

Aportes Metodológicos da História do Direito para a Análise Crítica do Retrocesso no Direito Ambiental

Methodology Contributions from History of Law to the Critical Analysis of Retrogression in Environmental Law

JÚLIO CÉSAR GARCIA

Doutor em Direito (UFPR), Mestre em Direito (UEM), Docente do Curso de Direito da Unioeste, *Campus* de Foz do Iguaçu/PR, Pesquisador-Líder do Grupo de Estudos em Direito Ambiental, Internacional e Sustentabilidade – Gedais/Unioeste, Editor da Revista Direito Sem Fronteiras – Unioeste.

LUÍS FERNANDO LOPES PEREIRA

Professor de História do Direito no Curso de Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, Membro do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD) e do Instituto Histórico e Geográfico do Paraná (IHGPR), Pesquisador vinculado ao Núcleo História, Direito e Subjetividade do PPGD/UFPR.

RESUMO: Nos dias atuais, são comuns as notícias de alterações de leis, políticas públicas ou decisões judiciais que dão indícios de retrocessos em matéria de proteção ambiental. Após décadas de evolução, o direito ambiental sofre com constantes ameaças a seus princípios, instrumentos e regramentos próprios. Como reação, a doutrina ambiental passou a defender a aplicação do princípio da proibição do retrocesso ambiental. Por outro lado, a história do Direito passou por importantes avanços nas últimas décadas, desenvolvendo metodologias que permitem um olhar crítico sobre as relações entre o Direito e o tempo. O objetivo deste artigo é utilizar-se do conhecimento historiográfico, em especial do método da cultura jurídica, para apresentar um novo olhar sobre a fundamentação jurídica e teórica da proibição de retrocesso, que é melhor apresentada como intangibilidade do bem ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ambiental; retrocesso ambiental; Positivismo; história do Direito; intangibilidade do bem ambiental.

ABSTRACT: Nowadays it's common to have news on changing processes of laws, public politics or judicial decisions that indicate retrogression on environmental protection. After decades of evolution the environmental law suffers permanent threats to its principles, instruments and regulations. The environmental law doctrine started then to defend the application of the principle of prohibition of

environmental retrogression. In a different perspective, History of Law made important advances in the latest decades, developing methodologies that allow a more critical approach to the relations between law and time. This paper aims to use the historiographic knowledge, specially the method of the juridical culture, to present a new look to the juridical and theory for justification of the prohibition of environmental retrogression, that becomes better defined as the intangibility of the environmental good.

KEYWORDS: Environmental Law; environmental retrogression; Positivism; history of law; intangibility of environmental good.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direito ambiental e a visão do *retrocesso*: uma visão linear consolidada; 2 A história do Direito: contribuições metodológicas para a crítica ao progresso e à ideia de regressão ou restauração; 3 Retrocessos normativos ambientais sob o olhar histórico; Considerações finais: pela intangibilidade do bem ambiental; Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é utilizar-se do conhecimento historiográfico e de suas contribuições no que diz respeito à questão da relação com o passado para debater as propostas atuais do direito ambiental de um princípio de não retrocesso das normativas deste campo do saber, desenvolvidas por vários teóricos atuais.

Em um primeiro momento, o texto desenvolve aspectos teóricos do direito ambiental, em sua atual configuração e em sua proposta de reconhecimento da vedação de retrocesso para, em um segundo momento, recorrer ao conhecimento historiográfico, em um breve panorama que mostra desde seu nascimento com o historicismo rankeano do século XIX até as influências do culturalismo já no século XX, para, a partir destas últimas, dialogar com as propostas do direito ambiental, buscando um conceito mais condizente com uma visão atual da historiografia. Evita-se assim cair nas linearidades e objetivismos das visões tradicionais do Direito buscando a defesa do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado contra ataques, a partir da perspectiva da intangibilidade dos bens fundamentais, sem, contudo, incorrer em falsos fundamentos históricos.

1 DIREITO AMBIENTAL E A VISÃO DO *RETROCESSO*: UMA VISÃO LINEAR CONSOLIDADA

O direito ambiental brasileiro seguiu a tendência mundial e estabeleceu marcos legais avançados, especialmente a partir da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal nº 6.938/1981) e do capítulo sobre meio ambiente na Constituição Federal de 1988.

Esses marcos legais constituíram o que parte da doutrina (Nery Jr., 1991, p. 272; Lorenzetti, 1998, p. 51; Antunes, 2004, p. 30; Prieur, 2001, p. 06; Souza,

2003, p. 235) passou a denominar de microsistema jurídico de direito ambiental, ou seja, um conjunto coerente de normas, com princípios próprios e de base constitucional, que regulam uma situação fática específica, no caso a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Diversas leis anteriores a 1988 foram recepcionadas e em sua grande maioria com aumento da relevância protetora de seus dispositivos. As décadas seguintes também testemunharam o surgimento de diversas leis federais, como a criação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, a Política Nacional de Educação Ambiental, a Política Nacional de Recursos Hídricos, a Lei de Crimes Ambientais e a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Apesar disso, os conflitos entre a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico e social do Brasil nunca estiveram tão acirrados. Especialmente na última década, observa-se uma fase de incremento significativo na renda de milhões de famílias brasileiras, gerando aquecimento econômico que levou ao aumento do consumo, da produção industrial, da demanda por insumos e matérias-primas, de energia e, por fim, da geração de resíduos líquidos, gasosos e sólidos; e uma fase subsequente, nos anos mais recentes, marcada pela crise econômica e o aumento da pressão ambiental por subterfúgios e flexibilizações sob a justificativa da necessidade de enfrentamento dos problemas de interesse público prioritários, como o desemprego e a recessão econômica. Mantém-se a tradição da época de escassez, com costumes e vícios no uso sem controle dos recursos naturais em uma nova época em que há, ainda que com alguma base de flutuação, maior acesso a recursos financeiros e ao crédito. O desenvolvimento brasileiro segue, assim, a tendência histórica mundial de aumentar significativamente a pressão sobre o meio ambiente, exigindo um reforço dos mecanismos de proteção ambiental, em especial os de natureza jurídica.

