

VEDAÇÃO DO RETROCESSO E HERANÇA INTERGERACIONAL

NON-REGRESSION AND INTERGENERATIONAL INHERITANCE

Marcelo Kokke*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Distribuição de bens e riscos entre gerações. 3 Vedação ao retrocesso e crítica ao sentido de progresso. 4 Compreensões diversificadas da vedação ao retrocesso. 5 Progressão substancial do mínimo existencial ou mínimo essencial ecológico. 6 Vedação ao retrocesso como irreversibilidade relativa. 7 Vedação do retrocesso como herança intergeracional. 8 Considerações finais. Referências.

RESUMO: A proposta desenvolvida neste estudo é proceder à tematização do retrocesso em seus contornos de significado normativo para a cidadania, incluindo bens e riscos socialmente implicados na proteção do meio ambiente. A partir de delimitação de marcos teóricos específicos, propõe-se visualizar o progresso e o retrocesso não em uma linearidade de ações humanas, mas sim como uma constante disputa de sentidos e caminhos no âmbito dos conflitos intergeracionais. O artigo assume como pressuposto argumentativo que o princípio da vedação do retrocesso está imerso nos dilemas próprios da justiça distributiva. A análise utiliza o método crítico-propositivo para abordagem do tema. A conclusão proposta é compreender o princípio da vedação do retrocesso a partir da ideia de herança intergeracional positiva.

Palavras-chave: Direito ambiental. herança intergeracional. vedação do retrocesso.

ABSTRACT: *The proposal developed in this article is to proceed to the study of regression in its contours of normative meaning for citizenship, including goods and risks socially implicated in the protection of the environment. From the delimitation of specific theoretical reference points, the paper proposes to view progress and regression not in linearity of human actions, but as a dispute constant of senses and ways in the scope of intergenerational conflicts. The article supports as argumentative presupposition that non-regression principle is immersed in the distributive justice dilemmas. The analysis uses the critical-propositive method in order to approach the theme. The proposed conclusion is to understand the principle of non-regression from the idea of positive intergenerational inheritance.*

Keywords: *Environmental law. intergenerational inheritance. non-regression.*

* Pós-doutor em Direito Público - Ambiental pela Universidade de Santiago de Compostela - ES. Mestre e Doutor em Direito pela PUC-Rio. Especialista em Processo Constitucional. Pós-graduação em Ecologia e Monitoramento Ambiental. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Professor da Faculdade Dom Helder Câmara. Professor de Pós-graduação da PUC-MG. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Membro da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil. Membro da Academia Latino Americana de Direito Ambiental. Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública.

Artigo recebido em 07/06/2019 e aceito em 01/07/2020.

Como citar: KOKKE, Marcelo. Vedação do retrocesso e herança intergeracional. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 38, p. 285-316. jul/dez. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

INTRODUÇÃO

A formação de lugares comuns na argumentação jurídica é um risco constante. O patrocínio abstrato de bandeiras empunhadas com sustentações que não encontram opositores é chance fatal de queda em um vazio argumentativo que reduz em simplicidade relações e dilemas complexos. Nesta situação encontram-se tensões resolvidas, ou pretensamente resolvidas, com proposições excessivamente gerais e distantes de densificação, propiciando pretensões de soluções ao estilo de que “se deve sempre respeitar, defender e preservar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras”; ou de que “a compreensão do Direito Ambiental há de guiar-se pela dignidade da pessoa humana”; ou mesmo de que “deve ser tutelado o mínimo existencial ambiental” sem que se desenvolva uma crítica em termos de razão prática para fins de definição do que seja o mínimo existencial na conjuntura de problemas existentes na sociedade. Neste sentido, a crítica comunitária em face de proposições generalizantes e abertas que desconsiderem o contexto de decisão em relação a problemas situados.¹

A proposta desenvolvida neste estudo é proceder à tematização do retrocesso em seus contornos de significado normativo para a cidadania, incluindo bens e riscos socialmente implicados na proteção do meio ambiente. A partir de delimitação de marcos teóricos específicos, propõe-se visualizar o progresso e o retrocesso não em uma linearidade de ações humanas, mas sim como uma constante disputa de sentidos e caminhos no âmbito dos conflitos intergeracionais. Em que medida pode ser compreendida as disputas e argumentações humanas em torno do progresso e retrocesso que afetam o uso e exploração dos bens ambientais, impactando na proteção ecológica? Em que medida normas que determinem a preservação podem ser vistas como um obstáculo ilegítimo ao bem-estar das gerações presentes, fragilizando a alegação de proteção das gerações futuras? Qual o critério delimitador entre progresso e retrocesso na definição das matrizes normativas de restrição da atuação antrópica no ambiente?

A tomada de uma situação-problema com elementos caracterizadores abrirá flancos para discordâncias e questionamentos,

¹ Michael Walzer enfatiza que “mesmo que esteja comprometida com a imparcialidade, a questão com mais probabilidade de surgir na cabeça dos membros da comunidade política não é “O que os indivíduos racionais escolheriam em situações universalizantes de tal tipo? “ Mas, pelo contrário, “O que escolheriam indivíduos como nós, que compartilham uma cultura e estão decididos a continuar compartilhando-a?” (2003, p. 4).

tanto dos referenciais teóricos adotados quanto das conclusões alcançadas. Estas discordâncias e questionamentos são almejados como frutos do próprio desiderato metodológico assumido, centrado no método crítico-propositivo. O artigo assume como pressuposto argumentativo que o princípio da vedação ao retrocesso está imerso nos dilemas próprios da justiça distributiva, laborando com o significado de bens socialmente relevantes e sua densificação.²

Almeja-se, desta forma, demonstrar que existem diversas linhas de aceção do significado e efeitos do princípio da vedação ao retrocesso, desconfigurando uma relação de automatismo entre retrocesso e progresso. A vedação do retrocesso está inserida nos dilemas da justiça distributiva entre gerações, imersa em confrontações intra e intergeracionais. Os referenciais teóricos aqui manejados na construção de argumentos se centrarão, primeiramente, na crítica do binômio progresso/retrocesso, a partir das elaborações formuladas por Herder e com incursões nas problematizações éticas arquitetadas por Hans Jonas, sob o ângulo filosófico, ao lado das categorizações e apanhado das mutações em torno do significado de retrocesso efetivadas por Gonzalo Sozzo.

Em seguida, empreende-se análise da vedação do retrocesso sob três linhas diversas de referenciais teóricos, capitaneadas pelos pensamentos de Michel Prieur, Isabelle Hachez e Edith Brown Weiss. Essas linhas são aqui denominadas, respectivamente: vedação do retrocesso como progressão substancial do mínimo existencial ambiental; vedação do retrocesso como irreversibilidade relativa; vedação do retrocesso como herança intergeracional. A conclusão que se propõe alicerçar é pela impossibilidade total de adoção de bases lineares para compreender a vedação do retrocesso, sendo determinante sua visualização a partir da perspectiva de herança intergeracional.

1 DISTRIBUIÇÃO DE BENS E RISCOS ENTRE GERAÇÕES

Os conflitos envolvendo a vedação do retrocesso da tutela ambiental estão imersos em questões de justiça distributiva intrageracional e intergeracional. Como justiça distributiva, a partir das construções de Walzer, a configuração da sociedade humana como uma comunidade politicamente envolvida na fixação de formas, princípios e critérios de

² Em relevo, é de importância na configuração do caminho percorrida o princípio distributivo de Walzer, segundo o qual “nenhum bem social X será distribuído a quem possua algum outro bem Y meramente porque possui Y e sem consideração ao significado de X”. (WALZER, 2003, p. 25)

distribuição de bens, abrange o compartilhamento, a divisão e a troca bens significativamente valorados para aquela comunidade,³ implicando também, para uma sociedade de risco, a geração legítima de fatores de risco socialmente assumidos como aceitáveis.

Dentre as exigências da justiça distributiva,⁴ Walzer indica como primeira o necessário compartilhamento de bens e instituições.⁵ Em razão da atribuição de significado de relevância aos bens ambientais, compartilhados na dinâmica da interação social, a disputa na fixação de seu regime de disposição está insitadamente envolvida em critérios de justiça distributiva. A marcante característica dos bens ambientais nas sociedades políticas é seu inafastável compartilhamento intergeracional e intrageracional. A justiça distributiva em termos ambientais faz-se profundamente complexa justamente pelo caráter de solidariedade e interdependência a envolver os seres humanos em uma congregação de bens, mas também de riscos e existência que ultrapassa não somente o indivíduo, mas supera fronteiras e gerações.

As discussões sobre o aproveitamento de bens ambientais e reflexos das atividades humanas no ambiente repercutem de tal forma que se exige uma justiça distributiva intergeracional a dar conta dos impactos de ações humanas em dimensões metaindividuais. A justiça distributiva ambiental maneja riscos que podem não ser situados ou delimitados no tempo e no espaço, ampliando o efeito compartilhado, alcançando o que Ulrich Beck denomina como riscos abstratos,⁶ cuja ameaça é catastrófica,

³ “A ideia de justiça distributiva tem tanta relação com o ser e o fazer quanto com o ter, com a produção quanto o consumo, com a identidade e o status quanto com a terra, o capital ou as posses pessoais. Diferentes arranjos políticos impõem e diferentes ideologias justificam as diversas distribuições de afiliação, poder, homenagens, eminência ritual, graça divina, parentesco e amor, cultura, riquezas, segurança física, trabalho e lazer, gratificações e punições, e uma infinidade de bens concebidos de maneira mais restrita e material – alimentos, abrigos, roupas, transportes, assistência médica, todos os tipos de mercadorias e todas as outras coisas (quadros, livros raros, selos postais) que os seres humanos colecionam. E essa multiplicidade de bens se combina com uma multiplicidade de métodos, agentes e critérios de distribuição.” (WALZER, 2003, p. 2)

⁴ Walzer indica quatro exigências contemporâneas nas demandas de justiça distributiva: o compartilhamento de bens e instituições, um sistema comunitário de provisões, um sistema de equidade e oportunidades e o por fim o fortalecimento democrático (WALZER, 2007, p. 69-76).

