

Le principe de non-régression et la fonction socio-environnementale de la propriété

The non-retrogression principle and the socio and environmental function of property

O princípio da proibição do retrocesso e a função socioambiental da propriedade

Grace Ladeira Garbaccio ¹

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, IDP/Brasil
glgarbaccio@hotmail.com

Julien Prieur ²

Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne/França
julien.prieur72@gmail.com

Nelson Gularte Ramos Neto ³

Universidade de Caxias do Sul/Brasil
nelson-neto@pge.rs.gov.br

Jeferson Dytz Marin ⁴

Universidade de Caxias do Sul/Brasil
jdmartin@ucs.br

Resumé

La pratique juridique sur la scène nationale reconnaît que les réalisations sociales doivent garantir la non-régression. Il est entendu que l'interdiction

¹ Professora do Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional e do Mestrado Profissional em Administração Pública do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa /IDP. Doutora e Mestre em Direito pela Université de Limoges/France. Módulo 49, St. de Grandes Áreas Sul 607, Asa Sul, Brasília - DF, 70200-670, Brasil.

² Professor da Université Paris-1 e Paris-13. Professor da Université Catholique de Madagascar e do Institut d'Études Politiques Madagascar/IEP. Doutor e Mestre em Direito pela Université de Limoges/France. 30, Rue Desgranges, 93.100, Montreuil – Paris/França.

³ Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul/UCS. Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Campus Sede, R. Francisco Getúlio Vargas, 1130, Petrópolis, Caxias do Sul - RS, 95070-560, Brasil.

⁴ Professor e Coordenador do Mestrado em Direito na Universidade de Caxias do Sul/UCS. Campus Sede, R. Francisco Getúlio Vargas, 1130 - Petrópolis, Caxias do Sul - RS, 95070-560, Brasil.

susmentionnée revêt le caractère d'un principe constitutionnel. La définition des principes juridiques est, en ce sens, essentielle à sa bonne application. Dans le cadre de l'État de droit socio-environnemental et démocratique, nous cherchons à comprendre le sens que le principe génère en ce qui concerne la protection de la fonction socio-environnementale de la propriété. À travers une synthèse scientifique, cet article utilise la méthode déductive avec une contribution à l'étude du droit brésilien pour soutenir à travers ses fondements l'hypothèse principale défendue d'appliquer un principe qui interdit le cautionnement des garanties dans le cas de la fonction socio-environnementale du bien.

Mots-clés : concept de principe; fonction socio-environnementale de la propriété; pincipe de non régression.

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 of a constitutional principle. The definition of legal principles is essential to its proper application. Under the Environmental and democratic state of law, we seek to understand the meaning that the principle wins regarding the protection of social and environmental function of property. Through bibliographic review and judicial decisions, this article uses the deductive method with contribution to the study of Brazilian law to demonstrate several theoretical, legal and jurisprudential foundations that support the main hypothesis defended of applying a principle that prohibits the backing of guarantees in the case the socio-environmental function of the property.

Keywords : concept of principle; social and environmental function of property; non-retrogression principle.

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. Através da revisão bibliográfica e de decisões judiciais, este artigo utiliza o método dedutivo com aporte no estudo do direito brasileiro para demonstrar diversos fundamentos teóricos, legais e jurisprudenciais que amparam a hipótese principal defendida de aplicação de um princípio que proíbe o retrocesso de garantias no caso da função socioambiental da propriedade.

Palavras-chave : conceito de princípio; função socioambiental da propriedade; princípio da proibição do retrocesso.

Introduction

L'objectif de cet article est d'identifier le sens minimum que la fonction socio-environnementale de la propriété doit avoir pour la communauté juridique. A cet effet nous nous appuyerons sur le droit constitutionnel et les dispositions législatives qui en consacrent l'application. Le droit fondamental à la propriété qui remplit sa fonction socio-environnementale prend un caractère méta-individuel qui transcende la sphère des droits de première génération. Le fait d'imposer des devoirs au propriétaire afin de mettre ses intérêts en phase avec ceux de l'ensemble de la société se révèle être une garantie fondamentale, un minimum nécessaire. C'est pourquoi cette évolution est soumise aux limites de la réforme du texte constitutionnel, aux termes de l'art. 60, §4, de la Constitution de la République du Brésil.

La fonction socio-environnementale trouve de meilleures définitions dans toute la Constitution et la législation ordinaires, de sorte que les devoirs du propriétaire sont mieux explicités et légitimes.

Au regard de ces normes, on cherche à établir, sur la base d'un principe de caractère normatif, sa légitimité. Cette dernière est élaborée avec l'appui d'une théorie de décision post-positiviste, et souligne l'existence d'une limitation que la loi doit (devrait) promouvoir constamment autour des réalisations sociales. C'est dans ce contexte juridique, renforcé par la doctrine et la jurisprudence que le principe de non-régression est analysé. Il convient à cet égard de citer Michel Prieur :

On utilisera la formulation de "principe de non-régression", pour montrer que ce n'est pas une simple clause, mais un véritable principe général découlant du droit de l'homme à l'environnement. En même temps qu'un principe, c'est aussi l'expression d'un devoir de non-régression qui s'impose aux pouvoirs publics. En utilisant "non-régression" à propos de l'environnement, on veut signifier qu'il y a des degrés dans la protection de l'environnement et que les progrès de la législation consistent à "progressivement" assurer une protection la plus élevée possible de l'environnement dans l'intérêt collectif de l'humanité, de la même façon qu'il y a une "progression" des droits de l'homme." (PRIEUR, 2015, p. 133)

Pour finir, nous voulons interroger l'émergence de cette nouvelle norme à travers l'avenir du droit avec un regard tourné vers l'avenir. Il convient en effet de contribuer à la construction d'une théorie constitutionnelle qui favorise une réalisation progressive de ces nouvelles normes, en plus d'une protection sur les avancées réalisées.

L'émergence du principe de non-régression

La discussion sur l'émergence de ce concept visant à créer le principe a traversé le siècle précédent sans parvenir à un consensus. A défaut, ce qui est observé, ce sont des tendances plutôt diamétralement opposées. Notre analyse vise d'abord à appréhender les bases de la position majoritaire qui remplit l'imaginaire juridique national. Cette dernière fait néanmoins

l'objet de critiques. Puis nous présenterons l'alternative, considérée comme appropriée, à des fins véritablement post-positivistes. Il serait peu utile d'établir les fondements qui permettent la compréhension du principe de non-régression si son application dépend d'un modèle théorique inadéquat. C'est la raison pour laquelle la délimitation de son périmètre est aussi pertinente que le principe lui-même.