A reação de grande parcela de poluidores e prejudicados pelo enrijecimento da proteção do meio ambiente passou a ser articulada e nos últimos anos começou a ganhar corpo. Tal reação pode ser compreendida como medidas adotadas aos moldes do sistema bipolar apresentado por Zygmunt B. P. Plater, composto pelo Estado e pelas forças do mercado e que dominaram boa parte da política ambiental do século passado nos EUA e foram sendo paulatinamente desafiadas por um sistema multipolar e pluralista após o final da década de 60 (Plater, 1994). Trata-se de um movimento de flexibilização normativa e administrativa que pode resultar em uma verdadeira desconstrução do sistema jurídico-ambiental brasileiro, como o mesmo é conhecido hoje.

Diversos projetos de lei federal começaram a ser apresentados na última década no Congresso Federal buscando privilegiar condutas e criar exceções às regras de proteção ambiental. As perspectivas para o novo governo federal também dão indícios de grandes transformações com riscos à gestão ambien-

tal pública. Apesar disso, os problemas ambientais continuam se agravando, permitindo a conclusão de que os debates devem ser direcionados à revisão e melhoria contínua da legislação ambiental, não seu *retrocesso*.

Por essa razão, a doutrina ambiental vem defendendo o reconhecimento e a aplicação do *princípio da proibição do retrocesso ambiental*. O desafio é grande, pois sua construção deve equilibrar-se com outros princípios fundamentais, com base na hermenêutica jurídica, e não incorrer no erro pelo excesso no sentido contrário. A ordem jurídica é dinâmica e assim deve ser a produção e a interpretação normativa. Por outro lado, existem limites e marcos valorativos e naturais que devem ser respeitados.

O Direito tradicionalmente aponta para um caminho progressivo, linear e histórico do desenvolvimento normativo (Niesbet, 2008, p. XI; Nury, 1920, p. 2). Seja em decorrência de revoluções, crises sociais, novas descobertas científicas ou mudanças de valores éticos, a construção de novas leis apresenta-se sob o mito da progressividade linear e contínua.

Porém, não são raros os casos em que os textos normativos retrocedem a formatos ou previsões mais antigas, que já se encontravam abandonadas ou consideradas superadas. Seja por razões lógicas, pelo prevaletimento de um costume arraigado ou para a defesa de determinados interesses ou condições, o *retrocesso normativo* é um fato que merece estudo.

Por retrocesso a doutrina entende o retorno a uma situação anterior considerada pior ou ultrapassada. Originário do latim *retrocessus*, este é o sentido apresentado pelo *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, no qual a relação entre esse conceito e as ciências naturais aparece de forma explícita (2009, p. 1661):

1. ato, processo ou efeito de retroceder, retrogradação, retrocessão – 2. deslocamento físico para trás, retorno ao local de onde se saiu; retirada, recuo – 3. *retorno no tempo; volta ao passado* – 4. *volta ao primitivo estado ou ordem, considerada ultrapassada em relação a uma determinada época* (r. política) – 5. estado ou condição do que está começando a se degradar; decadência. (grifos nossos)

Não é o simples retorno da situação anterior à atual que deve ser considerado um retrocesso, mas o fato de esse retorno ocorrer de maneira prejudicial, gerando prejuízos sociais, políticos, econômicos e ou ambientais. Observa-se, nesses casos, uma desconstrução ou inobservância das conquistas jurídicas, normalmente refletido no desenvolvimento de ações, institutos, instrumentos, políticas, programas, padrões de qualidade etc.

O retorno a uma situação anterior pode ser denominado de *restauração jurídica* se não tiver um efeito de perda de direitos e de conquistas, caso em que seria uma regressão.

A questão que se coloca é se uma geração humana possui o direito de impedir a vida com qualidade de outra geração (seja a atual geração comprometendo as condições para as gerações futura, sejam as gerações futuras servindo de fundamento para impedir determinados padrões de vida para as presentes gerações), e de que maneira os mais modernos sistemas democráticos seriam capazes de validar uma decisão desta natureza (Haberle, 2006). A crise ambiental e o *princípio da proibição do retrocesso ambiental* destroem a máxima criada a partir da Revolução Francesa, conforme explica Pietro Costa (2010, p. 248), estabelecendo que cada geração possui o direito de, partindo do zero, reinventar o futuro. Essa noção ficou consagrada na Constituição Jacobina de 1793 (art. 28), que prescreve: “Uma geração não pode assujeitar às suas leis as gerações futuras”.

De acordo com Peter Haberle (2006, p. 221), tal previsão pode ter se baseado no direito fundamental à liberdade de todos, pelo princípio da democracia e/ou devido à mudança subjacente a toda esfera humana. Em um estudo específico sobre o tema, este autor enumera constituições de diversos países (Alemanha, 1984/1994; Suíça, 1990; Polônia, 1997; Albânia, 1998; Moldóvia, 1994; Ucrânia, 1996; Rússia, 1993) que passaram a tratar, de maneira ora expressa, ora indireta, sobre as gerações futuras em seus textos e preâmbulos e que demonstram uma mudança na cultura jurídica e na relação do Direito com o tempo (Haberle, 2006).