⁵ “The first requirement of distributive justice is shared economic, social, and cultural infrastructure, a public sector that both enlarges the scope of and gives some determinate shape to our private lives: roads, bridges, mass transit, national parks, communication systems, schools, museums, and so on.” (WALZER, 2007, p. 69)

⁶ Em semelhante construção, Canotilho, ao tratar do Estado Constitucional Ecológico, e Morato, ao diagnosticar as tendências do Estado de Direito Ambiental, referindo-se a problemas ambientais de segunda geração, marcados “pela produção de efeitos complexos e intrincados” (2010, p. 7).

ao que “os riscos da modernização emergem ao mesmo tempo vinculados espacialmente e desvinculadamente com um alcance universal; e segundo, quão incalculáveis e imprevisíveis são os intrincados caminhos de seus efeitos nocivos” (2011, p. 33).

A justiça distributiva ambiental perfilha-se em linhas não paralelas, mas envolvidas, que encadeiam bens ambientalmente postos em significação e em disputa com riscos ambientais progressivamente amplificados. Beck adjetiva a sociedade contemporânea como produtora social de riscos, sobrepondo-se aos problemas de distribuição de bens “conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos” (Beck, 2011, p. 23). A produção de riscos difere, no entanto, da disputa por escassez de bens e sua conotação de significado. A protuberância dos efeitos ambientais agregados em extensão que ultrapassa o espaço físico da produção do risco e alcança ameaça de efeitos em outras gerações, sejam elas conviventes ou futuras, leva à tematização dos critérios, princípios e formas de distribuição de ameaças (Beck, 2011, p. 25).

Beck (2011, p. 31) destaca a humanidade em nova conjuntura, com potenciais de autoameaça civilizatória, na qual os riscos são objeto de distribuição, mas com uma lógica própria e diversa em relação à distribuição de bens então assente e vivenciada por séculos nos mais diversos tipos de sociedades. A justiça distributiva de riscos diversifica-se e particulariza-se. Ela lida com o invisível em sua formação, com um processo de ameaça que é gestado por vezes em silêncio, que pode contagiar e contaminar a própria satisfação da distribuição dos bens. Dito de outra forma, a própria efetivação de uma pretensa justiça distributiva fechada na distribuição de bens e cega à verificação de riscos pode ocasionar em grau cumulativo catástrofes e danos por vezes irreversíveis.

Produção de alimentos em abundância para satisfação das necessidades de bens pode afetar a vida, humana e não humana, com uso de agrotóxicos ou expansão do desmatamento, com reflexos ulteriores na própria vida humana e não humana. A necessidade de utilização de bens minerais para a produção e satisfação de anseios produtivos humanos é contrabalançada por efeitos ambientais de risco. A justiça distributiva ambiental sofre uma contraposição inerente, segue a afirmação da distribuição positiva de bens ligada ao afastamento de riscos. Não obstante, ao contrário da distribuição de bens que é inspirada pela repartição palpável, a distribuição dos riscos inicia-se em uma confrontação de

argumentos visando a demonstração do próprio risco,⁷ com espaço de polêmica para níveis de risco admitidos ou não e mesmo para contra-argumentos que degeneram a precaução do risco em extrapolada paranoia ambiental guiada pelo medo.⁸

A interligação que ultrapassa o tempo e o espaço de existência entre comunidades políticas próprias, provoca um enlace de afetação dos bens e dos riscos ambientais que se projetam entre gerações conviventes (conflitos intrageracionais) e entre gerações presentes e futuras (conflitos intergeracionais). O princípio da vedação do retrocesso ambiental propõe assumir um quadro de defesa da justiça distributiva de bens ambientais e de resguardo aos riscos ambientalmente produzidos, ou seja, um panorama de resguardo em face da divisão, utilização, compartilhamento, troca de bens e produção de riscos ambientais entre pessoas de uma mesma geração ou de gerações conviventes e entre gerações presentes e futuras.

A sociedade de risco atribui significados a bens e à existência de potenciais ameaças, legando-os em níveis intra e intergeracionais. Mas os dilemas são complexos. Os dilemas passam pelas necessidades e ambições vivenciadas por uma geração, ou mesmo por um grupo específico de uma geração, e a legitimidade de justificativa de vedar explorações econômicas em favor de gerações futuras. Como justificar e legitimar para uma geração que esta deve se privar de uma atividade ou benefício (concebido por ela) em prol da tutela de bens ambientais que serão legados a outras gerações ou mesmo pela redução ou fustigação de riscos em prol de gerações futuras?

⁷ “Riscos, assim como riquezas, são objeto de distribuição, constituindo igualmente posições – posições de ameaça ou posições de classe. Trata-se, entretanto, tanto num como noutro caso, de um bem completamente distinto e de uma outra controvérsia em torno de sua distribuição. No caso das riquezas sociais, trata-se de bens de consumo, renda, oportunidades educacionais, propriedade etc., como bens escassos cobiçados. Em contraste, as ameaças são um subproduto modernizacional de uma abundância a ser evitada. Cabe ou erradicá-la ou então negá-la, reinterpretando-a. A lógica positiva da apropriação é assim confrontada por uma lógica negativa do afastamento pela distribuição, rejeição, negação e reinterpretção. Enquanto renda, educação, etc. forem para o indivíduo bens consumíveis, tangíveis, a existência e a distribuição de ameaças e riscos serão mediadas de modo invariavelmente argumentativo. (BECK, 2011, p. 31-32)

⁸ Interessante abordagem é procedida por Cass Sunstein ao tratar do princípio da precaução, ao tratar normas jurídicas construídas e mesmo postas em aplicação pelo medo. Posiciona-se o autor “the real problem with Precautionary Principle in its strongest forms is that it is incoherent; it purports to give guidance, but it fails to do so, because it condemns the very steps that it requires. The regulation that the principle requires always gives rise to risks of its own – and hence the principle bans what it simultaneously mandates. I therefore aim to challenge the Precautionary Principle not because it leads in bad directions, but because read for all it is worth, it leads in no direction at all. The principle threatens to be paralyzing, forbidding regulation, inaction, and every step in between.” (SUNSTEIN, 2005, p. 14)

Há uma dimensão de renúncia moralmente justificada pelo ser em prol do outro quando se trata de interações ambientais, trata-se de justificar e amparar uma solidariedade intrageracional e intergeracional. Solidariedade que não pode ser traduzida pela consolidação de status quo a estagnar relações sociais e econômicas em face daqueles que não alcançaram determinado padrão de vida, ora usufruído por outra camada social.

Ricardo Luis Lorenzetti (2010, p. 93-94), ao tratar do tema, enfatiza as dificuldades de comparações e valorações intra e intergeracionais. O risco de cair-se no anacronismo social é vultoso, passando ao esquecimento que o aprendizado do presente provém de experiências, construções e reflexões do passado. Um imenso benefício presente justifica uma elevação mediana de risco no futuro? Como se materializar e quantificar o que sejam benefícios e riscos, quão mais entre gerações diversas ou entre pessoas diversas da mesma geração? Os parâmetros de medição são insuficientes, impondo conflitos desde o ângulo argumentativo até a prática social. A questão da admissibilidade de riscos e mesmo previsibilidade de danos futuros admitidos em prol da continuidade do fluxo das relações de distribuição e usufruto de bens é controvertida e sem respostas prévias, em tudo impactando no desencadeamento da aplicação da vedação ao retrocesso.⁹

O dilema aumenta quando questões de justiça distributiva almejadas em solução de problemas de equidade intrageracionais acarretam riscos e ameaças (Lorenzetti, 2010, p. 94). Tendo em conta diferenças e desigualdades sociais vigentes em uma comunidade política, com desníveis de distribuição de bens e crises de cidadania, a disposição intrageracional de assumir custos e privações em prol de gerações futuras será diversa para aqueles que se encontre com nível de vida satisfatório e para aqueles que se encontre em demanda pela satisfação de necessidades imediatas.¹⁰

⁹ “Um dos problemas mais difíceis é a comparação entre bens sobre os quais não se dispõem de parâmetros certos de medição. Por exemplo, a análise regulatória deve contemplar a perda de vidas humanas que poderia provocar uma atividade em comparação com a sua proibição e com as atividades alternativas que já estão se desenvolvendo ou que poderiam se desenvolver. Proibir a circulação de veículos automotores diminuiria drasticamente à perda de vidas humanas, mas produziria outras consequências que também se deve valorar em matéria de desemprego, caos no transporte etc. Limitar a circulação é uma alternativa mais considerada, e se, por exemplo, se regulam as emissões, podem-se comparar os benefícios ambientais com os custos que gera. Mas estes cálculos não são simples nem deixam de ser controvertidos. É difícil comparar benefícios econômicos com os bens que não se contam no mercado. Também o é comparar as perdas de vidas humanas atuais com as que se produzirão no futuro depois de transcorrido um período de latência do fator contaminante com as que se produzirão nas gerações futuras.” (LORENZETTI, 2010, p. 94)

¹⁰ “Esta questão leva a outra de difícil solução, já que a equidade intergeracional só incluir aspectos inconvenientes para a equidade intrageracional. Por exemplo, uma

Abre-se espaço para crítica de balizas para o exercício irrestrito da manifestação da maioria em empreendimentos ambientais, donde a democracia desenvolvida é uma democracia comprometida com pontos de partida próprios do Estado Constitucional Ecológico, comprometida com a sustentabilidade.¹¹ Em uma região desfavorecida economicamente, um grande empreendimento que vier a produzir elevação de rendimentos e ganhos econômicos de relevo em escala imediata para a comunidade local pode ser aplaudido e posto em anseio, embora seus efeitos futuros sejam prejudiciais às gerações vindouras. Pode mesmo esta comunidade mostrar-se arredia a privar-se de benefícios em prol de gerações futuras, aguçando o processo de deliberação moral e revelando que a solidariedade intergeracional pressupõe um equilíbrio e solidariedade intrageracional, com redistribuição de bens entre os conviventes para que não se legue herança ambiental negativa setorizada e passível de ser evitada.¹²

Na configuração distributiva de bens e riscos, não se pode transfigurar a solidariedade intra e intergeracional em instrumentalidade entre as gerações, pelo que as gerações presentes se converteriam em simples objeto, em meio para um devir sempre constante e nunca definido, anulando a própria agência democrática em uma sociedade política que se pretenda fiel à autodeterminação. Relevante aqui a construção de Johann Gottfried Herder, no século XVIII, em sua filosofia da história. A vedação do retrocesso não pode desnaturar-se de seu apoio na solidariedade entre as gerações para assumir-se como materialização da instrumentalidade de uma geração para com a outra. A interpretação mecanicista de bens e riscos ambientais em relação às gerações leva ao naufrágio da vedação do retrocesso, pois atravessaria a autodeterminação e os patamares

geração que vive com um alto nível de vida aceitará certas restrições para beneficiar as gerações futuras, sendo inclinada à equidade intergeracional. Mas os que vivem com urgências econômicas procurarão uma equidade entre as gerações atuais, e terão menos incentivos para pensar no médio e longo prazo.” (LORENZETTI, 2010, p. 94)

¹¹ A questão remete aos argumentos de um dever de cidadania ambiental na composição da tutela dos direitos fundamentais de solidariedade ambiental. Para Canotilho, “a construção do Estado constitucional ecológico deve ela própria ser autossustentada no sentido de não poder dispensar a tomada em consideração das condições do ambiente nas diversas regiões, do desenvolvimento econômico e social, das vantagens e encargos que podem resultar da actuação e ausência da actuação e das estruturas jurídicas existentes” (2010, p. 41).