Il est également important de préciser le contexte du discours. La théorie de la décision construite tout au long de ce travail s'appuie sur la loi comme élément d'intégrité de Ronald Dworkin et sur la critique herméneutique du droit. La forme de cette dernière est proposée par Lenio Luiz Streck, et il convient de garder à l'esprit que le jusphilosophe nord-américain et le juriste brésilien cherchent à consolider un modèle de décision judiciaire post-positiviste et anti-discrétionnaire. C'est donc à partir de ces auteurs que le principe est présenté ici.

L'essentiel de la doctrine du pays sur la définition et l'application du principe part de l'hypothèse qu'il existe une division structurelle entre la règle et le principe⁵, celle-ci étant représentative de la pondération binomiale et de sa subsumption.

Il y a une raison qui renforce l'émergence de ce principe qui apparaît de plus en plus clairement au fur et à mesure de l'analyse des propositions antagonistes. La question de la portée d'un principe juridique prend un air de rupture paradigmatique. En effet, le positivisme maintenait l'existence d'un système formé de règles, sans lequel ou en l'absence ou l'indétermination des significations, le juge pouvait décider de manière discrétionnaire. (Dworkin, 2010, p. 55) Ainsi, la construction d'une nouvelle théorie de la norme, qui consacre le rôle des principes dans le système juridique, constitue une condition *sine qua non* pour l'émergence d'un modèle théorique détaché des liens positivistes.

La doctrine et la jurisprudence prévalant, la thèse idéalisée par Robert Alexy, selon laquelle les principes sont structurellement différents des règles, et les cas difficiles, dans lesquels différents principes qui aboutissent à des solutions différentes sont en concurrence, sont résolus par l'utilisation de la pondération c'est-à-dire que ce sont des problèmes qui ne trouvent pas de réponse unique dictée par une règle appliquée sous la forme du « tout ou rien »⁶, notamment parce qu'il existe des arguments forts traités comme des principes qui conduisent à des solutions antagonistes. Ainsi, pour les auteurs qui approuvent les théories de la matrice alexyana, les principes apparaissent comme un moyen de résoudre des problèmes que les règles ne traitent pas spécifiquement.

Considérés comme une optimisation justifiant les principes (selon la théorie des droits fondamentaux de Robert Alexy⁷), ils sont appliqués en utilisant la maxime de

⁵ « Manter uma diferença conceitual entre princípio e regra reforça o mote positivista. » Marin (prelo, p. 169-172.

⁶ La référence à l'application de la règle du tout ou rien est faite par Dworkin dans *Taking Rights Seriously*. Remarquons tout de même que l'affirmation n'implique pas le clivage structurel soutenu par la théorie de l'argumentation juridique, étant donné que l'auteur américain propose clairement un rapport entre règles et principes incompatible avec le clivage désormais critiqué, qui fera l'objet d'analyse plus tard. Désormais, il faut préciser que l'option méthodologique de la pondération n'est pas une conséquence naturelle du constat que fait Dworkin en ce sens que les principes ont une dimension pesante. À cet égard, l'avertissement est à noter : « 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, 2008, p. 200)

⁷ « 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

proportionnalité. Sachant que ces principes conduisent à des solutions différentes, il est proposé qu'une collision entre des principes de la même hiérarchie (ou qui sont dans une relation de préséance conditionnée) soit traitée différemment du conflit de règles. Il s'agirait alors d'ordonnances définitives. La contradiction dans l'activité de subsomption est résolue soit en introduisant une clause d'exception⁸, soit en utilisant trois critères : ceux de chronologie, de spécialité et de hiérarchie. (Alexy, 2014, p. 92-93) D'un autre côté, les principes mis en conflit ont besoin d'une autre réponse. En ce sens, la proportionnalité est utilisée, sur la base des critères d'adéquation, d'honorabilité⁹, de besoin et de pondération, voire de proportionnalité au sens strict. (Alexy, 2014, p. 116-117) Les sous-principes de proportionnalité exigent, dans l'ordre présenté ci-dessus, qu'une restriction d'un principe soit suffisante pour la satisfaction d'un autre, c'est-à-dire que « la mesure à prendre doit effectivement contribuer à atteindre l'objectif recherché ». Il est également nécessaire d'améliorer une position qui fasse consensus c'est-à-dire qui génère le moins d'inconvénients pour les autres. Il est également nécessaire que la contrainte réduise le moins possible le sens du principe rejeté, c'est-à-dire que le choix « parmi les moyens disponibles face à la situation, (...) doit porter sur celui qui a le moins de caractère interventionnel, c'est-à-dire le plus complaisant, le plus retenu ». Enfin, la satisfaction du principe en vigueur doit justifier la limitation imposée au principe non appliqué. Ainsi, pour paraphraser l'auteur : « bref, les moyens doivent être proportionnés et rechercher, dans la mesure juste et adéquate, la solution. »¹⁰

De cette façon, les trois premières maximes partielles tiennent compte des hypothèses factuelles, tandis que la pondération porte sur la faisabilité juridique de l'interprétation, c'est-à-dire le degré de non-respect d'un principe et sa relation directement proportionnelle au niveau d'importance de la satisfaction d'un autre principe, dans la perspective d'atteindre une échelle de sévérité des restrictions. (Motta, 2012, p. 149)

Si elle est bien analysée, la pondération, selon les lignes proposées par Alexy (qui, comme le montrent les décisions analysées dans le premier chapitre, propose une solution avec une base extrêmement solide par rapport à celle qui se produit dans les cas où elle a lieu) prend alors l'air d'une déclaration performative¹¹. Elle porte en elle la discrétion de l'interprète,

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, 2014, p. 588)

⁸ « Alexy reconhece o método subsuntivo 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 (prelo, p. 168).

⁹ La référence à l'adéquation n'apparaît pas dans beaucoup d'ouvrages qui traitent de principes basés sur le modèle proposé par Alexy. Cela est dû au fait que ce troisième sous-principe a été ajouté plus tard, comme on le voit dans un texte qui intègre l'ouvrage publié au Brésil sous le titre *Constitutionalisme discursif*. À propos du sous-principe, Jeferson Marin note : « 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, prelo, p. 170)

¹⁰ Les détails saillants qui expliquent les sous-principes se trouvent dans Marin (prelo, p. 169-170).