É neste sentido que Antônio Herman Benjamin (2011, p. 59) alerta para o fato de que as futuras gerações não podem estar fisicamente presentes nos debates legislativos do presente, bem como não podem se manifestar as milhões de espécies existentes no planeta, muitas das quais se quer são conhecidas pela ciência. Para este autor, entre os recursos jurídicos disponíveis para preservar os interesses das atuais e futuras gerações, está o reconhecimento de um princípio geral do direito ambiental, considerado sistêmico: o princípio da proibição do retrocesso ambiental (Benjamin, 2011, p. 63).

Ainda não há consenso quanto à terminologia empregada hoje para expressar o princípio da proibição do *retrocesso ambiental*, que também recebe as seguintes denominações: (a) princípio do *standstill* no Direito belga; (b) “efeito catraca” ou “regra catraca antirretorno” na doutrina francesa; (c) intangibilidade dos direitos fundamentais, para Olivier de Frouville; (d) direitos legislativos adquiridos ou a irreversibilidade dos direitos humanos, para Konrad Hesse; (e) a cláusula do *status quo* ou de proibição da retrogressão, para S. R. Osmani. Em inglês encontra-se a expressão *ratchet principle*, em espanhol *prohibicion de regressividad o de retrocesso* e, em português, “proibição de retrocesso” (Prieur; 2012, p. 08).

O renomado autor francês optou pela expressão “princípio de não retrocesso” (*principe de non régression*) por ela “bem demonstrar que o que está em jogo é a salvaguarda do progresso adquirido no conteúdo da legislação ambiental” (Priour, 2012, p. 08). Neste sentido, o autor explica que até se poderia utilizar a terminologia “princípio do progresso”, mas ele é muito vago, e, na prática, toda a legislação pressupõe garantir o progresso da sociedade. Além disto, explica o autor que o objetivo é destacar a especificidade do direito ambiental quanto aos recuos que constituem retrocesso na proteção do meio ambiente, mesmo quando estes não sejam absolutos, mas apenas gradações da regressão. Aqui não há qualquer preocupação com o significado historiográfico dos termos, afinal tanto a ideia de progresso quanto a de retrocesso são bastante questionáveis historiograficamente, como se discutirá adiante.

O autor brasileiro Carlos Molinaro (2007, p. 67), no mesmo sentido e partilhando a mesma visão de uma história linear e contínua, defende a noção da proibição da *retrogradação* ambiental, pois “a vedação da degradação ambiental constitui-se no objeto do princípio da proibição da retrogradação socioambiental em sede de direito ambiental” (*sic*) e também que “retrogradar expressa melhor a ideia de retroceder”. E continua Carlos Molinaro: “O que o direito ambiental objetiva é proteger, promover e evitar a degradação do ambiente” (*sic*). A substituição do termo retroceder para retrogradar confere certo relativismo à volta ao passado, mas continua insuficiente para uma ruptura com os padrões de linearidade.

Em sentido próximo, os autores Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer (2014, p. 320) defendem o princípio da proibição do retrocesso *socioambiental*, a partir da tese de que os direitos fundamentais possuem interdependência que aponta para sua unidade, razão pela qual aos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais deve-se somar o direito fundamental ao meio ambiente.

O direito ambiental manifesta em suas normas e objetivos um caráter finalista de desenvolvimento sustentável. Esta é a lógica defendida por Michel Priour e Gonzalo Sozzo. Para o autor francês, “o objetivo do direito ambiental é de lutar contra a poluição e preservar a biodiversidade” (Priour, 2012, p. 09). Em outras palavras, “aquele que devido a seu conteúdo contribui para a saúde pública e à manutenção do equilíbrio ecológico integra o direito ambiental” (Priour, 2012, p. 10).

Para Gonzalo Sozzo (Sozzo, 2012, p. 73), a finalidade assume o caráter de um progresso como perdurabilidade, o que leva a uma permanência transgeracional: “Penso que é necessário sermos mais radicais. Que a fundação do princípio da proibição do retrocesso exige uma base teórica mais ousada, mais universal, mais cosmopolita. Esta base é a ideia do progresso como perdurabili-

dade”. Aqui claramente aparece a adoção da categoria progresso como elemento central para a proteção ambiental.

Segundo o autor argentino, a partir da segunda modernidade, o futuro deixa de ser visto como progresso e começa a ser visualizado como duração, surgindo uma nova metáfora para se referir ao futuro: as gerações futuras (Sozzo, 2012, p. 73). Assim, observa-se uma nova transformação da noção de progresso: como perdurabilidade, o que, nas palavras do autor, “implica admitir que se progride quando se assegura às gerações futuras a transmissão de um certo volume de bens e o progresso como perdurável, não durável” (Sozzo, 2012, p. 74). Embora o autor faça uma revisão da ideia tradicional de progresso, continua ainda preso a tais perspectivas ao tentar definir o que poderia ser enquadrado como um progresso (no caso, a perdurabilidade das garantias ambientais para o futuro).

Observe-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, juntamente com a noção de preservação dos processos ecológicos essenciais, indica marcos ou limites mínimos para a proteção ambiental (Benjamin, 2011, p. 65), mas, mais do que isto, criam feixes complexos de direitos humanos e deveres constitucionais interligados a partir da finalidade mediata dessa proteção, qual seja, a promoção da qualidade de vida. Assim, como se mostrará adiante, aponta-se para uma ideia de intangibilidade dos direitos ambientais enquanto direitos fundamentais.

