

UNIVERSIDADE DE SEVILHA  
FACULDADE DE DIREITO  
DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

NILO MARCELO DE ALMEIDA CAMARGO

**A resolução de conflitos competenciais ambientais entre União e Estados-  
membros no Brasil: aportes comparados com Espanha e União Europeia**

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Irene Sobrino Guijarro  
Orientadora

Sevilha  
2017

NILO MARCELO DE ALMEIDA CAMARGO

**A resolução de conflitos competenciais ambientais entre União e Estados-membros no Brasil: aportes comparados com Espanha e União Europeia**

Tese apresentada ao Departamento de Direito Constitucional a Universidade de Sevilha como requisito parcial para conclusão do curso de Doutorado em Direito Constitucional.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Irene Sobrino Guijarro

Sevilha

2017

NILO MARCELO DE ALMEIDA CAMARGO

**A resolução de conflitos competenciais ambientais entre União e Estados-membros no Brasil: aportes comparados com Espanha e União Europeia**

Tese apresentada ao Departamento de Direito Constitucional a Universidade de Sevilha como requisito parcial para conclusão do curso de Doutorado em Direito Constitucional.

*Para Gabriela e Olivia*

## RESUMO

O Brasil é uma República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal (art. 1º, da Constituição de 1988), consagrada em uma Constituição escrita e rígida, em que se dispõem a distribuição de competências legislativas (arts. 22 a 30), bem como das respectivas receitas (art. 145 e ss.). A preocupação com o meio ambiente encontra-se disposta no texto constitucional, consagrada na condição de direito fundamental (art. 225), sendo que a competência para a legislação ambiental é de natureza concorrente-compartimentada entre os integrantes da Federação.

É nesse contexto que ocorrem os conflitos competenciais em matéria ambiental, ocasionando superposição de atribuições, inflação legislativa, e, ao final, ineficiente proteção ao patrimônio ambiental nacional. Esse problema é acentuado pela ausência de uma sistemática interpretativa apropriada pelo Supremo Tribunal Federal, com uma concepção indevida de “normas gerais” e o uso de critérios hermenêuticos centralizadores, desconsiderando-se a autonomia dos demais entes federais e a possibilidade de assim promover eficiente proteção ao meio ambiente.

Este trabalho procura estabelecer critérios que permitam melhor solucionar esses conflitos, permitindo mais descentralização e a possibilidade de níveis adicionais de proteção ao meio ambiente. Para tanto, estuda a utilização de alguns conceitos de direito comparado europeu (princípio da proporcionalidade) e espanhol (legislação básica, normas adicionais de proteção e transversalidade). Sustenta-se que somente com descentralização pode-se promover maior proteção a um meio ambiente equilibrado, visto a possibilidade de maior participação popular, bem como de assegurar o desenvolvimento das características inerentes ao federalismo (autonomia, dinamicidade, unidade na diversidade).

Palavras-chave: Federalismo. Direito ao meio ambiente. Conflitos competenciais; Descentralização. Proteção Eficiente. Estado Autônomo Espanhol. Legislação básica, normas adicionais de proteção, transversalidade. União Europeia. Princípio da proporcionalidade.

## RESUMEN

Brasil es una República Federal, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal (art. 1º, de la Constitución de 1988), consagrada en una Constitución escrita y rígida, en la cual se realiza una distribución de competencias legislativas (arts. 22 a 30), y de las respectivos ingresos (art. 145 e ss.). La protección del medio ambiente es elevada en la Constitución a la categoría de derecho fundamental (art.225), y la competencia para legislar sobre el medio ambiente es de tipo concurrente-compartida entre los miembros de la Federación.

En este contexto tienen lugar los conflictos de competencia en materia ambiental que vienen ocasionando sobreposición de atribuciones, inflación legislativa y, finalmente, la protección ineficiente del patrimonio ambiental nacional. Este problema se agudiza ante la ausencia de una sistemática interpretativa apropiada por parte del Supremo Tribunal Federal, la persistencia de una concepción indebida de “normas generales” y la utilización de criterios hermeneuticos centralizadores, dándose como resultado una violación recurrente de la autonomía de los demás entes federales y la imposibilidad de promocionar eficientemente la protección del medio ambiente.

Este trabajo procura establecer criterios que permitan una mejor resolución de los antedichos conflictos, promocionando una mayor descentralización y alcanzando niveles adicionales de protección al medio ambiente. Con tal finalidad, se estudia la utilización de algunos conceptos de derecho comparado europeo (principio de proporcionalidad) y español (legislación básica, normas adicionales de protección y transversalidad). En efecto, solo mediante una mayor descentralización es posible asegurar una protección del medio ambiente equilibrada, reforzada por la posibilidad de una mayor participación popular, y de asegurar el desarrollo de las características inherentes al federalismo (autonomía, dinamicidad, unidad en la diversidad).

Palabras-clave: Federalismo. Derecho al medio ambiente. Conflictos competenciales. Descentralización. Protección eficiente. Estado Autonómico Español. Legislación básica, normas adicionales de protección, transversalidad. Unión Europea. Principio de Proporcionalidad.

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADIMC - Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CCAA- Comunidades Autônomas

CE – Constitución española

CF/88 – Constituição Federal de 1988

Art. - artigo

EUA - Estados Unidos da América

Min. - Ministro

p.ex. - por exemplo.

PSV – Proposta de Súmula Vinculante

Rel. – Relator

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

Rp - Representação

STF - Supremo Tribunal Federal

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

v.g. - *verbi gratia*

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente, um especial agradecimento ao povo espanhol, especialmente ao povo sevilhano, pela acolhida, atenção, receptividade e carinho com que fui recebido, considerando Espanha, seguramente, minha outra pátria. Esse agradecimento, por certo, estende-se aos Professores da Universidade de Sevilha, Prof. Dr. Javier Perez Royo, Prof. Manuel Carrasco Durán, Prof. Fernando Alvarez Ossorio-Micheo, Prof. Morales Arroyo, enfim, que propiciaram esta oportunidade e tão generosamente nos acolheram, *los fiscales brasileños*.

Um especial agradecimento a minha orientadora, Prof. Dra. Irene Sobrino Guijarro, pela sua paciência, compreensão, pelas contribuições, e, principalmente, por sua orientação firme e segura, sem a qual esse trabalho não teria sido finalizado.

Gostaria de agradecer, também, aos colegas do *Máster en Derecho Constitucional*, alguns do Ministério Público Federal brasileiro: José Osmar Pumes, Juliano Karam, Anselmo Henrique Cordeiro Lopes, Carlos Bruno Ferreira da Silva. Todos vocês colaboraram nessa empreitada. Um especial agradecimento aos também colegas de Máster Jorge Benavides Ordoñez e David Almagro, pela parceria, amizade e colaboração para a realização desse trabalho.

Um agradecimento também, a minha família. Minha mulher, Fernanda, que sempre me apoiou nessa iniciativa, e cuja contribuição foi imprescindível para sua conclusão. Também o faço às nossas filhas, Gabriela e Olívia. E por fim, aos meus pais.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>13</b>
<b>CAPÍTULO 1. A FEDERAÇÃO BRASILEIRA E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>35</b>
<b>1.1 Estado Federal: introdução e características.....</b>	<b>36</b>
1.1.1 Origens: os Estados Unidos.....	36
1.1.2 A Federação no Brasil.....	40
<b>1.2 A distribuição de competências na federação brasileira.....</b>	<b>43</b>
1.2.1 Competência da União.....	45
1.2.2 Competência dos Municípios.....	47
1.2.3 Competência dos Estados-membros.....	50
1.2.4 Competência Concorrente: União, Estados-membros e Municípios.....	52
<b>1.3 A distribuição de receitas na federação brasileira: o problema fiscal.....</b>	<b>55</b>
1.3.1 Introdução: a concentração de rendas na União.....	57
1.3.2 A Constituição de 1988: competências tributárias e receitas.....	59
1.3.3 As dificuldades financeiras dos Estados-membros e a “guerra fiscal”.....	61
<b>1.4 Constituição e pacto federativo: as Cortes Supremas.....</b>	<b>67</b>
<b>1.5 Jurisdição constitucional brasileira: o Supremo Tribunal Federal.....</b>	<b>71</b>
1.5.1 Breve Histórico da Corte: composição e competência.....	72
1.5.2 Controle de constitucionalidade: um sistema misto.....	75
1.5.2.1 Ações na via Concentrada (Direta).....	76
1.5.2.1.1 ADI e ADC: Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade.....	76
1.5.2.1.2 Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).....	79
1.5.2.1.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).....	83
1.5.2.2 Ações(recursos) na via Incidental: o recurso extraordinário.....	87
1.5.2.3 A Intervenção Federal (IF).....	89
1.5.3 Mecanismos peculiares ao STF brasileiro.....	92
1.5.3.1 O efeito vinculante e a súmula vinculante.....	92
1.5.3.2 Os amicus curae e as audiências públicas.....	96
1.5.3.3 Da modulação dos efeitos das decisões.....	99
1.5.4 As críticas ao STF: a postura da Corte e o processo decisório.....	102
<b>Conclusões do capítulo 1.....</b>	<b>110</b>
<b>CAPÍTULO 2. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: PRINCIPIO FEDERATIVO E PROPORCIONALIDADE NO BRASIL.....</b>	<b>116</b>
<b>2.1. Breves considerações sobre interpretação constitucional.....</b>	<b>117</b>
<b>2.2 Do princípio federativo na Constituição de 1988.....</b>	<b>123</b>
2.2.1 Princípio da autonomia do ente federativo.....	125
2.2.2 Princípio da predominância do interesse.....	132
2.2.3 Princípio da lealdade federal.....	134
2.2.4 Princípio da simetria.....	139
2.2.5 Princípio da subsidiariedade.....	144
2.2.6 Breve síntese conclusiva dos princípios da Federação brasileira.....	149
<b>2.3 O princípio da proporcionalidade.....</b>	<b>150</b>
2.3.1 Direitos fundamentais: o problema regras v. princípios.....	155
2.3.2 A proporcionalidade e a constitucionalidade das leis.....	157
2.3.2.1 Proibição de Excesso (Übermassverbot).....	159
2.3.2.1.1 Subprincípio da adequação (idoneidade).....	159
2.3.2.1.2 Subprincípio da necessidade (exigibilidade).....	161
2.3.2.1.1 Subprincípio da proporcionalidade stricto sensu (ponderação).....	163

2.3.2.2 Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot).....	166
<b>2.4. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF.....</b>	<b>169</b>
2.4.1 Breve histórico <sup>346</sup> .....	170
2.4.2 Decisões sobre proibição de excesso.....	173
2.4.3 Decisões sobre proibição de proteção deficiente.....	178
2.4.4 Decisões sobre federalismo: intervenção, auto-organização e conflitos.....	183
<b>2.5 As críticas ao princípio da proporcionalidade.....</b>	<b>187</b>
<b>Conclusões do capítulo 2.....</b>	<b>196</b>
<b><i>CAPÍTULO 3. A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....</i></b>	<b><i>204</i></b>
<b>3.1. Introdução: histórico e evolução da proteção ambiental.....</b>	<b>205</b>
3.1.1 Breve histórico mundial da proteção ambiental.....	205
3.1.2 O histórico brasileiro na proteção ambiental.....	212
<b>3.2 Direito ao meio ambiente na Constituição de 1988.....</b>	<b>218</b>
3.2.1 Uma definição possível ao direito ambiental.....	221
3.2.2 Princípios do direito ambiental.....	226
3.2.2.1 Princípio da sustentabilidade (desenvolvimento sustentável).....	228
3.2.2.2 Princípio da precaução.....	232
3.2.2.3 Princípio da prevenção.....	234
3.2.2.4 Princípio do poluidor-pagador.....	236
3.2.2.5 Princípio da participação democrática.....	237
3.2.2.6 Princípio da cooperação internacional.....	241
3.2.3 A proteção ao meio ambiente como direito fundamental na CF/88.....	242
3.2.3.1 Introdução: direitos fundamentais.....	244
3.2.3.1.1 O que é um direito fundamental?.....	245
3.2.3.1.2-As teorias dos direitos fundamentais (gerações).....	247
3.2.3.1.3 A dupla dimensão dos direitos fundamentais.....	250
3.2.3.2 Proteção ao meio ambiente na CF/88: doutrina do STF.....	254
3.2.3.3 Conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente na ordem brasileira.....	263
3.2.3.4 Críticas à fundamentalidade do direito ao meio ambiente.....	267
<b>3.3. A competência constitucional em matéria ambiental no Brasil.....</b>	<b>274</b>
3.3.1 Distribuição competencial ambiental na federação brasileira.....	276
3.3.2 Breve introdução à problemática dos conflitos competenciais ambientais.....	278
3.3.2.1 Alguns critérios atuais para a resolução de conflitos ambientais.....	281
3.3.2.1.1 O critério da prevalência da lei federal.....	282
3.3.2.1.2 O princípio in dubio pro natura (lei mais restritiva).....	286
3.3.2.1.3 Normas concorrentes (cumulatividade e conexão).....	292
<b>Conclusões do capítulo 3.....</b>	<b>295</b>
<b><i>CAPÍTULO 4. CONFLITOS COMPETENCIAIS AMBIENTAIS NO BRASIL: O STF E A CENTRALIZAÇÃO DA FEDERAÇÃO.....</i></b>	<b><i>303</i></b>
<b>4.1 Introdução: conflitos competenciais ambientais e proteção ambiental.....</b>	<b>305</b>
<b>4.2 Os conflitos competenciais em espécie : panorama genérico.....</b>	<b>311</b>
4.2.1 Conflitos competência exclusiva vs. concorrente:.....	317
4.2.1.1 A competência exclusiva da União (art. 22).....	318
4.2.1.2 A competência exclusiva (complementar) dos municípios: art. 30, I e II.....	329
4.2.2 Conflitos no âmbito da competência concorrente.....	336
4.2.2.1 Introdução e histórico das “normas gerais”: uma contextualização.....	337
4.2.2.2 Aproximação de um conceito preliminar de “normas gerais”.....	341
<b>4.3 Os conflitos União v. Estados-Membros em matéria ambiental.....</b>	<b>345</b>
4.3.1. A questão do amianto (asbesto).....	346
4.3.1.1 Breve introdução: contexto fático.....	347

4.3.1.2 Discussão jurisprudencial no STF.....	350
4.3.2 O problema dos agrotóxicos (pesticidas).....	357
4.3.2.1 Breve introdução: contexto fático.....	358
4.3.2.2 O leading case Rp nº 1153-4/RS.....	360
4.3.2.3 Jurisprudência contemporânea do STF.....	366
4.3.3 Os licenciamentos ambientais (EIA/RIMA).....	371
4.3.3.1 Breve introdução: contexto fático.....	372
4.3.3.2 Questões decididas pelo Supremo Tribunal Federal.....	374
4.3.4 Outras questões ambientais.....	376
4.3.4.1 Discussões envolvendo competência comércio e transportes (conexão).....	377
4.3.4.2 A inconstitucionalidade da Lei Complementar 140/2011 (ADI 4757).....	384
<b>Conclusões do capítulo 4.....</b>	<b>388</b>
<b><i>CAPÍTULO 5. A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E CONFLITOS COMPETENCIAIS: ESPANHA E UNIÃO EUROPEIA.....</i></b>	<b>395</b>
<b>5.1 Introdução ao Estado autonômico espanhol.....</b>	<b>396</b>
5.1.1 Breve histórico constitucional e legislativo: os Estatutos de Autonomia.....	400
5.1.2 Alguns princípios do Estado Autonômico.....	403
5.1.2.1 Princípio dispositivo.....	404
5.1.2.2 Princípio da solidariedade (cooperação).....	406
5.1.2.3 Princípios da prevalência e competência.....	408
5.1.2.4 Princípio da supletoriedade (e cláusula residual).....	412
5.1.3 O Tribunal Constitucional e a resolução de conflitos.....	414
5.1.3.1 Breve histórico e características do Tribunal.....	418
5.1.3.2 Competências do Tribunal Constitucional.....	420
5.1.3.3 O bloco de constitucionalidade.....	422
5.1.3.4 O Tribunal Constitucional e o princípio da proporcionalidade: breves considerações.....	425
5.1.4 O Estado Autonômico após a STC 31/2010 (Catalunha).....	429
5.1.5 A Reforma do Estado Autonômico: rumo ao federalismo?.....	435
<b>5.2 A proteção ao meio ambiente na ordem constitucional espanhola.....</b>	<b>440</b>
5.2.1 A Constituição Espanhola e o meio ambiente.....	442
5.2.2 Estatutos de Autonomia e competências: a competência ambiental.....	449
5.2.3 A legislação da União Europeia e o Estado Autonômico.....	453
5.2.4 Propostas de reforma do direito ao meio ambiente: breve discussão.....	458
5.2.4.1 O direito fundamental ao meio ambiente: os novos Estatutos.....	458
5.2.5 Jurisprudência ambiental e “defesa cruzada” de direitos.....	465
<b>5.3 Os conflitos competenciais ambientais Estado v. Comunidades Autônomas.....</b>	<b>468</b>
5.3.1 Introdução ao problema.....	469
5.3.2 As definições de básico e normas adicionais de proteção.....	471
5.3.2.1 Normas básicas, legislação básica: o básico ambiental.....	477
5.3.2.2 As normas adicionais de proteção.....	482
5.3.3 A transversalidade da competência ambiental.....	485
5.3.4 Alguns conflitos específicos: águas e espaços naturais protegidos.....	489
<b>5.4 A proteção ao meio ambiente no âmbito europeu e proporcionalidade.....</b>	<b>496</b>
5.4.1 O meio ambiente e sua proteção nos tratados: histórico.....	499
5.4.2 A proteção ambiental no Tribunal Europeu de Direitos Humanos.....	502
5.4.3 Competência ambiental na União Europeia e princípio da proporcionalidade.....	509
5.4.3.1 O princípio da proporcionalidade no âmbito europeu.....	512
5.4.3.2 O Tribunal de Justiça e o princípio da proporcionalidade.....	519
5.4.3.3 O Tratado de Lisboa: proporcionalidade e subsidiariedade (alguns apontamentos finais).....	534
<b>Conclusões do capítulo 5.....</b>	<b>538</b>
<b><i>CAPÍTULO 6. CONFLITOS COMPETENCIAIS AMBIENTAIS UNIAO V. ESTADOS MEMBROS: APORTES DA DOCTRINA COMPARADA.....</i></b>	<b>545</b>
<b>6.1 Reformulação da colocação do conflito competencial: a pergunta adequada.....</b>	<b>546</b>

<b>6.2 Aportes da doutrina comparada ao Brasil: transversalidade, o básico (normas adicionais) e a proporcionalidade.....</b>	<b>552</b>
6.2.1 A concepção de transversalidade: delimitação das matérias confluentes.....	553
6.2.2 A noção de bases como mínimo denominador comum.....	558
6.2.3 A legislação do Estado-membro como norma adicional de proteção.....	564
6.2.4 O princípio da proporcionalidade.....	568
<b>6.3 Discussão e análise de conflitos competenciais brasileiros.....</b>	<b>571</b>
6.3.1 Leis ambientais estaduais: invasão da competência privativa da União ou das “normas gerais” da União.....	574
6.3.1.1 Casos relativos ao amianto (asbesto).....	575
6.3.1.2 Casos relativos aos agrotóxicos.....	581
6.3.2 Leis federais ambientais: invasão da competência residual estadual ou da legislação suplementar....	585
6.3.3 Outros casos e o RE 586.224/SP:.....	593
6.3.3.1 O caso das madeiras em toras.....	593
6.3.3.2 Caso envolvendo caça e pesca.....	595
6.3.3.3 Caso envolvendo “energia”: RE 627.189/SP.....	597
6.3.3.4 O caso das queimadas em plantações de cana: RE 586.224/SP.....	600
<b>6.4 O problema da dupla análise constitucional: a conexão formal-material e o art. 24, § 3º CF/88.....</b>	<b>604</b>
<b>Conclusões do capítulo 6.....</b>	<b>609</b>
<b>CONCLUSÕES FINAIS.....</b>	<b>617</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>649</b>

## INTRODUÇÃO

O Brasil é uma República Federativa, portanto, um Estado que possui descentralização político-administrativa, em que assegurada a autonomia dos entes que compõem essa Federação. E, como todo Estado dessa natureza, possui uma distribuição de competências, disposta em um texto constitucional escrito e rígido.

Uma dessas competências, seguindo tendência dominante em Constituições promulgadas após a década de 1970 – em que se consagrou a preocupação mundial com a questão ambiental, e presente ainda mais nos dias atuais<sup>1</sup> – é a relativa à legislação sobre meio ambiente.

Sob qualquer ângulo que se visualize o Brasil, parece óbvio que uma das características que singularizam o país na comunidade internacional é, além de sua dimensão continental, o seu patrimônio natural, a riqueza de sua natureza, de sua biodiversidade<sup>2</sup>. A Amazônia brasileira talvez seja um dos maiores expoentes nesse sentido, embora constitua apenas uma parcela de todo o patrimônio natural brasileiro. Se, por um lado essa característica se ressalta quando se pensa em Brasil, parece também natural que imediatamente surja a preocupação com os esforços que são realizados no sentido de proteger esse meio ambiente, patrimônio brasileiro e de toda a humanidade.

O Brasil é um país complexo, com muitos problemas complicados a serem resolvidos e que possui estágios diferentes de desenvolvimento social, humano, cultural e industrial. Há regiões com elevada qualidade de vida, com forte concentração industrial, e nível de serviços compatíveis com os do Primeiro Mundo; por outro lado, não muito distante dessas mesmas regiões, existem localidades com acentuada taxa de analfabetismo, em que parcela significativa da população padece

---

1 Um exemplo significativo nesse contexto é a recente Encíclica *Laudato Si*, do Papa Francisco, de 25.05.14, disponível em [http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20150524\\_enciclica-laudato-si.html](http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html) acesso em 30.07.15

2 O Brasil é o quinto país em extensão territorial, tem 1,7% da superfície da terra (5,7% das áreas emersas), e 47,3% da América do Sul. Sua população tem quase 200 milhões de habitantes. “Some-se a esses dados superlativos a riqueza do seu patrimônio natural e configurado está um país que, compreensivelmente, ocupa posição central nas discussões sobre a sustentabilidade do planeta.” in BENJAMIN, Antônio Herman V. *Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro*. Revista de Direito Ambiental. Ano 4. abril-jun 1999. Editora RT. p. 48-9

de desnutrição, talvez uma terminologia elegante para referir-se simplesmente a fome mesmo. É nesse quadro de extrema complexidade que o Estado brasileiro deve procurar promover o desenvolvimento econômico e social, e, sem dúvida, buscar respeitar a proteção ao meio ambiente. Tarefa nada fácil, portanto, e na qual, forçoso reconhecer, não tem obtido muito sucesso.

Diversas são as causas, que podem ser exemplificadas com problemas culturais, dificuldades fiscalizatórias, deficiências estruturais e de pessoal dos órgãos fiscalizadores, corrupção de agentes públicos, e, no âmbito jurídico-constitucional, a complexidade da distribuição de competências na Federação brasileira. Esta é, sem dúvida, - e amplamente reconhecida pela doutrina brasileira<sup>3</sup> -, uma das dificuldades na efetividade da proteção ambiental brasileira. Pode-se apontar, especificamente, a (1) superposição de esferas federativas (União, Estados-membros e Municípios), com ausência de clareza quanto às funções desempenhadas por cada um; (2) rigidez excessiva na distribuição competencial, com elevada concentração de poderes e recursos na União; (3) ausência de critérios que permitam a elaboração de uma jurisprudência constitucional estável e duradoura, a permitir uma descentralização maior de atribuições entre os componentes da Federação. Os atualmente existentes somente promovem maior centralização.

---

3 Por exemplo, URAS, Ilídia da Ascensão Garrido Martins; ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. *Legislação concorrente em meio ambiente*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009; ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e Competências Ambientais no Brasil*. Lumen juris Editora. Rio de Janeiro. 2007. p.103-5. MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013. p. 241-2. BENJAMIN, Antônio Herman. *O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental*. BDJur, Brasília, DF, 7 maio 2010. p. 338. KRELL, Andreas J. *A Necessária Mudança de Foco na Implantação do Federalismo Cooperativo no Brasil: da Definição das Competências Legislativas para o Desenho de Formas Conjuntas de Execução Administrativa*. p. 650 in SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2009.

Verifica-se excessiva rigidez no trato competencial da federação brasileira.<sup>4</sup> Evidentemente, espera-se que exista determinado grau de certeza e previsibilidade na distribuição de competências de uma federação, tanto que justamente por isso se assegura em uma Constituição escrita e rígida. Ocorre que, reforça-se, há rigidez e centralização excessivas no Brasil, caracterizada também por sobreposição de funções, e, acrescido a isso, uma jurisprudência constitucional excessivamente centralizadora que não consegue abandonar alguns critérios hermenêuticos autoritários, concebidos em Constituições passadas de regimes não-democráticos e que continuam a ser aplicados, muitas vezes sem discussões mais aprofundadas. O princípio da simetria, neste aspecto, mesmo que restrito ao aspecto auto-organização, talvez constitua o exemplo mais claro a demonstrar a procedência dessas afirmações, aliás reconhecidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal em algum tempo, requerendo seja adotada postura interpretativa mais favorável à autonomia dos Estados-membros e Municípios<sup>5</sup>.

A jurisprudência constitucional brasileira carece de uma sistemática segura e transparente para a resolução dos conflitos federativos, que possibilite a todos os entes federativos terem seus argumentos considerados. Atualmente, o que se tem, a rigor, é uma assistemática, associada à adoção de critérios que somente promovem a centralização das competências na União. Uma espécie de

---

4 Joaquín Tornos Más, citando Paloma Biglino Campos, refere que isso se deve – e que se aplica ao Estado Federal brasileiro – , em parte a que “Como se ha dicho, «mientras que los federalismos de integración siguen una idea flexible de competencia, al servicio de la construcción de la unión, los federalismos de devolución adoptan una comprensión más estricta de la competencia, destinada sobre todo a garantizar la posición jurídica de los territorios que los integran»<sup>11</sup>. En este caso el debate soberanista está menos presente, ya que los nuevos Estados miembros se crean por la Constitución a partir de una soberanía única, pero se refuerza el debate sobre la previsión de los respectivos ámbitos de actuación, sobre el reparto de poder a través de la distribución de competencias.” in TORNOS MAS, Joaquín. *La distribución de competencias en los sistemas federales. Una propuesta para una hipotética reforma constitucional en España*. in LÓPEZ BASAGUREN, Alberto; ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. *Los caminos del federalismo y horizontes del Estado Autnómico*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública. 2014. p. 559

5 Cf. Min. Luiz Fux na ADI 4060/SC, Plenário, 25.02.15. 1. Como disse o relator: “o princípio federativo brasileiro reclama, na sua ótica contemporânea, o abandono de qualquer leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União (sejam privativas, sejam concorrentes), bem como a descoberta de novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, tudo isso em conformidade com o pluralismo político, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 1º, V).” Ainda, “o Tribunal, na vigência da nova Constituição, continua a pautar-se pelas interpretações do passado, como ressaltou o Ministro Sepúlveda Pertence”. in MOHN E SOUZA, Paulo Fernando. *A Subsidiariedade como Princípio de Organização do Estado e sua Aplicação no Federalismo*. Senado Federal. Brasília: 2010. p. 219. O Min. Gilmar Mendes, em voto proferido na ADI 4.167/DF, Plenário 06.04.11, disse: “sabemos que, entre nós, o discurso federativo é predominantemente um ‘discurso de domingo’; em alemão se diz que é *Sonntagsrecht*. Falamos em favor da Federação aos domingos e, durante a semana, trabalhamos contra a Federação. Em geral, é assim.”

principiologia pautada no cânone *in dubio pro União*.

O presente trabalho objetiva, com apoio no direito comparado, estabelecer critérios que possam ser adotados para a resolução desses conflitos competenciais, especificamente em matéria ambiental. Esses critérios são o princípio da proporcionalidade (direito europeu), e os conceitos de “legislação básica”, “normas adicionais de proteção”, e “transversalidade”, do direito espanhol.

Em relação à proporcionalidade, algumas razões, dentre outras, podem ser já apontadas para essa escolha:

- (1) é um princípio largamente empregado pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito dos direitos fundamentais, de modo que sua sistemática e utilização não constitui nenhuma novidade se aplicado às competências<sup>6</sup>;
- (2) esse princípio pode fornecer a necessária flexibilidade e sistematicidade ao Supremo Tribunal Federal para que se possa construir uma doutrina constitucional sobre a matéria, a ser consolidada com a reiteração de precedentes;
- (3) a proteção ao meio ambiente constitui um direito fundamental na Federação brasileira, reconhecida jurisprudencialmente, possuindo elevada carga de indeterminação e natureza principiológica, de modo que não constitui, assim, nenhum absurdo lógico sua utilização.
- (4) o princípio da proporcionalidade não estabelece presunções *a priori*. Permite, assim, que todos os argumentos, todos os princípios envolvidos no julgamento das questões, sejam avaliados e sopesados, e isso, com certeza, pode favorecer a descentralização competencial. Colabora para que se determine o que consiste o “mínimo denominador comum”.

---

<sup>6</sup> Já faz parte da bagagem constitucional brasileira. De fato, “[...]o direito constitucional é, em parte, uma expressão da identidade nacional. Essa singularidade se apresenta não somente quando analisamos disposições das Constituições, mas também em relação aos métodos de interpretação constitucional. Ambos os elementos se encontram arraigados nas atitudes e na bagagem jurídica dos servidores públicos e os advogados de cada cultura constitucional. Mais ainda, esses elementos determinam, pelo menos em parte, o significado das disposições constitucionais.[...]” in BERNAL PULIDO, Carlos. *A Migração do Princípio da Proporcionalidade pela Europa*. Trad. Lays Gomes Martins. Revista Libertas. Vol 1, nº 2, jul-dez 2014. Ouro Preto - MG. [www.libertas.ufop.br/Volume1/n2/8.pdf](http://www.libertas.ufop.br/Volume1/n2/8.pdf). Acesso em 29.07.15. p. 225



Esse princípio é pouco utilizado na ordem constitucional espanhola para a resolução de conflitos competenciais, embora seja bastante empregado pelo Tribunal Constitucional no campo das restrições aos direitos fundamentais. É consolidada sua utilização no âmbito competencial da União Europeia (arts 4º e 5º TUE), principalmente pelo Tribunal de Justiça.

Além do princípio da proporcionalidade, deve-se proceder a uma readequação da formulação dos conflitos competenciais, conferindo maior sistematicidade ao tratamento dessas questões, e permitindo também a reformulação de alguns conceitos utilizados. Tanto no Brasil como em Espanha a competência legislativa ambiental é de natureza concorrente-compartimentada. “normas gerais”, no caso brasileiro; legislação básica na Espanha. Assim, da experiência autonômica espanhola são empregados, sobretudo, a doutrina das “bases e desenvolvimento”, “as normas adicionais de proteção”, bem como o entendimento sobre “as competências transversais”, temas problemáticos no federalismo brasileiro e sobre os quais a doutrina brasileira ainda não ofereceu respostas satisfatórias, que não a centralização. O sistema competencial espanhol caracteriza-se pelo princípio dispositivo, e embora bastante criticado por parte da doutrina espanhola, possibilitou a transição à democracia e confere flexibilidade no trato das competências ao Estado Autonômico<sup>7</sup>.

Esses elementos da doutrina comparada, em seu conjunto, incorporados à jurisprudência constitucional federativa brasileira, podem colaborar definitivamente para a resolução dos conflitos competenciais União v. Estados membros, oportunizando descentralização, e assim maior eficácia protetiva ao patrimônio ambiental.

---

7 Ernani Contipelli situa bem essa questão, ao comparar os dois sistemas: “Ante las ponderaciones sobre las formas de Estado correspondientes a los modelos de Brasil y España, la cuestión central se vincula por un lado, a la presencia de apertura constitucional, la cual, marcada por conceptos genéricos, posibilita mayor amplitud en la negociación juspolítica del proceso de atribución de poderes a las entidades constitutivas de la estructura territorial de poder, permitiendo su mejor adecuación y actualización a las exigencias sociales; y, por otro, a las directrices de seguridad y certeza conferida por un modelo constitucionalmente delimitado con previsiones específicas y exhaustivas, que reducen sensiblemente la esfera de negociación juspolítica del poder, pero que, por otro lado, atribuye mayor previsibilidad al contenido de las relaciones existentes en los diversos niveles de gobierno.” in CONTIPELLI, Ernani. *Federación y Estado Autonómico: estudio de derecho constitucional comparado Brasil-España*. Editorial Comares. Granada: 2012. p. 39

Há, portanto, um problema bem concreto na jurisdição constitucional brasileiro: os conflitos competenciais em matéria ambiental, resolvidos de modo assistemático e centralizador, e que constituem uma das razões da inefetividade protetiva ao meio ambiente nacional. O presente trabalho objetiva contribuir para a construção de soluções que possa ser implementada para esse problema, permitindo maior descentralização, e, com isso, maior eficácia protetiva ambiental.. Parte de duas premissas: (1) a primeira, de que o modo como se encontra colocado o problema é inapropriado, mais especificamente, as perguntas feitas para a resolução dos conflitos estão “mal postas”; (2) a segunda, é, reordenada a questão, reformulando-se alguns conceitos (“normas gerais” – “leis básicas”; delimitação material – transversalidade), incorporar a utilização do princípio da proporcionalidade (concepção da doutrina alemã, adotada pelo TJUE) para a resolução desses conflitos. Com isso, acredita-se que poderão ser adotadas soluções que possibilitarão maior descentralização competencial, com mais eficácia protetiva.

A jurisdição constitucional federal brasileira, é uma constatação, precisa abandonar critérios centralizadores que a orientam (prevalência da lei federal, predominância do interesse), e descartar definitivamente métodos hermenêuticos de ordens constitucionais passadas (simetria), não democráticas, que insistem em permanecer, e não condizem com a atual ordem constitucional. Isso é essencial para que se conceba um federalismo mais democrático, flexível e avançado. Sustenta-se, com convicção, que muitos desses problemas conflitivos competenciais decorrem não da impossibilidade de oferecimento de uma única resposta correta a esses casos (coisa, aliás, que nenhum método hermenêutico fornecerá), mas da maneira como é visualizada esse problema, e desses critérios rígidos e centralizadores. Uma concepção inadequada de “normas gerais”, que impedem a formação de uma jurisprudência que possa ser consolidada, na medida em que esses métodos atuais favorecem a ausência de sistematicidade, e contribuem para o *deficit* democrático, prejudicando a proteção ambiental.

## **1. Objeto do trabalho**

De tudo o que já foi exposto, verifica-se que os conflitos competenciais em matéria ambiental encontram-se mal solucionados na federação brasileira, e que isso acarreta uma proteção deficiente ao meio ambiente. Encontram-se mal colocados, os critérios para sua resolução são inadequados, e a Suprema Corte brasileira invariavelmente emprega princípios que somente promovem mais centralização competencial.

O objeto deste trabalho, portanto, é estabelecer critérios que permitam melhor solucionar esses conflitos, de modo a promover a descentralização competencial, com a possibilidade de níveis adicionais de proteção. Para tanto, além de reformular as questões objetos de análise, recorre-se ao direito comparado europeu, de onde se estuda o princípio da proporcionalidade e sua utilização no âmbito competencial da União Europeia, assim como ao direito espanhol, buscando-se as concepções de “legislação básica”, “normas adicionais de proteção”, e “transversalidade”.

O objetivo é buscar soluções que permitam maior descentralização da federação brasileira, pois somente assim será possível promover um meio ambiente mais equilibrado e protegido, na medida em que assegurada mais (1) participação popular, (2) os princípios do federalismo (autonomia, subsidiariedade) e mais (3) eficiência protetiva.

Importante ressaltar que o objeto é restrito apenas aos conflitos Estados-membros v. União. Essa restrição se impõe por duas razões, pelo menos. A primeira, de ordem pragmática, resulta do fato de a Federação brasileira compor-se da União, 26 (vinte e seis) Estados-membros (mais o Distrito Federal), e aproximadamente 5.570 (cinco mil, quinhentos e setenta) municípios, sendo praticamente impossível um estudo que abrangesse os municípios, dada a extensão de sua legislação. Logicamente, também, haveria 9 (nove) possíveis conflitos a serem estudados, exigindo um estudo de amplitude desmesurada. O segundo motivo, parte de uma constatação prática: embora a descentralização seja o caminho mais adequado à proteção ambiental, encontra limites na realidade fática. Para que possa ser exitosa, a federação deve estar bem estabelecida e fortalecida, o que definitivamente não é o caso brasileiro. Assim, acredita-se que um primeiro passo importante seria descentralizar somente aos Estados-membros, que possuem

uma estrutura administrativa mais adequada e encontram-se suficientemente distante de determinados interesses locais.

Relembra-se, então, que se constatou um problema: inefetividade na proteção ao meio ambiente, ao patrimônio ambiental brasileiro, que possui, evidentemente, diversas causas, mas que, dentre essas, uma consiste na ausência de uma doutrina constitucional apropriada à resolução de conflitos competenciais federativos em matéria ambiental. Os critérios atualmente existentes somente promovem a centralização das competências na União. A tentativa do legislador constituinte brasileiro de querer assegurar ao máximo a proteção ao meio ambiente, na verdade, somente tem gerado confusão, superposição de competências e atribuições, ausência de transparência, em síntese, ausência de efetiva proteção ambiental. A deficiência ocasionada pelo excesso, por mais paradoxal que pareça.

Ocorre sobreposição de funções dos entes federativos, ineficiência na atuação administrativa, ocasionado pela ausência de critérios que permitam um exercício adequado pelos entes da Federação das suas competências. Sustenta-se que a excessiva rigidez da distribuição competencial brasileira é uma das causas desses conflitos, decorrência de concepções impróprias (“normas gerais”) e da inexistência de critérios apropriados pela Suprema Corte para sua resolução. Os atualmente existentes mostram-se ineficientes e promovem concentração de poderes na União, prejudicando a proteção do meio ambiente. Um dos princípios fundamentais do direito ambiental, a participação democrática, é negligenciado, e a União, muitas vezes, não consegue avaliar corretamente os problemas, tampouco dispõe de mecanismos eficazes para sua solução<sup>8</sup>.

Assim, objetiva-se estabelecer critérios, elaborar uma sistemática que permita melhor solucionar esses conflitos, promovendo a descentralização e a possibilidade de níveis adicionais de proteção. Para tanto, procede-se a uma readequação das questões conflitivas encontradas, incorporando-se alguns conceitos de direito comparado espanhol (legislação básica, níveis adicionais de proteção, transversalidade) e do direito europeu (proporcionalidade). Em relação a esse último, pode-se ressaltar, mais uma vez, a justificar sua adoção: (1) na ordem

---

<sup>8</sup> FARIAS, Paulo José Leite. *Competência Federativa e Proteção Ambiental*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 1999. p.30

constitucional brasileira é consagrado o direito fundamental ao meio ambiente, com acentuada indeterminação normativa, e de natureza principiológica; (2) a jurisdição constitucional é receptiva à utilização desse princípio, principalmente no âmbito dos direitos fundamentais, embora, em matéria federativa, somente a tenha empregado em 4 (quatro) ocasiões, sendo que uma única vez em conflito competencial ambiental, envolvendo legislação estadual v. legislação municipal; (3) pode conferir maior flexibilidade<sup>9</sup>, e a possibilidade de consolidação e construção de uma jurisprudência, obrigando à exposição dos argumentos e princípios envolvidos, principalmente os favoráveis à descentralização, atualmente negligenciados (4) mesmo que submetida a críticas, é utilizada no contexto competencial da União Europeia, de modo que sua aplicação no Brasil pode também ser viável.

Algumas pontuações se fazem necessárias, entretanto. O primeiro, como já referido, é o corte realizado. Ainda que a federação brasileira seja composta por União, Estados-membros e Municípios, restringiu-se o estudo somente a União v. Estados-membros. Somente esses conflitos serão objetos de estudo e verificação, embora por vezes se deva mencionar como se caracteriza a competência municipal no Brasil, para demonstrar a complexidade da federação brasileira (Cap. 1 e 4), ou como no único precedente atual brasileiro da Suprema Corte em que se emprega o proporcionalidade (Cap. 2 e 6) para analisar lei municipal ambiental que alegadamente invadia esfera de competência do Estado-membro.

## **2. Metodologia e Sistemática**

O método utilizado é o empírico-dedutivo, com aportes de direito comparado espanhol e da União europeia. Utiliza-se a jurisprudência da Suprema Corte brasileira, da jurisprudência constitucional espanhola e europeia (TJUE e TEDH), com o objetivo de verificar a hipótese sobre o qual se sustenta a tese deste trabalho.

Por que utilizar o direito comparado? Túlio Ascarelli, eminente estudioso do Direito Comercial italiano explica que:

---

<sup>9</sup> “Não se pode pensar o Direito Ambiental de forma rígida e dogmática, pois isso é uma contradição em seus próprios termos. É da própria natureza do Direito Ambiental que ele seja examinado de forma flexível e maleável.” in ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 17ª Edição. Editora Atlas. São Paulo: 2015. p. 12

O direito comparado representa o meio para ampliar nossa experiência jurídica no espaço, meio semelhante ao que a História representa quanto ao tempo; permite-nos, através do enriquecimento da nossa experiência, entender e avaliar melhor os diversos sistemas jurídicos, e, pois, reconstruir os traços fundamentais do direito na civilização atual ou em determinada época histórica, e as linhas básicas do seu desenvolvimento; auxilia-nos a compreender as relações entre as normas jurídicas e a subjacente realidade social; dá-nos as razões das diferenças jurídicas; leva-nos à modéstia e à tolerância que decorrem do ampliamto da experiência.

O direito comparado constitui auxílio indispensável para o progresso jurídico dos países, oferecendo a possibilidade de utilizar, cada qual, as experiências alheias.<sup>10</sup>

Ou seja, o direito comparado permite que se estude realidades distintas, e discuta-se soluções para determinados problemas jurídicos da experiência estrangeira, que, como advertia Marc Ancel, “deve ser procurada mais nas decisões dos tribunais do que no texto da lei escrita.”<sup>11</sup>

Fixadas essas premissas, porque comparar com a Espanha na União Europeia? A par da inegável influência que a Constituição espanhola exerceu sobre o constituinte de 1988, motivo suficiente para justificar seu estudo, pode-se acrescentar ainda que: (1) em primeiro lugar, Espanha é um Estado descentralizado, comparável para alguns a uma verdadeira federação<sup>12</sup>, em que a competência sobre o meio ambiente, do mesmo modo que no Brasil, possui natureza concorrente-compartimentada. Se aqui existem as “normas gerais”, no âmbito da União, lá se tem a “legislação básica” atribuída ao Estado central; (2) em segundo lugar, embora pouco empregado o princípio da proporcionalidade na resolução dos conflitos competenciais (o que não significa que o Tribunal Constitucional não o adote

10 ASCARELLI, Tulio. *Problema das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Ed. Saraiva. São Paulo: 1969. p. 4

11 ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado: Elementos de Introdução geral ao Estudo Comparado dos Direitos*. Sérgio Antônio Fabris Editor/reimpressão. Porto Alegre: 2015. p. 112

12 WATTS, Ronald L. *Sistemas federales comparados*. Trad. Esther Seijas Villadangos. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2006. p. 130. Ainda, conforme Ernani Contipelli, “El modelo estatal autonómico prevé la estructuración constitucional de sus poderes por medio de pocos dispositivos que permiten apertura y flexibilidad para modificaciones pragmáticas que atiendan las demandas espacio-temporales con actuación decisiva de las entidades centrales y regionales en la formación de las voluntades en el ámbito local. Ya la forma federativa brasileña encuentra en la Constitución una fórmula cerrada.” in CONTIPELLI, Ernani. *Federación y Estado Autonómico: estudio de derecho constitucional comparado Brasil-España*. Editorial Comares. Granada: 2012. p. 83. Segundo Eliseo Aja, há que se considerar também que “[...]en la teoría constitucional el nombre no es decisivo; importa mucho más el carácter real de las instituciones.” in AJA, Eliseo. *El Estado Autonómico. Federalismo y Hechos Diferenciales*. 2ª Edición. Alianza Editorial. Madrid: 2003. p. 41

consideravelmente, principalmente nas restrições de direitos fundamentais), há contribuições conceituais de extrema importância que devem ser estudadas e recepcionadas pela doutrina brasileira. Especificamente: (a) delimitação conceitual e o problema da transversalidade (conexão e continência) com competências similares; e (b) o problema das “normas gerais” (“legislação básica”) e das “normas adicionais de proteção”, estas últimas pertencentes aos entes descentralizados. A descentralização, por oportuno, já está prevista constitucionalmente em matéria ambiental (CE art. 149.1.23).

Destacar, também, que a descentralização sempre foi um objetivo bem acentuado no Estado Autônomo Espanhol, cuja distribuição de receita, por exemplo, é consideravelmente menos centralizada que na federação brasileira. Enquanto aqui em torno de 68% das receitas encontram-se na esfera do governo federal, na Espanha esse índice encontra-se em torno de 53%, sendo que 30% de natureza previdenciária<sup>13</sup>.

Por outro lado, inegável que Espanha é um Estado inserido no contexto de construção da União Europeia, sem dúvida um dos maiores projetos constitucionais a serem realizados naquele continente nesse século. As influências da União Europeia, e acentuadamente no campo ambiental, são importantes e merecem ser estudadas. Ainda, a construção do espaço europeu se assemelha muito à construção de uma Federação<sup>14</sup>, com a peculiaridade de que, justamente para conferir flexibilidade, utilizam-se os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade. Este último princípio não será objeto de estudo aprofundado por duas razões: (1) a convicção de que isso ampliaria demasiadamente o campo de investigação desse trabalho, talvez tornando-o praticamente inviável; (2) objetiva-se buscar uma solução para um problema específico brasileiro, e o princípio da subsidiariedade, desafortunadamente, tem pouquíssima aplicação na jurisprudência

---

13 Cf. PALOS, Aurélio Guimarães Cruvinel e. A Constituição de 1988 e o Pacto Federativo Fiscal. Consultoria Legislativa. Março 2011. p. 4. Da porcentagem da arrecadação, quase 68% é realizado pela União, 25% pelos Estados-membros, e 6% pelos Municípios. Cf. <https://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/29-10-2015-carga-tributaria-2014> em 03.11.2016, às 19:24h. Em Espanha, cf. BLANCO VALDÉS, Roberto L. *La constitución de 1978*. 2ª Edición. Alianza Editorial. Madrid: 2011. p. 267. Esse índice se eleva a 53%, se considerada a seguridade social.

14 WATTS, Ronald L. *Sistemas federales comparados*. Trad. Esther Seijas Villadangos. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2006. p. 129.

constitucional brasileira.<sup>15</sup> Ainda assim, no Cap. 4, estudou-se um pouco desse princípio no âmbito europeu, principalmente para referir a preocupação com sua efetividade naquela comunidade, como o demonstram os mecanismos de “alerta precoce”, estabelecidos pelo Tratado de Lisboa, e incorporados internamente por alguns Estados como Espanha.

Como já referido, procura-se solução para um problema específico brasileiro: resolução de conflitos competenciais ambientais entre União v. Estados-membros, de modo a possibilitar descentralização competencial, para o qual se busca aportar experiências do direito comparado que possam auxiliar nessa investigação.

O direito comparado, contudo, acaba sendo inevitavelmente uma via de mão dupla. E a experiência constitucional brasileira pode lançar alguns argumentos sobre duas matérias bastante discutidas atualmente em Espanha: (1) a consolidação de um direito fundamental ao meio ambiente no texto constitucional, aliás objeto de discussões doutrinárias nas mais recentes reformas de alguns Estatutos de Autonomia (direito subjetivo); (2) a reforma da Constituição espanhola, especialmente em relação à revogação do princípio dispositivo (art. 2º CE), e o estabelecimento de todas as competências somente no texto constitucional.

Não se tem aqui a pretensão de apontar qualquer solução para esses problemas da realidade espanhola, mas observa-se que, ao longo da exposição do trabalho, algo pode ser extraído em relação a esses questionamentos, e isso pode contribuir, mesmo que minimamente, para enriquecer o debate sobre esses temas.

Talvez, o principal, de que o federalismo não é a solução para todos os problemas. Mesmo existindo excesso de flexibilidade no princípio dispositivo, deve-se atentar para não se recair no extremo oposto, o da hiper-rigidez, do qual o Brasil é um exemplo.<sup>16</sup>

---

15 MOHN E SOUZA, Paulo Fernando. *A Subsidiariedade como Princípio de Organização do Estado e sua Aplicação no Federalismo*. Senado Federal. Brasília: 2010. p. 276

16 Somente para exemplificar, enquanto Espanha possui aproximadamente 23,5% de seu orçamento com a autoridade central, no Brasil em torno de 50-60% encontra-se na União, de onde se verifica a centralização da federação brasileira.



### 3. Estrutura e alguns conceitos utilizados

O trabalho compõe-se de uma parte introdutória, a conclusão, e seis capítulos. Embora se explique na sequência os objetivos destacados de cada capítulo, a ideia é partir inicialmente de uma apresentação dos traços essenciais da federação brasileira, assim como do complexo sistema de constitucionalidade e do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, suas principais ações, características, metodologia de decisões, enfim (cap. 1). Esse capítulo inicial pretende introduzir os aspectos extremamente centralizadores da federação brasileira, bem como as peculiaridades da Suprema Corte nacional, e que levam à adoção de critérios inadequados para resolver determinadas questões (excesso de volume, mecanismos de decisão unipessoais).

Isso, obviamente, encontra-se vinculado com a hermenêutica e principiologia constitucionais, devendo-se estudar (cap. 2) os problemas de interpretação constitucional (recepções impróprias), os princípios mais comuns do Estado federal brasileiro, e o estudo do princípio da proporcionalidade, suas características e adoção na ordem constitucional brasileira. Ou seja, estuda-se a dinâmica federativa brasileira, com sua principiologia destacadamente centralizadora (princípio da predominância do interesse, simetria), mas também a acolhida do princípio da proporcionalidade, sobretudo no campo dos direitos fundamentais, e como isso pode contribuir a sua recepção nas questões federativas. No cap.3, parte-se para um estudo da proteção ao meio ambiente na ordem jurídica brasileira, seu histórico, evolução, consagração constitucional e jurisprudencial (natureza de direito fundamental), realizando-se breve introdução ao tratamento competencial do meio ambiente na Constituição brasileira, seus conflitos e alguns métodos atualmente empregados em sua resolução. Verifica-se que o direito fundamental ao meio ambiente é uma preocupação no direito brasileiro, e procede-se ao estudo de alguns critérios empregados para a resolução de conflitos competenciais ambientais, que quando não são centralizadores, são pautados em presunções e escassamente utilizados pelo Supremo Tribunal Federal (*in dubio pro natura*).

No cap. 4 parte-se para o estudo da dinâmica federativa brasileira competencial propriamente dita, analisando-se a complexidade do conceito de “normas gerais”, os conflitos que se apresentam em matéria ambiental, e as soluções e dificuldades enfrentadas pelo STF na resolução dessas questões. O objetivo é estudar como os conflitos são *atualmente solucionados* pela jurisdição constitucional brasileira. Fica demonstrado, à exaustão, a extrema centralização federativa promovida pela Suprema Corte brasileira, e que o estado atual de coisas demonstra não ser a solução mais efetiva à proteção ambiental.

No cap. 5 parte-se para o estudo do direito comparado, inicialmente com o Estado autonômico espanhol, suas características, histórico, o papel do Tribunal Constitucional. A seguir, a proteção ao meio ambiente na Constituição de 1978 (art. 45), sua natureza de princípio *rector*, o tratamento competencial da matéria, e a problemática dos conceitos de “legislação básica” e “normas adicionais de proteção”, além da doutrina do TC sobre o tema. Por fim, estuda-se a proteção ao meio ambiente na União Europeia, a Corte Europeia de Direitos Humanos, o princípio da proporcionalidade e algumas decisões do TJUE sobre o tema em matéria ambiental.

No cap. 6, os mesmos casos estudados no cap. 4 são rediscutidos após a incorporação das contribuições do direito comparado. Faz-se uma análise pautada em 3 aspectos: (1) necessidade de reformulação do modo como são encarados os conflitos competenciais no Brasil, mais especificamente, as perguntas corretas que devem ser realizadas nesses casos, objetivando melhor reenquadramento desses problemas; (2) redefinição de determinados conceitos, para o qual a contribuição do direito comparado espanhol se mostra fundamental: o problema da transversalidade ambiental (conexidade), da definição do básico (“normas gerais”), e as “normas adicionais de proteção”; (3) por fim, a aplicação do princípio da proporcionalidade aos casos apresentados no cap. 4, verificando-se sua utilização nos problemas apresentados. Essa metodologia não permite apenas solucionar mais adequadamente os conflitos ambientais, mas principalmente oferecer a oportunidade de os Estados-membros terem seus argumentos considerados, suas razões ouvidas pela jurisdição constitucional, e, com isso, decisões mais favoráveis à descentralização e à proteção ambiental.

Nesse contexto, alguns esclarecimentos conceituais se mostram importantes desde já.

O primeiro deles é que direito fundamental é concebido tanto na sua clássica dimensão subjetiva (possibilidade de exigir o cumprimento, coativo se necessário, por meio dos órgãos estatais), como na dimensão objetiva (irradiação dos efeitos por todo o ordenamento jurídico), inclusive com eventuais deveres de proteção decorrentes dessas características.