¹² Sarlet e Fensterseifer destacam que “o enfrentamento dos problemas ambientais e a opção por um desenvolvimento sustentável passam, portanto, necessariamente, pela correção do quadro alarmante de desigualdade social e da falta de acesso de expressivas partes da população aos direitos sociais básicos, o que, importa referir, também é causa de degradação ambiental” (2010, p. 15).

democráticos de autonomia humana, deslegitimando sua própria força motriz, centrada que é no Estado Constitucional Ecológico.

Herder, na obra *Ideias para a filosofia da história da humanidade*, enfatiza a multiplicidade na unidade, sem que se tenha uma hierarquia entre culturas e tempos, prevalecendo uma “concatenación de culturas que, en líneas discontinuas e indirectas” (2002, p. 175) movem-se em uma simetria de conjunto, não sendo possível encontrar-se em uma só época ou cultura um parâmetro para avaliar todas as outras.¹³ As gerações não podem se amarrar em um atrelamento cego, embora as vivências anteriores devam ser pauta de aprendizado constante. Para Herder, “la obra de los tiempos avanza a través de un antagonismo necesario hacia el bien del género humano conservando su salud” (2002, p. 183), promovendo as gerações que se seguem uma constante diversidade e renovação.¹⁴ Não obstante a autodeterminação de cada geração e de cada povo, em uma multiplicidade constante, a unidade que lhes envolve permite o esboço de “principios generales que nos servirán de guía para continuar el camino” (Herder, 2002, p. 185). Herder enfatiza como princípio geral que envolve a unidade da multiplicidade o encadeamento histórico, pelo qual “los períodos históricos se enlazan entre si virtud de su naturaleza, por tanto, también el fruto de estos períodos, las generaciones humanas, con todos sus efectos y producciones” (Herder, 2002, p. 185).

A autodeterminação das gerações não as converte em isolamento, pois os efeitos e produções de uma geração impactam em outras, devendo conciliar-se com o respeito à perduração do gênero humano como um todo. Herder mostra-se aqui semeador de linha de pensamento ímpar naquele momento (saliente-se que a formulação de suas ideias ocorreu no século XVIII), pois embora renegue uma hierarquia ou prevalência de uma cultura sobre outra ou de uma geração sobre outra, evitando a redução do ser humano a objeto ou meio, enfatiza um compromisso da multiplicidade para com unidade em sua subsistência e para com a própria Terra, identificada pelo filósofo como mãe Terra (Herder, 2002, p. 189).

¹³ Herder pondera a limitação de cada geração na composição da multiplicidade ao longo dos tempos, firmando que “tampoco dentro de una misma nación puede ni debe durar eternamente cualquier máximo alcanzado con bello esfuerzo, porque no es más que un punto em la línea de los tiempos” (HERDER, 2002, p. 177).

¹⁴ “Em una constante diversidad se renuevan las generaciones y, a pesar de todas las letras que se enseñó la tradición, el hijo escribe a su manera. Con gran empeño Aristóteles distinguió su doctrina de la de Platón, y Epicuro la suya de la de Zenón, hasta que la posteridad, más serena, pudo aprovechar imparcialmente ambos extremos” (HERDER, 2002, p. 183).

A construção herderiana permite visualizar os bens e os riscos ambientais gerados em patamares de justiça distributiva que reneguem a fixação de um progresso linear que submeta em instrumentalidade uma geração à outra,¹⁵ anulando sua autodeterminação, e simultaneamente permite coadjuvar a multiplicidade intra e intergeracional em uma unidade humana comum e comprometida com a continuidade, em um propósito de perduração forjada em heranças coligadas em um plano de existência substantivo. A partir dessa matriz teórica, é possível compreender as bases para a vedação do retrocesso em conflitos intra e intergeracionais de origem ecológica: a) a vedação do retrocesso está imersa em construções de justiça distributiva que atribuem significados, padrões de compartilhamento, troca e distribuição de bens e riscos ambientais; b) há diversidade de padrões de justiça distributiva entre riscos e bens, desencadeando conflitos intrageracionais e intergeracionais; c) a vedação do retrocesso não pode converter gerações em instrumentalidade para com outras gerações, sendo a solidariedade intra e intergeracional comprometida com a multiplicidade autodeterminada em uma unidade do gênero humano em sua continuidade.

2 VEDAÇÃO AO RETROCESSO E CRÍTICA AO SENTIDO DE PROGRESSO

A alegação de vedação do retrocesso antagoniza-se com uma expectativa de progresso. A vedação ao retrocesso pode ser concebida como uma oposição à obrigação do progresso? Sem dúvida a vedação ao retrocesso remete à tutela da proteção ambiental. Mas afirmar tão somente isto é cair no lugar comum. É preciso identificar sentidos de progresso e avaliação de realidade que possibilitem a confrontação dialética ou discursiva com alegações de retrocesso. Consoante articula Gonzalo Sozzo (2012), a ideia de progresso no direito moderno pode assumir três conotações: progresso linear; progresso como promessa institucional; progresso como progressividade. A ideia de progresso como linearidade possui intensa implicação no trato de questões ambientais, e por isso é aqui objeto de recorte específico.

¹⁵ Francisco J. Contreras Peláez, em obra dedicada ao estudo da filosofia herderiana, salienta crítica ao pensamento universalista instrumental, sendo que “Herder tiene que reprocharle una deficiencia filosófica más profunda: la teoría ‘optimista’ del progreso lineal abandona en cierto modo a su suerte a innumerables generaciones pasadas, al convertirlas en torpes anticipadoras o sufridas preparadoras de la plenitud final (actual o futura). El único sentido de la existencia de millones de hombres durante siglos habría sido contribuir inconscientemente a la gestación de una perfección postrera que ellos mismos nunca conocerían.” (2004, p. 56).

A ideia de progresso linear é em grande medida utilizada quando se pretende manejar o argumento da vedação ao retrocesso. Sua base está na concepção formulada na Ilustração e remete ao avanço tecnológico e científico como uma linha sequencial infinita.¹⁶ Essa concepção de progresso guinava para um caráter material e obsessivo pela tecnologia, donde os patamares científicos de neutralidade e avanço sujeitam os bens ambientais a recurso natural ou econômico e simples meio para alcançarem-se objetivos produtivos (Sozzo, 2012, p. 67). Hans Jonas (2006, p. 269) critica a ideia de progresso sob a concepção de avanço linear por seu caráter estritamente centrado em parâmetros de cientificismo e foco tecnológico, pautado pelo acúmulo como ponto de aferição fundamental. O instrumentalismo emana dessa compreensão de progresso, tomada pelo individualismo e mecanicismo.

O progresso linear imprime valor sobremaneira disforme ao avanço produtivo, sendo que os problemas ambientais, por exemplo, causados pela ciência e pela tecnologia sanadas seriam pela própria ciência e tecnologia, pois seu avanço é correspondente à sua autossuficiência (Taylor, 1997). Esta concepção configura a conquista da natureza como a vocação da humanidade, como salienta Jonas (2006, p. 272), ao que “o Homo faber ergue-se diante do Homo sapiens (que se torna, por sua vez, instrumento daquele), e o poder externo aparece como o supremo bem – para a espécie, obviamente, não para os indivíduos” (Jonas, 2006, p. 272). A linha de progresso linear causa sobressaltos e incongruências, pois é desafetada de padrões éticos ou confluências de juízos morais em sua aferição de evolução técnica.¹⁷

Se a ocorrência de argumentos de progresso linear pode ser manejada pelo cientificismo e pela instrumentalidade, há também lado outro, em que se constroem argumentos de cunho jurídico-ambiental também centrado no progresso linear. As mesmas máculas recaem sobre este tipo de construção. O progresso linear também possui sua face em argumentos de tutela ambiental. Quando isto ocorre, temos uma tutela ambiental por argumentos de progresso linear. Estes argumentos centram-se em bases matemático-tecnológicas, funda-se em articulações que

¹⁶ “Bajo la influencia del iluminismo primero, del evolucionismo después y de la sociología del derecho, el derecho moderno ha reflejado una idea de progreso más o menos lineal e infinito.” (SOZZO, 2012, p. 66).

¹⁷ “Observe-se que esse não é um julgamento de valor, mas uma constatação objetiva: podemos deplorar a invenção de uma bomba atômica dotada de poder destrutivo ainda maior e considerá-la como um valor negativo. Porém, o que lamentamos é exatamente o fato de que ela seja tecnicamente ‘melhor’; nesse sentido, sua invenção é um progresso, lamentavelmente.” (JONAS, 2006, p. 271).

confundem o retrocesso com o retorno, com o repensar e o reformular de institutos ambientais.

O argumento de tutela ambiental fundado no progresso linear encara as normas ambientais como flechas atiradas, não é possível voltar, não é possível retomar pontos anteriores. Por esta conotação, o progresso ambiental somente pode ser alcançado com elevação sequencial da área de uma unidade de conservação ambiental, por exemplo. Se algum ato pretende rever os limites e redesenhar com redução as dimensões da unidade de conservação, a diminuição é instantaneamente imputada como contrária ao progresso, como violadora da vedação do retrocesso. Não importa se o fundamento de retorno na definição da unidade de conservação for amparado por razões de ordem outra que venham mesmo a beneficiar o meio ambiente.

