

A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO E A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE

THE PROHIBITION OF BACKWARD AND THE SOCIO-ENVIRONMENTAL FUNCTION OF THE PROPERTY

LA PROHIBICIÓN DEL RETROCESO Y LA FUNCIÓN SOCIOAMBIENTAL DE LA PROPIEDAD

Jeferson Dytz Marin*
Nelson Gularte Ramos Neto**

* Doutor em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (RS). Mestre em Direito – Universidade de Santa Cruz do Sul (RS). Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul – UCS (RS). Advogado.

** Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul, Brasil.

SUMÁRIO: *Introdução; 2 O conceito de princípio; 3 O conteúdo da proibição do retrocesso social e de como a função da propriedade não pode retroceder; 4 Considerações finais; Referências.*

RESUMO: A prática jurídica no cenário nacional vem reconhecendo que às conquistas sociais deve ser assegurada a proibição de retrocesso. Entende-se que a referida proibição assume caráter de princípio constitucional. A definição de princípios jurídicos mostra-se, nesse sentido, essencial à sua correta aplicação. No âmbito do Estado Socioambiental e Democrático de Direito, busca-se compreender o sentido que o princípio ganha no que diz respeito à tutela da função socioambiental da propriedade.

PALAVRAS-CHAVE: Conceito de princípio; Função socioambiental da propriedade; Proibição de retrocesso.

ABSTRACT: The legal practice on the national scene has recognized that the social achievements must be ensured the prohibition of regression. It is understood that the prohibition takes character as a constitutional principle. The definition of legal principles is essential to its proper application. Under the Environmental and democratic state, we seek to understand the meaning that the principle wins with regard to the protection of social and environmental function of property.

KEY WORDS: Concept of principle; Social and environmental function of property; Non-Retrogression.

RESUMEN: La práctica legal en el escenario nacional ha sido reconocer que los logros sociales deben garantizar la prohibición del retroceso. Se entiende que la prohibición antes mencionada asume el carácter de un principio constitucional. La definición de principios legales es, en este sentido, esencial para su correcta aplicación. Dentro del alcance del Estado de Derecho Socioambiental y Democrático, buscamos comprender el significado que gana el principio con respecto a la protección de la función socioambiental de la propiedad.

PALABRAS CLAVE: Concepto de principio; Función social y ambiental de la propiedad; Prohibición de retroceso.

Recebido em: 31/03/2020

Aceito em: 02/10/2023

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é identificar o sentido mínimo que a função socioambiental da propriedade deve ter para a comunidade jurídica, a partir da norma constitucional e das disposições legislativas que consagram sua aplicação. O direito fundamental à propriedade que cumpra a sua função socioambiental assume um caráter metaindividual que transcende a esfera dos direitos de primeira dimensão. A imposição de deveres ao proprietário com o objetivo de harmonizar seus interesses com os anseios de toda a sociedade se revela como garantia fundamental, razão pela qual se sujeita aos limites de reforma do texto constitucional, nos termos do art. 60, §4º, da Constituição da República.

A função socioambiental encontra melhores definições ao longo da Constituição e da legislação ordinária, a fim de que os deveres do proprietário sejam explicitados para que se exija o seu cumprimento.

Diante dessas normatizações, busca-se estabelecer, a partir de um conceito de princípio que carregue consigo seu caráter normativo, isto é, elaborado com esteio em uma teoria da decisão de cunho efetivamente pós-positivista, a existência de uma limitação que o direito deve(ria) promover de forma consistente em torno das conquistas sociais. Analisa-se, nesse sentido, o conteúdo que a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo ao princípio da proibição de retrocesso. Ao final, quer-se apontar para o horizonte do jurista com os olhos para o futuro, no sentido de se contribuir para a construção de uma teoria constitucional que promova uma progressiva concretização de suas normas, além de uma blindagem no que tange aos avanços alcançados.

2 O CONCEITO DE PRINCÍPIO

630

A discussão acerca do conceito de princípio atravessou o século passado sem se que alcançasse um consenso. Em vez disso, o que se observa na literatura jurídica são posições diametralmente opostas. Este trabalho ocupa-se, inicialmente, de traçar as bases da posição majoritária que povoa o imaginário jurídico nacional, que será objeto de crítica – para, em seguida, apresentar-se a alternativa que se entende como adequada aos propósitos genuinamente pós-positivistas. Pouca utilidade teria estabelecer as bases para a compreensão do princípio da proibição de retrocesso social se a sua aplicação ficar sujeita a um modelo teórico que se demonstrará ser inadequado, razão pela qual a delimitação da função do princípio é tão relevante quanto o princípio em si.

Impende deixar claro o lugar da fala. A teoria da decisão construída ao longo deste trabalho embasa-se no direito como integridade de Ronald Dworkin e na Crítica Hermenêutica do Direito, na forma como proposta por Lenio Luiz Streck, tendo em vista que tanto o jusfilósofo norte-americano como o jurista brasileiro buscam a consolidação de um modelo pós-positivista e antidiscricionário de decisão judicial. É a partir desses autores que se apresenta o conceito de princípio.

A maior parte da doutrina pátria sobre a definição e aplicação de princípios parte do pressuposto de que existe uma cisão estrutural entre regra e princípio¹, representativa do binômio ponderação e subsunção.

Existe um motivo que exalta a importância da noção que se tem de um princípio que vai se tornando cada vez mais claro conforme se faz a análise das propostas antagônicas. A questão do alcance do significado de um princípio jurídico assume ares de ruptura paradigmática. Isso porque o positivismo sustentava a existência de um sistema que era formado por regras, e, na sua ausência ou indeterminação de significados, o juiz poderia decidir discricionariamente.² Assim, a construção de uma nova teoria da norma, que consagre o papel dos princípios no sistema jurídico, constitui verdadeira condição de possibilidade de um modelo teórico que se desprenda das amarras positivistas.

¹ “Manter uma diferença conceitual entre princípio e regra reforça o mote positivista.” MARIN, Jeferson Dytz. *Prisioneiros da Liberdade: crise da jurisdição e decisionismo em Alexy* (no prelo). p. 172.

² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 55.

Prevalece, tanto na doutrina como na jurisprudência, a tese idealizada por Robert Alexy, segundo a qual os princípios se diferenciam das regras estruturalmente, sendo que os casos difíceis, em que concorrem diferentes princípios que apontam para soluções diversas, são solucionados pelo uso da ponderação, isto é, trata-se de problemas que não encontram uma única resposta ditada por uma regra aplicada na forma de **tudo-ou-nada**³, mormente porque existem argumentos fortes tratados como princípios que apontam para soluções antagônicas. Assim, para os autores que endossam as teorias de matriz alexyana, os princípios surgem como forma de resolver as questões de que as regras não tratam especificamente.

Entendidos como **mandados de otimização**, os princípios, segundo a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy⁴, são aplicados mediante a utilização da máxima da proporcionalidade. Tendo em vista que os princípios apontam para soluções diferentes, propõe-se que uma colisão entre princípios de igual hierarquia – ou que se encontrem em relação de precedência condicionada – seja tratada diferentemente do conflito de regras, já que estas seriam **mandados definitivos**, cuja aparente contradição na atividade de subsunção é solucionada pela introdução de uma cláusula de exceção⁵ ou por meio de três critérios: cronologia, especialidade e hierarquia⁶. De outro lado, os princípios colidentes precisam de outra resposta para a questão interpretativa. Nesse sentido, lança-se mão da proporcionalidade, a partir dos critérios de adequação, idoneidade⁷, necessidade e ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito⁸. Os subprincípios da proporcionalidade exigem, na ordem em que apresentados acima, que uma restrição de um princípio deve adequada para a satisfação de outro, isto é, “a medida a ser tomada deve efetivamente contribuir para alcançar o objetivo buscado”; há, ainda, que melhorar uma posição sem o conseqüente aparecimento de desvantagens para as outras; demanda-se também que a maneira pela qual a restrição se opera seja a menos gravosa para o princípio afastado, no sentido de que a escolha “entre os meios disponíveis diante à situação, a escolha deve debruçar-se sobre aquele que detiver o menor caráter interventivo, ou seja, o mais complacente, o mais comedido”; por fim, a satisfação do princípio que prevalece tem de justificar a limitação imposta ao princípio não aplicado, “enfim, os meios devem ser proporcionais e buscar, na medida certa e adequada, a solução”⁹.

Desse modo, as três primeiras máximas parciais cuidam dos pressupostos fáticos, enquanto a ponderação trata da viabilidade jurídica da interpretação, isto é, do grau do não cumprimento de um princípio e a sua relação

³ A referência à aplicação da regra com base no *tudo-ou-nada* é feita por Dworkin em *Levando os Direitos a Sério*. Ainda assim, é preciso ressaltar que a assertiva não implica a cisão estrutural sustentada pela teoria da argumentação jurídica, tendo em vista que o autor norte-americano nitidamente propõe uma relação entre regras e princípios que é incompatível com a cisão ora criticada, o que será objeto de análise em momento posterior. Desde já, é necessário esclarecer que a opção metodológica pela ponderação não é uma decorrência natural da constatação que Dworkin faz no sentido de que os princípios possuem uma dimensão de peso. A respeito, é digno de nota o alerta: “sua dimensão de *peso* implica que, um argumento de princípio sempre se movimenta de forma coerente com relação ao contexto de todos os princípios da comunidade. Desse modo, a justificação do fundamento da decisão só estará correta, na medida em que respeite o todo coerente de princípios num contexto de integridade. [...] Por isso, *ponderação e dimensão de peso* não são equivalentes.” OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 200.

⁴ “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Uma das teses centrais da “Teoria dos Direitos Fundamentais” é a de que essa definição implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais – as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito –, e que a recíproca também é válida, ou seja, que da máxima da proporcionalidade decorre logicamente o caráter principiológico dos direitos fundamentais. Essa equivalência significa que as três máximas parciais da máxima da proporcionalidade definem aquilo que deve ser compreendido por ‘otimização’ na teoria dos princípios.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 588.

⁵ “Alexy reconhece o método substantivo como suficiente à aplicação das regras, ofertando a ponderação – teoria do peso – para os princípios. Todavia, propõe uma regra de exceção para solucionar os problemas da insuficiência da subsunção no tocante às regras.” MARIN, Jeferson Dytz. *Prisioneiros da Liberdade: crise da jurisdição e decisionismo em Alexy (no prelo)*. p. 168.

⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 92-93.

⁷ A referência à idoneidade não aparece em muitas das obras que cuidam dos princípios com base no modelo proposto por Alexy. Isso se deve ao fato de que este terceiro subprincípio foi acrescentado posteriormente, conforme se vê em texto que integra a obra publicada no Brasil com o título *Constitucionalismo Discursivo*. Sobre o subprincípio, Jeferson Marin anota: “Mas Alexy acrescentou à tríade que sustenta o princípio da proporcionalidade, o subprincípio da idoneidade, mas ainda com o propósito de otimizar as possibilidades fáticas, com fulcro no teorema de Pareto, empregando um raciocínio lógico.” MARIN, Jeferson Dytz. *Prisioneiros da Liberdade: crise da jurisdição e decisionismo em Alexy (no prelo)*. p. 170.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 116-117.

⁹ Os destaques que explicam os subprincípios encontram-se em MARIN, Jeferson Dytz. *Prisioneiros da Liberdade: crise da jurisdição e decisionismo em Alexy (no prelo)*. p. 169-170.

diretamente proporcional ao nível de importância da satisfação de outro princípio, chegando-se a estabelecer uma escala de gravidade das restrições.¹⁰

Se bem analisada, a ponderação nos moldes em que proposta por Alexy – que, como se pode notar a partir das decisões analisadas no primeiro capítulo, é algo com fundamentação extremamente mais sólida em relação àquela que se verifica nos casos em que se dá a sua aplicação, nos quais assume ares de enunciado performativo¹¹ – carrega consigo a discricionariedade do intérprete, revelando a manutenção da característica positivista que impede a superação paradigmática imbricada à construção de uma teoria da decisão por meio da qual o controle hermenêutico das decisões seja viabilizado.