O segundo deles é que há (1) um direito fundamental ao meio ambiente na ordem jurídica brasileira (art. 225); e que existem (2) competências para legislar sobre a proteção ao meio ambiente (art.24, VI). São conceitos distintos, mas evidentemente possuem relação, e legislar sobre meio ambiente no direito brasileiro é legislar sobre um direito fundamental, com todas as implicações que desse fato podem decorrer. Uma delas, sem dúvida, é a abertura conferida pelo princípio da proporcionalidade.<sup>17</sup>

Ainda, uma observação a respeito do que se entende por “competências”, “matérias”, e “faculdades”. Segundo Arroyo Gil, “matérias” são aqueles campos da realidade que devem ser objeto de uma disciplina legislativa, regulamentar, de gestão ou meramente executiva (p.ex, meio ambiente, agricultura); “faculdades” são o tipo de atuação pública prevista sobre cada uma das matérias referidas, e de modo geral podem ser de caráter legislativo, executivo, e às vezes judicial;

---

<sup>17</sup> A observação de Carlos Bernal Pulido é aqui pertinente: “A crítica metodológica consiste em afirmar que, ainda que haja um consenso acerca da existência dos princípios substantivos subjacentes às disposições constitucionais, disso não decorre necessariamente que as colisões devem ser solucionadas mediante a proporcionalidade. Pode haver, e de fato há, práticas constitucionais que utilizam ferramentas metodológicas alternativas para resolver essas colisões. O princípio da proporcionalidade não é o único instrumento jurisprudencial disponível para a aplicação dos direitos fundamentais. A lista de critérios alternativos inclui: a análise categórica utilizada em casos relativos à primeira emenda da Constituição estadunidense, a análise concernente à existência de um conteúdo essencial de direitos fundamentais (*Wesensgehalt*), as chamadas teorias internas dos direitos fundamentais desenvolvidas por parte da doutrina constitucional alemã e utilizada por um setor da jurisprudência, a doutrina britânica referente à irrazoabilidade e outros critérios do direito de igualdade utilizados no direito constitucional estadunidense. A existência dessas práticas provaria o fato de que não há uma conexão conceitual necessária entre os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade. Pode haver, e efetivamente há, proteção dos direitos fundamentais sem o uso do princípio da proporcionalidade.” in BERNAL PULIDO, Carlos. *A Migração do Princípio da Proporcionalidade pela Europa*. Trad. Lays Gomes Martins. Revista *Libertas*. Vol 1, nº 2, jul-dez 2014. Ouro Preto - MG. [www.libertas.ufop.br/Volume1/n2/8.pdf](http://www.libertas.ufop.br/Volume1/n2/8.pdf). Acesso em 29.07.15. p. 248-9

“competências” em sentido estrito constituem a projeção de uma determinada faculdade sobre uma matéria concreta.<sup>18</sup>

No mesmo sentido, Eliseo Aja:

Desde la perspectiva del Título VIII, podemos definir la competencia como el conjunto de facultades que el Estado o las CC.AA. pueden desplegar para regular las actividades humanas en un sector determinado del ordenamiento. Como dice el voto particular (Rubio Llórente y Díez Picazo) de la STC 94/85, de 29 julio (Escudo del País Vasco), competencia es el «haz concreto de potestades que se ejercen válidamente dentro de un territorio concreto sobre personas determinadas y respecto de materias definidas».<sup>19</sup>

Para os efeitos deste trabalho, adota-se a conceituação empregada por esses autores. O que de modo algum diminui os problemas inerentes aos conflitos competenciais, sendo a principal dificuldade dessas categorias constitucionais de caráter teórico a projeção de todo esse aparato conceitual sobre distintos setores materiais da realidade, à semelhança de Lineu, como ressalta Paloma Biglino Campos.<sup>20</sup>

Por fim, uma questão de tradução. No Brasil, à semelhança dos Estados Unidos, os entes federativos dispõem de competência legislativa plena (legislação, regulamentação, execução), de modo que a expressão “desarrollo legislativo” encontra certas dificuldades para sua transposição ao idioma jurídico brasileiro. Em Espanha isso significa regulamentação, execução, complementação – em matéria ambiental, por parte das CA (art. 149.1.23 CE), o que não impede que às vezes a legislação estatal tenha caráter executivo – e não encontra uma acepção no mesmo sentido no Brasil. Traduziu-se, assim, por “desenvolvimento legislativo”, embora se deva ter essa compreensão.

Outro conceito preliminar: em Espanha, Estado corresponde ao ente central; no Brasil, esse termo corresponde aos Estados-membros. Por isso, embora por

18 ARROYO GIL, Antonio. *Una concepción de los principios de competencia y prevalencia en el Estado Autonómico español*. RJUAM, nº 20, 2009-II. p. 201

19 AJA, Eliseo. *La Distribución de Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España. Balance y perspectivas*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 4. Septiembre-diciembre. 1989. p. 241

20 BIGLINO CAMPOS, Paloma. *Un Complejo Modelo de Distribución de Competencias que necesita otras garantías*. Revista de Administración Pública. ISSN: 0034-7639, núm. 187. Madrid, enero-abril (2012).p. 19

vezes repetitivo, procurou-se manter essa terminologia espanhola, para não causar maiores confusões.

#### **4. Algumas ideias preliminares**

Inicialmente, sobre a proteção ao meio ambiente. Em que pese seja constitucionalizada a proteção ao meio ambiente no ordenamento jurídico-brasileiro, e que tenha sido considerado como direito fundamental de terceira geração (art. 225, § 3º), o mesmo fenômeno não ocorre em outras ordens jurídicas, e esse fato por si só não significa que essas ordens jurídicas não protejam seus meios ambientes, talvez até de maneira mais efetiva que o caso brasileiro.

O direito ao meio ambiente, na medida em que se encontra consagrado como direito fundamental no Brasil, possui duas facetas: (1) uma subjetiva, pertinente ao indivíduo, que pode exigir do Estado prestações, em nome da coletividade, para que esse seu direito seja efetivado; (2) uma objetiva, a exigir concretamente do Estado atitudes positivas para concretizar o direito ao meio ambiente, seja expedindo a legislação pertinente, seja pela adoção de atos administrativos que concretizem essa legislação, ou mesmo pela fiscalização desses direitos.

Assim, objetiva-se estudar a proteção ao meio ambiente. Sua origem, evolução e princípios que o caracterizam. É imprescindível que se fixem alguns conceitos, para que se tenha em mente as maneiras que o Estado dispõe para efetivá-las. Também é importante que, desde já, reste bem claro que este é um trabalho de direito constitucional, mais especificamente, no campo do estudo do federalismo, e não de direito ambiental. Desse modo, o tema direito ambiental será desenvolvido apenas e na medida em que interessa ao esclarecimento dos objetivos propostos.

Pois bem, fixado esse ponto, parece de fundamental importância que se explique, mesmo que de maneira não exaustiva, o Estado Federal brasileiro, naquilo

que constitui o núcleo duro de qualquer Estado Federal, estabelecido em sua Constituição: a repartição de competências, e de rendas. Adicionado a isso, e na medida em que consagrados constitucionalmente, também se mostra necessário explicar o funcionamento da jurisdição constitucional brasileira, mormente no que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal, órgão máximo da justiça constitucional. Desde já, pode-se aqui sentir que as dificuldades inerentes ao federalismo brasileiro, e que se refletem inevitavelmente na proteção ao meio ambiente, passam pela solução dos conflitos competenciais entre os entes federativos, no exercício de suas competências definidas constitucionalmente, para a produção da legislação ambiental. O problema da centralização excessiva, e da inadequação dos critérios para sua resolução de conflitos começam a ficar bastante claros.

Essas análises serão realizadas no primeiro capítulo (federação e jurisdição constitucionais brasileiras) e terceiro capítulo (proteção ao meio ambiente e ordem constitucional brasileira). No capítulo segundo, fez-se necessário a inclusão de um estudo especificamente sobre interpretação constitucional, centralizada nos aspectos referentes a princípios, métodos e princípios associados ao federalismo brasileiro, assim como o princípio da proporcionalidade. É fundamental ter a exata compreensão desses princípios, o seu conteúdo e sistemática, bem como seu histórico e recepção pela Corte constitucional brasileira. A principiologia federativa brasileira, caracterizadamente centralizadora, e a recepção da proporcionalidade para o campo dos direitos fundamentais, abrindo-se a possibilidade para seu emprego nos conflitos ambientais.

No capítulo quarto, estuda-se a configuração do direito ao meio ambiente na ordem jurídica constitucional espanhola, em que se ressalta não ser considerado um direito fundamental pela jurisprudência constitucional do TC, embora com entendimentos doutrinários divergentes. Estuda-se a construção do Estado autonômico espanhol, o papel desempenhado pelo Tribunal Constitucional, a polêmica da STC 31/2010, e algumas propostas de reforma federal. Após, analisa-se o conceito de meio ambiente na ordem constitucional espanhola (princípio rector), bem como sua configuração competencial, a discussão em torno do conceito de “legislação básica” e das “normas adicionais de proteção”. A problemática questão da “transversalidade” do direito ambiental, e sua conexidade

com matérias referentes a outros títulos competenciais. Não se descarta de estudar a inserção na ordem comunitária europeia, onde se consagra expressamente o princípio da proporcionalidade para a verificação do exercício das competências comunitárias da União. Estudam-se algumas decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos (em que adotada a defesa cruzada, ou por *ricochet*, do meio ambiente) e do Tribunal de Justiça da União Europeia. A finalidade é possibilitar a incorporação desses conceitos pela ordem constitucional brasileira, e assim promover a solução dos conflitos competenciais de forma mais favorável à descentralização.

No quinto capítulo, estudam-se decisões da Corte Constitucional brasileira que demonstram as dificuldades enfrentadas na concretização do direito ao meio ambiente. Seria praticamente impossível estudar todos os conflitos federativos envolvendo as matérias constantes do rol de competências, sendo imprescindível a restrição ao tema fundamental do trabalho: **direito ao meio ambiente**. Não se olvida dos conflitos existentes em outras matérias, que serão estudados apenas e na medida em que guardem vinculação com o direito fundamental ao meio ambiente (p.ex., quando da explicação se incide ou não o direito ao meio ambiente, ou se trata de outra matéria). Ou, então, em situações nas quais o Supremo Tribunal Federal jamais se pronunciou pela inconstitucionalidade de lei federal ambiental de “normas gerais”, por exorbitar de seus limites, a fim de verificar seu *modus decidendi*, e o comportamento da metodologia proposta (cap. 6).

De um modo geral, a sistematização dos conflitos (adiantando a proposta de readequação das questões), na ordem constitucional brasileira, pode ser agrupada nos seguintes tópicos:

(1) ou se trata de um problema de delimitação da matéria (nas palavras de André Ramos Tavares, “categorização”<sup>21</sup>), qual seja, a matéria objeto de regulação legislativa diz respeito ao meio ambiente, ou a comércio exterior, ou a direito econômico, em síntese, em que se insere realmente a matéria legislativa, e, partindo desse ponto, pode-se tratar de um caso de competência exclusiva da União, ou concorrente com os Estados-membros ou Municípios. Aqui se insere a contribuição da concepção de transversalidade da doutrina espanhola.

---

21 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª edição revista e atualizada. Ed. Saraiva. São Paulo: 2014.

(2) ou se trata de um problema de legislação concorrente, caso em que compete à União somente legislar sobre as “normas gerais” (art. 24, § 1º, CF/88), cabendo ao intérprete estabelecer os limites entre essas “normas gerais” (União) e as locais (Estados-membros e Municípios). Aqui se tem a recepção da doutrina espanhola da “legislação básica” e “normas adicionais de proteção”.

(3) ou se trata de assunto de interesse local (art. 30, I, CF/88), que compete ao Município, ente federativo no direito brasileiro, legislar. Convém referir que na ordem constitucional brasileira atribuiu-se competência expressa à União e aos Municípios, cabendo aos Estados as competências remanescentes (art. 25, § 1º).

Para o direito ao meio ambiente, e os objetivos deste trabalho, interessam somente os dois primeiros itens. A rigor, legislando-se em matéria ambiental (a lei objeto de questionamento se refere a essa matéria), há 4 (quatro) tipos lógicos de conflitos (Cf. Cap. 6.1), embora usualmente apenas dois constituam a grande maioria dos casos julgados (lei dos Estados-membros invade a competência privativa da União; ou excede o limite de complementação das “normas gerais”).

Este trabalho, assim, ao estudar as resoluções de conflitos competenciais entre União e Estados-membros, objetiva estabelecer critérios (princípio da proporcionalidade, “legislação básica”, “normas adicionais de proteção”, “transversalidade”) que permitam solucioná-los adequadamente, e promovendo a descentralização com possíveis níveis adicionais de proteção. As concepções do direito constitucional espanhol promovem maior descentralização, contudo não contribuem para o estabelecimento do que seja “mínimo denominador comum”, pergunta que o princípio da proporcionalidade colabora para sua resolução, ao conduzir o intérprete na análise de todos os princípios e argumentos contrapostos. Com isso, também, colaborando à possibilidade de se promover maior descentralização.

A federação brasileira necessita, sobretudo, de uma interpretação constitucional que confira maior flexibilidade ao desenvolvimento das relações inter-federativas, de modo a facilitar a descentralização. A inefetividade da proteção ao meio ambiente, como já referido, possui uma de suas causas nessa conflituosidade federativa, que se atribui à ausência de uma sistematicidade, primeiro, na própria



forma como se colocam as questões federativas competenciais, e, também, à ausência de critérios que permitam o desenvolvimento de uma sistemática de decisão mais descentralizadora, com a possibilidade de consolidação jurisprudencial e a formação de precedentes. A concepção atual de “normas gerais” é imprópria, favorece a centralização, e os cânones hermenêuticos adotados (prevalência da lei federal, predominância do interesse, simetria, enfim), somente privilegiam a centralização competencial.

A rigidez com que se objetiva encarar as questões federativas, no Brasil, longe de conferir a tão buscada clareza e coerência argumentativas, tem levado a essa litigiosidade interpretativa, e, conseqüentemente, prejudicando a própria proteção ao meio ambiente

Reforce-se, o Brasil, no campo da hermenêutica constitucional federativa, precisa abandonar critérios interpretativos centralizadores, alguns verdadeiros resíduos de ordem constitucionais pretéritas que continuam a figurar na jurisprudência constitucional, e que somente dificultam o desenvolvimento efetivo da federação brasileira. A concepção de “normas gerais”, os critérios da “prevalência da lei federal”, “a predominância do interesse” (sempre favorável à União), enfim.

Esse trabalho, convém ressaltar uma vez mais, não é um estudo sobre direito ambiental *stricto sensu*. É um estudo de direito constitucional, mais especificamente das relações federativas entre os Estados-membros e a União, no âmbito da ordem constitucional brasileira, e no que isso interfere na efetividade desse direito fundamental. Significa dizer que a federação é um meio para a consecução desse objetivo e, por certo, possui suas limitações. As medidas protetivas ao meio ambiente tem, como limite máximo, a própria existência desse Estado federado. O comprometimento com a proteção ao meio ambiente não pode chegar ao nível de prejudicar a própria estrutura do Estado federativo.

Uma federação *equilibrada* é essencial para a efetiva proteção ao meio ambiente.

Alguns limites ao estudo do objeto se impõem. A primeira delas, que caracteriza o sistema jurisdicional brasileiro de controle de constitucionalidade, é que se trata de um sistema misto. Ou seja, incorpora tanto a via difusa quanto a via

direta. Se há uma Corte suprema como órgão de cúpula do Poder Judiciário, a quem compete o controle abstrato de constitucionalidade das normas que lhe forem suscitadas, não se pode olvidar que qualquer juiz, provocado pelas partes ou de ofício, pode conhecer incidentalmente de uma inconstitucionalidade e declará-la nos autos dos processos que lhe são submetidos. Os conflitos federativos, sem dúvida, inserem-se nesses casos.

Somente serão analisadas, porém, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em parte pela quase impossibilidade de se proceder a um exame detalhado de toda a jurisprudência constitucional brasileira (Tribunais superiores, Tribunais Regionais, Justiças dos Estados, enfim), e pelo motivo de que, após a Constituição de 1988, e com as sucessivas reformas implementadas posteriormente (sobretudo a EC nº 45/2004), houve considerável incremento na centralização do controle constitucional perante o Supremo Tribunal Federal. Isso contribui para focalizar o estudo nessas decisões, conseguindo-se uma amostra consideravelmente significativa e expressiva de como essas questões têm sido julgadas. A outra razão, mais simples, porém não menos importante, é que o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, a quem cabe decidir em última instância as questões judiciais no Brasil, é por excelência o Tribunal da Federação.

Passa-se agora ao estudo dos conflitos competenciais ambientais e sua resolução.

## **CAPÍTULO 1. A FEDERAÇÃO BRASILEIRA E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

O presente capítulo objetiva estudar alguns aspectos mais característicos da federação brasileira, e, também, de sua jurisdição constitucional, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal, a fim de permitir uma melhor compreensão dos mecanismos de atuação e de como é resguardada a federação no Brasil. Procura-se, com isso, demonstrar a excessiva centralização e rigidez da forma federativa brasileira, bem como alguns dos problemas enfrentados pela jurisdição constitucional brasileira (excessivo volume processual, técnicas inapropriadas de decisão, enfim), e que de certo modo contribuem para esse problema.

Em um primeiro momento, aborda-se as origens do federalismo e quais suas principais características, sendo que uma dessas constitui a distribuição de competências (legislativa e rendas) entre os entes federativos, assegurada em um texto constitucional. Essa repartição competencial será analisada logo a seguir, explanando-se sua estrutura e como se distribui entre a União, os Estados e Municípios brasileiros.

Federação pressupõe, além de (1) distribuição de competências em um texto constitucional, escrito e rígido, a existência de (2) um órgão imparcial para dirimir os eventuais conflitos entre os componentes dessa ordem estatal.

Nesse contexto, portanto, após a análise da repartição competencial no texto constitucional, procede-se a um estudo do Supremo Tribunal Federal, no modo como se estrutura a Corte, quais suas competências para julgamento, principais ações e recursos por intermédio dos quais podem ser discutidas as questões federativas. Discute-se, também, outros caracteres relevantes da Corte, como os métodos de decisão, a forma dos julgamentos, alguns mecanismos singulares que a caracterizam e a diferenciam de outras Cortes Constitucionais, a fim de compreender algumas das dificuldades (como o excessivo volume processual) enfrentadas pela jurisdição constitucional brasileira.

## 1.1 Estado Federal: introdução e características

O objetivo, nesse ponto do trabalho, é fornecer alguns subsídios que permitam compreender a evolução do Estado Federal, bem como os princípios que o caracterizam. Após um breve histórico geral, analisa-se a federação brasileira propriamente dita, com seu marcado traço centralizador.

### 1.1.1 Origens: os Estados Unidos

Embora o Estado Federal possa ser visto por alguns doutrinadores como originário já na Grécia antiga, em que se constituíram associações de Cidades-Estado, entende-se que, com o perfil que atualmente caracteriza o Estado contemporâneo, suas raízes encontram-se na Constituição norte-americana de 1787, que institui por primeira vez no mundo essa forma de Estado.

Parece inegável, contudo, que houve influência de alguns doutrinadores e pensadores políticos nessa concepção<sup>22</sup>, sendo os mais conhecidos Althusius (Política)<sup>23</sup> e Montesquieu. Este último, diz expressamente que:

Se uma república é pequena, ela é destruída por uma força estrangeira; se é grande, destrói-se por um vício interno.

Esse duplo inconveniente contamina igualmente as democracias e as aristocracias, sejam elas boas ou más. O mal está na própria coisa: nada há que o posso remediar.

Assim. Há indícios de que os homens teriam sido obrigados a viver sempre sob o governo de um só, se não tivessem imaginado um tipo de constituição que possui todas as vantagens internas de um governo republicano e a força externa da monarquia. Refiro-me à república federativa.

---

22 Sobre as origens do federalismo, remontando a Montesquieu, principalmente, Rousseau e Althusius, por todos, ver REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *O Federalismo numa Visão Tridimensional do Direito*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre. 2011

23 Para esse autor, “a política é a arte de reunir os homens para estabelecer vida social comum, cultivá-la e conservá-la. Por isso, é chamada de ‘simbiótica’. O tema da política é, portanto a associação (*consociatio*), na qual os simbióticos, por intermédio de pacto explícito ou tácito, se obrigam entre si à comunicação mútua daquilo que é necessário e útil para o exercício harmônico da vida social”. in ALTHUSIUS, Johannes. *Política*. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. Editora Topbooks. Rio de Janeiro: 2003. p. 103

Esta forma de governo é uma convenção pela qual vários corpos políticos consentem em tornar-se cidadãos de um Estado maior que querem formar. É uma sociedade de sociedades, que dela fazem uma nova, que pode ser aumentada pela união de novos associados..<sup>24</sup>

[sem grifos no original]

Rousseau, também, foi outro autor que, quase à mesma época, se debruçou sobre o tema da federação, em suas *Considerações sobre o Governo da Polônia*:

Essa forma federativa, que em sua origem talvez tivesse uma causa fortuita, parece-me uma obra-prima de política. Em todos os lugares em que reina, a liberdade é incessantemente atacada e frequentemente está em perigo. Todo o Estado livre no qual não se previram as grandes crises, corre o risco de perecer a cada tempestade. Somente os poloneses conseguiram dessas próprias crises tirar um novo meio de sustentar a constituição. Sem as confederações, há muito tempo a república da Polônia não existiria mais e temo bastante que não viva muito depois delas, caso se tome a resolução de aboli-las. Lançai os olhos sobre o que acaba de suceder. Sem as confederações, o Estado seria subjugado, a liberdade para sempre abolida. Quereis tirar da república o recurso que acaba de salvá-la?<sup>25</sup>

O que se pode extrair desses autores é que a federação se constitui em uma forma de Estado composta, em que alguns Estados se associam para a formação de um ente maior. Da história constitucional americana, em que a maioria dos autores aponta ter efetivamente surgido o regime federativo<sup>26</sup>, verifica-se que inicialmente havia treze colônias que se uniram, em uma confederação (1781), com a finalidade de obter a independência frente a Inglaterra. Posteriormente, a fim de resolver problemas comuns decorrentes dessa confederação, que não conseguia

24 MONTESQUIEU, Charles L. *Do Espírito das Leis*. 2ª Parte, Livro IX, Capítulo I. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins. 2ª Edição. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 127

25 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Obras de J-J Rousseau*. Vol II - Obras Políticas. Editora Globo. Porto Alegre: 1962. p. 303

26 Explicando melhor, “a maioria dos constitucionalistas entende somente se ter a experiência federalista, como concebida modernamente, no século XVIII. Apenas naquele momento se tem aperfeiçoada, na história, uma experiência de federalismo como uma concepção constitucional sistematizada num ordenamento jurídico-formal, conciliando-se, sob uma mesma ordem jurídica total, diversas unidades, as quais partilham com uma entidade central competências que lhes permitem viver como entidades dotadas de autonomia política.” in ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Livraria Del Rey Editora. Belo Horizonte: 1997. p. 197. Também PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p. 765; AJA, Eliseo. *El Estado Autónomo. Federalismo y Hechos Diferenciales*. 2ª Edición. Alianza Editorial. Madrid: 2003. p. 25

mais atender aos objetivos criados – mencione-se, por excelência, os problemas financeiros decorrentes da Guerra de Independência -, bem como a ausência de um poder central efetivo, reuniram-se os representantes das colônias em Filadélfia, ocasião em que elaboraram a Constituição de 1787 e foi criada a União norte-americana.

Desse começo, que talvez nenhum livro melhor que *Os Artigos Federalistas* explique tão bem, surgiu o Estado Federal na história mundial. Um Estado composto por agregação (integração), que buscasse a preservação das identidades regionais, mas que permitisse que um órgão central, dotado de soberania, fosse suficientemente forte para enfrentar as ameaças comuns. Esboçam-se, assim, algumas das características fundamentais do Estado Federal.

Com efeito, para que se tenha uma Federação, é imprescindível que haja a preservação da autonomia local dos entes que compõem essa forma de Estado – afinal, trata-se a rigor, de um pacto<sup>27</sup>-, em que essas entidades transferem parcela de seu poder para a criação desse órgão central. Outrossim, deve haver um órgão em que esses entes possam ter suas vontades representadas (Senado)<sup>28</sup>. E isso tudo se consolida em um documento escrito e rígido (Constituição), em que se encontra descritas as repartições de competências, as esferas de atribuição dos entes componentes desse pacto, assim como a distribuição de rendas (receitas) que permita a realização dessas atribuições. De fato, a "Constituição Federal é o instrumento de criação jurídico-positiva do Estado Federal, encerrando a decisão fundamental sobre a forma de Estado."<sup>29</sup>

E, por derradeiro, não basta a existência de uma Constituição. São necessários mecanismos para resguardá-la e tornar efetivo o seu cumprimento. Na concepção original americana, esse papel incumbe à Suprema Corte. Nesse sentido, por exemplo, Alexander Hamilton, em *O Federalista*, Artigo LXXX.<sup>30</sup>

No dizer de Fernanda de Almeida, portanto:

---

27 O próprio termo federalismo remonta ao latim, *foedus*, que significa "aliança", "pacto".

28 No caso norte-americano, essa característica ficou um pouco relativizada com a Emenda nº 17, de 1913.

29 HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4ª edição revista e atualizada. Editora Del Rey. Belo Horizonte: 2003. p. 321

30 HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Os Artigos Federalistas*. Trad. Maria Luísa X. De A. Borges. Ed Nova Fronteira. Rio de Janeiro: 1993. Artigo LXXX (Hamilton). p. 490

A Federação, a rigor, é um grande sistema de repartição de competências. E essa repartição de competências é que dá substância à descentralização em unidades autônomas.

Com efeito, a autonomia, no seu aspecto primordial, que a etimologia do termo naturalmente indica – autonomia, do grego *autos* (próprio) + *nomos* (norma) significa edição de normas próprias -, corresponde, no caso dos Estados-membros, à capacidade de se darem as respectivas Constituições e leis. Ora, destituído de significado prático seria reconhecer essa capacidade de auto-organização e autolegislação, sem que houvesse uma definição do objeto possível de normatização pelos Estados.<sup>31</sup>

Para uma federação, desse modo, é fundamental a repartição de competências, pois é por seu intermédio que se pode assegurar a autonomia dos entes que a compõem.

Como bem ressaltado por Hans Kelsen:

[. . .]Em outras palavras, o Estado federativo é um caso especial de descentralização. A disciplina dessa descentralização é o conteúdo essencial da Constituição geral do estado, que determina principalmente que matérias serão regidas por leis centrais e que matérias o serão por leis locais, assim como as matérias que serão de competência exclusiva da União e as que serão de competência exclusiva dos estados federados. A repartição de competências é o cerne político da ideia federalista.<sup>32</sup>

[ sem destaques no original]

Autonomia provém, etimologicamente, do grego *nómos*, e significa tecnicamente a edição de normas próprias, que vão constituir e organizar determinado ordenamento jurídico.<sup>33</sup> Essa autonomia, consoante doutrina tradicional, se subdivide em (1) auto-organização; (2) autogoverno e (3) autoadministração. A auto-organização é chamada por alguns autores de auto-constituição, e consiste exatamente na capacidade dos Estados-membros de

31 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 14

32 KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Ed Martins Fontes. São Paulo: 2003. p. 183

33 HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4ª Edição revista e atualizada. Editora Del Rey. Belo Horizonte: 2003. p. 363. Assim Também Hely Lopes Meirelles, para quem “Autonomia é prerrogativa política, outorgada pela Constituição a entidades estatais internas (Estados-membros e Municípios), para compor o seu governo e prover a sua administração segundo o ordenamento jurídico vigente. É a administração própria daquilo que lhe é próprio”. In MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. Editora RT. 4ª Edição. São Paulo: 1981. p. 65

elaborarem e promulgarem suas próprias constituições.<sup>34</sup> O autogoverno é a prerrogativa que têm os Estados-membros de elegerem seus próprios titulares dos Poderes Executivo e Legislativo.<sup>35</sup> A Autoadministração é a autonomia que têm os integrantes da federação para estruturarem seus órgãos administrativos e exercerem diretamente a sua própria administração, na aplicação e execução das leis.<sup>36</sup>

A final, lembrando mais uma vez, é essencial a um Estado Federal a existência de uma Constituição escrita e rígida,

[. . .] onde se fixe a distribuição de competências entre a União e as unidades-membros, de modo que o Estado federal funcione independentemente dos Estados-membros e esses tenham um grau de independência que lhes assegure a continuação de seu *status* estatal.<sup>37</sup>

Ou seja, (1) constituição escrita e rígida; (2) repartição de competências e rendas assegurada; (3) Corte para dirimir os litígios federativos; (4) participação dos membros na formação da vontade nacional.

Dessas características, dentro dos objetivos propostos para esse trabalho, interessam a (1) repartição de competências e (2) o papel desempenhado pela Corte para a resolução dos litígios.

Serão objeto de análise mais detalhada nos tópicos subsequentes.

### 1.1.2 A Federação no Brasil

No Brasil, a Federação foi instituída pelo art. 1º do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889 (“*Art. 1º. Fica proclamada provisoriamente e decretada como a*

<sup>34</sup> FERRARI, Sérgio. *Constituição Estadual e Federação*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2003. p. 50

<sup>35</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>36</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>37</sup> CUNHA FERRAZ, Anna Cândida da. *Poder Constituinte do Estado-Membro*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 1979. p. 63



*forma de governo da nação brasileira - a República Federativa.*”). Como bem ressaltou Pontes de Miranda, “a União não nasceu da federação; a União adotou a organização federal. Essa a realidade, assim histórica como de sistemática do direito constitucional brasileiro.”<sup>38</sup>

Diferentemente dos Estados Unidos, a federação brasileira não se constituiu por agregação (integração, centrífuga), e sim por desagregação (devolução, centrípeta). O que de modo algum, nesse aspecto, a torna um caso singular (v.g., México, Argentina), mas, sem dúvida, explica alguns dos problemas enfrentados quanto à descentralização, ou mesmo da efetivação do princípio da subsidiariedade. Também explica, de certo modo, a aparente apatia do povo brasileiro em relação às instituições federais, como bem observado por Sérgio Ferrari:

A opinião que aqui se expressa é no sentido de que, apesar da inegável convivência entre a unidade nacional e a diversidade regional, não há no Brasil um sentimento popular forte e definido em favor do Estado federal. As grandes demandas populares ainda são pelas liberdades civis e, em maior medida, pelas prestações de cunho social, pouco importando ao cidadão se o seu atendimento se dará por um poder local ou central. Nestes mais de cem anos de República, o debate sobre o federalismo ficou restrito às elites, e sua aplicação oscilou como o nosso pêndulo constitucional: não por coincidência, a oclusão da democracia representava sempre um eclipse do federalismo.<sup>39</sup>

O Brasil, desde que se constituiu em Estado independente (1822), já teve 7 constituições (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967-69 e 1988). Em 1891 foi instituída a forma federativa de Estado, que desde então sempre esteve nos textos constitucionais, mas que, como bem referido por parcela da doutrina, caracterizou-se por um movimento pendular, em que ora se acentuavam as características descentralizantes, com maior autonomia aos Estados-membros, ora maior centralização, chegando alguns períodos de total eclipse federativo (sobretudo 1937 e 1967-69).<sup>40</sup>

---

38 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1 de 1969*. Tomo II (arts. 8º -31). 3ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro: 1987. p. 188

39 FERRARI, Sérgio. *Constituição Estadual e Federação*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2003. p. 79

40 Nesse sentido, Raul Machado Horta; José Afonso da Silva; Paulo Bonavides.

Além dessa característica pendular da federação brasileira, um fato que a singulariza atualmente, fruto de certa tradição histórica, é a presença de um terceiro ente federativo: o município. A rigor, as federações sempre foram compostas por União e Estados-membros, seja por agregação ou segregação, sendo que no Brasil, embora somente no texto constitucional de 1988 constando de maneira expressa, sempre se consagrou um espaço de autonomia considerável ao município, principalmente por meio da cláusula do “peculiar interesse”.<sup>41</sup>

Esse terceiro elemento característico da federação brasileira, porém, não é aceito unanimemente pela doutrina brasileira. Ainda que sejam poucos os críticos, o mais contundente é José Afonso da Silva, que diz:

A Constituição consagrou a tese daqueles que sustentavam que o Município brasileiro é “entidade de terceiro grau, integrante e necessária ao nosso sistema federativo”. *Data venia*, essa é uma tese equivocada, que parte de premissas que não podem levar à conclusão pretendida. Não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o município é essencial ao conceito de federação brasileira. Passara os Municípios a ser entidades federativas? Certamente que não, pois não temos uma federação de Municípios. Não é uma união de Municípios que forma a federação. Se houvesse uma federação de Municípios, estes assumiriam a natureza de Estados-membros, mas poderiam ser Estados-membros (de segunda classe?) dentro dos Estados federados? Onde estaria a autonomia federativa de uns ou de outros, pois esta pressupõe território próprio, não compartilhado? Dizer que a República Federativa do Brasil é formada de união indissolúvel de Municípios é algo sem sentido, porque, se assim fora, ter-se-ia que admitir que a Constituição está provendo contra uma hipotética secessão municipal. Acontece que a sanção correspondente a tal hipótese é a intervenção federal que não existe em relação aos Municípios. A intervenção neles é da competência dos Estados, o que mostra serem ainda vinculados a estes. Prova que continuam a ser divisões político-administrativas dos Estados, não da União. Se fossem divisões políticas do território da União, como ficariam os Estados, cujo território é integralmente repartido entre os seus Municípios? Ficariam sem território próprio? Então, que entidades seriam os Estados? *Não resta dúvida que ficamos com uma federação muito complexa, com entidades superpostas.*<sup>42</sup>

---

41 Carlos Maximiliano, ao comentar o art. 68 da Constituição de 1891, refere trecho da sentença proferida no caso *People v. Draper*, da Corte Suprema de Nova York: “É no *self-government* local que os anglo-saxões ‘tem adquirido os hábitos de subordinação e obediência às leis, de sofredora paciência, propósito resolutivo e familiaridade com as instituições civis, que os distinguem de todos os outros povos. É no município autônomo que se encontram as raízes da civilização moderna, as fontes vivificadoras do espírito público e os centros da liberdade constitucional.” in PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano. *Comentários à Constituição de 1891*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005. Ed Fac-Similiar. p. 659

42 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 474-5

[sem grifos no original]

Além do município como ente federativo (art. 1º e 18, da Constituição de 1988), outro aspecto digno de nota em relação ao federalismo brasileiro é sua inspiração no federalismo norte-americano. Este foi a fonte dos nossos primeiros constitucionalistas, que buscaram copiar quase que literalmente as instituições americanas. É neste contexto, portanto, que se tem inicialmente uma repartição de competências nos moldes do federalismo dual de fins do século XIX, a adoção de uma Suprema Corte composta de juízes vitalícios, nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado, e até o próprio nome de “República dos Estados Unidos do Brasil”, adotado inicialmente em 1889.

Outrossim, no decorrer do longo século XX, o Brasil não ficou distante das transformações do Estado contemporâneo. A corroborar esse fato, mencione-se a adoção de muitas das fórmulas do Estado Social de Direito, do federalismo cooperativo, e inspirando-se, principalmente no que se refere à repartição de competências, na Constituição de Weimar e, posteriormente, na Lei Fundamental de Bonn<sup>43</sup>.

A seguir, estudam-se em tópicos específicos a repartição de competências na ordem constitucional brasileira atual, assim como alguns aspectos da jurisdição constitucional, enfocando-se no papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Federação.

## **1.2 A distribuição de competências na federação brasileira**

Na repartição de competências, constitucionalmente prevista, reside um dos principais, senão o principal problema de qualquer regime federativo (ou Estado composto). Não é sem exagero que alguns autores afirmam: "o problema da

---

<sup>43</sup> Nesse sentido, ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 60

repartição das competências e receitas tributárias é o ponto de maior importância na análise do federalismo brasileiro.”<sup>44</sup>

No Brasil, à exceção da Constituição de 1891, que adotou a técnica de federalismo dual do modelo norte-americano, todas as demais cartas constitucionais inspiraram-se na técnica alemã, seja adotando a Constituição de Weimar (especialmente a de 1934), seja a Lei Fundamental de Bonn. A essência da repartição de competências, na metodologia empregada pelos alemães, reside na existência de competências enumeradas, remanescentes e concorrentes.

Sendo entes componentes da Federação a União, os Estados (Distrito Federal) e os Municípios (art. 1º e art. 18, *caput*, da CF/88), adotou o constituinte a seguinte técnica: (1) competências enumeradas à União (art. 21 e 22) e aos Municípios (art. 30); (2) competência remanescente aos Estados-membros (art. 25, § 1º); (3) competência concorrente entre União, Estados-membros, e Distrito Federal (art. 24) e comuns a todos (art. 23).

Como bem sintetizado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho:<sup>45</sup>

[ . . .] Preferiu-se, então, como técnica de repartição a que até hoje se adota. À União cabem apenas os poderes que, explícita ou implicitamente, a Constituição lhe reservou; aos Estados, tudo o mais. Digase melhor. Aos Estados cabem todos os poderes, exceto aqueles que a Constituição Federal confere, explícita ou implicitamente, aos Municípios. Desse modo, a verdadeira significação do preceito em exame está em afirmar que tudo o que remanesce, extraída a competência da União e a dos Municípios, é da competência dos Estados. União e Municípios, portanto, não têm mais do que os poderes que lhes são, explícita ou implicitamente, atribuídos.

As competências dos arts. 22, 24, 25, § 1º, e 30 são legislativas. O art. 22 trata da competência exclusiva da União, “é aquela deferida, tão só, a determinada entidade, cuja capacidade jurídica, exercendo-se em toda plenitude, não permite, no desdobramento de suas atividades e no exercício de suas atribuições, interferências

---

44 FERRARI, Sérgio. Constituição Estadual e Federação. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2003. P. 51

45 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Vol I. Ed. Saraiva. São Paulo: 1990. p. 204

de outras entidades quaisquer”<sup>46</sup>. Já o art. 24 cuida da competência concorrente entre União, Estados e Municípios. Esta admite o “exercício de atribuições por duas ou várias entidades. Permite a realização de atividades por mais de uma pessoa de Direito Público. Desaparece, então, o toque, acima referido, da exclusividade”<sup>47</sup>. E, no caso brasileiro, ainda se tem uma compartimentação no âmbito da competência concorrente, pois a União somente legisla sobre “normas gerais” (art. 24, § 1º), cabendo aos Estados e Municípios complementá-la <sup>48</sup> (art. 24, § 2º), ou, em caso de omissão da União, supri-la (art. 24, § 3º)<sup>49</sup>.

Agora, no próximo item, explica-se um pouco mais dessas competências.

### 1.2.1 Competência da União

A competência da União consta nos artigos 21 e 22 da Constituição de 1988.

A diferença entre esses dispositivos, que tratam das competências privativas e exclusivas da União, repousa na indelegabilidade ou não. Para “José Afonso da Silva, a diferença entre a exclusiva e a privativa está nisso: aquela não admite suplementariedade nem delegação”.<sup>50</sup> Na prática, a CF/88 não adotou essa distinção.

As competências legislativas previstas no art. 22 (e quando se trata de conflitos federativos, é sobre este ponto específico que recai a preocupação) são suscetíveis de delegação aos Estados, por lei complementar, conforme prevê o art.

46 RUSSOMANO, Rosah. *O Princípio do Federalismo na Constituição Brasileira*. Livraria Freitas Bastos. 1965. p. 59

47 Idem, ibidem.

48 “*Competência complementar* (“sub genus” da competência concorrente), enfim, é aquela de acordo com a qual os Estados-membros, em face de princípios gerais, ditados pela União, sobre determinados assuntos, os adaptam às exigências e peculiaridades regionais, estatuinto detalhes de execução.” in RUSSOMANO, Rosah. *O Princípio do Federalismo na Constituição Brasileira*. Livraria Freitas Bastos. 1965. p. 59

49 “*Competência supletiva* é aquela que os Estados- membros exercem, quando a União deixa de regular determinada matéria, contemplada no texto supremo, vindo as entidades componentes, em face daquela omissão, suprir a inércia do legislador federal.” in RUSSOMANO, Rosah. *O Princípio do Federalismo na Constituição Brasileira*. Livraria Freitas Bastos. 1965. p. 59

50 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 63

22, parágrafo único. Essa lei, até hoje, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que são de atribuição exclusiva da União a legislação dos itens previstos no art. 22 da CF/88.<sup>51</sup>

Conforme se pode verificar, a competência da União é muito ampla, e este fato já demonstra a excessiva concentração de poderes pela União no federalismo brasileiro, em que muito poucas matérias são repassadas aos entes federados. Devem-se destacar, por oportuno, alguns itens (incisos I, II, III, IV, VIII, X, XI, XII, XIV, e XXVI), pois são os que potencialmente guardam, consoante diversos casos já julgados pelo Supremo Tribunal Federal, maiores incidências de conflitos com outros entes federativos. E, no campo objeto deste estudo, com o direito ambiental (suscetíveis à transversalidade do direito ambiental, ou conexos com essa matéria).

Uma ressalva é importante que se faça. Neste ponto do trabalho não se adentrará nas especificidades de entendimento do que caracteriza cada uma dessas atribuições, principalmente as assinaladas no texto. O que significa "legislar sobre direito penal"? ou "legislar sobre comércio exterior"? Essas perguntas são fundamentais para entender a natureza de alguns conflitos competenciais e solucioná-los adequadamente, razão pela qual serão abordadas detalhadamente no capítulo 4, que trata especificamente desse tema. Aqui, por ora, o objetivo é apenas demonstrar ao leitor a natureza e a distribuição das competências entre os entes

---

51 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: *I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; II - desapropriação; III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra; IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; V - serviço postal; VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais; VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores; VIII - comércio exterior e interestadual; IX - diretrizes da política nacional de transportes; X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial; XI - trânsito e transporte; XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia; XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização; XIV - populações indígenas; XV - emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros; XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões; XVII - organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes; XVIII - sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais; XIX - sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular; XX - sistemas de consórcios e sorteios; XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares; XXII - competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais; XXIII - seguridade social; XXIV - diretrizes e bases da educação nacional; XXV - registros públicos; XXVI - atividades nucleares de qualquer natureza; XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; XXVIII - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional; XXIX - propaganda comercial. Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.*

federativos. E, principalmente, a concentração de atribuições na União, a excessiva centralização da federação brasileira.

Cumpre reiterar, também, que o artigo 22 não esgota o elenco das competências materiais privativas da União. Há desdobramentos delas, e mesmo a previsão de outras, ao longo do texto constitucional.<sup>52</sup>

### 1.2.2 Competência dos Municípios

A origem dos municípios, no Estado brasileiro, remonta há muitos séculos, e é na colonização portuguesa que se encontra algumas das explicações para sua incorporação na vida institucional brasileira.

Como ensina Celso Bastos:

Com a colonização portuguesa, recebemos, no bojo da cultura lusíada, o paradigma do “Concelho”, que assim era chamada a organização política das comunidades locais em Portugal. Transplantado para o Brasil, o esquema organizacional português, já muito enraizado no território da mãe-pátria, iria sofrer as refrações inevitáveis advindas de um meio geográfico totalmente diverso e de uma organização sócio-econômica também totalmente distinta pelas peculiaridades coloniais do Brasil e pelas dimensões descomunais do território, máxime quando cotejadas com as dificuldades dos meios de comunicação. Dessa conjugação de fatores resulta o seguinte: tornam-se as vilas e cidades os grandes centros de decisão política no Brasil-colônia. Ainda que a realidade de um país dependente, assim como a existência de um governo central, não estivesse, *de direito*, a conferir ao município brasileiro uma tal dimensão ou magnitude político-decisória, *de fato*, as coisas se passaram como se desfrutasse ele de uma autonomia institucional. A sujeição dos assuntos locais às disposições genéricas e distantes das Ordenações Filipinas fazia, na realidade, da comuna brasileira, um centro vitalizado e regurgitante de independência na coisa pública.<sup>53</sup>

Essa particularidade do município nas instituições brasileiras, e mesmo da vida diária do cidadão, foi bem explicada por Carmen Lúcia Antunes Rocha, ao refe-

---

52 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 73. Cita-se o exemplo dos arts. 164 e 176, da Constituição de 1988.

53 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. Ed. Saraiva. São Paulo: 1998. p. 216

rir que “pergunte ao brasileiro de onde ele é e ele vai te responder: eu sou de Jijoca, eu sou de Belo Horizonte, eu sou de Porto Alegre. A referência dele e aquilo que o atinge é o Município, é a cidade.”<sup>54</sup>

Desse modo, uma das singularidades da Federação brasileira é o Município, alçado à condição de ente componente do regime federativo pelo art. 1º e 18 da Constituição de 1988. Isso embora sempre constasse nos textos constitucionais do regime republicano brasileiro, e segundo doutrina majoritária<sup>55</sup>, tivesse *status* de ente federativo, mesmo que não expressamente, como no atual texto constitucional<sup>56</sup>.

Foi introduzido, na ordem constitucional republicana, pelo art. 68 da Constituição de 1891, embora, como salientado por Hely Lopes Meirelles, durante os 40 (quarenta) anos da Primeira República estivesse vinculado à realidade social do coronelismo brasileiro:

Coerente com este princípio federativo, a Constituição da República determinou que os Estados se organizassem “*de forma a assegurar a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse*” (art. 68). Com tal liberdade, as Constituições estaduais modelaram os seus Municípios, com maior ou menor amplitude na administração, em termos que lhes asseguravam a autonomia pregada na Lei Magna. As leis orgânicas reafirmaram o princípio e discriminaram as atribuições municipais, mas todo esse aparato de autonomia ficou nos textos legais.

Durante os 40 anos em que vigorou a Constituição de 1891, não houve autonomia municipal no Brasil. O hábito do centralismo, a opressão do *coronelismo* e a incultura do povo transformaram os Municípios em feudos de políticos truculentos, que mandavam e desmandavam nos “seus”

54 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O Papel do Município na Federação Brasileira. In XXVI Encontro Nacional de Procuradores Municipais. Anais. Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito Municipal, 1988. p.89

55 Em sentido contrário, José Afonso da Silva, para quem “não existe federação de Municípios. Existe federação de Estados. Estes é que são essenciais ao conceito de qualquer federação. Não se vá, depois, querer criar uma câmara de representantes dos Municípios. Em que muda a federação brasileira com o incluir os Municípios como um de seus componentes? Não muda nada” in SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 474-5. E também José Nilo de Castro, que diz “A Federação, dessarte, não é de Municípios e sim de Estados, cuja caracterização se perfaz com o exercitamento de suas leis fundamentais, a saber, a da autonomia e a da participação”. in CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. 3ª Edição. Editora Del Rey. Belo Horizonte: 1996.p. 45

56 Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles há muito considerava o município “peça essencialíssima da nossa atual Federação, que desde a Constituição de 1946 erigiu o Município brasileiro em entidade estatal de terceiro grau, integrante e necessária ao nosso sistema federativo” in MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. Editora RT. 4ª Edição. São Paulo: 1981. p. 16-7



distritos, como se o Município fosse propriedade particular e o eleitorado um rebanho dócil ao seu poder.<sup>57</sup>

Na Constituição de 1934, também constava o Município, e o princípio de que se deveria respeitar sua autonomia, assegurando-lhe rendas:

[a Constituição de 1934] inscreveu como princípio constitucional a autonomia do Município *em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e especialmente a eletividade do prefeito e dos vereadores, a decretação de seus impostos e a organização de seus serviços* (art. 13).<sup>58</sup>

Essa situação perdurou durante muitos anos na ordem constitucional brasileira, e se insere naquilo que já se denominou de “movimento pendular” do federalismo brasileiro, da qual certamente o Município não passou ao largo. Períodos de relativa descentralização, outros de centralização excessiva, com um quase obscurecimento do papel desempenhados pelos municípios, chegando-se a situações de nomeações de interventores, ou designando-se alguns como “áreas de segurança nacional”.

Atualmente, em que pese o município dispor constitucionalmente e legalmente de papel significativo na federação brasileira, não se pode afirmar que os poderes municipais gozem de relativa efetividade. Basta verificar o movimento dos prefeitos sempre buscando verbas junto aos governos estaduais, e, sobretudo, federais, por intermédios de convênios, para a realização dos diversos encargos que rotineiramente lhe são atribuídos. Ou seja, houve uma descentralização de tarefas, e isso é significativo se se pretende conferir maior efetividade à democracia e ao princípio da subsidiariedade. Contudo, não há disponibilidade dos meios necessários para a sua realização<sup>59</sup>. Também não se pode esquecer, como já referido à introdução deste trabalho, que a federação brasileira carece de

---

57 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. Editora RT. 4ª Edição. São Paulo: 1981. p. 8

58 Idem, p. 9

59 Como bem assinala Hely Lopes Meirelles, “outro princípio assegurador da autonomia municipal é a garantia que a Constituição da República oferece ao Município de decretar e arrecadar os tributos de sua competência e aplicar as suas rendas, sem tutela ou dependência de qualquer Poder (art. 15, II, a). Na prática, contudo, isso não tem sido bem observado. *in* MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. Editora RT. 4ª Edição. São Paulo: 1981. p. 88

maturidade e estabilidade, não sendo a descentralização exacerbada a solução para os problemas nacionais.

No atual texto constitucional brasileiro a competência dos municípios, de natureza enumerada, se encontra disposta no art. 30, da CF/88<sup>60</sup>.

Assinalam-se, novamente, aquelas matérias potencialmente conflitivas com a competência para legislação sobre o meio ambiente, os incisos I e II (concorrente, no caso brasileiro). Não é o caso, também, aqui, de explicá-los detalhadamente, pois serão tratados oportunamente no capítulo 4, dedicado especificamente a esse tema, nos estritos limites do objeto deste trabalho (conflitos União v. Estados-membros).

### 1.2.3 Competência dos Estados-membros

A federação brasileira, à semelhança do que ocorre na norte-americana<sup>61</sup>, dispõe que os poderes remanescentes são conferidos aos Estados. Ou seja, o que não for expressamente de competência da União, ou dos Municípios, será dos Estados-membros.

Consoante o art. 25 da Constituição de 1988:

---

60 Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

61 Nesse sentido, a Emenda X: “os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo.”

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

§ 2º - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

§ 3º - Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Assinalado o item que potencialmente pode provocar maiores problemas de conflitos competenciais, convém recordar que as atribuições dos Estados-membros, na medida em que não mais (como nas ordens constitucionais pretéritas) podem organizar as competências municipais, sofreu substancial esvaziamento na atual Constituição.

De fato, segundo alguns autores:

[. . .]no regime inaugurado pela Constituição de 1988, os Estados-membros – e conseqüentemente as constituições estaduais – não são competentes para dispor sobre a organização dos Municípios ou sobre as suas competências (legislativas e materiais).

Em suma, um dado parece ter passado despercebido da doutrina com a promulgação da Constituição de 1988: o impacto da autonomia de organização municipal sobre as competências estaduais. A capacidade de auto-organização do Município, recebendo, diretamente do art.29 da Constituição Federal, competência para elaborar sua própria lei orgânica, foi exaltada pelos municipalistas como um avanço da nova Carta. Não se percebeu, porém, que isto esvaziou completamente a competência dos Estados-membros em matéria de organização municipal, da qual tratavam – no regime constitucional anterior – através de leis estaduais uniformes.<sup>62</sup>

Essa crítica, contudo, pode ser contemporizada na medida em que, o município sempre gozou de certa autonomia constitucional, mesmo antes da atual Carta. O fenômeno, talvez, seja melhor explicado pela natureza própria do federalismo brasileiro de ser fortemente centralizador, seja pelas próprias

---

<sup>62</sup> FERRARI, Sérgio. *Constituição Estadual e Federação*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2003. p. 155

atribuições que sempre pertenceram à União, de modo exaustivo (v.g., o art. 22 da CF/88), como também pela padronização e repetitividade das constituições estaduais, no uso de seu poder constituinte decorrente.

Com efeito, é na:

análise das constituições estaduais promulgadas sob a vigência da Constituição Federal de 1988, estas mesmas duas características saltam aos olhos do leitor. A leitura destas constituições revela-se um enfadonho exercício de repetição de textos.<sup>63</sup>

Portanto, para finalizar:

Será dos Estados tudo o que não se incluir entre as competências enumeradas ou implícitas da União e dos Municípios, nem incidir no campo das vedações constitucionais que limitam a atuação das entidades federadas. Vale dizer, continuaram com os Estados os poderes remanescentes ou residuais.<sup>64</sup>

Explicada, desse modo, a competência residual dos Estados-membros na federação brasileira, cabe agora estudar um último item especificamente, mas essencial para este trabalho: as competências concorrentes.

#### **1.2.4 Competência Concorrente: União, Estados-membros e Municípios.**

---

63 FERRARI, Sérgio. *Constituição Estadual e Federação*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2003. p. 161

64 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 103

No atual regime constitucional brasileiro, a competência concorrente comum<sup>65</sup> se encontra prevista no art. 23<sup>66</sup>, “técnica constitucional pela qual todos os assuntos previstos no dispositivo são atribuídos à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, sem prévia divisão, no intuito de estimular a cooperação e a execução conjunta das atividades estatais pelos poderes públicos.”<sup>67</sup>

Importante ressaltar que, em dezembro de 2011, foi editada a Lei Complementar nº 140, que fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII, do *caput*, e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora.

A competência concorrente limitada, ou não-cumulativa, na qual ocorrem grande parte dos conflitos federativos, se encontra disposta no art. 24 da Constituição de 1988. É onde se encontram as “normas gerais”, dispositivo que permite aos entes federados legislar sobre as matérias ali constantes, desde que respeitada a legislação básica central estabelecida pela União. Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica com precisão a competência concorrente não-cumulativa (compartimentada) no caso brasileiro (e sua diferença da clássica competência concorrente cumulativa)<sup>68</sup>:

---

65 Para Cezar Saldanha Souza Jr, “enquanto o art. 23 trata de matérias expressamente administrativas e tacitamente legislativas, o art. 24 dispõe expressamente sobre legislação e implicitamente sobre administração.” BISCH, Isabel da Cunha. *A Federação Brasileira: A Ordem Nacional e as Normas Gerais*. in SOUZA Jr, Cezar Saldanha e Marta Ávila (coord). *Estudos sobre o Federalismo*. Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2007.p. 295

66 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; [...] XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito. Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

67 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 129-130

68 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol I. Ed. Saraiva. São Paulo: 1990. p. 189

Fala-se em competência concorrente sempre que a mais de um ente federativo se atribui o poder de legislar sobre determinada matéria. Ou seja, relativamente a uma só e mesma matéria concorre a competência de mais de um ente político.

