

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO I

MARCELO ANTONIO THEODORO

JERÔNIMO SIQUEIRA TYBUSCH

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito ambiental e socioambientalismo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jerônimo Siqueira Tybusch; Marcelo Antonio Theodoro - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-406-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Meio Ambiente. 3. Questões Políticas. 4. Princiologia Ambiental. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO I

Apresentação

A presente obra condensa os debates e temas contemplados nos artigos apresentados no Grupo de Trabalho (GT) Direito Ambiental e Socioambientalismo I, do XXVI Encontro Nacional do CONPEDI realizado na cidade de Brasília entre os dias 19 a 21 de julho de 2017.

O trabalho *A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES PRATICADOS CONTRA O MEIO AMBIENTE* de autoria de Fabiano Da Silveira Pignata, Roberta Karina Cabral Kanzler analisa a possibilidade de aplicar o princípio da insignificância no âmbito dos crimes ambientais.

Os autores Amanda Câmara Franco e Romeu Faria Thomé da Silva no trabalho *MINERAÇÃO NO QUADRILÁTERO FERRÍFERO E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO CERRADO* buscam identificar e analisar a eficácia dos instrumentos legais vigentes para a implementação do desenvolvimento sustentável na região.

O trabalho *CRISE, RISCO E UM FUTURO ABERTO* de autoria de Clarissa Marques e Renata De Carvalho Ferreira Machado propõe a discussão sobre crise e risco ambiental e considera a proposta de durabilidade mecanismo para transmitir às gerações futuras a capacidade produtiva, o direito ao bem estar, ao contribuir para uma postura na qual a relação humana com a natureza possa se dar de forma racionalmente ambiental.

Os autores Thaís Dalla Corte e Jorge Anibal Aranda Ortega no artigo *O DIREITO DE ACESSO À ÁGUA E A JUSTIÇA AMBIENTAL PERANTE AS CRISES HÍDRICAS* objetivam investigar a relação entre o direito de acesso à água e a justiça ambiental perante as crises hídricas.

O trabalho *O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO COMO GERADOR DE POLUIÇÃO DIGITAL* de autoria de Marcelo Kokke Gomes e Daiana Felix de Oliveira objetiva despertar reflexões acerca da poluição digital.

Os autores Marcelo Antonio Theodoro e Celso Barini Neto no trabalho *O MINIMO EXISTENCIAL AMBIENTAL E A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO* buscam analisar a aplicabilidade prática dos mandamentos doutrinários, percorrendo as dicotomias existentes entre a doutrina majoritária e a novas legislações de promoção da proteção ambiental.

O trabalho O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INTRODUÇÃO DAS PRÁTICAS RELACIONADAS À GOVERNANÇA AMBIENTAL NO BRASIL de autoria de Deilton Ribeiro Brasil e Henrique Rodrigues Lelis aborda as questões atinentes a governança ambiental, especialmente quanto ao papel do Ministério Público na defesa do meio ambiente.

As autoras Camila Savaris Cornelius e Rafaela Schmitt Garcia no trabalho O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E O DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL tem como objeto o estudo da relação entre a sustentabilidade, o desenvolvimento sustentável e o princípio da proibição da proteção deficiente/insuficiente.

O trabalho O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA AMBIENTAL: UM ESTUDO DE CASO A RESPEITO DA TUTELA DA HIGIEDEZ DO AR ATMOSFÉRICO NO MUNICÍPIO DO RIO GRANDE/RS de autoria de Vanessa dos Santos Moura e Liane Francisca Hüning Pazinato consiste em formular reflexões a respeito do município do Rio Grande/RS a partir de uma análise exploratória no tocante à poluição atmosférica partida das indústrias de fertilizantes

Os autores Warley Ribeiro Oliveira e Victor Vartuli Cordeiro e Silva no artigo O TURISMO SUSTENTÁVEL COMO FORMA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL, buscam através do turismo sustentável um equilíbrio entre a proteção ambiental e a atividade econômica baseada no turismo.

O trabalho O USO DE TECNOLOGIAS VERDES E A BUSCA PELA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL de autoria de Ramon De Souza Oliveira realiza um estudo sobre o instituto jurídico e econômico das Patentes Verdes.

Os autores Carlos André Birnfeld e Marília Rezende Russo no trabalho OS SERVIÇOS AMBIENTAIS NA LEGISLAÇÃO FEDERAL E SUA COMPATIBILIDADE COM A ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA tem por objetivo investigar se o mesmo apresenta condições para viabilizar o adequado pagamento por serviços ambientais, em conformidade com os ditames constitucionais pertinentes.

