poder do Estado sobre outro, além das hipóteses tradicionais que integram o *judicial review*. É um caso típico de colisão de direitos fundamentais. Trata-se de uma possível intervenção do Judiciário no Legislativo ao reconhecer que a regra emanada pelo Legislativo adota padrões menos restritivos de proteção ambiental, é inconstitucional, representa uma colisão entre dois direitos fundamentais (separação de poderes e tutela do meio ambiente).

Como não há direito fundamental absoluto, é impossível considerar que a regra não vale porque contraria a proteção ambiental. Se outro direito fundamental está em jogo por força da edição da nova lei, então é necessário verificar qual deles deve prevalecer diante das nuances do caso concreto. Assim, o princípio da proibição do retrocesso ambiental é uma norma que emana, ainda que implicitamente, da Constituição; impede que uma regra jurídica que atinja o núcleo fundamental da proteção ao meio ambiente possa ser aplicada, devendo o Judiciário declarar-lhe a inconstitucionalidade.

Neste sentido, para Dantas (2015, p. 252) há colisão de direitos fundamentais. Em diversas oportunidades faz-se menção à máxima da proporcionalidade, instrumento para solucionar casos de colisão quando impossível a concordância prática. Proporcionalidade é algo a ser levado em conta quando da aplicação do princípio da proibição do retrocesso ecológico, então é porque, necessariamente há colisão de direitos fundamentais. Proibição do retrocesso não implica paralisia ou mandado para que se obste o exercício das liberdades econômicas que



sejam capazes de afetar ou contribuir para a perda da qualidade de vida, senão um princípio que contribui para um controle sobre a coerência das ações públicas e privadas, perante um projeto existencial compatível com o de uma República ecologicamente sensível.

Surgindo uma discussão sobre a constitucionalidade de uma lei que adote padrões menos restritivos de proteção ao meio ambiente, a questão deve ser resolvida caso impossível a harmonização à luz da proporcionalidade e mediante argumentação própria.

Na concepção de Dantas (2015, p. 254) é necessário aplicar o teste da proporcionalidade em suas três subdimensões, verificando-se a intervenção de um direito fundamental sobre o outro é necessária, adequada e proporcional em sentido estrito e, havendo impasse, mediante discricionariedade. Somente assim se poderá chegar a uma conclusão legítima sobre qual o direito fundamental que deverá prevalecer no caso concreto, se a separação de poderes e outros direitos que a nova regra visa a tutelar ou se a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O direito fundamental ao meio ambiente não pode prevalecer sempre, reconhecendo-se a inconstitucionalidade de qualquer ato legislativo que restrinja os padrões de proteção. A nova regra jurídica terá por objeto a proteção de outros direitos fundamentais que não estejam em posição hierarquicamente inferior à tutela ambiental.

Não se pode admitir que o tratamento dado ao princípio da separação de poderes seja o de simplesmente desconsiderá-lo por completo, como se não tratasse de um princípio fundamental, que não pode ser suprimido sequer por emenda constitucional.

A doutrina que defende a aplicação irrestrita do princípio da proibição do retrocesso ecológico invoca, como um dos fundamentos constitucionais de que a norma emana, ao lado da tutela do meio ambiente, a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Estas garantias constitucionais têm sido amplamente “relativizadas” por parcela da doutrina ambientalista brasileira, por entender que não deveriam prevalecer em matéria de proteção ambiental. Inexiste hierarquia entre os direitos fundamentais. Reconhecer que eles colidem e que, em tais casos, se impossível a harmonização, um deles haverá de prevalecer no caso concreto não significa adotar interpretações que, de maneira prévia, privilegiam um direito fundamental em detrimento de qualquer outro, não importando se a intervenção é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

É de se concordar com Daros (2008, p. 43) quando invoca o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada como fundamentos do princípio da proibição do retrocesso

ecológico. O reconhecimento da incidência destes direitos e do princípio da separação de poderes, de um lado, e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de outro, que irá se verificar qual deles deverá prevalecer quando da edição de uma nova regra pelo Legislativo que fixe padrões menos restritivos de proteção ambiental, que, então, será tida como constitucional ou não.

A indevida tentativa de alargar o princípio em tela ocorre pela defesa da tese de que ele seria invocável, não somente em relação à lei, mas também em face de atos praticados pela Administração Pública que tenham atingido o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ainda que para privilegiar outro princípio constitucionalmente assegurado.