Na linha do que se disse anteriormente, a discricionariedade pode ser identificada em vários “momentos” do ofício do **ponderador**. De início, não fica longe de dúvidas quais ou quantos são os princípios em colisão, casos em que o recurso à proporcionalidade é feito sem que se explique a colisão que se quer resolver. Em seguida, é reconhecida ao intérprete a discricionariedade para ponderar. Nesse ponto, a afirmativa é de Robert Alexy:

Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tao refinada que exclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Nesse caso, então, de fato existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quanto do Judiciário.¹²

Por essa razão, se por vezes se critica a proporção que toma a tese de Alexy no Brasil de modo a justificar a já citada **farra dos princípios**¹³, não se pode reconhecer como objeção válida o argumento no sentido de que a inadequada aplicação do princípio – ou da máxima – não o(a) invalida ou denuncia o seu potencial danoso. O que se verifica, na verdade, é que, por vezes, as fundamentações das decisões consagram um *atalho* do método desenvolvido por Alexy. Desse modo, ainda que o teste da proporcionalidade e suas máximas parciais seja minuciosamente elaborado e justificado, a discricionariedade fará parte do “processo interpretativo”. Oportuno, neste momento, transcrever a lição de Eros Roberto Grau:

Tem-se, destarte, que a ponderação entre princípios implica o exercício, pelo juiz, de uma *dupla discricionariedade*: (i) em um momento inicial, quando cria uma hierarquia axiológica entre os princípios de que se trate; (ii) em um momento seguinte, quando o mesmo juiz altera o valor comparativo desses mesmos princípios à luz de outra controvérsia a resolver. [...] Como, porém, inexistente no sistema jurídico qualquer regra a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, discricionariamente, perigosamente.¹⁴

Não é de se estranhar, então, que a necessidade de o intérprete escolher o princípio que irá prevalecer seja algo natural à teoria da decisão elaborada a partir da Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy. É sintomática do embaraço teórico em que se colocam certos autores que se intitulam pós-positivistas a posição de Luís Roberto Barroso. Com efeito, o autor, no posfácio de sua obra sobre interpretação e aplicação da Constituição, em que cuida do pós-positivismo e a “nova” interpretação constitucional, escreve o que segue:

¹⁰ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 149.

¹¹ Veja-se o que diz Streck: “não é difícil perceber o modo pelo qual a ponderação foi sendo transformada – aqui em *terrae brasilis* – em um enunciado performativo. Como se sabe, um expressão performativa não se refere a algo existente e nem a uma ideia qualquer. A sua simples enunciação já faz ‘emergir’ sua significação. Portanto, já ‘não pode ser contestado’; não pode sofrer críticas; consta como ‘algo dado desde sempre’. A sua mera evocação já é um ‘em si-mesmo’. [...] Por isso, merecem especial cuidado as decisões que lançam mão especialmente da ‘razoabilidade’ (com ou sem ‘ponderação de valores’), argumentação que se transformou em autêntica ‘pedra filosofal da hermenêutica’ a partir desse caráter performativo. [...] a interpretação não pode depender dessa ‘loteria’ de caráter finalístico[...].” STRECK, Lenio Luiz. *O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 51-52.

¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 611.

¹³ BADIN, Arthur Sanchez. *Controle Judicial das Políticas Públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 82-85. Na página 83, diz o autor que “a teoria dos princípios de Alexy (1999) não sustenta a ideia de haver uma única resposta correta ou legítima na interpretação do texto constitucional.”

¹⁴ GRAU, Eros Roberto. *Por Que Tenho Medo dos Juizes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 116-117.

A moderna dogmática jurídica já superou a idéia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso. A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece. Tais possibilidades interpretativas podem decorrer, por exemplo, (i) da discricionariedade atribuída pela norma ao intérprete, (ii) da pluralidade de significados das palavras ou (iii) da existência de normas contrapostas, exigindo a ponderação de interesses à vista do caso concreto. Daí a constatação inafastável de que a *aplicação do Direito não é apenas um ato de conhecimento — revelação do sentido de uma norma preexistente —, mas também um ato de vontade — escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam. O direito constitucional define a moldura dentro da qual o intérprete exercerá sua criatividade e seu senso de justiça, sem conceder-lhe, contudo, um mandato para voluntarismos de matizes variados. De fato, a Constituição institui um conjunto de normas que deverão orientar sua escolha entre as alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação.*¹⁵

Em seguida, Barroso cita Hans Kelsen para defender o argumento pelo qual a decisão é um ato de vontade que permite ao intérprete escolher uma das possibilidades que se lhe apresentam. Sem o receio de se enaltecê-lo, aqui, o óbvio, Barroso recorre ao corifeu do positivismo normativista no intuito de fundamentar sua proposta pós-positivista, que se revela anacrônica no ponto de partida. A menos que se considere a **Teoria Pura do Direito** como a moderna dogmática jurídica, ou se tenha como necessário o protagonismo de um magistrado solipsista que consagra o seu senso pessoal de justiça, mesmo que dentro da “moldura”,¹⁶ suas conclusões não podem prevalecer.