O trabalho POLÍTICAS PÚBLICAS, SOCIOAMBIENTALISMO E O DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO: RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANOS AO MEIO AMBIENTE À LUZ DA TEORIA DO RISCO ABSTRATO de autoria de Raimundo Giovanni França Matos e Alexandro Nascimento Argolo busca

examinar a responsabilização civil do Estado por danos invisíveis ao meio ambiente à luz da teoria do risco abstrato, visando à consecução do direito constitucional ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

As autoras Giovanna Silva Bianchi e Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega do trabalho **PROCESSO DE MERCANTILIZAÇÃO DA SEMENTE: ORIGEM, CONSEQUÊNCIAS AO AGRICULTOR FAMILIAR E ALTERNATIVAS** visam realizar uma breve análise do processo de mercantilização da semente, que passa de recurso regenerativo, envolto de saberes tradicionais e parte de ecossistemas sustentáveis, a mercadoria central do agronegócio.

O trabalho **RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL SOLIDÁRIA: REFLEXÕES SOBRE OS ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS** de autoria de Liane Tabarelli e Marcia Andrea Bühring busca demonstrar a responsabilidade civil objetiva e solidária de todos que contribuíram para o prejuízo ao meio ambiente.

O autor Luiz Flávio Blanco Araujo no artigo **RISCOS À SOCIOBIODIVERSIDADE NO PANTANAL MATO-GROSSENSE: UMA OMISSÃO LEGISLATIVA IMPOSTERGÁVEL** busca refletir sobre políticas públicas e instrumentos econômicos favoráveis ao desenvolvimento rural sustentável e o estabelecimento de um diálogo entre a população e o poder público, com a definição de medidas visando mitigar os riscos que as mudanças no modelo de produção agropecuária estão impondo ao Pantanal.

O trabalho **SISTEMAS AGRÁRIOS E REVOLUÇÃO VERDE: ANÁLISE CONTEMPORÂNEA SOB O PRISMA DOS SISTEMAS AGRÁRIOS E SUSTENTABILIDADE** de autoria de Luciana Ramos Jordão e Maria Izabel de Melo Oliveira dos Santos discute o desenvolvimento da agricultura tendo e os sistemas agrários e questão ambiental como critérios para o desenvolvimento da indústria e evolução tecnológica e também, analisa os sistemas agrários.

Os autores Anderson Carlos Barbosa e Fábila De Oliveira Rodrigues Maruco no artigo **“A INEFICÁCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS DE PLANEJAMENTO URBANO E DE GESTÃO AMBIENTAL”** realizam algumas considerações baseadas em estudos bibliográficos averiguando a aplicação dos Princípios do Estado de Direito e sua repercussão na esfera ambiental, promovendo oportunidades de pesquisas visando a participação popular nas decisões.

Boa leitura!

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (Universidade Federal de Santa Maria)

Prof. Dr. Marcelo Antonio Theodoro (Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT)

O MINIMO EXISTENCIAL AMBIENTAL E A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

THE MINIMUM ENVIRONMENTAL EXISTENTIAL AND THE PROHIBITION OF BACKSPACE

Marcelo Antonio Theodoro ¹
Celso Barini Neto ²

Resumo

A proteção ambiental, embora já tenha sua necessidade desmistificada no ordenamento jurídico em vigor, possui ponto de partida obtuso, não havendo certeza teórica e prática sobre quais o patamar mínimo a ensejar a necessidade de proteção ambiente. O estudo, sob a perspectiva do referido problema, busca analisar a aplicabilidade prática dos mandamentos doutrinários, percorrendo as dicotomias existentes entre a doutrina majoritária e a novas legislações de promoção da proteção ambiental. Para a análise aqui apresentada, a pesquisa utilizada foi primordialmente bibliográfica e documental, tendo ainda se servido do método de abordagem qualitativo e dedutivo de análise de dados.

Palavras-chave: Meio ambiente, Agroambiental, Mínimo existencial, Proibição do retrocesso, Reserva do possível

Abstract/Resumen/Résumé

Environmental protection, although it already has its need demystified in the legal system in force, has an obtuse point of departure, and there is no theoretical and practical certainty about which minimum level to provide the need for environmental protection. The study, under the perspective of this problem, seeks to analyze the practical applicability of the doctrinal commandments, traversing the dichotomies existing between the majority doctrine and the new legislation to promote environmental protection. For the analysis presented here, the research used was primarily bibliographical and documentary, having also used the method of qualitative and deductive approach of data analysis.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Environment, Agricultural, Minimum existencial, Prohibition of backspace, Possible reservation

¹ Doutor em Direito do Estado UFPR. Professor Associado UFMT; Coordenador do Mestrado em Direito UFMT e Orientador do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional.