¹¹ Voir Streck (2013, p. 51-52): « 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

révélant le maintien de la caractéristique positiviste qui empêche le dépassement paradigmatique imbriqué à la construction d'une théorie de la décision à travers laquelle le contrôle herméneutique des décisions est rendu possible.

Conformément à ce qui a été dit précédemment, la discrétion peut être identifiée à différents « moments » du travail. Dans un premier temps, on s'interroge volontiers sur la pertinence des conflits entre principes puis quant à la proportionnalité à appliquer pour résoudre le dilemme à résoudre. Ensuite, l'interprète a toute latitude pour réfléchir en connaissance de cause. À ce stade, on peut mentionner la déclaration de Robert Alexy (2014, p. 611) :

Les droits fondamentaux ne sont pas un objet qui peut être divisé de manière si raffinée qu'il exclut les impasses structurelles - c'est-à-dire les vraies impasses dans la mise en balance - afin de les rendre pratiquement sans importance. Dans ce cas, il y a donc en fait un pouvoir discrétionnaire de peser, un pouvoir discrétionnaire structurel du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire.

Ainsi, si la thèse d'Alexy au Brésil est parfois critiquée afin de justifier la « frénésie de principes » (Badin, 2013, p. 82-85)¹² observée, il convient de réfuter l'argument selon lequel l'application du principe est inadéquate. Ce qui est vérifié, en fait, c'est que, parfois, le raisonnement des décisions amène à un raccourci vers la méthode développée par Alexy. Et quand bien même le test de proportionnalité est minutieusement élaboré, la discrétion fait partie du « processus d'interprétation », on l'a dit. A ce stade, il est opportun de retranscrire les propos d'Eros Roberto Grau (2014, p. 116-117) :

Dès lors, la mise en balance des principes implique l'exercice, par le juge, d'une double discrétion : (i) dans un premier temps, lorsqu'il crée une hiérarchie axiologique entre les principes en question ; (ii) à un moment ultérieur, lorsque le même juge modifie la valeur comparative de ces mêmes principes à la lumière d'une autre controverse à résoudre. [...] Cependant, comme il n'y a pas de règle dans le système juridique pour les guider quant à savoir lequel des principes, dans le conflit entre eux, devrait être privilégié, cette technique est pratiquée en dehors du système, subjectivement, discrétionnaire, dangereusement.

Il n'est donc pas surprenant d'affirmer que la nécessité pour l'interprète de choisir le principe qui prévaudra soit quelque chose de naturel et s'imposera à la théorie de la décision élaborée à partir de celle d'Alexy. Il est symptomatique de relever l'embarras théorique dans lequel certains auteurs qui se disent post-positivistes appréhendent la position de Luís Roberto Barroso. En effet, l'auteur, dans la postface de sa réflexion sur l'interprétation et l'application de la Constitution, document dans lequel il s'occupe du post-positivisme et de la « nouvelle » interprétation constitutionnelle, affirme :

se transformou em autêntica 'pedra filosofal da hermenêutica' a partir desse caráter performativo. [...] a interpretação não pode depender dessa 'loteria' de caráter finalístico[...].»

¹² A la page 83, l'auteur dit que la théorie des principes d'Alexy ne soutient pas l'idée qu'il existe une seule réponse correcte ou légitime dans l'interprétation du texte constitutionnel.

La dogmatique juridique moderne a déjà dépassé l'idée que les lois peuvent, toujours et toujours, avoir un seul sens, produisant une solution unique qui convient à chaque cas. L'objectivité possible de la loi réside dans l'ensemble des possibilités interprétatives qu'offre le rapport de la norme. De telles possibilités d'interprétation peuvent résulter, par exemple, (i) de la discrétion attribuée par la norme à l'interprète, (ii) de la pluralité des significations des mots ou (iii) de l'existence de normes opposées, nécessitant la mise en balance des intérêts en fonction du cas spécifique. D'où l'inéluctable prise de conscience que l'application du droit n'est pas seulement un acte de connaissance - révélation du sens d'une règle préexistante - mais aussi un acte de volonté - choix d'une possibilité parmi les différentes présentées. Le droit constitutionnel définit le cadre dans lequel l'interprète exercera sa créativité et son sens de la justice, sans toutefois lui accorder un mandat de volontarisme aux nuances diverses. En fait, la Constitution établit un ensemble de règles qui devraient guider votre choix entre les alternatives possibles : principes, objectifs publics, programmes d'action. (Barroso, 2009, p. 311-312)

Ensuite, Barroso cite Hans Kelsen pour défendre l'argument selon lequel la décision est un acte de volonté qui permet à l'interprète de choisir l'une des possibilités qui lui sont présentées. Sans crainte de vanter ici l'évidence, Barroso recourt au *corifeu* du positivisme normativiste pour étayer sa proposition post-positiviste, qui se révèle anachronique au départ. À moins que la théorie pure du droit ne soit considérée comme une dogmatique juridique moderne, ou qu'il soit nécessaire d'avoir le rôle d'un magistrat solipsiste qui consacre son sens personnel de la justice, même si dans ce « cadre »¹³, ses conclusions ne peuvent prévaloir.

L'univocité du sens du texte juridique est la marque d'un exégétisme vaincu depuis longtemps. Cependant, la prise de conscience que plusieurs réponses peuvent être entrevues, soit en raison des différents sens que revêt le texte, soit en raison de l'incertitude concernant le principe ou la règle applicable, n'implique pas que la loi puisse admettre plusieurs réponses, ni que l'interprète puisse en tenir compte. Cela revient à dire que les réponses multiples ne peuvent être admises qu'en théorie, c'est-à-dire avant d'affronter le cas concret dans lequel la bonne réponse sera obtenue à partir de la théorie interprétative non discrétionnaire. Personne ne doute que l'on puisse dire beaucoup de choses différentes sur un texte, ce qui conduit à l'existence de règles différentes construites à partir de la même disposition légale ou constitutionnelle. La tâche de la théorie de la décision consiste à donner précisément le sens de l'interprétation (sans que cela n'implique une quelconque autre compréhension) notamment pour les situations complexes. Compte tenu de ces possibilités posées au juge notamment, l'avertissement de Lenio Streck (2013, p. 85) doit être mentionné : [...] cette « découverte » ne peut pas impliquer un empire de décisions solipsistes, dont les attitudes caudatoires de la jurisprudence des valeurs (qui a été par erreur « importée » d'Allemagne), les différents axiologismes, le réalisme juridique (qui n'est rien d'autre que du « positivisme factuel »), la pondération des valeurs (selon laquelle le juge choisit littéralement l'un des principes qu'il choisit *prima facie*) etc.