A matriz de crítica é a mesma tanto na evolução tecnológico-científica fundada no progresso linear quanto na tutela do meio ambiente pela aferição progressiva linear. Há compreensão de cunho imanentemente mecanicista, com linha instrumental, sujeitando gerações futuras, ou mesmo convivente, a patamares sem retorno, a uma impossibilidade completa de reflexão do passado em alijamento da autodeterminação. A linearidade é posta como um mito acrítico.¹⁸

A segunda conotação da ideia de progresso remete à promessa institucional. Esta percepção volta-se para uma vinculação de futuro, para um teor contratual a inspirar um protocolo de alteração de destino, em um filiar de adesões que envolvem compromissos em favor do patrocínio de um novo tempo. A promessa opera o progresso no sentido de programação do futuro, “la obligación es un ‘programa’ de conductas futuras y el contrato es un planning” (Sozzo, 2012, p. 68). Acordos internacionais, tratados, convenções e outros instrumentos que se limitem a declamar situações ou ações a serem pensadas inserem-se em grande medida nesta dimensão da ideia de progresso. Aqui se compreende, por exemplo, o Acordo de Paris e disposições outras sobre o compromisso para redução do aquecimento global.

¹⁸ “O mito do progresso pressupõe que o início da humanidade foi o inferno e que avançamos na direção de alguma espécie de paraíso; o mito do declínio pressupõe que o começo foi o paraíso e que a partir daí, possivelmente com a ajuda do pecado original, nos aproximamos cada vez mais do inferno. Sem dúvida, houve grandes historiadores que usaram o mito do progresso, ao passo que outros, igualmente grandes, usaram o mito do declínio. Mas, se quisermos ser sérios na questão da verdade na história, seria melhor deixar o delicioso parque de diversões da mitologia.” (ARENDRT, 2008, p. 225).

A terceira conotação de progresso está ligada ao ideal de progressividade.¹⁹ As relações de justiça distributiva ambiental, por envolverem bens e riscos ambientalmente ligados a conflitos intra e intergeracionais, por vezes podem promover a distinção entre os avanços desejáveis e os avanços possíveis. As situações desejáveis estão em um plano por vezes inatingível na conjuntura dos problemas e dilemas concretos que envolvem os conflitos intrageracionais e intergeracionais da justiça distributiva. O passo final não pode ser alcançado em apenas uma passada. É necessário percorrer-se um caminho progressivo.²⁰ O caminho a percorrer remete a uma situação do possível, a qual fixa o nível de desenvolvimento ou enlace ambiental para que, em vias ulteriores, proceda-se em continuidade ao percurso almejado, até que se alcance o objetivo pretendido de tutela.

Gonzalo Sozzo (2012, p. 69) posiciona o progresso como progressividade ao caráter instrumental do direito, com uma carga substancial orientada para a política, no sentido de composição de interesses. A cidadania está assim envolvida em progressividade. A ideia de progresso remete ao retrocesso vedado quando o caminho alcançado pelo possível²¹ deixa de avançar em rumo ao desejável, revolvendo-se

¹⁹ “Inspirado en el utilitarismo, la idea de progreso moderno plasmada en el campo legal no deja de dialogar con el pasado, incluye cierta gradualidad al admitir que las constituciones y las leyes pueden ser reformadas; al señalar que la ley posterior deroga a la ley anterior; al permitir la revisión de los pactos; la interpretación del acuerdo contractual por los hechos precedentes o de la ley por la voluntad del legislador; etc. Sin embargo la idea de progreso como implementación progresiva es más reciente; parte del reconocimiento de que los objetivos y metas no pueden ser alcanzados de manera inmediata e instantánea, sino que requieren un proceso de implementación. Exigen un proceso para lograrlos” (SOZZO, 2012, p. 69).

²⁰ Pode-se situar aqui o tratamento das queimadas reguladas, ainda admitidas, normativamente. A prática é antevista como negativa, mas com conjuntura político-social que ainda a faz tolerável, embora com viés de progressivo banimento. Vide art. 40 da Lei n. 12.651/12 - Código Florestal – a prever: Art. 40. O Governo Federal deverá estabelecer uma Política Nacional de Manejo e Controle de Queimadas, Prevenção e Combate aos Incêndios Florestais, que promova a articulação institucional com vistas na substituição do uso do fogo no meio rural, no controle de queimadas, na prevenção e no combate aos incêndios florestais e no manejo do fogo em áreas naturais protegidas. §1º. A Política mencionada neste artigo deverá prever instrumentos para a análise dos impactos das queimadas sobre mudanças climáticas e mudanças no uso da terra, conservação dos ecossistemas, saúde pública e fauna, para subsidiar planos estratégicos de prevenção de incêndios florestais. §2º. A Política mencionada neste artigo deverá observar cenários de mudanças climáticas e potenciais aumentos de risco de ocorrência de incêndios florestais.

²¹ As ponderações críticas de Hans Jonas aqui se enquadram: “vemos, contudo, uma vez invocado o princípio da ‘compossibilidade’, que devemos escolher entre dois conceitos, bem diferentes, do Estado ‘ideal’ ou do melhor Estado: o Estado melhor como ideia, independentemente da sua possibilidade de realização, ou seja, aquele que podemos imaginar livremente e que corresponderia a um sonho de felicidade

em seu percurso para uma situação anterior. Nesta via se revela a noção de retrocesso a ser combatida, pois “si es necesario asegurar el progreso como progresividad – faceta positiva -, ello implica al mismo tiempo la inhibición de los retrocesos – faceta negativa” (Sozzo, 2012, p. 70). O progresso é aqui fixado por uma normatização transacional.

3 COMPREENSÕES DIVERSIFICADAS DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Os problemas e questões ligadas aos riscos ecológicos e socioambientais promovem uma releitura das atividades econômicas e da exploração do meio ambiente que se conote como destrutiva e irracional. O paradigma ambiental permite antever uma composição necessária da qualidade ambiental no exercício da cidadania. Mas a dinâmica da distribuição por si não satisfaz os conflitos ambientais, cuja justiça distributiva lida com confrontações intra e intergeracionais na alocação de bens, mas também versa sobre a distribuição e tolerabilidade de riscos. A virada ambiental proporcionará influxos notáveis na reconformação da ideia de progresso.

A ideia de progresso como garantia do desenvolvimento sustentável possui relevo notável na arquitetura do Direito Ambiental. O desenvolvimento sustentável visa equilibrar e conciliar as dimensões de tutela ambiental com as pretensões de desenvolvimento econômico. A germinação da perspectiva de desenvolvimento sustentável encontra-se na década de oitenta do século XX, tendo sido desenvolvido estudo pela União Internacional para Conservação da Natureza a influenciar o Relatório da Comissão Mundial para o Ambiente e Desenvolvimento. O Relatório Nosso Futuro Comum, também denominado Relatório Brundtland. O desenvolvimento sustentável parte da necessidade de redistribuição de bens sem que se descuide da tutela ambiental em seus efeitos para o planeta e para as gerações futuras, pautando-se na necessidade de progressivas alterações das bases produtivas e dos efeitos de risco do crescimento econômico (UNITED NATIONS, 1987, p. 37).

Embora inegável o avanço, a concepção subjacente no modelo de desenvolvimento sustentável não estendeu sua apreciação para a lógica global de fixação de bens e riscos. A base da sustentabilidade ainda situa

humana, e o melhor Estado possível nas condições reais, levando-se em conta os limites da natureza e a imperfeição dos seres humanos – que não são anjos nem demônios.” (JONAS, 2006, p. 281).

de forma apartada responsabilidades intrageracionais e intergeracionais entre países centrais e periféricos, não atingindo o núcleo em si do modelo de desenvolvimento imperante, pautado no consumo desenfreado, no desequilíbrio da produção de riscos e nos efeitos diferentes que estes últimos apresentam para pobres e ricos em escala mundial. Gonzallo Sozzo (2012, p. 72) aponta que a ideia de desenvolvimento sustentável não dá conta do problema da pobreza mundial, e por decorrência do anseio de efetiva cidadania, como uma componente do problema ambiental sistemático.²²

A compreensão do problema ambiental como interdisciplinar, fundado em uma teia de fatores econômicos, sociais, políticos e jurídicos que permeiam as relações mundiais como um todo e especificam-se, com características próprias, em cada Estado ou região do planeta, exige entendimento do progresso em patamares de justiça distributiva mundial, relacionando bens e riscos em escala planetária de responsabilidades na configuração do modelo de vida (mais do que de desenvolvimento) contemporâneo. O progresso como permanência transgeracional volta-se a superar a ideia de sustentabilidade para assumir a ideia de perdurabilidade (SOZZO, 2012, p. 73).

Tem-se aqui uma imagem de progresso com caráter cosmopolita e universal, capaz de dotar a vedação do retrocesso de uma dinâmica reflexiva, ao mesmo tempo fundada na autodeterminação e no compromisso intergeracional. Para Gonzalo Sozzo, “a partir de la segunda modernidad el futuro deja de ser visto como progreso y comienza a ser visibilizado como duración” (2012, p. 73), havendo um lastro de composição mas também um compromisso solidário mínimo intra e intergeracional em prol da formação de um capital de bens ambientais e de tutela de risco em favor do outro, seja da geração convivente, seja de gerações futuras.²³

A ideia de progresso como permanência transgeracional foca a permanência transgeracional em dois aspectos distintos, mas coligados, a herança e o risco. O compromisso intergeracional é fundado na responsabilidade transgeracional, em um dever moral de herança ambiental para com as gerações futuras, ao que tutelar, bens ambientais em conflitos intergeracionais são pautados os conflitos intrageracionais com plataformas

²² “De este modo el discurso acerca de la sustentabilidad del desarrollo completa el proceso de globalización del sistema capitalista en su nueva modalidad de producción de una dependencia verde, al mostrar a las decisiones de industrialización sucia como responsabilidad propia de los países del tercer mundo y no como un derivado más de aquel proceso de globalización hegemónica.” (SOZZO, 2012, p. 72).

²³ “La idea de progreso como perdurabilidad implica admitir que se progresa cuando se asegura a las generaciones futuras la transmisión de un cierto volumen de bienes y el progreso como ‘perdurable’, no durable. Eterno” (SOZZO, 2012, p. 74).

de respeito jurídico a fim de manter o controle contra a ameaça de privação futura. Simultaneamente, a ideia de risco é redimensionada como um fator de consideração constante na sociedade política, que não pode se tornar relapsa pela convivência diária que naturaliza ameaças destrutivas em insensibilidade pavimentada pela rotina, fustigando a ameaça presente com adornos de probabilidade estatística falseante.²⁴

Esta via de consideração do progresso como permanência irá configurar como retrocesso vedado as ações que revelem um risco palpável para a herança de bens ambientais e produção de ameaça e risco para gerações conviventes e para gerações futuras.²⁵ A permanência é uma vinculação não instrumental, pois cada geração atua em autodeterminação para compor sua realização do presente, mas compromissada em responsabilidade com a multiplicidade do outro que compõe o todo uno da humanidade.