² Mestrando em Direito pela UFMT. Pesquisador do Grupo de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo da FD /UFMT. Advogado

INTRODUÇÃO

Trata o presente trabalho de uma análise quanto ao mínimo existencial ambiental, sua existência e seus reflexos, bem como da comparação da doutrina majoritária para a prática legislativa.

No primeiro capítulo, propõe-se um breve retrospecto sobre a proteção ambiental, sua baliza constitucional, bem como a premente e pacificada necessidade de proteção do meio ambiente, haja vista o reconhecimento de fator inerente a vida humana.

No segundo capítulo, passa-se a analisar a teoria do mínimo existencial ambiental, sua aplicabilidade, suas correntes, os comentários da doutrina especializada, bem como a controvérsias a respeito dos moldes em que deva ser aplicada.

No Terceiro e último capítulo, é o momento de analisar o princípio da proibição do retrocesso, seus fundamentos doutrinários, bem como uma breve análise da sua repercussão na prática legislativa.

Para finalizar, resgatou-se a discussão sobre a limitação orçamentária como embaraço à consecução dos direitos prestacionais, entre os quais o direito ao meio ambiente, momento em que se analisa a aplicabilidade da teoria da “reserva do possível” diante de um mínimo existencial de direitos fundamentais.

A presente pesquisa se justifica pela nebulosidade existente sobre o tema, o que se pretende auxiliar nas linhas doravante através primordialmente da revisão bibliográfica e documental, tendo ainda se servido do método de abordagem qualitativo e dedutivo de análise de dados

I – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO AMBIENTAL NA CFRB/88

Há pouca dúvida na atual conjuntura jurídica do país sobre o grau de importância que alcançou a proteção ambiental. A evolução que culminou em tal nível de proteção é invariavelmente impulsionada, ao menos dentro do território nacional,

pela menção expressa de tal importância na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, doravante denominada CRFB/88.

Entretanto, não há como se negar que tal evolução seja proporcionada também pela influência do ordenamento internacional, que por meio de convenções de declarações de matéria de proteção ambiental e emergência da cultura ambientalista, trouxe ao texto constitucional a inteligência do artigo 225 da CRFB/88 (BRASIL, 1988). Foi a partir de tal dispositivo que criou-se todo um conjunto de regras e princípios, sob os quais passou-se a cuidar da qualidade ambiental como vital para o pleno desenvolvimento humano, bem como promoção de um bem existencial individual e coletivo.

Nesse mesmo sentido, Sarlet e Fensterseifer (2011a) dirimem que tal inserção não só constitucionalizou a proteção ambiental, como também traçou as diretrizes e deveres públicos de proteção, conforme ensinamentos transcritos:

Assim, além de “constitucionalizar” a proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro (art. 225), inserido no Título da “Ordem Social”, a nossa atual Lei Fundamental conta com diversos outros dispositivos em matéria de proteção ambiental, relacionando a tutela ecológica com inúmeros outros temas constitucionais de alta relevância. A CF88 (art. 225, caput, e art. 5º, § 2º) atribuiu ao direito ao ambiente o *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, bem como consagrou a proteção ambiental como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado – Socioambiental - de Direito brasileiro. Há, portanto, o reconhecimento, pela ordem constitucional, da *dupla funcionalidade* da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, que assume tanto a forma de um *objetivo e tarefa* do Estado quanto de um *direito (e dever) fundamental* do indivíduo e da coletividade, implicando todo um complexo de direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico. A partir das considerações, resulta caracterizada a obrigação constitucional do Estado de adotar medidas – legislativas e administrativas – atinentes à tutela ecológica, capazes de assegurar o desfrute adequado do direito fundamental em questão (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011a, p.1-2)

Deste modo, subtrai-se dos ensinamentos dos autos que o novo dispositivo constitucional terminou por criar deveres ambientais específicos para o Estado, dentre eles: I) preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II) preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III) definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a

alteração e a supressão permitidas somente através de lei vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV) exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V) controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI) promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; e VII) proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011a).

Sem apego aos tópicos supracitados, é imperativo o reconhecimento de que tal rol é meramente exemplificativo, não havendo que se falar em limitação administrativa quando qualquer necessidade de proteção advinda da interpretação diretiva constitucional não se enquadrar nos referidos pontos.

Sob a pauta da proteção ambiental, urge a compreensão a respeito de que, a partir de qual ponto, o meio ambiente figura com a imprescindibilidade exposta pelo artigo 255, o que melhor se explana no tópico seguinte.

II – O MINIMO EXISTÊNCIAL AMBIENTAL: Entre abastados e catastrofistas.