Cumpra-se notar que a competência concorrente pode ser de duas espécies: a cumulativa e a não-cumulativa. A cumulativa existe sempre que não há limites prévios para o exercício da competência, ou por parte de um ente, seja a União, seja o Estado-membro. Claro está que, por um princípio lógico, havendo choque entre normas estadual e norma federal num campo de competência cumulativa, prevalece a regra da União. É o que exprime o brocardo alemão: *Bundesrecht bricht Landesrecht* (v. § 4º).

A não-cumulativa é que propriamente estabelece a chamada repartição 'vertical'. Com efeito, dentro de um mesmo campo material (concorrência 'material' de competência), reserva-se um nível superior ao ente federativo mais alto – a União – que fixa os princípios e normas gerais, deixando-se ao ente federativo que é o Estado-membro a complementação (v. §§ 1º e 2º). [ . . ]

Na federação brasileira, a competência concorrente-compartimentada, em que se encontra a competência para legislar sobre meio ambiente, encontra-se disposta no art. 24, da Constituição de 1988<sup>69</sup>.

Embora o município não conste expressamente do *caput* do art. 24, doutrina e jurisprudência entendem nele se encontrar constante (“o Município, por força do art. 30, inc. II da CRFB/88, também está incluído nesse rol, mas, atente-se, com prévias divisões”)<sup>70</sup>

69 Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e *urbanístico*; II - orçamento; III - juntas comerciais; IV - custas dos serviços forenses; V - produção e consumo; VI - *florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição*; VII - *proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico*; VIII - *responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico*; IX - educação, cultura, ensino e desporto; X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; XI - procedimentos em matéria processual; XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; XIII - assistência jurídica e Defensoria pública; XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; XV - proteção à infância e à juventude; XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis. § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

70 BISCH, Isabel da Cunha. *A Federação Brasileira: A Ordem Nacional e as “normas gerais”*. In SOUZA Jr, Cezar Saldanha e Marta Ávila (coord). *Estudos sobre o Federalismo*. Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2007.p. 294. Cf. RE 586.224/SP, Rel. Min. Luiz Fux

Aos Estados-membros e municípios (restritos aos assuntos de interesse local), compete complementar as “normas gerais” da União, para atendimento das peculiaridades locais. Inexistindo lei federal, podem legislar plenamente (legislação complementar), perdendo eficácia tão logo editada a legislação de “normas gerais” federal.

Esse problema, aqui colocado, é um dos mais significativos dos conflitos federativos, principalmente por não haver definição precisa do que seja o âmbito das “normas gerais” da União, um limite seguro estabelecendo o espaço de atuação dos Estados-membros, Municípios e União.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, pode-se adiantar desde já, é de que as “normas gerais” constituem princípios gerais, objetivando homogeneidade e uniformidade, cabendo à legislação dos Estados-membros somente preencher os vazios e lacunas acaso deixados pela legislação federal, especificando-as para atender às peculiaridades locais (Cf. ADI 2.396/MS; ADI 1.245/RS; ADI 3.645-9/PR; ADI 3.035-3/PR, dentre outros). Essa concepção, que será analisada de modo mais profundo posteriormente (cf. Cap. 4.2.2.2), é extremamente centralizadora e tem-se mostrado prejudicial à efetividade da proteção ambiental, ocasionando conflitos os mais diversos.

Aqui reside uma das contribuições da doutrina constitucional comparada ao direito brasileiro.

### **1.3 A distribuição de receitas na federação brasileira: o problema fiscal**

Um dos maiores problemas de qualquer regime federativo, aliás de qualquer organização estatal, repousa no regime de distribuição de rendas. Com os modelos federais, não poderia deixar de ser diferente, e não basta a consagração de todas as garantias inerentes a essa forma de Estado, como a participação na vontade nacional, a repartição de competências, na Constituição, uma Corte imparcial para dirimir as controvérsias, se não houver uma adequada redistribuição de rendas. Por certo, pois como adverte Dalmo de Abreu Dallari (1986:20):

[. . .] caso não haja equilíbrio entre encargos e rendas “ou a administração não consegue agir com eficiência, e necessidades fundamentais do povo deixam de ser atendidas ou recebem um atendimento insuficiente; ou o órgão encarregado solicita recursos de outra fonte, criando-se uma dependência financeira que acarreta, fatalmente, a dependência política”.<sup>71</sup>

Ou seja, todas as garantias e objetivos pelos quais se constitui uma ordem federativa, principalmente a constituição de uma União com a preservação das identidades regionais, maior efetivação do princípio da subsidiariedade, autonomia às entidades políticas, restam esvaziadas sem o adequado suporte financeiro. Isso parece por demais evidente, mesmo assim a prática constitucional brasileira tem-se mostrado refratária a uma maior desconcentração de rendas.

Não é o objetivo deste trabalho esmiuçar este tema, hábil por si só a constituir outra tese doutoral, mas tão-somente fornecer ao leitor um espectro de como se dá a distribuição de rendas no Brasil<sup>72</sup>, principalmente pela obtenção de receitas via arrecadação de tributos, assim como introduzir a um dos problemas federativos mais significativos na ordem jurídica atual, qual seja, a “guerra fiscal”. Tema esse que tem levado a inúmeras discussões no Supremo Tribunal Federal, considerando a necessidade de atração de mais investimentos para aumentar suas receitas, levada a efeito por alguns Estados-membros brasileiros, e que nem sempre tem respeitado os princípios da solidariedade e lealdade federais.

Fatos esses que demonstram, no aspecto fiscal, a calamidade das finanças públicas dos Estados-membros, e, mais uma vez, a centralização excessiva da federação brasileira, com concentração não apenas competencial, como já visto, mas também de rendas na União.

---

71 *apud* ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 15

72 Sob um enfoque não jurídico, mais econômico e histórico, cf. LEITÃO, Miriam. *Saga Brasileira: a longa luta de um povo por sua moeda*. 7ª Edição. Ed Record. Rio de Janeiro: 2013.



### 1.3.1 Introdução: a concentração de rendas na União

Neste tópico, objetiva-se expor algumas considerações sobre o modelo tributário brasileiro atual, a fim de que se possa ter uma noção de suas características principais. É importante essa ressalva devido à complexidade do tema, que de modo algum poderia ser discutida em breves linhas

De início, considerada a arrecadação e a destinação dos recursos, essenciais ao desempenho das atribuições e competências previstas nos arts. 22 a 24, pode-se caracterizar o Estado brasileiro como excessivamente centralizador de recursos na esfera federal.

Além da discriminação dos impostos da União (art. 153, CF/88), dos Estados-membros (art. 155, CF/88), e dos Municípios (art. 156), inclusive com previsões de repasses tanto da União aos Estados (art. 157), e deste aos municípios (art. 158), tem-se o fato de que ao permitir a instituição de contribuições sociais (art. 149 e 195) pela União – sem repasse a outros membros da federação - instaurou-se um mecanismo que permite à União, na ordem constitucional atual, centralizar grande parcela de recursos.

Inicialmente, o novo sistema tributário constitucional chegou até a ocasionar uma melhor redistribuição de receitas. Como coloca Luís Roberto Barroso:

Os principais beneficiários da nova discriminação constitucional de receitas foram os Municípios, que aumentaram sua participação de 8,6%, no início dos anos 80, para 15,8% em 1993. Os Estados, embora em menor extensão, também foram favorecidos, elevando sua parcela na receita disponível de 22,2% para 26,4% no mesmo período. A União, por sua vez, teve reduzida a sua proporção nesta partilha, passando de 69,2% para 57,8%. Tais números refletem as competências tributárias próprias e as transferências intergovernamentais de receitas.<sup>73</sup>

Atualmente esses percentuais, segundo dados da própria Receita Federal brasileira, oscilam para uma participação média de 6% da receita total aos

---

<sup>73</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A Derrota da Federação: o Colapso Financeiro dos Estados e Município*. Revista de Direito Proc. Geral. Rio de Janeiro, (53), 2000. p. 109

municípios; 25% com os Estados-membros; e 68% com a União.<sup>74</sup> A centralização de recursos continua excessiva, e óbvio que para um funcionamento mais efetivo e equilibrado do país – incluindo a proteção ambiental – deveria haver mais descentralização de recursos. Em Espanha, como se verá oportunamente (Cap. 5.1.2.1), esse índice do poder central reduz-se a 53%, ou 23%, se descontados os 30% relativos à previdência social<sup>75</sup>.

Contudo, ainda que o constituinte de 1988 tenha instituído um sistema tributário (regulamentado nos arts. 146 a 162), composto de (1) impostos; (2) taxas; (3) contribuições de melhoria; (3) empréstimo compulsório e (4) contribuições sociais, com relativa lógica, ao menos inicialmente, com previsão de repasses de parcelas da arrecadação a outros entes, bem como a instituições de Fundos de Participação (Estados e Municípios), é incontroverso que a União tem centralizado grande parcela dos recursos.<sup>76</sup>

No correr diário, observa-se que é praticamente impossível aos Estados-membros e municípios exercerem suas atividades sem convênios com a União para o financiamento de suas funções, o que muitas vezes acarreta graves inconvenientes, principalmente político-administrativo.<sup>77</sup> Pode-se mencionar, somente para exemplificar, o atraso costumeiro nos repasses, e, também, o caráter político-discrecional com que esses recursos são aprovados. Esse é um problema antigo, por sinal, na federação brasileira.<sup>78</sup>

Portanto, a centralização dos recursos na União não é problema de hoje, prejudica o pleno desenvolvimento da autonomia dos Estados-membros e

---

74 PALOS, Aurélio Guimarães Cruvinel e. *A Constituição de 1988 e o Pacto Federativo Fiscal*. Consultoria Legislativa. Março 2011. p. 4. Da Receita Federal, ver <https://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/29-10-2015-carga-tributaria-2014> em 03.11.2016, às 19:24h.

75 BLANCO VALDÉS, Roberto L. *La constitución de 1978*. 2ª Edición. Alianza Editorial. Madrid: 2011. p. 267

76 Cf. CAMARGO, Nilo Marcelo de Almeida. *Introdução às “normas gerais” da Constituição Brasileira de 1988 como Limitação à Autonomia Política*. Ed. Núria Fabris. Porto Alegre: 2013. p. 32-3

77 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *A Derrota da Federação: o Colapso Financeiro dos Estados e Município*. Revista de Direito Proc. Geral. Rio de Janeiro, (53), 2000. p. 109. Para esse autor, “chega-se, assim, a uma constatação inafastável: nem antes nem depois da Constituição em vigor foram os Estados e os Municípios capazes de viver, equilibradamente, com os recursos correspondentes à sua arrecadação própria, acrescida das transferências intergovernamentais constitucionalmente previstas.”

78 Cf. por exemplo SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O Poder Econômico da União e as suas Repercussões sobre a Autonomia Política dos Estados*. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Vol III. Num 5. Jan/1959. p. 40

Municípios, e, dessa maneira, o exercício das competências constitucionalmente previstas. Isso porque, se a Constituição de 1988 promoveu certa descentralização de atribuições, ainda que pouca, não o fez na mesma proporção dos recursos necessários.

### **1.3.2 A Constituição de 1988: competências tributárias e receitas**

O sistema tributário brasileiro é de competências enumeradas, dispondo a Constituição expressamente sobre os impostos e demais tributos que podem ser instituídos pelos entes federativos.

Ao Município, nesse contexto, compete a instituição do IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano), do ITBI (Imposto de Transmissão por atos *inter vivos*) e do ISSQN (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza).<sup>79</sup>Essas fontes de receitas, por si só, seriam insuficientes para a manutenção das atividades da quase totalidade dos municípios brasileiros. Assim é que o art. 158 da CF/88 determina o repasse da arrecadação dos seguintes tributos, pertencentes a outros entes federativos<sup>80</sup>.

A União, por sua vez, compete instituir II (Imposto de Importação), IE (Imposto de Exportação), IR (Imposto de Renda), IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), IOF (Imposto de Crédito, Câmbio e Seguros), ITR (Imposto

<sup>79</sup> Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana; II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

<sup>80</sup> Art. 158. Pertencem aos Municípios: I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem; II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios; IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios: I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios; II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

Territorial Rural, IGF (Imposto sobre Grandes Fortunas)<sup>81</sup>. Compete à União a competência residual, podendo instituir, mediante lei complementar, “impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo própria dos discriminados nesta Constituição” (art. 154, I) e na “iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária” (art. 154, II). As contribuições sociais, para o financiamento de toda a seguridade social, verdadeiro vertedouro de recursos para União, são instituídas com base no art. 195, da Constituição.

Já aos Estados-membros, compete instituir o IPVA (Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores), ITCD (Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação) e o ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços).<sup>82</sup> Do produto da arrecadação desses impostos, 50 % do IPVA e 25% do ICMS serão repassados aos respectivos municípios (art. 158, III e IV).

Por derradeiro, impõe mencionar que a Constituição dispôs expressamente sobre os mecanismos e as porcentagens de repasse. Assim é que a União entregará do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e nove por cento na seguinte forma: a) vinte e um inteiros, e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal; b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios; c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semiárido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer; d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano; e) 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será

81 Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: I - importação de produtos estrangeiros; II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; III - renda e proventos de qualquer natureza; IV - produtos industrializados; V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; VI - propriedade territorial rural; VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

82 Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; III - propriedade de veículos automotores.

entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano.<sup>83</sup>

Por sua vez, “do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados. (art. 159, II) , e do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, “§ 4º, 29% (vinte e nove por cento) para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que se refere o inciso II, c, do referido parágrafo” (art. 159, III).

Contudo, mesmo com todos esses mecanismos de arrecadação, e repasse bem detalhados, descritos no próprio texto constitucional, ainda há concentração excessiva de recursos no âmbito da União. Os Estados-membros e Municípios encontram-se em situação difícil na busca de recursos para o desempenho de suas atividades.

E uma das situações que refletem à perfeição essa realidade é a “guerra fiscal” entre os Estados-membros, abordada a seguir.

### **1.3.3 As dificuldades financeiras dos Estados-membros e a “guerra fiscal”**

Um dos aspectos mais singulares, nos últimos anos, na federação brasileira tem sido denominado de “guerra fiscal” entre os Estados-membros. Singular por exprimir muito bem a ausência de um espírito cooperativo entre os Estados-membros, mas também por demonstrar a grave situação em que se encontram as finanças estaduais, comprimidas pela centralização da União, significativa quantidade de encargos, e a necessidade de se atrair investimentos que gerem renda e empregos. Em síntese: *a centralização excessiva da federação brasileira*.

Nesse item, a discussão se subdividirá no estudo de três aspectos: (1) em que consiste efetivamente a denominada guerra fiscal, e qual a jurisprudência que se consolidou na Suprema Corte; (2) as tentativas de escapar desse entendimento

---

83 Art. 159, I

consolidado, seja reeditando-se as leis concessivas de isenções fiscais, seja querendo modulação de efeitos das decisões do STF; (3) alguns entendimentos esparsos do STF, que dissentiram de classificar certas situações como “guerra fiscal”, considerando os objetivos do Estado-membro; (4) se o princípio da lealdade federal não forneceria uma fundamentação mais adequada para alguns desses casos.

Apenas uma ressalva, no sentido de explicar qual a vinculação desse tema específico da guerra fiscal entre os Estados – além de comprovar, obviamente, o clima nem sempre amistoso que permeia a federação brasileira - , com o tema da proteção ao meio ambiente. Em primeiro lugar, porque também nesse setor tem-se observado uma competição, por vezes bastante nociva ao meio ambiente, no sentido de se concederem incentivos fiscais e benefícios a determinados empreendimentos (instalações industriais, construção de obras de infraestrutura, de geração energia, enfim), caracterizados quase sempre por regras mais flexíveis de licenciamento e fiscalização do empreendimento.

Como destacado por Andreas Krell:

No passado, muitos municípios também deixaram de aperfeiçoar a sua legislação ecológica para usá-la como vantagem na disputa pela atração de potenciais econômicos. Para não ficar com a imagem de ser contra o desenvolvimento e um lugar atraente para novas empresas, muitos municípios desistem de atuar de maneira adequada e responsável na área da proteção ambiental.

Por consequência, percebe-se, de forma generalizada, que aquelas indústrias que consideram as normas ambientais de uma cidade como demasiadamente restritivas simplesmente resolvem instalar-se no município vizinho, de onde, no entanto, os agentes ecologicamente perniciosos muitas vezes acabam frequentemente retornando através do ar ou da mesma bacia hidrográfica.<sup>84</sup>

E, em segundo lugar, porque também há muitos municípios interessados em assumir os licenciamentos ambientais, principalmente após o advento da LC 140/2011, que descentralizou significativamente esse procedimento, com o intuito

---

84 KRELL, Andreas J. *Autonomia Municipal e Proteção Ambiental: Critérios para Definição das Competências Legislativas e das Políticas Locais*. p. 150

de aumentar a arrecadação por meio de cobrança de taxas e demais tributos. Ou seja, essa questão ambiental também não se encontra alheia ao clima de competitividade que atualmente vigora na federação brasileira, principalmente em decorrência da crise financeira que caracteriza os Estados-membros e Municípios.

Pois bem, assim é que desde o início da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal enfrenta o problema envolvendo a interpretação e aplicação do art. 155, § 2º, XII, 'g', que dispõe que os Estados-membros e o Distrito Federal deverão deliberar sobre a forma de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS na forma em que dispuser lei complementar.

Ocorre que, ausente até o presente momento nova lei tratando da matéria, aplicam-se os dispositivos da Lei Complementar nº 24, de 1975. O artigo 1º desse diploma legal diz que *“as isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.”*

O artigo 2º, por sua vez, estabelece a necessidade de reuniões com representantes dos Estados, presididos pelo Governo Federal, para a concessão de isenções de ICMS – sendo que as decisões devem ser unânimes:

Art. 2º - Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal.

§ 1º - As reuniões se realizarão com a presença de representantes da maioria das Unidades da Federação.

§ 2º - A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.

§ 3º - Dentro de 10 (dez) dias, contados da data final da reunião a que se refere este artigo, a resolução nela adotada será publicada no Diário Oficial da União.

O Supremo Tribunal Federal, nessas situações, desde o começo da ordem constitucional pós-1988 (primeiro caso foi o do leite em Minas Gerais, ADI nº 84), tem reiteradamente entendido como inconstitucionais as isenções de ICMS

concedidas pelos Estados-membros que não obedeçam ao prescrito nos arts. 1º e 2º da LC nº 24/75, ou seja, autorizadas por convênio do CONFAZ, órgão responsável por essas reuniões com os representantes de todos os Estados. A matéria, de tão repetitiva, é inclusive objeto da Proposta de Súmula Vinculante (PSV) nº 69, que diz:

Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, é inconstitucional.

Os Estados-membros, mesmo com essa posição mais que consolidada do Supremo Tribunal Federal, invariavelmente reeditam novas leis, concedem novas isenções, e vão adiando os efeitos dessas inconstitucionalidades. Com o advento da Lei nº 9.868/99, que em seu art. 27 prevê a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões do STF, por diversas vezes se tentou proceder de modo a que os efeitos fossem somente *ex nunc*, preservando-se os efeitos já consolidados pelo tempo.

Mais de uma vez o STF reiterou seu entendimento no sentido de ser incabível essa modulação, principalmente por se tratar de jurisprudência mais do que reiterada e de amplo conhecimento dos Estados-membros. A discussão travada pelos Ministros por ocasião do julgamento da ADI 3246/PA talvez seja um dos mais significativos exemplos, e apropriadamente referida no Parecer da Procuradoria-Geral da República no PSV nº 69.

Recentemente, contudo, o Supremo Tribunal Federal entendeu por bem aplicar efeitos *ex nunc* em algumas ADIs envolvendo esse tema, em decisão bastante criticada no meio jurídico<sup>85</sup>. A própria PSV nº 69, segundo alguns Estados-membros, deveria possuir efeitos *ex nunc*, em decorrência de efeitos consolidados e a inviabilidade de cobrança de todos os impostos atrasados nos últimos anos. O entendimento da Procuradoria-Geral da República, no parecer do PSV nº 69, contudo, foi pela improcedência da modulação de efeitos, pautado no fato de se tratar de jurisprudência reiterada da Corte há muitos anos, e sem desfecho de

85 ADI 4628; ADI 4713 e RE 68089, Protocolo ICSM 21/01, retroagindo a 19.02.14.



modulação; e, também, por ser esse caminho da Súmula mais célere aos Estados “concorrentes”, prejudicados pela concessão de isenções indevidas.

É importante observar que, mesmo antes desses julgamentos que concederam efeitos *ex nunc*, mencionados anteriormente, já havia uma tendência a certa flexibilização em algumas decisões do STF. De fato, na ADI 2021, por exemplo, começou-se a ventilar outras hipóteses para fundamentação, que não a rígida aplicação da ausência de convênio interestadual. Foi na ADI 3421, contudo, que a Corte, em não se configurando propósito explícito de atrair investimentos pelo Estado-membro, entendeu não estar caracterizada a guerra fiscal:

[. . .]O Tribunal identificou hipótese de isenção do imposto que não reflete propósito de atrair investimentos e, por esse motivo, não requer deliberação anterior entre os estados e o Distrito Federal que a autorizasse. Não basta, segundo o raciocínio assentado, a formulação unilateral do incentivo fiscal para que a respectiva norma estadual seja declarada inconstitucional por afronta ao art.155, § 2º, XII, ‘g’, da Carta, mas é necessária também a configuração fática de um quadro de competição interestadual – de “guerra fiscal.”<sup>86</sup>

Segundo Carlos Alexandre Campos, em interessante estudo sobre o tema, haveria outras ações em que o STF poderia ter atenuado a rígida aplicação da jurisprudência sobre a guerra fiscal, pois nem todos casos se configurariam como de exclusiva atração de investimentos, atendendo algumas vezes a finalidades consagradas na própria Constituição (direito à saúde; financiamento da pequena agricultura, enfim). Essas seriam as situações da ADIMC 2599 (pequenos produtores rurais, prefeituras – isenção tributária para adquirir veículos e máquinas); ADI 2376 (petróleo, legitimidade de do Estado de Minas Gerais para questionar lei do Rio de Janeiro); ADI 930 e 1467 (isenções a rádios e televisões com programação cultural); ADIMC 2357 (lei do Estado de Santa Catarina isentando tributos que incidem sobre medicamentos genéricos).

Nesse ponto, acredita-se que uma fundamentação interessante poderia advir do princípio da lealdade federal, já reconhecido pelo STF na PET 3388/PR ( e invocada pelo atual Min. Barroso na petição inicial da ADI 4.917 -royalties do pré-sal),

<sup>86</sup> AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. *ADI 3.421: releitura da “guerra fiscal do ICMS”*. in HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício (coord.). *O Supremo por Seus Assessores*. 1ª Edição. Almedina. São Paulo: 2014. p. 225

que se entende aplicável à federação brasileira. Considera-se, que, no caso, esse princípio poderia ser empregado como fundamento para uma interpretação mais consentânea com a realidade federativa brasileira. Embora muitas vezes esteja caracterizado um comportamento federal inamistoso por parte de alguns entes federativos, como ocorre com a atração pura e simples de investimentos, nessas questões de concessões de isenções e benefícios tributários, impõe-se uma postura mais cautelosa na análise dos casos concretos, observando-se todos os princípios envolvidos, e não somente a inexistência de convênio, assim como a concessão de isenção fora desses limites.

Ou seja, considerar também os interesses dos Estados-membros, favorecer de certo modo a descentralização federativa.

Com efeito, deve-se verificar principalmente o comportamento federal adotado pelo Estado-membro, e se isso causa uma grave perturbação da ordem federativa. Não se pode conceber, de certo modo, que a isenção de ICMS sobre determinados medicamentos genéricos possa comprometer o pacto federativo brasileiro, desde que justificado às peculiaridades locais. Tampouco o incentivo à isenção de máquinas e tratores agrícolas, conquanto destinados à pequena agricultura familiar. Aplicar a lealdade federal talvez seja um caminho que forneça mais abertura por parte da Suprema Corte à análise dos diferentes casos que se lhe possam apresentar, pois flexibiliza um pouco a rigidez da jurisprudência atualmente vigente, sem contudo comprometer a necessidade de um mínimo de uniformidade nacional.

Essa situação é tão complexa – e as reiteradas tentativas dos Estados-membros de continuarem a concessão de isenções, mesmo diante de consolidada jurisprudência, somente comprova as dificuldades financeiras e o desespero em que se encontram esses entes federativos -, que o próprio Supremo Tribunal Federal mostra-se sensível a conceder uma eventual modulação da PSV nº 69, e começa a conceder efeitos ex nunc em determinados julgamentos, assim como admite que esse problema possa ser resolvido mais eficazmente no âmbito político, via Senado Federal<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> A recente renegociação das dívidas dos Estados-membros com a União, objeto de algumas ações perante o Supremo Tribunal Federal, e no qual se concedeu um prazo (27.04.2016) de 60 (sessenta) dias para que as partes envolvidas estabelecessem negociações, bem demonstra o

Ou seja, não se trata de um problema simples, e demonstra a complexidade e centralização da federação brasileira, assim como dos mecanismos de resolução de conflitos existentes (jurisdição constitucional/ Senado).

#### 1.4 Constituição e pacto federativo: as Cortes Supremas

Consagrado o pacto federativo, seja por integração ou por devolução, em uma Constituição rígida e suprema, em que definidas as competências legislativas dos membros da Federação, bem como as fontes de rendas indispensáveis ao desempenho de suas funções, uma pergunta se faz necessária: como se procede à garantia do cumprimento desse pacto?

A resposta essa pergunta encontra-se vinculada à própria história da jurisdição constitucional, e, portanto, às duas grandes matrizes do direito constitucional moderno: o sistema europeu de controle de constitucionalidade e o modelo norte-americano. Ainda que alguns entendam que do regime federativo não necessariamente decorra um sistema de controle de constitucionalidade das leis,<sup>88</sup> parece evidente que tenha de existir um mecanismo que verifique o regular exercício das competências.<sup>89</sup>

Portanto, o regime federativo necessita de um árbitro para verificar o cumprimento das competências constitucionalmente previstas. Esse controle pode ser político, ou jurisdicional – teoricamente, não há nenhum empecilho. Parece, contudo, que se consolidou o entendimento de que esse árbitro deve ser imparcial e independente, com caráter nacional, e, nos Estados Unidos, uma série de fatores consolidou esse controle na Suprema Corte. Como sabido, ainda que os Artigos

---

espírito da Corte em tentar resolver de modo conciliatório questões altamente políticas. Cf. MS 34023, 34110 e 34122

88 Cf. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Teoria das Constituições Rígidas*. J. Bushatsky. 1980. p. 101. Diz o autor: “[. . .] Não há dúvida, que nos regimes federativos mais necessário ainda se torna o judiciário como intérprete da Constituição, não só para opor barreiras às exorbitâncias do legislativo e executivo federal, como também para impedir os excessos desses poderes estaduais, e mesmo do próprio judiciário, mas daí concluir-se que essa faculdade [controle] decorre necessariamente do regime federativo, é ir muito além.”

89 BITAR, Orlando, *A Lei e a Constituição*. in Obras Completas. vol I. Ed. Renovar. Rio de Janeiro. 1996. p.536

Federalistas, em especial o de nº 78<sup>90</sup>, já mencionassem expressamente a necessidade de controle dos atos do Legislativo pelos tribunais<sup>91</sup>, longa foi a luta pela afirmação do papel da Suprema Corte.

Essa discussão é bastante presente nos Estados Unidos, visto o fato de que não há nenhum dispositivo expresso na Constituição que outorgue esse poder à Suprema Corte. Ainda que atualmente se tenha como pacificado esse poder de declarar a inconstitucionalidade das leis – o que inclui, por evidente, o controle dos poderes dos entes da Federação – o fato é que, como já referido, o caminho percorrido foi longo e árduo. Usualmente os manuais de Direito Constitucional mencionam a decisão de *Marbury v. Madison*, em 1803, como o precedente em que se afirmou a possibilidade de a Corte verificar a constitucionalidade de um ato, esquecendo-se de mencionar o processo de *impeachment* de Samuel Chase, membro da Suprema Corte, logo a seguir, espécie de retaliação do Poder Executivo; ou de que a Suprema Corte somente declarou uma inconstitucionalidade de uma lei federal em 1857, no polêmico caso *Dred Scott v. Sanford*; ou o episódio do *Habeas Corpus* descumprido por Abraham Lincoln, durante a Guerra Civil. Isso sem falar do polêmico conflito entre a Suprema Corte e Franklin Roosevelt, com as leis do New Deal (*Judicial Procedures Reform Bill* de 1937, ou mais conhecido *court packing-plan*, que pretendia adicionar mais juízes à Corte).

Ainda hoje, talvez como um resquício dessa acirrada luta, pode-se afirmar que os debates que se travam nos Estados Unidos acerca da legitimidade da jurisdição constitucional, e do caráter contramajoritário do controle de constitucionalidade, constituem um reflexo tardio dessas antigas questões.

No Brasil, ainda que adotado o regime constitucional em 1824, foi somente com a proclamação da República que se passou a adotar uma Corte Suprema, com

---

90 “A completa independência dos tribunais de justiça é peculiarmente essencial numa Constituição limitada.” In HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Os Artigos Federalistas*. Trad. Maria Luísa X. De A. Borges. Ed Nova Fronteira. Rio de Janeiro: 1993. Artigo LXXVIII (Hamilton). p. 480

91 “A interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juízes. Cabe a eles, portanto, definir seu significado tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo. Caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente, ser preferido. Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção de seus agentes.” In HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Os Artigos Federalistas*. Trad. Maria Luísa X. De A. Borges. Ed Nova Fronteira. Rio de Janeiro: 1993. Artigo LXXVIII (Hamilton). p. 480

atribuição de declarar a inconstitucionalidade das leis, em nosso ordenamento jurídico. Por influência da Rui Barbosa, é manifestamente evidenciada a influência norte-americana, seja na adoção do controle de constitucionalidade, quer na própria instituição do regime federativo.

Na matriz europeia, o sistema de controle de constitucionalidade, tem no gênio de Hans Kelsen o seu principal criador. Afirmava o insigne jurista que é no Estado federativo<sup>92</sup> onde a jurisdição constitucional “adquire a mais considerável importância. Não é excessivo afirmar que a ideia política do Estado federativo só é plenamente realizada com a instituição de um tribunal constitucional.”<sup>93</sup>

Como idealizador da Constituição da Áustria (federação), Kelsen foi entusiasta defensor da criação de um Tribunal Constitucional, que pudesse exercer com imparcialidade e independência as funções de guarda da Constituição. E, conseqüentemente, árbitro da Federação, na medida em que assegurava que os entes federativos se circunscrevessem aos seus limites de atribuição competenciais constitucionalmente previstos:

[. . .]Isso significa, do ponto de vista técnico, que as Constituições federativas não apenas regulam o processo legislativo e estabelecem certos princípios a propósito do conteúdo das leis – como acontece com as dos Estados unitários – mas também fixam as matérias atribuídas à legislação federal e à legislação local. Qualquer violação dos limites assim traçados pela Constituição é uma violação da lei fundamental do Estado federativo; e a proteção desse limite constitucional das competências entre União e estados federados é uma questão política vital, sentida como tal no Estado federativo, no qual a competência sempre dá ensejo a lutas apaixonadas. Mais que em qualquer outra parte, faz-se sentir aqui a necessidade de uma instância objetiva que decida essas lutas de modo pacífico, de um tribunal ao qual esses litígios possam ser levados como problemas de ordem jurídica e decididos como tal – isto é, de um tribunal constitucional.<sup>94</sup>

---

92 “[. . .]A essência do Estado federativo consiste – se não enxergarmos nele um problema de metafísica do Estado mas sim, numa concepção inteiramente realista, um tipo de organização técnica do Estado – numa divisão das funções, tanto legislativas como executivas, entre órgãos centrais competentes para todo o Estado ou seu território (Federação, Reich, União) e uma pluralidade de órgãos locais, cuja competência se limita a uma subdivisão do Estado, a uma parte de seu território (estados federados, províncias, cantões, etc.), com representantes desses elementos estatais, designados de maneira mediata (pelos parlamentos ou pelos governos estaduais) ou imediata (pela população da circunscrição), participando da atividade legislativa central, e eventualmente também da atividade executiva central. in KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Ed Martins Fontes. São Paulo: 2003. p. 182-3

93 KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Ed Martins Fontes. São Paulo: 2003. p. 182

94 Idem, p. 183

O pensamento e a obra de Hans Kelsen inspiraram a Constituição Austríaca<sup>95</sup> e a Constituição de Weimar, que, por sua vez, serviram de modelo a muitas constituições europeias promulgadas após a 2ª Guerra Mundial, como a Lei Fundamental de Bonn. Não está necessariamente vinculada a ideia de federação e Cortes constitucionais, mas, de uma maneira mais específica, entre Estados Compostos - sejam federações ou outros estados regionais - e uma Corte que desempenhe a função de árbitro imparcial na resolução dos conflitos intraestatais. É o que ocorre, por exemplo, na Alemanha, na Espanha, na Itália.

O Brasil, em seu início republicano (1891) adotou a matriz norte-americana de controle de constitucionalidade (difuso, com última instância na Suprema Corte). Posteriormente, a partir de 1965 (com a Representação de Inconstitucionalidade)<sup>96</sup>, começou a incorporar algumas ideias do modelo concentrado europeu, e que se consolidou definitivamente com a Constituição de 1988, e as reformas constitucionais e legislativas que se sucederam.

Neste contexto, não seria exagero afirmar, que ainda que exista o modelo de controle de constitucionalidade difuso, as reformas constitucionais que se sucederam ocasionaram uma concentração de competência no Supremo Tribunal Federal que se poderia ser o sistema brasileiro de constitucionalidade, no mínimo, predominantemente concentrado<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> A primeira Constituição a prever uma Corte Constitucional foi a da Tchecoslováquia, e o próprio Kelsen deixou claro que uma de suas fontes inspiradoras foi a obra de Georg Jellinek, "Um Tribunal Constitucional para a Áustria", de 1885. Nesse sentido, cf. AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O STF e O Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. RDA 250 (2009). p-197-227

<sup>96</sup> Alguns entendem que já em 1934 se teria instituído a via direta, com a Representação Interventiva. Cf. AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O STF e O Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. RDA 250 (2009). p-197-227. No mesmo sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *A Representação Interventiva*. Direito Público. Vol I. nº 9 (2005). p. 5. Oportuno ressaltar, também, que a decisão na Representação Interventiva não possuía eficácia *erga omnes*. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*. Ed. Saraiva. São Paulo: 1990. p. 191 (" A proposta de alteração do disposto no art. 64 da Constituição, com a atribuição de eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, foi rejeitada. Consagrou-se, todavia, o modelo abstrato de controle de constitucionalidade.

<sup>97</sup> O que não significa que seja de matriz europeia. Conferir, nesse sentido, principalmente a crítica quanto ao aspecto das deliberações da Corte. In cf. AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O STF e O Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. RDA 250 (2009). p-197-227

## 1.5 Jurisdição constitucional brasileira: o Supremo Tribunal Federal

Nesse item do trabalho, procura-se mostrar algumas características da Suprema Corte brasileira, desde sua criação, em 1891, até a atualidade.

O objetivo, além de breve descrição das características principais do tribunal, é verificar as dificuldades inerentes ao seu funcionamento, e alguns dos motivos ocasionam a centralização federativa de suas decisões, bem como de uma sistemática apropriada de precedentes para resolvê-los.

Uma singularidade que se pode apontar, já de início, é que o Supremo Tribunal Federal também é uma Corte Constitucional – principalmente sob a Constituição de 1988 -, mas não exclusivamente um tribunal com essa particularidade. Ele também é, ao mesmo tempo, o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, a última instância recursal, onde invariavelmente terminam a maioria dos processos judiciais.

Destaque-se, também, que a importância desse tópico neste trabalho reside em que, muitas vezes, os estudos se restringem à análise das decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais, e, em se tratando da perspectiva de direito comparado, isso pode se tornar ainda mais complexo. De fato, há muitas diferenças e peculiaridades que, de certo modo, tornam a jurisdição constitucional brasileira singular no mundo. O que, evidentemente, em certas situações pode ser uma vantagem, na medida em que resolve certos problemas tipicamente brasileiros, mas que por outras vezes distancia-nos de atingir uma justiça mais célere, imparcial e segura.

Vários poderiam ser os pontos abordados, mas não é o objetivo sobrecarregar a leitura com pontos que, embora possam ser interessantes, não guardam estrita vinculação com os objetivos do trabalho. O propósito aqui é mais singelo: oferecer um breve panorama das características mais essenciais do Supremo Tribunal Federal: (1) sua composição e competência para julgamento; (2) as ações principais que podem ser ajuizadas perante o tribunal; (3) alguns aspectos peculiares da Corte Suprema; (4) críticas ao modo de decisão do STF.

E, fundamentalmente, no que isso interfere no modo como atualmente são decididos os conflitos competenciais federativos

### **1.5.1 Breve Histórico da Corte: composição e competência**

O Supremo Tribunal Federal foi instituído com previsão no Decreto nº 848, de 11.10.1890<sup>98</sup>, editado pelo Governo Provisório da República, e após na Constituição de 1891 (arts. 55 e 56), sendo sua instalação em 28.2.1891, quando se realizou a 1ª Sessão Plenária.<sup>99</sup>

Como refere o Ministro Celso de Mello,

Durante a República, a Constituição Federal de 1934 alterou a denominação constitucional do Supremo Tribunal Federal, passando a designá-lo como Corte Suprema. Com o advento da Carta de 1937, restabeleceu-se a anterior denominação (Supremo Tribunal Federal), mantida até hoje, pelas sucessivas Leis Fundamentais da República.<sup>100</sup>

Originariamente era composto por 15 juízes, alterado posteriormente para 11 juízes (Decreto nº 19.656, de 1931), até o Ato Institucional nº 02, de 1965, que alterou a composição para 16 juízes. A Constituição de 1967 reduziu o número para 11 juízes, mantido até hoje.

Dispõe o art. 101, da Constituição de 1988, que o Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. São nomeados pelo Presidente da República, após aprovação por maioria absoluta do Senado Federal.

---

98 MELLO, Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)*. 3ª Edição. Brasília: 2012. p. 9

99 Anteriormente, Casa da Suplicação do Brasil (10.5.1808 a 8.01.1829) e Supremo Tribunal de Justiça (09.01.1829 a 27.02.1891)

100 MELLO, Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)*. 3ª Edição. Brasília: 2012. p. 8



Inicialmente, quando da proclamação da República, houve discussão acerca do entendimento da expressão “notável saber jurídico”. É conhecido, na história constitucional brasileira, o episódio da rejeição da nomeação de cinco ministros indicados pelo Marechal Floriano Peixoto, que não possuíam sequer o diploma de bacharel em direito.<sup>101</sup> É que o “o futuro membro da judicatura mais alta deve ser acatado jurista, de sólida cultura, e reputado como homem intemerato e de grande ponderação.”<sup>102</sup>

Narra Celso de Mello que:

Na história republicana brasileira, ao longo de 122 anos (1889 a 2011), o Senado Federal, durante o governo FLORIANO PEIXOTO, rejeitou cinco (5) indicações presidenciais, negando aprovação a atos de nomeação, para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, das seguintes pessoas: (1) BARATA RIBEIRO, (2) INNOCÊNCIO GALVÃO DE QUEIROZ, (3) EWERTON QUADROS, (4) ANTÔNIO SÈVE NAVARRO E (5) DEMOSTHENES DA SILVEIRA LOBO.

Nota: Cabe registrar que, nos Estados Unidos da América, no período compreendido entre 1789 e 2011 (222 anos), o Senado norte-americano rejeitou 12 (doze) indicações presidenciais para a Suprema Corte americana.<sup>103</sup>

Os ministros da Suprema Corte brasileira não possuem mandato, diferentemente das Cortes constitucionais europeias, seguindo o modelo norte-americano de vitaliciedade, com a diferença que, desde a Constituição de 1934

<sup>101</sup> Carlos Maximiliano narra o episódio: A lei exige um homem de excepcional valor e de cultura jurídica acima do comum. O Marechal Floriano Peixoto interpretou diferentemente o código fundamental, e nomeou três varões de sólido preparo: um médico, pediatra notável, e dois gerais, respeitados na classe pela sua ilustração. O Senado, embora amigo do Vice-Presidente em exercício, não aprovou os decretos, e, sim, o parecer da Comissão de Constituição e Diplomacia, que os fulminou, firmando a boa doutrina. São decisivos dois consideranda: a) “Esse requisito de notável saber exigido pela Constituição, refere-se especialmente à habilitação científica em alto grau nas matérias sobre que o Tribunal tem de pronunciar-se, jus dicere, o que supõe nos nomeados a inteira competência e sabedoria que no conhecimento do Direito devem ter os juristas. b) Mentiria a instituição aos seus fins, se se pudesse entender que o sentido daquela expressão notável saber, referindo-se a outros ramos de conhecimentos humanos, independesse dos que dizem respeito à ciência jurídica; pois que isso daria cabimento ao absurdo de compor-se um tribunal judiciário, verbi gratia, de astrônomos, químicos, arquitetos, etc., sem se inquirir da habilitação profissional em Direito.” In MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. 2ª Edição Ampliada. Jacintho Ribeiro dos Santos Editor. Rio de Janeiro: 1923. p. 551-2

<sup>102</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. 2ª Edição Ampliada. Jacintho Ribeiro dos Santos Editor. Rio de Janeiro: 1923. p. 552

<sup>103</sup> MELLO, Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)*. 3ª Edição. Brasília: 2012. p. 18

instituiu-se, no Brasil, a aposentadoria compulsória, sendo a dos magistrados aos 75 anos de idade (art. 64, "a"), e, desde a Constituição de 1946, mantido em 70 anos. Recentemente, alterou-se esse limite para 75 anos (Emenda Constitucional nº 88/2015).

O Supremo Tribunal Federal, assim, compõe-se de 11 (onze) ministros, julgando em Plenário<sup>104</sup> (sessões às quartas e quintas-feiras, das 14 h às 18 h), ou em Turmas<sup>105</sup> (1ª e 2ª Turmas, cada uma composta de 5 ministros, com julgamentos às terças-feiras, das 14 h às 18 h).

Agora, sobre a competência do Supremo Tribunal Federal. Como se trata de um tribunal de última instância, sua competência, além de recursal, é bastante ampla, e encontra-se enumerada no art. 102, da Constituição da República. Não seria apropriado transcrever aqui todo o dispositivo, pois além de cansativo, não serviria aos propósitos deste trabalho. Basta que se mencione que desde o julgamento de ações penais de autoridades com foro privilegiado, até homologações de sentenças estrangeiras, pedidos de extradição, litígios entre Estados, dentre outros, são da competência do Supremo Tribunal Federal.

Explicita-se, aqui, somente as principais ações diretamente envolvidas com a função de controle de constitucionalidade da Corte. São estas:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [ . . . ]

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; [...]

---

<sup>104</sup> A competência do Plenário se encontra nos arts 5º a 8º do RISTF, mas incluem, por exemplo, o julgamento de ADI, ADO, ADPF, ADC (art. 5º, VII), as Intervenções Federais (art. 5º, VIII), bem como as medidas cautelares (art. 5º, X)

<sup>105</sup> A competência das Turmas encontra-se nos arts. 8º a 11, ressalvando-se, principalmente, a competência para recursos extraordinários (art. 9º, III), e também a possibilidade de remeter o julgamento de feitos de sua competência ao Plenário, independente de pauta, quando considerar relevante a arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida pelo Plenário. (art. 11, I)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Parágrafo único. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. [ . . . ]

Ou seja, são a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade); a ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade) - bem como as referentes a omissões ADO (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão); a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental); e o RE (Recurso Extraordinário).

Tem-se, ainda, por essencial ao regime federalista, a ação de Intervenção Federal (IF).

São analisadas separadamente na sequência.

### **1.5.2 Controle de constitucionalidade: um sistema misto**

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das leis é um sistema misto, pois convivem simultaneamente o controle difuso (ou incidental) e o concentrado (direto). Ou seja, qualquer juiz, em qualquer grau de jurisdição, pode conhecer e declarar, incidentalmente, provocado pelas partes ou *ex officio*, da inconstitucionalidade de leis ou atos normativos nos processos em que atuam. Evidentemente, a eficácia dessa declaração será restrita às partes (*inter partes*) e ao respectivo processo. Ainda, pode-se provocar, diretamente, o Supremo Tribunal

Federal para a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, federais, estaduais, ou mesmo municipais, preenchidos os requisitos de legitimidade para propositura perante aquela Corte, bem como outros requisitos de admissibilidade para as respectivas ações. Nesses casos, a eficácia é *erga omnes* e com efeito vinculante (art. 102, § 2º, CF/88)

Na via incidental, pode-se também chegar ao Supremo Tribunal Federal pela via recursal, demonstrando-se a repercussão geral (art. 102, § 3º, CF/88) para a admissibilidade do recurso, e eventualmente até obter-se efeito *erga omnes*<sup>106</sup>.

### **1.5.2.1 Ações na via Concentrada (Direta)**

Nesse tópico, faz-se uma exposição das 4 (quatro) principais ações na via direta que podem ser interpostas perante o STF: ADI, ADC, ADO e ADPF. Nem todas constavam, ou haviam sido regulamentadas, quando da promulgação da Constituição de 1988, mas consolidaram-se na jurisdição constitucional brasileira, e hoje encontram-se dentre as mais significativamente utilizadas.

Muitas delas, por oportuno, na resolução de conflitos federativos competenciais.

#### **1.5.2.1.1 ADI e ADC: Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade**

O art. 102, I, “a”, da Constituição de 1988 diz que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

---

<sup>106</sup> Cf. p.ex., RE 596692/MT, Rel. Min Dias Toffoli; RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa; HC 82.959/SP, Rel. Min Gilmar Mendes;

Dispõe, portanto, sobre a competência do Supremo Tribunal para o julgamento de ADI e ADC<sup>107</sup>, sendo que a ADI dedica-se à verificação de inconstitucionalidade de lei o ato normativo federal ou estadual.

A ação declaratória de constitucionalidade, por sua vez, restringe-se somente a leis ou atos federais.

Por leis e atos normativos entende-se, em relação aos primeiros, por atos emanados do próprio poder Legislativo, no seu poder legiferante. Atos normativos são aqueles dotados de generalidade e abstração, não se referindo a situações concretas específicas, podendo ser suscetíveis de questionamento na via direta. Assim é que já se admitiu ADI contra Parecer do Banco Central dispendo sobre taxas de juros bancários<sup>108</sup>; contra Portaria nº 113/97, do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA), que instituiu taxas<sup>109</sup>; contra Resoluções do Poder Executivo Estadual, que disciplinava horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais, consumo e assuntos análogos<sup>110</sup>; contra Medidas Provisórias promulgadas pelo Presidente da República<sup>111</sup>; ou mesmo questionando Emendas Constitucionais<sup>112</sup>. Não se admitiu, contudo, de Súmulas de Tribunais<sup>113</sup>

Não há prazo para o ajuizamento da ADI<sup>114</sup>, desde a promulgação da lei, o que não impede, contudo, seja considerado às vezes o longo lapso temporal como fundamento para o indeferimento de medida cautelar eventualmente requerida.<sup>115</sup>

---

107 Instituída pela Emenda Constitucional nº 3/93.

108 ADI nº 4/DF

109 ADIMC 1823, Rel. Min Ilmar Galvão

110 ADIMC 3731, Rel. Min. Cezar Peluso

111 ADIMC 525, Rel. Min. Sepúlveda Pertence

112 Cf. ADC nº 1/DF; ADI nº 939/DF. Sobre esta última, “em primeiro lugar, a ADI 939 constitui a primeira vez que o STF examinou a constitucionalidade material e declarou a inconstitucionalidade da mais alta e nobre espécie normativa concedida ao Poder Legislativo: a emenda constitucional. É certo que o STF já havia examinado a compatibilidade de emenda constitucional com o texto constitucional no famoso caso da Emenda Constitucional de 1926 (HC 18.178/DF, rel. Min. Hermenegildo de Barros, Pleno, julgado em 1º.10.1926). Já naquela oportunidade, o Tribunal demonstrou grande desenvoltura na análise de constitucionalidade formal em relação às regras dispostas na Constituição de 1891, afirmando sua competência para verificar a legitimidade da reforma constitucional, nada obstante o grande debate a propósito no direito comparado.” In FUCK, Luciano Felício. *Tributação e Cláusulas Pétreas: ADI 939*. in HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício (coord.). *O Supremo por Seus Assessores*. 1ª Edição. Almedina. São Paulo: 2014. p. 17

113 ADI 594, Rel. Min. Carlos Velloso; RE 584.188 AgR, Rel. Min Carlos Ayres Britto

114 “Não há prazo de decadência para a representação de inconstitucionalidade prevista no art. 8º, parágrafo único, da CF.” (Súmula 360.)

115 Cf.. ADI 1229, Rel Min. Carlos Velloso

Os legitimados para a propositura dessas ações encontram-se elencados no art. 103 da Constituição.<sup>116</sup>

Para alguns desses legitimados, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu o requisito da pertinência temática, que se traduz na relação de congruência que deve existir entre os objetivos estatutários, ou as finalidades institucionais da entidade autora, e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato. Trata-se de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada<sup>117</sup>.

Há, desse modo, duas “classes” de legitimados: os universais e os especiais. Estes últimos necessitam demonstrar a pertinência temática, ou seja, a relação de *“adequação entre o interesse específico para cuja tutela foram constituídos e o conteúdo da norma jurídica arguida como inconstitucional”*, estando inseridos nos incs. IV, V e IX do art. 103.

Nesse contexto, portanto, tem-se que as Mesas das Assembleias Legislativas e Câmara Legislativa<sup>118</sup>, os Governadores de Estado e Distrito Federal<sup>119</sup>, para que a ação direta de inconstitucionalidade seja admissível, precisam demonstrar pertinência temática. Do mesmo, que a lei ou ato impugnado diz respeito aos objetivos da entidade federativa respectiva<sup>120</sup>. Também as confederações sindicais<sup>121</sup> e entidades de classe de âmbito federal<sup>122</sup>, sendo que a ação direta de inconstitucionalidade é admissível desde que a lei ou ato normativo impugnado diga respeito aos filiados ou associados respectivos<sup>123</sup>.

Por fim, é necessário perguntar: qual o parâmetro constitucional de controle? A Corte não está adstrita aos fundamentos declinados na petição inicial,

---

116 Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Cf. art. 2º Lei 9.868/99

117 Cf. ADI 1157-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-94, Plenário, DJ de 17-11-06.

118 ADI 1307, Rel. Min. Francisco Rezek

119 ADI 902, Rel. Min. Marco Aurélio

120 ADI 733, Rel. Min. Sepúlveda Pertence

121 ADI 1151, Rel. Min. Marco Aurélio; ADI 3.906 Agr, Rel. Menezes Direito

122 ADI 305, Rel. Min. Paulo Brossard

123 ADI 1464, Rel. Min. Moreira Alves

vinculando-se à Constituição como um todo, um verdadeiro bloco. Como referido pelo Min. Gilmar Mendes no voto-vista na ADI 2.182, citando posicionamento do Min. Celso de Mello:

Entende o Tribunal, portanto, que o parâmetro de controle, no processo objetivo de fiscalização da constitucionalidade de leis e atos normativos, abrange a Constituição como um todo. A Corte não fica adstrita aos fundamentos explicitados na petição inicial. A própria ideia do “bloco de constitucionalidade”, criada pelos franceses, e tão bem desenvolvida em votos proferidos pelo Ministro Celso de Mello, representa esse entendimento[...]

Ainda, ADI e ADC não diferem substancialmente, sendo muitas vezes referido na jurisprudência da Corte que a ADC é uma ADI, com “sinal trocado”. Como explica o Min. Gilmar Mendes, um dos artífices da Lei nº 9.868/99, que disciplina o ajuizamento das ações diretas perante o Supremo Tribunal Federal, o objetivo da ADC surgiu em virtude, principalmente, da insegurança jurídica gerada pela famosa “guerra das liminares”, na década de 1990, em que invariavelmente o governo federal editava uma medida provisória, ou sancionava uma lei, e havia discussões intermináveis nos tribunais, sem que houvesse um mecanismo que centralizasse as discussões, com eficácia vinculante e *erga omnes*<sup>124</sup>.

Por fim, a instituição da ADC teve sua constitucionalidade questionada na preliminar da ADC nº 1/DF, sendo rejeitada. A Lei nº 9.868/99, por sua vez, teve sua constitucionalidade questionada pelas ADIs nº 2.154 e 2.258, principalmente no que se refere à possibilidade de modulação de efeitos. Até hoje, essas duas últimas encontram-se pendentes de julgamento.

#### **1.5.2.1.2 Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)**

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) é outra das ações que caracterizam a jurisdição constitucional brasileira. Não convém, aqui, explicitar

---

<sup>124</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Controle Concentrado de Constitucionalidade. 3ª Edição. Saraiva. São Paulo: 2009.

todos os tópicos que envolvem esse tipo de ação, mas somente apresentar suas principais características, de modo a fornecer uma explanação básica que permita compreender sua sistemática e problemática.