Tal vínculo aos direitos fundamentais fica explícito pela visão de Ingo Sarlet (2009, p. 4), que considera o *retrocesso* uma situação constitucionalmente ilegítima que se configura “[...] quando forem transpostas certas barreiras, representadas, por sua vez, por um conjunto de limites expressos e implícitos estabelecidos pela ordem jurídico-constitucional, sem prejuízo de barreiras inerentes ao processo político e social, em geral mais eficazes quando se trata de conter determinadas reformas”.

No mesmo sentido aponta José Gomes Canotilho (2003, p. 337), que reconhece não ser possível fazer frente à reversibilidade fática, tal como em recessões ou crises econômicas, porém entende que a proteção aos direitos ambientais (no caso analisado, no âmbito social) “[...] limita a reversibilidade dos *direitos adquiridos*, em clara violação do *princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural*, e do *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana” (grifos do autor).

Mas a doutrina do direito ambiental hegemonicamente abraçou o conceito de proibição do retrocesso, como em Éric Naim-Gesbert (2012, p. 126), para o qual “o princípio da proibição do retrocesso significa o não retorno sobre

o acervo jurídico – contra ventos e mares – e uma concepção aberta à adaptação da norma”. Busca assim mostrar que o princípio não induz a imutabilidade, mas apenas estabelece um nível de proteção que não pode ser reduzido, seja material ou processualmente, de tal sorte que a modificação de uma norma que regule direitos fundamentais deve apresentar soluções no mínimo equivalentes em termos de resultados, demonstrando o caráter finalista do direito ambiental.

Cumpra agora analisar o desenvolvimento da história do Direito e destacar alguns de seus principais aportes metodológicos que possam contribuir para crítica a tais visões lineares e progressistas da história marcadas pelo termo *retrocesso* ou mesmo pela ideia de *restauração*.

2 A HISTÓRIA DO DIREITO: CONTRIBUIÇÕES METODOLÓGICAS PARA A CRÍTICA AO PROGRESSO E À IDEIA DE REGRESSÃO OU RESTAURAÇÃO

A história, em seu nascimento como ciência no século XIX, ficou marcada pelo “espírito de época” e incorporou a seu discurso a ideia de progresso e de objetivismo. A história científica proposta por Leopold von Ranke acreditava na possibilidade de resgatar o passado como ele realmente aconteceu e compartilhava das imagens mentais do período de que o presente é necessariamente superior ao passado. Isto porque o desenvolvimento técnico e científico pelo qual a Europa Ocidental passava dava a impressão à sociedade de que todos colheriam os frutos desse avanço (Carbonell, 1987).

Mesmo a historiografia marxista, que propõe uma outra forma de se ver a história, materialista, acreditava também em um progresso das sociedades humanas, afinal, os modos de produção que se sucediam apresentavam-se em uma escala evolutiva. Até mesmo a ideia de trabalhador para Marx evolui, do escravo da antiguidade clássica (considerado como coisa) para o servo medieval (livre, mas preso à terra) até chegar ao proletariado, o agente revolucionário por natureza. Assim, mesmo a historiografia marxista, que pretendia uma crítica do positivismo histórico, caía na mesma armadilha progressista (Fernandes, 1983).

A primeira grande ruptura com tal modelo viria da historiografia francesa dos anos 20 e 30, gestada em meio a um conturbado período da história europeia, que via com desconfiança as ideias de progresso e a história linear (ficara famosa a época a metáfora do trem da história, progressista, linear e constante) (Dosse, 1992).

Mas “a ruptura feita pela Escola dos Annales e pelo marxismo foi apenas o começo. Maiores rupturas viriam com a contemporaneidade e afetariam diretamente o conhecimento histórico, fazendo com que seu foco se alterasse para questões mais fragmentadas e cotidianas” (Pereira, 2012, p. 32).

Atualmente muitas outras divisões e especializações da história são observadas: história econômica, do consumo, do gerenciamento, da publicidade, e até mesmo um “empreendimento jovem, mas ambicioso” (Burke, 2011, p. 8): a história do meio ambiente ou eco-história.

Agora se fala (novamente) em uma “nova história”, ou seja, um movimento unido apenas naquilo a que se opõe, ou, nas palavras de Burke (2011, p. 10-11), “é a história escrita como uma reação deliberada contra o ‘paradigma’ tradicional”. Dentre as características desta nova história, Burke (2011, p. 10-15) destaca as seguintes: interessa-se por virtualmente toda a atividade humana; preocupa-se com a análise das estruturas; é uma história vista de baixo, com as opiniões de pessoas comuns e com sua experiência da mudança social; vai além da fonte documental para analisar uma maior variedade de evidências (visuais, orais, estatísticas); amplia os questionamentos dos historiadores sobre os fatos, alcançando tanto movimentos coletivos, quanto com ações individuais, tanto com as tendências, quanto com os acontecimentos; e reconhece-se a relatividade cultural e a impossibilidade de uma história objetiva e neutra.

Em meio ao desenvolvimento da teoria geral da história, também desenvolve-se a história do Direito. Esta é definida por Ricardo Marcelo Fonseca (2009, p. 33) de duas maneiras: de um lado, “é o ramo do saber que se ocupa do passado jurídico” e de outro lado “é o objeto deste mesmo saber, aquilo que está sendo estudado”.