4 PROGRESSÃO SUBSTANCIAL DO MÍNIMO EXISTENCIAL OU MÍNIMO ESSENCIAL ECOLÓGICO

A compreensão da vedação do retrocesso como progressão substancial do mínimo existencial é capitaneada pelo pensamento e argumentos desenvolvidos por Michel Prieur, pendendo para visualizar o progresso e o retrocesso de forma linear e para o progresso como progressividade não retornável. Prieur (2012, p. 5) parte de um constante quadro de tensão entre a tutela ambiental e os anseios de crescimento econômico, havendo ameaça de conquistas ambientais em momentos de crise ou mesmo de pressão política de grupos orientados para obtenção de determinados benefícios que venham a sacrificar níveis ambientais fixados normativamente.²⁶ Em sua construção, o Direito Ambiental possui um

²⁴ Aqui vem em realce as advertências de Beck quanto aos riscos de generalização de dados estatísticos para aferição de ameaças, pois “continua-se a desconsiderar o fato de que as mesmas substâncias tóxicas podem ter um significado inteiramente distinto para pessoas distintas, conforme a idade, o sexo, os hábitos alimentares, o tipo de trabalho, os níveis de informação e educação, etc.” (2011, p. 31).

²⁵ “Una forma de vincular el futuro es responsabilizando a la generación actual por la transmisión con forma de herencia de un patrimonio idéntico al heredado a las generaciones futuras. Otro mecanismo para ligar al futuro es el recurso a la idea de riesgo; en efecto, el riesgo es la probabilidad de un daño originado por una amenaza presente y, como tal implica un juicio de probabilidades futuras” (SOZZO, 2012, p. 74-75).

²⁶ “Les aléas conjoncturels comme la crise économique récente ou les aléas politiques liés à des changements de gouvernement constituent une menace permanente de recul du droit de l’environnement tel qu’il est aujourd’hui.” (2012, p. 5).

caráter ético, “comportant une obligation de résultat” (PRIEUR, 2011, p. 9), qual seja a efetiva tutela ambiental.

Embora reconheça que não existe direito eterno ou imutável, Prieur argumenta que a configuração do direito ambiental ao suporte do princípio do desenvolvimento sustentável significa a “consécration de l’environnement comme un nouveau droit de l’homme” (2012, p. 6), convertendo-se em verdadeiro direito ao progresso sequencial da tutela ambiental, sob-risco de violações sequenciais à sua condição de direito humano, de direito fundamental. Em face da previsão do art. 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,²⁷ pelo qual uma geração não pode sujeitar as outras às suas disposições, Michel Prieur (2012, p. 7) argumenta que o texto do século XVIII deve ser retomado a partir dos parâmetros próprios do direito humano ao meio ambiente sustentável.

A leitura procedida por Prieur se faz por meio da construção de uma gradação sempre acrescida de proteção aos bens ambientais, donde sujeitar gerações futuras seria em verdade sujeitá-las a uma qualidade ambiental mais degradada ou prejudicada, em outras palavras, a vedação às gerações seria uma vedação negativa, a vedação de violar a proibição do retrocesso de proteção ambiental em prol das gerações futuras.²⁸ No sentido defendido por Prieur, a vedação ao retrocesso é cumulativa e substancial, ou seja, tem um conteúdo sempre identificado que se resta imutabilizado em favor das gerações futuras, somente podendo ser acrescido em gradação, não se admitindo o retorno às situações ou conjunturas anteriores, pois esta é identificada como retrocesso na proteção de direitos humanos.

Prevalece aqui uma visão finalística das normas e ações ambientais,²⁹ presente em declarações e convenções internacionais que

²⁷ Article 28. - Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-24-juin-1793.5084.html>.

²⁸ “Mais on peut aussi interpréter le message de l’article 28 em faveur du principe de non régression. En effet, en modifiant aujourd’hui une loi protectrice de l’environnement pour réduire le degré de protection on impose aux générations futures un environnement plus dégradé du fait d’une loi au contenu régressif: notre génération ne peut assujettir les générations futures à une loi qui ferait reculer la protection de l’environnement. La régression du droit de l’environnement décidée aujourd’hui est alors une violation des droits des générations futures puisqu’elle aboutit à imposer à ces générations futures un environnement dégradé. Notre devoir, au moins au plan éthique, consiste donc à lutter contre la régression afin, selon la formule de la Charte constitutionnelle de l’environnement de France du 1^{er} mars 2005, de ne pas ‘compromettre la capacité des générations futures à satisfaire leurs propres besoins.’” (PRIEUR, 2012, p. 7-8).

²⁹ Em sua obra *Droit de l’environnement*, Prieur explicita que “l’objectif est clair et l’on ne peut nier son origine idéologique, voire politique. Comme dans tout système démocratique il est le jouet d’arbitrages et de compromis. Mais devenu un droit de

projetam sua força sobre a legislação dos Estados nacionais, em uma interdição à proteção a menor, o que envolve tanto a retirada de ações administrativas quanto normativas que se afirmaram como garantidoras de dado nível de garantia aos bens e riscos ambientais. Não obstante considere que possa haver reconsiderações pontuais em textos normativos (PRIEUR, 2012, p. 18), não se faz por legítima a redução da proteção do bem ambiental em si, não pode haver “un recul substantiel dans la protection de l’environnement” (PRIEUR, 2012, p. 18).

A progressão do mínimo existencial ambiental é concebida como substancial, em conteúdo aferível e concreto que se eleva e não pode retroagir. Disto se faz que o máximo de proteção é sempre a orientação para fixação do mínimo substancial. Em outras palavras, acrescida a proteção ambiental em qualquer nível, progride o mínimo para um patamar superior, ascende a um novo degrau. Não que Prieur venha a erigir um Direito Ambiental em uma ossificação inquestionável e progressiva de fixações normativas e administrativas garantidoras, seus argumentos são a favor de uma obrigação negativa consistente em não introduzir restrições em face de ganhos ambientais, pois constituem eles direitos fundamentais.³⁰

Prieur (2012, p. 43) admite excepcionalidades que afastam a vedação do retrocesso como progressão substancial contínua, com mitigação, mas desde que se tenha mantida “l’obligation de respecter un contenu minimum des droits fondamentaux en cause” (PRIEUR, 2012, p. 43). Estas excepcionalidades são ligadas a situações limite, ocorridas em verdadeira situação de Estado de Exceção, tal qual em situações de guerra.³¹ Mesmo nesses casos, a manutenção da situação de excepcionalidade deve ser temporária, revigorando-se quando possível o estágio já consolidado. Por isto, é possível afirmar que não se tem verdadeiro retorno, pois a tutela substancial se mantém, sendo em cerne suspenso o grau de eficácia ou obrigatoriedade normativamente imposto.

Michel Prieur (2012, p. 44) pondera que existem graus de regressão observados como tolerados por decisões judiciais e administrativas, em

l’homme, le droit de l’environnement a vocation à devenir irréversible, ce qui interdit tout recul et toute régression.” (PRIEUR, 2011, p. 9).

³⁰ “Autrement dit la non régression consacre l’interdiction d’un acte contraire quant à son contenu finaliste. Cela équivaut à considérer qu’au nom de la non régression le législateur a une obligation négative de ne pas introduire de restrictions aux droits fondamentaux acquis” (PRIEUR, 2012, p. 33).

³¹ “Les droits fondamentaux pourront être provisoirement écartés en cas de crise particulièrement grave ou de situation de guerre. C’est ainsi que plusieurs conventions relatives aux droits de l’homme admettent, sous certaines conditions de fond et de forme, que l’État suspende certains droits fondamentaux.” (PRIEUR, 2012, p. 43).

virtude de flexibilizações legislativas envolvidas na conciliação da tutela ambiental com outros direitos fundamentais. Entretanto, o autor francês aduz que mesmo essa conciliação deve ser revisitada em favor de uma maior tutela de direitos fundamentais relativos ao meio ambiente que não hão de ceder em seu limiar mínimo sob pena de serem desnaturados e fraturados.³² Ou seja, o que Prieur considera por possível é a ponderação dos direitos fundamentais para com outros, desde que guarnecido o núcleo essencial, não tendo por possível o retorno de tutela ou a consideração autodeterminada pela sociedade política em prol de uma revisão de garantia e proteção em dado nível ou forma. Mantém-se a escala progressiva cumulativa que não pode ser atingida por atos em sentido contrário à dimensão de proteção. O progresso como mínimo substancial cumulativo admite a excepcionalidade temporária e admite a ponderação para eficácia em relação a outros direitos fundamentais, mas não admite a revisão de atos ou normas que possam resultar em uma retomada de fixação de níveis de tutela ambiental³³ para alguém do máximo atingido e que veio a converter-se em mínimo de garantia ecológica.

Prieur relaciona a prevalência dos direitos fundamentais em relação a outros, principalmente de linha econômica e produtiva, quando contrapõe a tutela ambiental progressiva em relação às situações econômicas constituídas. O autor afirma uma inexistência de direito a poluir ou manter níveis de poluição antes admitidos, mas ulteriormente vedados. Nessa linha, o que era tido como legítimo e mesmo admitido como exercício de direito fundamental de propriedade, por exemplo, pode deixar de sê-lo. A perpetuação é sempre voltada para a melhoria e tutela ambiental, e não seu inverso, afinal “consacrer un droit perpétuel à nuire sans pouvoir imposer ni contrôle, ni norme, ni redevance, violerait le principe de pollueur-payeur. Mieux vaut consacrer un droit perpétuel à l’amélioration de l’environnement grâce au principe de non régression” (PRIEUR, 2011, p. 185).

³² “La question de conciliation entre le droit à l’environnement et d’autres droits fondamentaux mérita sûrement d’être revisitée. La traditionnelle non hiérarchie entre droits de l’homme doit désormais tenir compte de cet arrêt de la Cour européenne des droits de l’homme selon lequel: ‘des impératifs économiques et même certains droits fondamentaux comme le droit de propriété ne devraient pas se voir accorder la primauté face à des considérations relatives à l’environnement’ (para. 79 de l’arrêt Hamer c/ Belgique, n. 21861/03 du 27 novembre 2007)” (PRIEUR, 2012, p. 44).

³³ Neste sentido Michel Prieur indica limites dos limites aos direitos fundamentais do meio ambiente, ou seja, uma plataforma mínima de vedação ao retrocesso que não pode ser derrubada: “Em tout état de cause, il y a des limites aux limites tolérées. Le principe étant la non régression, les hypothèses de régression ne peuvent résulter que d’une interprétation restrictive.” (PRIEUR, 2012, p. 44).