Neste sentido Sarlet e Fensterseifer (2012, p. 201):

Outro aspecto importante diz respeito aos deveres de proteção do Estado (já tratados anteriormente) que estabelecem a vinculação dos poderes públicos a garantir a máxima eficácia aos direitos fundamentais, resguardando-os contra qualquer violação (e retrocesso!). Negar reconhecimento ao princípio da proibição ao retrocesso significa, em última, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de um modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte, ainda mais onde existe um dever de proteção e/ou um dever de atuação constitucionalmente estabelecido.

Os referidos autores não levam em conta, contudo, que a proteção ambiental não é o único direito fundamental protegido pela Constituição, nem que existem outros direitos, de mesma hierarquia, igualmente dignos de tutela.

Esse princípio refere-se à lei. A invocação deste princípio poderia justificar a sustação dos efeitos de decisões administrativas que privilegiem outro direito fundamental em detrimento do meio ambiente, gerando o risco de um fenômeno parecido ao ocorrido com o princípio da precaução para solucionar os casos de colisão.

Tal entendimento contraria a compreensão sobre o tema da colisão de princípios, a começar pela doutrina de Alexy (2008). Configura um alargamento indevido na aplicação do princípio da proibição do retrocesso, a tese segundo a qual ele incidiria também nas decisões administrativas padece de um equívoco decorrente da adoção de uma premissa que não pode ser aceita, qual seja, a de que existiria um direito fundamental absoluto, que deveria ser privilegiado em todo e qualquer caso de colisão. Para Dantas (2015, p. 258) o que deve ocorrer é a solução caso a caso e nunca *a priori*.

Os dois exemplos utilizados pelos adeptos da tese no Brasil para sustentar a incidência do princípio da proibição do retrocesso ecológico são os polêmicos Código Ambiental de Santa Catarina (Lei n. 4.771/65) e o novo Código Florestal (Lei n. 12.651/12 complementada pela Medida Provisória n. 571/12 e convertida na Lei n. 12.727/12). São diplomas legislativos que adotaram padrões menos restritivos de proteção ambiental em relação ao ordenamento jurídico preexistente e que, na visão dos autores que se dedicaram a examinar a matéria, seriam inconstitucionais por afrontar o aludido princípio.

No Código Catarinense a inconstitucionalidade decorre não do princípio em testilha, mas sim da afronta ao art. 24 da CRFB. O princípio da proibição do retrocesso ecológico sequer necessitaria ser invocado na hipótese. Não é hipótese de colisão, mas sim de descumprimento às normas constitucionais reguladoras da competência legislativa.

Diferente do novo Código Florestal. A revogação pelo novel diploma, da Lei n. 4.771/65 poder-se-ia cogitar, na espécie, da aplicação do princípio da proibição do retrocesso ecológico. A lei nova veio a suceder a antiga, ou seja, não houve a mera revogação do diploma que protegia as florestas, mas sim a sua substituição por um novo Código.

Um dos requisitos para a incidência do princípio da proibição do retrocesso é que tenha havido somente a revogação da norma, sem a adoção de uma política correspondente que venha a substituir aquela.

Barcellos (2011, p. 87) explica que “a revogação de um direito, já incorporado como efeito próprio do princípio constitucional, o esvazia e viola, tratando-se, portanto, de uma ação inconstitucional”.

Tendo a Lei n. 12.651/12 substituído integralmente a Lei n. 4.771/65 e adotado uma nova política florestal para o Brasil, é de se afastar a incidência da proibição do retrocesso ecológico, que somente seria aplicável se tivesse havido apenas a revogação do Código anterior, sem a necessária adoção de um novo regime. Embora a normatização recentemente editada tenha trazido alguns retrocessos do ponto de vista ambiental, boa parte da disciplina anterior foi mantida e até mesmo ampliada.

É inviável a invocação do princípio em epígrafe, pois não houve a revogação pura e simples da norma que visava dar eficácia ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ao contrário, o que ocorreu foi a substituição da política florestal então em vigor por outra que é mais consentânea com a realidade atual, ponderando direitos fundamentais colidentes: meio ambiente ecologicamente equilibrado X desenvolvimento

econômico e social. O intuito da nova lei é a tentativa de harmonização entre os direitos colidentes. Houve a necessidade de se fazer prevalecer um direito sobre o outro.