O primeiro documento internacional que legitimou a preocupação Ambiental foi a Conferência de Estocolmo, em 1972. Sob a visão exposta pelo Secretário Geral das Nações Unidas, o autor avaliava os polos da discussão. De um lado, estacam os que previam abundância (The Cornucopians), que acreditavam que as preocupações ambientais eram equivocada e primavam pelo desenvolvimento dos países estagnados. De outro, os Catastrofistas (doomsayers), que pugnavam pela paralisia imediata de crescimento (SACHS, 2000).

Tais distinções em pensamentos permanecem existindo, criando uma polarização que pouco agrega, e muito dificulta o avanço das diretrizes de proteção ambiente. No tocante ao mínimo existência ambiental, o desfecho não é distinto.

A título de origem, Sarlet (2007) ensina que o princípio da proibição do retrocesso foi inicialmente desenvolvido na Alemanha e em Portugal, tendo tratamento

bem diferenciado em cada país, dada a diversidade de problemas que desencadearam seu estudo.

No mesmo norte, Torres (1989) ensina que a origem retoma o mínimo da existência humana, perpassando pelas obrigações tributárias da Constituição de 1946, até as garantias fundamentais da CRFB/88, razão pela qual tal conceito vai de encontro também aos direitos não fundamentais, conforme trecho de sua obra:

Há um direito às condições *mínimas de existência humana digna* que não pode ser objeto da intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria nem conteúdo específico.

Mas aparece algumas vezes no texto básico com referência a certos direitos. Assim, a Constituição de 1946 declarava "Isentos de imposto de consumo os artigos que a lei classificar como o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica" (art. 15, §1º). A CF de 1967, na redação da Emenda nº 1, de 1969, proclama que "o ensino primário é obrigatório para todos, dos sete aos quatorze anos, e gratuito nos estabelecimentos oficiais" (art. 176, § 3º, 11). O art. 153, § 32, da CF, assegura a "assistência judiciária aos necessitados" e a nova Constituição, na redação para o segundo turno de discussão e votação, amplia o direito, ao dizer que o "Estado prestará assistência jurídica Integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos" (art. 5.º, Item LXXIV).

Outras vezes o mínimo existencial está implícito nos princípios constitucionais que o fundamentam, como o da igualdade, o do devido processo legal, o da livre Iniciativa, etc., abrangendo qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável (TORRES, 1989, p. 69)

Em continuidade, o mesmo autor separa as obrigações de Estado, elevando o mínimo existencial à direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantindo positivamente tal direito pelas prestações estatais, elevando o mínimo existência a direito de *status negativus* e de *status positivus* (CANOTILHO, 2008).

Em suma, esse mínimo existencial há que ser identificado em duas dimensões distintas: de um lado, o direito de não ser privado do que se considera essencial à conservação de uma existência minimamente digna; e, de outro, o direito de exigir do Estado prestações que traduzam esse mínimo.

Nesse sentido, acrescenta Canotilho (2008, p. 48):

a dimensão objetiva das normas-tarefa e normas-fim relativas ao meio ambiente apontam para a constitucionalização de bens (ou valores) jurídico-constitucionais relevantes na interpretação-concretização de

outras regras e princípios, bem assim nos juízos de ponderação na solução de conflitos. As normas-fim e normas-tarefa ambientalmente relevantes são normas constitucionais impositivas. Mas, não apenas isso, também possuem um caráter dinâmico, no qual implica uma atualização e um aperfeiçoamento dos instrumentos destinados à proteção do ambiente perante os novos perigos de agressões ecológicas.

Ainda, o autor completa afirmando que a referida ideia também tem sido designada como princípio da revolução social. Com isto quer-se dizer que os direitos sociais e econômicos uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo (CANOTILHO, 2008).

No tocante ao que há de ser considerado o mínimo existencial ambiental para a vida humana, boa parte da doutrina converge para o princípio da dignidade humana. Exemplificativamente, nesse mesmo sentido Garcia (2013, p. 34) assevera:

A plena dignidade humana requer a compreensão de seu viés ecológico, tendo em vista que uma qualidade mínima ambiental é necessária para alcançar tal desidrato, sendo que o meio ambiente equilibrado constitui parte, ou elemento, dessa dignidade.

Não suficiente, questiona:

Há que se considerar, porém, que um dos poucos consensos teóricos que se tem diz respeito ao valor essencial do ser humano. Então resta uma pergunta: Será que devemos reduzir o mínimo existencial ao direito de subsistir? (GARCIA, 2013, p. 34).