A vedação ao retrocesso configura-se como um progresso substancial e cumulativo, sem possibilidade de retorno ou de permissão de refazer o nível de proteção ou garantia a bens ou fixação de limites a riscos ambientais considerados em sua dimensão de resguardo, pois o direito fundamental, na qualidade de direito fundamental, possui um nível de obrigações normativas mínimas “en dessous duquel toute mesure nouvelle devrait être considérée comme violant de droit à l’environnement” (Prieur, 2012, p. 44). Mas Prieur (2012, p. 45) considera mesmo questionável ser possível identificar em um *a priori* os níveis de proteção de um mínimo existencial ambiental ou mínimo ecológico essencial, sendo mesmo perigoso que assim se proceda. Admitir um mínimo essencial ecológico poderia abrir portas a reduções de proteção que se sustentem em um resultado final que ainda esteja superior ao mínimo de proteção exigido.³⁴ A trincheira ambiental não é fixa, ela avança sem retorno.

Além disso, Michel Prieur (2011, p. 1112-1113) advoga que a progressividade da tutela ambiental não é violada tão somente por tentativas de retrocesso ou situações de inefetividade, a própria estagnação de avanços fere o dever de evolução das garantias ambientais em seu aspecto substancial de proteção.³⁵ O progresso como mínimo ecológico substancial cumulativo encadeia a consequente fixação dos limites de tutela da vedação ao retrocesso já que “le contenu minimum en matière d’environnement devrait donc être la protection maximum compte tenu des circonstances locales” (PRIEUR, 2012, p. 45).

5 VEDAÇÃO AO RETROCESSO COMO IRREVERSIBILIDADE RELATIVA

A vedação do retrocesso como irreversibilidade relativa abre espaço para um debate diverso na consideração do progresso e da própria tutela dos direitos fundamentais ao meio ambiente perdurável. A postulação chave desta via é a abertura dada ao confronto entre razões argumentativas. A proteção às normas ambientais não é escalada em uma ascensão substantiva inarredável, mas sim é colocada sob um escudo de resguardo diferenciado, ao que a vedação do retrocesso assume verdadeiro caráter

³⁴ “Aussi une régression locale même limitée risque d’avoir des effets ailleurs et dans d’autres secteurs de l’environnement.” (Prieur, 2012, p. 46).

³⁵ “La stagnation du droit de l’environnement se concrétise non seulement par l’incapacité à porter remède aux inconvénients de la non-effectivité de la règle de droit mais aussi par l’absence d’initiatives qui permettraient de faire progresser la protection de l’environnement par le droit” (PRIEUR, 2011, p. 1112).

de posição preferencial no regime dos direitos fundamentais. Isto significa que pode haver retorno às posições anteriores e mesmo reconformação de institutos de proteção aos bens ambientais e em face de riscos impostos ao ambiente como um todo. Entretanto, para que isto ocorra é necessário que seja superado todo o peso argumentativo provocado pela posição preferencial da tutela ambiental.

A condição de posição preferencial (CHEQUER, 2011) para as normas protetivas de bens ambientais e voltadas para resguardo em face de riscos robustece seus argumentos e medida a ponto que, para justificar uma postura voltada para o retorno ou revisão da conjuntura adotada, haja profundas, consistentes e fundamentadas argumentações, fortes o suficiente para superação dos padrões de proteção, ou seja, da posição de rechaço à retroação. Não se tem aqui uma fundamentação substancial por si só, abre-se portas para que os conflitos intra e intergeracionais sejam expressados e levados em conta em seus argumentos fundados na autodeterminação.

A abertura, antes de fraquejar, fortalece a tutela ambiental. Em um quadro em que toda e qualquer forma de incremento na tutela ambiental configure como substancialmente vinculadora em uma impossibilidade de retorno, fatalmente serão acrescidas em imensa medida resistências às postulações em sociedade para que haja elevação da própria proteção ambiental. Afinal, os setores e núcleos na sociedade que estejam indecisos quanto ao caminho a ser adotado, preferirão não aderir às postulações propostas, pois se terá um caminho sem volta. A consequência da adoção de argumentos refratários pode ser a anulação do amadurecimento cultural e social que sustente a tutela ambiental e a vedação do retrocesso como feições autodeterminadas das gerações em torno de compromissos morais recíprocos.³⁶

³⁶ A vedação do retrocesso toma o mínimo essencial substancial fixado de forma acumulada e sem possibilidade de retorno. Já a irreversibilidade relativa considera a configuração de retrocesso a partir da exigência de uma razão forte para que se reveja o posicionamento adotado. A própria dimensão tecnológica pode provocar a revisão e re colocação de tema em debate. Neste sentido, em exemplo, a Resolução CONAMA n. 431/2011 alterou a Resolução n. 307/2002, que estabelece diretrizes, critérios e procedimentos para a gestão dos resíduos da construção civil, indicando classe própria para “os resíduos para os quais não foram desenvolvidas tecnologias ou aplicações economicamente viáveis que permitam a sua reciclagem ou recuperação”. Tem-se aqui caso claro de abertura para o retorno de uma imputação ambiental, pois é possível que determinado resíduo seja reavaliado e reclassificado pela mudança tecnológica que venha a permitir sua reciclagem. Não se estabelece um *a priori* definitivo ou infenso às postulações de autodeterminação presentes em sociedade.

Isabelle Hachez (2012) desenvolve a compreensão do princípio do não retrocesso, ou da obrigação de *standstill*, denominação adotada no direito belga, a partir da via de irreversibilidade relativa. A obrigação de vedação de retrocesso configura-se como oposição a que legislativo, executivo e judiciário reduzam sensivelmente o nível de proteção ambiental sem que haja motivações relevantes de interesse geral a legitimar a própria redução (HACHEZ, 2012, p. 502). A dinâmica da proteção ambiental pela irreversibilidade relativa passa pela manutenção de um nível de proteção equivalente,³⁷ na consideração do meio ambiente protegido como um todo.

Evita-se uma tomada compartimentada ou fraturada das esferas protetivas do direito ambiental, tão plurais e diversificadas. Uma reconformação aparentemente redutora pode se demonstrar como mais efetiva e protetiva da proteção ambiental como um todo, pois “la loi du changement plaide en faveur de la possibilité d’adapter toute réglementation aux modification du contour de l’intérêt général” (HACHEZ, 2012, p. 506). Além disso, deve-se ter em conta que situações de crise e demanda por outros direitos a serem efetivados podem reclamar a ponderação pelo princípio da proporcionalidade, que será regente nos conflitos encadeados entre direitos fundamentais ecológicos e outros direitos, ou seja, os contornos de interesse geral e imperiosidade da satisfação de outras necessidades reclama uma participação do princípio da proporcionalidade no dimensionamento do que seja ou não retrocesso (HACHEZ, 2012, p. 511-513).

Isabelle Hachez (2012, p. 510) pondera que a consideração relativizadora da proporção de progresso e retrocesso vem dos direitos fundamentais em si, evita postulações absolutas e voltadas para a petrificação da autodeterminação presente na raiz do debate público-jurídico que envolve a qualificação de motivos como de interesse geral ou juridicamente imperativos.³⁸ Considerar a vedação do retrocesso como um patamar substantivo e infenso a revisões e alterações que ocorrerão no futuro é traçar os conflitos intergeracionais a partir de uma desconfiança

³⁷ “La jurisprudence belge s’accorde à considérer que l’obligation de standstill ne confère pas un ‘droit acquis’ à la norme venue concrétiser le droit fondamental en question, mais bien un droit au maintien d’un niveau de protection équivalent” (HACHEZ, 2012, p. 506).

³⁸ “Sur le plan des principes, la relativité de l’obligation de standstill ainsi comprise, qui est affirmée par la jurisprudence belge, doit être approuvée. En effet, on ne pourrait juridiquement défendre la thèse d’un standstill absolu, s’opposant à toute régression (significative), qu’à condition que la norme garantissant le droit fondamental dont découle l’obligation de standstill revête elle-même un caractère absolu. Or, les obligations positives induites des droits fondamentaux étant généralement relatives, il en va de même l’obligation de standstill qui les assortit.” (HACHEZ, 2012, p. 510).

inerente para com as próprias gerações futuras, como se as gerações mais próximas ou a presente fossem em si o risco das gerações vindouras. Trata-se de patrocinar o medo como fator de justificativa na apreciação dos conflitos intergeracionais, emperrando a própria solidariedade inerente aos direitos difusos ambientais.

Nessa vertente, as gerações futuras são coautoras e não destinatárias do fluxo da proteção jurídico-ambiental, “parce qu’en marquant le passé du sceau de l’irréversibilité, il prédétermine á ce point l’avenir qu’il l’étouffe, voire le met en péril en bridant toute créativité” (2012, p. 514). Sintetizando sua construção, Isabelle Hachez (2012, p. 521) fixa as bases para a relativização da irreversibilidade escorada no princípio da vedação ao retrocesso: a) não há um direito adquirido entre gerações presentes ou futuras a uma determinada norma jurídica ambiental, mas se exige a manutenção de certo nível de proteção ambiental equivalente; b) não é qualquer variação no nível de proteção que configura violação ao princípio do não retrocesso, exige-se um recuo significativo que realmente afronte o direito fundamental; c) motivos de interesse geral ou de caráter imperioso, calcados em níveis que atendam o princípio da proporcionalidade, podem justificar o afastamento da vedação do retrocesso.

O questionamento crítico que se faz é justamente em relação ao parâmetro avaliativo utilizado por Hachez em sua construção. Não há delimitação precisa quanto às particulares que envolvem a justiça distributiva em relação a bens e riscos ambientais. Abre-se espaço por vezes lacunoso para preenchimento do que seja o interesse geral ou de caráter imperioso, sem ter-se mesmo em conta o fundamento de unidade da humanidade como um todo que envolve os temas ambientais, constantemente tratados na obra da autora como questões restritas ao ideário do Estado nacional em sua configuração clássica.