Na ADIN n. 2009.027858-3, intentada pelo Ministério Público de Santa Catarina contra a modificação do regime jurídico de parcela do território do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro, transformando o referido trecho da área de proteção ambiental (APA), categoria de unidade de conservação de uso sustentável e, portanto, com proteção menos restritiva do que aquela relativa aos parques. Embora tenha admitido o argumento até para fins de reconhecer a adequação da via eleita, o Órgão Especial do Tribunal julgou improcedente o pedido. O 2º Vice-Presidente do TJSC reconheceu a plausibilidade da tese consubstanciada no princípio da proibição do retrocesso ecológico.

O princípio da proibição do retrocesso ecológico é uma solução encontrada pela doutrina como forma de orientar o Poder Judiciário a resolver casos de colisão de princípios fundamentais em favor da proteção ao meio ambiente. Admitindo uma intervenção alta no princípio da separação de poderes, os adeptos da aludida tese, invocando o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, defendem que qualquer regra jurídica que venha a diminuir os padrões de proteção ambiental existentes é de ser declarada inconstitucional, independentemente do direito que aquela visa a tutelar.

Trata-se de um equívoco, pois parte-se do pressuposto de que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve prevalecer sempre, não importando qual o direito que se encontra em colisão e que é protegido pela nova regra.

Para Dantas (2015, p. 273) o que deve ocorrer é a tentativa de harmonização entre os direitos em conflito através da invalidação de apenas parte do diploma normativo. Parte-se para o sopesamento, aplicando-se a máxima da proporcionalidade em suas três subdimensões, concluindo-se pela prevalência de um direito sobre o outro. Os casos de impasse são resolvidos discricionariamente, mediante argumentação. Ao final, chega-se à solução da hipótese, mediante a prevalência de um direito fundamental sobre o outro, no caso concreto.

Em alguns casos o teste da proporcionalidade é resolvido em favor do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de modo que a lei que adote padrões menos restritivos de proteção ambiental deva ser declarada inconstitucional.

Haverá casos em que a colisão será resolvida em favor de outros direitos fundamentais. Basta que a solução decorrente do teste da proporcionalidade penda em favor daqueles direitos e não da proteção ambiental. A lei que restrinja a tutela do meio ambiente em relação a outros atos normativos outrora em vigor não será declarada inconstitucional. O princípio da proibição

do retrocesso ecológico não incide, porque a colisão não se resolveu a favor dos direitos fundamentais de que aquela emana. O risco de a adoção irrestrita do princípio em tela gerar um verdadeiro engessamento da atividade legislativa, com o reconhecimento da inconstitucionalidade de qualquer norma que adote padrões menos restritivos de proteção ambiental, independentemente do direito que a regra vise a prestigiar.

As leis exercem um papel fundamental e não podem simplesmente ser desconsideradas. Para Ávila (2009, p. 114) as regras “desempenham uma função importantíssima de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de solução de conflitos sociais”. Neste sentido Silva (2009, p. 52) ensina que “um dos papéis mais importantes das regras no ordenamento jurídico é justamente aumentar o grau de segurança na aplicação do direito”.

Na concepção de Alexy (2008, p. 626) “Constituições que garantem direitos fundamentais são tentativas de, ao mesmo tempo, organizar ações coletivas e assegurar direitos individuais”. O referido autor explica que no caso dos direitos fundamentais o duplo caráter pode ser percebido pela possibilidade de restrição pelo legislador. “Essa possibilidade de restrição dos direitos fundamentais positivados é parte de sua essência” (ALEXY, 2008, p. 626).

Para Molinaro (2007, p. 81) “a inércia também pode representar ofensa a um direito fundamental”. Dworkin (1978, p. 82) explica que “juízes devem aplicar a lei que outras instituições fizeram; eles não devem produzir novas leis”.

Desta forma, a incidência do princípio da proibição do retrocesso ecológico, por implicar uma exceção à regra, deve ser adotada no âmbito da colisão de direitos fundamentais, na tentativa de harmonização seguida de proporcionalidade, e não de maneira irrestrita, sob pena de incidir em inconstitucionalidade por afronta ao princípio da separação de poderes e inviabilizar a atividade legislativa.