Assim, interessa fundamentalmente explicar: (1) características e diferenciação do Mandado de Injunção, dada sua aparente semelhança; (2) fungibilidade com a ADI, e a jurisprudência do STF; (3) efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Inicialmente, convém ressaltar, portanto, que muito preocupou ao constituinte de 1988 a omissão do Poder Público, seja porque reflexo de uma Constituição promulgada após anos de autoritarismo, quer por consagrar um amplo espectro de direitos e garantias sociais a requerer efetivação. Nesse contexto, surgem a ADO (Ação direta de inconstitucionalidade por omissão) e o Mandado de Injunção, previsto no art. 5º. LXXI, da Constituição<sup>125</sup>.

A ADO possui o mesmo rol de legitimados do art. 103, da Constituição, no que já se diferencia do Mandado de Injunção, que pode ser impetrado por qualquer pessoa física ou jurídica, sendo julgados no STF somente aqueles em que a elaboração da norma regulamentadora “for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal” (art. 102, I, ‘q’). Ou seja, outra diferença importante entre as duas ações: enquanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão somente pode ser ajuizada no Supremo Tribunal Federal (concentrada), o Mandado de Injunção, de natureza difusa, tem sua competência determinada pela autoridade a quem compete a edição da norma regulamentadora, sendo os casos do STF os constantes no dispositivo acima referido.

Outro aspecto importante é a fungibilidade entre a ADO e a ADI, sendo que a Corte, quando do julgamento da ADI 875, relativizou a rígida distinção que existia entre ambas, nas situações de omissão parcial, em que é imprecisa a distinção

---

<sup>125</sup> LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;



entre inconstitucionalidade por ação ou omissão. Esse entendimento, posteriormente, foi utilizado no julgamento das ADIs 1987, 2727 e 3243<sup>126</sup>

O Relator da ADI nº 875, Min Gilmar Mendes, referiu à ocasião que:

[ . . .]tem-se, pois, aqui, uma relativa, mas inequívoca, fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade (da lei ou ato normativo) e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que os dois processos – o de controle das normas e o de controle da omissão – acabam por ter o mesmo objeto, formal e substancialmente, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude.<sup>127</sup>

Acrescentou, ainda, em seu voto, que “a soma de duas omissões não gera uma ação ou afirmação, mas uma omissão ao quadrado”,<sup>128</sup> e que a questão fundamental “reside menos na escolha de um processo especial do que na adoção de uma técnica de decisão apropriada para superar as situações inconstitucionais propiciadas pela chamada omissão legislativa”.<sup>129</sup>

Asseverou, o Min. Relator, nesse mesmo julgamento, que há fungibilidade entre essas ações.

Por fim, caracterizada a fungibilidade entre a ADI e ADO, que se resume mais a uma técnica efetiva do tipo de decisão que deve ser proferida, chega-se ao último aspecto polêmico da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão na jurisprudência constitucional brasileira, qual seja, os efeitos dessa decisão. Nesse ponto, não há uma diferença substancial com o “Mandado de Injunção, sendo que as decisões proferidas nesses processos declaram a mora do órgão legiferante em cumprir dever constitucional de legislar, compelindo-o a editar a providência requerida”<sup>130</sup>. De fato, a diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão “residiria no fato de que, enquanto o primeiro

---

126 CORREIA NETO, Celso de Barros. *ADI 875: a inconstitucionalidade dos critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados*. in HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício (coord.). *O Supremo por Seus Assessores*. 1ª Edição. Almedina. São Paulo: 2014. p. 204

127 CORREIA NETO, Celso de Barros. *ADI 875: a inconstitucionalidade dos critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados*. in HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício (coord.). *O Supremo por Seus Assessores*. 1ª Edição. Almedina. São Paulo: 2014. p. 235

128 Idem, p. 236

129 Idem, p. 239

130 Voto-vista do Min. Gilmar Mendes no MI 712, p. 420

destina-se à proteção de direitos subjetivos e pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico, o processo de controle abstrato da omissão, enquanto processo objetivo, pode ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico [Cf. MI nº 107-DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ nº 133, p. 11 (38-9)].<sup>131</sup>

Feita essa ressalva, o *leading case* da jurisprudência brasileira que melhor explicita atualmente os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal nas ações omissivas é o Mandado de Injunção nº 712, Rel. Min. Eros Grau, que regulamentou o direito de greve ao servidor público civil. Como sabido, a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, dispôs sobre o direito de greve, mas, expressamente, disse no art. 16 que o direito de greve dos servidores públicos civis, previsto no art. 37, VII, deveria ser remetido à legislação complementar, a ser editada<sup>132</sup>.

Em outubro de 2007, quando do julgamento do MI 712, fazia, portanto, 18 (dezoito) anos a omissão legislativa.

Em seu voto-vista, o Min. Gilmar Mendes, discorre sobre a evolução histórica do entendimento do instituto perante a Corte, que remontava ao precedente do MI nº 107, segundo o qual o tribunal deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas. Entendimento idêntico se adotava nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão, ainda mais por força do art. 103, § 2º, da CF/88.<sup>133</sup>

Após o Mandado de Injunção nº 107, no MI nº 283 (DJ de 14.11.91), a Corte por primeira vez estipulou prazo para que fosse suprida a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados. Após, houve lenta evolução, como nos casos do MI 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves (DJ 27.03.92), prazo de 6 meses para gozar a imunidade do art.

---

131 Idem, ibidem

132 Art. 16. Para os fins previstos no art. 37, inciso VII, da Constituição, lei complementar definirá os termos e os limites em que o direito de greve poderá ser exercido.

133 Art. 103. [...] § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

195, §7º, da CF/88, e o MI 284, Min Marco Aurélio (DJ 26.06.92), sobre o direito previsto no ADCT nº 8, que trata dos anistiados políticos.

Contudo, foi no julgamento do MI nº 712 em que realmente se deu uma reversão completa da jurisprudência. Após intenso debate, em que se ressaltou inclusive que “a não-regulação do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias consequências para o Estado de Direito. Estou a lembrar que Estado de Direito é aquele no qual não existem soberanos”<sup>134</sup>, concedeu-se o *writ* para determinar a aplicação da Lei nº 7.783/89 à greve dos servidores públicos, no que coubesse.

Esse entendimento tem sido seguido, também, em algumas ADIs, como a ADI 875, e a ADI 3682/MT, inclusive determinando-se prazo ao legislador para a regularização da inconstitucionalidade.

Conclui-se, portanto, que a omissão legislativa possui mecanismos efetivos para ser sanada na jurisdição constitucional brasileira. Seja pela ADO, ou pelo Mandado de Injunção, e em grande parte dos casos com uma postura de *self restraint*, o Supremo Tribunal Federal tem declarado omissões legislativas importantes, estabelecendo prazos ao legislador para sua regularização, ou em alguns casos suprindo diretamente a lacuna (MI 712).

#### **1.5.2.1.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)**

O art. 102, § 1º, da Constituição determina que “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. Esse procedimento, contudo, somente veio a ser regulamentado com a edição da Lei nº 9.882/99, e surgiu basicamente em virtude do fato de que, ainda que promovida uma concentração do controle de constitucionalidade no STF após a Constituição de 1988, continuavam existindo espaços muito controvertidos nos tribunais, muitas vezes ocasionando grande insegurança jurídica na sociedade, e que somente

---

<sup>134</sup> Voto-vista do Min. Gilmar Mendes, p. 431

poderiam ser apreciados pela Corte Suprema pela via recursal, o que poderia levar vários anos.<sup>135</sup>

A apreciação de leis municipais, assim como o de atos normativos anteriores à Constituição, constitui um bom exemplo disso. Finalmente, como ressalta o Min. Gilmar Mendes em obra sobre o tema, este instituto pode ainda resolver outros temas polêmicos da jurisdição constitucional brasileira:

Finalmente, deve-se observar que o novo instituto pode oferecer respostas adequadas para dois problemas básicos do controle de constitucionalidade no Brasil: o controle de omissão inconstitucional e a ação declaratória nos planos estadual e municipal (cf., infra, ns. 5 e 8 dos comentários ao art. 1º). Todas essas peculiaridades realçam que, no que respeita à diversidade e amplitude de utilização, a arguição de descumprimento de preceito fundamental revela-se superior à fórmula do incidente de inconstitucionalidade. Em verdade, o novo instituto vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no STF, uma vez que as questões, até então excluídas de apreciação no âmbito do controle abstrato de normas, serão objeto de exame no âmbito do novo procedimento.<sup>136</sup>

Desse modo, configurando-se como modalidade de integração<sup>137</sup> entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal, foi editada a Lei nº 9.882/99, disciplinando o uso dessa ação (ADPF).

Caberá o ajuizamento de Arguição para Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) para evitar-se ou reparar lesão a preceito fundamental, decorrente de atos do Poder Público. Pode tratar-se de lei ou ato normativo federal,

---

<sup>135</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999*. Ed. Saraiva. 1ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: 2009. p.1. De acordo com esse autor, “as mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir de 1988 alteraram radicalmente a relação que havia entre os controles concentrado e difuso. A ampliação do direito de propositura da ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade vieram reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso. Não obstante, subsistiu em espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado (interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal). É exatamente nesse espaço, imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, que tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora na definição das decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chamada “guerra de liminares.”

<sup>136</sup> MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999*. Ed. Saraiva. 1ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: 2009. p.19

<sup>137</sup> Cf. voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 33, onde consta essa expressão.

estadual ou municipal, ainda que anterior à Constituição<sup>138</sup>, sendo legitimados para o seu ajuizamento os constantes do rol do art. 103 da Constituição de 1988.

Essa lei tem sua constitucionalidade questionada na ADI 2231-8/DF - até hoje não julgada, embora tenham sido superadas as preliminares arguidas quando do julgamento das ADPFs nº 33 e 54. Na primeira delas, discutiu-se algumas dúvidas suscitadas pelo instituto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, devendo-se mencionar especificamente dois: (1) o que constitui “preceito fundamental”; (2) o caráter subsidiário dessa ação.

No voto proferido por ocasião da ADPF 33, esclareceu o relator que:

[...]

É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento.

Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional.

Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico.

Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados ‘princípios sensíveis’, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros (art. 34, VII).

Desse modo, ainda que não oferecendo uma resposta unívoca ao que se entenda por “preceitos fundamentais”, dada a dificuldade que a indeterminação do conceito possui, exemplifica que os (1) direitos fundamentais; (2) os princípios arrolados nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º), insuscetíveis à supressão por reforma constitucional; (3) e os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII) – ensejadores de intervenção federal, em caso de inobservância, constituem, com certeza, preceitos fundamentais. Não exclui, pelo seu voto, que possam haver outros (o que as

---

<sup>138</sup> A problemática residia na jurisprudência consolidada da Corte – desde antes de 1988 (cf. p.ex. Rp nº 1.012, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 95/990), plasmada principalmente na ADI nº 2, Rel. Min. Paulo Brossard, segundo a qual os atos anteriores à Constituição constituem um juízo de revogação, e não de inconstitucionalidade, não sendo cabível, assim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Vencido o Min. Sepúlveda Pertence.

circunstâncias do caso sob julgamento determinariam), mas reafirma que os exemplos citados são preceitos fundamentais, e a violação deles suscita o ajuizamento da ADPF.

Segundo dispõe o § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99 não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Trata-se de uma cláusula de subsidiariedade, que o Min. Gilmar Mendes entende deva ser interpretada de modo a se admitir a ação toda vez que a segurança jurídica restar ameaçada:

[ . . . ]É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no direito alemão (recurso constitucional) e no direito espanhol (recurso de amparo), acabaria por retirar desse instituto qualquer sentido prático. [ . . . ]

Assim, é plausível admitir que o Tribunal deverá conhecer da arguição de descumprimento toda vez que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional, desde que presentes os demais pressupostos de admissibilidade.

Essa ação constitui, atualmente, mecanismo bastante utilizado perante o Supremo Tribunal Federal, destacando-se, no campo ambiental, a ADPF 101 (importação de pneus usados), a ADPF 221 (lei de agrotóxicos do Rio Grande do Sul, anterior à Constituição de 1988), ADPFMC nº 234/DF (transporte de amianto). Ou seja, tanto para leis anteriores à Constituição, federais ou estaduais, assim como casos que tenham bastante repercussão e controvérsia nos tribunais<sup>139</sup>.

Essas ações permitem a realização de audiências públicas, à semelhança das ADIs (ver item 1.5.3.2).

---

<sup>139</sup> O art. 3º, V, da Lei nº 9.882/99, determina que “se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.”

### 1.5.2.2 Ações(recursos) na via Incidental: o recurso extraordinário

Na via incidental, o mais expressivo da jurisdição constitucional brasileiro, e que existiu desde os seus primórdios, foi o recurso extraordinário.

Suas hipóteses de cabimento encontram-se expressas no art. 102, III, 'a' a 'd', Constituição de 1988<sup>140</sup>.

Atualmente, pós Emenda Constitucional nº 45/2004, há como requisito de admissibilidade a necessidade de se demonstrar a repercussão geral.

Para efeito da repercussão geral, “será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”<sup>141</sup>, sendo que “o recorrente deverá demonstrar a existência da repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral”<sup>142</sup>. Ainda, deve-se ressaltar que haverá repercussão geral sempre que o acórdão “contrarie Súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos, tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.”<sup>143</sup>

O julgamento desses recursos é atribuído às Turmas do Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo do disposto no art. 11 do RISTF, ou seja, podendo o julgamento ser afetado ao Plenário do STF.

Quanto aos efeitos das decisões, tradicionalmente são *ex tunc* e *inter partes*, sem prejuízo do disposto no art. 52, X. Esse dispositivo, introduzido pela Constituição de 1934, diz que compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Portanto, cabe ao Senado conceder

---

140 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [ . . . ] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

141 Art. 1.035, § 1º, do novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015.

142 Art. 1.035, § 2º, do novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015.

143 Art. 1.035, § 3º, do novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015

eficácia *erga omnes* das decisões proferidas incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal (v.g., em casos de recurso extraordinário). Contudo, com a possibilidade de concessão de efeitos *erga omnes*<sup>144</sup> e efeito vinculante<sup>145</sup>, e que efetivamente já foi adotado pela Corte em algumas ocasiões, alguns já sustentam que teria ocorrido mutação constitucional desse dispositivo, visto que destituído de aplicação prática

O voto-vista do Min. Gilmar Mendes na RCL 4335-5/AC, após discorrer longamente sobre o fenômeno da mutação constitucional, e as alterações sofridas pela jurisdição constitucional nos últimos anos, afirma categoricamente não mais ter o sentido proposto inicialmente pelo constituinte o art. 52, X, da Constituição, propondo nova leitura, uma mutação constitucional, no sentido da desnecessidade do referendo do Senado Federal.

Trata-se, sem dúvida, de tese complexa, principalmente por envolver um dispositivo da própria Constituição, a sofrer alteração de sentido. O julgamento, ao final, em 2014 preferiu acolher o argumento da superveniência da Súmula nº 26, e não acompanhar o relator na questão da mutação constitucional do art. 52, X.<sup>146</sup> Contudo, é mais um exemplo do processo de centralização do controle de constitucionalidade brasileiro.

Os Recursos Extraordinários são, sem dúvida, os processos que em maior número chegam ao Supremo Tribunal Federal, ainda que muitos sequer sejam admitidos nos tribunais de origem. O mecanismo da Repercussão Geral sem dúvida facilitou, e muito, o trabalho da Corte, evitando dispêndio de energia em ações repetitivas, principalmente as decorrentes de causas contra o Poder Público (ver item 1.5.3.3).

---

144 Cf. RE 596.962/MT, Rel. Min Dias Toffoli; RE 560626/RS, Rel. Min Gilmar Mendes; RE 600885/RS, Rel. Min Carmen Lúcia; HC 82959/AC. Caso negada a existência da repercussão geral, recordar que o § 5º do art. 543-A diz que essa “decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

145 Cf. Rcl 10.793, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 13-4-2011, Plenário, *DJE* de 6-6-2011.

146 O voto proferido pelo Min. Teori Zavascki nessa Rcl 4335/AC discorre longamente sobre os efeitos das decisões de inconstitucionalidade no direito brasileiro, e expõe com profundidade a eficácia expansiva dessas decisões na história da Corte



### 1.5.2.3 A Intervenção Federal (IF)

O mecanismo da intervenção federal é essencialmente “*um ato político* ou um *ato de governo*, caracterizado pela ampla discricionariedade, inobstante seja empreendido para a consecução de fins constitucionalmente pré-ordenados e sujeitar-se ao controle de legalidade pelo Judiciário e ao controle político por parte do Legislativo”.<sup>147</sup>

Na ordem federativa brasileira, a intervenção federal encontra-se disposta nos arts. 34 e 36, da Constituição de 1988.<sup>148</sup> A origem do instituto se encontra no direito constitucional americano, após o episódio da Lei Hamilton, que instituiu o imposto sobre o uísque, em 1791.<sup>149</sup>

147 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1994. p. 37

148 Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: I - manter a integridade nacional; II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei; VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta. e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde; Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: I - no caso do art. 34, IV, de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário; II - no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral; III de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal. § 1º - O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembléia Legislativa do Estado, no prazo de vinte e quatro horas. § 2º - Se não estiver funcionando o Congresso Nacional ou a Assembléia Legislativa, far-se-á convocação extraordinária, no mesmo prazo de vinte e quatro horas. § 3º - Nos casos do art. 34, VI e VII, ou do art. 35, IV, dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembléia Legislativa, o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade. § 4º - Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal.

149 De fato, “a origem do instituto prende-se à aprovação da chamada *Lei Hamilton*, pelo Congresso dos Estados Unidos, em 1791, que estabeleceu um imposto sobre o *whisky*, causando uma série de revoltas e motins nas unidades federadas que tinham nessa bebida a principal fonte de renda, em particular na Pennsylvania. Para debelar a agitação, conhecida como a rebelião do *whisky* (*whisky insurrection*), o Legislativo federal aprovou, no ano seguinte, com fundamento no art. I, seção 8, item 15, da Constituição, uma outra lei que permitia ao Presidente convocar a milícia no caso de rebelião contra o governo federal ou na hipótese de determinado Estado-membro, diante de uma desordem que escapasse ao seu controle, recorrer ao apoio do governo central. Munido dessa autorização do Congresso, Washington interveio na Pennsylvania em 1794, com o objetivo

A Constituição de 1988 seguiu a tradição constitucional brasileira, que desde 1934, e, posteriormente, com as Constituições de 1946 e de 1967/1969 “consolidaram a *forma judicial* como modalidade de *verificação prévia* de ofensa constitucional no caso de controvérsia sobre a observância dos princípios constitucionais da União, ou para prover a execução de lei federal (CF de 1967/1969, art. 10, VI)”.<sup>150</sup> Na ordem constitucional atual, encontra-se expressa no art. 36, III.

Os pressupostos materiais da intervenção são a: defesa do Estado; a defesa do princípio federativo; a defesa das finanças estaduais e defesa da ordem constitucional. Os pressupostos formais, por sua vez: solicitação do poder coacto ou impedido; e requisição do Poder Judiciário.<sup>151</sup>

É importante destacar que “a representação interventiva não se confundia com um processo de controle abstrato de normas. Ao contrário, cuidava-se propriamente da judicialização de um conflito entre União e Estado no tocante à observância dos princípios sensíveis.”<sup>152</sup> A ofensa aos princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII), ou a recusa à execução de lei federal, podem levar ao ajuizamento da Ação Interventiva pelo Procurador-Geral da República, com uma feição diferente da Ação Direta de Inconstitucionalidade:

Portanto, o Procurador-Geral da República instaura o contencioso de inconstitucionalidade não como parte autônoma, mas como representante judicial da União Federal, que “tem interesse na integridade da ordem jurídica, por parte dos Estados-membros”.

Esta colocação empresta adequado enquadramento dogmático à chamada *representação interventiva*, diferenciando-a do controle abstrato de normas, propriamente dito, no qual se manifesta o interesse público genérico na preservação da ordem jurídica.<sup>153</sup>

---

de restaurar a ordem, recrutando milícias de quatro Estados. A ação interventiva, desencadeada com grande rigor, representou uma vitória do Executivo, diante da delegação que o Congresso, titular da competência para determinar a medida, lhe outorgou na emergência.” in LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1994. p. 37

150 MENDES, Gilmar Ferreira. *A Representação Interventiva*. Direito Público. Vol I. nº 9 (2005). p. 6

151 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1994.

152 MENDES, Gilmar Ferreira. *A Representação Interventiva*. Direito Público. Vol I. nº 9 (2005). p. 10

153 Idem, p. 8

Processada a ação, e configurado que houve efetivamente violação aos princípios consagrados no art. 34, VII, ou recusa de execução à lei federal, por parte do Estado-membro, não se declara a nulidade do ato questionado, apenas afirma-se a infringência da Constituição, que poderá levar ou não à decretação da intervenção<sup>154</sup>.

É inegável, contudo, que a representação interventiva – atualmente Intervenção Federal (IF), segundo o Supremo Tribunal Federal, adquiriu uma feição ambígua, e isso por duas razões: (1) a previsão expressa do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil somente ocorreu após a Emenda nº 16/65; e (2) a intervenção sempre foi considerado um ato excepcional no regime federativo. Com efeito, suspendendo-se o ato questionado — conseguido, o mais das vezes, com a simples invalidação da lei discutida - , desnecessário era um decreto interventivo, destituindo o governador, além de outras medidas mais drásticas.<sup>155</sup> Como consta do julgamento da IF 5179, assevera a Corte que o remédio da intervenção federal deve ser concebido “como medida política de maior excepcionalidade e gravidade, sobretudo nas Federações que se originam mediante desagregação artificial de um Estado soberano originariamente unitário.”<sup>156</sup>

---

154 “Não se declara a nulidade ou a ineficácia do ato questionado, limitando-se a afirmar a violação do Texto Constitucional no âmbito de um procedimento complexo que poderá levar à decretação da intervenção federal[ . . . ]É o que entende o STF, conforme se depreende de voto proferido por MOREIRA ALVES: “A representação interventiva é instrumento jurídico que se integra num processo político – a intervenção – para legitimá-lo. Embora diga respeito à lei em tese, não se apresenta, propriamente, como instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade nela obtida não opera *erga omnes*, mas apenas possibilita (como elo de uma cadeia em que se conjugam poderes diversos) ao Presidente da República (ou ao governador, se for o caso) suspender a execução do ato impugnado.” *in* MENDES, Gilmar Ferreira. *A Representação Interventiva*. Direito Público. Vol I. nº 9 (2005). p. 27

155 “Não há dúvida de que essa ambiguidade contribuiu para que se avançasse na singular experiência brasileira do controle abstrato de normas. Foi o que se verificou sob a vigência da Constituição de 1946 e especialmente após o advento da EC 16/65, que introduziu o controle abstrato de normas por iniciativa do Procurador-Geral da República. É verdade também que o novo instituto (representação de inconstitucionalidade abstrata) acabou por absorver a representação interventiva naquilo que ela significava controle de leis ou atos normativos estaduais em face da Constituição Federal. A distinção entre a representação de inconstitucionalidade (controle abstrato) e a representação interventiva praticamente desapareceu, tendo o Regimento Interno do STF estabelecido que, se a lei estadual viesse a ser declarada inconstitucional com base em algum princípio sensível, dar-se-ia a comunicação ao Presidente da República para os fins da suspensão do ato questionado.” *In* MENDES, Gilmar Ferreira. *A Representação Interventiva*. Direito Público. Vol I. nº 9 (2005). p. 29-30

156 NOVAIS, Fabrício Muraro. *Intervenção Federal n. 5179 – Distrito Federal: princípios constitucionais sensíveis, federação e Supremo Tribunal Federal*. *in* HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício (coord.). *O Supremo por Seus Assessores*. 1ª Edição. Almedina. São Paulo: 2014. p. 231

É oportuno recordar que, quando da Intervenção Federal nº 2.915/SP, a Corte explicitamente adotou o critério do princípio da proporcionalidade para verificar a necessidade e adequação da medida interventiva requerida, considerando-a, ao final, improcedente.

### 1.5.3 Mecanismos peculiares ao STF brasileiro

Discutida as principais ações que podem ser ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal (na via direta, e recursal), impõe-se agora analisar alguns mecanismos singulares à jurisdição constitucional brasileira.

Por singulares, entenda-se, não se quer dizer aqui, de modo algum, melhor ou pior do que outros métodos utilizados nos modelos constitucionais europeu ou norte-americano. Simplesmente traduz-se em adaptações à realidade brasileira, e a própria utilização que possuem no Brasil também muitas vezes constitui objeto de severos questionamentos e críticas.

São eles: (a) a súmula vinculante e o efeito vinculante; (b) as audiências públicas e os *amicus curae*; (c) a modulação de efeitos das decisões.

#### 1.5.3.1 O efeito vinculante e a súmula vinculante

O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal – principalmente na via direta - não é novidade<sup>157</sup>, e consiste na vinculação dos órgãos

---

<sup>157</sup> Segundo Gilmar Ferreira Mendes "a Emenda Constitucional nº 7, de 1977, previa que "a partir da data da publicação da ementa do acórdão no Diário Oficial da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante, implicando sua não-observância negativa de vigência do texto interpretado." O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ao disciplinar a representação interpretativa, no seu art. 187, estabelecia que "a partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário de Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos." Mais recentemente, com a Emenda Constitucional nº 3/93, o próprio texto constitucional estabeleceu que as decisões proferidas em Ação declaratória de constitucionalidade seriam dotadas de efeito vinculante (art. 102, § 2º da CF/88)". In MENDES, Gilmar Ferreira. *O Efeito Vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas*. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol 1, n.4, agosto 1999

do Poder Judiciário e do Poder Executivo às decisões proferidas pela Corte, não se restringindo às partes do processo. Esse é o aspecto subjetivo da discussão.

Ainda que na doutrina alemã, que serviu de inspiração ao modelo adotado no Brasil, os efeitos da decisão proferida pelo *Bundesverfassungsgericht*, abrangendo além das partes no processo, os demais órgãos federais e estaduais - Presidente da República, Governo Federal, Parlamento, Conselho Federal, Tribunais e demais autoridades administrativas e estaduais, no caso brasileiro, “o efeito vinculante consagrado na Emenda nº 3, de 1993, ficou reduzido, no plano subjetivo, aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.”<sup>158</sup> Ressalte-se que é “de se excluir uma autovinculação do Supremo Tribunal aos fundamentos determinantes de uma decisão anterior, pois isto poderia significar uma renúncia ao próprio desenvolvimento da Constituição”<sup>159</sup>.

Quanto aos limites objetivos, ou seja, em que consiste o efeito vinculante, mais especificamente, que parte da decisão vincula os demais órgãos do Poder Judiciário e Executivo, a doutrina defende que o efeito vinculante “transcende a parte dispositiva da decisão. Assim, os princípios extraídos da parte dispositiva quanto e dos fundamentos determinantes da decisão vinculam todos os tribunais e autoridades administrativas nos casos futuros.”<sup>160</sup>

A súmula vinculante, por sua vez, possui características distintas do efeito vinculante. A história da súmula, no Supremo Tribunal Federal, remonta à década de 1960, engendrada pelo Min. Vitor Nunes Leal, e merece ser resgatada:

Por falta de técnicas mais sofisticadas, a *Súmula* nasceu – e colateralmente adquiriu efeitos de natureza processual – da dificuldade, para os Ministros, de identificar as matérias que já não convinha discutir de novo, salvo se sobreviesse algum motivo relevante. O hábito, então, era reportar-se cada qual à sua memória, testemunhando, para os colegas mais modernos, que era tal ou qual a jurisprudência assente na Corte. Juiz calouro, com a agravante da falta de memória, tive que tomar, nos primeiros anos, numerosas notas, e bem assim sistematizá-las, para pronta consulta durante as sessões de julgamento.

---

158 MENDES, Gilmar Ferreira. *O Efeito Vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas*. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol 1, n.4, agosto 1999

159 MENDES, Gilmar Ferreira. *O Efeito Vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas*. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol 1, n.4, agosto 1999

160 Idem, ibidem.

Dai surgiu a ideia da *Súmula*, que os colegas mais experientes – em especial os companheiros da Comissão de Jurisprudências, Ministros Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves – tanto estimularam. E se logrou, rápido, o assentimento da Presidência e dos demais ministros. Por isso, mais de uma vez, tenho mencionado que a *Súmula* é subproduto da minha falta de memória, pois fui eu, afinal, o relator não só da respectiva emenda regimental, como dos seus primeiros 370 enunciados. Esse trabalho estendeu-se até as minúcias da apresentação gráfica da edição oficial, sempre com o apoio dos colegas da comissão, já que nos reuníamos, facilmente, pelo telefone.<sup>161</sup>

Àquela época, o Ministro Vitor Nunes Leal já ressaltava o excessivo volume de trabalho, uma fase de explosão judiciária, que dificultava a tarefa dos magistrados em bem cumprir seu dever, assim como “a sistematização dos precedentes judiciais, o que contribui para manter os dissídios de jurisprudência, motivo de incerteza e insegurança no comércio jurídico”.<sup>162</sup>

Assim, instituiu-se a súmula como método de trabalho, pelo Supremo Tribunal Federal, por emenda ao Regimento, publicada em 30-8-1963.<sup>163</sup> Contudo possuía um caráter distinto do adotado pela Súmula Vinculante no Supremo Tribunal Federal atualmente (Emenda Constitucional nº 45/2004).

Como bem esclarecido pelo Min. Nunes Leal:

Nem a Súmula ficou com efeitos que pudessem comparar com os da lei, nem a adoção de novos enunciados se faz de modo automático, pela só razão da maioria qualificada ou da reafirmação de julgados. De um lado, os efeitos da Súmula, restritos ao processo judicial, são bem modestos; de outro, exigiu-se especial deliberação do Supremo, pelo seu Plenário, para a inclusão de novos verbetes na Súmula.<sup>164</sup>

Os objetivos, contudo, da Emenda Constitucional nº 45/2004, ao promover a adoção de Súmula Vinculante pela Suprema Corte, foram praticamente os mesmos que sempre moveram os defensores da ideia da súmula: em matérias repetitivas,

---

161 PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. *in* Introdução. NUNES LEAL, Victor. *Problemas de Direito Público e Outros Problemas*. Vol. 2. Imprensa Nacional. Brasília: 1999.

162 NUNES LEAL, Victor. *A Súmula do Supremo Tribunal e o Restatement of the Law dos Norte-americanos*. *in* *Problemas de Direito Público e Outros Problemas*. Vol. 2. Imprensa Nacional. Brasília: 1999. p. 57

163 NUNES LEAL, Victor. *Passado e Futuro da Súmula no STF*. *in* *Problemas de Direito Público e Outros Problemas*. Vol. 2. Imprensa Nacional. Brasília: 1999. p. 283

164 Idem, p. 284-5

com jurisprudência consolidada, tentar permitir o desafogamento do tribunal, conferindo mais agilidade a outros julgamentos, e, também, promover maior sistematicidade no tratamento das matérias.

Isso pode parecer uma ideia simples, mas realmente consagra um avanço, melhor compreendido quando se tem em mente que o Supremo Tribunal Federal julga ao redor de 100 (cem) mil processos anualmente.

Para que se tenha, por exemplo, uma ideia da movimentação processual da Suprema Corte, veja-se o quadro a seguir:<sup>165</sup>

Ano	Processos		Julgamentos	Acórdãos	
	Protocolados	Distribuídos	Monocráticos	Colegiados	Publicados
<b>2.015</b>	93.053	65.108	93.713	15.480	15.282
<b>2.014</b>	79.943	57.799	92.722	15.242	15.649
<b>2.013</b>	72.072	44.170	72.167	12.833	13.156
<b>2.012</b>	72.148	46.392	72.995	11.044	11.794
<b>2.011</b>	64.018	38.019	81.687	12.025	14.105
<b>2.010</b>	71.670	41.014	87.815	10.714	10.814
<b>2.009</b>	84.369	42.729	74.313	15.042	17.704
<b>2.008</b>	100.781	66.873	85.608	18.629	19.377

A matéria se encontra disciplinada no art. 103-A, da Constituição, e diz que o Tribunal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. O parágrafo primeiro, do referido dispositivo, acrescenta que a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Por fim, deve-se ressaltar que a própria Constituição oferece mecanismos às partes para que se dê efetividade às Súmulas. Com efeito, do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar,

<sup>165</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>  
acesso em 05.07.16 às 11:54h

caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso<sup>166</sup>.

### 1.5.3.2 Os *amicus curae* e as audiências públicas

Um dos aspectos mais interessantes da jurisdição constitucional brasileira atual, e de importância fundamental para a solução de questões ambientais complexas, constitui a adoção dos *amicus curae* e a realização das audiências públicas. As questões envolvendo meio ambiente são essencialmente multidisciplinares, envolvem bastante matéria fática, realidades complexas, e a consulta a especialistas que possam realizar estudos qualificados nos mais variados ramos do conhecimento humano, mostra-se fundamental.

A exposição e discussão desses estudos é algo extremamente enriquecedor aos julgamentos constitucionais. E mais, não somente enriquecedor, mas também essencial para que os juízes da Suprema Corte consigam visualizar as questões sob os mais diversos matizes.

Primeiro, os *amicus curae* foram instituídos pelos art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, que diz que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

No Brasil, o art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, assim como o art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.882/89<sup>167</sup>, deu vazão a instituição do *amicus curae* na ordem constitucional brasileira. É de se ressaltar, porém, que mesmo antes da previsão por essas leis, era comum na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que interessados

---

166 Art. 103-A, § 3º

167 Art. 7º § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades; Art. 6º, § 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.



oferecessem, informalmente, estudos, pareceres, razões, para tentar ajudar no convencimento dos julgadores.<sup>168</sup>

Para a admissão como *amicus curae*, exige a lei representatividade, que a doutrina entende deva ser argumentativa:

A representatividade há de ser argumentativa. O importante é que o *amicus curae* decline argumentos em prol de interesses sociais que merecem ser contemplados pelo tribunal na sua análise sob fiscalização. Se assim é, até uma empresa e mesmo indivíduos isolados, como um professor ou pessoa preeminente em expertise no objeto da lei analisada, todos podem ser, em princípio, admitidos como *amicus curae*.<sup>169</sup>

Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Vinculado à atuação dos *amicus curae*, encontra-se a possibilidade de realizações de audiências públicas. Encontram-se previsão no art 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/99 e art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99<sup>170</sup>É de se recordar, por oportuno, que ambas as leis contaram, em sua elaboração, com a participação do Min. Gilmar Mendes, que traduziu ao português a conhecida obra de Peter Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und 'prozessualen' Verfassungsinterpretation*.<sup>171</sup>Para esse autor, a interpretação constitucional,

---

<sup>168</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2009. p. 224

<sup>169</sup> Idem, p. 232

<sup>170</sup> Art. 9º § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria; Art. 6º § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

<sup>171</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Sérgio Fabris Editor. Porto Alegre: 2002. Reimpressão.

[ . . . ]tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (*zunfmässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (. . . *weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird*). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.<sup>172</sup>

Até meados de 2016, haviam sido realizadas (ou designadas) audiências públicas nos seguintes casos: (1) RE nº 581.488 (diferença de classes/internação no SUS); (2) ADI 5062 e 5065 (alteração no marco regulatório de direitos autorais); (3) ADI nº 5035 e 5037 (Programa Mais Médicos); (4) ADI 4815 (biografias não autorizadas); (5) ADI 4.650 (financiamento de campanhas eleitorais); (5) RE 641.320 (regime prisional); (6) RE 586.224 (queimadas em canaviais); (7) RE 627.189 (campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia); (8) ADI 4.679, ADI 4.756 e ADI 4.747 (novo marco regulatório da TV por assinatura no Brasil); (9) ADI 3.510 (pesquisa com células-tronco embrionárias); (10) ADI 3937 (proibição do uso de amianto); (11) ADI 4.103 (proibição de venda de bebida alcoólica nas proximidades de rodovias); (12) ADPF 186 e RE 597.285 (políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior); (13) ADPF 54 (interrupção da gravidez – feto anencéfalo); (14) ADPF 101 (importação de pneus usados); (15) SL nº 47, SL nº 64, STA nº 36, STA nº 185, STA nº 211, STA nº 278, SS nº 2.361, SS nº 2.944, SS nº 3.345, SS nº 3.355 (judicialização do direito à saúde); (16) ADI 4439/DF, que questiona o ensino religioso nas escolas públicas brasileiras; (17) ADI 5.072/RJ, sobre a utilização dos depósitos judiciais; (18) ADIs 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937/ DF, sobre o novo Código Florestal brasileiro (Lei nº 12.651/2012)<sup>173</sup>

Um bom exemplo da utilização dos mecanismos da audiência pública – e de caráter protetivo ao meio ambiente - , ocorreu por ocasião da ADPF 101, que

<sup>172</sup> Idem, p. 13

<sup>173</sup> Cf.: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada> acesso em 05.04.16, às 11:47h

questionava a validade da importação de pneus usados pelo Brasil. Como bem salientado por Marco Túlio Reis Magalhães,

No caso em questão, a Ministra Carmen Lúcia identificou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto em nossa Constituição, como preceito fundamental passível de lesão e que deveria ser resguardado. Para tanto, buscou interpretar as normas constitucionais que determinam a proteção do meio ambiente, a legislação infraconstitucional anterior e posterior a 1988, o princípio da precaução, os princípios do desenvolvimento sustentável e da equidade e responsabilidade intergeracional, os princípios constitucionais da ordem econômica, bem como a jurisprudência do STF sobre o tema.<sup>174</sup>

Como ainda refere esse autor, ocorrida em 27 de junho de 2008, a audiência pública “convocada pela Min. Carmen Lúcia foi importante para fortalecer a discussão constitucional da proteção ambiental e sanitária no STF. Foi a primeira audiência pública realizada na Corte a tratar com profundidade problemas e questões ambientais e sanitárias”.<sup>175</sup>

Desde então, já se realizou audiências no caso do asbesto (ADIMC 3937), no caso de queimadas em canaviais (RE 586.224), com estudos técnicos e exposição de profissionais altamente qualificados. Serão discutidos mais detalhadamente no cap. 4.

### 1.5.3.3 Da modulação dos efeitos das decisões

Um dos aspectos mais controvertidos da jurisdição constitucional brasileira atual, sem dúvida, diz respeito à possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. O art. 27 da Lei nº 9.868 introduziu o instituto, dizendo:

---

<sup>174</sup> REIS MAGALHÃES, Marco Túlio. *O direito à saúde e ao meio ambiente equilibrado como preceitos fundamentais: a ADPF 101 – proibição de importação de pneus usados*. in HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício (coord.). *O Supremo por Seus Assessores*. 1ª Edição. Almedina. São Paulo: 2014. p. 191

<sup>175</sup> REIS MAGALHÃES, Marco Túlio. *O direito à saúde e ao meio ambiente equilibrado como preceitos fundamentais: a ADPF 101 – proibição de importação de pneus usados*. in HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício (coord.). *O Supremo por Seus Assessores*. 1ª Edição. Almedina. São Paulo: 2014. p. 187

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Portanto, mediante os requisitos de (a) razões de segurança jurídica<sup>176</sup>; ou (b) excepcional interesse social<sup>177</sup>, a Corte pode restringir os efeitos, *de ex tunc*, para *ex nunc*, ou outro momento que possa ser fixado. Exige-se, por oportuno, maioria de 2/3 de seus membros para seu deferimento. Admite-se a modulação em ADI, ADC, ADPF, e ADO. Também já foi concedida em sede de Recurso Extraordinário<sup>178</sup>.

Esse instituto tem sua constitucionalidade questionada na ADI 2154, em que se sustenta que a aplicação do art. 27 “importará em criação de situações desiguais, pois uma lei inválida será aplicada em certo período como se válida fosse. No campo tributário, esse tratamento desigual importará em verdadeiro confisco. Não há razão de segurança jurídica e de interesse social que justifique tamanho casuísmo, mas tão-somente interesses de governo[. . .]”.<sup>179</sup> Já na ADI 2258, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, sustenta-se que fere os princípios do Estado Democrático de Direito (art. 1º) e Legalidade (art. 5º, II), devendo os efeitos das declarações de inconstitucionalidade serem *ex tunc*, como é a tradição na jurisdição constitucional brasileira.

Nos autos da ADI 2258, a Procuradoria-Geral da República, ao manifestar-se pela improcedência da ação em parecer, salientou que não é incomum a prática

176 “O princípio da segurança jurídica versa principalmente sobre a estabilidade dos atos jurídicos realizados, situações jurídicas consolidadas e os direitos já incorporados ao patrimônio do cidadão, sustentando a estabilidade social frente às constantes alterações efetuadas no direito.” In OLIVEIRA, Márcia Santos. *Modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade difuso*. in [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11521](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11521), acesso em 21.11.14, as 19:02h. p. 8

177 “Já o conceito de interesse social seria análogo à definição de interesse público, consistente no interesse coletivo primário. É o princípio que impera no Estado Democrático de Direito, garantindo a prestação máxima do Estado no sentido de proporcionar o bem-comum, conferindo a satisfação da coletividade enquanto esta representar a maioria.” In OLIVEIRA, Márcia Santos. *Modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade difuso*. in [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11521](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11521), em 21.11.14, as 19:02h. p. 10

178 Cf. RE 560626 STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 12.06.08

179 Petição Inicial da ADI 2154, disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

no direito norte-americano, referindo os casos *Linkletter v. Walker* (1965) e *Stovall v. Denno* (1977).

Mesmo com esse histórico, contudo, o debate se centra no fato de que, ao se promover a relativização da eficácia das decisões de inconstitucionalidade, estar-se-ia prejudicando a própria Constituição. A rigor, se o princípio da supremacia da Constituição não acabaria sendo o principal prejudicado por esse instituto. Almiro do Couto e Silva responde negativamente, dizendo que o que pode ser ponderado com a segurança jurídica “é o princípio da eficácia *ex tunc* da sentença declaratória de inconstitucionalidade de lei, o qual, embora ligado umbilicalmente ao axioma da supremacia da Constituição, com ele não se confunde”.<sup>180</sup>

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes posiciona-se favoravelmente à modulação de efeitos, ressaltando que há fundamento constitucional para justificá-la, e que se deve “compreender que há uma separação de planos, um é o plano abstrato, no qual se situa o ato normativo, e o outro, é o plano concreto no qual se encontra o ato concreto”.<sup>181</sup> O Ministro Marco Aurélio, em sistemática divergência ao instituto da modulação, argumenta, porém que “primeiro, a modulação de efeitos mitigaria a eficácia da Constituição, colocando-a em um plano secundário em relação a uma lei de hierarquia inferior, e o segundo, de que a modulação de efeitos incentivaria as casas legislativas a produzirem leis inconstitucionais”.<sup>182</sup>

Ainda que não seja nenhuma novidade que se esteja incorporando à jurisdição constitucional brasileira (o parecer da Procuradoria-Geral da República na ADI 2258 ilustra bem essa afirmativa), parece que deva ser olhado com muita cautela no caso do Brasil. Além de a lei utilizar-se de dois conceitos jurídicos indeterminados (“razões de segurança jurídica” e “excepcional interesse social”), e de conferir prerrogativa à Corte de declarar o momento que melhor entender oportuno para o início da vigência dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o fato é que a cultura legislativa brasileira recomenda extrema

180 COUTO E SILVA, Almiro do. *O Princípio da Proteção da Confiança e a Teoria da Invalidade dos Atos Administrativos no Direito Brasileiro*. In *Conceitos Fundamentais de Direito no Estado Constitucional*. Ed. Malheiros. São Paulo: 2015. p. 99

181 BRAZ, Mariana Cereja. *O STF e a Modulação Temporal dos Efeitos no Controle de Constitucionalidade Abstrato e Concentrado*. in [http://www.sbdp.org.br/ver\\_monografia.php?idMono=211](http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=211) acesso em 30.01.15 às 11:51h. p. 79

182 Idem, p. 78

prudência.

Parece inegável que a Constituição não pode, talvez nem deva possuir, uma rigidez extremamente excessiva. Há casos realmente excepcionais, e os exemplificados pela jurisprudência norte-americana sem dúvida se enquadram nessa categoria. Mas enquanto nos Estados Unidos existe uma cultura de respeito aos precedentes, e o legislador ordinário respeita consideravelmente as decisões da Suprema Corte. no Brasil, desafortunadamente, já houve ministros da Fazenda que sabidamente aprovavam leis tributárias inconstitucionais, pois “poucas pessoas recorreriam ao Poder Judiciário.” O episódio da guerra fiscal, em que se tem uma jurisprudência consolidada há mais de 20 (vinte) anos, e mesmo assim, muitos Estados-membros reiteradamente editam novas leis concedendo incentivos fiscais, contrariamente ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal, talvez constitua outro exemplo nesse sentido.

Esse mecanismo demonstra, contudo, as dificuldades encontradas pelo Supremo Tribunal Federal em tomar determinadas decisões, e impõe destacar que a busca pela abertura de determinados entendimentos, de mais flexibilidade, embora importante e necessária, deve ter o cuidado para não convalidar atos institucionais em uma cultura que insiste em desrespeitar as leis em algumas ocasiões.

#### **1.5.4 As críticas ao STF: a postura da Corte e o processo decisório**

As críticas se centram, fundamentalmente, na (1) postura da Corte perante a sociedade brasileira atual, segundo alguns ou como “guardião acanhado”, para outros com a “supremocracia”. E no (2) sistema de decisão empregado pelo Tribunal, em que (a) cada ministro lê individualmente seu voto na sessão, não havendo, de um modo geral, maior interação entre os componentes do colegiado; uma (b) ausência de fundamentação, com utilização muitas vezes de argumentos retóricos; e (c) ausência de preocupação com os precedentes formulados.

Assim é que, para Conrado Hubner Mendes, o Supremo Tribunal Federal situa-se entre a retórica do guardião entrincheirado e a prática do guardião

acanhado.

De fato, para esse autor:

A mentalidade política que opera a interação institucional brasileira é dominada por uma 'retórica do guardião entrincheirado'. Atribui ao tribunal, ao menos no discurso, uma missão salvacionista na proteção de direitos e da reserva de justiça da democracia. A armadura procedimental da Constituição possibilita diferentes tipos de interação, uns mais, outros menos legítimos, como vimos (simplificados na dicotomia entre 'deliberativo' e 'adversarial').<sup>183</sup>

Após discorrer que essa mentalidade prejudica o STF, pois o inibe na verdade, ressalta esse autor que há três mecanismos claros dessa prática: a definição da pauta de julgamento, o voto-vista, e a decisão liminar em medida cautelar. Seriam formas de adiar, esperar, e manifestações do "guardião acanhado":

Há mecanismos claros dessa prática. Os três principais são: a definição da pauta de julgamento; o voto-vista; e a decisão liminar em medida cautelar. São formas de adiar, esperar, jogar para um futuro incerto. São manifestações do guardião acanhado.

Usar o tempo como variável decisória é necessário, apesar de as técnicas tradicionais de interpretação não darem conta dessa dimensão. O STF tem diversas técnicas para lidar com o tempo. As três enumeradas acima são formas pouco legítimas de fazê-lo. Raramente são usadas para, aos moldes das virtudes passivas de Bickel, deixar que o debate público ganhe efervescência e, no momento maduro, decidir. Ou, nas palavras de Sunstein, promover um 'uso construtivo do silêncio'. Mais frequentemente, são formas sub-reptícias de adiar ou esconder o conflito, esperar que ele se resolva por outros meios. Tal prática seria mais fielmente designada como 'vício passivo', um modo não deliberativo de evitar o problema e congelar a pauta constitucional. Abdica-se da responsabilidade de decidir do modo menos ruidoso possível.<sup>184</sup>

E exemplifica seu raciocínio com o pedido de voto-vista do Min. Marco Aurélio na ADPF dos anencéfalos<sup>185</sup> – que demorou 4 (quatro) anos - , tendo se afirmado tratar-se de uma decisão refletida, pois não havia "clima à época para se julgar a interrupção da gravidez de anencéfalos."

<sup>183</sup> MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Editora Saraiva. São Paulo: 2011.p. 217

<sup>184</sup> Idem, p. 222-223

<sup>185</sup> ADPF 54

Esse aspecto, bastante criticado por esse autor, de posturas assumidas pela Corte em determinados julgamentos, no sentido de adiar-se, flexibilizar-se o tempo, talvez deva ser um pouco contextualizado, pois é inerente a alguns aspectos políticos da Corte. Uma Corte constitucional, afinal, também possui uma parcela inevitavelmente política como componente de suas decisões<sup>186</sup>. O Supremo Tribunal Federal é um dos poderes do Estado, sujeito ao mecanismo de freios e contrapesos no jogo com os outros poderes, e muitas vezes, efetivamente, há situações em que certa cautela é justificada.

Por outro lado, a concentração de poderes que a Constituição de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal faz com que a Corte também seja alvo da crítica reversa. Em vez de “guardião acanhado”, muitos visualizam uma “supremocracia”. Oscar Vilhena Vieira, em estudo sobre o tema, explicam que isso se refere à “expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos poderes”.<sup>187</sup>

Após referir a expansão dos poderes da Corte, cristalizada, entre outros indicadores, no aumento substancial de volume de trabalho no tribunal<sup>188</sup>, ressalta o fato de o STF ter-se tornado uma câmara de revisão das decisões majoritárias, palco para as reclamações dos derrotados na arena representativa:

Esta abertura do Supremo a outros atores políticos tem transformado o Tribunal, em muitas circunstâncias, numa câmara de revisão de decisões majoritárias, a partir da reclamação daqueles que foram derrotados na arena representativa. Neste aspecto é curioso notar que o partido político que mais trazia casos ao Supremo no período Fernando

---

<sup>186</sup> Como refere Gargarella: “la posibilidad de la 'independencia' de los jueces, descriptivamente, y según hemos visto, reconoce límites muy claros. Se puede hablar de 'independencia' frente a poderes externos o poderes internos (próprios de la estructura judicial), pero no puede reclamarse la 'independencia' de los jueces respecto de la política, o respecto de sus propias orientaciones ideológicas. Enfrentados a la necesidad de aplicar una norma, y a interpretarla de una cierta manera, los jueces no pueden mantener su 'neutralidad': deben tomar, por una o outra razón, una cierta decisión final.” In GARGARELLA, Roberto. *La Justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. 1ª reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición. 2011. p. 254

<sup>187</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador*. In MOTA, Carlos Guilherme da; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia (coordenadores). *Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro: (de 1930 aos dias atuais)*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2010. p. 514

<sup>188</sup> “Os dados são eloquentes. Em 1940 o Supremo recebeu 2.419 processos; este número chegará a 6.376 em 1970. Com a adoção da Constituição de 1988, saltamos para 18.564 processos recebidos em 1990, 105.307 em 2000 e 160.453 em 2002, ano em que o Supremo recebeu o maior número de processos em toda sua história. Em 2007 foram 119.324 processos recebidos.” In VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador*. In MOTA, Carlos Guilherme da; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia (coordenadores). *Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro: (de 1930 aos dias atuais)*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2010. p. 517



Henrique Cardoso era o Partido dos Trabalhadores e agora, na gestão Lula, o Partido dos Democratas passou a ocupar a primeira posição entre os usuários do Tribunal, seguido de perto pelo Partido da Social-Democracia Brasileira. Da mesma forma, os governadores de Estado se apresentam de forma extremamente ativa no emprego do Supremo, como uma segunda arena política, em que buscam bloquear medidas aprovadas pelos seus antecessores, bem como pelas respectivas Assembleias Legislativas Estaduais.<sup>189</sup>

Parece inquestionável, portanto, que o Supremo Tribunal Federal assumiu um papel de destaque na arena social e política após a Constituição de 1988. Muitos foram os poderes conferidos à Corte, e é visível que muitas das decisões proferidas interferem sensivelmente no cotidiano da política e da sociedade. Ainda, não se pode esquecer o “fato de que o Supremo delibera em público, com televisionamento de suas audiências, também diferencia o Tribunal da quase totalidade das cortes constitucionais ao redor do mundo”.<sup>190</sup> É um poder bastante visível, portanto.

Deve-se recordar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal ainda possui atribuições no julgamento criminal de políticos e autoridades com prerrogativa de foro, e os recentes processos da AP nº 470 (conhecido popularmente como Mensalão), assim como os recentes escândalos de corrupção na Petrobrás (operação Lava-Jato), contribuem sensivelmente para essa imagem “supremocrática” que se tem da instituição. O fato é que os juízes do Supremo Tribunal Federal brasileiro encontram-se sobrecarregados<sup>191</sup>. O volume processual é

189 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador*. In MOTA, Carlos Guilherme da; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia (coordenadores). *Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro: (de 1930 aos dias atuais)*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2010. p. 518

190 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador*. In MOTA, Carlos Guilherme da; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia (coordenadores). *Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro: (de 1930 aos dias atuais)*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2010. p. 525. Nesse aspecto, para os bastidores da Suprema Corte norte-americana recomenda-se, por todos, ver WOODWARD, Bob; SCOTT ARMSTRONG. *Por detrás da Suprema Corte*. Trad. Torrieri Guimarães. Ed. Saraiva. São Paulo: 1985. Já em relação à Corte italiana, o livro de CASSESE, Sabino. *Dentro la Corte: diario di un giudice costituzionale*. Ed. Il Mulino. Bologna: 2015.