Como bem alerta André Peixoto Souza (2012, p. 67), “história do Direito não deixa de ser história vinculada a determinado ramo do conhecimento histórico. Fazer história do Direito pressupõe, no entanto, conhecimentos específicos acerca de categorias inerente ao ‘universo jurídico’”.

A história do Direito no século XIX tratou do Estado como personagem principal (momento aquele em que os Estados-nação estão adquirindo sua forma acabada). A partir da influência da Escola dos Annales, surge também uma nova história do Direito, na qual o personagem principal passa a ser a vida material (Lopes, 2008, p. 2-3).

Ainda de acordo com José Reinaldo Lima Lopes (2008, p. 4-7), a história é virtualmente fatural e virtualmente estrutural e, por essas razões, deve levantar suspeitas do poder, do romantismo, das continuidades e da ideia de progresso e evolução. Quanto a essa última suspeita, merece destaque a percepção do autor de que o futuro é contingente e aberto, e, apesar da tendência de olharmos para ele com a noção de uma continuidade, a história mostra que há constantes inovações e também contingência pura e simples (Lopes, 2008, p. 7).

Dentre as tarefas da história do Direito, José Reinaldo Lima Lopes (2008, p. 8) indica a história da cultura e das instituições, mas ressalta-se para este estudo

a importância da história das fontes, que deve buscar o esclarecimento dos fatos correlacionados com o processo de sua criação, conflitos entre normas etc.

A importância do estudo do passado do Direito está, nas palavras de Ricardo Marcelo Fonseca (2009, p. 36), em demonstrar “as profundas diferenças existentes entre experiências jurídicas do passado e da atualidade, ter a capacidade de relativizar o presente, contextualizar o atual, ‘desnaturalizando-o’ e colocando-o na contingência e na provisoriedade histórica a que ele pertence”.

Para o trabalho científico, a escolha de uma teoria é condicional e essencial para o desenvolvimento das pesquisas e o alcance de resultados. Nas palavras de Antonio Manuel Hespanha (1978, p. 16), “a tarefa historiográfica não pode decorrer sem a adesão a um modelo explicativo prévio que permita selecionar as questões relevantes e relacioná-las entre si, adotar as estratégias de pesquisa adequadas, estabelecer ligações entre os fatos apurados pela investigação empírica”.

Dentre os métodos disponíveis, destacam-se as perspectivas chamadas de culturalistas, e em especial o método da cultura jurídica (Pereira, 2012). A partir da premissa da circularidade da cultura jurídica¹, aumenta a importância da experiência para a compreensão da ciência jurídica e, ainda, diferenciando-se do positivismo historicista, “reconhece-se a necessidade de analisar, de discutir, de dar sentido ao passado” (Pereira, 2012, p. 34-36). Em outras palavras, “a historiografia não é a descrição de coisas, mas atribuição de sentido: logo, uma interpretação que busca colher significados hermenêuticos” (Pereira, 2012, p. 36).

E mais: de acordo com esse método da análise da cultura jurídica, os historiadores “[...] devem seguir orientações que possibilitem a construção de uma interpretação (aberta, complexa e provisória) do fenômeno jurídico como fenômeno cultural e, como tal, constituído a partir de influxos recíprocos internamente ao campo jurídico e fora dele” (Pereira, 2012, p. 42).

É neste sentido que se deve verificar o processo histórico pelo qual determinada norma foi criada para então situar o texto de uma nova norma posterior que a altere. Assim, com o culturalismo e com seu aporte dos instrumentais teóricos da antropologia e do relativismo cultural, radicalmente se revê a ideia de progresso, e o passado passa a ser visto, sob tal ângulo, não como inferior ou como superior, apenas como diferente.

1 Esta circularidade é inspirada, conforme explica Pereira (2012), nas orientações de Carlo Ginzburg e refere-se à noção de que a cultura jurídica circula entre a interna e a externa.

Percebe-se que todo o instrumental historiográfico contemporâneo é crítico à visão linear e progressista do transcurso histórico, o que terá implicações na avaliação das propostas feitas pelo direito ambiental.

3 RETROCESSOS NORMATIVOS AMBIENTAIS SOB O OLHAR HISTÓRICO

A visão da história como algo vivo e dinâmico e, portanto, desvinculada de qualquer pretensão evolucionista, oferece aportes importantes para o campo do Direito. É via história que se pode questionar as ideias hegemônicas no campo da doutrina ambiental que têm discutido a questão do princípio da proibição de retrocesso.

Mesmo encarando o retrocesso como algo diverso da restauração, ambos os termos têm clara relação com o saber historiográfico tradicional, pois os dois estão vinculados a uma ideia de evolução e de progresso. Entre as várias terminologias para se expressar a proibição do retrocesso ambiental, a maioria carrega tal marca de uma visão linear: *standstill*, efeito catraca (ou regra catraca antirretorno) ou cláusula do *status quo* (ou de proibição da retrogressão).

Todos esses conceitos enxergam o passado como algo já estanque e objetivo que se apresenta como vinculado ao presente do qual é a raiz. Dentre as opções oferecidas anteriormente por Michel Prieur (2012), prefere-se a da intangibilidade dos direitos fundamentais de Olivier de Frouville²; pois mesmo a ideia de direitos legislativos adquiridos ou a irreversibilidade dos direitos humanos de Konrad Hesse guardam ainda uma semente de linearidade e de evolução ao prever a impossibilidade de reversão.

A ideia de irreversibilidade dos direitos humanos aponta, de outra forma, para algo que não pode ser modificado por se configurar em uma conquista social e que, no caso do direito ambiental, uma conquista que não se relaciona necessariamente com o passado, mas que se projeta para o futuro, pensando também nas novas e futuras gerações.