### **1.3 A intervenção realizada pelo ministério público nos órgãos da administração pública ambiental**

Há de se ressaltar que o Ministério Público normalmente interfere na Administração Pública, compelindo os agentes do Estado a cumprir ordens constantes das recomendações, que não possuem caráter coercitivo. Análise do alcance das recomendações expedidas pelo Ministério Público e se estão dotadas de coercibilidade a ponto de excluir a necessidade de que se recorra ao Judiciário para fazer valer as determinações nela contidas. Resta observar que o Ministério Público não é um quarto Poder. É instituição autônoma e independente, mas que não

possui ingerência sobre os demais Poderes. Não incidindo o princípio da separação de poderes não há que se falar em colisão de direitos fundamentais nos casos em que o Ministério Público tenta intervir na esfera da Administração Pública em matéria ambiental.

A intervenção do Ministério Público perante os órgãos ambientais não pode ser feita de modo a ultrapassar a discricionariedade administrativa, sob pena de ilegalidade e abuso de poder. Depende sempre do Poder Judiciário que é a quem compete determinar o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer e impor as sanções pela prática de ilícitos penais e por atos de improbidade. O Ministério Público não detém atribuição para tanto.

Para Hartmann (2009, p. 237) “recomendação não é uma ordem”, mas mera advertência. Já Gomes (2003, p. 237) entende que é uma “advertência para que seja adotada determinada postura diante de um fato lesivo ou de um ato do qual possa resultar dano ao patrimônio ambiental”. A recomendação em alguns casos perdeu o seu caráter, transformando-se em instrumento de pressão incompatível com a ordem democrática e, especialmente, com as nobres funções exercidas pelo Ministério Público.

Bugalho (2005, p. 109) afirma que “embora não tenha caráter vinculante, a autoridade destinatária da recomendação deve ser advertida de que medidas de natureza civil ou até mesmo penal poderão ser adotadas acaso haja descumprimento daquilo que foi recomendado”.

As recomendações acabam impregnadas de grande poder de persuasão, geralmente atingindo seu objetivo, que nada mais é do que interferir na condução da Administração Pública no interesse maior da coletividade. A ingerência que se faz por meio da recomendação é um exemplo característico de participação do Ministério Público na formulação de uma política ambiental, visando justamente a evitar a via jurisdicional e levar à consideração do administrador aspectos legais que não estão sendo observados na condução de determinado assunto.

A recomendação, instrumento notável que dispõe o Ministério Público para auxiliar a gestão do bem ambiental, não deve conter qualquer referência a ameaças, admoestações ou atos análogos que não coadunam inclusive com o perfil democrático que a instituição possui. A tentativa de intervenção do Ministério Público no Poder Executivo não encerra propriamente um caso de colisão de direitos fundamentais e é inteiramente vedada, devendo o Ministério Público se valer do Judiciário para impor o cumprimento das obrigações constitucionais e legais que entende estejam sendo desrespeitadas pela Administração Pública.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O objeto principal alcançado no presente trabalho de pesquisa foi abordar de forma sucinta os distintos enfoques relativos à colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio constitucional da separação de poderes. No presente trabalho enfrentou-se o importante tema da intervenção do Poder Judiciário no Poder Executivo no âmbito do controle jurisdicional de políticas públicas. Estudou-se a intervenção do Poder Judiciário no Poder Legislativo e o princípio da proibição do retrocesso ecológico. Analisou-se a interferência do Ministério Público nos órgãos da Administração Pública Ambiental. Constatou-se que, conforme o disposto no art. 2º da CRFB, cada poder exerce suas funções de maneira independente e autônoma, não podendo sofrer interferências indevidas por parte de outro.

Na pesquisa também se constatou a existência de iguais pretensões sobre determinada relação jurídica, em virtude da qual pode surgir o litígio. Desta forma, o objetivo geral da pesquisa em tela foi alcançado ao estudar a proibição do retrocesso ecológico na colisão entre o princípio constitucional da separação de poderes e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O problema da pesquisa em testilha foi destacar que a incidência do princípio da proibição do retrocesso ecológico, por implicar uma exceção à regra, deve ser adotada no âmbito da colisão de direitos fundamentais, na tentativa de harmonização seguida de proporcionalidade, e não de maneira irrestrita, sob pena de incidir em inconstitucionalidade por afronta ao princípio da separação de poderes e inviabilizar a atividade legislativa. A hipótese que norteou o trabalho é no sentido de evidenciar os distintos enfoques relativos à colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio constitucional da separação de poderes. Entende-se terem sido cumpridas as propostas investigativas.