191 “Segundo dados do próprio Supremo Tribunal Federal, a média anual de processos distribuídos a essa corte era, na década de 1940, de 2.500. No final da década de 1950 esse número sobe para 7.000, mantendo-se estável entre 7.000 e 8.000 na década seguinte. O número pouco mais que dobra entre as décadas de 1970 e 1980. Portanto, em um espaço de 50 anos, o volume anual de distribuições ao Supremo Tribunal Federal aumentou em aproximadamente oito vezes, isto é, cresceu a uma proporção média de 4,5% ao ano. Após a Constituição de 1988, contudo, em um espaço de apenas 16 anos (1989–2004), o volume anual de distribuições mais que quadruplica. Isso representou um aumento à proporção média de 10,5% ao ano. Se for tomado apenas o período compreendido entre 1997 e 2002, o aumento é de espantosos 470%, ou 41,6% ao ano (ver, a propósito, o Gráfico 1).” in VERISSIMO, Marcos Paulo. *A Constituição de 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à Brasileira”*. Revista Direito GV. São Paulo: jul-dez

incompatível com o de qualquer Corte Constitucional na atualidade<sup>192</sup> e talvez realmente fosse necessária uma redistribuição de competências, como sugerida por Oscar Vilhena Vieira<sup>193</sup>, ao menos nesses casos (especialmente os de prerrogativa de foro).

Isso, obviamente, entendendo deva ser dada maior prioridade à função de Corte Constitucional, e à efetividade de seus julgamentos. Explica, também, algumas das dificuldades enfrentadas na resolução dos conflitos federativos.

Agora, as críticas quanto ao processo decisório do Supremo Tribunal Federal.

Segundo alguns autores, atualmente se tem um “somatório de onze votos (que em um grande número de casos já se encontram redigidos antes da discussão em plenário) e não uma decisão da Corte, decorrente de uma robusta discussão entre os ministros.”<sup>194</sup> Conrado Hubner Mendes reforça que há “predominância de um ethos de 'juízes solistas' – que o impede de ser um espaço deliberativo relevante na democracia brasileira.”<sup>195</sup>

Nosso modelo constitucional, ainda que cada vez mais aproximado do modelo concentrado europeu, encontra-se muito distanciado no que se refere às práticas deliberativas.<sup>196</sup>

Como ressalta Virgílio Afonso da Silva,

---

(2008): 407-440. p. 413

192 “Em 2007, foram proferidas pela Corte Constitucional italiana 464 decisões. Esse número havia sido de 463 em 2006 e 482 em 2005. Em 2000 foram 592 decisões (Itália, 2007 e 2008). O Tribunal Constitucional português julgou, em 2006, 711 casos. Em 2005, 2004 e 2003 haviam sido, respectivamente, 723, 725 e 638 casos (Portugal, 2008). O Tribunal Constitucional espanhol julgou, em 2007, 11.590 casos, a maior parte consistindo em recursos de amparo inadmitidos, produzindo um total de 295 sentenças de mérito (ESPANHA, 2008). Em 2006 esses números haviam sido de 9, 173 e 382, respectivamente. O Tribunal Constitucional do Peru, entre processos de inconstitucionalidade, amparo, *habeas corpus*, *habeas data*, queixas e outros.” in VERISSIMO, Marcos Paulo. *A Constituição de 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à Brasileira”*. Revista Direito GV. São Paulo: jul-dez (2008): 407-440. p. 421

193 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador. in MOTA, Carlos Guilherme da; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia (coordenadores). *Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro: (de 1930 aos dias atuais)*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2010. p. 529

194 Idem, p. 530

195 MENDES, Conrado Hübner. *O Projeto de uma Corte Deliberativa*. In VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Mota; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. Malheiros Editores. São Paulo: 2012. p. 54

196 SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Revista de Direito Administrativo 250 (2009): 197-227. p. 199

[...]no modelo europeu raramente há audiências e sustentações orais, os juízes não dialogam com advogados e, o que aqui mais importa, as decisões são tomadas a portas fechadas, em muitos casos sem a possibilidade de votos divergentes. Quais são as consequências desse modelo de deliberação? A principal delas reside no fato de que os juízes, ao decidir em conjunto, sem grandes possibilidades de divergência, argumentam internamente, sem se expor individualmente para o exterior, e podem tentar - e sempre tentam - chegar a uma decisão *única, institucional, clara, objetiva* e de *consenso*. [. . .]<sup>197</sup>

Essa característica das decisões do Supremo Tribunal Federal, faz com que as decisões consistam, muitas vezes, em um “emaranhado de votos individuais que se classificam, após comparação entre todos os votos, como majoritários ou minoritários, posição que cada ministro não tinha como saber no momento em que redigiu seu voto”.<sup>198</sup> E os prejuízos “institucionais da mentalidade solista e antideliberativa já deveriam ser evidentes. Do ponto de vista formal, tal patologia restringe significativamente a capacidade do STF de produzir precedentes a partir dos quais se construa autêntica jurisprudência constitucional.”<sup>199</sup>

Como bem anota Virgílio Afonso da Silva, “é preciso que um tribunal superior, no exercício do controle de constitucionalidade, fale *como instituição*, de forma *clara, objetiva, institucional* e, sempre que possível, *única*.”<sup>200</sup>

Assim, os principais prejuízos podem ser resumidos, segundo Carlos Ari Sundfeld e Henrique Motta Pinto, em : (1) fundamentação personalista; (2) ausência de síntese do atual estado da jurisprudência; (3) ausência de posicionamento expreso do impacto da nova decisão na jurisprudência anterior.

Em relação ao primeiro, esses autores apontam que:

Uma característica presente na prática do STF é a de decidir por meio de votos que se limitam a expor o resultado e os fundamentos individuais de cada julgador. Não se percebe nos acórdãos do Tribunal uma preocupação de proferir resultado acompanhado de razões colegiadas que o embasem. Antes, o que há são peças argumentativas individuais, com

197 SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Revista de Direito Administrativo 250 (2009): 197-227. p. 210

198 MENDES, Conrado Hübner. *O Projeto de uma Corte Deliberativa*. In VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Mota; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. Malheiros Editores. São Paulo: 2012. p. 70

199 Idem, p. 72

200 SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Revista de Direito Administrativo 250 (2009): 197-227. p. 211

frequentes variações na fundamentação, que não costumam tratar dos mesmos pontos, especialmente quando divergem.<sup>201</sup>

E esse personalismo impede a formação de uma efetiva jurisprudência colegiada. Como ressaltam os autores:

Esse personalismo manifestado na construção dos votos e na citação dos precedentes gera sério problema de formação na jurisprudência do STF. Apesar de colegiadas, as decisões tomadas pelo Plenário e por suas duas Turmas tendem a refletir a individualidade do ministro que se destacou na determinação do resultado e da sua fundamentação, o que acaba por desvalorizar o sentido coletivo da jurisprudência. Na quase totalidade dos casos há um papel proeminente do ministro condutor (isto é, o relator ou aquele que assumiu a posição de proferir os fundamentos centrais da decisão, designado como redator para o acórdão). Mesmo sendo formadas em órgãos colegiados, as decisões não se tornam propriamente coletivas.<sup>202</sup>

Reforçam que essa dificuldade não é pontual, mas de natureza estrutural, do modo pelo qual se configura o processo de decisão no STF. Não se estimula a interação, e sim a tomada de decisões isoladas em gabinete.<sup>203</sup>

Outra característica do modo de deliberar e decidir do STF é a de tratar inadequadamente a jurisprudência, inclusive a concebida pelo próprio Tribunal<sup>204</sup>. A sua invocação não é feita de maneira sistemática e organizada, mas realizada conforme a flutuação das conveniências de cada voto<sup>205</sup>.

Por fim, se aponta a ausência de posicionamento expresso sobre o impacto da nova decisão na jurisprudência anterior. Esse fator,

[. . .] gera outros dois efeitos negativos: inicialmente, inviabiliza sua análise adequada pelos ministros, com a finalidade de compará-la com

---

201 PINTO, Henrique Motta; SUNDFELD, Carlos Ari. *Três Desafios para Melhorar a Jurisdição Constitucional Brasileira*. in VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Mota; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. Malheiros Editores. São Paulo: 2012. p. 24

202 PINTO, Henrique Motta; SUNDFELD, Carlos Ari. *Três Desafios para Melhorar a Jurisdição Constitucional Brasileira*. in VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Mota; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. Malheiros Editores. São Paulo: 2012. p. 25

203 Idem, p. 26

204 Idem, p. 29

205 Idem, p. 32

a ação que se encontra em julgamento, de forma a que essa seja decidida em contexto; e, tomada a decisão, impede que se declare seu impacto sobre a jurisprudência anterior. Sem o mapeamento das posições assumidas previamente pela Corte não é possível avaliar apropriadamente o quanto o novo problema em julgamento se assemelha ou se diferencia das situações anteriores: e, conseqüentemente, quão mais próxima ou afastada estará a nova decisão da orientação até então adotada. São dois efeitos perniciosos, na medida em que obstaculizam a que a criação da jurisprudência pelos ministros seja feita dentro de uma linha de continuidade, resultando concebida de maneira fragmentada.<sup>206</sup>

Nesse contexto, além do nosso sistema decisório afastar-se consideravelmente do modelo europeu, aproximando-se um pouco mais do sistema norte-americano, com inúmeras ressalvas, Virgílio Afonso da Silva resume as críticas à técnica de decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro com as seguintes palavras:

O modelo brasileiro pode ser considerado como um modelo extremo de deliberação externa, o que o afasta definitivamente dos modelos continentais europeus. Especialmente devido à (1) *quase total ausência de trocas de argumentos entre os ministros*: nos casos importantes, os ministros levam seus votos prontos para a sessão de julgamento e não estão ali para ouvir os argumentos de seus colegas de tribunal;<sup>76</sup> (2) *inexistência de unidade institucional e decisória*: o Supremo Tribunal Federal não decide como instituição, mas como a soma dos votos individuais de seus ministros;<sup>77</sup> e (3) *carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal*: como reflexo da inexistência de unidade decisória, as decisões do Supremo Tribunal Federal são publicadas como uma soma, uma *colagem*, de decisões individuais; muitas vezes é extremamente difícil, a partir dessa colagem, desvendar qual foi a real razão de decidir do tribunal em determinados casos, já que, mesmo os ministros que votaram em um mesmo sentido podem tê-lo feito por razões distintas.<sup>207</sup>

Apesar das inúmeras críticas desses doutrinadores, e que realmente dificultam um estudo sistemático, forjado em precedentes, com razões devidamente expostas e justificadas, observa-se que se deve temperar essas críticas com alguns fatores que refogem à estrutura do Tribunal. O principal deles, sem dúvida, é o volume excessivo de trabalho. É muito diferente julgar-se poucas centenas de processos ao ano, como a Suprema Corte norte-americana, e lidar com quase 100

206 PINTO, Henrique Motta; SUNDFELD, Carlos Ari. *Três Desafios para Melhorar a Jurisdição Constitucional Brasileira*. in VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Mota; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. Malheiros Editores. São Paulo: 2012. p. 34

207 SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Revista de Direito Administrativo 250 (2009): 197-227. p. 217

mil processos anuais como o STF brasileiro. Outro fator importante a ser colocado é que se observa, sim, muitas discussões, e bastante acentuadas, em diversos processos, principalmente os apreciados na via direta.

Não há como discordar, porém, que falta sistematicidade aos votos, à utilização e respeito aos precedentes da Corte. Mudanças, contudo, na composição, e de maneira acentuada nos últimos anos, talvez expliquem a constante revisão de alguns entendimentos. A fundamentação das decisões, também, deixa consideravelmente a desejar, e o sistema de votação unitário e personalista impede, realmente, que se considere o “entendimento do tribunal”. Isso às vezes fica confuso, e impede o desenvolvimento de uma doutrina mais aprofundada sobre determinadas matérias.

No âmbito da competência ambiental, isso é reforçado pela colocação imprópria dos problemas, utilização de conceitos e métodos interpretativos inapropriados, e ausência de uma metodologia adequada à formação de precedentes e sua sistematização, de modo coerente e com alguma flexibilidade.

## **Conclusões do capítulo 1**

Neste capítulo, realizou-se uma introdução às características principais da federação brasileira, sua origem, seu histórico e seu desenvolvimento, assim como uma síntese do sistema de distribuição de competências, e o financiamento (receitas). Procurou-se, também, oferecer um panorama da jurisdição constitucional brasileira, principalmente quanto ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, encarregado da guarda da Constituição e da federação.

O objetivo principal foi verificar algumas das razões pelas quais há excessiva centralização na federação brasileira, e alguns motivos que expliquem as dificuldades enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal na análise dessas questões.

A federação brasileira foi instituída por decreto. Como observou agudamente Pontes de Miranda, “a União não nasceu da federação; a União adotou a organização federal. Essa a realidade, assim histórica como de sistemática do direito constitucional brasileiro.”<sup>208</sup>A centralização sempre foi a regra no Brasil, os Estados-membros lutam para adquirir um grau de autonomia, e assim podem cumprir seus deveres constitucionais. Quadro bem diverso de uma federação clássica como a norte-americana, em que os Estados-membros uniram-se para constituir o governo federal.

Como referido, o núcleo duro de qualquer sistema federativo reside na distribuição de competências entre os membros da federação, assim como no sistema de financiamento e distribuição de receitas. A federação brasileira, como se pôde verificar, é tripartite, composta pela (1) União, (2) Estados-membros (e Distrito Federal), e (3) Municípios. Todos autônomos (art. 18 CF/88), e unidos em caráter indissolúvel. Esse fato, em grande parte alicerçado na realidade histórica brasileira, ocasiona uma complexidade ímpar ao regime federativo brasileiro, pois há (1) um ente global, (2) 26 Estados-membros, mais o Distrito Federal; e (3) aproximadamente 5.570 (cinco mil, quinhentos e setenta) municípios.

Por outro lado, e nesse sentido nada diferente de outras federações (ou Estados compostos) existentes, se há distribuição de competências, falta distribuição efetiva de recursos aos entes descentralizados da federação, a permitir o desempenho de suas atribuições. A União, consoante se demonstrou, detém mais da metade dos recursos arrecadados, e há pouco mais de 15 (quinze) anos, essa parcela remontava a 60% (sessenta por cento).

Na Constituição brasileira de 1988, as competências dos entes federativos encontram-se estabelecidas nos arts. 22 (União), de forma exaustiva, e no art. 30 (Municípios). As competências relativas aos Estados-membros possuem caráter residual (art. 25, § 1º). Estabelece, ainda, o texto constitucional uma competência concorrente entre União, Estados-membros e municípios, no art. 24, sendo que nesse âmbito compete à União “estabelecer as ‘normas gerais’” (art. 24, § 1º), o que não exclui a “competência suplementar dos Estados” (art. 25, § 2º), tampouco a

---

208 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1 de 1969*. Tomo II (arts. 8º -31). 3ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro: 1987. p. 188

possibilidade de exercício da competência legislativa plena, inexistindo a lei federal de “normas gerais” (art. 25, § 3º). A competência privativa da União abarca 29 (vinte e nove) incisos, sendo que a concorrente-compartimentada (art. 24) compõe-se de 16 (dezesseis) incisos. Muitos desses incisos, ainda, dispendo respectivamente de mais de uma matéria especificamente. Esses números comprovam, também, que há uma centralização de atribuições da União, pois mesmo onde há compartimentação, uma parte dessa ainda é exercida pelo ente central. A interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal (ver sobretudo cap. 2 e 5), acentua ainda mais essa concentração.

A legislação em matéria de meio ambiente, no ordenamento jurídico brasileiro, enquadra-se nessa espécie concorrente (art. 24, VI a VIII).

Ressalte-se, mais uma vez, que se observa não somente uma concentração de poderes legislativos na União (a extensão do rol de atribuições conferidas pelos arts. 22 e 24 da Constituição é significativa quanto a esta afirmação), também se verifica uma concentração considerável de rendas na União. Segundo estudos trazidos neste capítulo, em torno de 52% das receitas ficam com o ente central, sendo o restante partilhado quase equanimemente por Estados-membros e Municípios. Por outro lado, é notório o agravamento do quadro financeiro desses entes, bem demonstrado pelo fenômeno da guerra fiscal (concessão de incentivos fiscais e econômicos para a instalação de empreendimentos), pois além de expor a insuficiência de recursos dos Estados-membros para atenderem suas finalidades constitucionais, essa situação ocasiona comportamentos por vezes ‘desleais’ dos entes federativos, e que demandam um trabalho considerável à Suprema Corte brasileira.

Ao lado de a federação possuir distribuição de competências, assegurando a autonomia dos entes componentes, com repartição adequada de recursos, tudo disposto em um texto constitucional escrito e rígido, verifica-se que é necessária a presença de um órgão dotado de imparcialidade e independência para a resolução dos conflitos federativos.

No Brasil, ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Constituição (art. 102, caput, da CF/88), e, conseqüentemente, do pacto federativo.



O Brasil adotou um sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade de natureza mista.

Tão logo proclamada a República (1889), ainda por decreto instituiu-se o Supremo Tribunal Federal, incorporando-se o modelo norte-americano de composição, deliberação e julgamento das ações. Ou seja, inicialmente tinha-se um controle de constitucionalidade difuso, no qual qualquer juiz encontra-se legitimado para apreciar a alegação de inconstitucionalidade, podendo-se aceder, por intermédio de recurso, ao Supremo Tribunal Federal. Essa decisão possuía(i) eficácia restrita às partes. Lentamente, evoluiu-se para o sistema concentrado de constitucionalidade, tendo como embrião a representação interventiva (1934), e, após a Emenda Constitucional nº 16/65, a representação de inconstitucionalidade pelo Procurador-Geral da República.

A Constituição de 1988, contudo, foi o grande marco que definiu o papel e a importância que o Supremo Tribunal Federal hoje possuem no ordenamento jurídico brasileiro. Aumentou significativamente o rol de legitimados para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade (antes restrito apenas ao Procurador-Geral da República), ampliou consideravelmente o número de ações que podem ser ajuizadas na via direta (atualmente, além da Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), e (após algumas emendas constitucionais) e incorporou a extensão do efeito vinculante, dotando-o de mecanismos hábeis a lidar com o grande volume processual (Súmulas).

Aliás, por possuir essa característica de, além de ser uma Corte Constitucional, também constituir-se em órgão de última instância do Poder Judiciário nacional (em síntese, última via recursal), é que o tribunal encontra-se com volume consideravelmente grande de processos. Desconhece-se, no mundo, outro tribunal que julgue quantidade tão grande de feitos, da ordem de dezenas de milhares de processos ao ano.

Esse fato, sem dúvida, é um dos fatores que prejudica o funcionamento mais efetivo e regular do tribunal. Explica em grande parte as dificuldades encontra-

das no julgamento das questões, e a busca por soluções fáceis de serem implementadas. O recurso a critérios pautados em presunções, na imensa maioria das vezes favoráveis à União, pode encontrar uma de suas causas nessa explicação.

Obviamente muito se precisa evoluir, e há diversos pontos a serem corrigidos. O sistema deliberativo da Corte, embora se abrindo às demandas da sociedade (audiências públicas, *amicus curae*), ainda demonstra certo personalismo e apresenta uma fundamentação controvertida, ou algumas vezes sua completa ausência em outros casos, não se podendo distinguir claramente um pensamento unívoco da Corte. O sistema de decisão de “somatório de votos” em nada contribui para que se estabeleça uma fundamentação firme e consistente em determinadas decisões, prejudicando o estabelecimento de uma verdadeira cultura de precedentes.

Aliás, essa cultura dos precedentes, mesmo com as ideias das súmulas vinculantes, e que permitem trabalhar de maneira eficiente a grande demanda processual, encontra-se também prejudicada com as constantes alterações na composição do tribunal, como o demonstram as diversas nomeações existentes nos últimos anos. Ou seja, diversos fatores contribuem para uma difícil efetividade da jurisdição constitucional brasileira.

Todas essas críticas, porém, como já ressaltado anteriormente, devem ser contextualizadas no âmbito do excessivo volume de trabalho do Supremo Tribunal Federal. Repita-se: desconhece-se, no mundo, corte constitucional que trabalhe com a quantidade de processos da Suprema Corte brasileira, e, mesmo com a adoção de novas tecnologias e mecanismos processuais que permitem acelerar o julgamento dessas causas, não há como descartar o prejuízo que essa demanda excessiva acarreta à qualidade de julgamento dos feitos.

Entretanto, é inegável que houve evolução e avanços<sup>209</sup>. Deve-se lembrar que a democracia brasileira é relativamente recente (1988), e muitos são os problemas a serem enfrentados, problemas esses que muitas vezes o texto constitucional, a jurisdição constitucional, não constituem os meios mais adequados

---

<sup>209</sup> Não se pode esquecer que já houve época em que o Poder Executivo, por decreto, cassou decisões do Supremo Tribunal Federal, algo impensável no quadro atual. Cf. Decreto-Lei nº 1.564, de 5 de setembro de 1939.

para sua resolução. Mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel significativo e de extrema relevância na jovem democracia nacional, consolidando direitos fundamentais, assegurando garantias e prerrogativas, e arbitrando conflitos federativos.

Conclui-se, assim, que a centralização é uma das principais características da federação brasileira (origem histórica; texto constitucional centralizador; concentração de receitas na União), e que o Supremo Tribunal Federal, sendo além de uma Corte Constitucional, última instância recursal, possui um volume processual excessivo. Isso, aliado a características peculiares do tribunal (modos de decisão, composição, enfim), fazem com que sejam adotados critérios mais cômodos para a resolução dos conflitos federativos, quase sempre fundados em presunções favoráveis à União (*in dubio pro União*).

## **CAPÍTULO 2. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: PRINCÍPIO FEDERATIVO E PROPORCIONALIDADE NO BRASIL**

Discutidas, no primeiro capítulo, algumas das características fundamentais da federação brasileira, assim como os aspectos principais da jurisdição constitucional (essencial para o funcionamento do sistema federativo), nesse ponto do trabalho é necessário analisar alguns itens mais específicos, que dizem respeito à dinâmica operacional do regime federativo constitucional brasileiro.

É importante, assim, estudar um pouco mais aprofundadamente a interpretação constitucional, o conteúdo do princípio federativo na Constituição Federal, os subprincípios que o informam e sua aplicação. Deve-se estudar também a proporcionalidade, essencial quando se trata de princípios, e no controle legislativo das normas definidoras de direitos fundamentais, justamente o caso da proteção ao meio ambiente na ordem constitucional brasileira.

Objetiva-se, com isso, verificar principalmente dois pontos importantes: (1) o excessivo grau de centralização do regime federativo brasileiro, consubstanciado na hermenêutica principiológica que o caracteriza; (2) a receptividade do princípio da proporcionalidade pela jurisdição constitucional brasileira, sobretudo no terreno dos direitos fundamentais, permitindo comprovar que isso pode ser um ponto positivo na recepção desse critério para a resolução dos conflitos competenciais, propiciando mais equilíbrio às relações federativas e a possibilidade de maior descentralização .

Esse capítulo compõe-se, portanto, de três partes bem definidas, que guardam uma conexão estrita entre si: (1) uma parte introdutória, referente à hermenêutica constitucional, principalmente para contextualizar o problema federativo ambiental brasileiro, quais seus objetivos e como deve ser encarada, de um modo direcionado à resolução de problemas concretos voltados à realidade em que inserida a Constituição; (2) a segunda, referente ao princípio federativo, cláusula pétrea na Constituição de 1988 (art. 60, § 4º, I), quais os subprincípios que o compõem, do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, e sua efetiva concretização; (3) o princípio da proporcionalidade, sua origem, recepção, e

desenvolvimento pelo Supremo Tribunal Federal, bem como seu conteúdo e aplicação, sem esquecer de analisar as críticas que lhe são dirigidas.

Passe-se, agora, diretamente ao estudo do primeiro item.

## 2.1. Breves considerações sobre interpretação constitucional

Nunca é demais recordar que um dos problemas fundamentais do direito constitucional consiste justamente na interpretação de suas normas.

O que é interpretar? Para Hesse, “é encontrar o resultado constitucionalmente ‘exato’ em um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlavelmente e, deste modo, criar certeza jurídica e previsibilidade – não, por exemplo, somente decidir por causa da decisão.”<sup>210</sup> Já para Inocêncio Mártires Coelho “é uma atividade intelectual que tem por finalidade precípua – desentranhando o seu sentido – tornar possível a aplicação de enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, particulares e concretas.”<sup>211</sup>

Ou seja, para ambos autores passa por determinar o sentido da norma aplicável ao caso concreto. Por certo que há um intérprete nesse processo, carregado de pré-compreensões<sup>212</sup> (Gadamer) que certamente permearão a análise realizada, inerente ao processo hermenêutico:

---

210 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. Fabris. Porto Alegre: 1998. p. 55

211 COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3ª Edição. Ed. Saraiva. São Paulo: 2007. p. 18

212 “O intérprete não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica, por se assim dizer, arquimédico, senão somente na situação histórica concreta, na qual ele se encontra, cuja maturidade enformou seus conteúdos de pensamento e determina seu saber e seu (pré)-juízo. Ele entende o conteúdo da norma de uma (pré)-compreensão, que primeiramente lhe torna possível olhar a norma com certas esperanças, projetar-se um sentido do todo e chegar a um anteprojecto que, então, em penetração mais profunda, carece da confirmação, correção e revisão até que, como resultado de aproximação permanente dos projectos revisados, cada vez, ao “objeto”, determine-se univocamente a unidade do sentido.” in HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. Fabris. Porto Alegre: 1998. p. 61-2

Objecto da interpretação é o texto legal como ‘portador’ do sentido nele vertido, de cuja compreensão se trata na interpretação. ‘Interpretação’ (*Auslegung*) é, se nos ativermos ao sentido das palavras, ‘desentranhamento’ (*Auseinanderlegung*), difusão e exposição do sentido disposto no texto, mas, de certo modo, ainda oculto. Mediante a interpretação ‘faz-se falar’ este sentido, quer dizer, ele é enunciado com outras palavras, expressado de modo mais claro e preciso, e tornado comunicável. A esse propósito, o que caracteriza o processo de interpretação é que o intérprete só quer fazer valer o texto, sem acrescentar ou omitir o que quer que seja. Evidentemente que nós sabemos que o intérprete nunca se comporta aí de modo puramente passivo (supra, cap. I, 3b)[...]<sup>213</sup>

Por certo que interpretação constitucional é concretização.<sup>214</sup> É uma atividade desenvolvida com o firme propósito de resolver problemas reais que se apresentam perante a jurisdição constitucional. Não se realiza hermenêutica constitucional por exercício especulativo, e há forte conteúdo axiológico, pois “toda interpretação jurídica é de natureza axiológica, isto é, pressupõe a valoração objetivada nas proposições normativas (*natureza axiológica do ato interpretativo*)”.<sup>215</sup>

A interpretação deve pautar-se por critérios de racionalidade, pela argumentação<sup>216</sup>, a fim de conter o voluntarismo e arbítrio do intérprete. Afinal, “onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição. Ambos estão proibidos a ele pelo direito vigente.”<sup>217</sup>

Ainda, um importante lembrete, mas fundamental em tempos em que se procura segurança jurídica. A racionalidade deve pautar a interpretação de modo a que se tenha critérios que permitam previsibilidade e sistematicidade em torno dos

213 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3ª Edição. Ed. Calouste Gulbenkian. Lisboa: 1997. p. 441

214 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. Fabris. Porto Alegre: 1998. p. 61

215 COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3ª Edição. Ed. Saraiva. São Paulo: 2007. p. 53

216 Com efeito, “Interpretação e argumentação estão unidas. Interpretação é uma atividade argumentativa. Os argumentos interpretativos são razões que jogam a favor ou contra os significados possíveis que os símbolos linguísticos autorizam formular. Com isso, fica reduzido o espaço da subjetividade e da arbitrariedade na atribuição de significado aos textos jurídicos normativos.” in FILHO, Anizio Pires Gavião. *Interpretação como Argumentação*. in HECK, Luís Afonso (organizador, tradutor e revisor). *Direitos Fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy*. Sérgio Fabris Editor. Porto Alegre: 2014. p. 144

217 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. Fabris. Porto Alegre: 1998. p. 69-70

textos legais, mas não uma busca desesperada por uma única resposta correta, crítica aliás reiteradamente feita a critérios como o princípio da proporcionalidade. E isso pela simples razão de que, em se tratando de uma ciência do espírito como é a ciência jurídica, essa busca está fadada ao insucesso, como adverte Hans Kelsen:

Se por "interpretação" se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito –no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.<sup>218</sup>

Colocadas essas premissas, que orientam este estudo, pode-se dizer que a jurisdição constitucional brasileira, em matéria de interpretação constitucional, fez uma recepção dos métodos e princípios referidos na doutrina constitucional de Canotilho, o qual, por sua vez, inspirou-se em grande medida na ciência jurídica alemã (Hesse e Böckenforde).

Assim é que, em relação aos métodos jurídicos, consideram-se (1) o método jurídico (=método hermenêutico clássico); (2) o método tópico problemático (tópoi: esquemas de pensamento, raciocínio, argumentação, lugares comuns, pontos de vista); (3) o método hermenêutico-concretizador; (4) o método científico espiritual (=método valorativo, sociológico); (5) a metódica jurídica normativa-estruturante; e (6) a interpretação comparativa.<sup>219</sup>

Concebendo os métodos como os caminhos seguidos pelo intérprete na difícil tarefa de compreender o texto constitucional para submetê-los à solução dos problemas concretos que se apresentam, os princípios são, por assim dizer, os

---

218 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª Edição. Armênio Amado Editora. Coimbra: 1984. p. 467

219 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª Ed, 2ª reimpressão. Ed. Almedina. Coimbra: 2003. p. 1192

guias que orientam o intérprete ao percorrer esses caminhos. Ainda de acordo com Canotilho, os princípios de interpretação da constituição seriam os seguintes: (1) princípio da unidade da constituição; (2) princípio do efeito integrador; (3) princípio da máxima efetividade; (4) princípio da "justeza" ou da conformidade funcional; (5) princípio da concordância prática ou da harmonização; (6) princípio da força normativa da constituição<sup>220</sup>

Não constitui objetivo deste trabalho discorrer sobre esses métodos e princípios, amplamente conhecidos pela doutrina constitucional contemporânea. Contudo, é importante discutir como isso foi incorporado pela doutrina e jurisprudência constitucionais brasileiras (de modo acrítico), e o quanto isso tem afetado o desenvolvimento da interpretação constitucional nacional.

E mais, depois disso, introduzir ao contexto da problemática interpretação constitucional federativa, que no Brasil tem-se limitado à utilização de critérios extremamente centralizadores, por vezes construídos em ordens constitucionais pretéritas, que não resolvem adequadamente os conflitos federativos, e ocasionam muitas vezes a ineficácia protetiva de determinados direitos fundamentais.

No Brasil, uma das principais críticas realizadas sobre a recepção desses métodos e princípios de interpretação constitucional foi efetuada por Virgílio Afonso da Silva.

Com efeito, em seu trabalho *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*, o referido autor começa apontando que, na verdade, não se tratam de métodos e princípios consolidados na doutrina germânica. Remontam, tão-somente, aos princípios elencados por Konrad Hesse em seu famoso *Manual*, ao passo que os métodos são os discutidos no célebre artigo de Bockenförde sobre o tema, em que se dispõe a realizar um inventário e avaliar a situação atual da discussão na doutrina alemã. Nada mais do que isso.

---

220 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª Ed, 2ª reimpressão. Ed. Almedina. Coimbra: 2003. p. 1193



Além de expressamente mencionar que esses métodos e princípios não possuem a difusão e amplitude<sup>221</sup> a que os alçou a doutrina constitucional brasileira<sup>222</sup>, aponta o autor, como um dos principais problemas no que diz respeito aos princípios constitucionais, a pouca diferença que possuem em relação aos clássicos cânones da hermenêutica tradicional.

Quanto aos métodos, além de serem irrelevantes alguns deles, entende Virgílio Afonso da Silva que “o grande problema, nesse âmbito, é o *sincretismo metodológico*.”<sup>223</sup>

De fato,

[...]O que Böckenförde quis, com essa lista, foi *apenas* fazer uma síntese do estágio da discussão na época da publicação de seu artigo, e não propor um conjunto de métodos complementares. O próprio título do artigo já é suficiente para demonstrar isso: “Métodos de interpretação constitucional: inventário e crítica”.

Böckenförde analisa os seguintes *métodos* de interpretação constitucional: *método hermenêutico clássico*, *método tópico-problemático*, *método científico-realista*, *método hermenêutico-concretizador*.<sup>224</sup>

Ainda, no que talvez seja a síntese de toda sua crítica quanto à recepção de tais métodos e princípios pela doutrina brasileira, reforça o constitucionalista:

[...]Ficar repetindo listas de métodos e princípios elaborados para uma realidade e uma época diferentes pouco acrescenta à discussão. Não se pode querer fazer direito constitucional alemão no Brasil.

Com isso fica claro que não se quis fazer, aqui, uma manifestação por uma volta aos métodos clássicos de interpretação jurídica. O que se quis foi mostrar que a ânsia em rejeitá-los mais prejudica do que fomenta a discussão sobre as especificidades da interpretação constitucional. Essa ânsia por emancipação fez com que a doutrina se apegasse, literalmente, às primeiras teorias a que teve acesso, elevando-as à condição de *dogma*, sem perceber que, com isso, (a) colocava ‘em um mesmo saco’ teorias incompatíveis; (b) apegava-se a fórmulas muitas vezes vazias e sem contato com a realidade e o direito constitucional

221 SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. In SILVA, Virgílio Afonso da (organizador). *Interpretação Constitucional*. 1ª edição, 3ª tiragem. Malheiros Editores. São Paulo: 2010. p. 117

222 Idem, p. 121

223 Idem, p. 133

224 Idem, p. 134

brasileiros; e, por fim, (c) *congelava* a discussão, passando a impressão de que já havíamos alcançado a emancipação tão desejada, com a importação da 'doutrina mais moderna' – ou seja, a doutrina alemã.<sup>225</sup>

É necessário, em suma, desenvolver uma teoria constitucional brasileira, em vez de repetir-se acriticamente a doutrina estrangeira.<sup>226</sup> E, em vez de se reproduzirem cânones estrangeiros, proceder-se a uma argumentação racional dos princípios e interesses envolvidos. No campo federativo, oportunizar que os Estados-membros também tenham seus interesses considerados na hermenêutica constitucional.

Feitas essas colocações, algumas ponderações se fazem necessárias. Se é certo a crítica no ponto em que promoveu um congelamento da doutrina brasileira sobre assunto (realmente, a impressão que se tem, em um primeiro momento, é que tais métodos e princípios gozam de ampla aceitação e aplicação na doutrina e jurisprudência germânicas), o que de fato preocupa é não se ter adotado uma postura mais crítica ao proceder a recepção pura e simples, sem maiores questionamentos, de uma doutrina sequer tão considerada em seu país de origem.

Contudo, Virgílio Afonso da Silva critica e propõe que se desenvolva uma teoria constitucional brasileira, mas não aponta soluções e caminhos a serem percorridos, o que nos coloca em uma situação também difícil. Acredita-se, nesse ponto, ser imprescindível o direito constitucional comparado, devendo-se somente efetuar as devidas críticas e adaptações, adequando-o à realidade local.

O Brasil é um país de controle de constitucionalidade misto. Adotou originariamente o modelo americano, mas principalmente pós-1988 incorporou muitas técnicas e mecanismos, sobretudo da Corte Constitucional alemã. Parece inevitável, assim, procurar-se algumas soluções no direito comparado, seja o europeu (alemão, português e espanhol), ou mesmo norte-americano.

Os métodos e princípios de interpretação constitucional, conforme Hesse ou Bockenförde, traduziram a realidade alemã de determinada época, os quais podem

---

225 SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. In SILVA, Virgílio Afonso da (organizador). *Interpretação Constitucional*. 1ª edição, 3ª tiragem. Malheiros Editores. São Paulo: 2010. p. 141

226 Idem, p. 143

ser perfeitamente readequados à realidade e problemática brasileiras. Inegável, neste contexto, por exemplo, o quanto o Supremo Tribunal Federal tem incorporado critérios hermenêuticos (e talvez a questão ambiental seja um dos que mais tenha utilizado ultimamente) que possibilitam uma maior abertura da jurisdição constitucional a todos os interessados na decisão. A construção de uma verdadeira sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (Häberle). Esses métodos e princípios, portanto, podem e merecem ser aproveitados.

Cada país, evidentemente, possui a sua realidade, e o uso do direito comparado pode sim constituir ferramenta fundamental no auxílio para solucionar determinadas questões. Deve, porém, ser aplicado com cautela, pensamento crítico, e realizadas as devidas adaptações, pois nem sempre o que é adequado a uma realidade se mostra aplicável a outra.

A interpretação constitucional federativa brasileira, consoante se verá a seguir, carece de critérios que permitam resolver adequadamente os conflitos competenciais federativos. O que se verifica, na grande maioria dos casos, é a utilização de critérios que nada mais promovem do que a centralização excessiva da federação, sem uma discussão mais aprofundada, e sem permitir a conciliação dos diversos interesses e princípios conflitantes. E isso tem-se mostrado extremamente prejudicial à federação brasileira, à proteção de direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, como a proteção ao meio ambiente.

## **2.2 Do princípio federativo na Constituição de 1988**

Talvez nenhum dispositivo, na ordem constitucional brasileira, demonstre mais a importância do princípio federativo que o art. 60, § 4º, I: “*não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado*”. Em que consiste, porém, o princípio federativo? Qual o seu efetivo conteúdo? Tão importante que inadmissível, por parte do constituinte derivado, qualquer proposta que tenda a aboli-lo?

A resposta a essas perguntas parte da premissa do que se entende por federação, e quais os seus elementos característicos mais importantes. É a convivência, indissociável, no mesmo espaço territorial, de mais de um centro de poder (no caso brasileiro, União, Estados-membros e Municípios), aos quais se assegura uma esfera de autonomia (*Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.*).

Autonomia essa que se consagra: (1) em uma repartição de competências, constitucionalmente prevista e constante nesse documento escrito e rígido; (2) com autonomia financeira garantida por meio dos respectivos recursos; (3) assegurando-se a participação dos componentes na formação da vontade nacional; (4) com órgão imparcial para dirimir os conflitos federativos<sup>227</sup>.

Mesmo com discussões, verifica-se que o núcleo do sistema federativo, desse princípio federativo que o caracteriza, reside na autonomia assegurada a seus componentes, a qual, por sua vez, é concretizada no exercício das competências legislativas e financeiras.

O princípio da (1) autonomia dos entes federativos, assim, constitui um dos principais núcleos da federação. Autonomia da União: quase sempre concebida para a formação de uma unidade. Autonomia do Estado-membro<sup>228</sup>, para o exercício da garantia das diversidades locais, do direito de legislar de modo a atender a suas peculiaridades (ou ainda, no que não estiver atribuído à União)

Há, contudo, outros princípios que podem ser associados à dinâmica federativa brasileira, alguns mencionados pela doutrina, ainda que

---

<sup>227</sup> Para Lewandowski, “é difícil precisar, posto que não há unanimidade, quais as características essenciais do Estado Federal, embora seja possível, identificar no mínimo, quatro atributos básicos; (a) repartição de competências; (b) autonomia política das unidades federadas; (c) participação dos membros nas decisões da União; (d) atribuição de renda própria às esferas de competência.” in LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1994. p. 16. Já para Carmen Lúcia, “o princípio federativo compõe-se, pois, pelos princípios: a) da soberania nacional e autonomias locais das entidades componentes do Estado; b) pela repartição de competências entre essas entidades, o que assegura a sua personalização política e o âmbito de competência autônoma exclusiva de cada qual; e c) pela participação de todas elas na formação da vontade nacional”. in ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Livraria Del Rey Editora. Belo Horizonte: 1997. p. 173

<sup>228</sup> No caso brasileiro, em grau mais específico de interesse local, acrescenta-se ainda o Município.

jurisprudencialmente possam carecer de maior aplicação, e mesmo de efetividade. Entre esses podemos citar a (2) predominância do interesse (orienta exercício das competências); (3) o princípio da lealdade federal (comportamento, no exercício competencial, na federação); (4) princípio da subsidiariedade (exercício das competências); (5) e princípio da simetria (orienta sobretudo o aspecto da auto-organização).

É importante destacar, desde já, a concepção que se possui desses princípios na federação brasileira, principalmente pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Uma concepção pautada sobretudo pelo excesso centralizador, e que graves prejuízos têm ocasionado ao sistema federal e à proteção ao meio ambiente.

Não se mencionou o princípio da proporcionalidade, mas – a União Europeia constitui um exemplo –, tem-se que caracteriza e é de extrema importância a sua observância para o exercício das competências federativas dispostas constitucionalmente. Entende-se, contudo, que será fundamentadamente explicada sua importância, e, principalmente, utilização como critério para a resolução dos conflitos competenciais em capítulo específico (cap. 6).

### **2.2.1 Princípio da autonomia do ente federativo**

Um dos primeiros princípios a caracterizar o federalismo, não só brasileiro, mas de qualquer gênero, é o respeito à autonomia dos componentes da Federação. Na Constituição de 1988 encontra-se disposto no art. 18: “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, *todos autônomos*, nos termos desta Constituição”.

Em que consiste, exatamente, essa autonomia? As dificuldades surgem “quando se busca precisar o conceito da autonomia, revelar o seu conteúdo e dar a noção do princípio essencial da organização federal”.<sup>229</sup> Etimologicamente, provém

---

<sup>229</sup>HORTA, Raul Machado. *A Autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro*. Est. Gráfica Santa Maria. Belo Horizonte: 1964. p. 13

de *nómos* e “designa, tecnicamente, a edição de normas próprias, que vão organizar e constituir determinado ordenamento jurídico”,<sup>230</sup> consistindo na “capacidade para expedir as normas que organizam, preenchem e desenvolvem o ordenamento jurídico dos entes públicos.”<sup>231</sup>

A delimitação do que seja autonomia é imprescindível para o desenvolvimento de qualquer distribuição de competências que se pretenda construir, pois é fundamentalmente sobre essa que a autonomia poderá ser exercida. Como assinala Raul Machado Horta, “a autonomia do Estado-membro pressupõe a repartição constitucional de competências para o exercício e o desenvolvimento de sua atividade normativa”<sup>232</sup>, e o “Estado Federal não autoriza que se desvinculem esses dois aspectos fundamentais de sua fisionomia”.<sup>233</sup>

A resposta, parte, em princípio, do que se deva conceber por federalismo e seus objetivos. Konrad Hesse, por exemplo, descreve o que de maneira geral traduz essa ideia – a união na diversidade<sup>234</sup>:

Sentido e tarefa da ordem federativa podem, uma vez, consistir nisto, formar e conservar *unidade política*, sem abolir a particularidade dos membros, unir diversidade e unidade uma com a outra. Isso pressupõe uma certa homogeneidade dos membros, do mesmo modo, porém, a diferença de sua individualidade, cuja garantia é condição da união. Ao contrário, ordem federativa pode servir à *divisão* de um corpo global político até agora uniforme, que deve ser preservado pela construção federativa da desintegração completa. Sua tarefa e função podem unir-se, finalmente, como requisitos de organização apropriada e servir ao complemento e fortalecimento da ordem democrática e estatal-jurídica.

---

230 HORTA, Raul Machado. *A Autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro*. Est. Gráfica Santa Maria. Belo Horizonte: 1964. p. 16

231 Idem, p. 17

232 Idem, p. 49

233 Idem, *ibidem*.. Também ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Livraria Del Rey Editora. Belo Horizonte: 1997. p. 182

234 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. Fabris. Porto Alegre: 1998. p. 181. Nesse sentido, também, Carmen Lúcia Antunes Rocha, para quem “o princípio federativo assegura a pluralidade de ordens jurídicas autônomas e afinadas numa unidade que se assenta na totalidade da ordem constitucional nacional soberana.” In *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Livraria Del Rey Editora. Belo Horizonte: 1997. p. 172. Cf. também DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. Editora Ática. São Paulo: 1986. p. 51

Não se olvide, porém, que a liberdade, mais exatamente a preservação dessa liberdade, sempre constituiu, e acaba constituindo, um dos fundamentos primordiais da construção de uma ordem federativa.

Como explica Elazar<sup>235</sup>:

O principal interesse do verdadeiro federalismo, em todas as suas espécies, é a liberdade. Todas as formas de federalismo partem do pressuposto de que o governo é, em algum nível, necessário e que o desenvolvimento de um governo adequadamente eficiente é uma das principais tarefas humanas. A este respeito, as teorias federalistas são realistas. O outro pressuposto do federalismo é o de que os seres humanos nascem livres e que um bom governo precisa estar fundamentado em um quadro de máxima liberdade humana. A tarefa dos poderes constituintes (*constitutionmakers*) é a de desenvolver um regime capaz de assegurar a liberdade de toda pessoa, que reconhece e permite os aspectos coercitivos deste governo.

Ainda de acordo com esse autor<sup>236</sup>,

el federalismo tiene su origen en la necesidad de los pueblos y estados de unirse para cubrir objetivos comunes, permaneciendo, sin embargo, separados para de este modo preservar sus identidades respectivas. Es algo así como conservar un pastel y al mismo tiempo comérselo.

Desse modo, verifica-se que prevalece “a ideia de que o princípio federativo busca o equilíbrio na combinação sistematizada de ordens jurídicas parciais, que conciliem os aspectos a serem resguardados nas autonomias locais com os interesses nacionais.”<sup>237</sup>

Como sempre ressaltado pela doutrina, esse equilíbrio se procura obter no respeito à autonomia dos entes que compõem a federação, sendo que a União procura estabelecer, em seu âmbito de atuação, a unidade indispensável para a

---

235 ELAZAR, Daniel J. *Federalismo como meio e como fim*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte. Ano 5, n.19, jul/set 2011. p. 7

236 ELAZAR, Daniel J. *Exploración del Federalismo*. Trad. Josep Ma. Solé Alseda. Editorial Hacer. Barcelona: 1990. p. 57

237 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Livraria Del Rey Editora. Belo Horizonte: 1997. p. 173

consecução dos objetivos comuns da Federação, enquanto os Estados-membros devem preservar suas peculiaridades. Um traço distintivo sempre lembrado, mas importante, é que autonomia não se confunde com soberania, aquele poder de autodeterminação pleno, não condicionado por nenhum outro poder externo ou interno – único a detê-lo é a União.

Conforme explica Fernanda Almeida<sup>238</sup>:

Desfrutam os Estados-membros, isto sim, de autonomia, ou seja, de capacidade de autodeterminação dentro do círculo de competências traçado pelo poder soberano, que lhes garante auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração, exercitáveis sem subordinação hierárquica dos Poderes estaduais aos Poderes da União.

A autonomia, assim, pode-se ser, e usualmente dessa maneira tem sido considerada pela doutrina nacional, desdobrada em quatro aspectos essenciais: (1) auto-organização; (2) autogoverno; (3) autolegislação; e (4) autoadministração<sup>239</sup>. E consiste “no direito e poder de autogovernar-se, fixando suas prioridades e desempenhando suas competências com meios próprios”<sup>240</sup>, por meio de um conjunto de *competências*, atribuições constitucionalmente conferidas através do que são definidos os direitos e as obrigações de cada órgão.<sup>241</sup>

Em relação ao primeiro elemento, (1) consiste na capacidade de adoção de uma Constituição própria<sup>242</sup>, dispendo sobre os órgãos de sua ação política. Quanto ao autogoverno, (2) “implica na garantia assegurada ao povo, nas unidades

<sup>238</sup> ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. Ed. Atlas. 4ª Edição. São Paulo: 2007. p. 11

<sup>239</sup> Cf., nesse sentido, ARAUJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Jurisdição Constitucional e Federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Elsevier Editora. Rio de Janeiro: 2009. p. 19. José Afonso da Silva excluiu a autolegislação, in DA SILVA, José Afonso. *O Estado-Membro na Constituição Federal*. Revista de Direito Público nº 16. 1971. p. 15; Raul Machado Horta reúne os quatro componentes em três itens: auto-organização, autolegislação e autoadministração. in HORTA, Raul Machado. *A Autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro*. Est. Gráfica Santa Maria. Belo Horizonte: 1964. p. 330. Ver também ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Livraria Del Rey Editora. Belo Horizonte: 1997. p. 186-7.

<sup>240</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. Editora Ática. São Paulo: 1986. p. 79

<sup>241</sup> Idem, ibidem.

<sup>242</sup> DA SILVA, José Afonso. *O Estado-Membro na Constituição Federal*. Revista de Direito Público nº 16. 1971. p. 15. Também FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder Constituinte do Estado-membro*. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1979. p. 54



federadas, de exercer o direito de escolha de seus dirigentes, através de eleições.”<sup>243</sup> A autoadministração (3) “é a capacidade assegurada aos estados de possuir administração própria, ou seja, a faculdade de dar execução própria às leis vigentes.”<sup>244</sup> Por fim, a autolegislação, consiste (4) na capacidade de editar suas próprias leis, segundo a distribuição de competências estabelecida na Constituição Federal, e onde encontra seus limites<sup>245</sup>.

Ou seja, a autonomia dos entes da Federação – indissociada da distribuição de competências -, encontra seu limite na Constituição Federal. Aqui justamente reside a 3ª antinomia da Federação, apontada por Carl Schmitt<sup>246</sup>:

c) Tercera (y más general) antinomia: toda Federación como tal, con independencia de la distinción entre Confederación de Estados y Estado federal, tiene una voluntad total y existencia política. En esto se distingue de una alianza. A consecuencia de ello, coexisten en una Federación dos clases de existencia política: la existencia común de la Federación y la existencia particular de los Estados-miembros. Ambas subsistirán en tanto deba subsistir una federación. Ni la existencia común de ésta puede suprimir la existencia particular de los Estados-miembros ni viceversa. Ni los Estados-miembros son simplemente subordinados de la Federación ni ésta se encuentra subordinado a ellos. La Federación consiste tan sólo en esa vinculación existencial y ese equilibrio. Caben gradaciones en ambos sentidos; el caso extremo lleva siempre a que o bien se disuelve la Federación, quedando sólo los Estados particulares, o éstos cesan de existir y queda tan sólo un Estado único. La esencia de la Federación estriba en un dualismo de la existencia política, en una vinculación de coexistencia federal y unidad política, de una parte, con una pluralidad que subsiste, un pluralismo de unidades políticas particulares, de otra parte. Una tal situación de equilibrio difícil ha de conducir a muchos conflictos, que necesitan ser resueltos.

Na doutrina brasileira, essa antinomia é bem explicada por Ricardo Lewandowski.<sup>247</sup>:

---

243 BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Brasileiro: o problema da Federação*. Ed. Forense. Rio de Janeiro: 1982. p. 23

244 Idem, p. 23

245 Como explica Carmen Lúcia, “A autonomia das entidades federadas é garantida pela existência de competências próprias e exclusivas, que podem ser postas ao lado de outras complementares ou comuns, mas que asseguram um espaço de criação de Direito por elas. A noção de autonomia vincula-se, portanto, ao sistema de repartição de competências que determina a eficácia do próprio princípio federativo” in ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Livraria Del Rey Editora. Belo Horizonte: 1997. p. 181

246 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial. Madrid: 2011. p. 463

O Estado federal repousa sobre um delicado equilíbrio de forças. De um lado, forças centrípetas reforçam os vínculos associativos, fazendo prevalecer a vontade do todo sobre as partes; de outro, forças centrífugas, de tendência desagregadora, sobrepõem a conveniência das unidades federadas ao interesse coletivo. Para a manutenção desse precário equilíbrio, a técnica constitucional desenvolveu diferentes mecanismos, que vão desde a solução das dissensões internas – as quais se traduzem, como regra, em conflitos de competência – por um tribunal federal especializado, até a *ultima ratio* do sistema, consistente na intervenção do poder central nos entes federados, objetivando a preservação da união.

Pode-se concluir que ao estabelecer, em seu art. 18, que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”, quis assegurar o constituinte um dos maiores fundamentos da Federação. A imprescindibilidade de preservar-se essa esfera de autonomia dos entes que compõem a Federação, assegurada por uma repartição de receitas, e por uma distribuição de competências constitucionalmente prevista. Espaço em que deverá ser garantida a capacidade para auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação.

No âmbito deste trabalho, a mais importante consiste na capacidade de editar legislação própria, no âmbito dos limites constitucionais. O problema, contudo, encontra-se exatamente nisto: *saber os limites estabelecidos constitucionalmente*. Trata-se de regras de competência, algo que é indiscutível pela doutrina federalista brasileira, e com isso quer-se dizer que não comportam gradação em seu cumprimento. Configuradas as hipóteses de incidência, seus efeitos – no caso, a possibilidade de o ente federativo legislar -, se produzem. O que dizer, porém, nos casos em que há uma indeterminação normativa, conceitos polissêmicos, como os referentes às “normas gerais” ?

Ocorre que no exercício dessas competências pode haver muitos espaços sujeitos a dúvidas, e nesses espaços é que surgem os conflitos federativos, com a superposição de legislações e todas as consequências adversas daí advindas. Conclui-se que nesse espaço de atuação, do exercício competencial pelos entes

---

247 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1994. p. 34

federativos, há subliminarmente a presença dos princípios da autonomia, seja o da União (unidade) ou do Estado-membro (diversidade).

E o intérprete deve esforçar-se para garantir o equilíbrio federativo.

Quando se verificar, nos conflitos competenciais decididos jurisprudencialmente, a existência de sérias indeterminações normativas, entende-se que há espaço para a aplicação da proporcionalidade, pois o exercício desse poder legislativo, seja pelo Estado-membro, seja pela União, traduz, em essência, o uso dessa autonomia, e essa utilização deve ser *equilibrada*.

O equilíbrio deve ser um objetivo a ser alcançado, pois a Federação deve ser concebida como um espaço de convivência onde se garanta o direito à diversidade, para o atendimento de peculiaridades locais, naquilo que não comprometa a unidade federativa. A Federação é um meio, o Estado é um meio, cujo objetivo, por exemplo, pode ser a concretização dos fins últimos ao Estado Democrático de Direito, entre os quais se incluem a proteção e garantia dos direitos fundamentais. Contudo, a busca desse objetivo não deve ser encarada de maneira absoluta a ponto de comprometer o meio pelo qual a comunidade exerce esse direito, qual seja, o estado federativo. Especificamente falando, a proteção ao meio ambiente encontra limites, seja nos outros direitos fundamentais que devem coexistir e serem respeitados, seja nos contornos do Estado Federativo.