A univocidade de sentido do texto jurídico é marca de um exegetismo superado há muito tempo. Contudo, a constatação de que se pode vislumbrar mais de uma resposta, seja em decorrência da plurissignificação do texto, seja por conta da incerteza quanto ao princípio ou regra aplicável, não implica que o direito admita múltiplas respostas, assim como não as coloca à disposição do intérprete. A isso equivale dizer que as múltiplas respostas somente podem ser admitidas em tese, isto é, antes de se enfrentar o caso concreto em que se alcançará a resposta correta a partir da teoria interpretativa antidiscricionária. Ninguém duvida de que muitas coisas distintas podem ser ditas sobre um texto, ocasionando a existência de normas diferentes construídas a partir do mesmo dispositivo legal ou constitucional. A tarefa da teoria da decisão consiste em definir o rumo que a interpretação deve seguir — sem que isso signifique uma procedimentalização da compreensão — a fim de que a solução certa seja alcançada nos casos difíceis. Diante das possibilidades colocadas para o juiz, vale o alerta de Lenio Streck:

[...] essa “descoberta” não pode implicar um império de decisões solipsistas, das quais são exemplos as posturas caudatárias da jurisprudência dos valores (que foi “importada” de forma equivocada da Alemanha), os diversos axiologismos, o realismo jurídico (que não passa de um “positivismo fático”), a ponderação de valores (pela qual o juiz literalmente *escolhe* um dos princípios que ele mesmo elege *prima facie*), etc.¹⁷

Ainda de acordo com Streck, tem-se que a ponderação, diante da possibilidade conferida ao intérprete de *escolher* o princípio aplicável, o que equivale, em grande medida, à determinação de conteúdo do princípio com base na vontade do sujeito e a partir de um método exterior que encobre o raciocínio, não passa de um resgate da discricionariedade positivista mascarada de uma racionalidade argumentativa.¹⁸

A par de descrever em minúcias a impossibilidade de se solucionar o problema da indeterminação do direito com a aposta no sujeito ou na fórmula, Francisco Motta chama a atenção para mais um problema facilmente localizado no ordenamento jurídico brasileiro, que diz respeito à inexistência de hierarquia entre os princípios sujeitos à ponderação. Na linha do que se disse antes, a adequação, idoneidade e a necessidade cuidam das “possibilidades fáticas” de aplicação dos princípios, enquanto a ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito se refere à

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 311-312.

¹⁶ O termo utilizado em alemão é *bild*, que também pode significar *imagem, retrato, ou ideia*. Nesse sentido, ver STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 85.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 241-243.

máxima parcial jurídica. À vista da necessidade de se eleger um princípio preponderante, a aplicação da teoria no cenário brasileiro não prescinde da criação, por parte do intérprete, de uma relação de preferência ou precedência que, vale ressaltar, não existe no sistema constitucional pátrio. Note-se de que maneira a subjetividade do intérprete – que pode muito bem ser lida como discricionariedade – continua presente no desenvolvimento do método alexyano:

Assim, na obra do jusfilósofo alemão, os princípios “correriam em busca do ponto mais alto”, ficando a sua prevalência resolvida por uma questão de “importância” (um *prefere* ao outro); mas a pergunta que não cala é: esta *hierarquização* de princípios é orientada a quais fins? Ora, o Direito (democraticamente produzido) não pode ser reduzido a uma “busca pela realização de valores”; e, justamente por isso, desde uma leitura *deontológica* (como a por nós endossada), um princípio não pode ser *preferido* a outro, “mas tão somente aplicado, ou não”.¹⁹

Por essas razões é que, aos olhos da ponderação, o caráter não absoluto dos princípios dá lugar à fixação de preferências que são determinadas pelos valores, determinados pela subjetividade do intérprete.²⁰ Quando a isso se soma a dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, que lhes atribui também o caráter principiológico de um mandado de otimização, entendidos como uma ordem de valores que integra a Constituição, viabiliza-se, se adotada a tese de Alexy, a interpenetração da discricionariedade por todo o sistema constitucional dos direitos fundamentais. Eles significarão, portanto, o que quiser o intérprete. Além de não resolver o problema da discricionariedade, na medida em que dela é dependente, a ponderação “a retoma de um modo ainda mais perigoso, uma vez que legitima a discricionariedade do juiz a partir da sua validação pelo procedimento”,²¹ o que deixa evidente a insuficiência da proposta para fazer frente aos reclamos do pós-positivismo jurídico.

A tese segundo a qual os princípios são mandados de otimização a serem aplicados como reserva de sentido na inexistência de regras, a partir de um procedimento que depende da discricionariedade, revela a insuficiência da teoria para representar uma efetiva superação paradigmática. Portanto, impende adotar um modelo diverso.

Inicialmente, Ronald Dworkin mostrava seu conceito de princípio como “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.²² Veja-se que a definição tem por escopo delinear traços essenciais de suas propriedades. A exigência de que um padrão de conduta – no mais amplo sentido – seja observado evidencia o caráter normativo dos princípios, isto é, princípios obrigam porque determinam – aliados às regras, e não separados delas – alguma espécie de comportamento público ou particular tido como essencial para a comunidade.

A distinção estrutural que a doutrina apresenta entre princípios e regras pode assumir diversas características.²³ Todas elas apenas encobrem a verdadeira diferença existente entre as espécies normativas e, por essa razão, impedem a consolidação de uma prática decisória que, se entendida como necessária condição de decidibilidade, tenha como definitivamente esclarecida relação entre regra e princípio, como se irá demonstrar. Nessa tarefa, constrói-se o conceito de princípio que se entende como adequado ao Constitucionalismo Contemporâneo.

¹⁹ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 157.

²⁰ LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 151.

²¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 222.

²² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 36.

²³ Humberto Ávila apresenta outra classificação dos critérios utilizados para distinguir regras de princípios que podem, entretanto, ser relacionados com aqueles expostos neste trabalho. Para o autor, então, o primeiro critério é o caráter *hipotético-condicional*, a partir do qual a regra predetermina a decisão, enquanto o princípio aponta um fundamento; pelo critério do *modo final de aplicação*, os princípios se aplicam em diferentes graduações, ao passo em que as regras aplicam-se de modo absoluto; por fim, o critério do *conflito normativo* prevê a já abordada distinção entre a aplicação mediante a ponderação ou a partir de elementos que eliminem o conflito das regras. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 61-87.