¹³ Le terme utilisé en allemand est *bild*, ce qui peut aussi signifier image, portrait ou idée. Voir Streck (2014, p. 35).

Toujours selon Streck (2014, p. 241-243), il faut considérer, étant donné la possibilité donnée à l'interprète de choisir le principe applicable, qui est, dans une large mesure, la détermination du contenu du principe en fonction de la volonté du sujet et à partir d'une méthode externe qui cache le raisonnement, elle n'est rien d'autre qu'un sauvetage de la discrétion positiviste déguisée en rationalité argumentative.

En plus de décrire en détail l'impossibilité de résoudre le problème de l'indétermination du droit en investissant dans le sujet ou dans la formule, Francisco Motta attire l'attention sur un autre problème facilement repérable dans le système juridique brésilien, qui concerne le manque de hiérarchie entre les principes soumis à pondération. Conformément à ce qu'on a déjà affirmé, l'adéquation et la nécessité de prendre en compte les « possibilités factuelles » d'application des principes est importante, alors que la pondération ou la proportionnalité au sens strict fait référence au maximum légal partiel minimum. Compte tenu de la nécessité de s'appuyer sur un principe prédominant, l'application de la théorie dans le scénario brésilien ne dispense pas de la création, par l'interprète, d'une relation de préférence ou de précédence qui, il convient de le mentionner, n'existe pas dans le système constitutionnel national. Il est important de noter à cet égard comment la subjectivité de l'interprète reste présente dans le développement de la méthode alexienne :

Ainsi, dans l'œuvre du philosophe allemand, les principes « iraient à la recherche du point culminant », leur prévalence étant résolue par une question « d'importance » (l'un préfère l'autre); mais la question qui reste silencieuse est: cette hiérarchie de principes est orientée vers quelles fins? Or, la loi (produite démocratiquement) ne peut être réduite à une « recherche de la réalisation des valeurs » ; et, précisément pour cette raison, depuis une lecture déontologique (comme celle que nous avons approuvée), un principe ne peut pas être préféré à un autre, 'mais seulement appliqué ou non'. (Motta, 2012, p. 157)

Pour ces raisons, le caractère non absolu des principes donne lieu à la fixation de préférences qui sont déterminées par des valeurs, déterminées elles-mêmes par la subjectivité de l'interprétation. (Luiz, 2013, p. 151) À cela s'ajoute la dimension juridico-objective des droits fondamentaux, qui leur attribue également le caractère principiologique d'un mandat d'optimisation. Ce dernier étant compris comme un ordre de valeurs qui fait partie de la Constitution, si on retient la thèse d'Alexy comme étant l'interpénétration du pouvoir discrétionnaire dans tout le système constitutionnel des droits fondamentaux. Ceux-ci signifieront donc ce que veut bien transmettre l'interprète. En plus de ne pas résoudre le problème de l'interprétation discrétionnaire, la considération « le prend de manière encore plus dangereuse, car il légitime le pouvoir discrétionnaire du juge de sa validation par la procédure ». (Oliveira, 2008, p. 222) Ce qui rend évident l'insuffisance de la proposition pour faire face aux exigences du post-positivisme juridique.

La thèse selon laquelle les principes sont envoyés à l'optimisation pour être appliqués comme une réserve de sens en l'absence de règles, basée sur une procédure qui dépend de la discrétion, révèle l'insuffisance de la théorie pour représenter un dépassement paradigmatique efficace. Il est donc important d'adopter un modèle différent.

Initialement, Ronald Dworkin (2010, p. 36) a présenté son concept de principe comme « une norme qui doit être respectée, non pas parce qu'elle favorisera ou assurera une situation économique, politique ou sociale jugée souhaitable, mais parce qu'il s'agit d'une demande de justice ou d'équité ou d'une autre dimension de la moralité. » Il convient de mentionner que la définition vise à souligner les caractéristiques essentielles de ses apports. L'obligation de respecter une norme de conduite, au sens large, met en évidence le caractère normatif des principes, c'est-à-dire des principes obligatoires, non séparés des règles, et qui constitue une sorte de comportement d'ordre public jugé essentiel pour la communauté.

La distinction fondamentale que la doctrine présente entre principes et règles peut revêtir plusieurs caractéristiques¹⁴. Toutes ne font en réalité que masquer la véritable différence entre les espèces normatives et, pour cette raison, empêchent la consolidation d'une pratique décisionnelle qui, si elle est comprise comme une condition nécessaire à l'art de décider, a clarifié de manière définitive la relation entre règle et principe. Dans cette tâche, le concept de principe est construit, ce qui est compris comme adéquat au constitutionnalisme contemporain.

En plus du critère logique déjà analysé, qui traite de la forme d'application (pondération qui traduit la subsomption), il existe également au moins deux critiques aux contours spécifiques. La distinction formelle-énonciative concerne le texte qui consacre une règle ou un principe. D'abord l'irrecevabilité de cette proposition réside dans le fait que, selon ses défenseurs, les principes sont en principe ouverts, tandis que les règles sont énoncées de manière fermée. Ce qui se passe, finalement, est le contraire. Notamment parce que la revendication universalisante de la règle est qu'elle représente une ouverture ou une porosité, qui est importante ou non en fonction du sens donné par le principe, c'est-à-dire en indiquant la bonne réponse, le principe clôt alors l'interprétation. (Streck, 2014, p. 570 ; aussi Oliveira, 2008, p. 205)

Ensuite, il y a aussi la distinction du contenu matériel, selon laquelle les principes abritent les valeurs d'une communauté, et les règles traitent d'autres déterminations de conduite présentes dans le système juridique, voire les implications découlant de l'admission de la scission structurelle. Celles-ci sont rejetées ici par cet auteur :

La distinction structurelle (division) entre les règles et les principes - de l'une des manières que j'ai décrites ci-dessus - réduit l'importance des principes, supprimant leur caractère de transcendance. Pour être plus clair : pour qu'un principe ait une fonction (ou importance) en plus de ce qu'il représentait dans le positivisme, il faut aller au-delà de la discussion purement sémantique. Un principe n'est pas un principe face à son énoncé, ou comme résultat d'une relation logique-applicative, mais, face à ce qu'il énonce. (Streck, 2014, p. 572)

¹⁴ Humberto Ávila (2015, p. 61-87) Il présente une autre classification des critères permettant de distinguer les règles des principes qui peuvent cependant être rapprochés de ceux exposés dans cet ouvrage. Pour l'auteur, donc, le premier critère est le caractère hypothétique-conditionnel, à partir duquel la règle prédétermine la décision, tandis que le principe rappelle un fondement ; par le critère du mode d'application final, les principes s'appliquent à des degrés divers, tandis que les règles s'appliquent de manière absolue ; enfin, le critère de conflit normatif prévoit la distinction déjà discutée entre l'application par pondération ou à partir d'éléments qui éliminent le conflit de règles.