Nesse sentido, Pereira (2006) distingue etimologicamente o que seria mínimo, e o que seria básico, trazendo a discussão a dicotomia entre aquilo que retiraria o indivíduo da mera miserabilidade, para aquilo que lhe daria a propulsão para os patamares dignos de vida, nos melhores termos expostos pela autora:

Mínimo e básico são, na verdade, conceitos distintos, pois, enquanto o primeiro tem a conotação de *menor*, de *menos*, em sua acepção mais ínfima, identificada com patamares de satisfação de necessidades que beiram a desproteção social, o segundo não. A *básico* expressa algo *fundamental, principal, primordial*, que serve de base de sustentação indispensável e fecunda ao que a ela se acrescenta. [...] Em outros termos, enquanto o *mínimo* nega o “ótimo” de *atendimento*, o básico é a mola mestra que impulsiona a satisfação básica de necessidades em direção ao *ótimo* (PEREIRA, 2006, p. 26-27)

Denota-se, que o mínimo existencial não assegura somente as condições mínimas para a sobrevivência ou simples promoção das necessidades básicas, diferindo-

se, para alguns autores, do conceito de mínimo vital. Nesse sentido, Ayala (2010) entende que o mínimo à vida é inerente a uma compreensão através da dignidade, cujo trecho se destaca a seguir:

Portanto, uma referência possível para desenvolver a noção de um mínimo de conteúdo ambiental (mínimo de existência ecológica) pode ser associada à suficiente qualidade de vida enquanto resultado de uma leitura de dignidade, compreendida esta como a manifestação de diversas posições jurídicas fundamentais de um direito fundamental como um todo: funções defensiva e prestacional do direito fundamental ao meio ambiente, além de também ser o resultado de uma tarefa estatal (AYALA, 2010, p. 39)

Das lições de Steigleder (2002), pode-se inferir que o mínimo existencial ecológico é aquele capaz de garantir condições mínimas de subsistência, sem riscos para a vida e saúde da população, ou de danos irreparáveis ao meio ambiente. Assim, compreende-se como condições mínimas de subsistência os direitos e garantias fundamentais elencados na CRFB/88, junto ao seu rol de direitos fundamentais (STERIGLEDER, 2002).

Em sentido similar, Édis Milaré (2011) qualifica o mínimo existencial ecológico como direito fundamental personalíssimo, essencial à realização da pessoa humana:

Nesse contexto, o direito à qualidade ambiental enquadra-se não apenas entre os direitos humanos fundamentais, mas também entre os direitos humanos personalíssimos, compreendidos como aquelas prerrogativas essenciais à realização plena, da capacidade e da potencialidade da pessoa, na busca da felicidade e manutenção da paz social. No direito concreto, o direito positivo e o direito natural fundem-se exemplarmente (MILARÉ, 2011, p. 136).

Deste modo, impera ressaltar que o mínimo existencial não assegura somente as condições mínimas para a sobrevivência ou simples promoção das necessidades básicas, diferindo-se, para alguns autores, do conceito de mínimo vital. Assim, é necessário observar que o conceito de mínimo existencial não pode ser limitado ao direito à simples sobrevivência na sua dimensão estritamente natural ou biológica. Ao contrário, o conceito exige uma concepção mais ampla, eis que almeja justamente a realização da vida em patamares dignos, considerando, nesse viés, a incorporação da qualidade ambiental como novo conteúdo alcançado por seu âmbito de proteção.

Ao fim, é majoritária a compreensão de Sarlet e Fensterseifer (2011a) que comparando ao próprio conceito de dignidade humana, concluem que o mínimo

existencial ambiental “não pode ser limitado ao direito à mera sobrevivência na sua dimensão estritamente natural ou biológica, mas deve ser concebido de forma mais ampla, já que objetiva justamente a realização da vida em níveis dignos” (SARLET E FENSTERSEIFER, 2011a, p. 116).

III - A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CASUÍSTICA.

Diretamente correlacionado ao mínimo existencial, com fito de promover a manutenção de patamares mínimo ambientais logrados pelo poder público, emerge a discussão sobre a proibição do retrocesso em matéria ambiental.

Ainda com maior intensidade, a discussão se avoluma à medida que novas legislações, calcadas em interesses relacionados ao desenvolvimento econômico, passar a surgir no ordenamento jurídico nacional, abrandando tópicos já existentes na legislação de proteção ambiental.

Ainda em lato senso, Sarlet e Fensterseifer (2011b) ensinam que a proibição do retrocesso é consequência de uma caminhada história e civilizatória na qual não se admite a perda de garantias *erga omnes*, de caráter político-jurídico, conforme trecho de sua obra:

Em linhas gerais, é possível afirmar que a humanidade caminha na perspectiva de ampliação da salvaguarda da dignidade da pessoa humana, conformando a ideia de um "patrimônio político-jurídico" consolidado ao longo do seu percurso histórico-civilizatório, para aquém do qual não se deve retroceder. Em termos gerais, essa é a ideia consubstanciada na assim designada garantia (princípio) constitucional da proibição de retrocesso (SARLET E FENSTERSEIFER, 2011b, p. 196).