6 VEDAÇÃO DO RETROCESSO COMO HERANÇA INTERGERACIONAL

A perdurabilidade transgeracional proporciona a tutela da transcendência em solidariedade e compromisso inter e intrageracional, a par de orientar à consolidação das bases do Estado constitucional ecológico ou Estado socioambiental.³⁹ A autodeterminação é garantida pela vedação

³⁹ “A partir da sua dimensão intergeracional, o princípio (e dever) da solidariedade aponta para um complexo de responsabilidades e deveres das gerações contemporâneas ‘viventes’ em resguardar as condições existenciais para as pessoas que virão a habitar o planeta, devendo-se voltar o olhar para o futuro de um povo. No âmbito do Estado

do retrocesso em um viés relativo, apto a coordenar-se com postulações argumentativas que não assumam um arbitrário afirmar substantivo e cumulativo infenso a ponderações de proteção equivalente ou razões outras a legitimar proposições de retorno refletido.

Edith Brown-Weiss (2008) aborda a temática dos conflitos intrageracionais de forma congregada aos conflitos intergeracionais, além de pautar modelo de distribuição e geração produtiva que afeta os bens naturais e impacta em riscos ambientais. Sua construção é desenvolvida com núcleo de análise na mudança climática, a partir da qual realça o grau de risco global e intergeracional a envolver todos na humanidade e no planeta,⁴⁰ embora com medida diversa, pois os países em desenvolvimento e populações mais pobres tendem a ser afetadas com maior gravidade pelos problemas ambientais.⁴¹ Esse impacto mais gravoso está ligado pela reduzida capacidade de adaptação às novas situações adversas e pelo menor potencial de resistência interna a exigir recursos econômicos reparadores em face de crises (BROWN-WEISS, 2008, p. 616).

Lado outro, desconsiderar efeitos ambientais nocivos entre as gerações é provocar situações de crise e confrontações futuras nos patamares de justiça distributiva. A crise se torna aguda em relação aos bens compartilhados (ou com pretensão a serem compartilhados) pelos conviventes das gerações que virão, fato que engloba crises entre Estados ou comunidades políticas então existentes, tais como desde imigrações e refugiados por razões ambientais até desenlaces bélicos pelo predomínio sobre bens ambientais necessários para a vida. Nesse grau de crise, há previsível aguçamento dos desequilíbrios entre países ricos e pobres, como alerta Edith Brown-Weiss em relação aos efeitos das mudanças climáticas, já que “climate change will strengthen the economic divisions

Socioambiental de Direito, a ‘referência ao outro’ formada pelo Estado Social adquire maior amplitude, na medida em que busca reconhecer e proteger também um ‘outro’ que se encontra num espaço temporal-geracional distinto do presente (ou seja, no plano futuro).” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 43).

⁴⁰ “The impacts from warming are predicted to be long-term, widespread, and severe. Even if a few countries may experience more favorable local climate in the near term, they are likely to suffer in long term because of potentially devastating consequences elsewhere that will affect their own economic and social conditions.” (BROWN-WEISS, 2008, p. 616).

⁴¹ “We may classify countries according to their level of economic development today and the climate conditions that are projected within the next century. The level of economic development can be used as a guide to country’s ability to adapt to changed climate conditions. The higher the level of economic development with which to adapt to global climate change.” (BROWN-WEISS, 2008, p. 622)

which already exist between countries, since some countries will have a greater capacity to adapt than will others” (2008, p. 622).

Nesse contexto de dependência, Brown-Weiss assevera que “intergenerational equity and intragenerational equity are linked in this context” (2008, p. 618). Não se pode ter expectativas de que gerações presentes conviventes cumpram obrigações com gerações futuras se não são elas satisfeitas em suas necessidades básicas, donde a tutela das gerações futuras corresponde a um igual respeito por todos os conviventes das gerações presentes em seus direitos fundamentais.⁴² A tutela intergeracional não é um juízo do sacrifício, mas sim do compromisso moral.⁴³

Edith Brown-Weiss desenvolve princípios norteadores dessa equidade intra e intergeracional, com caráter normativo e avaliativo, mas não substancial em sua essência, pois abertos ao debate democrático e a considerações argumentativas, a fim de dotar a justiça distributiva ambiental de parâmetros. Não há um traçado prévio e inquestionável por uma acumulação substantiva *per se* e sem consideração do nível de equilíbrio conjuntural. A obrigação para com futuras gerações não é uma formulação matemática e infensa à argumentação, pelo inverso, submetese a um crivo contínuo em que a posição preferencial da tutela ambiental é tida em parâmetro avaliativo na obrigação intergeracional.

Os objetivos normativos conformam-se como parâmetros abertos mas definidores de sentido e orientação das interlocuções que medeiam os conflitos geracionais. Tem-se aqui um vetor normativo de juízos de progresso e retrocesso, pelo qual “to fulfill our obligation to future generations, we need to evaluate these strategies against the normative goals of ensuring that our descendants have access to a planet with diversity and quality comparable to prior generations” (BROWN-WEISS, 2008, p. 623). Brown-Weiss (2008) desenvolve padrões de conformação de justiça intergeracional⁴⁴ a partir de princípios fundamentais, todos derivados de

⁴² “In the present generation, one cannot expect people to fulfill obligations to future generations if they are not able to satisfy their basic needs. As future generations become living generations, they inherit the intergenerational obligations to conserve options, quality, and access in relationship to other members of present generation.” (BROWN-WEISS, 2008, p. 618)

⁴³ Neste sentido parece-me caminhar o pensamento de Patryck de Araújo Ayala, ao salientar: “São aspectos reunidos no segundo momento, em torno da proposta de justificação de novos direitos fundamentais, que necessitam priorizar modelos de justificação moral plural, para o desenvolvimento de um estatuto jurídico do ambiente, relacionando futuras gerações e a natureza, sob o argumento de que ambas compõem, no texto constitucional brasileiro, os objetivos de proteção jurídica da vida no Estado de direito ambiental, expressos com grande ênfase através do princípio da equidade intergeracional.” (2010, p. 322).

⁴⁴ “theory of intergenerational equity, proposes principles of intergenerational equity,

um conceito básico: todas as gerações são parceiras que cuidam e vivem no planeta Terra (BROWN-WEISS, 2008, p. 616).

O progresso, portanto, é permanência transgeracional fundada na perdurabilidade, centrado na justiça distributiva de bens e riscos ambientais, compartilhados em padrões de compromisso, de solidariedade intra e intergeracional. Por isto, tem-se que cada geração há de legar bens ambientais (aqui entendidos tanto em termos de equivalência de diversidade biológica quanto de funções ambientais) e situações de risco vivenciado em condições no mínimo equiparadas à herança ambiental recebida pelas gerações passadas.⁴⁵ Não há instrumentalidade entre as gerações, no sentido herderiano já destacado, o que existe é um elo de continuação e aprendizado sequencial sem que se estabeleça um padrão hierárquico substantivo.

Em consequência, o risco de herança negativa remete à consideração de que as questões ambientais são necessariamente vertidas em torno do reconhecimento de níveis de fragilidade ambiental que podem levar ao comprometimento do legado intergeracional da diversidade biológica (situações de espécies em extinção, por exemplo), o que atrai maior contundência na densificação argumentativa das normas consideradas em um sistema jurídico coordenadamente considerado em sua aplicação.⁴⁶

and sets forth both rights and obligations of future generations for the robustness and integrity of the Earth and its natural resources and for cultural resources. (BROWN-WEISS, 2008, p. 616)

⁴⁵ Desenvolvendo o conceito de compromisso intergeracional para com a Terra (e não somente para com os seres humanos em si, pois o dever de cuidado é para com o planeta), Brown-Weiss pondera que “every generation needs to pass the Earth and our natural and cultural resources on in at least as good condition as we received them” (2008, p. 616).

⁴⁶ Embora não se possa identificar e situar em totalidade as ideias de Heman Benjamin como ligadas à vertente do progresso como herança intergeracional na compreensão do princípio da vedação do retrocesso, em virtude de aproximações de alguns argumentos ligados ao mínimo existencial substancial cumulativo, tem-se que há relevante afinidade entre as concepções e campos de aplicação. Segundo o autor, “é seguro afirmar que a proibição de retrocesso, apesar de não se encontrar, com nome e sobrenome, consagrados na nossa Constituição, nem em normas infraconstitucionais, e não obstante sua relativa imprecisão – compreensível em institutos de formulação recente e ainda em pleno processo de consolidação –, transformou-se em princípio geral do Direito Ambiental, a ser invocado na avaliação da legitimidade de iniciativas legislativas destinadas a reduzir o patamar de tutela legal do meio ambiente, mormente naquilo que afete em particular a) processos ecológicos essenciais, b) ecossistemas frágeis ou a beira de colapso, e c) espécies ameaçadas de extinção. Sim, princípio geral do Direito Ambiental, pois a previsão normativa explícita não se antepõe como pressuposto insuperável ao seu reconhecimento. E que a proibição de retrocesso não surge como realidade tópica, resultado de referência em dispositivo específico e isolado; ao contrario, nela se aninha um princípio sistêmico, que se funda e decorre da leitura conjunta e dialogo multidirecional das normas que compõem a totalidade do vasto mosaico do Direito Ambiental.” (BENJAMIN, 2012, p. 62-63).

Relevante notar o apontamento de Laura Westra (2006) em prolongar o conceito básico a fim de reparação dos danos causados a bens ambientais ou contenção de ameaças trazidas por riscos ambientais que tenham sido perpetrados por gerações anteriores. Ou seja, em termos de justiça distributiva ambiental, a solidariedade perante os bens e riscos ambientais não pode ser compartimentalizada, fluindo para cada geração⁴⁷ “a duty to repair any damage caused by any failure of previous generations to do the same” (WESTRA, 2006, p. 136).

Os princípios formulados por Brown-Weiss (2008) são o princípio da conservação de opções; o princípio da conservação da qualidade e o princípio da conservação do acesso. O princípio da conservação de opções remete ao não fechamento de possibilidades por uma geração em detrimento de outra, seja ela convivente, seja ela futura. Para Brown-Weiss, o princípio é “defined as conserving the diversity of the natural and cultural resources base” (2008, p. 623), sendo imperativa a conservação da diversidade biológica, do repertório de bens ambientais e disposições de risco existentes de modo que as outras gerações possam usá-los e satisfazer seus próprios valores e necessidades. Vê-se o claro traço da abertura para perdurabilidade, não voltado para um sufocamento instrumental, mas para o manejo do constante exercício da autodeterminação.⁴⁸

O segundo princípio, conservação da qualidade, evoca a interação de vida entre o ser humano e o planeta, entre os seres humanos entre si e para com as influências antrópicas no planeta, considerado como unidade viva em uma dimensão de multiplicidades. Há um nível de existência, verdadeiro nível de qualidade do viver, que deve ser legado e herdado entre as gerações. Não se pode deixar o planeta em uma condição de qualidade de existência recíproca dos seus ocupantes em nível inferior ao recebido, identificando Brown-Weiss que o princípio é “defined as leaving the planet no worse off than received” (2008, p. 623). A manutenção da qualidade ecológica em seu todo de equivalência é parâmetro de condução na interlocução entre gerações.⁴⁹

⁴⁷ Esta compreensão da perdurabilidade da tutela ambiental e do compromisso intergeracional permite entender a obrigação de reparação no presente de áreas então desflorestadas ou desmatadas no passado, seja ou não com autorização do então poder político, tendo em conta a necessidade de composição de herança ambiental positiva e impossibilidade de fracionar a solidariedade intergeracional.