Les principes ne sont donc pas des normes de réserve, qui gagnent de la place dans l'insuffisance des règles. On ne peut pas simplement les laisser de côté dans l'application d'une règle, car ils déterminent sa signification. Ainsi, la norme sera le produit de l'interprétation du texte juridique, qui prend en compte, de manière indispensable, les règles et principes. À ce stade, il est possible de voir une contradiction inévitable qui découle des théories élaborées à partir de la thèse d'Alexy, étant donné que, d'une part, elles mettent en évidence la pertinence des principes et des « valeurs » qu'elles consacrent, mais, d'autre part, elles finissent par conférer le caractère subsidiaire à la résolution des affaires. En outre, il est nécessaire de souligner à tout moment que les principes n'expriment pas des valeurs à découvrir et à réaliser directement par les juges. La dissemblance existante, non pas procédurale, mais ontologique, contribue, si elle est bien comprise, à ce que les principes ne soient pas détachés des règles, confortant par ailleurs leur application (Marin, *prelo*, p. 172-173). Pour cette raison, selon Streck (2014, p. 567), pour qu'un principe soit obligatoire, il ne peut pas être détaché de la démocratie, qui est basée sur des déclarations conçues comme des règles. En ce sens, si les règles déterminent l'issue de l'affaire, ce sont les principes qui légitiment la solution établie par les règles. De la différence entre les règles et les principes, comme la théorie d'Alexyana et ses variantes ne les posent pas, la nécessité pour son application demeure de les produire séparément. Et ce n'est pas une voie à sens unique, c'est-à-dire que si la règle ne s'applique pas seule, le principe ne crée pas non plus de normes juridiques agissant isolément, considérant qu'« il n'a qu'une force constitutive ou une valeur constructive en union avec l'ensemble du système reconnu dans lequel il a une fonction bien définie. D'où la question qui se pose de la reconstruction institutionnelle » (Streck, 2014, p. 582).

En ce qui concerne le texte et sa signification, bien qu'il soit possible d'attribuer quelque chose de sémantique au principe, en plus de la possibilité de concordance avec une certaine disposition constitutionnelle, c'est-à-dire, le principe, bien sûr, peut être « positif » dans la Constitution ; et l'existence d'un principe ne dépend pas de prédictions textuelles expresses (ce qui est le cas de la non régression sociale) et sa portée ne peut pas être déterminée à l'avance au moyen d'un concept sémantique, c'est pourquoi il ne faut pas établir de définitions dont l'application sera faite de déductions.

Bien que Dworkin présente une différenciation logique entre principes et règles qui, comme nous l'avons vu, n'implique certainement pas la pondération binomiale et la subsomption sous la forme de la division structurelle logique, pointant vers une dimension pondérée des principes, ainsi que vers l'application des règles sous la forme du tout ou rien, même la forme initiale de sa théorie interprétative n'inclut pas les conclusions qui résultent de la scission proposée par Alexy. Lorsqu'il s'agit d'un conflit de règles, Dworkin souligne comme critère de solution le fait qu'« un système juridique peut également préférer la règle qui est soutenue par les principes les plus importants. » (Dworkin, 2010, p. 43) Dans le même ordre d'idées, il note que des règles peuvent être instituées pour harmoniser des principes contradictoires lorsqu'il dit qu'« en fait, l'une de mes raisons pour faire la distinction entre règles et principes était de montrer exactement comment les règles coutumières représentent

une sorte de compromis - ce qui prend cela forme - parmi des principes concurrents. » (Dworkin, 2010, p. 121) À ce constant peut s'ajouter celui de Francisco Motta (2012, p. 76):

Il convient de mentionner que Dworkin ne voit pas (et, d'ailleurs, il ne voit plus dans Prendre les droits au sérieux) une relation « d'opposition » entre les « règles » et les « principes »; en fait, pour lui, la loi n'a de sens que si elle est comprise comme une unité cohérente, comme « complétude » ou « intégrité ». D'où la nécessité de développer une justification qui « relie » les deux normes de jugement ..., afin que les principes tentent de justifier les règles établies ; pour cela, il est nécessaire d'identifier les préoccupations morales et les traditions de la communauté qui soutiennent efficacement ces règles [...]. En d'autres termes, l'opérateur juridique doit identifier, en principe, le « sens » des règles.

Cela signifie que les principes donnés aux règles, et la légitimité qu'ils garantissent aux interprétations, sont étroitement liés au concept de principe pragmatique ou problématique. (Oliveira, 2008, p. 49-64) Cela a plusieurs implications. Initialement, les principes épistémologiques et généraux du droit sont supprimés pour tenter d'imaginer de manière scientifique leur application. En revanche, il est impossible de vérifier qu'il existe un champ d'action prédéterminé en raison d'une conception abstraite du principe. Compte tenu de son caractère pragmatique, ainsi que des dimensions pondérales, il est évident que la procédure qui vise à résoudre une collision entre deux principes seulement doit donner lieu à une pratique interprétative qui consacre et respecte, en même temps, tout l'ensemble des principes qui déterminent le concept même de droit dans un système juridique.

Cet élément concret principiologique sauve finalement le monde pratique du droit¹⁵, qui se voyait isolé dans la raison théorique positiviste, et permet son application effective, cohérente et anti-discrétionnaire. C'est le sens du principe en tant que norme, élaboré à partir de Dworkin, qui indique la possibilité de résoudre légitimement des cas difficiles.

Le contenu de la non-régression au regard de la fonction socio-environnementale de la propriété

Au vu de ce qui a été observé sur le rôle des principes, notre analyse ne cherchera évidemment pas à proposer un concept de non-régression à partir duquel des déductions peuvent être opérées. En effet, comme nous l'avons souligné, les principes ne sont pas des catégories à utiliser comme prémisses dans le raisonnement syllogistique.