No mesmo sentido, estes complementam, em outra obra de sua autoria:

A proibição de retrocesso, nesse cenário, diz respeito mais especificamente a 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 - infraconstitucional (quando estão em causa medidas legislativas que impliquem supressão ou restrição no plano das garantias e dos níveis de tutela dos direitos já existentes), mas também proteção em face da atuação da administração pública. A proibição de retrocesso, de acordo com o entendimento consolidado na doutrina, consiste em um *princípio constitucional implícito*, tendo como fundamento constitucional, entre outros, o princípio do Estado (Democrático e

Social) de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, o princípio da segurança jurídica e seus desdobramentos, o *dever de progressividade* em matéria de *direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais* (DESCA), apenas para citar os mais relevantes fundamentos jurídico-constitucionais invocados (SARLET E FENSTERSEIFER, 2011a, p. 8).

No mesmo sentido, Barroso (2001) expõe que o referido princípio não é expresso, mesmo no texto constitucional, “mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido” (BARROSO, 2001, p. 158).

A ideia aqui expressa também tem sido designada como princípio da revolução social. Com isto quer-se dizer que os direitos sociais e econômicos uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.

A partir destes conceitos, pode-se inferir que a proibição do retrocesso consiste em um princípio constitucional implícito, que tem por fundamentos constitucionais o princípio do Estado Democrático e Social de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais e o princípio da segurança jurídica e seus desdobramentos, entre outros.

Entretanto, a celeuma só ganha volume à medida em que se analisa os possíveis retrocessos oriundos de legislações federais que tratam da proteção ambiental.

Nesse sentido, imperioso trazer-se a pauta o novo Código Florestal Brasileiro.

A respeito do referido código, Sarlet e Fensterseifer (2011a) já haviam se posicionado no tocante ao projeto de lei, de modo a crer na ilegalidade antes mesmo de sua aprovação, cujo trecho vale o destaque:

cumpre considerar que, em eventual ação direta de inconstitucionalidade, que certamente virá com a aprovação do projeto de lei nos moldes em que se encontra hoje, a legislação ora contestada, precisamente por diminuir níveis de proteção ambiental, haverá de ser *presumida como sendo eivada de inconstitucionalidade*, cabendo ao ente estatal que a elaborou o ônus de provar o contrário, ou seja, de que a mesma não afronta os direitos fundamentais, em particular o direito a uma vida digna, segura e saudável da população brasileira. Ainda, reiterando o que já foi dito em passagem anterior, em matéria de direitos fundamentais a discricionariedade do legislador (o mesmo vale também para o administrador) encontra claro limite de ordem material, especialmente quando as medidas legislativas adotadas venham a limitar e reduzir o gozo e o desfrute de tais direitos. No caso

das alterações legislativas veiculadas pelo projeto de lei ora em análise, verifica-se sensível transposição dos limites (ainda que relativamente abertos) da função legislativa na regulação do direito fundamental ao meio ambiente, visto que evidente a violação das exigências da proporcionalidade, inclusive alcançando o seu núcleo essencial, aspectos sobre os quais certamente ainda haverá de se manifestar o Poder Judiciário (SARLET E FENSTERSEIFER, 2011a, p. 29).

Entretanto, a referida legislação fora aprovada, ainda que com resistência daqueles que entendiam pela instauração de um imenso retrocesso ambiental¹, sendo apontado entre tais mazelas: a) a fragilidade do CAR; b) a redução de Áreas de Preservação; c) a desnecessidade de reserva legal, por exemplo, em propriedades de até 400 hectares na Amazônia.

Sobre a novel legislação, Ayala (2010) assevera:

A existência desses bens, e a proteção da existência desses bens nos limites fixados pelo Código Florestal define as bases admitidas como mínimas aquém das quais não se teria como possível proporcionar níveis suficientes para o desenvolvimento de um conjunto mínimo de demandas existenciais vinculadas à dignidade da pessoa humana. Portanto, da manutenção dos padrões de existência para tais bens ambientais decorre a garantia de que serviços ambientais que beneficiarão toda a coletividade possam ser prestados, e de tais serviços decorre como resultado, a proteção de qualidade de vida em níveis mínimos para esta mesma coletividade, sendo dever estatal assegurá-la e dever de cada membro dessa coletividade, zelar por sua defesa não atentando perante tais bens e prevenindo ataques de terceiros sobre tais bens (AYALA, 2010, p. 61).