Urge aprofundar os debates efetivos sobre a questão. A solução de casos difíceis em matéria ambiental contempla diferentes enfoques, ora prevalecendo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ora o direito colidente. Tal solução dependerá do caso concreto e da análise do órgão julgador, que, aplicando a máxima da proporcionalidade, irá optar por um dos interesses em conflito. Nos casos de impasse, valer-se-á da discricionariedade, sempre mediante adequada fundamentação.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental que merece proteção, mas não se trata de um direito absoluto que deverá sempre prevalecer. Nenhum direito

é absoluto e não se pode desconsiderar por completo direitos fundamentais consagrados há séculos quando os mesmos colidem com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental de terceira geração, altamente digno de tutela para as presentes e futuras gerações, mas não está acima de qualquer outro direito quando em colisão. Isto não significa que o direito que com ele colida deva ceder passo para a realização daquele. Não significa que o direito ao meio ambiente não deva prevalecer jamais. Ao revés, em inúmeras situações de colisão, isto deverá ocorrer, privilegiando-se um direito de terceira geração, bem de uso comum do povo e pertencente às futuras gerações.

O que não se pode admitir é a concepção pré-estabelecida de que um direito fundamental é superior em relação aos demais. Ao contrário, as hipóteses de colisão merecem ser resolvidas caso a caso, buscando-se a harmonização entre eles e, caso isto não seja possível, mediante o uso da máxima da proporcionalidade, mediante argumentação adequada.

Ao se entender o contrário erige-se um determinado direito fundamental a uma posição que ele não possui, de superioridade hierárquica perante os demais. Por mais relevante que seja, em hipóteses de colisão, o direito fundamental pode ter de ceder passo a outro.

Finalmente, há, pois, de se buscar harmonizar os interesses colidentes e, não sendo isto possível, passar-se à aplicação do teste da proporcionalidade, a fim de que um deles prevaleça, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, sempre mediante argumentação. Uma sociedade livre respeita a diferença e somente assim se constrói um mundo melhor. Deve-se caminhar para uma mudança de mentalidade e uma maior abertura que possibilite um diálogo construtivo na busca da construção da sustentabilidade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AYALA, Patryck de Araújo. **Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos direitos fundamentais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.



BODNAR, Zenildo. **Audiência judicial participativa**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, v. 46, abr./jun. 2007.

BUGALHO, Nelson. Instrumentos de controle extraprocessual: aspectos relevantes do inquérito civil público, do compromisso de ajustamento de conduta e da recomendação em matéria de proteção do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, jan./mar. 2005, v. 37, p. 96-112.

CHACÓN, Mario Peña. El principio de no regresión ambiental a luz de la jurisprudência constitucional costarricense. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, v. 66, p. 11-54, abr./jun. 2012.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

DAROS, Ana Carine Busato. **Anotações sobre o princípio da proibição do retrocesso no Direito Previdenciário**. In: VAZ, Paulo Afonso Brum. SCHÄFER, Jairo Gilberto (Orgs.). Curso modular de Direito Constitucional. Florianópolis: Conceito, 2008, p. 27-56.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

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: LAEL, 2008.

GOMES, Luís Roberto. **O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

HARTMANN, Analúcia de Andrade. Políticas públicas ambientais: a atuação do Ministério Público. In: D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. NERY JUNIOR, Nelson. MEDAUAR, Odete (Coord.). **Políticas públicas ambientais: Estudos em homenagem ao Professor Michel Priour**. São Paulo: RT, 2009, p. 31-57.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Júlio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

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

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório et al (Org.). **Historia de los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2001. v. 2.

PIRES FILHO, Anízio Gavião. **Direito fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PRIEUR, Michel. **Princípio da proibição de retrocesso ambiental**. In: Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA). Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Brasília – DF, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

\_\_\_\_\_. Notas sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. In: STEINMETZ, Wilson. AUGUSTIN, Sérgio. (Orgs.). **Direito constitucional do ambiente: teoria e aplicação**. Caxias do Sul: EDUCS, 2011, p. 9-50.

SECONDA, Charles-Louis de (Montesquieu). **Do espírito das leis**. Livro terceiro. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural Ltda., 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

STF. AgR no RE n. 410715/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, *in* DJe de 26/4/12.

TRF da 4ª região. AC n. 2007.72.00.001075-4/SC, Rel. Juiz Federal Nicolau Konken Junior, *in* DE de 25/2/11.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: Os novos caminhos da contemporaneidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.