Certamente, no entanto, no caso do federalismo brasileiro, já está mais do que na hora de se permitir um equilíbrio efetivo nas relações federativas, e um caminho possível é a adoção de critérios que possibilitem, na resolução de conflitos competenciais federativos, maior descentralização, que os Estados-membros possam ter suas legislações desenvolvidas e asseguradas.

A União deve assegurar que o Estado-membro possua um direito à diversidade, para adequação da legislação a suas peculiaridades locais. O Estado-membro, por sua vez, deve respeitar o mínimo essencial à preservação da federação, assim como direito de outros Estados-membros, nessa comunidade, poderem exercer seu direito à diversidade, justificadamente, sem comprometimento da federação.

Nesse contexto, assim, em que se verifica que a palavra-chave é *equilíbrio*, evidencia-se a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade como

método a sistematizar esses conflitos, e conferir a necessária flexibilidade para a resolução desses casos difíceis, e permitindo a conjugação de subprincípios conflitantes, bem como da efetiva proteção ao meio ambiente. E mais, repise-se: possibilitando aos Estados-membros, na interpretação constitucional utilizada na resolução dos conflitos competenciais federativos, terem suas razões e motivos considerados, o que não ocorre na sistemática brasileira atual.

### 2.2.2 Princípio da predominância do interesse

Um dos princípios que informam o federalismo brasileiro, ainda mais no que diz respeito à repartição de competências, é o da predominância do interesse. Possui ampla aplicação no âmbito doutrinário e jurisprudencial, em que diversas vezes é aplicado para a resolução de conflitos competenciais<sup>248</sup>.

É José Afonso da Silva quem esclarece o seu conteúdo:

O Princípio da Predominância do Interesse. O princípio geral que norteia a repartição de competências entre as entidades componentes é o da predominância do interesse, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local, tendo a Constituição vigente desprezado o velho conceito de “peculiar interesse local”, que não lograra conceituação satisfatória em um século de vigência.

Acontece que no Estado moderno se torna cada vez mais problemático discernir o que é “interesse geral” ou “nacional” do que seja “interesse regional” ou “local”. Muitas vezes certos problemas não são de interesse rigorosamente nacional, por não afetarem a Nação como um todo, mas não são simplesmente particulares de um Estado, por abrangerem dois ou mais deles. Os problemas da Amazônia, os do Polígono da Seca, os do Vale do São Francisco e do Vale do Paraná-Uruguaí são exemplos a citar na Federação brasileira.<sup>249</sup>

---

248 Cf. ADPFMC nº 234/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje 06.02.12; ADI 1842/RJ, Rel p/acórdão Min. Gilmar Mendes, Dje 16.09.13; ADIMC 2077/BA, Rel. p/acórdão Min. Joaquim Barbosa, Dje 09.10.14

249 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9ª edição. Malheiros Editores. São Paulo: 2014.p. 247-8

inicialmente, parece uma ideia simples: à União cabe os assuntos de interesse nacional; aos Estados-membros, os de interesse regional; e aos municípios, os problemas de interesse local. Contudo, na realidade, as coisas não se passam de maneira tão singelas. De fato, o que se verifica é que “sempre existem assuntos que são tratados em comum por ambas esferas de governo, configurando o que teoricamente se denomina de *competências concorrentes*”<sup>250</sup>, e que, muitas vezes, o que parece ser de exclusivo interesse local possui repercussões nacionais. Os problemas ambientais são um bom exemplo disso, em que a poluição gerada em alguns municípios, p. ex, muitas vezes acaba por atingir outros Estados-membros ou mesmo países.

Além de difícil delimitação, não se pode esquecer o quanto esse princípio, na prática jurisprudencial, tem se prestado a uma centralização de competências em torno da União. No capítulo 4, em que se discutem casos práticos decididos pelo Supremo Tribunal Federal, comprova-se à exaustão essa afirmação, podendo-se inclusive asseverar existir uma espécie de princípio *in dubio pro União*.

Com efeito, segundo Gilmar Mendes e Ives Gandra Martins:

A competência material exclusiva da União, de natureza administrativa, elencada nos incisos do art. 21, tem como base o princípio da predominância do interesse, segundo o qual “à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional”, conforme indica José Afonso da Silva.

O Supremo Tribunal Federal, nas oportunidades em que tem sido provocado para interpretar e aplicar determinados incisos do art. 21 da Constituição Federal tem dado primazia ao princípio da predominância do interesse geral, de extensão nacional, no referente aos limites da competência da União.<sup>251</sup>

Assim, embora seja um princípio que caracteriza a federação brasileira, e de larga aplicação jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal, possui uma (1) elevada carga de indeterminação normativa, que não se presta a esclarecer os

---

250 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. Editora Ática. São Paulo: 1986. p. 54

251 SILVA MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; DO NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. Vol 1. Editora Saraiva. 2ª Edição. São Paulo: 2012. p. 769

limites para efetivo exercício de competências pelos entes federativos; e (2) tem permitido, ao final, que todos interesses acabem sendo atribuídos à União. E isso ocasiona grande centralização competencial, com grandes prejuízos à efetiva proteção ambiental.

Resolvem-se os conflitos, mas de modo pouco fundamentado e ao preço de uma centralização excessiva, não poucas vezes comprometendo-se a efetiva concretização de determinados direitos de acordo com as peculiaridades locais.

### 2.2.3 Princípio da lealdade federal

Um dos princípios que caracterizam a ordem federativa alemã, recentemente ganhou espaço na jurisprudência constitucional brasileira, ainda que timidamente. Sua aplicação em maior escala, sem dúvida, conseguiria preencher algumas lacunas do exercício competencial nacional (cf. cap 6).

Sua origem é explicada por Arroyo Gil, ao discorrer sobre o tema<sup>252</sup>:

[...]el origen de la “lealtad federal” se remonta a la Constitución del *Reich* de 1871, cuyo basamento federal no era otro que el antiguo “principio aliancista” (“*bündnisches Prinzip*”), en tanto que expresión de una conformidad y colaboración jurídica otorgadas, sin que, por consiguiente, constituyese una norma susceptible de enjuiciamiento. Hoy en día, resulta difícilmente discutible que la vigente Ley Fundamental de 1949 parte de unos fundamentos distintos a los de alianza o pacto, en el sentido que a tal expresión se le otorgó en el último tercio del siglo XIX, que se manifiestan principalmente en la existencia de un reparto competencial cuya garantía se encomienda a la jurisdicción constitucional, encargada asimismo de resolver cualquier otro conflicto que surja entre la Federación y los *Länder*.

Konrad Hesse também esclarece de maneira precisa o conteúdo deste princípio<sup>253</sup>:

252 ARROYO GIL, Antônio. *El orden federal alemán em los albores del siglo XXI: Un estudio jurídico-constitucional del federalismo alemán desde una perspectiva competencial e institucional*. p. 113. Tesis doctoral. Disponível em <https://repositorio.uam.es/xmlui/handle/10486/9203>, acesso em 29.06.15, às 21:37h

253 HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. Editora Fabris. Porto Alegre: 1995. p. 255

A conduta federativa amistosa é um preceito constitucional não escrito, que se origina do Princípio Federativo. Isso significa: o Princípio Constitucional do Federalismo, válido no Estado Federal, contém, por isso, a obrigação jurídica da Federação e de todos os seus membros para com “a conduta federal amistosa”, i.e., todos os partícipes da “Federação” constitucional estão obrigados a cooperar de forma correspondente à essência dessa Federação e a contribuir para a sua consolidação e para a conservação dos seus interesses e daqueles bem entendidos de seus membros.

Trata-se de um preceito não escrito, que obriga todos os entes da Federação a adotarem uma conduta federal amistosa, quando do exercício de suas competências. E não somente isso, consoante esclarece Arroyo Gil, embora se cuide de um princípio não escrito, derivado do princípio federativo, é justiciável e contribui de maneira acentuada para uma certa ‘despolitização’ da federação, com uma juridificação das relações federativas<sup>254</sup>.

Ainda segundo esse autor, outras características desse princípio podem ser verificadas na ordem federal alemã: (1) objetiva manter dentro de certos limites os egoísmos da Federação e dos Länder, procurando consolidar a integração; (2) possui natureza acessória e subsidiária, somente se aplicando para a resolução de conflitos no caso de impossibilidade de fazê-lo por outros meios; (3) a Federação deve buscar um entendimento entre seus membros, evitando valer-se de rivalidades (*divide et impera*) para impor suas decisões; (4) deve-se evitar grandes desequilíbrios salariais em seus campos de regulação; (5) não impõe somente condutas negativas (abstenção), impondo também deveres de cooperação, como nas situações dos Länder com dificuldades orçamentárias; (6) busca do comum acordo entre os Länder, ou unanimidade, evitando-se a imposição de maiorias; (7) deveres de informação, harmonização, cooperação e consideração recíprocos, tanto do ponto de vista procedimental como material; (8) constitui um limite ao exercício das competências, tanto da Federação quanto dos Länder. Ainda que uma medida esteja prevista no campo competencial, não se pode fazer uso indevido, de modo a prejudicar os interesses de outros entes federados. Contudo, não cria nem altera as

---

<sup>254</sup> ARROYO GIL, Antônio. *El orden federal alemán em los albores del siglo XXI: Un estudio jurídico-constitucional del federalismo alemán desde una perspectiva competencial e institucional*. p. 115. Tesis doctoral. Disponível em <https://repositorio.uam.es/xmlui/handle/10486/9203>, acesso em 29.06.15, às 21:37h

as competências; (9) a constatação judicial do comportamento desleal possui carácter objetivo, não constituindo nenhuma censura ou reprovação.<sup>255</sup>

Conclui, por fim, o jurista espanhol:

Finalmente, en relación con el reparto competencial, el margen de maniobra del principio de comportamiento federal amistoso, como se ha encargado de precisar acertadamente el Tribunal Constitucional Federal en la jurisprudencia mencionada, se limita fundamentalmente al momento del ejercicio por parte de la Federación y/o de los *Länder* de sus respectivas competencias. Mediante la aplicación del mismo, por tanto, no puede bajo ninguna circunstancia verse alterada la titularidad de la competencia. Esta es una decisión reservada a la Ley Fundamental (art. 30 GG y concordantes). Tan solo el alcance del ejercicio de la misma puede encontrar alguna ponderación mediante la intervención de este principio, en tanto que la separación ideal de los ámbitos competenciales de la norma constitucional no encuentra siempre una correspondencia exactamente igual de pacífica en el momento crítico de su aplicación práctica.<sup>256</sup>

Esse princípio, portanto, é um critério auxiliar na interpretação constitucional das normas de repartição de competências, impondo limites ao exercício dessas atribuições pelos entes federativos. Não origina novas competências, tampouco pode alterar sua titularidade, mas pode constituir um excelente critério na coibição de abusos.

No Brasil, recentemente, na ADI 4917/DF, que trata do sistema de distribuição de royalties da exploração de petróleo, Lei nº 12.734/2012, foi alegada, em petição inicial da lavra do agora Min. Luís Roberto Barroso, violação ao princípio federativo, no aspecto da *lealdade*. Tratava-se de ação em que se questionava o novo sistema de distribuição de royalties oriundos da exploração de petróleo do pré-sal, na plataforma continental dos estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo. Ainda que deferida medida liminar pelo STF, não se utilizou como fundamento da decisão o princípio da lealdade.

---

<sup>255</sup> ARROYO GIL, Antônio. *El orden federal alemán em los albores del siglo XXI: Un estudio jurídico-constitucional del federalismo alemán desde una perspectiva competencial e institucional*. p. 115-121 Tesis doctoral. Disponível em <https://repositorio.uam.es/xmlui/handle/10486/9203>, acesso em 29.06.15, às 21:37h

<sup>256</sup> Idem, p. 124-5 Tesis doctoral. Disponível em <https://repositorio.uam.es/xmlui/handle/10486/9203>, acesso em 29.06.15, às 21:37h



O precedente do STF sempre referido nesse aspecto é o da demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (PET nº 3.388/RR, Rel. Min Carlos Britto, Dje 17.04.09), em Roraima, em que expressamente o Min. Gilmar Mendes utilizou-se desse princípio em seu voto, e delimitou algumas atribuições federativas que deveriam ser observadas pelos demais entes federados (União e Estados) em relação aos municípios.

Segue o seguinte trecho do voto, na parte que interessa a este trabalho: possibilidade de participação de Estados-membros e Municípios no processo de demarcação de terras indígenas efetuado pela União:

[...]

Ponto importante diz respeito à questão federativa.

Estamos diante de um texto constitucional que, na linha da nossa tradição, galvaniza com cláusula pétrea o princípio federativo, e o texto de 1988 é ainda muito mais radical ao referir-se também ao município. E isso tem algum sentido, não pode se fazer tábula rasa dessas unidades políticas.

Não se pode simplesmente desaparecer unidades políticas por se entender que elas são indevidas ou foram criadas com uma má intenção.

Peço vênia ao Ministro Carlos Britto para, neste ponto, discordar de seu voto, na parte em que entende que a competência da União deve ser exercida contra os Estados e Municípios.

A afetação do território de uma unidade federada precisa ter realmente um referencial jurídico sério. É preciso que, mais do que o direito de participação, de ser ouvido, se assegure lugar neste grupo aos Estados e Municípios afetados pela demarcação.

[. . .]

Em razão disso, podemos afirmar que, no exercício de suas competências constitucionalmente determinadas, deve a União preservar a autonomia dos Estados-membros e dos Municípios, dever que decorre do próprio Princípio Federativo. De igual modo, a ação dos Estados e Municípios é orientada pelo dever de fidelidade para com a União e de cooperação para com a realização dos objetivos da República.

Destarte, cabe aos Entes da Federação se comportarem, no exercício de suas competências, com lealdade aos demais Entes. É o que a doutrina alemã chama de “*Bundestreue*” (Princípio da Lealdade à Federação) ou “*Prinzip des bundesfreundlichen Verhaltens*” (Princípio do comportamento federativo amistoso) ou, de acordo com Peter Häberle, “*Bundesfreundlich*” (conduta favorável à organização federativa) (HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México: México, 2001, p. 264).

Complementa, o ministro, seu voto expondo as consequências a serem observadas derivadas do dever de lealdade:

[...]

Assim, o princípio da lealdade à Federação atua como um dos mecanismos de correção, de alívio das tensões inerentes ao Estado Federal, junto aos que já se encontram expressamente previsto na própria Constituição. Sua presença silenciosa, não escrita, obriga cada parte a considerar o interesse dos demais e o do conjunto. Transcende o mero respeito formal das regras constitucionais sobre a Federação, porque fomenta uma relação construtiva, amistosa e de colaboração. Torna-se, assim, o espírito informador das relações entre os entes da Federação, dando lugar a uma ética institucional objetiva, de caráter jurídico, não apenas político e moral. (ROVIRA, Ennoch Alberti. *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1986, p. 247).

Este princípio não implica, nunca, obrigações principais, mas, sim, complementares. Consubstancia-se num filtro à liberdade da União e dos Estados no exercício de suas competências, de modo a evitar o abuso.

No contexto do caso, segundo o ministro Gilmar Mendes, extrai-se o dever de Estados-membros e Municípios serem informados e poderem participar do processo demarcatório da reserva indígena, devendo-se fazer uma leitura do Decreto nº 1.775/96, que regulamentava a questão, *à luz do princípio federativo (lealdade)*.

No caso das demarcações de terras indígenas, competência privativa da União, a aplicação do princípio da fidelidade à federação determina o direito de participação (direito de voz e voto) no procedimento demarcatório de terras indígenas, visando à efetivação dos direitos constitucionais dos índios brasileiros, mas garantindo que, diante de alternativas igualmente válidas de concretização desses direitos, seja escolhida a que melhor preserve o princípio federativo.

Ao final, essa tese não prosperou, mas constitui, até onde se pôde verificar, o *leading case* do Supremo Tribunal Federal em que se suscitou a lealdade federal em seus fundamentos. Como já se referiu, não encontra aplicação na ordem constitucional brasileira, embora indiscutível que seja um princípio componente da Federação, e que poderia, em muito, contribuir para a resolução de alguns conflitos federativos.

Pode-se mencionar, por exemplo, a guerra fiscal tributária, vista no capítulo anterior, e também o problema do nivelamento por baixo no âmbito das “normas gerais” de meio ambiente, assim como das normas adicionais de proteção.

## 2.2.4 Princípio da simetria

Conforme José Levi Mello do Amaral Júnior<sup>257</sup>, o princípio da simetria, que em muito enfraqueceu (e enfraquece), o federalismo brasileiro, tem suas origens no art. 188 da Constituição de 1967 (art. 200, com a redação dada pela EC nº 1/69<sup>258</sup>), que determinava aos Estados-membros a incorporação das suas normas (Constituição Federal) ao direito constitucional estadual. E, de acordo com alguns autores, ainda encontra vigência expressa no texto atual<sup>259</sup>.

Mesmo na ordem constitucional pretérita, o Min. Aliomar Baleeiro criticava duramente a existência desse princípio, por reduzir drasticamente a autonomia dos Estados-membros<sup>260</sup>:

Para mim, uma Carta Política de Estado-Membro só viola a Constituição Federal quando, expressa ou implicitamente, desafia dispositivo desta última ou alguns dos princípios cardiais do regime. Se pensarmos o contrário, melhor seria que o Congresso Nacional incumbisse o Ministério da Justiça, ou o do Interior, ou mesmo o Dasp, de redigir e imprimir uma Constituição-modelo, ou padrão, que os Deputados estaduais preencheriam com o nome do Estado, datariam e assinariam. Na pior hipótese, poupar-se-ia o tempo por demais escasso da Procuradoria-Geral da República e o nosso.

---

257 AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Memória Jurisprudencial: Ministro Aliomar Baleeiro*. Supremo Tribunal Federal. Brasília: 2006. p. 100

258 Art. 200. As disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados.

259 “Há quem sustente que o princípio vigia à época da Constituição anterior, apenas. Entendo que não. Não bastasse o artigo 11 e seu parágrafo único, do ADCT, cumpriria lê-lo na sua expressa extensão, nos artigos 25 e 29 da Lei Maior.” in SOUZA, Nélson Oscar de. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro: 2006. p. 193

260 AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Memória Jurisprudencial: Ministro Aliomar Baleeiro*. Supremo Tribunal Federal. Brasília: 2006. p. 100-1

E, no voto proferido no RE 71.016/PR<sup>261</sup>, assim se manifestou o saudoso ministro sobre o tema:

[...] a mim me parece que a Constituição estadual, pelo regime que está em vigor hoje no País, tem que ser, como aqui se decretou várias vezes, com meu voto contrário, uma cópia-carbono da Federal. Lembro-me do eminente Ministro Leitão de Abreu, de machado em punho, cortando a Constituição do Rio Grande do Sul. Mal ficou o pobre do tronco. E eu votei contra.

Pois bem, o artigo 200 da Emenda n. 1 era a fortaleza em que se acastelavam os de ponto de vista contrário ao meu. A Constituição Federal, no artigo 200, quer que tudo que esteja nela se considere, automaticamente, parte integrante das Constituições estaduais. [...]

Em que consiste, basicamente, o princípio da simetria? Em apertada síntese, como critério hermenêutico, delimitador da autonomia do Estado-membro, para definir em que casos este deve seguir os modelos e padrões adotados pela União. A rigor, o Estado-membro exerce seu poder de auto-organização de maneira vigiada, encontrando limites ao seu poder de conformação na própria Constituição Federal. Consoante Marcelo Labanca<sup>262</sup>, esses limites seriam os (1) princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII); (2) as normas de preordenação institucionais; (3) os princípios estabelecidos; (4) os princípios extensíveis.

Quanto aos princípios constitucionais sensíveis, terminologia criada por Pontes de Miranda<sup>263</sup>, corresponde ao art. 34, VII, da Constituição de 1988, os casos de intervenção federal<sup>264</sup>.

261 AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Memória Jurisprudencial: Ministro Aliomar Baleeiro*. Supremo Tribunal Federal. Brasília: 2006. p. 102

262 De maneira similar, cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Editora Del Rey. Belo Horizonte: 2002. p. 572-3. Também Horta, para quem “As normas de repartição de competências, as de pré-ordenação de setores do Estado-membro, as fundamentais dos direitos e garantias individuais, as de ordenação política, econômica e social, as vedatórias e os princípios enumerados, numa relação de caráter exemplificativo, constituem normas centrais da Constituição Federal, que repercutem na autonomia do Estado-membro, limitando-a na sua atividade constituinte e na sua atividade legislativa.” in HORTA, Raul Machado. *A Autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro*. Est. Gráfica Santa Maria. Belo Horizonte: 1964. p. 330

263 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1 de 1969*. Tomo II (arts. 8º -31). 3ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro: 1987. p. 230

264 Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:[...] VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta. e) aplicação do mínimo exigido da

As normas de preordenação, por sua vez, seriam aquelas presentes no texto constitucional federal e que já antecipam a organização de determinadas funções estaduais. São exemplos deste tipo as que definem o sistema de eleições nos estados, o regime de promoção na carreira de juiz de direito, enfim. Os princípios estabelecidos seriam aqueles que – excluídos das duas situações anteriores – impõe o que o Estado-membro obrigatoriamente deve observar. Inclui, por exemplo, “o respeito aos direitos fundamentais (art. 5º) às normas de organização da Administração Pública (art. 37), ou mesmo as normas da ordem econômica (art. 170).”<sup>265</sup>

Os princípios extensíveis, onde se situa o problema, e aplica-se o princípio da simetria<sup>266</sup>, são:

as normas que estruturam e definem atribuições de poderes e demais órgãos da União e que são aplicáveis, por extensão, aos correlatos poderes e órgãos dos estados-membros, haja ou não uma determinação explícita de extensão.<sup>267</sup>

Exemplifica-se com a necessidade de observância do modelo federal na composição dos Tribunais de Contas estaduais (art. 75), bem como o art. 61, § 1º, I (prerrogativa presidencial na fixação do efetivo das forças armadas).

Nessa indefinição constitucional é que encontra espaço para aplicação o princípio da simetria, ao dispor sobre os limites da auto-organização estadual.

Resumindo,

---

receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

<sup>265</sup> ARAUJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Jurisdição Constitucional e Federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Elsevier Editora. Rio de Janeiro: 2009. p. 37

<sup>266</sup> Idem, p. 39

<sup>267</sup> Idem, p. 38

O princípio da simetria sugere que o modelo de organização dos poderes locais deva ser similar ao preconizados para os poderes federais. Assim, as estruturas básicas dos estados seriam simétricas às da União. Não se confunde com o chamado princípio estabelecido, pois não se trata de vedações (como, por exemplo, a competência penal da União que representa um limite ao poder local, já que este não pode dispor sobre matéria penal). Também não se trata de princípio sensível (aqueles do art. 34, VII, que, se desrespeitados, ensejam a intervenção federal). Nos dois casos, o constituinte disse o que os estados-membros não podem fazer. Já o princípio da simetria diz, por meio da interpretação das estruturas federais, o que o estado deve ou pode reproduzir. É bem verdade que aquilo que se deve ou pode reproduzir gera inversamente a obrigação de não dispor de forma diferente. Mas, nem sempre o não poder é igual à determinação de semelhança, já que pode haver um não poder (uma vedação, uma proibição) sem o conseqüente de reprodução e algo igual.<sup>268</sup>

Na prática, o Supremo Tribunal Federal compara os modelos de organização política estadual e federal, decidindo quais devem ser de observância obrigatória pelos Estados-membros, devendo guardar correspondência (simetria). É de se ressaltar, porém, que não deve ser considerado de modo absoluto, pois nem todas as normas que regem o Poder Legislativo da União são de absorção automática pelos Estados. Com efeito, “as normas de observância obrigatória pelos estados são as que refletem o inter-relacionamento entre os Poderes”.<sup>269</sup>

O problema, como coloca Leo Ferreira Leony, “dessa orientação jurisprudencial, é que aparentemente ela não está baseada em qualquer norma constitucional expressa, sendo ainda contrária, no entender de alguns, ao 'espírito' da forma federativa de Estado.”<sup>270</sup>

O Supremo Tribunal Federal, com efeito, tem limitado drasticamente a autonomia dos Estados-membros (no item auto-organização), em busca de uma simetria, tão-somente alicerçado na premissa de que determinadas instituições ou órgãos devem seguir o modelo federal.

De fato,

---

268 ARAUJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Jurisdição Constitucional e Federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Elsevier Editora. Rio de Janeiro: 2009. p. 128

269 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Saraiva. São Paulo. p. 768

270 LEONCY, Léo Ferreira. *Princípio da Simetria e Argumento Analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente*. Tese de Doutorado. [www.teses.usp.br/teses/.../2/.../Leo\\_Ferreira\\_Leony\\_parcial\\_tese.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/.../2/.../Leo_Ferreira_Leony_parcial_tese.pdf) acesso em 30.06.15, as 16:05h

[...] ficou constatado também que o Supremo se utiliza do princípio da simetria para determinar a reprodução de uma norma federal sem, contudo, justificar o porquê da necessidade dessa reprodução. A simetria é, portanto, lançada durante o julgamento da Corte quase como um argumento infalível e autoexplicativo: identifica-se uma norma federal para a União e, pela simetria, determina-se sua aplicação aos estados, sem sequer analisar o contraponto do princípio da autonomia dos entes locais.

Nessa medida, o princípio da simetria termina sendo utilizado como argumento puramente político e discricionário por parte do Supremo Tribunal Federal, fazendo com que a função política da Corte seja por ele – pelo princípio da simetria – reforçada.<sup>271</sup>

E, na maioria das vezes, a Corte não utiliza uma argumentação adequada, simplesmente estabelecendo o dever de observância do princípio da simetria. Tampouco se acredita que uma fundamentação com base na analogia seja suficientemente adequada para justificar limitações tão drásticas, como às vezes se impõem, à autonomia do Estado-membro. É oportuno lembrar, nesse contexto, que estariam sendo criadas obrigações constitucionais a outro ente federativo com fundamento analógico, algo quase semelhante a exigir tributos sem lei. Ainda, esse tipo de argumento não proporciona a necessária flexibilização da federação, além de não conferir uma transparência ao raciocínio argumentativo empregado.

Mais uma vez, utiliza-se um critério centralizador para a resolução de problemas federativos.

Na atualidade há muitas críticas ao princípio da simetria, e ao modo como vem sendo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal. Como acentuou o Min. Sepúlveda Pertence<sup>272</sup> (talvez um dos maiores críticos no âmbito da Corte), há que se ter reservas “à difusão desse tal princípio de simetria, em questões minúsculas, quando se cuida de demarcar, sem disposição constitucional expressa a impor a limitação do modelo federal a competência residual genérica do Estado-membro”. Também na mesma linha o voto proferido pelo Min. Menezes Direito, na ADI 2.872/PI:

[...]

271 ARAUJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Jurisdição Constitucional e Federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Elsevier Editora. Rio de Janeiro: 2009. p. 171

272 ADIMC 2.857-2/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa. Plenário. maioria. DJ 06.09.02. Cf. também voto do Min. Sepúlveda na ADI 3.853-2, em que refere expressamente que o “Tribunal conhece uma certa antipatia que tenho pela alegação do princípio da simetria como ‘pomada maravilha’ para resolver qualquer problema federativo.”

É curioso observar que temos caminhado sempre nessa direção do estreitamento dos liames federativos[,] de modo a cumular mais e mais poderes na União, deixando de reconhecer que a forma constitucional de estado, embora criada como expediente de natureza política, na modelagem da forma evoluída dos artigos de confederação de 1777 dos Estados Unidos da América, é a federação, o que deveria inclinar a interpretação da Constituição Federal nesse sentido, isto é, no sentido de dar melhor acolhida à autonomia dos estados-membros, e não no oposto, como vem acontecendo e de que é exemplo a expansão do princípio da simetria.

[...]

O tema da autonomia dos estados-membros no plano de suas constituições e mesmo da legislação ordinária ou complementar vai exigir em algum momento que esta Suprema Corte repense a orientação estrita que vem adotando. É que em muitos casos, como em matéria de saúde pública ou de educação, há peculiaridades que devem ser respeitadas e que, por isso, não podem ficar sob o padrão da simetria com disposição da Constituição Federal.

Esses, em síntese, os contornos do princípio da simetria, que orientam a auto-organização dos Estados-membros e que, talvez melhor que qualquer outro princípio, traduza a necessidade de a hermenêutica constitucional brasileira desvencilhar-se desses remanescentes autoritário-centralizadores do passado, e flexibilizar sua interpretação de modo a permitir o desenvolvimento equilibrado da federação.

Em síntese: possibilitar aos Estados-membros exercerem sua autonomia, descentralizando a federação brasileira,

Impressiona, sem dúvida, como um dispositivo de uma Constituição revogada há mais de 25 anos continua a ser aplicado, donde se verifica a força da centralização federativa brasileira.

### **2.2.5 Princípio da subsidiariedade**

O princípio da subsidiariedade dispõe que se deva deixar as questões serem decididas e resolvidas no âmbito local, se possível, somente sendo tratadas pelo poder central ante a manifesta impossibilidade de assim serem realizadas. Como leciona Baracho, a doutrina aponta os antecedentes “do princípio de



subsidiariedade em vários textos, como na Encíclica *Quadragesimo Anno*, de 15 de maio de 1931, que explicita o enunciado pela primeira vez.”<sup>273</sup>

Ainda, de acordo com esse autor, deve-se considerar que “nem sempre compete ao Estado transformar a Sociedade, para tal é preciso dessacralizar a Política”.<sup>274</sup>

No dizer de Sarlet e Fensterseifer<sup>275</sup>:

O princípio da subsidiariedade cumpre um papel importante não apenas, mas especialmente no âmbito do Estado Federal, tal como ocorre no caso brasileiro. Com efeito, a devida aplicação do princípio da subsidiariedade fortalece a autonomia dos entes políticos regionais e locais, descentralizando a atuação política e o poder estatal.[...]De tal sorte, o princípio opera justamente no sentido de que o ente político centralizador (por exemplo, a União) só deve agir quando os entes menores ou inferiores (por exemplo, Estados e Municípios) não tiverem condições estruturais (normativas e fáticas) para resolver determinado problema ambiental, dando forma a um sistema político mais democrático, uma vez que as decisões estariam sendo tomadas por instâncias políticas mais próximas dos cidadãos e, conseqüentemente, de forma mais direta e participativa.

Observa-se, portanto, uma estrita ligação entre o princípio da subsidiariedade e os valores inerentes ao processo democrático (com expressiva vinculação ao princípio da participação democrática), um dos pilares do direito ambiental (ver *infra*, cap. 3), de onde surge uma importante conexão com o federalismo.

Consoante José Oliveira Baracho<sup>276</sup>,

Politicamente, Oswald von Nell-Breuning vincula o princípio de subsidiariedade com o conceito de federalismo. Entende que a estrutura da ordem governamental reflete os elementos constitutivos do princípio de subsidiariedade, estabelecendo genuína autoadministração das pequenas

---

273 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução*. In <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1470> 05.02.14 às 11:46h. p.33

274 *Idem*, p. 16

275 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2014. p. 41

276 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução*. In <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1470> 05.02.14 às 11:46h. p. 49

unidades, correlacionadas com as formas institucionais superiores. Tomando por base as implicações constitucionais concretas, o federalismo pode ser considerado como a implementação do princípio de subsidiariedade na vida do Estado. Essa compreensão leva ao entendimento de que o federalismo, de fato, é a aplicação do princípio de subsidiariedade. O princípio de subsidiariedade é hoje um dos fundamentos, também, da comunidade Europeia, desde que será capaz de consolidar uma espécie de estrutura federal.

Esse princípio, contudo, carece de aplicação no Estado Federal brasileiro.<sup>277</sup> Embora se destaque ter a Constituição de 1988 estabelecido um modelo cooperativo, com elevação do município à categoria de ente federativo, a centralização competencial e de recursos na União, as superposições administrativas, enfim, tudo isso prejudica a federação brasileira, levando muitas vezes a uma competição predatória, nada cooperativa, entre seus membros<sup>278</sup>.

A própria origem do federalismo brasileiro (devolução, centrífugo), contribui para essa pouca receptividade da subsidiariedade. Afinal, torna-se mais compreensível o seu exercício na construção de uma ordem federal clássica, em que Estados soberanos se unem para a formação de uma União, procurando preservar suas competências. Diferente, sem dúvida, de um Estado em que a União não nasceu da federação, antes “adotou” a organização federal.<sup>279</sup> Aspásia Camargo aponta, também, as grandes assimetrias econômicas entre os estados brasileiros, “em que o estado mais rico detém 35% da renda nacional; os três mais ricos 60%, enquanto 12 estados tem no máximo 1% do PIB. Fica muito difícil, ante essa desigualdade, querer exigir-se cooperação ou implementar a subsidiariedade.”<sup>280</sup>

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, simples pesquisa demonstra que somente 3 (três) decisões mencionam o princípio da subsidiariedade no campo das relações federativas. Todas elas sem, contudo, extrair maior consequência prática

<sup>277</sup> MOHN E SOUZA, Paulo Fernando. *A Subsidiariedade como Princípio de Organização do Estado e sua Aplicação no Federalismo*. Senado Federal. Brasília: 2010. p. 276

<sup>278</sup> Idem, p. 278-9

<sup>279</sup> “O povo do Brasil adotou a federatividade; não foram os Estados-membros que a estipularam. A regra é de unirem-se (federarem-se) Estados ou Províncias; no Brasil, a federação foi expediente de arte política. Sempre só houve um Estado.” in PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. Vol I (art. 1º -36). Henrique Cahen Editor. Rio de Janeiro: 1947. p. 190

<sup>280</sup> CAMARGO, Aspásia. *Federalismo cooperativo e o princípio da subsidiariedade: notas sobre a experiência recente do Brasil e da Alemanha*. in , HOFMEISTER, Wilhelm; CARNEIRO, José Mário Brasiliense. *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. Série Debates nº 22. Konrad Adenauer Stiftung. São Paulo: 2001. p. 83

para a solução do litígio. Trata-se da ADI nº 1.842/RJ, da ADIMC 2.077/BA, e na ADI 2340-3/SC. Dessa última, transcreve-se o seguinte trecho do voto do ministro-relator:

[...]

De fato, tendo em conta a ideia da preponderância do interesse, a realização de determinada tarefa há de ser atribuída ao ente federativo capaz de atender, de modo mais efetivo, ao interesse comum. Essa prática, aliás, mostra-se consentânea com o princípio da subsidiariedade, que rege as relações entre os entes de uma Federação, de acordo com o qual,

“(...) a comunidade maior só pode executar as tarefas próprias das comunidades menores em caso de necessidade, e desde que estas não possam desempenhá-las de forma mais eficaz”.

Ora, o Município é, dentre todos os entes federativos, aquele que está mais próximo da população, cujas necessidades básicas conhece de perto, incumbindo-lhe, por essa precisa razão, prestar, em primeira mão, os serviços públicos essenciais, com destaque para a distribuição de água potável, sem prejuízo da eventual colaboração do Estado e da União.

[...]

Com efeito, a teor do art. 175, parágrafo único, da Constituição Federal, incumbe ao poder público, leia-se, ao poder concedente, a regulamentação dos serviços concedidos, não tendo, em consequência, o Estado-membro, em se tratando de um serviço público de caráter local, competência para regulá-lo, seja a que título for.

Observa-se que concluiu pelo interesse local municipal, e a impossibilidade de o Estado-membro intervir nesse serviço. O princípio da subsidiariedade auxiliou na argumentação, mas outros fundamentos corroboraram, ao final, a decisão. E constitui, ainda, caso isolado na jurisprudência brasileira.

Esses dados também são corroborados pela doutrina ambiental brasileira, ao enfatizar o fato de que poucas vezes o Supremo Tribunal Federal preserva a legislação dos Estados-membros<sup>281</sup>:

Fato é que, de maneira geral, pouquíssimas decisões do Supremo Tribunal Federal prestigiam a legislação dos Estados, de forma a encorajá-los a produzir normas capazes de dar tratamento local aos problemas que enfrentam. No tema do meio ambiente a questão torna-se muito mais problemática. Efetivamente, em matéria ambiental, duas ordens de

---

<sup>281</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e Competências Ambientais no Brasil*. Lumen juris Editora. Rio de Janeiro. 2007. p.165

preocupações devem estar presentes, seja para o legislador, seja para o intérprete da norma: (i) a necessidade de que a legislação de proteção ao meio ambiente assegure níveis nacionais mínimos de tutela ambiental, evitando-se que a possibilidade de poluir mais seja um diferencial competitivo entre estados e municípios; e (ii) que a proteção ambiental feita localmente seja capaz de gerar melhores resultados. Tais questões, contudo, não têm sido capazes de sensibilizar o Supremo Tribunal Federal, que, ante a ambiguidade da legislação infraconstitucional e a extremamente genérica repartição de competências ambientais feita pela Constituição, tem preferido fortalecer a centralização.

No mesmo sentido, a colocação de Fernando Mohn e Souza, reforçando a tendência centralizadora da federação brasileira, embora referindo as dificuldades inerentes à descentralização <sup>282</sup>:

Ocorre que o STF reconhece um “modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2007), o que enseja o reconhecimento da tradição centralizadora do Estado federal brasileiro, perante a qual o princípio da subsidiariedade se colocaria em contraposição. Observe-se, também, que essa posição jurisprudencial torna ainda mais difícil a possibilidade de reconhecimento, desde já, da adoção implícita do princípio da subsidiariedade no atual texto constitucional. Para Abrucio (2001, p. 100), a história federativa brasileira pode ser resumida à dificuldade de adequação dos princípios da autonomia e da interdependência entre os entes federativos. A autonomia foi muitas vezes utilizada para uma descentralização que não se associou à responsabilidade ou à capacidade dos entes federativos, dominada por interesses patrimoniais e pela ausência de controle público sobre os governantes. Já a interdependência se revelou, na maioria das vezes, como uma imposição centralizadora e autoritária do governo federal, colocada por uma força situada acima do pacto federativo.

Para concluir, é lamentável não tenha o princípio da subsidiariedade adquirido importância suficiente para ser levado a sério pela jurisprudência constitucional brasileira. De fato, sua adoção poderia contribuir, junto com a proporcionalidade, tal qual na União Europeia, para o desenvolvimento competencial federativo brasileiro.

Forçoso reconhecer, entretanto, que sua escassa utilização demonstra, mais uma vez, a cultura excessivamente centralizadora da federação brasileira.

---

<sup>282</sup> MOHN E SOUZA, Paulo Fernando. *A Subsidiariedade como Princípio de Organização do Estado e sua Aplicação no Federalismo*. Senado Federal. Brasília: 2010. p. 278

### **2.2.6 Breve síntese conclusiva dos princípios da Federação brasileira**

Após a exposição desses princípios, extraídos por inventário realizado na doutrina brasileira, ou mesmo pela aplicação jurisprudencial da Suprema Corte, observa-se que podem efetivamente ser caracterizados como integrantes do sistema federal nacional. O que não significa, porém, que todos tenham ampla aplicabilidade prática, sobretudo jurisprudencial.

Parece evidente, por exemplo, que o respeito à autonomia dos entes federativos é fundamental para a manutenção e sobrevivência de qualquer ordem federal. O equilíbrio da Federação repousa nessa ponderação que muitas vezes se faz necessária entre a necessidade de unidade e a imprescindibilidade de respeitar-se o direito à diversidade. Não é fácil, mas se acredita que o princípio da proporcionalidade tem a plena viabilidade de atender à questão dos conflitos federativos justamente por isso: pela ponderação que deve conduzir ao equilíbrio federativo, associado à condição de direito fundamental que a proteção ao meio ambiente possui na ordem constitucional brasileira. Ou seja, trata-se de princípio suscetível de ser submetido a sopesamentos com outros direitos fundamentais, aliado à necessidade de promover-se o equilíbrio unidade v. diversidade. No caso brasileiro, um equilíbrio que deve favorecer à descentralização para os Estados-membros, permitindo maior efetividade protetiva ao meio ambiente.

Outros princípios, como a lealdade federal e a subsidiariedade poderiam, sem dúvida, exercer papel mais significativo na jurisprudência e legislação brasileiras. Desafortunadamente, não é assim, e pode-se atribuir esse fato a diversas razões, desde a origem do federalismo brasileiro (centrífugo), ou mesmo às grandes assimetrias econômicas, como referido por Aspásia Camargo.

Já o princípio da simetria, que possui grande aceitação jurisprudencial, traduz melhor do que qualquer outro a vinculação a orientações centralizadoras e autoritárias. Chega efetivamente a impressionar como pode jurisprudência de ordem constitucional pretérita, de texto já revogado, continuar a ser utilizada pelo STF, o

que somente demonstra a imprescindibilidade de uma nova hermenêutica federativa, como a própria Corte o tem reconhecido (v.g. ADI nº 4.060/SC). O princípio da predominância do interesse permite que se extraia a mesma conclusão, pois invariavelmente é empregado de forma favorável à União (cf. cap. 3).

Por fim, o princípio da proporcionalidade entende-se plenamente aplicável à Federação<sup>283</sup>, e possui grandes chances de ser utilizado no campo dos conflitos competenciais federativos brasileiros, principalmente naquelas matérias que se refiram a direitos fundamentais, como é o caso do meio ambiente no Brasil.

### 2.3 O princípio da proporcionalidade

A origem do princípio da proporcionalidade encontra-se no direito alemão, mais especificamente na polícia administrativa. Posteriormente, após a 2ª Guerra, foi trazido para o campo do direito constitucional, encontrando larga aplicação pelo Tribunal Constitucional Federal.<sup>284</sup>

Como leciona Willis Santiago Guerra Filho:<sup>285</sup>

[...]É assim que, em 1791, Svarez, em conferência proferida diante do rei da Prússia, Friedrich Wilhelm, propõe como princípio fundamental do direito público “que o Estado só esteja autorizado a limitar a liberdade dos indivíduos na medida em que for necessário, para que se mantenha a liberdade e segurança de todos”, e daí deduzia o princípio fundamental do “direito de polícia” (*PolizeiRecht*), ou, como hoje se diria, “direito administrativo”, “que apenas para evitar um prejuízo de grandes proporções à sociedade civil, o qual se tema venha a ofender a consciência moral, ou então a esperança fundamentada de que se pode alcançar uma vantagem considerável e duradoura para todos, autorizam o Estado limitar a liberdade natural de seus cidadãos individuais através de normas de polícia”. Em 1802, von Berg emprega o termo *verhältnismäßig*, “proporcional”, ao tratar

283 No STF, utilizado em duas oportunidades: IF 2915-5/SP e ADIMC 4298/TO, Rel. Min. Cezar Peluso.

284 Para um histórico do princípio da proporcionalidade, ver SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª Ed. 3ª tiragem. Ed. Lúmen Juris. Rio de Janeiro. 2003. p. 72 a 86. Cf. também BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*. Cambridge University Press. 2012. p. 175-210

285 FILHO, Willis Santiago Guerra. *Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal*. in SILVA, Vírgilio Afonso da (organizador). *Interpretação Constitucional*. 1ª edição, 3ª tiragem. Malheiros Editores. São Paulo: 2010. p. 256-7

dessa possibilidade de limitação da liberdade em virtude da atividade policial, referindo-o à indenização da vítima pelo prejuízo sofrido. É com apoio em Otto Mayer, porém, que Wolzendorff denomina de “princípio da proporcionalidade”, o *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, “a proposição de validade geral” (*allgemeingültigen Satz*) que veda à força policial ir além do que for necessário e exigível para a consecução de sua finalidade.

Quanto ao fundamento do princípio da proporcionalidade, há duas vertentes: (1) uma, vinculando-o ao Estado de Direito, com ascendência germânica; (2) outra, ao devido processo legal, de matriz norte-americana.<sup>286</sup> Há quem considere insuficiente sua fundamentação no Estado de Direito<sup>287</sup>, contudo, “uma compreensão mais substantiva do princípio do Estado de Direito, que inclua a promoção dos direitos fundamentais, oferece esteio jurídico para a proporcionalidade.”<sup>288</sup> Não se pode esquecer, desde já, o caráter principiológico dos direitos fundamentais, e, como adverte Borowski,

entre el carácter principialista de una norma y el principio de proporcionalidad en sentido *lato* existe una relación de implicación recíproca: el carácter principialista implica el principio de proporcionalidad en sentido *lato* y viceversa.<sup>289</sup>

Com efeito, Sarlet e Marinoni, com apoio em Canotilho, explicam as razões pelas quais os tribunais constitucionais atuais aderiram à ponderação<sup>290</sup>:

<sup>286</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2012. p. 337. Em Espanha, “el principio de proporcionalidad deriva su fundamento constitucional de su carácter como correlato de las normas iusfundamentales de principio, que según el artículo 53.1 CE resultan vinculantes para el Legislador. Asimismo, encuentra un fundamento constitucional complementario en los artículos 1.1 CE (como contenido del valor justicia y del principio del Estado de Derecho) y 9.3 CE, en el ámbito en que este principio coincide con el principio de interdicción de la arbitrariedad.” in BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2007. p. 615

<sup>287</sup> MARTINS, Leonardo. *Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros*. Cadernos de Direito, Piracicaba 3 (5): 15-45, jul/dez. 2003. p. 18

<sup>288</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. *O tempero da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais*. In: Princípios processuais civis na Constituição. Coord. Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 287

<sup>289</sup> BOROWSKI, Martin. *La Restricción de los Derechos Fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 20. Núm 59. Mayo-Agosto 2000. p. 36

<sup>290</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2012. p. 211

Que o recurso à ponderação (ou balanceamento) não corresponde a um mero capricho dos cultores do direito constitucional decorre, de acordo com a explicação de Gomes Canotilho, de pelo menos três fatores: a) a inexistência de uma ordenação hierarquizada e abstrata de bens constitucionais; b) a estrutura de princípio de muitas normas constitucionais, que, por sua vez, implica a refutação de uma lógica de “tudo ou nada” e, portanto, exige a otimização e harmonização de tais princípios, especialmente nos casos de conflito; c) a possibilidade de uma diversidade de leituras dos conflitos de bens constitucionais em face de uma ausência de unidade de valores no âmbito da comunidade política, impondo cuidadosa análise dos bens em causa e uma rigorosa fundamentação no âmbito da resolução dos conflitos.

É amplamente conhecida a *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Robert Alexy, a teoria estrutural, cuja base “é constituída pela teoria dos princípios e a teoria das posições jurídicas básicas. Segundo Alexy, sem uma teoria dos princípios não é possível uma dogmática adequada dos direitos fundamentais.”<sup>291</sup> Propõe, assim, a distinção entre regras e princípios, sendo que estes últimos seriam “mandatos de otimização, que determinam que algo seja realizado, na maior medida do possível, ante as condições fáticas e jurídica.”<sup>292</sup> As regras, por sua vez, incidem ou não, somente podendo se falar em eventuais cláusulas de exclusão. Para as regras, dimensão de validade (tudo ou nada) o procedimento a ser adotado é a subsunção. Com os princípios, na medida em que constituem mandatos de otimização, impõe-se falar na dimensão peso, sendo o procedimento a ser adotado a ponderação, com o estabelecimento de relações de precedência condicionada.

Como procedimento, Alexy propõe a ponderação. A necessidade de ponderações decorre da abertura semântica e estrutural das disposições jusfundamentais e, principalmente, do caráter de princípios das normas

291 STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre: 2000. p. 122

292 “Alexy esposa a tese de que entre as normas-princípios e as normas-regras existe não só uma diferença gradual mas também qualitativa. Para ele, “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”. São mandatos de otimização que podem ser realizados em diferentes graus. Em contrapartida “[...]las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”. Esse critério permite, na visão de Alexy, a rigorosa e válida distinção entre princípios e regras.” in STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre: 2000. p. 124-5



jusfundamentais. O procedimento da ponderação é racional, contudo, lembra Alexy, não é um procedimento que em cada caso conduza a uma solução única. Assim, evidencia-se o problema da segurança da fundamentação jusfundamental. Para Alexy, a resposta a este problema é uma tarefa da teoria da argumentação jurídica como argumentação racional.<sup>293</sup>

Como adverte Paulo Gonet Branco, Alexy acrescenta que “uma teoria dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e o princípio da proporcionalidade implica a teoria dos princípios”. Os subprincípios da proporcionalidade conferem a fundamentação do princípio da proporcionalidade. A ‘fundamentação jusfundamental’ consiste no seu exame.<sup>294</sup> Essa estrutura elaborada por Alexy requer “a exposição pormenorizada do raciocínio do julgador para resolver cada questão complexa. A decisão ganha em transparência, abrindo-se mais facilmente ao confronto crítico”.<sup>295</sup>

Isso constitui, sem dúvida, uma das razões do sucesso da proporcionalidade<sup>296</sup>:

[...]la clave del éxito político del análisis de proporcionalidad – su lógica social – es que proporciona un conjunto de soluciones relativamente estables y de fácil acceso para un conjunto de dilemas genéricos que enfrenta el juez constitucional. Si el análisis de proporcionalidad atenúa ciertos problemas de legitimidad, también crea, o al menos saca a la luz, un problema inmanejable de segundo orden. El análisis de proporcionalidad no camufla la legislación judicial.

Outras razões, elencada por Sweet e Mathews, residem: (1) adaptação à estrutura dos direitos (fundamentais); (2) prioridade à proteção desses direitos, mas conferindo flexibilidade para enquadrar esses resultados a contextos políticos bastante conflituos; (3) proporciona um marco estável e defensável para a

<sup>293</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre: 2000. p. 133

<sup>294</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2009. p. 17

<sup>295</sup> Idem, p. 188

<sup>296</sup> SWEET, Alec Stone; MATTHEWS, Jud. *Proporcionalidad y constitucionalismo: um enfoque comparativo global*. Trad. Alberto Supelano. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2013. p. 19

justificação, podendo ser empregado para reduzir a incerteza e melhorar a coerência e previsibilidade.<sup>297</sup>

No Brasil, um dos primeiros a abordar o tema foi San Tiago Dantas<sup>298</sup>

Mesmo a lei especial, entretanto, isto é, a que contém normas jurídicas aplicáveis a grupos de casos diferenciados, pode ser tachada pelo Poder Judiciário de inconstitucional. Basta que a diferenciação nela feita fira o princípio da *igualdade proporcional*, isto é, que não se justifique como um *reajuste de situações desiguais*. Desse modo a lei arbitrária, que a Corte Suprema não considera *due process of law*, também não é aplicável pelo supremo tribunal, por infringir o princípio da igualdade perante a lei.

É importante destacar, nesse contexto brasileiro, que sempre houve uma certa confusão entre proporcionalidade, razoabilidade, razoável, sendo que “diversos autores, entre os quais se destacam Mendes e Barroso, consideram idêntico, fungíveis (Barroso) ou intercambiáveis (Mendes) os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.”<sup>299</sup> Somente sob esse ângulo é que se pode verificar, assim, a existência de uma jurisprudência constitucional que, mesmo antes da Constituição de 1988, considerava a proporcionalidade como critério para verificação da constitucionalidade das leis e atos normativos regulamentadores de direitos fundamentais.

A seguir, quando da exposição do histórico do princípio da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal, serão discutidas algumas decisões em que aparece essa fungibilidade de concepções. O que se destaca, desde já, é que isso não desmerece de modo algum a importância dessas decisões, pois demonstra a preocupação da Corte com a elaboração de um critério que pudesse

<sup>297</sup> SWEET, Alec Stone; MATTHEWS, Jud. *Proporcionalidad y constitucionalismo: un enfoque comparativo global*. Trad. Alberto Supelano. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2013. p. 202. Ao mencionar o Tribunal de Justiça Europeu, reforçam que “Primera, cuando emplea el análisis de proporcionalidad, la Corte de Justicia Europea está haciendo lo que hacen las cortes constitucionales y las cortes supremas: manejar tensiones y conflictos entre derechos y libertades, por un lado, y el poder de la Comunidad Europea/Unión Europea y de los Estados miembros, por el otro. Segunda, unido a las doctrinas ‘constitucionales’ de la supremacía y del efecto directo, el análisis de proporcionalidad constituye un mecanismo de coordinación entre el orden jurídico supranacional y los órdenes jurídicos nacionales.” Idem, ibidem, p. 144

<sup>298</sup> DANTAS, San Tiago. *Igualdade perante a Lei e Due Process of Law*. in Problemas de Direito Positivo: Estudos e Pareceres. 2ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro: 2004. p. 44

<sup>299</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre: 2000. p. 185

resolver tão conflitivas questões, e sem dúvida alguma iniciou a trajetória para que, pós Constituição de 1988, o princípio da proporcionalidade, na sua concepção tripartite (doutrina alemã), viesse a ser adotado e utilizado como é atualmente.

Uma das razões disso, pode-se mencionar, talvez resida no fato que a Corte Constitucional brasileira, antes de 1988, possui uma forte inspiração norte-americana, plasmada desde o início da República e de sua criação. Lentamente, contudo, o modelo elaborado pela Constituição de 1988, e posteriormente desenvolvido pela legislação infraconstitucional (Leis nº 9.868/99, e 9882/99), incorporaram um modelo mais assemelhado ao das Cortes Europeias, notadamente o Tribunal Constitucional alemão.

A jurisprudência tratou de dar forma a essa nova estrutura, para a qual o princípio da proporcionalidade possuía importância destacada, principalmente no campo dos direitos fundamentais.

Por fim, o princípio da proporcionalidade assume particular relevância no âmbito do direito ambiental brasileiro, sobretudo em virtude de sua natureza fundamental e a colisão com outros bens e direitos constantes na Constituição.<sup>300</sup> Não constitui exagero, assim, afirmar que “o potencial de aplicação do princípio da proporcionalidade à matéria ambiental é enorme”.<sup>301</sup>

### **2.3.1 Direitos fundamentais: o problema regras v. princípios**

Como já referido, a teoria de Robert Alexy funda-se, dentre outras premissas, na distinção entre regras e princípios, sendo que os direitos fundamentais seriam predominantemente de natureza principiológica.