A relativização proposta pela história evita, pois, que se caia nas armadilhas das visões lineares, ao mostrar que as épocas mudam (principalmente em suas mentalidades de longa duração) e tal mudança não significa avanço ou retrocesso, apenas mudança, como destaca Philippe Ariès: “Certas coisas [...] eram concebíveis, aceitáveis, em determinada época, em determinada cultura, e deixavam de sê-lo em outra época e numa outra cultura. [...] Não é que não tenhamos mais os mesmos valores, mas que os reflexos elementares não são mais os mesmos” (*apud* Souza, 2012, p. 63).

2 Neste sentido foi desenvolvida a tese de doutorado sobre a intangibilidade do bem ambiental e que permite a ampliação ou superação de entraves da intangibilidade sob a perspectiva convencional da teoria dos direitos fundamentais. Vide Garcia, (2016).

Assim, a metodologia histórica serve de aporte para a compreensão também das mentalidades que sustentaram a criação da norma, a sua atualização ou mudança. Não há que se falar em retrocesso, afinal, a volta a um estágio do passado não é possível. Há, no campo do Direito, conquistas, que podem ser deixadas de lado por mudanças sociais e por novas configurações e mesmo por novas preocupações e problemas a serem resolvidos.

A proteção jurídica do meio ambiente, por exemplo, é feita hoje a partir de uma mentalidade própria ao período histórico atual, que passou a se preocupar, como nunca dantes, com as futuras gerações e com a sobrevivência do planeta. A história ensina que tal questão é fruto de uma mudança de mentalidade na própria relação entre o homem e a Natureza. Nos séculos XVII e XVIII, o homem moderno consolidava sua visão de separação dele e do mundo natural (Thomas, 1989), que passava a ser visto não mais como uma realidade externa que continha o homem e o determinava (basta lembrar as ideias presentes no *jusnaturalismo* tomista, de uma natureza das coisas que seria a base para a equidade e para a justiça) para uma Natureza maleável e moldável ao sabor da vontade humana (que também se autonomiza nesse mesmo período histórico).

As crises ambientais contemporâneas e o crescimento exponencial da população global e de seus índices de consumo começaram a apontar para a possibilidade real de esgotamento das reservas naturais caso utilizadas de maneira depredatória. Assim, a viragem mental contemporânea revela que estamos em outro momento e que voltar atrás não é possível. Entretanto, os sujeitos em disputa no campo jurídico ainda ameaçam as conquistas do direito ambiental (ainda fragilmente à mercê dos grandes interesses econômicos e da fome do grande capital e de um sistema ainda preso às ideias modernas de progresso, avanço e inesgotabilidade dos recursos).

CONSIDERAÇÕES FINAIS: PELA INTANGIBILIDADE DO BEM AMBIENTAL

A partir da metodologia apresentada, é possível realizar a crítica à ideia de *retrocesso normativo ambiental* a partir do método histórico, que deve abandonar as visões tradicionais do positivismo histórico e mesmo do marxismo evolucionista de que o processo de transformação histórica teria um sentido único e progressista.

As normas jurídicas devem ser analisadas em seu contexto histórico, que não é necessariamente superior ao do passado, nem inferior, apenas diferente, como ensina o relativismo antropológico. Não há, portanto, uma natureza transcendente da norma jurídica, mas esta é também um produto histórico.

A busca por garantias no campo do direito ambiental não pode reforçar tal visão ultrapassada de história (típica do século XIX), mas deve se inserir

em um plano do qual o conhecimento historiográfico seja respeitado e suas (re)visões incorporadas. Dessa forma, refuta-se a ideia de retrocesso ou mesmo de restauração, pois as duas refletem uma visão não apenas linear do processo histórico, mas também objetivista, afinal os termos denotam a possibilidade de “volta ao passado” e perdem a dimensão de que o passado não existe, mas é uma construção historiográfica. O passado não está lá à disposição para ser acessado para o bem ou para o mal. O passado possui, como destacava Walter Benjamin, uma relação direta com o presente (Benjamin, 1985). Cada presente ilumina um passado e este é fruto de uma (re)construção por parte do historiador, que atribui ao passado um sentido que ele em si não possuía (Hegel chamava isto de “astúcia da razão”).

A noção da intangibilidade do bem ambiental aponta para uma nova perspectiva jurídica, que importa na estruturação de um arcabouço protetivo ambiental fundado em sólida base constitucional e que convive, complementa e supera a mesma intangibilidade na perspectiva dos direitos fundamentais (Garcia, 2016).

A intangibilidade é uma qualidade jurídica que pode expressar distintos significados e consequências jurídicas. Uma definição convencionalmente empregada no Direito é a que confunde a intangibilidade com a imaterialidade. O bem ambiental será intangível na medida em que representa uma realidade jurídica imaterial. Uma segunda acepção comum é a que confunde a intangibilidade com a indisponibilidade e inalienabilidade do bem ambiental, ou seja, por se tratar de bem de uso comum do povo, não está passível de apropriação direta por sujeito público ou privado.

Porém, mais importante ao presente estudo é uma terceira acepção, original e inovadora, segundo a qual a intangibilidade jurídica atribui a bens jurídicos direitos ou interesses estabilidade, imutabilidade ou indestrutibilidade (Garcia, 2016). Trata-se de uma qualidade que impede que uma situação jurídica seja alterada a tal ponto que se comprometa a estrutura, organização ou conteúdo essencial que justifiquem ou caracterizem sua existência. Nesse viés, o bem ambiental será intangível na medida em que seja imune a quaisquer tentativas de alteração, diminuição ou descaracterização de seu conteúdo. É assim intangível por estar imune às demais normas, alcançando um *status* superior de proteção. Conclui-se assim que tanto a imaterialidade quanto a impossibilidade de apropriação do bem ambiental constituem consequências da intangibilidade, e não ela própria.