¹⁵ Oliveira (2008, p. 223). Sur ce sujet, voir dans la même ouvrage (p. 206) quand l'auteur démontre l'importance de comprendre la manière dont le monde pratique se manifeste herméneutiquement : « 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. »

L'objectif est d'attribuer au principe « quelque chose de sémantique » en soulignant que sa définition ne peut être dissociée du cas spécifique.

En effet la tâche commence par l'appréhension des précédents de la Cour suprême fédérale afin d'étudier les cas dans lesquels le principe a été appliqué. L'idée étant de fixer un cap pour son application cohérente.

Comme le mentionne expressément le professeur Michel Prieur (2015, p. 138) :

À part le cas particulier du Brésil et du Portugal, on trouve peu de constitutions qui prétendent figer le droit constitutionnel applicable en interdisant expressément toute modification constitutionnelle de son contenu en matière de droits de l'homme et donc aussi de droit de l'environnement. L'intangibilité des droits fondamentaux existe dans certaines constitutions en tant qu'intangibilité constitutionnelle absolue ou clause « d'éternité ».

Le premier cas traité ici concerne la RE 658.312 / SC au sujet de l'interprétation de l'art.384 de la Codification des Lois du Travail (CLT) par la Constitution de la République. La disposition consolidée prévoit une pause de 15 minutes pour les travailleuses avant les heures supplémentaires. Dans le raisonnement, il a été souligné que «le principe de non régression sociale, qui garantit que les réalisations dans le domaine social ne peuvent pas être supprimées, sous peine d'inconstitutionnalité, donnerait également pleine application à l'art.384 du CLT, en ce qui concerne les femmes, même après le 10 mai 1988». Dans ce contexte, la Cour suprême a consacré la possibilité d'appliquer le principe de protection des droits du travail, en évinçant sa suppression.

Dans les motifs de la décision, la leçon de Canotilho (2002, p. 337-338) a été adoptée, élaborée pour l'ordre portugais, où la norme a été consolidée avant d'être appliquée au Brésil :

Le principe de non régression sociale peut être formulé comme suit: le noyau essentiel des droits déjà réalisés et appliqués par des mesures législatives («loi sur la sécurité sociale», «loi sur les allocations de chômage», «loi sur les services de santé») elle doit être considérée comme garantie par la Constitution, étant inconstitutionnelle toute mesure étatique qui, sans la création d'autres régimes alternatifs ou compensatoires, se traduit en pratique par une simple « annulation », une « révocation » ou une « annihilation » de ce noyau essentiel. La liberté de conformation du législateur et son auto-réversibilité intrinsèque limitent le noyau essentiel déjà accompli.

Selon le professeur Michel Prieur (2015, p 134), « Pour décrire ce risque de 'non régression', la terminologie utilisée par la doctrine est encore hésitante. Dans certains pays, on parle de principe *de standstill*. C'est le cas en Belgique. En France on utilise le concept d'effet cliquet ou règle du cliquet anti-retour. »

Le deuxième jugement analysé est l'appel n° 709.212 /Distrito Federal. Concernant également le droit du travail, la décision qui a de grandes répercussions sociales, a déclaré l'inconstitutionnalité de la prescription de trente ans prévue aux art. 23 § 5, de la loi n° 8.036

de 1990 et art. 55 du règlement du Fond de Garantie de Service/ Fundo de Garantia do Tempo de Serviço/FGTS approuvé par le Décret n^o. 99.684, de 1990. Compte tenu de la modification radicale de la position du tribunal, pour des raisons de sécurité juridique, la Cour suprême a modulé les effets de la décision fondée sur l'art. 27 de la loi n^o 9.868, de 1999. Il s'agit d'une déclaration d'inconstitutionnalité avec effets ex nunc. En l'espèce, le changement de compréhension de la Cour a porté atteinte aux droits des travailleurs, qui ont un délai plus court pour percevoir les montants dus au titre du FGTS. La décision n'a pas été unanime, et la Ministre Rosa Weber a déclaré que, malgré le fait que rien ne s'oppose à ce que la Cour fédérale suprême change sa jurisprudence, on observe que certaines questions sont protégées par le principe susmentionné qui interdit la régression sociale, et qui devrait guider la décision des juges notamment en l'espèce.

Le désaccord a été amplifié par le vote du Ministre Luiz Fux, qui, influencé par les propos académiques de Canotilho, a déclaré que l'on ne pouvait parler de non-régression que s'il n'y avait pas de mécanismes de compensation, qui, dans ce cas, ont été accordés par le gouvernement au fil du temps. Il s'agit par exemple, de l'assurance-chômage, le programme *Bolsa Família*/ Bourse/Aide Familiale et *Minha Casa e Minha Vida* / Ma maison et Ma vie, pour reprendre les exemples dudit ministre. Sa position a prévalu. En analysant la question, on peut ajouter à la justification de la déclaration d'inconstitutionnalité l'argument selon lequel le principe ne pourrait pas être appliqué contre le texte même de la Constitution, qui consacre expressément un délai de prescription, non observé par le législateur infraconstitutionnel. Le principe ne pouvait donc pas aller dans le sens d'une dérogation à la norme constitutionnelle d'origine, d'autant plus que le pouvoir constituant est juridiquement insubordonné.

Le troisième cas exposé ici est l'appel n^o 727.864 / Paraná, qui aborde le «coût, par l'État, des services hospitaliers fournis par des établissements privés au profit des patients : Système Unique de Santé/SUS fréquentés par Service d'Urgence Mobile/SAMU en cas d'urgence et en l'absence de lits dans le réseau public. Dans le fil de la décision, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle portugaise a été citée en matière d'inconstitutionnalité d'une règle qui révoque des garanties déjà garanties dans le domaine de santé publique, notamment en raison du principe de non-régression sociale.