Alexy parte da distinção elaborada por Dworkin (*Levando os Direitos a Sério*) entre regras ( dimensão validade; tudo ou nada, o método é a subsunção) e princípios (dimensão de peso; mandatos de otimização; método é a ponderação),

---

300 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2014. p. 178

301 Idem, p. 178.

porém aprimora-a, na medida em que recolhe o princípio da proporcionalidade como critério racional para justificar as colisões que eventualmente surgem entre os direitos fundamentais, condicionando-se que, nos casos concretos, estabeleçam-se relações de precedência, a regra da colisão.

A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy é sempre muito questionada, e não é objetivo deste trabalho avaliar todas essas críticas, ou a defesa de suas prerrogativas. Basta, neste contexto, referir que possui larga aplicação na doutrina e jurisprudência constitucional brasileiras, e que constitui o instrumental necessário para a resolução de muitos problemas envolvendo direitos fundamentais, delimitação de seu conteúdo, e análise de constitucionalidade de leis sobre o tema.

Esse trabalho, nesse aspecto, serve-se das distinções e conceitos elaborados por Alexy nesse campo, e isso se deve, principalmente, ao fato de o direito ao meio ambiente constituir um direito fundamental na ordem jurídica-constitucional brasileira.

E mais, os conflitos federativos ambientais também têm sua análise justificada, nesse contexto, pois embora as normas que se refiram à distribuição competencial sejam regras ( e é justificável que assim o sejam consideradas), pois não se pode cogitar de uma Federação em que as regras competenciais incidam conforme as circunstâncias, o seu exercício, principalmente para a concretização de normas que digam respeito a direitos fundamentais (v.g, o meio ambiente no caso brasileiro), está sujeito a ponderações para o maior ou menor proteção desse direito. As regras competenciais, principalmente nas situações de indeterminação normativa (conceitos de “normas gerais”, legislação básica), traduzem a ponderação entre os princípios da unidade e autonomia, que devem ser equacionadas de tal modo que se preserve o equilíbrio federativo, e possibilitem a efetivação proteção ao meio ambiente.

Portanto, é imprescindível essa vinculação entre direitos fundamentais, princípios e a proporcionalidade.

### 2.3.2 A proporcionalidade e a constitucionalidade das leis

A inconstitucionalidade das leis, na sempre precisa observação de Lúcio Bittencourt, decorre sempre de alguma dessas quatro situações: 1ª) desrespeito à forma prescrita; 2ª) inobservância de condição estabelecida; 3ª) falta de competência do órgão legiferante; 4ª) violação de direitos e garantias individuais.<sup>302</sup> As três primeiras, denominadas inconstitucionalidades formais; a última, de natureza material.

Como exemplo do primeiro caso, pode-se mencionar uma lei que infringe, em sua votação, as regras do devido processo legislativo, como a prevista no art. 60, § 5º<sup>303</sup>. Lei rejeitada pelo Plenário da Câmara dos Deputados num dia, não pode ser submetida no dia seguinte a votação novamente, e, mesmo que aprovada, será inconstitucional por violar a forma prescrita constitucionalmente. O segundo caso, pode-se mencionar a regra prevista no art. 63, I<sup>304</sup>. Lei que aumente despesas, em projetos de iniciativa presidencial, será inválida, pois violou essa condição prevista.

No caso da terceira situação, o exemplo é justamente a violação às regras de competência previstas nos arts. 22 e 24 da Constituição. Lei estadual que disponha sobre direito penal, por exemplo, será inconstitucional visto a competência privativa da União (art. 22, I)<sup>305</sup>. Por último, a violação dos direitos e garantias individuais, os direitos fundamentais previstos na Constituição.

---

302 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. Ed. Ministério da Justiça. Brasília: 1997. p. 71

303 § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

304 Art. 63. Não será admitido aumento da despesa prevista: I - nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, § 3º e § 4º

305 Conforme Lúcio Bittencourt, “A respeito da atuação do Legislativo em face da Constituição, poder-se-á aplicar, *mutatis mutandis*, os ensinamentos doutrinários acerca do excesso ou do desvio de poder da autoridade pública, em face do “princípio da legalidade”, pelo qual se rege a Administração no Estado de Direito. O Poder Legislativo, tal como a administração pública em face daquele princípio, está limitado ao círculo de atividades (*Kreies von Tätigkeiten*) que lhe traça a Constituição e quando o transpassa, por qualquer forma, procede ultra vires, sendo ineficaz, por contrário ao direito, o ato violador.” in BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. Ed. Ministério da Justiça. Brasília: 1997. p. 85.

É nesse último aspecto que reside, fundamentalmente, a aplicação do princípio da proporcionalidade. Como bem assinalado por Pieroth e Schlink, isso ocorre porque a proporcionalidade significa para o legislador:

as regulações e as autorizações legais que constituem ingerência nos direitos fundamentais têm de ser adequadas e necessárias para alcançar o fim respectivamente prosseguido e, por sua vez, condicionalmente legítimo.<sup>306</sup>

O legislador regulamenta os direitos fundamentais, havendo reserva de lei, ou mesmo em sua ausência, e, nesse exercício, em que há grande indeterminação normativa, grande abertura textual da norma constitucional, a proporcionalidade tem-se revelado um poderoso instrumento para a determinação do conteúdo essencial desses direitos. E, subseqüentemente, o controle da atividade legislativa, ou mesmo administrativa. O conceito de limites dos limites<sup>307</sup>

As reservas de lei permitem ao legislador interferir nos próprios direitos fundamentais ou autorizar a Administração a interferir neles. Permitem-lhe, assim, estabelecer *limites* ao exercício dos direitos fundamentais. O *conceito de limite de limites* designa as limitações a que o *legislador está sujeito* quando estabelece fronteiras ao exercício dos direitos fundamentais.

Como já mencionado, há duas vertentes principais: (1) proibição de excesso (*Übermassverbot*); (2) proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).

Nos conflitos competenciais legislativos ambientais brasileiros, a problemática encontra-se nos limites das “normas gerais” principalmente, devendo-

---

<sup>306</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Souza e António Franco. Ed. Saraiva. São Paulo: 2012. p. 136-7

<sup>307</sup> Idem, p. 137. Ainda, segundo esse autores, “o limite de limites mais significativo da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal é o *princípio da proporcionalidade* (proibição de excesso). Em concreto, este princípio exige antes de mais que: - o *fim* perseguido pelo Estado possa ser prosseguido enquanto tal; - o *meio* usado pelo Estado possa ser aplicado como tal; - o emprego do meio para alcançar o fim seja *adequado*; e que - o emprego do meio para atingir o fim seja *necessário* (indispensável). Idem, *ibidem*, p.138

se esse limite situar-se, contudo, entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente.

### 2.3.2.1 Proibição de Excesso (*Übermassverbot*)

A modalidade mais conhecida, mais antiga, e habitualmente mais empregada, é a da proporcionalidade enquanto proibição de excesso. Subdivide-se (da mesma maneira que a versão proibição deficiente, com pequenas adaptações), em três subprincípios<sup>308</sup>: (1) idoneidade (ou adequação); (2) necessidade (ou exigibilidade); (3) proporcionalidade *stricto sensu*.

#### 2.3.2.1.1 Subprincípio da adequação (idoneidade)

Na precisa colocação de Suzana de Barros Toledo:

[...]o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?

---

308 Importante referir que há autores, como Aharon Barak, que consideram existir 4 (quatro) componentes: “Proportionality is a legal construction. It is a methodological tool. It is made up of four components: proper purpose, rational connection, necessary means, and a proper relation between the benefit gained by realizing the proper purpose and the harm caused to the constitutional right (the last component is also called “proportionality *stricto sensu*” (balancing)). These four components are the core of the limitation clause. They are crucial to understanding of proportionality. The limiting law must uphold the four components in order to pass constitutional muster. These components render the otherwise abstract notion of proportionality into a more concrete, usable concept.” *in* BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*. Cambridge University Press. 2012. p. 132-3. Ainda, segundo refere GONZÁLES BEILFUSS, Markus. *El principio de la proporcionalidad em la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Aranzadi. 2015. p.13 o próprio TC espanhol por vezes utilizou-se desse primeiro componente adicional em suas decisões, qual seja, uma finalidade legítima, o prius lógico do princípio da proporcionalidade.. Ainda segundo BARAK, “the element of proper purpose reflects a value-laden component. It reflects the notion that not every purpose can justify a limitation on a constitutional right. One of the unique features of a constitutional right is that it can be limited only to realize such purposes that can justify a limitation of a constitutional right. The purposes that justify limitations on human rights are derived from the values on which society is founded. In a constitutional democracy, these values are democratic values. Indeed, a proper purpose is one that suits the values of the society in a constitutional democracy.”, *idem, ibidem*, p. 245-6.

Isto quer dizer que, sob a perspectiva da adequação, resta excluída qualquer consideração no tocante ao grau de eficiência dos meios tidos como aptos a alcançar o fim desejado. A questão sobre a escolha do meio melhor, menos gravoso ao cidadão, já entra na órbita do princípio da necessidade.

Entendido o **princípio da proporcionalidade** como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações aos direitos fundamentais, a **adequação** dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional.<sup>309</sup>

Nessa fase, portanto, deve-se pesquisar (1) o objetivo a ser alcançado, e se está em conformidade com o sistema constitucional, é legítimo<sup>310</sup>; (2) se, nas circunstâncias em que decidida, se a medida adotada era capaz de fomentar o objetivo pretendido; (3) aptidão para alcançar esse objetivo com os conhecimentos existentes à época da fiscalização<sup>311</sup>.

Não se exige a realização completa do fim perseguido. O meio, desse modo, “não tem necessariamente de alcançar plenamente o fim, mas precisa facilitar.”<sup>312</sup>

Consoante adverte Virgílio Afonso da Silva<sup>313</sup>:

A exigência de realização completa do fim perseguido é contraproducente, já que dificilmente é possível saber com certeza, de antemão, se uma medida realizará, de fato, o objetivo a que se propõe. Muitas vezes o legislador é obrigado a agir em situações de incertezas empíricas, é obrigado a fazer previsões que não sabe se serão realizadas ou, por fim, esbarra nos limites da cognição. Nesses casos, qualquer exigência de plena realização de algo seria uma exigência impossível de ser

309 BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Livraria e Editora Brasília Jurídica. Brasília: 1996. p. 74

310 “Sobre el concepto del subprincipio de idoneidad. De acuerdo con este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.” in BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2007. p. 693

311 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2009. p. 208

312 PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Souza e António Franco. Ed. Saraiva. São Paulo: 2012. p. 139

313 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, 3ª tiragem. Editora Malheiros. São Paulo: 2014. p. 170



cumprida. Por isso a preferência pela primeira alternativa, que, de resto, é também apoiada pela maioria da doutrina.

É importante destacar, assim que essa máxima não discute a eficiência dos meios aptos para alcançar o fim desejado. Essa questão já adentra na órbita da necessidade.<sup>314</sup> Contudo, como refere Alexy, ela tem natureza de critério negativo, eliminando meios inadequados. Isso não determina tudo, mas contribui com algumas exclusões, e, nesse sentido, ele ajusta-se à ideia de uma ordem-moldura. Como elemento de uma ordem como essa, ele exclui algumas coisas – a saber: aquilo que não é adequado – sem, com isso, determinar tudo.”<sup>315</sup>

A pergunta que deve ser feita, portanto, é a seguinte: o meio escolhido, sendo legítimo, possui capacidade para facilitar que seja atingido o objetivo pretendido?

### **2.3.2.1.2 Subprincípio da necessidade (exigibilidade)**

Também conhecido, na doutrina germânica, por indispensabilidade<sup>316</sup>, esse critério determina que, “na hipótese da existência de vários meios idôneos, ordena-se a escolha daquele que é menos gravoso ao exercício do direito fundamental.”<sup>317</sup>

Nesse mesmo sentido, Daniel Sarmento:

O princípio da necessidade ou exigibilidade, por sua vez, impõe que o Poder Público adote sempre a medida menos gravosa possível para atingir determinado objetivo. Assim, se há várias formas possíveis de chegar ao resultado pretendido, o legislador ou administrador tem de optar por

---

314 BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Livraria e Editora Brasília Jurídica. Brasília: 1996. p. 74

315 ALEXY, Robert. *Posfácio (2002)*. in *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros. São Paulo: 2008. p. 590

316 BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2007. p. 740

317 STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre: 2000. p. 151

aquela que afete com menos intensidade os direitos e interesses da coletividade em geral.<sup>318</sup>

Como leciona Claudius Rothenburg, “o meio utilizado deve trazer o menor sacrifício possível para se alcançar com semelhante eficácia o objetivo pretendido.”<sup>319</sup> Isso, a rigor, não se apresenta fácil pela necessidade de efetuar-se uma comparação com outras alternativas que poderiam ter sido utilizadas para a consecução da finalidade.<sup>320</sup> Esse exame deve efetuar-se desde uma perspectiva *ex ante* do legislador, ou seja, somente se pode descartar uma medida mais gravosa se os conhecimentos existentes à época da edição da lei permitiriam fosse adotada pelo Parlamento outro meio menos restritivo.<sup>321</sup>

Diferentemente da adequação, na avaliação da necessidade não ocorre uma simples eliminação dos meios. O que se quer dizer ao legislador é que, na obtenção do resultado pretendido, deve escolher o caminho menos restritivo de outros direitos fundamentais eventualmente colidentes. O caminho mais suave, na terminologia de Alexy.<sup>322</sup>

Paulo Gonet Branco explica que a jurisdição constitucional deve estimar meios alternativos à medida tomada – tarefa nem sempre fácil:<sup>323</sup>

A avaliação do subprincípio da necessidade demanda que a jurisdição constitucional estime meios alternativos à medida tomada. Para que esse exame seja consequente, cumpre fixar, de antemão, o grau de intensidade com que a medida afeta o princípio constitucional que joga contra ela. A medida alternativa proposta, de seu turno, deve ter eficácia semelhante à tomada, o que deve ser demonstrado concretamente. Devem ser considerados os diversos custos envolvidos pela medida sob teste e

318 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª Ed. 3ª tiragem. Ed. Lúmen Juris. Rio de Janeiro. 2003. p. 88

319 ROTHENBURG, Walter Claudius. *O tempero da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais*. In: Princípios processuais civis na Constituição. Coord. Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 293

320 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, 3ª tiragem. Editora Malheiros. São Paulo: 2014. p. 171

321 BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2007. p. 758

322 ALEXY, Robert. *Posfácio (2002)*. in *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros. São Paulo: 2008. p. 591

323 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2009. p. 208

daquela imaginada como alternativa, para se estabelecer a fungibilidade entre elas.

Então, "necessidade significa que não há outra situação que o Estado possa igualmente criar sem grande dispêndio, que seja menos onerosa para o cidadão".<sup>324</sup>

Adequação e necessidade possuem estreita vinculação, embora não tenham o mesmo peso, na medida em que o necessário não pode ser inadequado. Há uma linha lógica a ser percorrida. Só o adequado pode ser necessário<sup>325</sup>

Os critérios da adequação e da necessidade *não têm o mesmo peso*. Só o adequado pode também ser necessário; o necessário não pode ser inadequado. Atrás do controle da necessidade fica, do ponto de vista sistemático, o controle da adequação: a par do resultado positivo do controle da necessidade, também o resultado do controle da adequação só pode ser positivo e, a par do resultado negativo do controle da necessidade, o resultado positivo do controle da adequação já não pode salvar a proporcionalidade. Não obstante, o controle da adequação é estrategicamente importante: ele torna acessíveis as inter-relações empíricas e conduz ao controle da necessidade.

Por fim, cabe destacar que esse é um dos subprincípios mais importantes dentro da estrutura da proporcionalidade, havendo autores que sustentam estar a maioria das decisões nele estruturadas (cf. Cap. 5.4.3).<sup>326</sup>

A pergunta, nesse ponto, é a seguinte: o meio escolhido constituiu o menos gravoso para a obtenção do fim pretendido?

### **2.3.2.1.1 Subprincípio da proporcionalidade *stricto sensu* (ponderação)**

---

324 PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Souza e António Franco. Ed. Saraiva. São Paulo: 2012. p. 140

325 Idem, p. 140-1

326 Idem, p. 141

Por último – a etapa mais controversa, por ser onde residiria o aspecto subjetivo, e, portanto, com racionalidade questionável -, a proporcionalidade *stricto sensu*. As duas primeiras etapas são de natureza fática. Esta última, jurídica.

Assim a explica Robert Alexy<sup>327</sup>:

Como mandamentos de otimização, princípios exigem uma realização mais ampla possível em face não apenas das possibilidades fáticas, mas também em relação às possibilidades jurídicas. Essas últimas são determinadas sobretudo pelos princípios colidentes. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito – a terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade – expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes. Ela é idêntica à lei do sopesamento, que tem a seguinte redação: quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.

Nesta fase, de sopesamento, a função principal é evitar o exagero, que “medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seria capaz de justificar.”<sup>328</sup>

Aqui reside o procedimento que se denomina de ponderação (balancing), com as fórmulas de peso de Alexy, e o estabelecimento de relações de precedência.<sup>329</sup>

Como adverte Susana Barros<sup>330</sup>:

---

327 ALEXY, Robert. *Posfácio* (2002). in *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros. São Paulo: 2008. p. 593. Também BARAK, para quem “The last test of proportionality is the “proportional result”, or “proportionality stricto sensu” (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*). This is the most important of proportionality’s tests. What does the test require? According to proportionality *stricto sensu*, in order to justify a limitation on a constitutional right, a proper relation (“proportional” in the narrow sense of the term) should exist between the benefits gained by fulfilling the purpose and the harm caused to the constitutional right from obtaining that purpose. This test requires a balancing of the benefit gained by the public and the harm caused to the constitutional right through the use of the means selected by law to obtain the proper purpose. Accordingly, this is a test balancing benefits and harm. It requires an adequate congruence between the benefits gained by the law’s policy and the harm it may cause to the constitutional right.” in BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*. Cambridge University Press. 2012. p. 340

328 DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, 3ª tiragem. Editora Malheiros. São Paulo: 2014. p. 175

329 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2009. p. 209

330 BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de*

Isso quer dizer que o juiz, quando considera adequada a relação entre determinada restrição e o fim a que se destina, ou mesmo quando reconhece a inexistência de outro meio menos gravoso que pudesse conduzir ao mesmo resultado, nem por isso está a cancelar uma providência que imponha ônus demasiados ao atingido. Há situações em que é plenamente possível identificar um desequilíbrio na relação meio-fim, sem que se possa concluir pela desnecessidade da providência legislativa, porque não está em causa a existência de outra medida menos lesiva, mas, sim, a precedência de um bem ou interesse sobre outro.

De acordo com a proporcionalidade em sentido estrito, “la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa”<sup>331</sup>, o que significa que as vantagens obtidas por meio da intervenção legislativa no direito fundamental devem compensar os sacrifícios impostos a outros direitos, seus titulares ou mesmo à sociedade. É a ponderação, onde se estabelecem as relações de precedência<sup>332</sup>:

La ponderación es el procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia entre los principios en colision. En la ponderación son tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto. Como resultado de la ponderación surge una regla. Esta regla expresa la relación de precedencia entre los dos principios en conflicto, condicionada por la circunstancias del caso.

É importante, ainda, referir a observação de Pieroth e Schlink, descrevendo-se essa etapa como um controle de conformidade, apta a detectar absurdos, e até mesmo a que seja refeita a análise da adequação e necessidade.<sup>333</sup>

Para evitar os perigos que encerra o controle da proporcionalidade em sentido restrito, os problemas de um caso concreto têm de ser resolvidos, na medida do possível, com a ajuda dos outros aspectos de controle. Também no Tribunal Constitucional Federal o controle da

---

*Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Livraria e Editora Brasília Jurídica. Brasília: 1996. p. 80

331 BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2007. p. 763-4

332 Idem, p. 581

333 PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Souza e António Franco. Ed. Saraiva. São Paulo: 2012. p. 142-3

proporcionalidade em sentido restrito desempenha em teoria um grande papel, mas na prática, um papel reduzido; na prática, o controle da proporcionalidade é sobretudo um controle de necessidade. Se um bem ou interesse público apenas pode ser, na realidade, alcançado pelo elevado preço de uma ingerência nos direitos fundamentais, então pode-se ver precisamente aí a prova do seu elevado valor. O controle da proporcionalidade em sentido restrito tem o significado de um controle da conformidade: se a solução do caso se apresentar absolutamente absurda, então isso é motivo para mais uma vez se percorrer todos ou outros pontos de controle e sobretudo para mais uma vez, e de maneira especialmente cuidadosa, se proceder ao controle da necessidade; se aí ficar a impressão de absurdez, pode-se excepcionalmente suscitar, para efeito de correção, a questão da proporcionalidade em sentido restrito.

Parece fora de questionamento que as maiores resistências ao princípio da proporcionalidade encontram-se justamente nessa fase, pois se atribui um caráter subjetivo no estabelecimento de relações de precedência entre os direitos colidentes na ponderação. Como já ressaltado, sustenta-se inclusive que deveria ser restrita a análise da proporcionalidade aos dois primeiros momentos.

Essas críticas serão adiante analisadas. Por ora, basta mencionar que, nessa fase, vigora a lei da ponderação de Alexy: quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.<sup>334</sup>

### **2.3.2.2 Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot)**

Um dos aspectos mais significativos da teoria dos direitos fundamentais foi a consagração de uma dimensão objetiva relacionada a esses direitos, do qual não somente surge um efeito irradiante para todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação jurídica, mas também a necessidade de se conceder uma efetivação proteção a esses direitos fundamentais. Assim, se antes havia um Estado inimigo, a ser contido nos estritos limites legais de sua atuação, passa-se à noção de um Estado amigo dos direitos fundamentais (Peter Häberle).

---

<sup>334</sup> ALEXY, Robert. *Posfácio* (2002). in *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros. São Paulo: 2008. p. 593

É assim que, de uma proporcionalidade voltada preponderantemente à verificação do excesso estatal, passa-se a uma concepção que também procura assegurar que não esteja ocorrendo uma proibição deficiente. Verifica-se não somente o excesso, mas a omissão do Estado<sup>335</sup>.

Há, contudo, algumas distinções em relação à vertente anterior, sobretudo nos quesitos da (1) adequação e (2) necessidade.

Com efeito, para Bernal Pulido, a omissão legislativa ou a ausência de proteção eficaz viola a idoneidade “cuando no favorece la realización de un fin legislativo que sea constitucionalmente legítimo”.<sup>336</sup> Quanto à necessidade, a violação acontece “cuando existe outra abstención u outra medida legal alternativa que favorezca la realización del fin del Parlamento por lo menos con la misma intensidad, y a la vez favorezca la realización del derecho fundamental de protección.”<sup>337</sup>

Há uma infração ao dever de proteção, portanto, quando as medidas adotadas pelo Estado sejam (1) inidôneas, ou defeituosas para alcançar o fim perseguido; (2) ou quando se encontram muito aquém daquilo a que se obrigou o Poder Público; (3) ou se houve completa inatividade.<sup>338</sup>

Na lição de Pieroth e Schlink, o dever de proteção requer que o “Estado atue de forma protetora, mas não faz exigências sobre o como; necessário é que tome uma das muitas medidas de proteção, mas não uma determinada, única.”<sup>339</sup>

Ainda quanto às diferenças, na proibição de excesso o meio está definido desde o começo, foi discutido e selecionado pelo legislador. Na proibição de insuficiência, pode ser que haja indeterminação desse meio. O Estado considera

---

335 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. 2ª Edição Revista e Atualizada. Ed Revista dos Tribunais. São Paulo: 2012. p. 194

336 Idem, p. 809

337 Idem, p. 810

338 CLÉRICO, Laura. *Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad*. in SIECKMANN, Jan-R (ed.). *La Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales*. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2011. p. 175

339 PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Souza e António Franco. Ed. Saraiva. São Paulo: 2012. p. 145

que faz parte de sua margem de discricionariedade a escolha de uma meio determinado, ou de não eleger nenhum.<sup>340</sup>

Consoante Lauro Clerico, nessas circunstâncias a Constituição confere ao legislador uma margem de apreciação extensa na seleção dos meios, os fins perseguidos, e a realização do prognóstico da relação empírica de fomento.<sup>341</sup>Entendimento esse consagrado pelo Tribunal Constitucional alemão<sup>342</sup>:

Relativamente à questão de saber como é que os deveres de proteção devem ser cumpridos, o Tribunal Constitucional Federal concede ao legislador, em princípio, *considerável liberdade de decisão*. A decisão depende de muitos fatores, especialmente da natureza, da proximidade e da dimensão do perigo que ameaça, da natureza e do grau hierárquico dos interesses públicos e privados envolvidos, bem como das regulações já existentes e das medidas já tomadas. O direito de proteção jurídico-constitucional correspondente à obrigação de proteção do Estado só é violado “se o poder público não tiver tomado quaisquer medidas de proteção ou se as regulações e medidas adotadas forem completamente inadequadas ou inteiramente insuficientes para alcançar o fim de proteção imposto ou se ficarem consideravelmente aquém do que seria necessário.”

Na dúvida, há uma presunção em favor da idoneidade do meio. Confere-se ao legislador a possibilidade de equivocarse sobre o desenvolvimento das medidas legislativas. Dois aspectos importantes, também: (1) a prova da inidoneidade recai sobre aquele que foi afetado pela restrição; (2) somente se declara a inidoneidade do meio se, no momento da discussão e sanção da lei, já existia a deficiência ou incapacidade para a proteção do bem jurídico tutelado. Deve estar claro que o legislador partiu de dados incorretos ao escolher o meio de proteção legal.<sup>343</sup>

Por fim, quanto ao requisito da (2) necessidade, esclarece Clerico que<sup>344</sup>:

---

340 CLÉRICO, Laura. *Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad*. in SIECKMANN, Jan-R (ed.). *La Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales*. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2011. p. 177

341 Idem, p. 182

342 PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Souza e António Franco. Ed. Saraiva. São Paulo: 2012. p. 76

343 CLÉRICO, Laura. *Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad*. in SIECKMANN, Jan-R (ed.). *La Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales*. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2011. p. 182

344 Idem, p. 188



La regla del medio alternativo cuando se examina una omisión o una acción insuficiente o defectuosa *debe ser modificada como así también su nombre*. El primer paso del examen del medio alternativo menos lesivo en el contexto del mandato de prohibición por exceso (*Übermaßverbot*) se llama subexamen de *igual* idoneidad. Aquí reside otra diferencia entre ambos mandatos. En el mandato de prohibición por omisión (*Untermaßverbot*) el medio alternativo tiene que ser *más idóneo* que el medio atacado y, por ello por lo menos, *suficiente* para lograr un fomento eficaz del fin que es la realización del derecho de prestación. El segundo paso queda igual para ambos mandatos y está conformado por el examen de la menor lesividad de los medios alternativos.

Portanto, o meio alternativo deve ser idôneo para alcançar o fim protetivo a que se destina, e há as mesmas dificuldades em relação ao quesito anterior, no que se refere às complexidades das circunstâncias, a legitimidade democrática do legislador – e uma maior capacidade para selecionar adequadamente esses fatores.<sup>345</sup> Talvez não melhor capacitação, sendo mais exatos, mas uma legitimidade mais qualificada pelo processo democrático que a via judiciária. Há, desse modo, uma presunção favorável ao legislador também nesse aspecto.

No caso brasileiro, é importante assinalar, conforme já estudado no cap. 1, que a própria Constituição assegura a possibilidade de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão, e que têm sido largamente utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal. Há, sem dúvida, uma contenção judicial em respeito ao legislador, mas não poucas vezes já se declarou a omissão constitucional, invocando-se “apelos legislativos”, ou mesmo pronunciando sentenças que determinavam o preenchimento de lacunas (cf. MI 712).

Em matéria ambiental, contudo, ao que se tem conhecimento, não foi declarada a inconstitucionalidade de nenhuma lei por proibição insuficiente. Algumas decisões, em outras áreas, são elencadas a seguir.

## 2.4. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF

---

<sup>345</sup> CLÉRICO, Laura. *Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad*. in SIECKMANN, Jan-R (ed.). *La Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales*. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2011. p. 190-1

O princípio da proporcionalidade, seja na sua faceta de proibição de excesso, quer na proibição de proteção suficiente, é amplamente reconhecido pela ordem constitucional brasileira atual, podendo-se afirmar que sua utilização se encontra amplamente consolidada, principalmente no que se refere ao controle de constitucionalidade material das leis.

O aspecto da constitucionalidade formal, ou seja, a verificação do exercício das competências pelos entes federativos, com os subsequentes conflitos muitas vezes recorrentes, entende-se seja possível uma ampliação pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de uma reformulação das questões colocadas. Este critério, da proporcionalidade, além de conferir maior flexibilidade à federação brasileira, possibilita melhor estruturação, clareza e sistematicidade na resolução desses problemas. E mais: pode permitir a restauração do equilíbrio federativo há muito comprometido no Brasil, oportunizando maior descentralização, e, desse modo, incrementando a efetividade da proteção ambiental.

Não é de hoje que o Supremo Tribunal Federal começou a utilizar-se da proporcionalidade. A adoção do critério restrito, como na jurisprudência alemã, com a subdivisão dentro dos três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*), somente após a Constituição de 1988 observam-se julgados que utilizam expressamente essa sistemática. Anteriormente, verificava-se, sim, uma utilização maior do que se pode chamar de razoabilidade (*balancing*) – no sentido de que se pode ponderar determinados princípios (valores) constitucionais e verificar o exagero de certas medidas adotadas.

É o que se expõe a seguir.

#### **2.4.1 Breve histórico<sup>346</sup>**

O primeiro acórdão referido tradicionalmente em obras doutrinárias a respeito da proporcionalidade no Brasil é o RE 18.331/51, da lavra do Min.

---

<sup>346</sup> No âmbito mundial, ver BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*. Cambridge University Press. 2012. p. 175-210

Orozimbo Nonato. Ainda que julgado improcedente, questionava-se a alteração de imposto municipal (IPTU) pelo Município de Santos, e que os aumentos efetuados pelo órgão municipal (elevando substancialmente a base de cálculo) teriam sido exageradas.

A rigor, trata-se de um julgamento muito vinculado à ideia de *détournement de pouvoir* da doutrina administrativa, o arbítrio na prática de um ato pela Administração Pública, e, como ressalta Gilmar Mendes, estava essencialmente adstrito ao direito de propriedade.<sup>347</sup>

Antes de 1988, cabe mencionar ainda o RMS 16.912/67, o HC 45.232/68<sup>348</sup>, e a Rp. 930/DF, de 1976. Nesse último caso<sup>349</sup> - talvez o primeiro caso representativo em que se utilizou a “proporcionalidade” no STF (ainda sob o aspecto mais de “razoabilidade”), o voto do Min. Rodrigues Alckmin enfatizou

que não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não.

Posteriormente, na Rp nº 1054, discutiu-se a constitucionalidade do art. 86, da Lei nº 4.215, de 27.04.63, com a redação dada pela Lei nº 5.681, de 20.07.71, que consagrava a incompatibilidade de magistrados, membros do Ministério Público e de outras categorias de servidores para o exercício da advocacia, pelo prazo de dois anos, a contar da data da aposentação ou disponibilidade.<sup>350</sup> O voto do Min. Moreira Alves concluiu pela inconstitucionalidade, enfatizando sua *irrazoabilidade*.

---

<sup>347</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Repertório IOB de Jurisprudência. 1ª Quinzena de Dezembro de 1994. nº 23/94. p. 475

<sup>348</sup> No HC nº 45.332, Rel. Min. Themístocles Cavalcanti, RTJ nº 44, p. 322 (327-328), que reconheceu como desproporcional (exorbitância dos efeitos da condenação), o art. 48 do Decreto-Lei nº 314, de 1967 – norma constante da Lei de Segurança Nacional, que determinava a suspensão do exercício de profissão, do emprego na atividade privada e em cargos da Administração Pública a mera prisão em flagrante ou o recebimento de denúncia em crimes previstos naquela lei. Entendeu-se que isso violava o direito à vida com a cláusula de remissão.

<sup>349</sup> Julgava-se Lei da União 4.116/62 que exigia inscrição no Conselho de Corretores de Imóveis para a percepção de rendimentos em contratos de venda de imóveis por corretagem.

<sup>350</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Repertório IOB de Jurisprudência. 1ª Quinzena de Dezembro de 1994. nº 23/94. p. 473

Já na Rp. nº 1077, de 28.03.84, cuidou-se da constitucionalidade de dispositivos constantes na Lei nº 383, de 4.12.80, do Estado do Rio de Janeiro, que elevava significativamente os valores das taxas judiciárias, ao fixar de forma genérica em 2% sobre o valor do pedido a quantia devida pelo contribuinte. Julgou-se inconstitucional, pois desarrazoada essa maneira de fixação da alíquota.

O que chama a atenção, nessas decisões anteriores a 1988, é que proporcionalidade e razoabilidade se confundem, aliás como alguns ministros do Supremo Tribunal Federal assim o afirmam expressamente em sede doutrinária<sup>351</sup>. Para os fins deste trabalho, ressalte-se mais uma vez, considera-se o princípio da proporcionalidade conforme disposto na doutrina constitucional alemã, e desenvolvida na obra de Robert Alexy, com os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*. Não se pode confundir com a vertente norte-americana, vinculada a outra tradição jurídica, à ideia de *balancing*.

Feita essa importante ressalva, não se pode desmerecer de maneira alguma o importante trabalho que constitui essa assim chamada ‘recepção’ pela ordem constitucional anterior da “razoabilidade”, pois é forçoso concluir que isso abriu caminho para que, posteriormente, pudesse se efetivar a consolidação dessa fundamentação na jurisdição constitucional atual. É inegável, contudo, que no correr diário de uma Suprema Corte não se espera uma pureza doutrinária e metodológica dos argumentos e teoria utilizadas, e mesmo hoje se faz presente, em alguns acórdãos, alguma confusão entre ‘proporcionalidade’ e ‘razoabilidade’. Pode-se afirmar, porém, que os anos têm permitido cada vez mais a assimilação da concepção germânica da proporcionalidade, assim como uma mais refinada utilização de seus conceitos.

Feitas essas colocações, a Constituição de 1988 promoveu uma mudança substancial na ordem jurídica brasileira, e o STF teve suas funções drasticamente incrementadas, como já visto no capítulo 1. Desde cedo, porém, a Corte fez largo uso do princípio da proporcionalidade, como o demonstram os acórdãos, por exemplo, MS 21.033, 21046, RE 156.404, 157.863-7, 175.548, 136.327, 146.934 e 156.972-7, ADI 223/DF, ADI 855-2/PR, ADI 1040-9/DF, ADI 966-04 e 958-3, ADI 1158-8.

---

351 Cf. Luís Roberto Barroso, p.ex.

Um dos primeiros – a seguir será comentado, é o da ADIMC nº 855, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 01.10.93, sobre a pesagem de botijões no Estado do Paraná. Como refere Gilmar Mendes<sup>352</sup>

Essa decisão consolida o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem sua *sedes materiae* na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV). Por outro lado, afirma-se de maneira inequívoca a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (*inexigibilidade*), inadequação (*falta de utilidade para o fim perseguido*) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (*desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido*).

Esse exemplo inicial permite concluir, portanto, que seguindo a tendência das demais Cortes constitucionais mundiais, o Supremo Tribunal Federal incorporou definitivamente a proporcionalidade como instrumento de trabalho em suas decisões.

Os precedentes citados na sequência também demonstram e corroboram essa afirmação.

#### 2.4.2 Decisões sobre proibição de excesso

O princípio da proporcionalidade, na faceta de proibição de excesso, embora com as críticas quanto aos processos decisórios do STF (ver cap.1), encontra-se consolidado na prática judiciária brasileira. Há inúmeros precedentes<sup>353</sup> a demonstrar essa afirmação. Selecionou-se, assim, alguns casos mais significativos para exemplificar como a Corte Constitucional brasileira o aplica na resolução dessas questões envolvendo conflitos de direitos fundamentais.

---

<sup>352</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Repertório IOB de Jurisprudência. 1ª Quinzena de Dezembro de 1994. nº 23/94. p.469

<sup>353</sup> Cf. HC 123190/DF, RMS 32842 Agr/DF, ADI 3942/DF, ADI 4350/DF, ADI 4950/RO, ADI 4955/CE, ADIMC 5136/DF, AI 768891 Agr/DF, ADI 3649/RJ; ADI 1040-9/DF; ADI 966-04 e 958-3; ADI 1158-8

Inicialmente, conforme já referido, não há uma distinção rígida entre razoabilidade e proporcionalidade, como algumas decisões podem demonstrar (cf. p.ex., ADI 1040-9, sobre o requisito de 2 anos de formado para o ingresso na carreira do Ministério Público Federal). Outrossim, observa-se que várias decisões mais recentes tem-se esforçado para proceder a um escrutínio rigoroso, consoante os 3 subprincípios consagrados – adequação, necessidade, e proporcionalidade *stricto sensu* (v.g, IF 2915-5, dentre outras). Ou seja, os argumentos têm sido mais transparentes e expostos devidamente, com maior nível de fundamentação.

O primeiro e mais emblemático é o da ADI 855-2/PR, Rel p/acórdão Min Gilmar Mendes, sempre referenciado nas obras doutrinárias acerca do princípio da proporcionalidade no Brasil. Tratava-se de julgar lei do Estado do Paraná<sup>354</sup> que exigia, quando da venda de botijões de gás, fosse efetuada a pesagem na frente do consumidor, para verificação se o peso efetivamente correspondia ao que estava sendo vendido. Os argumentos centraram-se na invasão da competência privativa da União (legislar sobre energia), e a ausência de proporcionalidade da medida restritiva imposta.

A Corte entendeu (argumento principal, a inconstitucionalidade material, já que ausente a proporcionalidade da exigência imposta) que a pesagem de botijões na presença do consumidor requereria a aquisição de balanças, e estas deveriam ser colocados em todos os caminhões (a venda era efetuada desse modo, na maioria dos casos). E isso feriria a proporcionalidade

O que é interessante observa-se, nesse caso, é que embora alguns ministros tenham debatido a questão formal, não prosperou essa análise. O Min. Gallotti entendeu tratar-se de “legislação sobre energia”, e, portanto, campo afeto à competência privativa da União. A rigor, era direito do consumidor (competência concorrente do art. 24), e parece, em um primeiro momento, que nesse ponto o Min. Celso de Mello captou bem tratar-se de uma peculiaridade local (inúmeras fraudes cometidas contra consumidores, inclusive com atuação destacada do Ministério Público).

Essa posição foi seguida pelo Min. Menezes Direito:

---

354 Lei 10.248/93, sendo que havia medida cautelar deferida pelo STF ainda em 1993.

[. . .] Há o argumento de que a disciplina legal estadual cuida de regular a comercialização do gás liquefeito de petróleo, matéria que é utilizada para a produção de energia, e com isso estar-se-ia no terreno minado da competência privativa.

Com todo o respeito aos que pensam em sentido contrário, entendo que assim não é.

O fato de estar na Constituição Federal apenas a especificação de ser da competência privativa da União legislar sobre “energia” não significa que não pode o estado-membro legislar para a proteção dos direitos dos consumidores, sendo certo que está na sua competência concorrente legislar sobre “responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”, como consta do art. 24, VIII, da Constituição vigente.

Veja-se que aqui a lei estadual tratou exatamente de providências capazes de proteger o direito do consumidor com referência à comercialização do GLP. Não se pode restringir a competência do estado-membro em um regime federativo, ainda que impuro, com interpretação restritiva da vontade do constituinte. Ao revés, no meu entender, a interpretação que deve ser oferecida nesses de eventual conflito é a que mais se adapte à natureza do regime estatal próprio da federação, ou seja, aquela que assegure o desempenho da competência do estado-membro. E no presente feito, a singularidade de trata-se da competência privativa para legislar sobre energia sem nenhuma especialização não traduz a inconstitucionalidade subjacente à regulamentação de comercialização com o fim de proteger o consumidor, isto é, de reconhecer ao estado-membro a competência para legislar sobre a responsabilidade por dano ao consumidor decorrente da comercialização capaz de ensejar fraude. A propósito, o eminente Ministro Celso de Mello em seu voto destacou que as “denúncias a respeito de fraudes cometidas nas operações comerciais são intensas. De tal modo que, no próprio Estado do Paraná, o Ministério Público local promoveu, no início da década de 90, ação civil pública em defesa dos consumidores e, precisamente, impulsionado por essas razões que vieram a ser reiteradas pelo governador daquele Estado, quando nas informações prestadas neste processo, sustentou, também deste ângulo, a legitimidade formal do ato legislativo, afastando a alegação de usurpação de competência normativa federal e salientou que, verbis, a lei estadual ora em debate visa a evitar que os fornecedores de gás liquefeito de petróleo continuem a fraudar os consumidores. Não foi por outra razão que foi editada a lei. É evidente que essa não é uma regra geral, os comerciantes não praticam a fraude como uma operação habitual em seus negócios, mas, de qualquer maneira, essa é a motivação. Há uma inibição para, exatamente, impedir que abusos continuem a ocorrer.” Vale lembrar que já quando da votação da medida cautelar, advertiu o Ministro Marco Aurélio que “legislação federal é escassa quanto aos meios a serem colocados à disposição do consumidor para conferir o que está adquirindo, para ter convicção quanto à compra efetuada e à correspondência entre o valor cobrado e a mercadoria que está sendo vendida” (fl. 128)

Em todo caso, o fundamento que preponderou foi a inconstitucionalidade material. A pesagem de botijões constituía um meio desproporcional demais para promover a defesa do consumidor, restringindo excessivamente a liberdade dos

vendedores<sup>355</sup>. Isso permitiu a resolução de um conflito competencial federativo, embora a Corte tenha de adstrito ao fundamento de inconstitucionalidade material apenas.

Posteriormente, diversas outras decisões utilizaram-se da proporcionalidade, principalmente nas colisões de direitos fundamentais. Menciona-se, como exemplos, o HC 82.424/RS (caso Ellwanger), em que se discutia se configurava crime de racismo a publicação de livros e materiais com ideologia nazista (liberdade de expressão); a ADIMC 5136/DF, sobre o art. 28, § 1º, da Lei nº 12.663/2012, sobre limitações a determinadas manifestações por ocasião da Copa de 2014 (liberdade de reunião); RE 528.684/MS, em que se analisou a constitucionalidade de concurso público para a Polícia Militar do Estado do Mato Grosso do Sul restrito somente a indivíduos do sexo masculino; ADI 4425/DF, sobre o pagamento de precatórios com preferência a idosos maiores de 60 anos, e portadores de doenças graves; RE 511.961/SP, sobre o livre exercício de profissão, especificamente para os profissionais da área jornalística e a exigência de curso superior; ADPF 130, sobre a recepção da Lei nº 5.260/67, denominada Lei de Imprensa, sob o aspecto da liberdade de imprensa na atual ordem constitucional.

O princípio da proporcionalidade, na faceta de proibição de excesso, encontra-se bem consolidado na prática judiciária brasileira.

Recentemente, e envolvendo a problemática de conflitos federativos (no caso Estado-membro v. Município), tem-se o RE nº 586.224/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em fevereiro de 2015.

Tratava-se de ação movida pelo Estado de São Paulo e pelo Sindicato da Indústria da Fabricação do Alcool do Estado de São Paulo – SIFAESP, questionando a Lei nº 1.952/95, do Município de Paulínia/SP, proibia a queima de palha de cana-de-açúcar em seus limites territoriais, sendo que existia lei do Estado proibindo

---

<sup>355</sup> Não se pode deixar de observar, aqui, um ponto importante. Há existência de uma certa vinculação entre inconstitucionalidade formal e material no que se refere à regulamentação de um direito fundamental no âmbito da competência concorrente brasileira. Pode-se, a rigor, dizer que (1) a inconstitucionalidade material sinaliza uma possível inconstitucionalidade formal (nem sempre, contudo); (2) ao passo que uma inconstitucionalidade formal aponta certamente para uma inconstitucionalidade material, e isso em virtude da inadequação do meio com implicações a restrições anti-isonômicas. Em nosso entender, no caso dos botijões a lei era materialmente constitucional, e o Estado do Paraná atendia a uma peculiaridade local (excesso de fraudes) que não comprometia a ordem federativa.



gradativamente o uso de queimadas. (Lei 11.241/02). Posteriormente, editou-se o novo Código Florestal (Lei Federal nº 12.651/12), que proíbe o uso de fogo na agricultura, exceto em locais cujas peculiaridades agropastoris ou florestais, mediante prévia autorização do órgão ambiental estadual, o justifiquem<sup>356</sup>.

Sustentava-se, em síntese, a inconstitucionalidade formal da lei municipal, por desbordar dos limites constitucionais do art. 30, I e II, que permite ao município legislar sobre assuntos de interesse local. Foi reconhecida repercussão geral, e realizadas audiências públicas<sup>357</sup>.

Ao analisar a questão jurídica, o relator aplicou o princípio da proporcionalidade, ressaltando, contudo, que do ponto de vista unicamente da inconstitucionalidade material (ou seja, afastando qualquer vinculação ou utilização para a análise formal):

[...]

Por conseguinte, sendo certo que o controle da lei municipal é do ponto de vista material, mister se faz analisar se a solução proposta por ela é proporcional sob a ótica constitucional.

Como já devidamente assentado na dogmática jurídica, o dever de proporcionalidade constitui autêntica pauta de moderação e prudência a orientar toda a atuação do Poder Público. Sua função é permitir a harmonia axiológica do sistema normativo. Seu fundamento é a própria noção de princípios jurídicos como mandamentos de otimização em face de restrições fáticas e jurídicas, na esteira do magistério de Robert Alexy. Sua operacionalização é metodologicamente desdobrada em três etapas ou fases: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Realizada essa explicação, passou a analisar, o relator, o caso estritamente

---

<sup>356</sup> Art. 27, parágrafo único, da Lei nº 12.651/12

<sup>357</sup> Nessa audiência, “o Ministério do Meio Ambiente ressaltou que a Lei nº 12.651/12 (novo Código Florestal) proíbe o uso do fogo na agricultura, mas excepciona em locais ou regiões cujas peculiaridades justifiquem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, mediante prévia aprovação do órgão estadual ambiental competente. Neste sentido, importa observar que 62,4% da produção de cana do país estão no Estado de São Paulo e que em suas últimas safras há a substituição do fogo pela colheita mecanizada, sendo certo que a partir de 2006, quando o uso do fogo começou a diminuir consideravelmente. Em Paulínia, especificamente, 26% da cana era colhida sem o uso do fogo em 2006, enquanto que em 2011 esse número subiu para 70%. Relatou ainda que 80.000 trabalhadores tiveram sua força de trabalho substituída na colheita da cana. Em contrapartida, o custo de produção diminuiu 25% com a colheita mecanizada. Portanto, sugere o controle ambiental adequado pelos órgãos de fiscalização competentes, quando o uso do fogo se fizer necessário.”

dentro dos 3 cânones da proporcionalidade. Em relação à adequação, disse ser a “aptidão da medida estatal para atingir a finalidade constitucional almejada. Trata-se, aqui, de um cotejo entre meio e fim, a exigir que o meio selecionado seja empiricamente idôneo à promoção do fim perseguido”. Quando à necessidade, “procede-se, aqui, a uma análise comparativa entre meios alternativos e o fim público perseguido”, cujo “objetivo é perquirir a existência (ou não) de meios substitutos àquele originalmente escolhido pelo Estado e, em seguida, compará-los.” Quanto “à última etapa do itinerário metodológico, o teste da proporcionalidade em sentido estrito impõe a comparação dos custos e dos benefícios da medida restritiva.”

Após o que, concluiu pela inconstitucionalidade material da lei municipal.

Essa argumentação foi seguida pelo tribunal, vencida apenas a Min. Rosa Weber, que entendia, nesse ponto, ser constitucional a lei municipal.

Esse julgamento – além de demonstrar à exaustão a utilização da proporcionalidade pela Suprema Corte brasileira, permite verificar mais uma vez a problemática dos conflitos competenciais ambientais na federação brasileira – aqui, entre Estado-membro e município, e que demonstra a complexidade e atualidade da temática.

Por fim, embora o ministro-relator tenha se utilizado expressamente de “inconstitucionalidade material” da lei municipal para declará-la inválida, pode-se perceber a questão da comunicabilidade entre inconstitucionalidade material e formal no âmbito da legislação concorrente ambiental brasileira. Esse item será mais detidamente estudado no capítulo 6.

Por ora, basta que se reafirme a plena utilização do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

### **2.4.3 Decisões sobre proibição de proteção deficiente**

O Supremo Tribunal Federal também possui diversas decisões em que utilizada a proporcionalidade, na faceta da proibição de proteção deficiente.

Uma das primeiras decisões nesse aspecto é o RE 418.376/MS, em que se discutia cláusula de exclusão da imputabilidade penal, em caso de estupro, pelo casamento do réu com a vítima, prevista na redação original do Código Penal Brasileiro no art. 107, VII<sup>358</sup>. O caso concreto referia-se a menina, que manteve relações sexuais dos 9 (nove) aos 12 (doze) anos de idade com seu tutor legal, sendo que posteriormente veio com ele a manter união estável. Pela via recursal, o Min. Gilmar Mendes votou no sentido de não considerar recepcionada essa cláusula do Código Penal de 1940, pela Constituição de 1988, visto que, a se considerar este entendimento, estar-se-ia conferindo proteção deficiente à infância e à adolescência (art. 227 da CF/88<sup>359</sup>). Ou seja, considerar que um delito tão grave, como o estupro com uma menor de idade, pudesse ser extinto pelo fato que houve uma posterior união estável – altamente questionável – entre o agente causador do fato e a vítima, é conferir proteção insuficiente a um princípio constitucional assegurado na Constituição brasileira: a proteção à infância e à juventude.

Posteriormente, a Corte manifestou-se diversas ocasiões em outros julgamentos, com fundamento na proporcionalidade por proteção deficiente. Digno de ressaltar, por exemplo, a criminalização do porte de arma desmuniada, visto o perigo à vida, à integridade de outras pessoas – crime de perigo abstrato, sendo justificada sua penalização pela necessidade de proteção a esses valores constitucionais:

*HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA.*

---

<sup>358</sup> Revogado pela Lei n° 11.106/2005

<sup>359</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

1 [ . . . ]

Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbot*).

HC 102087/MG, 2ª Turma, Rel p/ acórdão, Min. Gilmar Mendes 28.02.2012

Ainda, a ADC nº 19/DF, versando sobre a constitucionalidade da conhecida Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), criando mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar, em que a Corte por unanimidade reconheceu a validade dessas alterações legais, proporcionando um tratamento diferenciado à violência de gênero, com adoção de medidas repressivas mais duras.

O julgamento proferido na ADI 1800/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, assegurou a constitucionalidade de lei federal que assegurava aos reconhecidamente pobres a gratuidade pela expedição de registro civil de nascimento e de óbitos.

CONSTITUCIONAL. ATIVIDADE NOTARIAL. NATUREZA. LEI 9.534/97. REGISTROS PÚBLICOS. ATOS RELACIONADOS AO EXERCÍCIO DA CIDADANIA. GRATUIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO NÃO OBSERVADA. PRECEDENTES. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

I - A atividade desenvolvida pelos titulares das serventias de notas e registros, embora seja análoga à atividade empresarial, sujeita-se a um regime de direito público.

II - Não ofende o princípio da proporcionalidade lei que isenta os "reconhecidamente pobres" do pagamento dos emolumentos devidos pela expedição de registro civil de nascimento e de óbito, bem como a primeira certidão respectiva.

III - Precedentes.

IV - Ação julgada improcedente.

Merecem ser referidas, ao final, a ADI nº 3510 e a ADPF nº 54.

Na primeira, tratava-se de analisar a constitucionalidade de lei<sup>360</sup> que autorizava a pesquisa com células-tronco (embrionárias). O Min Gilmar Mendes

<sup>360</sup> Lei nº 11.105/2005

discorreu longamente sobre a proibição de proteção deficiente, com respaldo na doutrina alemã, e ao final concluiu pela inconstitucionalidade da lei<sup>361</sup>

No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como *proibições de intervenção*. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada<sup>22</sup>. O ato não será *adequado* quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será *necessário* na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente pode ser encontrada na segunda decisão sobre o aborto (*BverfGE 88, 203, 1993*).<sup>362</sup>

[. . .]

Uma análise comparativa do art. 5a da Lei n° 11.105/2005 com a legislação de outros países sobre o mesmo assunto pode demonstrar que, de fato, não se trata apenas de uma impressão inicial; a lei brasileira é deficiente no tratamento normativo das pesquisas com células tronco e, portanto, não está em consonância com o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*).<sup>363</sup>

Na ADPF n° 54, um dos mais conhecidos *leading cases* da jurisdição constitucional brasileira recente, julgava-se a possibilidade de aborto do feto anencéfalo, sem configuração de delito penal, como previsto na lei brasileira (arts. 124 e 126, do Código Penal). Também se discorreu longamente sobre ponderação de princípios, à necessidade de proteção à liberdade e saúdes da mulher, e, num aspecto sempre muito importante quando se trata de inconstitucionalidades dessa natureza, a eventual possibilidade de efeitos aditivos à sentença, como ressalvado no voto do Min. Gilmar Mendes, e prática adotada pela Corte em outras ocasiões<sup>364</sup>.

<sup>361</sup> Ao final, a votação foi adequada e considerou-se constitucional a legislação.