A intangibilidade é a qualidade jurídica atribuída a uma norma, direito ou bem jurídico que o torna intangível ou impossível de ser acessado por vias diretas. Essa intangibilidade pode se fundamentar em uma escolha política ou estratégica do legislador, que busca salvaguardar determinada situação jurídica,

ou pode, como é o caso do bem ambiental, decorrer da própria natureza do bem, que é apenas reconhecido pelo Direito e, nesta operação, pode se tornar uma nova realidade no sistema jurídico.

A intangibilidade do bem ambiental torna a fronteira entre o sistema ecológico e o sistema social humano mais permeável, ou seja, faz com que uma maior parte da realidade ecológica seja percebida, valorada e internalizada pelo Direito. É como se o sistema ecológico servisse de modelo ou referência permanente e sobreposta ao sistema jurídico, que pode, formalmente, contrariar os pressupostos ecológicos, mas que na prática não consegue alterar a realidade dos fatos, mas no máximo distorcer a percepção humana sobre eles.

A diferença é que o enfoque não está em uma proibição de retrocesso simplesmente³, que encontra diversas dificuldades para ser sustentada e para alcançar o principal objetivo (frente às exceções passíveis de serem implantadas via proporcionalidade⁴), mas numa perspectiva proativa, que utiliza indicadores objetivos de tutela e que vão além do mínimo ecológico (porque não se trata de um mínimo, mas de um máximo⁵) para apresentar parâmetros realistas, como a preservação e restauração de processos ecológicos e da consideração da função ecológica (e não função social, função econômica, função sanitária, função espiritual etc.; todas funções antropocêntricas) dos seres vivos e recursos abióticos.

Logo, a intangibilidade do bem ambiental representa, em última instância, o reconhecimento jurídico de que o caráter finalístico do direito ambiental⁶ deve ser mantido, garantido e efetivado. E, igualmente, todo e qualquer ato jurídico, produção legislativa, decisão judicial ou política executiva que tenha qualquer relação direta ou indireta com o meio ambiente deve respeitar essa finalidade, reconhecida como objetivo fundamental da República. Significa a elevação da proteção do bem ambiental a um nível superior na hierarquia normativa da ordem jurídica brasileira, sem digressões ou atenuações para o fato de que até mesmo a dignidade humana submete-se inexoravelmente ao equilíbrio ecológico. O resultado prático principal é a interpretação de um dever fundamental de preservação do equilíbrio ecológico e todos os seus desdobramentos.

3 Que induz a adoção de uma visão linear da história, bem como do critério cronológico sobre o hierárquico. Vide posição crítica de Juarez Freitas (2010, p. 99).

4 Vide, entre outros, Paula Suzanna Amaral Mello (2014).

5 O conceito de um mínimo ecológico não apresenta a melhor abordagem válida para a proteção do meio ambiente, pois o equilíbrio ecológico depende de um complexo sistema de interdependência de seres vivos, uma realidade completamente diferente da realidade social em que a noção de mínimo existencial surgiu. Ao invés de um mínimo, a realidade ecológica exige sempre o máximo ecológico, ou seja, a busca pela maior e mais ampla preservação dos processos ecológicos.

6 Sobre o caráter finalístico do direito ambiental, vide Michel Prieur (2012, p. 10).

Diferencia-se da abordagem doutrinária da proibição de retrocesso ambiental (Prieur; Sozzo; 2012), por não organizar seus fundamentos sobre uma relação temporal, do passado com o futuro e de base histórico-linear, nem de assentar-se sobre uma impossibilidade de alteração de sentidos jurídicos das normas. A intangibilidade do bem ambiental aponta para um critério objetivo (o equilíbrio ecológico) a partir do qual irradia um valor correspondente (princípio da sustentabilidade) que conforma todos os demais valores e normas (princípio da hierarquização axiológica) em uma interpretação tópico-sistemática que reconhece a superposição do sistema ecológico (ecossistemas ou biosfera) como referência para atuação humana perante a natureza, que, por sua vez, assume a forma estratégica de um dever fundamental. Observa-se que a proibição de retrocesso ambiental manifesta-se com uma perspectiva negativa, do não fazer, do não mudar, enquanto a intangibilidade pressupõe ou conduz a uma perspectiva positiva, do dever de preservação e da busca por melhorias constantes.

Dessa forma, sob a inspiração do conhecimento historiográfico, defende-se, neste artigo, uma nova abordagem para a salvaguarda das conquistas jurídicas ambientais, a partir da visão dos direitos ambientais como expressões ou decorrências do bem ambiental fundamental e que por isto são intangíveis e merecedores da proteção através especialmente da configuração dos bens constitucionais tutelados pelo Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- AMIRANTE, Domenico. Le principe de non régression de l'environnement en droit italien. In: PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo (Org.). *La non régression en droit de l'environnement*. Bruxelas: Bruylant, 2012.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- ARAGÃO, Alexandra. Le fondement européen de la prohibition de régression: le niveau élevé de protection de l'environnement. In: PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo (Org.). *La non régression en droit de l'environnement*. Bruxelas: Bruylant, 2012.
- BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Atlas, 2009.
- BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio de proibição de retrocesso ambiental. In: *O princípio da proibição do retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2011.
- BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica; arte e política*. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- BORN, Charles-Hubert. Le principe de non régression en droit de l'environnement – La situation en Belgique. In: PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo (Org.). *La non régression en droit de l'environnement*. Bruxelas: Bruylant, 2012.
- BURKE, Peter (Org.) *A escrita da história: novas perspectivas*. São Paulo: Unesp, 2011.
- BURY, J. B. *The idea of progress: an inquiry into its origins and growth*. London: Macmillan and Co., 1920.