Deste modo, resta demonstrado que muito embora exista um sólido alicerce doutrinário traçando os limites de proibição do retrocesso, sob os pretextos das diretrizes econômicas, a legislação com fins patronais ao meio ambiente pode ser alterada, colocando em cheque os patamares estabelecidos como mínimo existencial ambiental.

IV – A INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL PARA RESTRIÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL AMBIENTAL

A chamada “reserva do possível”, tem sua origem e construção teórica no início dos anos 1970 na Alemanha e apregoava a vinculação da efetividade das

*Fora proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4901, Procuradoria Geral da República com o objetivo de pedir que o Supremo Tribunal Federal declare inconstitucionais vários artigos da Lei nº 12.651/12. A Referida ADI não fora julgada até a data de confecção deste artigo.

prestações materiais estaria condicionada a capacidade financeira do Estado, vez que os direitos prestacionais são dependentes de financiamento através dos cofres públicos (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, P. 29);

“Levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez”: na análise de Cass Sustein e Stephen Holmes , inserida no renomado artigo sobre a questão sob o título: “O custo dos direitos: Por que liberdade depende de tributos?” –(1999, tradução livre*), os autores defendem que todos os direitos geram custos ao Estado, e em última análise à sociedade. Defendem que todos os direitos são prestacionais (ou positivos) Portanto, diante da escassez de recursos, há necessidade de se realizar escolhas, que dependem de um resgate do que eles chamam de “pacto social”, ou seja a compreensão da sociedade e dos indivíduos em particular que é preciso fazer essas “escolhas”.

No Brasil, especialmente no que tange ao Direito à saúde, a teoria da reserva do possível foi desenvolvida por vários autores, entre eles destaca-se Gustavo Amaral em sua obra “Direito, escassez e escolha”, publicada pela primeira vez na biblioteca de teses da editora Renovar.

Na sua obra, Amaral (2001 P. 185)embora não corrobore todas as ideias de Holmes e Sustein assevera que:

"a escassez de recursos, a escassez de meios para satisfazer direitos, mesmo fundamentais, não pode ser descartada" (...) "o Direito precisa estar aparelhado para dar respostas".

Desta forma, popularizou-se no Brasil a utilização da teoria da “reserva do possível como maneira de analisar o “custo do direito” antes de efetivar, mesmo que judicialmente as previsões dos direitos fundamentais, incluindo o direito fundamental ao meio ambiente.

Todavia a “importação” à brasileira da referida teoria principalmente por Advogados da União, Procuradores do Estado, e Procuradores do Município, na defesa dos referidos entes públicos face ao que ficou conhecido como fenômeno da “judicialização” dos direitos prestacionais (em especial, o direito à saúde, mas também à

educação e mais recentemente o próprio direito ambiental)² não reflete a própria jurisprudência alemã, que partia de um caso concreto referente ao acesso à educação, conforme explica SARLET (2007):

Ainda no contexto mais amplo de direito à educação, situa-se a problemática do acesso ao ensino superior, objeto de ampla discussão na Alemanha já no início dos anos setenta, debate que, aliás, forneceu importantes e interessantes subsídios para a controvérsia em torno dos direitos sociais prestacionais. Na sua afamada e multicitada decisão *numerus clausus*, o Tribunal Federal Constitucional, com base na constatação de que a liberdade fundamental de escolha da profissão não teria valor algum caso não existissem as condições fáticas para a sua fruição, entendeu que este direito objetiva também o livre acesso às instituições de ensino. De fato, acabou o Tribunal da Alemanha reconhecendo que, a partir da criação de instituições de ensino pelo Estado, de modo especial em setores onde o poder público exerce um monopólio e onde a participação em prestações estatais constitui pressuposto para a efetiva fruição de direitos fundamentais, a garantia da liberdade de escolha de profissão (art. 12, inc. I, da LF), combinada com o princípio geral da igualdade (art. 3º, inc. I) e com o postulado do Estado Social (art. 20), garante um direito de acesso ao ensino superior de sua escolha a todos os que preencherem os requisitos subjetivos para tanto. Remanesceu em aberto, contudo, eventual possibilidade de se admitir um direito fundamental originário a prestações, isto é, não apenas o tratamento igualitário no que tange ao acesso, mas também o direito a uma vaga no âmbito do ensino superior. Tal hipótese foi aventada pelo Tribunal Federal Constitucional, que, mesmo sem posicionar-se de forma conclusiva a respeito da matéria, admitiu que os direitos a prestações não se restringem ao existente, condicionou, contudo, este direito de acesso ao limite da reserva do possível.

Portanto, não se tratava de uma análise financeira, mas sim sob o prisma do princípio da igualdade.