Além do critério lógico já analisado e refutado, que versa sobre a forma de aplicação (ponderação *versus* subsunção), existem também pelo menos duas cisões ganham contornos problemáticos. A distinção **formal-enunciativa** diz respeito ao texto que consagra uma regra ou um princípio. A inadmissibilidade dessa proposta reside no fato de que, segundo seus defensores, os princípios carregam uma textura aberta, enquanto as regras são enunciados fechados. O que ocorre, na verdade, é o contrário, pois a sua pretensão universalizante [da regra] é que representa uma abertura ou *porosidade*, que é fechada ou preenchida pela significação que lhe dá o princípio, ou seja, por apontar a resposta correta, o princípio fecha a interpretação.²⁴

Há também a distinção **material-conteudística**, segundo a qual os princípios albergam os valores de uma comunidade, e as regras tratam das demais determinações de conduta presentes no ordenamento jurídico. Vejam-se as implicações que decorrem da admissão da cisão estrutural, aqui rechaçada:

A distinção (cisão) estrutural entre regras e princípios – em qualquer um dos modos que retratei acima – reduz a importância dos princípios, retirando-lhes o *caráter de transcendência*. Sendo mais claro: para que um princípio tenha uma função (ou importância) para além daquilo que representavam no positivismo, é necessário ultrapassar a discussão meramente semântica. Um princípio não é um princípio em face de seu enunciado, ou em decorrência de uma relação lógico-aplicativa, mas, sim, em face daquilo que ele enuncia.²⁵

Portanto, princípios não são normas reservas, que ganham espaços na insuficiência das regras. Não se pode, simplesmente, deixá-los de lado na aplicação de uma regra porque eles é que determinam o seu sentido. Assim, a norma será o produto da interpretação do texto jurídico, que leva em conta, indispensavelmente, as regras e os princípios. Nesse ponto é possível constatar uma inevitável contradição que decorre das teorias elaboradas a partir da tese de Alexy, haja vista que, de um lado, enaltecem a relevância dos princípios e dos “valores” por eles consagrados, mas, de outro, acabam por lhe conferir esse caráter subsidiário na resolução dos casos. Ademais, é preciso ressaltar a todo o momento que princípios não são valores a serem descobertos e concretizados diretamente pelos juízes. A dessemelhança existente, por não ser de caráter procedural, e sim ontológica, contribui, se assim entendida, para que os princípios sejam não sejam desvencilhados das regras, contribuindo, outrossim, na sua aplicação.²⁶ Por isso, conforme Streck, “para que um princípio tenha obrigatoriedade, ele não pode se desvencilhar da democracia, que se dá por enunciados concebidos como regras.”²⁷ Nesse sentido, se as regras determinam o resultado do caso, são os princípios que conferem **legitimidade** à solução estabelecida pelas regras. **Da diferença existente entre regras e princípios não decorre, como quer a teoria alexyana e suas variantes, a necessidade de que sua aplicação ocorra em separado.** E isso não é uma via de mão única, ou seja, se a regra não se aplica sozinha, também o princípio não cria normas jurídicas atuando isoladamente, tendo em vista que “unicamente possui força constitutiva ou valor construtivo em união com o conjunto do ordenamento reconhecido dentro do qual lhe incumbe uma função bem definida. Daí a questão da reconstrução institucional.”²⁸

No que diz respeito ao texto e seu significado, embora seja viável atribuir algo de semântico ao princípio, além de existir a possibilidade de correspondência com determinado dispositivo constitucional, isto é, o princípio, evidentemente, pode estar “positivado” na Constituição, a existência de um princípio não depende de previsões textuais expressas – **que é o caso da proibição de retrocesso social** – nem o seu âmbito de aplicação poderá ser determinado de antemão por meio de um conceito semântico, razão pela qual não se devem estabelecer definições cuja aplicação se fará por deduções.

Embora Dworkin tenha apresentado uma diferenciação lógica entre princípios e regras – que, certamente, como se viu, não implica o binômio ponderação e subsunção na forma da cisão estrutural lógica – apontando para

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 570. No mesmo sentido: OLI-VEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 205.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 572.

²⁶ MARIN, Jeferson Dytz. *Prisioneiros da Liberdade: crise da jurisdição e decisionismo em Alexy (no prelo)*. p. 172-173.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 567.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 582.

uma dimensão de peso dos princípios, bem como para a aplicação das regras na forma do **tudo-ou-nada**, mesmo a forma inicial de sua teoria interpretativa não comporta as conclusões que decorrem da cisão proposta por Alexy. Quando trata do conflito de regras, Dworkin aponta como critério de solução o fato de que “um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes”.²⁹ Na mesma linha, anota que as regras podem ser instituídas para harmonizar princípios colidentes quando diz que “na verdade, uma das minhas razões para estabelecer a distinção entre regras e princípios foi exatamente mostrar quão costumeiramente as regras representam uma espécie de compromisso – que toma essa forma – entre princípios concorrentes”.³⁰ A isso se soma a contribuição de Francisco Motta:

Vale adiantar que Dworkin não vê (e, diga-se, já não via no *Levando os Direitos a Sério*) uma relação de ‘oposição’ entre ‘regras’ e ‘princípios’; na verdade, para ele, o Direito só faz sentido quando entendido como unidade coerente, como ‘completeza’ ou ‘integridade’. Daí a necessidade de desenvolver uma justificativa que ‘enlace’ ambos os padrões de julgamento [...], de modo que os princípios devem tentar *justificar* as regras estabelecidas; para isso, é preciso identificar as preocupações e tradições morais da comunidade que efetivamente sustentam essas regras [...]. Noutras palavras, o operador do Direito precisa identificar, nos princípios, o ‘sentido’ das regras.³¹

Essa significação que os princípios conferem às regras e a legitimidade que garantem às interpretações estão intimamente vinculadas a um conceito pragmático ou problemático de princípio.³² Isso traz várias implicações. Afastam-se, inicialmente, os princípios epistemológicos e os princípios gerais de direito como tentativa matematizar a sua aplicação. De outro lado, impossibilita constatações no sentido da existência de um campo predeterminado de atuação por força de um conceito abstrato do princípio. Tendo em vista que o seu caráter pragmático, bem como as dimensões de peso, mostra-se evidente que o procedimento que visa a solucionar uma colisão entre somente dois princípios precisa dar lugar a uma prática interpretativa que consagre e respeite, ao mesmo tempo, todo o conjunto de princípios que determina o próprio conceito de direito dentro de um sistema jurídico. Essa concretude principiológica é que resgata o mundo prático³³ do Direito, que se via isolado na razão teórica positivista, e possibilita a sua aplicação coerente e antidiscricionária. Esse é o sentido de princípio como padrão, elaborado a partir de Dworkin, que aponta para a possibilidade de solução de casos difíceis de forma legítima.