- CAMPELLO, Célio da Cunha. *Áreas verdes: índices que sustentam a vida*. Portal do Ministério Público do Estado de São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente/material_apoio/mamodelos/mod_urbanismo/mod_urb_pecas/mod_urb_pecas_parecer/ÁREAS-VERDES-ÍNDICES-QUE-SUSTENTAM-A-VIDA.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- CARBONELL, Charles-Olivier. *Historiografia*. Lisboa: Teorema, 1987.
- CARVALHO, Cleide. Desmatamento aumentou 127% em áreas de proteção ambiental nos últimos dez anos. In: *O Globo*, 06.10.2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2011/10/06/desmatamento-aumentou-127-em-areas-de-protacao-nos-ultimos-dez-anos-925531398.asp>>. Acesso em: 8 nov. 2011.
- DOSSE, François. *A história em migalhas – Dos Annales à Nova História*. Campinas: Editora da Unicamp, 1992.
- FERNANDES, Florestan. *Marx/Engels*. São Paulo: Ática, 1983.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do Direito*. Curitiba: Juruá, 2009.
- GARCIA, Júlio César. A multidimensionalidade do bem ambiental e o processo civil coletivo brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 37, p. 110-137, 2004.
- _____. A intangibilidade do bem ambiental. Tese de doutorado em Direito. Curitiba: UFPR, 2016. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/43727>>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- HABERLE, Peter. *A constitutional law for future generations – the ‘other’ form of the social contract: the generation contract*. In TREMMEL, Jörg (org.), *Handbook of intergenerational justice*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2006, p. 215-229.
- HACHEZ, Isabelle. *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*. Bruylant, Bruxelles, 2008.
- HERVÉ-FOURNERAU, Nathalie. Le principe de non régression environnementale, en doit de l’Union Européenne: entre idéalité et réalité normative? In: PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo (Org.). *La non régression en droit de l’environnement*. Bruxelas: Bruylant, 2012.
- HESPANHA, António Manuel. *A história do direito na história social*. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.
- MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NAIM-GESBERT, Éric. La Science et le Principe de Non-Retour sur l'Acquis Juridique. In: PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo (Org.). *La non régression en droit de l'environnement*. Bruxelas: Bruylant, 2012.

NERY JR., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

NISBET, Robert. History of the Idea of Progress. *New Brunswick, Transaction Publishers*, 2008.

OLIVEIRA, Marina. Cientistas pedem adiamento da votação do novo Código Florestal. In: *G1, Política*, 25.04.2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/04/cientistas-pedem-adiamento-da-votacao-do-novo-codigo-florestal.html>>. Acesso em: 8 nov. 2011.

PEREIRA, Luís Fernando Lopes. A circularidade da cultura jurídica: notas sobre o conceito e sobre método. In: FONSENCA, Ricardo Marcelo (Org.). *Nova história brasileira do Direito: ferramentas e artesanias*. Curitiba: Juruá, 2012.

PLATER, Zygmunt J. B. From the beginning, a fundamental shift of paradigms: a theory and short history of environmental law. In: *Loyola of Los Angeles Law Review*, n. 27, p. 981-1008, Boston: Boston College Law School Faculty Papers, 1994. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/lsp/175>>. Acesso em: 19 fev. 2015.

PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: SENADO FEDERAL. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Coletânea do Colóquio "O princípio da proibição de retrocesso ambiental". Brasília, p. 40, 2012.

PRIEUR, Michel. Le Nouveau Principe de "Non Régression" en Droit de L'environnement. In: PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo (Org.). *La non régression en droit de l'environnement*. Bruxelas: Bruylant, 2012.

_____. *Droit de l'environnement*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Algumas notas a respeito dos direitos fundamentais sociais e a proibição de retrocesso: desafios e perspectivas. In: *Cadernos da Amatra IV*, n. 13, coletânea especial dos artigos relativos às palestras apresentadas no XX Encontro Regional da Amatra, em Buenos Aires, nos dias 11 e 12 de junho de 2009, p. 4. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/cadernos/263-caderno-13?start=3>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

_____. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 17, p. 111-132, 1999.

_____. Coletânea especial dos artigos relativos às palestras apresentadas no XX Encontro Regional da Amatra, em Buenos Aires, nos dias 11 e 12 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/cadernos/263-caderno-13?start=3>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

SOUZA, André Peixoto. Uma historiografia para a cultura jurídica brasileira. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Nova história brasileira do Direito: ferramentas e artesanias*. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzagio (Org.). *Aspectos processuais do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

SOZZO, Gonzalo. El principio de no retroceso en el campo de la teoría jurídica: el progreso como perdurabilidad para las generaciones futuras. In: PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo (Org.). *La non régression en droit de l'environnement*. Bruxelas: Bruylant, 2012.

THOMAS, Keith. *O homem e o mundo natural*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

WINTER, Gerd. Non regression principle in German law. In: PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo (Org.). *La non régression en droit de l'environnement*. Bruxelas: Bruylant, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de história do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Data da submissão: 24 de junho de 2015

Data do aceite: 21 de julho de 2015