De acordo com Marcelo Antonio Theodoro (2010 p. 120) “...parece perfeitamente sustentável que, no Brasil, tão carente de posições emancipatórias, atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana, estampado no art. 1º, inc. III da

² Sobre a judicialização do direito ambiental ver por todos: GURSKI, Bruno César, CALDEIRA, Violeta Sarti e SOUZA-LIMA, José Edmilson. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA TUTELA DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE; In: Revista Jurídica – Unicuritiba. V.1 –nº 42, 2016, <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1515>.

Constituição Federal de 1988, os operadores do direito busquem pautar suas decisões, privilegiando o mínimo vital em detrimento da reserva do possível..”

Desta forma, defender a aplicação indistinta de barreiras orçamentárias, quando se discute direitos fundamentais, é inaceitável. Ainda, é imperativo que se destaque o mínimo existencial ecológico até no sentido de contrapor a pretensão de limitação,

Entre as “escolhas” defendidas por Sustain e Holmes, não podem colocar em xeque a proteção ao mínimo existencial, mormente num país como o Brasil, que vive várias crises em seus direitos fundamentais, entre as quais a crise ambiental.

CONCLUSÃO

O presente trabalho espera ter alcançado seus objetivos, haja vista ter percorrido a temática proposta através dos quatro alicerces propostos.

Primeiramente, nota-se irrefutável a necessidade de proteção ambiental, seja pela CRFB/88, seja pelo impulso do ordenamento jurídico internacional, razão pela qual já existe a consolidação do meio ambiente como direito fundamental inerente a humanidade, sem o qual a vida resta prejudicada.

Logo após, justa a análise do mínimo existencial ambiente. Sobre suas teorias, nota-se que a antiquada percepção a respeito do mínimo tido como meramente patamar superior a miserabilidade não cumpre com os requisitos de direitos fundamentais, razão pela qual o mínimo há de ser proposto em respeito à leitura diretiva constitucional.

A importância da definição do mínimo existencial, diga-se não está vinculada a um rol taxativo, mas como dito, exige uma concepção mais ampla, eis que almeja justamente a realização da vida em patamares dignos, considerando, nesse viés, a incorporação de todos os direitos plasmados não só na Constituição, mas nos tratados internacionais, e outros documentos deles decorrentes.

Em continuidade, quanto a análise do princípio da proibição do retrocesso, cumpre destacar que seu alicerce junto a doutrina nacional é firme e resistente, entretanto, restando ao legislador a interpretação da CRFB/88, a escala de prioridade

tem sido exercida em dissonância a leitura que deveria ser feita ao direito fundamental ao meio ambiente, razão pela qual, até a análise pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da proibição do retrocesso tem aplicabilidade mitigada no Brasil, o que só pode ser resolvido por meio de um novo paradigma interpretativo para a CRFB/88.

Quanto à teoria da reserva do possível e a sua apropriação na doutrina brasileira, especialmente para a defesa técnica dos entes estatais, o presente trabalho buscou analisar a impropriedade da sua utilização sem filtros. Se é certo que a escassez de recursos impõe limites importantes, esses limites não podem afetar direitos fundamentais, em especial o mínimo existencial desses direitos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha.

AYALA, Patrick de Araújo. Direito fundamental ao ambiente, mínimo existencial ecológico e proibição de retrocesso na ordem constitucional brasileira. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 99, n. 901, p. 29–64, nov., 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 363 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html. Acesso em: 15 dez. 2016.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais: o direito ao ambiente como direito subjetivo**. 1 ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 11-38.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Mínimo existencial ecológico: a garantia constitucional a um patamar mínimo de qualidade ambiental para uma vida humana digna e saudável. **Jurídicas**, v. 10, n. 1, pp. 31-46, 2013.

GURSKI, Bruno César, CALDEIRA, Violeta Sarti e SOUZA-LIMA, José Edmilson. A Judicialização da política na tutela do direito ao meio ambiente; In: Revista Jurídica – Unicuriúba. V.1 –nº 42, 2016,
<http://revista.unicuriúba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1515>.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999.

MILARÉ, Édís. **Direito ao Ambiente: a gestão ambiental em foco**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. **Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2000. 96 p.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre os deveres de proteção do estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental. In: AUGUSTIN, Sergio; STEINMETZ, Wilson (Org). **Direito constitucional do Ambiente: teoria e aplicação**. Caxias do Sul: EducS, 2011a. 147 p.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: constituição direitos fundamentais e proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchitiner. **Reserva do Possível , mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In. SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (organizadores). Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”: Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Discricionariade administrativa e dever de proteção do ambiente. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v.37. p. 117- 141, 2002.

THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos Fundamentais e sua Concretização**: Curitiba: Juruá, 2010 (reimpressão).

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, 353 p.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, 1989.