Les quatrième et cinquième exemples sont abordés ensemble, car ils concernent le même thème. Action Directe d'Inconstitutionnalité/ADI n^o 4.350 / Distrito Federal et l'appel n^o 704.520 / São Paulo traitent de l'examen de l'éventualité que l'art. 8 de la loi n^o 11.482 de 2007 représenterait les principes de la dignité humaine et de non régression, en réduisant le montant des indemnités dues pour les dommages personnels couverts par l'assurance obligatoire. La Cour fédérale suprême a jugé que le principe ne s'appliquait pas à la situation, étant donné que l'assurance dommages corporelles causées par des véhicules terrestres à moteur /DPVAT était prise en charge et non un droit fondamental. Lors du vote du Ministre Gilmar Mendes, ce dernier souligne la nature coûteuse des droits sociaux. Selon Holmes et Sunstein (1999, p. 97), «les droits sont généralement décrits comme inviolables, préventifs et concluants. Mais ce ne sont que des folies rhétoriques. Rien de ce qui coûte de l'argent ne peut être un absolu ». Dans l'action directe, l'existence de mécanismes compensatoires dans la législation infraconstitutionnelle a été examinée.

Les sixième et septième précédents concernent la loi électorale. Dans l'action déclarative sur la constitutionnalité n° 29 / Distrito Federal, il a été entendu que la « loi sur les archives propres » (loi complémentaire n° 135/10) n'impliquait pas une violation du principe constitutionnel de non-régression, compte tenu de l'absence de présomption de son applicabilité, cohérent avec « l'existence d'un consensus de base, qui a inséré dans la conscience juridique générale l'extension de la présomption d'innocence au champ électoral ». On peut souligner néanmoins à l'instar de Jorge Miranda (2000, p. 399) que l'exigence de « sédimentation dans la conscience sociale ou dans le sentiment collectif juridique » demeure.

Le dernier cas est la mesure de précaution dans l'action directe d'inconstitutionnalité n° 4 543 / Distrito Federal, dans laquelle la constitutionnalité de l'art. 5e. de la loi n° 12 034 de 2009 concerne "l'impression de vote". La Cour a compris que le secret du vote est un droit fondamental du citoyen et que le vote imprimé permettrait de le fragiliser. C'est pourquoi, dans une injonction préliminaire, la mesure conservatoire a été accordée. Il était justifié, car bien qu'il soit « plus fréquemment adopté dans le cadre des droits sociaux, il peut également être appliqué aux droits politiques, tout comme le droit de faire invoquer par le citoyen le secret de son vote, qui serait compromis par la règle mise en cause ».

Les jugements analysés nous permettent de comprendre le sens que la non-régression prend au sein du plus haut tribunal du pays. Néanmoins, il est essentiel d'ajouter ce que la doctrine enseigne sur le principe. Compte tenu de la compatibilité avec la vision sur le principe défendue ici, on peut citer Lenio Streck (2014, p. 573-574):

[...] normalement, au niveau sophistiqué de l'analyse constitutionnelle, le principe de non-régression social est invocable. Or, il n'est pas explicite dans la Constitution que les acquis sociaux ne peuvent pas être retirés ; mais la tradition qui s'est forgée dans l'État démocratique de droit indique un nouveau type de loi qui doit sauver les promesses non tenues de la modernité. Reconstituant l'histoire institutionnelle des droits sociaux, nous arriverons à la thèse des dimensions (au-delà des générations, comme le souligne Ingo Sarlet), face aux décisions de la Cour constitutionnelle allemande et de la Cour constitutionnelle du Portugal (en particulier AC 39/84), où cette non-régression sociale est établie, en principe. En conséquence, la règle (texte normatif) qui a causé des dommages à un groupe de personnes commence à avoir - à partir de la situation concrète - son sens défini par cette reconstruction institutionnelle. Mais, voyez-vous, la non-régression sociale - qui peut résoudre le cas analysé - n'est pas un « concept fermé » ou une « catégorie dont on peut déduire les applications des règles juridiques ». Ce n'est pas un super ou un métoadra. Et c'est ainsi pour la simple raison que ce n'est pas tout revers qui sera interdit ; en fait, c'est peut-être la raison pour laquelle tous les principes doivent être lus de cette manière : « en principe, une telle règle doit donc être lue de cette manière, en fonction de la situation concrète ». Sans la situation concrète, le principe manque de normativité.

Ayant établi le lien sémantique que nous recherchions, il apparaît que le principe est également compatible avec le nouveau modèle de théorie du droit que nous voulons construire, étant donné qu'il retient l'attention des détenteurs du pouvoir et des professionnels du droit, détachés de la théorie des sources sociales prônée par le positivisme. Si la loi suivait les faits, elle revêt aujourd'hui le caractère de transformation sociale. Selo

Streck (2014, p. 584), un texte juridique ne « court pas nécessairement après la facticité ». Dans le cadre de la Constitution, un précepte fondamental pointe vers l'avenir, dépassant cette caractéristique si chère au positivisme : l'idée des sources sociales.

Le droit doit être tourné vers l'avenir, c'est pourquoi tout recul éventuel ne peut être fait sans être accompagné de la justification historique appropriée couplée aux mécanismes de compensation.

À la lumière des réflexions sur la notion de principe et la non-régression sociale, il est désormais nécessaire d'orienter l'étude spécifiquement vers la fonction sociale et environnementale de la propriété.

En premier lieu, on ne peut manquer de mentionner la jufundamentalité formelle et matérielle que le droit à la propriété assume dans l'ordre constitutionnel brésilien, conformément à l'art. 5e, XXII. Peu de temps après, le constituant exige que le bien remplisse sa fonction sociale, limitant expressément tout caractère absolu éventuel qui pourrait être maintenu par le titulaire du droit.

La mention du caractère social du bien a été reformulée doctrinalement, compte tenu de l'importance que la protection de l'environnement revêt. On discute peu, en ce sens, de la norme consacrée par l'art. 225 de la Constitution Fédérale comme droit fondamental ou non. La fondamentalité matérielle du droit à l'équilibre écologique est considérée comme un véritable truisme. (Canotilho, Mendes, Streck, 2013, p. 2078) De plus, la progression générale de la protection de l'environnement nécessite même une reformulation du concept d'État. Si la référence à l'État de droit était suffisamment comprise auparavant, l'État de droit doit désormais assumer un profil socio-environnemental et démocratique. Il convient de mentionner :

Au Brésil, à partir des années 1980, en particulier avec la fin du régime militaire en 1984, les mouvements sociaux et les mouvements environnementaux ont réussi à pacifier leurs relations, comprenant que les besoins et les aspirations de développement d'une grande partie de la population et la préservation de l'environnement qui en découle ou la récupération des zones dégradées avait un objectif commun: le maintien de la vie. Avec la promulgation de la Constitution de 1988, ces mouvements - désormais socio-environnementaux - ont atteint le point d'unification avec la reconnaissance que les droits humains et fondamentaux de toutes dimensions et fonctions, englobant ainsi les droits dits civils et politiques et les droits de l'homme économiques, culturels et environnementaux, exigent et respectent, pour leur protection et leur promotion adéquates, un nouveau modèle d'État, c'est-à-dire celui d'un État de droit socio-environnemental et démocratique. (Sarlet, 2009, p. 15)