3 O CONTEÚDO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E DE COMO A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE NÃO PODE RETROCEDER

Diante do que foi dito sobre o papel dos princípios, evidentemente este trabalho não irá tentar propor um conceito de proibição do retrocesso a partir do qual se possam fazer deduções. Isso porque, como se viu, princípios

²⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 43.

³⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 121.

³¹ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 76.

³² OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 49-64.

³³ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 223. Sobre o assunto, em outra passagem da mesma obra (p. 206), o autor demonstra a importância de compreender a forma pela qual o mundo prático se manifesta hermenêuticamente: “num exemplo que nos remete ao aprendizado de uma língua estrangeira: não aprendemos primeiro a gramática – forma teórica de manifestação da língua – para depois apreender seus usos e aplicações concretas, pelo contrário, muitas vezes ‘aplicamos’ regras gramaticais sem saber, conscientemente, que o estamos fazendo. Elas operam conosco de um modo subterrâneo porque nos movemos numa dimensão compartilhada que compreendemos no modo de uma racionalidade prática, que dispensa os procedimentos metodológicos próprios da apreensão teórica. *Nossa historicidade nos carrega*. Do mesmo modo, o direito não pode ser visto como uma ‘gramática da convivência’. [...] Quando nos colocamos numa posição em que pretendemos discutir teoricamente as questões jurídicas não podemos perder de vista esta dimensão prática na qual já estamos – existencialmente – inseridos. Quando falamos de princípios isso se torna ainda mais evidente porque é nesta dimensão prática que eles aparecem e são cultivados.”

não são categorias a serem utilizadas como premissas em raciocínios silogísticos.

O objetivo é atribuir ao princípio aquele “algo de semântico” acima mencionado, salientando-se que a sua definição não pode ser dissociada do caso concreto.

Por essa razão, inicia-se a tarefa a partir de precedentes do Supremo Tribunal Federal a fim de analisar os casos em que o princípio foi aplicado. Com isso, a intenção é definir um rumo para sua aplicação coerente.

O primeiro caso aqui abordado diz respeito ao RE 658.312/SC, que trata da recepção do art. 384 da Consolidação das Leis do Trabalho pela Constituição da República. O dispositivo consolidado prevê o intervalo de 15 minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária. Na fundamentação, destacou-se que “o princípio do não-retrocesso social, garantidor de que as conquistas no campo social não podem ser suprimidas, sob pena de inconstitucionalidade, estaria, também, a dar plena aplicabilidade ao art. 384 da CLT, relativamente às mulheres, mesmo depois de 05.10.88.” Diante disso, consagrou o STF a possibilidade de aplicação do princípio para tutela dos direitos trabalhistas, vendando a sua supressão.

Na fundamentação da decisão, foi adotada a lição de Canotilho, elaborada para o ordenamento português, onde a norma se consolidou antes de se aplicada no Brasil:

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas (‘lei da segurança social’, ‘lei do subsídio de desemprego’, ‘lei do serviço de saúde’) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura a simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.³⁴

O segundo julgado analisado é o Ag no RE nº 709.212/DF. Também tratando de direito do trabalho, a decisão, de grande repercussão social, declarou a inconstitucionalidade da prescrição trintenária prevista nos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Diante da radical alteração da posição do tribunal, por razões de segurança jurídica, o STF modulou os efeitos da decisão com base no art. 27 da Lei 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex nunc. Neste caso, a mudança de entendimento da Corte acarretou prejuízo ao direito dos trabalhadores, que contam com prazo mais reduzido para cobrança dos valores devidos a título de FGTS. A decisão não foi unânime, e constou do voto da Min. Rosa Weber que, malgrado nada impeça o STF de modificar sua jurisprudência, alguns temas estão protegidos pelo princípio que veda o retrocesso social, que deveria pautar a decisão do caso concreto.

A divergência foi rebatida pelo voto do Min. Luiz Fux, que, ancorado na lição de Canotilho, disse que somente se poderia falar em vedação ao retrocesso se não existissem mecanismos de compensação, que, no caso, foram concedidos pelo governo ao longo do tempo, de que são exemplos o seguro desemprego, o programa bolsa família e o minha casa e minha vida, nas palavras do Ministro. Prevaleceu a sua posição. Analisando a questão, pode-se agregar à justificação da declaração de inconstitucionalidade o argumento no sentido de que não se poderia aplicar o princípio contra o próprio texto da Constituição, que expressamente consagra um prazo prescricional não observado pelo legislador infraconstitucional. O princípio não poderia, portanto, orientar no sentido do afastamento da norma constitucional originária, mormente diante do fato de que o poder constituinte é juridicamente insubordinado.

O terceiro caso aqui exposto é o Ag.Rg. no Ag em RE nº 727.864/PR, que versa sobre o “custeio, pelo Estado, de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em benefício de pacientes do sus atendidos pelo SAMU nos casos de urgência e de inexistência de leitos na rede pública. Na fundamentação da decisão, foi citada jurisprudência do tribunal constitucional português que versava sobre a inconstitucionalidade de norma que revogou garantias já asseguradas em matéria de saúde pública, em decorrência da proibição do retrocesso social.

O quarto e quinto exemplos são abordados em conjunto, tendo em vista que dizem respeito ao mesmo tema.

³⁴ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 337-338.