⁴⁸ “The first, comparable options, means conserving the diversity of the natural resource base so that future generations can use it to satisfy their own values” (BROWN-WEISS, 2008, p. 616).

⁴⁹ “The second principle, comparable quality, means ensuring the quality of the environment on balance is comparable between generations” (BROWN-WEISS, 2008, p. 616).

O terceiro princípio elaborado por Edith Brown-Weiss remete à distribuição de bens entre gerações, sem que seja legítimo a uma geração patrocinar e exaurir bens ambientais ou provocar situações de risco incontornável ou irreversível que venham a nulificar a possibilidade de usufruto e satisfação equitativa de necessidades. Segundo Brown-Weiss, o princípio pode ser “defined as equitable access to the use and benefits of legacy” (2008, p. 623). Pode-se antever no princípio uma carga tanto intergeracional quanto intrageracional, pois a manutenção da diversidade ecológica em um patamar de acesso restrito a determinado país ou grupo de pessoas viola o sentido da justiça distributiva intergeracional dos bens e riscos ambientais, inclusive a comportar aqui o vetor de contrariedade à elitização do proveito e da satisfação das necessidades ecológicas.⁵⁰

Mas as confrontações e suscetibilidades intra e intergeracionais não se perfazem sem ter em conta as diferenças nas composições das gerações conviventes e das que irão lhes suceder. Não se pode recair em um universalismo que reduza o humano em sua autenticidade perante o outro. As garantias voltadas à conformação de tutela ambiental intra e intergeracionais estão vinculadas à adoção de instrumentos de justiça distributiva em face da vulnerabilidade específica de determinadas pessoas, grupos ou países em face das privações e riscos ambientais. Como salienta Laura Westra, são necessários instrumentos e meios de preservação e proteção “that are needed for all present people, especially the most vulnerable, that is the poor, those in developing countries, and the children”⁵¹ (2006, p. 141).

Repise-se mais uma vez que os princípios elencados são voltados ao conceito de compromisso intra e intergeracional, não desconhecendo desequilíbrios socioeconômicos. As linhas traçadas estão determinantemente coligadas à efetivação da justiça distributiva ambiental, sem que isso se traduza em afluxos de ossificação absoluta que convertam o ser humano em instrumentalidade intra e intergeracional. O que se tem é um postulado de progresso centrado no compromisso intra e intergeracional, guiado pela vedação do retrocesso como irreversibilidade

⁵⁰ “The third one, comparable Access, means non-discriminatory access among generations to the Earth and its resources” (BROWN-WEISS, 2008, p. 616).

⁵¹ A condição das crianças nos conflitos intrageracionais e intergeracionais é particularmente ímpar, já que são as mais vulneráveis às mazelas ambientais, sujeitando-se aos seus efeitos ao mesmo tempo que terão o encargo de assumir dentro em pouco em sua vida a condição de manutenção do compromisso geracional. Neste sentido, Westra (2006, p. 147) denomina a infância como situação da primeira futura geração.

relativa, mas aberta às considerações avaliativas de gerações integradas em autodeterminação.⁵²

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção do significado e a aplicação do princípio da vedação do retrocesso estão imersas em um constante cenário de confrontações e conflitos intra e intergeracionais, a par de demandar a fixação de sentidos e posições no quadro de direitos fundamentais e da conformação da figura do Estado em face de demandas ecológicas implicadas na cidadania. Essa conjuntura demanda uma necessária tomada da vedação do retrocesso aliada a compreensões de sentidos de progresso e configura a apresentação das disputas enlaçadas ao desiderato da razão prática em sua afirmação. Além disto, é imprescindível assumir paradigma que tenha os confrontos ambientais intra e intergeracionais como insertos no diagrama de significados, divisões, atribuições e compartilhamento de bens e riscos ambientais.

As vias de compreensão do progresso e do retrocesso devem-se indispor a aplicações instrumentais entre gerações ou conviventes de uma mesma geração, mas também a dever alicerçar e valorizar o debate democrático da multiplicidade na formação de sua autodeterminação. Dentre as vertentes possíveis, a mais adequada para lidar com questões de aplicação do princípio da vedação do retrocesso é a que analisa e problematiza a partir da concepção de herança intergeracional, centrada no pensamento de Edith Brown-Weiss, com aplicação de princípios guinados para a abertura discursiva, mas focados em critérios de avaliação distributiva.

A vedação do retrocesso não pode ser configurada em si como uma ordenação do progresso, sob pena de provocar fechamentos e instrumentalização, prendendo a construção dos argumentos e percepções do tema a visões lastreadas à compreensão de progresso fundada na Ilustração, com carga de abstração e mecanicismo intra e intergeracional. A vedação do retrocesso como progressão substancial do mínimo existencial

⁵² "These principles satisfy the basic criteria of balance, flexibility, cultural acceptability, and clarity. One criterion is to balance the needs of future generations with those of the present, neither licensing the present generation to consume without attention to the interests of future generations or requiring it to sacrifice unreasonably to meet indeterminate future needs. Since we cannot predict the values of future generations, we also have to provide them with the options and quality to satisfy their own values and needs. In addition, the principles need to be generally acceptable to many different cultures in the world, and finally they have to be reasonably clear so that they can be implemented and applied." (BROWN-WEISS, 2008, p. 616-617).

cai diante do risco da instrumentalização dos conviventes de uma mesma geração e das gerações entre si. Some-se a tanto que essa perspectiva estrangula amadurecimento da comunidade política em sua multiplicidade, e adota uma cumulatividade fixada *a priori* e infensa a questionamentos que façam por distinguir retrocesso e retorno, periclitando por pendular entre o mito do declínio e o mito do progresso.

A irreversibilidade relativa evita a consideração absoluta da vedação do retrocesso e estabelece situações de excepcionalidade centradas no interesse geral ou interesse dotado de imperiosidade nas demandas sociais existentes. Entretanto, a abertura provocada lança ao relento a tutela protetiva ambiental pela falta de densificação e parâmetros avaliativos. A irreversibilidade relativa precisa de parâmetros avaliadores da própria configuração de retrocesso ou não para fins de aplicação normativa.

A vedação do retrocesso tomada sob o panorama da tutela da herança intergeracional combina o resguardo da autodeterminação da multiplicidade em intersubjetividade com compromissos de solidariedade. Concatena assim o conceito básico de herança ambiental positiva em favor das gerações futuras como verdadeira obrigação normativa. Entretanto, não procede a fechamentos ou restrições argumentativas, pelo inverso, pauta-se no desenvolvimento e confrontações de argumentos, colocando-os ao crivo de juízo de aplicação parametrizado por princípios retores, sendo eles o princípio da conservação de opções, o princípio da conservação da qualidade e o princípio da conservação do acesso.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, H. **Compreender**: formação, exílio e totalitarismo. Ensaios (1930 – 1954). Tradução de Denise Bottmann. Org., introdução e notas Jerome Kohn. Belo Horizonte: Editora UFMG; São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

AYALA, P. A. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade de risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. *In*: FERREIRA, H. S. F. *et al* (Coord). **Estado de Direito Ambiental**: tendências. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: ed. 34, 2011.

BENJAMIN, A. H. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. *In: Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012.

BORGES, R. C. B. Direito Ambiental e Teoria Jurídica no final do século XX. *In: VARELLA, M. D.; BORGES, R. C. (Orgs.). O novo em Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BROWN-WEISS, E. Climate change, intergenerational equity, and international law. *Vermont Journal of Environmental Law*, Vermont, 2007-2008, v. 9, p. 615-627, 2008. Disponível em: <http://vjel.vermontlaw.edu/publications/climate-change-intergenerational-equity-and-international-law/>. Acesso em: 10 set. 2018.

CANOTILHO, J. J. G. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. *In: FERREIRA, H. S. F. et al (Coord). Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

CHEQUER, C. **Liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FENSTERSEIFER, T.; SARLET, I. W. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. *In: SARLET, I. W. (Org). Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

HACHEZ, I. Le principe de non-régression en droit de l'environnement: une irréversibilité relative? *In: PRIEUR, M.; SOZZO, G. (Org.). La non régression en droit de l'environnement*. Bruxelles: Ed. Bruylant, 2012.

HERDER, J. G. **Antropología e Historia**. Presentación, traducción y notas de Virginia López-Domínguez. Madrid: Editorial Complutense, 2002.

JONAS, H. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. Puc-Rio, 2006.

LEITE, J. R. M.; FERREIRA, H. S. Tendências e perspectivas do Estado de Direito Ambiental no Brasil. *In: FERREIRA, Heline Sivini Ferreira et al (Coord). Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

LORENZETTI, R. L. **Teoria Geral do Direito Ambiental**. Tradução de Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

MACIEL, M. A. **Compensação ambiental**: instrumento para a implementação do sistema nacional de unidades de conservação. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

PELÁEZ, F. J. Contreras. **La filosofía de la historia de Johann G. Herder**. Sevilla: Secretariado de Publicaciones Universidad D Sevilla, 2004.

PRIEUR, M. **Droit de l'environnement**. Paris: Dalloz, 2011.

PRIEUR, M. Le nouveau principe de 'non régression' en droit de l'environnement. *In*: PRIEUR, M.; SOZZO, G. (Org.). **La non régression en droit de l'environnement**. Bruxelles: Ed. Bruylant, 2012.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Direito Constitucional Ambiental**: Constituição, direitos fundamentais e proteção do meio ambiente. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

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

SUNSTEIN, C. **Laws of fear**: beyond the precautionary principle. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

WALZER, M. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões. Rev. Cícero Romão Dias Araújo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALZER, M. **Thinking politically**: essays in political theory. Selected, edited, and with an introduction by David Miller. New Haven & London: Yale University Press, 2007.

WESTRA, L. **Environmental justice and rights of unborn and future generations**: law, environmental harm, and the right to health. London: Earthscan, 2006.