C'est le corollaire de cette position qui impose que le droit de propriété se soumette également aux exigences de la protection de l'environnement. Par conséquent, la garantie fondamentale prévue à l'art. 5, XXIII est désormais interprétée comme la fonction sociale et environnementale du bien. Dans ce sens, Eduardo Lumertz (2013, p. 11) définit parfaitement la conformation juridique de la fonction socio-environnementale :

Il est donc clair que l'on a ajouté exprès au précepte juridique qui garantit l'exercice de la relation patrimoniale (art. 5, point XXII, du CF de 1988), la détermination juridique d'une obligation de faire (remplir la fonction sociale) - afin que la manière dont le propriétaire s'approprie l'objet et les résultats de son appropriation visent le bien-être de la communauté. En outre, il a été établi que la propriété urbaine remplit sa fonction sociale lorsqu'elle satisfait aux exigences fondamentales de l'ordre de la ville exprimées dans le schéma directeur (art. 182, § 2), en plus de laquelle la propriété rurale la remplira également lors de l'observation, entre autres exigences, l'utilisation adéquate des ressources naturelles disponibles et la préservation de l'environnement (art. 186, point III). Comme si cela ne suffisait pas, la charte constitutionnelle garantissait, dans son art. 225, caput, que chacun a droit à un environnement écologiquement équilibré, le définissant comme un bien commun à tous et essentiel à une qualité de vie saine, imposant à la puissance publique et à la communauté le devoir de la défendre et de la préserver. pour les générations présentes et futures. Et telle était la reformulation instituée par la Constitution dans la notion de propriété que le nouveau Code civil a tenté d'établir, au § 1 de son art. 1 228, que le droit de propriété doit être exercé conformément à ses finalités économiques et sociales et de manière à ce qu'il soit préservé, conformément aux dispositions d'une loi spéciale, flore, faune, beauté naturelle, équilibre écologique et le patrimoine historique et artistique, ainsi que la prévention de la pollution de l'air et de l'eau - innovant ainsi en exprimant positivement (contrairement au législateur civil du début du siècle dernier) le souci du thème socio-environnemental qui implique nécessairement, aujourd'hui, l'institut en vogue.

On note ainsi que le sens de la fonction socio-environnementale de la propriété revêt donc un caractère transindividuel ou diffus évident, et qu'il est nécessaire de reconnaître que les réalisations législatives et les actions concrètes menées par le biais des politiques publiques ne peuvent être simplement retirées de la réalité de la société ou retirées du système juridique. En effet tout changement juridique et institutionnel doit être envisagé sous l'angle du principe de non-régression sociale. En ce sens, Molinaro (2010, p. 161-179) fait remarquer qu'en ajoutant à la gradualité avec la réalisation des droits sociaux, il y a une application immédiate du principe, qui « attire le principe de non-régression, ce qui implique le 'gel' des conquêtes sociales consolidées (y compris législatives), en plus d'interdire la réduction des niveaux de protection déjà atteints ». Toute règle sur la fonction socio-environnementale de la propriété doit par conséquent être lue, en principe, à la lumière de la non-régression.

Conclusions

Au vu de l'analyse effectuée, on constate que la non-régression sociale est consolidée en tant que principe constitutionnel dans le champ d'application de la Cour fédérale suprême, ainsi que dans la littérature juridique nationale. Le sens que le principe développe ne devrait

pas le soumettre à des atteroiements sous la forme proposée par la théorie juridique. D'autre part, il faut reconnaître sa normativité et la norme qui doit nécessairement donner un sens aux règles juridiques.

La garantie de la fonction sociale et environnementale de la propriété doit également être protégée des altérations préjudiciables aux conquêtes sociales de la démocratie. Ainsi, toute réduction ou reformulation des fonctions sociales et environnementales que le bien doit remplir sera interdite, au moins en principe, en respectant les autres caractéristiques soulignées par le Cour fédérale suprême pour l'application cohérente du principe, c'est-à-dire l'existence de mécanismes de l'indemnisation et la justification concrète du changement promu dans les domaines législatif, administratif et même judiciaire.

Bibliographie

- ALEXY, R. 2014. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo, Malheiros.
- ÁVILA, H. 2015. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo, Malheiros.
- BADIN, A. S. 2013 *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.
- BARROSO, L. R. 2009. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo, Saraiva.
- CANOTILHO, J. J. G. 2002. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra, Almedina.
- CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. (Coords.). 2013. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva/Almedina.
- DWORKIN, R. 2010. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo, WMF Martins Fontes.
- GRAU, E. R. 2014. *Por Que Tenho Medo dos Juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. São Paulo, Malheiros.
- HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. 1999. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York, Norton & Co.
- LUIZ, F. V. 2013. *Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- LUMERTZ, E. S. dos S. 2013. 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, A. M. R. de Freitas (Org.). Caxias do Sul, Educus.
- MARIN, J. D. (Prelo). *Prisioneiros da Liberdade: crise da jurisdição e decisionismo em Alexy*.
- MIRANDA, J. 2000. *Manual de Direito Constitucional: tomo IV, direitos fundamentais*. 4. ed. Coimbra, Coimbra Editora.
- MOLINARO, C. A. 2010. Direito à Cidade e o Princípio de Proibição de Retrocesso. *Direitos fundamentais & Justiça*, **01**:161-179.
- MOTTA, F. J. B. 2012. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado.

- PRIEUR, M. 2015. Le principe de non regression “au cœur” du droit de l’homme a l’environnement. *Revista Direito à Sustentabilidade*. **01**(02):133-146.
- OLIVEIRA, R. T. de. 2008. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- SARLET, I. W. 2009. *As resoluções do CONAMA no âmbito do estado socioambiental brasileiro*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Brasil; Projeto Pensando O Direito. Brasília, Ministério da Justiça.
- STRECK, L. L. 2013. *O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?* 4. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- STRECK, L. L. 2014. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo, Saraiva.

Submetido: 31/03/2020

Aceito: 23/11/2021