A ADI nº 4.350/DF e o Ag em RE nº 704.520/SP tratam do exame da possível afronta que o art. 8º da Lei 11.482/07 representaria aos princípios da dignidade da pessoa humana e da proibição do retrocesso, ao reduzir o valor das indenizações devidas por danos pessoais cobertos pelo seguro obrigatório. O Supremo Tribunal Federal decidiu que o princípio não se aplicava à situação, haja vista que se cuidava do seguro DPVAT, e não de algum direito fundamental. No voto do Min. Gilmar Mendes, constou a lição de Holmes e Sustain, a fim de realçar o caráter custoso dos direitos sociais. Segundo os autores, “rights are familiarly described as inviolable, preemptory, and conclusive. But these are plainly rhetorical flourishes. Nothing that costs money can be an absolute”.³⁵ Considerou-se, na ação direta, a existência de mecanismos compensatórios na legislação infraconstitucional.

O sexto e o sétimo precedentes são sobre direito eleitoral. Na Ação Declaratória De Constitucionalidade nº 29/DF, entendeu-se que a “Lei da Ficha Limpa” (Lei Complementar nº 135/10) não implicava violação ao princípio constitucional da vedação de retrocesso, tendo em vista a ausência de pressuposto de sua aplicabilidade, consistente na “existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral”, citando-se, ainda, lição de Jorge Miranda sobre o requisito da “sedimentação na consciência social ou no sentimento jurídico coletivo”.³⁶

O último caso é a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.543/DF, em que se questionava a constitucionalidade do art. 5o. da Lei n. 12.034/09: impressão de voto. O Tribunal entendeu que o sigilo do voto é direito fundamental do cidadão, sendo que o voto impresso possibilitaria a vulneração da urna, razão pela qual, em sede liminar, foi deferida a medida cautelar. Justificou-se, embora seja “com maior frequência adotado no âmbito dos direitos sociais pode-se ter como também aplicável aos direitos políticos, como é o direito de ter o cidadão invulnerado o segredo do seu voto, que ficaria comprometido pela norma questionada.”

Os julgados analisados permitem compreender o sentido que a proibição de retrocesso alcança na mais alta Corte do país. Ainda assim, mostra-se indispensável agregar o que a doutrina ensina acerca do princípio. Diante da compatibilidade com a visão de princípio aqui defendida, cita-se a lição de Lenio Streck:

[...] normalmente, é invocável, num nível sofisticado de análise constitucional, o **princípio da proibição de retrocesso social**. Ora, não está explícito na Constituição que conquistas sociais não possam ser retiradas; mas a tradição que se forjou no Estado Democrático de Direito aponta para um novo tipo de direito que *deve resgatar as promessas incumpridas da modernidade*. Reconstruindo-se a história institucional dos direitos sociais, chegaremos à tese das dimensões (para além das gerações, como bem acentua Ingo Sarlet), deparando com as decisões do Tribunal Constitucional Alemão e do Tribunal Constitucional de Portugal (em especial o AC 39/84), onde se estabelece, principiologicamente, esta vedação de retrocesso social. Como resultado, a regra (texto normativo) que provocou prejuízo a um conjunto de pessoas passa a ter – a partir da situação concreta – seu sentido definido por essa reconstrução institucional. Mas, veja-se, a proibição de retrocesso social – que pode solucionar o caso sob análise – não é um ‘conceito fechado’ ou ‘categoria da qual se possa deduzir aplicações de regras jurídicas’. Não é uma super ou metarregra. E isso é assim pela simples razão de que não é todo e qualquer retrocesso que será vedado; aliás, talvez por isso todos os princípios devam ser lidos desse modo: ‘em princípio, tal regra deve ser lida, logo, aplicada, desse modo, dependendo da situação concreta’. Sem a situação concreta, o princípios carece de normatividade.³⁷

Estabelecido aquele “algo de semântico” que se buscava, verifica-se que o princípio também se compatibiliza com o novo modelo de teoria do direito que se quer construir, haja vista que põe os olhos dos detentores do poder e dos profissionais do Direito no futuro, desamarrando-se da teoria das fontes sociais preconizada pelo positivismo. Se antes o direito vinha a reboque dos fatos, hoje assume caráter de transformação social.

Um texto jurídico necessariamente não ‘corre atrás da facticidade’. No âmbito da Constituição, um preceito fundamental aponta para o futuro, superando aquela característica tão cara ao positivismo: a ideia das fontes sociais.³⁸

³⁵ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999. p. 97.

³⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*: tomo IV, direitos fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 399.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 573-574.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 584.

O direito deve apontar para o futuro, razão pela qual um eventual passo atrás não poderá ser dado sem que seja acompanhado da devida justificativa histórica aliada aos mecanismos de compensação.

À luz das considerações sobre o conceito de princípio e a proibição de retrocesso social, cabe agora direcionar o estudo para o enfoque específico deste trabalho, que é a função social e ambiental da propriedade.

Em primeiro lugar, não se pode deixar de mencionar a jusfundamentalidade formal e material que o direito à propriedade assume no ordenamento constitucional brasileiro, por força do art. 5º, XXII. Logo em seguida, exige o constituinte que a propriedade atenda à sua função social, limitando, expressamente, eventual caráter absoluto que pudesse ser sustentado pelo titular do direito.

A menção ao caráter social da propriedade vem sendo reformulada doutrinariamente, tendo em vista a relevância que a tutela do meio ambiente ganha no cenário jurídico pátrio. Pouco se discute, nesse sentido, sobre a norma consagrada no art. 225 da CF ser ou não um direito fundamental. Encara-se a fundamentalidade material do direito ao equilíbrio ecológico ambiental como um verdadeiro truísmo.³⁹ Além disso, a proporção que a proteção ambiental ganha implica até mesmo uma reformulação do conceito de Estado. Se antes se entendia suficiente a referência ao Estado de Direito, exige-se hodiernamente que o Estado de Direito assumira um perfil Socioambiental e Democrático. Veja-se:

No Brasil, a partir da década de 1980, especialmente com o fim do regime militar em 1984, os movimentos sociais e os movimentos ambientalistas lograram pacificar suas relações entendendo que as necessidades e as aspirações de desenvolvimento de extensas camadas da população e a consequente preservação ambiental ou a recuperação de áreas degradadas tinham um objetivo comum: a sustentação da vida. Com a promulgação da Constituição de 1988, alcançaram esses movimentos – agora socioambientais – o ponto de unificação com o reconhecimento que os direitos humanos e os fundamentais de todas as dimensões e funções, abarcando, portanto, os assim designados direitos civis e políticos e os direitos sociais econômicos, culturais e ambientais, exigem e conforma, para sua adequada proteção e promoção, um novo modelo de Estado, qual seja, o de um Estado Socioambiental e Democrático de Direito.⁴⁰

É um corolário dessa postura que também da conformação jurídica do direito de propriedade se exija a submissão aos ditames da tutela ambiental. Por isso, a garantia fundamental prevista no art. 5º, XXIII passa a ser lida como função socioambiental da propriedade. Nessa linha, Eduardo Lumertz define de forma adequada a conformação jurídica da função socioambiental:

Percebe-se, assim, ter sido acrescido, propositalmente, ao preceito jurídico que garante o exercício da relação de propriedade (art. 5º, inciso XXII, da CF/88), a determinação jurídica de uma obrigação de fazer (atendimento da função social) – de maneira que a forma como o proprietário se apropria do objeto e os resultados de sua apropriação devem visar ao bem-estar da coletividade. Além disso, estabeleceu-se que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (art. 182, § 2º), além do que a propriedade rural igualmente a cumprirá quando observar, dentre outros requisitos, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente (art. 186, inciso III). Como se não bastasse, a carta constitucional garantiu, em seu art. 225, caput, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, definindo-o como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo, ao Poder Público e à coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. E tamanha foi a reformulação instituída pela Constituição no conceito de propriedade que o novel Código Civil tratou de estabelecer, no § 1º do seu art. 1.228, que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas – inovando, assim, ao positivar, de modo expresso (diferentemente do legislador civil do início do século passado), a preocupação com a temática socioambiental que, necessariamente, envolve, hoje, o instituto em voga.⁴¹

³⁹ CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2078.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Pontifícia Universidade Católica Do Rio Grande Do Sul; Brasil; Projeto Pensando O Direito. *As resoluções do CONAMA no âmbito do estado socioambiental brasileiro*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2009. p. 15.

⁴¹ LUMERTZ, Eduardo Só dos Santos. A Transmissibilidade do Dever de Reparar o Dano Ambiental Pretérito

^{sob} a Ótica da Função Socioambiental da Propriedade. In: *Temas de Responsabilidade Civil Ambiental: a função socioambiental da propriedade sob a égide da sustentabilidade*. ISERHARD, Antônio Maria Rodrigues de Freitas (Org.). Caxias do Sul, RS: Educs, 2013. p. 11.

Sendo esse o sentido da função socioambiental da propriedade, que assume, por isso, evidente caráter transindividual ou difuso, impõe-se o reconhecimento de que as conquistas legislativas e as ações concretas efetivadas por meio de políticas públicas não podem ser simplesmente retiradas da sociedade ou suprimidas do ordenamento jurídico, pois eventuais alterações jurídicas e institucionais deverão ser vistas a partir das lentes do princípio da proibição de retrocesso social. Nesse sentido, Molinaro aponta se soma à gradatividade com a concretização dos direitos sociais ocorrem a imediatividade de aplicação do referido princípio, que “atraem o princípio da proibição de retrocesso, o que implica no ‘congelamento’ das conquistas sociais consolidadas (inclusive as legislativas), ademais da vedação da diminuição dos níveis já alcançados de proteção destas conquistas.”⁴² Toda norma sobre a função socioambiental da propriedade deve ser lida, em princípio, à luz da proibição de retrocesso.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise realizada, pode-se constatar que a proibição de retrocesso social está consolidada como princípio constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal, bem como na literatura jurídica pátria. O sentido que o princípio assume não deve submetê-lo a ponderações na forma proposta pela teoria da argumentação jurídica. Deve-se, de outra parte, reconhecer a sua normatividade e o padrão que obrigatoriamente deve dar sentido às regras jurídicas.

Também a garantia da função socioambiental da propriedade precisa ficar protegida de alterações lesivas às conquistas sociais da democracia. Assim, toda e qualquer diminuição ou reformulação das funções social e ambiental que a propriedade deve satisfazer estará vedada, ao menos *em princípio*, observando-se as demais características delineadas pelo STF para a aplicação coerente do princípio, isto é, a existência de mecanismos de compensação e a justificativa concreta para a mudança promovida no âmbito legislativo, administrativo e até mesmo judicial.

640

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BADIN, Arthur Sanchez. **Controle Judicial das Políticas Públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

⁴² MOLINARO, Carlos Alberto. Direito à Cidade e o Princípio de Proibição de Retrocesso. *Direitos fundamentais & Justiça*, v. 01, p. 161-179, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo dos Juízes:** a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights:** why liberty depends on taxes. New York: Norton & Co., 1999.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial:** dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LUMERTZ, Eduardo Só dos Santos. A Transmissibilidade do Dever de Reparar o Dano Ambiental Pretérito sob a Ótica da Função Socioambiental da Propriedade. *In:* ISERHARD, Antônio Maria Rodrigues de Freitas (org.). **Temas de Responsabilidade Civil Ambiental:** a função socioambiental da propriedade sob a égide da sustentabilidade. Caxias do Sul: Educs, 2013.

MARIN, Jeferson Dytz. **Prisioneiros da Liberdade:** crise da jurisdição e decisionismo em Alexy. Curitiba: Juruá, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional:** tomo IV, direitos fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MOLINARO, Carlos Alberto. Direito à Cidade e o Princípio de Proibição de Retrocesso. **Direitos fundamentais & Justiça**, v. 01, p. 161-179, 2010.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério:** uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio:** a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Brasil; Projeto Pensando O Direito. **As resoluções do CONAMA no âmbito do estado socioambiental brasileiro.** Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.