<sup>362</sup> p. 610 do voto

<sup>363</sup> p. 611 do voto

<sup>364</sup> CONCLUSÃO : [...] Com essas considerações, voto no sentido da procedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental, para dar interpretação conforme a Constituição, com efeitos aditivos, ao art. 128 do Código Penal, para estabelecer que, além do aborto necessário (quando não há outro meio de salvar a vida da gestante) e do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, “não se pune o aborto praticado por médico, com o consentimento da gestante, se o feto padece de anencefalia comprovada por junta médica competente, conforme normas e procedimentos a serem estabelecidos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)”. Para o cumprimento desta decisão, é indispensável que o Ministério da Saúde regulamente

Embora haja doutrinadores<sup>365</sup> que entendam que o Supremo Tribunal Federal apenas se limite a expedir argumentos retóricos, sem maiores consequências práticas, especificamente em relação à proporcionalidade por proibição deficiente, acredita-se que essa crítica deva ser contextualizada. A Corte adquiriu uma tradição na aplicação da vertente proibição de excesso, que, aliás, começou a ser desenvolvida na ordem constitucional pretérita (razoabilidade). Pode-se até questionar o modo como é aplicado pelo STF, mas o fato é que está consolidada essa conquista nesse aspecto. Quanto à proibição de proteção deficiente, os primeiros casos (RE 418.376/MS) remontam há pouco mais de 10 (dez) anos, devendo-se acrescentar a isso a dificuldade inerente a declarar-se uma omissão, uma proibição deficiente por parte do legislador. Surge a questão de que, em certas circunstâncias – talvez justamente o caso do RE 418.376/MS, seja mais confortável a declaração de inconstitucionalidade por restringir-se a um caso concreto, e cujas consequências sejam tão-somente a inaplicabilidade da legislação. O problema surge justamente quando se deve oportunizar que medidas devam ser implementadas para evitar-se um vácuo no caso sob julgamento, ou mesmo se há oportunidade para fazer-se um apelo ao legislador, determinando que se proceda consoante a Corte entendeu.

Ainda, não se pode esquecer que a análise desse tipo de inconstitucionalidade envolve uma espécie de prognose, colocar-se na situação do legislador e verificar se a medida adotada efetivamente é incapaz de promover a proteção adequada ao valor constitucional que se pretende resguardar. Mesmo no âmbito da Corte Constitucional alemã, os precursores dessa doutrina, há profundo comedimento nesse tipo de análise, conferindo-se espaço de conformação amplo ao legislador na escolha dos meios necessários para a proteção do bem jurídico-constitucional, e imputando-se o ônus da prova da ineficiência do meio legislativo ao suscitante da reclamação constitucional<sup>366</sup>.

---

adequadamente, com normas de organização e procedimento, o reconhecimento da anencefalia. Enquanto pendente regulamentação, a anencefalia deverá ser atestada por no mínimo dois laudos diagnósticos, produzidos por médicos distintos, e segundo técnicas de exame atuais e suficientemente seguras.

[25]ADI 3324, ADI 3046, ADI 2652, ADI 1946, ADI 2209, ADI 2596, ADI 2332, ADI 2084, ADI 1797, ADI 2087, ADI 1668, ADI 1344, ADI 2405, ADI 1105, ADI 1127.

<sup>365</sup> RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. *A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal*. Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo: 2009. p. 75

<sup>366</sup> Outros casos que se pode mencionar no STF: PSV 30; RE 410.715-5-AgR; RE 431.773 (SP); RE 436.996-AgR (SP)

É muito difícil substituir-se ao legislador, principalmente pelo aspecto da legitimidade democrática, questão nem sempre fácil de resolver-se.

#### **2.4.4 Decisões sobre federalismo: intervenção, auto-organização e conflitos**

No que se refere especificamente ao federalismo, o Supremo Tribunal Federal possui quatro precedentes significativos, em que o princípio da proporcionalidade foi utilizado para a solução das controvérsias.

O primeiro é a Intervenção Federal nº 2915-5/SP<sup>367</sup>, que discutia a possibilidade de intervenção no Estado de São Paulo pelo não pagamento de precatórios judiciais (de natureza alimentar). Tratava-se de problema há muito estabelecido, em que o ente federativo havia sido condenado pelo Poder Judiciário a prestações pecuniárias, reiteradamente não cumpridas. Invocava-se o art. 34, V, que diz: *“art. 34. A União não intervirá nos Estados, nem no Distrito Federal, exceto para: [...]VI –prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial.”*

O Ministro Gilmar Mendes, relator p/ acórdão, julgou a medida requerida improcedente, analisando-a rigorosamente dentro da estrutura do princípio da proporcionalidade, estabelecendo relação de precedência condicionada favorável à autonomia do Estado-membro. Além de ressaltar o caráter excepcional da medida requerida, colocou a questão de graves dificuldades financeiras por que passava o Estado-membro, a impedir o pagamento dos débitos pendentes.

Colocadas essas premissas, analisou o caso dentro das três máximas da proporcionalidade. Em relação à adequação, disse

É duvidosa, de imediato, a adequação da medida de intervenção. O eventual interventor, evidentemente, estará sujeito àquelas mesmas limitações factuais e normativas a que está sujeita a Administração Pública do Estado. Poderá o interventor, em nome do cumprimento do art. 78 do ADCT, ignorar as demais obrigações constitucionais do Estado? Evidente que não. Por outro lado, é inegável que as disponibilidades financeiras do regime de intervenção não serão muito diferentes das condições atuais.

---

367 IF 2915-5, Rel p/acórdão Min. Gilmar Mendes, Plenário, maioria, DJU 28.11.03

Enfim, resta evidente que a intervenção, no caso, sequer consegue ultrapassar o exame de adequação, o que bastaria para demonstrar sua ausência de proporcionalidade.

Já quanto à *necessidade* da intervenção, considerou mais gravosa a destituição de um governador democraticamente eleito, sendo que o interventor nomeado não adotaria medidas diferentes daquelas que já eram aplicadas pelo governador atual:

Também é duvidoso que o regime de intervenção seja necessário, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Manter a condução da Administração estadual sob o comando de um Governador democraticamente eleito, com a ressalva de que esteja o mesmo atuando com boa-fé e com o inequívoco propósito de superar o quadro de inadimplência, é inegavelmente medida menos gravosa que a ruptura na condução administrativa do Estado. Pode-se presumir, ademais, que preservar a chefia do Estado será igualmente eficaz à eventual administração por um interventor, ou, ao menos, não se poderia afirmar, com segurança, que a administração de um interventor, sujeito às inúmeras condicionantes já apontadas, será mais eficaz que a atuação do Governador do Estado.

E, por fim, em relação à *proporcionalidade stricto sensu* da medida requerida, entendeu ser desproporcional a imposição de intervenção ao ente federal para a obtenção do fim pretendido (cumprimento da ordem judicial), sacrificando outros bens de igual dignidade constitucional.

Com isso, considerada a situação do caso concreto, julgou improcedente o pedido requerido, estabelecendo uma relação de precedência condicionada em que, de um lado estava (1) a proteção às decisões judiciais, com a posição subjetiva dos particulares aos créditos alimentares; (2) de outro, a autonomia do Estado-membro, com a possibilidade de continuação de outros serviços públicos também essenciais, como saúde e educação. A intervenção requerida era desproporcional, e, portanto, não justificava medida tão drástica e que possivelmente não alcançaria o objetivo pretendido, sem comprometer outros serviços essenciais, visto a grave crise financeira.



O outro caso, mais recente, em que se utilizou da proporcionalidade para a resolução de questões federativas foi a ADIMC 4298/TO. A questão se referia a lei<sup>368</sup> do Estado de Tocantins que, nos casos de eleição de governador e vice-governador, configurando-se a hipótese de cargos vagos nos dois últimos anos do mandato, o seu provimento ser efetuado por eleição indireta da Assembleia Legislativa, com votação nominal e aberta. Questionava-se, em síntese, se o Estado-membro poderia adotar o disposto no art. 81, § 1º, da Constituição Federal, considerando-se que o princípio do sufrágio universal é a regra.

Volta, novamente, a questão do princípio da simetria. O voto do Min. Relator, Cezar Peluso, após criticar contundentemente a simetria<sup>369</sup>, pergunta: “a questão proposta reside em saber se é de reprodução obrigatória, nas Constituições estaduais, a norma do art. 81, § 1º, da Constituição Federal”, ou se o modelo de eleição para os cargos de Governador e Vice-Governador é apenas objeto de escolha jurídico-política dentro da autonomia dos Estados? Sua resposta consta no trecho abaixo transcrito:

Tenho que a resposta à objeção prescinde da ideia de simetria, pois convalida-se no plano do postulado normativo da proporcionalidade, perante a qual seria de indagar se a previsão de eleição indireta pelo constituinte estadual, medida que deveras encurta aquele princípio do exercício da soberania popular, é adequada, necessária e, em senso estrito, proporcional ao objetivo que tende a fomentar ou promover.

Vê-se, logo, que a própria regra da eleição indireta, no âmbito federal, traz em si mesma, na *ratio iuris*, a demonstração de sua razoabilidade e proporcionalidade, enquanto constitui sensata resposta normativo-constitucional às demandas de uma excepcional conjuntura que, por seu decisivo ingrediente temporal, desaconselharia realização de eleição direta, com todos os seus pesados e intuitivos custos ao aparato administrativo e a própria sociedade. Sua adoção pelo Estado-membro significaria, na falta da norma ou modelo federal, uma sábia decisão política destinada a eludir as desproporcionais vicissitudes da aplicação da regra geral a um caso atípico.

Depois, sabe-se que, como qualquer outro, o princípio constitucional do sufrágio direto deve ser realizado na maior medida possível, mas dentro das circunstâncias históricas e jurídicas vigentes, de modo que a situação excepcionalíssima de eleição para mandato residual, chamado “mandato-tampão”, de prazo exíguo, cujo termo até poderia

<sup>368</sup> Lei n.º 2.154, de 25 de setembro de 2009.

<sup>369</sup> O seguinte trecho do voto: “noutras palavras, não é lícito, senão contrário à concepção federativa, jungir os Estados-membros, sob o título vinculante da regra da simetria, a normas ou princípios da Constituição da República cuja inaplicabilidade ou inobservância local não implique contradições teóricas incompatíveis com a coerência sistemática do ordenamento jurídico, com severos inconvenientes políticos ou graves dificuldades práticas de qualquer ordem, nem com outra causa capaz de perturbar o equilíbrio dos poderes ou a unidade nacional. A invocação da regra da simetria não pode, em síntese, ser produto de uma decisão arbitrária ou imotivada do intérprete.”

inviabilizar o transcurso de todo o regular processo eleitoral direto, merece tratamento diferenciado, desde que razoável e proporcional. Ora, a adoção da eleição indireta, no caso de dupla vacância no último biênio do mandato, já aparece, em primeiro lugar, como adequada, pois é apta a promover o objetivo constitucional de uma eleição democrática; depois, revela-se ainda necessária, na medida em que se lhe não vislumbra alternativa igualmente célere, econômica, hábil e menos lesiva ao princípio excepcionado; e, por fim, não deixa de ser proporcional em sentido estrito, porque o grau de mutilação imposto a esse valor se afigura aceitável quando ponderado com os benefícios consequentes.

Portanto, o relator utiliza-se do princípio da proporcionalidade, para ressaltar que a medida escolhida pelo constituinte federal mostra-se proporcional e razoável para com o princípio do sufrágio universal (soberania popular), considerando as circunstâncias de término de um mandato em andamento, os custos e desgastes de um processo eleitoral, e entendeu ser razoável ao Estado-membro, dentro de sua autonomia, também optar por esse entendimento.

Essa decisão, ainda que se empregue, a rigor, mais de proporcionalidade em sentido material, utilizando-a para justificar também sua adoção pelo Estado-membro (aspecto auto-organização da autonomia), possui significativa importância na medida em que não se optou por utilizar os argumentos restritivos do princípio da simetria. Teria sido mais simples, sem dúvida, fundamentar somente na necessidade de observância obrigatória pelos Estados-membros do modelo federal. Assim não procedeu a Corte, ao criticar a simetria e, na verdade, tentar avaliar se era justificável o Estado-membro adotar a mesma restrição imposta, pelo modelo federal, à regra que privilegia as eleições diretas para os cargos eletivos.

Os outros dois precedentes em que se aplicou o princípio da proporcionalidade, não com o objetivo expresso de resolução do conflito federativo, aliás ressalvando-se que se restringia apenas ao aspecto material da lei, são o já mencionado RE 586.224/SP (Lei do Estado-membro v. lei municipal), este em matéria ambiental, e a ADI 4.949/AC (Lei federal v. lei estadual), no campo do direito à saúde.<sup>370</sup>

---

<sup>370</sup> O Plenário, ao apreciar legislação acriana em tudo semelhante ao diploma objeto desta ação direta, assentou à unanimidade que a disciplina nela disposta –autorização para a comercialização de determinados produtos lícitos de consumo comum e rotineiro em farmácias e drogarias – não guarda relação com a temática da proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF), visto que somente aborda, supletivamente, o comércio local. A Lei federal 5.991/1973 não veda expressamente a comercialização de artigos de conveniência em drogarias e farmácias, e a exclusividade, por ela fixada, para a venda de medicamentos nesses estabelecimentos não

Demonstra-se, com isso, que há um espaço e uma cultura constitucionais propícios para o acolhimento do princípio da proporcionalidade como critério hábil a auxiliar à resolução de conflitos competenciais.

## 2.5 As críticas ao princípio da proporcionalidade

Não há, talvez, na doutrina constitucional contemporânea princípio que seja mais criticado que o da proporcionalidade.

É conhecida, há muito tempo, a crítica efetuada por Forsthoff<sup>371</sup>:

Algo parecido sucede con el principio jurídico de la proporcionalidad, que ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional Federal con rango constitucional para el ámbito de los derechos fundamentales a través de una amplia jurisprudencia. Aquí también se pone inmediatamente de manifiesto la necesidad de un control de los criterios de actuación estatales. Su aspecto jurídico es, sin embargo, diferente del caso del postulado de la igualdad. El principio jurídico de la proporcionalidad exige que en las intervenciones del Estado en la esfera privada, defendida por los derechos fundamentales, los medios soberanos utilizados se mantengan en proporción adecuada a los fines perseguidos. Este principio jurídico parece así tan razonable y evidente como la prohibición de arbitrariedad. Sin embargo, en su aplicación judicial resultan en uno y otro caso las mismas dificultades.

No está de más recordar que el postulado de la proporcionalidad ha encontrado su expresión en el derecho administrativo, concretamente en el derecho policial. Ha sido desarrollado especialmente por el Tribunal Administrativo Superior prusiano al exigir de la actuación policial que el empleo de medios no fuera más allá de lo imprescindible para alcanzar la correspondiente finalidad policial. Es importante para el entendimiento de este mandamiento jurídico todavía vigente en el derecho policial actual tener presente que tiene lugar en la práctica dentro de un marco legal relativamente reducido y, en consecuencia, abarcable de una sola mirada: por una parte, los medios soberanos a disposición de la policía; de la otra, la alteración de la seguridad o el orden públicos, ya sea debida a conductas personales o situaciones de hecho. El enjuiciamiento de si una medida era necesariamente adecuada al fin perseguido no presenta ninguna dificultad en un marco tan fácilmente retenible.

---

autoriza interpretação que obste o comércio de qualquer outro tipo de produto. Atuação legítima da iniciativa legislativa estadual no campo suplementar. É completamente destituída de embasamento a suposta correlação lógica, suscitada na inicial, entre a venda de produtos de conveniência em farmácias e drogarias e o estímulo à automedicação. (ADI 4.949, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 11-9-2014, Plenário, DJE de 3-10-2014.)

371 FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la Sociedad Industrial*. Trad. Luiz López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz. Instituto de Estudios Políticos. Madrid: 1975. p. 232

Reforça-se, assim, a origem do princípio da proporcionalidade, no âmbito da polícia, do direito administrativo, e a quase impossibilidade de poder-se comparar o legislador ao administrador, seus espaços de conformação, e suas esferas de atuação. Segundo este autor, esse constituiria, por si, um óbice à sua utilização.

Outro ponto sempre criticado é o subjetivismo que caracterizaria a proporcionalidade – principalmente no que se refere ao sopesamento, e a sua impossibilidade de fornecer respostas previsíveis aos problemas que se apresentam. Segundo Böckenforde, associar direitos fundamentais a valores abre caminho a decisões carentes de racionalidade, pois não há uma determinação de hierarquia tampouco uma ponderação, um sistema racionalmente fundado para resolver os conflitos entre esses valores.<sup>372</sup>

Aponta-se que o procedimento da proporcionalidade carece de racionalidade. Essa questão é muito bem colocada, e respondida satisfatoriamente, por Vírgilio Afonso da Silva<sup>373</sup>:

O ponto de partida para um debate acerca da racionalidade de qualquer forma de interpretação e aplicação do direito é a percepção de que não é possível buscar uma racionalidade que exclua, por completo, qualquer subjetividade na interpretação e na aplicação do direito. Exigir isso de qualquer teoria é exigir algo impossível. Muitos daqueles que vêm no sopesamento um método irracional e extremamente subjetivo de aplicação do direito parecem supor que outros métodos – sobretudo a subsunção – seriam capazes de conferir uma racionalidade quase perfeita. Como será visto a seguir, a subsunção, apesar de ser formalmente uma operação lógica, apresenta problemas de fundamentação substancial semelhantes aos de qualquer teoria. O que está em jogo aqui, portanto, não é simplesmente um método de aplicação não-positivista em comparação com métodos positivistas. A análise da racionalidade do sopesamento não pode ser feita nesses termos, até porque a interpretação e a aplicação do direito não são consideradas, nem mesmo entre positivistas, como um processo estritamente racional e objetivo. Basta, neste ponto, a menção ao enfoque kelseniano sobre o assunto. Segundo Kelsen: “(...)o direito a ser aplicado constitui (...) apenas uma moldura, dentro da qual existem diversas possibilidades de aplicação, sendo considerado conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro dos limites dessa moldura, isto é, que preencha a moldura com algum sentido possível. “

---

372 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2009. p. 69

373 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, 3ª tiragem. Editora Malheiros. São Paulo: 2014. p. 147

Ou seja, nem na concepção tradicional hermenêutica, pautada quase que exclusivamente pelo raciocínio da subsunção, consegue-se extrair o subjetivismo do processo interpretativo, as pré-compreensões do intérprete. A saída, segundo este autor, na mesma linha do pensamento de Robert Alexy, é “a *fixação de alguns parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo, ou seja, de parâmetros que permitam algum controle da argumentação*”.<sup>374</sup> Acrescenta, ainda, que é necessário também um acompanhamento crítico e cotidiano da atividade jurisdicional. Um diálogo em que se cobre uma prática reiterada da Corte, em que a coerência e a história jurisprudencial do Tribunal podem permitir maior previsibilidade às decisões, e, assim, segurança jurídica.<sup>375</sup>

Não há, entretanto, uma resposta correta, nem jamais haverá. Tampouco uma resposta válida definitiva, e isso em qualquer método hermenêutico que se adote.<sup>376</sup>

Além do método, portanto, mister a possibilidade uma prática reiterada jurisprudencial, com acompanhamento crítico da doutrina que possibilite uma coerência e estabilidade decisórias. No caso dos conflitos federativos ambientais, talvez justamente o que o princípio da proporcionalidade, adicionado a um correto equacionamento dessas questões, pode fornecer à doutrina constitucional brasileira. Afinal, “una de las virtudes de la proporcionalidad es que permite que una corte construya coherencia doctrinal al tiempo que mantiene la flexibilidad a través del tiempo y de los casos”.<sup>377</sup>

<sup>374</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, 3ª tiragem. Editora Malheiros. São Paulo: 2014. p. 148

<sup>375</sup> Idem, p. 149-150

<sup>376</sup> “Se bem que toda e qualquer interpretação, devida a um tribunal ou à ciência do Direito, encerre necessariamente a pretensão de ser uma interpretação ‘correcta’, no sentido de conhecimento adequado, apoiado em razões compreensíveis, não existe, no entanto, uma interpretação ‘absolutamente correcta’, no sentido de que seja tanto definitiva, como válida para todas as épocas. Nunca é definitiva, porque a variedade inabarcável e a permanente mutação das relações da vida colocam aquele que aplica a norma constantemente perante novas questões. Tão-pouco pode ser válida em definitivo, porque a interpretação, como ainda haveremos de ver, tem sempre uma referência de sentido à totalidade do ordenamento jurídico respectivo e às pautas de valoração que lhe são subjacentes.” in LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3ª Edição. Ed. Calouste Gulbenkian. Lisboa: 1997. p. 443

<sup>377</sup> SWEET, Alec Stone; MATTHEWS, Jud. *Proporcionalidad y constitucionalismo: um enfoque comparativo global*. Trad. Alberto Supelano. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2013. p. 231 No mesmo sentido, Carlos Bernal Pulido, para quem “[...]algunos autores opinan que una de las grandes ventajas que ofrece el principio de proporcionalidad, como criterio para la aplicación de los derechos fundamentales, estriba precisamente en su flexibilidad, en su aptitud para adaptarse a las circunstancias particulares de cada caso y para facilitar de este modo la obtención de soluciones constitucionalmente correctas.” in BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de*

Além dessa subjetividade inerente ao sopesamento, argumenta-se que esse procedimento, a rigor, estaria a ferir o princípio da separação dos poderes, sendo que somente ao legislador seria facultado realizar e estabelecer as condições de precedência de uns princípios em relação a outros. Somente ele, o legislador, possuiria legitimidade democrática para tanto<sup>378</sup>:

O problema da utilização do 'critério' da proporcionalidade em sentido estrito vai além de sua dúbia objetividade ou potencial subjetividade. Ele tem o condão de ferir tanto o princípio da separação de funções ('poderes') estatais e o princípio democrático, pois ponderar em sentido estrito significa tomar decisões políticas e não jurídicas. Acima das relações empíricas entre intervenção e propósito estatal está a ponderação *stricto sensu* do legislador. Tal ponderação feita entre bens jurídicos ou direitos colidentes cabe somente ao legislador, em se considerando sua legitimação democrática e constitucional organizacional. Em caso de conflito entre direitos, não se deve assim perder de vista as fixações do legislador ordinário, pois os bens jurídicos constitucionais conflitantes não foram hierarquicamente sistematizados pelo constituinte, possuindo todos a mesma dignidade normativo-constitucional. Sua hierarquização concreta faz parte da Política, pois é o legislador ordinário constitucionalmente competente e democraticamente legitimado para fazê-lo.

Com efeito, há “a preocupação de que os juízes, os tribunais, e, de modo especial, a corte constitucional subtraíam poderes do parlamento, que aqueles exerçam competências típicas deste”.<sup>379</sup>E, segundo Bonavides, “de fato, o princípio da proporcionalidade produz uma certa ascendência do juiz sobre o legislador, mas não a ponto de violar o princípio da separação de poderes.”<sup>380</sup>

---

*proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2007. p. 195

378 MARTINS, Leonardo. *Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros*. Cadernos de Direito, Piracicaba 3 (5): 15-45, jul/dez. 2003. p. 37

379 STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre: 2000. p. 194

380 Idem, p. 196. Assim também Daniel Sarmiento, para quem “Sem embargo, é certo que a evolução do princípio em questão tem importado numa paralela restrição à liberdade de conformação do legislador, que passou a sujeitar-se a um controle mais rigoroso, e, admita-se, muito mais subjetivo, dos seus atos. Sob este ângulo, pode-se afirmar que a lógica inerente ao princípio da proporcionalidade refoge à teoria jurídica convencional, já que permite a análise, pelo Judiciário, do mérito do ato normativo, numa atuação que, conforme ressaltou Luís Roberto Barroso, *transcende a do controle objetivo da legalidade*. Não obstante, quando manejado com cautela e parcimônia, o princípio da proporcionalidade revela-se um excepcional instrumento para a proteção dos valores constitucionais, sobretudo daqueles não positivados no texto fundamental. A fluidez e a imprecisão do princípio permitem que ele se preste à tutela de uma multiplicidade de interesses de estatuto constitucional, reforçando o papel da jurisdição constitucional como garantia de uma ordem jurídica mais justa.” *in* SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª Ed. 3ª

## Como explicam Sweet e Matthews<sup>381</sup>

[...]es obvio que el análisis de proporcionalidad sitúa a los jueces constitucionales como legisladores poderosos y que, en condiciones de supremacía estructural, los jueces a menudo predominarán en los procesos legislativos y en la evolución del derecho constitucional. Consideramos que tales resultados son costos que cualquier sistema político debe pagar inevitablemente si desea mantener un sistema efectivo de justicia constitucional. Si el sistema político no desea pagar dichos costos, no debería incluir en su derecho constitucional una carta de derechos que deba ser protegida por un cuerpo judicial cuyas decisiones están amparadas efectivamente contra una reversión.

Concorda-se que há uma valorização do papel do juiz constitucional nos sistemas modernos de controle de constitucionalidade, mas não ao ponto de haver uma subversão do papel do legislador. É que tampouco os juízes constitucionais atuais podem ser a versão clássica de Montesquieu, somente “a boca que pronuncia as palavras da lei”, e certamente o princípio da proporcionalidade seria o instrumento último dessa subversão. Nesse ponto, cabe sempre a observação de Marcelo Neves, para quem a teoria dos princípios não pode se constituir na nova panacéia para todos os problemas constitucionais brasileiros.<sup>382</sup> Ou, como leciona Manuel Medina Guerrero, parafraseando Paracelso, *dosis facit venenum*.<sup>383</sup>

É oportuno lembrar, talvez (o que vem ocorrendo sistematicamente nos últimos na prática constitucional brasileira), que esse subjetivismo, e o consequente problema da legitimidade, pode ser melhor controlado ante uma abertura do processo decisório, a todos aqueles que possuam interesse em expor suas razões e argumentos no caso.

---

tiragem. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2003. p. 77-8

381 SWEET, Alec Stone; MATTHEWS, Jud. *Proporcionalidad y constitucionalismo: un enfoque comparativo global*. Trad. Alberto Supelano. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2013. p. 210

382 NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules. Princípios e Regras Constitucionais*. Editora WMF Martins Fontes. São Paulo: 2013. p. 196. Esse autor teme o casuismo, e reitera que “Não só no que diz respeito à questão dos princípios e da ponderação entre eles, há um estilo *ad hoc* de argumentar na jurisprudência constitucional brasileira. Mas a principiologia e o modelo de sopesamento, se adotados de forma muito maleável e tecnicamente imprecisa, atuam como um estimulante de um 'casuismo' descomprometido com a força normativa da constituição e a autoconsistência constitucional do sistema jurídico. A ponderação *ad hoc* concentra-se nos efeitos de curto prazo ou imediatos, 'negligenciando os de longo prazo”. *idem, ibidem*, p. 201.

383 MEDINA GUERRERO, Manuel. *El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales*. Cuadernos de Derecho Público. Num 5 (septiembre-diciembre). 1998

No dizer de Paulo Gonet Branco<sup>384</sup>:

A fórmula da ponderação não fornece soluções inequívocas, porque não imuniza o processo deliberativo das valorações pessoais. Isso, contudo, não é razão bastante para se abandonar o método. Antes, e diante da inevitabilidade do quinhão de subjetivismo no processo, deve motivar uma abertura do processo deliberatório a uma participação mais alargada dos que podem e desejam contribuir para o debate. As escolhas feitas devem ser claras e fundamentadas tanto quanto possível, até mesmo em vista da continuidade do debate público para além do caso decidido, na busca de reparos e de aperfeiçoamento do Direito.

Superado esse argumento da separação de poderes, há quem sustente que a Corte Constitucional deveria, ao aplicar o princípio da proporcionalidade, restringir-se somente aos dois primeiros momentos (adequação/necessidade), ou somente à necessidade.

Nesse contexto, as razões de Pieroth e Schlink<sup>385</sup>, e também Leonardo Martins, para quem somente o critério da necessidade já seria suficiente para dar resposta, senão a todos, pelo menos a grande maioria dos problemas envolvendo direitos fundamentais, pelo que não se justificaria a utilização do critério duvidoso da proporcionalidade *stricto sensu*. Somente em casos excepcionais, não solucionados pelo cânone da necessidade<sup>386</sup>.

384 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2009. p. 206

385 Dizem esses autores que “[...]Por isso, o controle da proporcionalidade em sentido restrito corre sempre o perigo de fazer valer os juízos subjetivos e os pré-juízos daquele que controla, apesar de todos os esforços de racionalidade. Não é justificável o fato de o Tribunal Constitucional Federal, que exerce o controle, colocar os seus juízos subjetivos acima dos do legislador controlado. Pelo contrário, nos casos subjetivos acima dos do legislador controlado. Pelo contrário, nos casos em que apenas podem ser emitidos juízos meramente subjetivos, aí começam o âmbito e a legitimidade da política. A proporcionalidade em sentido restrito tem um valor posicional totalmente diferente na Administração e na jurisprudência que controla a Administração; o legislador é tão livre de autorizar a Administração, apesar de todos os esforços de racionalidade, a uma pesagem e ponderação, em última análise subjetiva, como a jurisprudência é livre para colocar o seu juízo subjetivo acima do da Administração.” in PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Souza e António Franco. Ed. Saraiva. São Paulo: 2012. p. 142. No mesmo sentido, ROTHENBURG, Walter Claudius. *O tempero da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais*. In: Princípios processuais civis na Constituição. Coord. Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.p. 299

386 MARTINS, Leonardo. *Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros*. Cadernos de Direito, Piracicaba 3 (5): 15-45, jul/dez. 2003. p. 38



Contudo, é Ingo Sarlet e Fensterseifer que respondem que isso, na verdade, somente acarretaria um sobrecarregamento dos dois primeiros momentos<sup>387</sup>:

Sem que se possa aprofundar o debate, parece-nos que tal proposta, a despeito de apontar com razão para os ricos inerentes ao terceiro momento, o da proporcionalidade em sentido estrito, acaba subestimando o fato de que a ponderação, seja qual o nome que se atribuir ao procedimento de sopesamento ou hierarquização dos bens e alternativas em pauta, apenas acaba sendo deslocada e concentrada nas primeiras duas etapas, visto que a supressão do exame da relação entre os meios e os fins ínsita ao terceiro momento ( da proporcionalidade em sentido estrito) poderá resultar na própria violação da razoabilidade, que não se confunde – consoante já frisado – com a proporcionalidade, mas com esta guarda íntima relação.

Alexy reforça, ainda, que mesmo esses exames da adequação e da necessidade não são tão simples.

De fato<sup>388</sup>,

É claro que os exames da adequação e da necessidade não são sempre assim tão simples como nos casos acima analisados. E isso por vários motivos. Dois deles merecem ser salientados. O primeiro é que os exames da adequação e da necessidade dizem respeito a uma relação meio-fim, cuja avaliação frequentemente suscita difíceis problemas de prognósticos. [...]O segundo motivo para que a estrutura desses exames – que, em si, é simples – se torne complexa está ligado apenas ao exame da necessidade. Ele reside na possibilidade de situações nas quais não apenas dois princípios sejam relevantes. Frequentemente, em relação ao direito fundamental afetado, há meios mais suaves e que fomentam o objetivo perseguido pelo legislador de forma igualmente efetiva, mas que têm como desvantagem a afetação de um terceiro princípio.

Há, por fim, quem critique a própria condição de “princípio”, colocando tratar-se na verdade de uma estrutura<sup>389</sup>:

---

387 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2014. p. 183-4

388 ALEXY, Robert. *Posfácio (2002)*. in *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros. São Paulo: 2008. p. 591-2

389 ROTHENBURG, Walter Claudius. *O tempero da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais*. In: *Princípios processuais civis na Constituição*. Coord. Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 290

Não considero que a proporcionalidade seja um princípio jurídico, e isso por três razões: a) de *conteúdo*: a proporcionalidade nada diz sobre um valor fundamental projetado no ordenamento jurídico, apenas se dirige a relações que se estabelecem entre normas jurídicas de conteúdo “material”, quer dizer, que consagram importantes valores sociais (tais normas jurídica é que são autênticos princípios). Estamos a falar de um preceito de natureza formal: como aduz WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, a proporcionalidade “caracteriza-se por ser uma estrutura formal de aplicação das normas-princípios”. O conteúdo da proporcionalidade não se refere a valores que devem orientar o comportamento das pessoas; portanto, não contém uma determinação de comportamento aos destinatários do Direito. O conteúdo da proporcionalidade refere-se a como certas normas devem ser aplicadas; portanto, contém uma determinação aos intérpretes do Direito.

É Carlos Bernal Pulido, mais uma vez, quem responde a essa crítica, dizendo tratar-se na verdade de uma virtude, antes que um defeito. Em suas palavras<sup>390</sup>,

En este aspecto, la crítica atina por completo, pues, como ya hemos mencionado, el principio de proporcionalidad no consiste sino en una estructura. Con todo, en esta característica no puede vislumbrarse una deficiencia del citado principio, sino por el contrario, su mayor virtud. Gracias a este talante estructural, el principio de proporcionalidad puede operar como criterio para la fundamentación y concreción de las normas iusfundamentales adscritas. Ningún criterio material es idóneo para desempeñar de manera autónoma esta función, porque, a causa de la pluralidad de ideologías existentes en la sociedad, los criterios materiales entran con frecuencia en colisiones que no pueden resolverse sin la mediación de criterios estructurales.

Ainda segundo este autor, quatro propriedades definem a racionalidade de um conceito jurídico: (1) conformação que permita diferenciabilidade de outros conceitos; (2) estrutura inteligível; (3) fundamentação plausível na ordem jurídica; (4) ausência de contradições. Em síntese, clareza conceitual, estrutural, fundamentação na ordem jurídica e não-contradição. E acrescenta que, “la racionalidad práctica de una fundamentación jurisdiccional se refiere sobre todo al respeto de las reglas de la lógica y de la argumentación jurídica – con mayor precisión: de la argumentación jurisdiccional”.<sup>391</sup>

390 BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2007. p. 182

391 Idem, p. 246-7

É oportuna, neste contexto, a síntese fornecida por Steinmetz acerca das refutações feitas ao longo dos anos por Alexy à sua Teoria dos Direitos Fundamentais – princípio da proporcionalidade<sup>392</sup>.

Segundo Alexy, a fundamentação referida especificamente à ponderação, além da objeção de irracionalidade, evita outras dificuldades que frequentemente são associadas à ponderação. Evita porque: (a) “ponde de manifesto que la ponderación no es un procedimiento en el cual un bien es obtenido con ‘excesivo apresuramiento’ a costa de otro”; (b) com a lei de colisão, revela que a ponderação não é um procedimento geral e abstrato; (c) vincula a lei da ponderação à teoria da argumentação jurídica racional; (d) mostra que a ponderação não conduz a “decisiones particulares”, à diluição da normatividade no caso concreto, porque “[...]de acuerdo con la ley de colisión, sobre la base de la decisión de ponderación, siempre es posible formular una regla. Por ello, la ponderación en el caso particular y la universalidad no son inconciliables.”; e (e) refuta a afirmação de que a ponderação de bens é um jogo de palavras, umas contra as outras, porque, na verdade, “se establece un principio en contra de otro principio, algo que tiene las consecuencias formuladas en la ley de colisión y de ponderación.

Por último, em defesa do princípio da proporcionalidade, deve-se argumentar o aumento de possibilidade de justiça para os litigantes no caso concreto, atendendo às evoluções da sociedade. Além disso,

estimula, enfim, o controle do exercício do poder, favorecendo a fiscalização democrática – elemento central para a visão republicana -, máxime se a ponderação se realizar num ambiente *inclusivo*, acolhedor de uma ampla participação dos cidadãos.<sup>393</sup>

E isso, no âmbito da proteção ao meio ambiente, direito fundamental na ordem constitucional brasileira, é essencial para a ampliação de sua efetividade, com maior participação democrática e ajuste à evolução da sociedade.

---

392 STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre: 2000. p. 207

393 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2009. p. 142

## Conclusões do capítulo 2

Neste capítulo partiu-se para um estudo da dinâmica operacional federativa brasileira, ou seja, como se operacionalizam seus componentes. Embora pudesse comportar diversas sistemáticas, optou-se por centrar o estudo na interpretação constitucional fundada nos princípios federativo (e subprincípios que o integram) e da proporcionalidade.

Pode-se sintetizar que um dos principais objetivos foi verificar que a hermenêutica constitucional federativa brasileira é caracterizada por uma orientação extremadamente centralizadora, havendo uma cultura e uma sistemática que favorecem a adoção desse posicionamento. Por outro lado, procurou-se desde já demonstrar a receptividade do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo no campo dos direitos fundamentais, e no quanto isso pode contribuir para que possa ser adotado, também, na resolução de conflitos competenciais ambientais, favorecendo posturas mais descentralizadoras, e colaborando com o equilíbrio federativo e a eficiência protetiva ambiental.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro interpreta a Constituição (nesse aspecto, em nada diferente das demais Cortes Constitucionais) procurando resolver problemas práticos, dar solução às demandas que lhe são apresentadas de modo a concretizar efetivamente o texto constitucional. Nessa tarefa, foram recepcionados os métodos e princípios clássicos de interpretação constitucional, sobretudo por influência da doutrina portuguesa de JJ. Gomes Canotilho, por sua vez inspirada na doutrina constitucional alemã de Hesse e Böckenforde. A crítica realizada (Virgílio Afonso da Silva) centra-se no fato de que isso congelou, de certo modo, a hermenêutica constitucional brasileira. Entende-se, nesse contexto, que o direito comparado é um método importante para a ciência constitucional, embora certamente devem ser realizadas as adaptações e críticas pertinentes. Nenhum modelo pode ser simplesmente recepcionado, transposto de uma ordem jurídica estrangeira sem as respectivas ressalvas. Sem dúvida, porém, importantes contribuições podem ser extraídas do direito comparado, e, no caso do presente trabalho, entende-se que (1) a resolução de conflitos pelo princípio da proporcionalidade (União Europeia), bem como algumas (2) contribuições do direito

espanhol (legislação básica, normas adicionais de proteção, e transversalidade da matéria ambiental) podem contribuir para a jurisdição constitucional brasileira federativa.

Com efeito, este capítulo permitiu concluir o quanto a interpretação constitucional brasileira, em matéria federativa, encontra-se “congelada”, vinculada a critérios que nada mais promovem do que a centralização excessiva da federação (predominância do interesse, orientada à prevalência da lei federal; princípio da simetria; inaplicabilidade do princípio da subsidiariedade), e que, muitas vezes, são decorrência de recepção equivocada da doutrina estrangeira (cf. cap. 4). A mudança, nesse aspecto, deve ser encarada como algo imprescindível, como o próprio Supremo Tribunal Federal já ressalva em algumas decisões.<sup>394</sup>

Como já visto, para que uma federação possa assim ser considerada, verificou-se que é necessária uma (1) repartição de competências, constante em uma Constituição escrita e rígida; (2) assegurada distribuição de recursos; (3) assim como a participação dos entes dessa federação na vontade nacional; (4) e a presença de órgão imparcial para dirimir os conflitos nessa federação.

O exercício das competências legislativas estabelecidas constitucionalmente é assegurado, sobretudo, por uma esfera de *autonomia* na qual os entes componentes da federação podem exercer suas atribuições.

Deve-se buscar o equilíbrio no exercício dessa autonomia, a fim de garantir a convivência da diversidade na unidade. No Brasil, há muito tempo não se tem uma federação equilibrada, e sim centralização excessiva.

A autonomia, segundo a doutrina predominante, pode ser subdividida em 4 (quatro) aspectos principais: (1) auto-organização, capacidade de adotar Constituição própria, dispondo sobre seus órgãos; (2) autogoverno, consistente no direito de o povo escolher seus dirigentes, por meio de eleições; (3) autoadministração, capacidade de possuir administração própria, executando suas próprias leis; (4) autolegislação, a capacidade de editar suas próprias leis, segundo os limites estabelecidos na Constituição.

---

394 Cf. ADI 4.060/SC, Rel. Min. Luiz Fux.

Nesse último item é onde ocorrem fundamentalmente os conflitos competenciais, justamente pela dificuldade inerente à interpretação dos limites estabelecidos no texto constitucional. Isso pela problemática inerente à própria natureza de algumas matérias objeto da legislação, ou também pela presença de conceitos com elevada carga de indeterminação normativa (“normas gerais”, “legislação básica”).

Deve-se buscar sempre, na medida do possível, o equilíbrio federativo.

É nessa tarefa que o intérprete, muitas vezes, deve observar os princípios que caracterizam a federação. No caso brasileiro, em síntese, podem ser mencionados: (1) princípio da predominância do interesse; (2) princípio da lealdade federal; (3) princípio da simetria; (4) princípio da subsidiariedade. Nessa lista inicial não se menciona o princípio da proporcionalidade, que foi visto especificamente no decorrer do capítulo, embora se compreenda que também seja um dos princípios característicos do Estado federal brasileiro, dentre outras razões, justamente por possibilitar a consecução do equilíbrio nas relações federativas.

Em relação ao princípio da predominância do interesse, estabelece que compete à União as matérias de interesse nacional, geral. Aos Estados-membros, aquelas de interesse predominantemente regional, cabendo aos Municípios os assuntos de interesse local. Esse princípio, segundo parcela significativa da doutrina brasileira, orienta a repartição de competências. Entretanto, por tratar-se de conceitos bastante indeterminados, a rigor, possibilita que ocorra uma centralização excessiva da federação, pois na grande maioria dos casos as questões sempre são decididas favoravelmente à União. Na dúvida, prevalece o interesse nacional, à semelhança do que ocorre com o critério (cf. Cap. 3) da prevalência da lei federal. Em havendo dúvida no conflito competencial a ser decidido, prevalece a legislação nacional, o interesse geral. Desnecessário referir que, além de resolver inadequadamente o problema, promovendo centralização forçada e equivocada, ocasiona também uma ineficiência protetiva do meio ambiente, justamente por desconsiderar o atendimento de peculiaridades locais que justificam a edição dessas legislações estaduais ou municipais.

Quanto ao princípio da lealdade federal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o menciona na decisão da PET nº 3.388/RR, em voto do Min. Gilmar Mendes. A concepção utilizada nesse voto remonta à adotada na doutrina alemã, que determina observem os entes federativos uma conduta amistosa no exercício de suas competências. Impondo deveres de abstenção, mas também de colaboração. Seu fundamento encontra-se no princípio da solidariedade, e entende-se que seja um princípio essencial para o desenvolvimento equilibrado de qualquer federação. Encontra escassa recepção na jurisprudência constitucional brasileira, o que não afasta, contudo, a premissa de ser necessário e característico do Estado brasileiro, e que fosse mais aplicado na interpretação das relações federativas. Um dos campos em que sua utilização encontraria respaldo certamente seria a guerra fiscal tributária entre os Estados-membros (cf. cap. 1), embora pudesse também ser utilizado no campo da concessão de incentivos fiscais ambientais (ou legislações menos restritivas) entre os entes da federação, evitando-se um nivelamento para baixo (cf. cap. 3 e 4).

O princípio da simetria, cujas origens remontam ao art. 188 da Constituição de 1967, determina que se impõe aos Estados-membros a incorporação obrigatória de algumas normas, alguns padrões e modelos adotados pela União. É um critério hermenêutico delimitador da autonomia dos Estados-membros. Na prática, o Supremo Tribunal Federal compara os modelos de organização política estadual e federal, decidindo quais devem ser os de observância obrigatória pelos entes descentralizados (simetria). Um dos problemas é que esse entendimento, aparentemente, é extraído “do espírito da forma federativa de Estado” (Leoncy), e mesmo que se fundamente no princípio da analogia, a razão para sua aplicabilidade continua sendo extremamente frágil. Demonstra, mais uma vez, a rigidez e centralização excessivas da federação brasileira, além de limitar a autonomia dos Estados-membros sem qualquer transparência, e fundamentado em dispositivos de ordem constitucional já revogada.

Mais uma vez, um critério centralizador para a resolução de conflitos federativos.

O princípio da subsidiariedade também é característico dos Estados compostos, e não seria diferente na federação brasileira, mesmo que pela sua

completa inefetividade. Dispõe que as questões devem ser decididas e resolvidas no âmbito local, se possível, devendo somente ser tratadas em nível central se manifestamente impossível sua resolução. Chama a atenção, contudo, mais uma vez, a escassa utilização desse princípio pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. Uma simples pesquisa demonstrou que somente 3 (três) decisões (até julho/2015) haviam mencionado esse princípio no campo das relações federativas, porém sem extrair maiores consequências práticas de sua utilização. Não se formou uma doutrina sólida, de precedentes sobre o tema. O princípio da subsidiariedade poderia fornecer grandes contribuições à descentralização da federação brasileira, além de permitir o efetivo exercício da participação democrática na resolução de questões locais, fundamental para a proteção ao meio ambiente. Verifica-se, todavia, mais uma vez (e sua rara utilização pelo Supremo Tribunal Federal corrobora essa afirmação) que a federação brasileira é extremamente rígida e centralizada, e a hermenêutica constitucional federativa orienta-se no sentido de preservação dessas características.

Por fim, tem-se o princípio da proporcionalidade, de fundamental importância para assegurar o efetivo equilíbrio das relações federativas, ainda mais na consecução da proteção ao meio ambiente, direito fundamental na ordem jurídico-constitucional brasileira.

Esse princípio teve sua origem no constitucionalismo alemão pós-2ª Guerra, sendo que na doutrina alemã subdivide-se em 3 (três) subprincípios: (1) adequação: o objetivo a ser alcançado é legítimo, a medida adotada é capaz de fomentá-lo?; (2) necessidade: o meio escolhido, dentre os vários idôneos, é o menos gravoso ao exercício do direito fundamental?; (3) proporcionalidade *stricto sensu*: as medidas estatais, adequadas e necessárias, devem restringir os direitos fundamentais somente no limite daquilo que o objetivo perseguido justifica.

Possui duas vertentes: justifica-se sua utilização tanto para verificar a proibição de excesso (*Übermassverbot*) quanto a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*)

O princípio da proporcionalidade controla os limites da ação, do arbítrio estatal (leis, atos normativos, demais atos estatais), e encontra-se extremamente



vinculado às limitações dos direitos fundamentais. A teoria de Robert Alexy, com as distinções entre regras e princípios, mostra-se necessária para compreender as limitações que são impostas ao legislador na concretização de determinados direitos fundamentais, e também permitindo a conciliação entre os direitos e garantias eventualmente colidentes.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, desde a ordem constitucional pretérita, começou a empregar o princípio da proporcionalidade. Inicialmente, de uma maneira informal e mais intuitiva, vinculada principalmente à noção de razoabilidade, na concepção norte-americana. Com a nova Constituição de 1988, paulatinamente a Corte passou a empregar o princípio da proporcionalidade, incorporando lentamente a concepção adotada pela doutrina alemã (com 3 subprincípios), embora se deva ressaltar que nem sempre utilizando essa subdivisão rígida, e algumas vezes ainda sem distinção precisa entre proporcionalidade/razoabilidade, principalmente nas primeiras decisões após a promulgação da Constituição. Hoje, pode-se afirmar, sua utilização encontra-se consolidada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>395</sup>, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais, embora em poucas decisões (quatro, especificamente), fosse utilizado para solucionar algum aspecto de relações federativas.

A federação brasileira tem-se mostrado excessivamente rígida e centralizadora, e isso tem ocasionado uma dificuldade na relação entre os entes federativos, permitindo uma ineficiente proteção ao meio ambiente. Os critérios utilizados pela hermenêutica constitucional nacional mostram-se inadequados, impróprios, e somente tem ocasionado a manutenção desse estado de coisas. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, objetiva justamente: (1) possibilitar maior flexibilidade ao exercício das competências federativas brasileiras, permitindo maior conjugação de todos os princípios relativos aos conflitos competenciais; (2) ao utilizar-se da concepção da doutrina alemã, formalizando o raciocínio argumentativo em três subprincípios, conferir maior transparência à fundamentação, clareza, e,

---

395 A título exemplificativo, pesquisa realizada no site do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, referiu que desde 05.10.1988 a 01.01.2016, a expressão “princípio da proporcionalidade” foi encontrada em 616 (seiscentos e dezesseis) acórdãos. Ver <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28princípio+da+proporcionalidade%29%28%40JULG+%3E%3D+19881005%29%28%40JULG+%3C%3D+20160101%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zx9mgoq> Acesso em 25.07.2016, às 16:39h

com isso, possibilitar a formação de precedentes estáveis e conferindo segurança jurídica; (3) fornecer a abertura hermenêutica necessária para que se possam adotar posições mais favoráveis à descentralização competencial da federação brasileira, e com isso incrementar os níveis de proteção ambiental.

O princípio da proporcionalidade sempre foi objeto de muitas críticas, principalmente em relação ao subjetivismo, ausência de racionalidade, jurisdicionalização do Estado, problemas de legitimidade democrática. Esses argumentos, no entanto, podem ser refutados em sua totalidade. Certeza jurídica, a única resposta correta, é algo praticamente impossível em se tratando de qualquer hermenêutica constitucional, ainda mais tratando-se de direitos fundamentais. A proporcionalidade, com efeito, não é um algoritmo (Bernal Pulido), hábil a fornecer todas as respostas corretas às questões que se apresentem, porém, tampouco o critério subsuntivo clássico o é. Haverá um necessário incremento, com um subsequente aumento de poder, por parte da jurisdição constitucional? Parece inevitável que sim, mas todas as decisões analisadas, entretanto, demonstram que as Cortes Constitucionais mantêm-se extremamente prudentes em julgar inválidos atos do Poder Legislativo. Ou seja, a utilização que pode ser feita de determinado método, como o proposto pelo princípio da proporcionalidade, é que estabelece realmente sua eficácia e a relação com os outros poderes. Como disse Manuel Medina Guerrero, *dosis facit venenum*.

O princípio da proporcionalidade, no entanto, possui uma forte *vis expansiva* que deve ser observada com extrema cautela. No caso deste trabalho, verifica-se que os limites das “normas gerais”, da competência concorrente-compartmentada (art. 24, § 1º, CF/88), devem situar-se entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente. A legislação da União deve conter-se nos limites necessários para a consecução de um mínimo de uniformidade, mas também assegurando a efetiva proteção do meio ambiente, ao passo que as leis dos Estados-membros também devem garantir essa proteção, de acordo com as peculiaridades locais, sem comprometer a unidade federativa. A *vis expansiva*, adianta-se desde agora, pode ser contida com a concepção espanhola de “legislação básica” e “normas adicionais de proteção”, no qual a proteção conferida pelos entes descentralizados somente pode expandir o nível já conferido pela legislação central, sendo vedada sua

redução. Isso, obviamente, dentro dos limites da lealdade federativa, evitando-se competições federativas desnecessárias e prejudiciais.

Isso, no entanto, será estudado com maior profundidade no capítulo 6.

Em síntese, é urgente uma reformulação da interpretação constitucional federativa brasileira, principalmente para possibilitar uma apropriada resolução dos conflitos competenciais em matéria ambiental, de modo a permitir maior descentralização aos Estados-membros. E, desse modo, assegurar maiores possibilidades de proteção ambiental. A relação entre descentralização e efetiva proteção ao meio ambiente, é um dos objetivos do próximo capítulo.

### **CAPÍTULO 3. A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

Neste capítulo, o principal objetivo é introduzir a problemática da questão ambiental, apresentando um histórico do desenvolvimento da defesa do meio ambiente, primeiro em nível mundial (principalmente por meio de tratados internacionais), e, depois, dentro da realidade brasileira e sua consagração pela Constituição de 1988.

Convém estudar, também, o direito ao meio ambiente na Constituição brasileira de 1988, bem como uma possível definição para o que se entende por esse direito, seu conteúdo, e os princípios que o caracterizam, dentre os quais, destacadamente, já se pode antecipar o (1) desenvolvimento sustentável; (2) precaução; (3) prevenção; (4) poluidor-pagador; (5) participação democrática; e (6) cooperação internacional. Ainda que haja outros princípios, a análise e discussão foram restringidas somente a esses itens mencionados, mais significativos e suficientes para o desenvolvimento do tema estudado.

Na sequência, um traço essencial da proteção ambiental no direito brasileiro é sua elevação a condição de direito fundamental (art. 225, CF/88). Para tanto, além de verificar o que realmente significa essa condição, procura-se analisar qual seu conteúdo, que elementos possibilitam identificá-lo como direito fundamental, e, principalmente, como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se posicionado sobre a matéria. Não menos relevante, também, é verificar as críticas que existem em torno a essa fundamentalidade da proteção ao meio ambiente, e quais eventuais implicações à realidade brasileira.

Ao final, discute-se nesse capítulo as competências definidas constitucionalmente em matéria ambiental, como se encontra distribuída entre os entes federativos no Brasil. Ainda que de maneira introdutória, procura-se também colocar alguns desses conflitos competenciais em matéria ambiental (será discutido de forma bem mais aprofundada no cap. 4), assim como dos critérios utilizados pela jurisprudência brasileira para dirimir alguns desses conflitos.

O objetivo, sem dúvida, é apenas introduzir o tema, e demonstrar o quanto esses critérios são extremamente centralizadores da federação brasileira, e não contribuem para uma proteção efetiva ao bem jurídico objeto dessa cautela – a demonstrar, também, a necessidade de adoção de critérios que permitam conferir maior possibilidade de descentralização aos Estados-membros, conjugando os diversos princípios que envolvem o meio ambiente, e incrementando sua proteção.

Por fim, mas não menos importante, ressalte-se bem que: (1) existe o direito fundamental ao meio ambiente na Constituição brasileira (art. 225); (2) e há o exercício dessa competência, pelos entes federativos, para legislar sobre matéria ambiental (arts. 23 e 24), objetivando a proteção ao meio ambiente, e, por consequência, a efetivação desse direito fundamental. São conceitos distintos, embora com evidente correlação entre si.

### **3.1. Introdução: histórico e evolução da proteção ambiental**

A fim de melhor sistematizar as ideias na exposição do histórico das preocupações ambientais dividiu-se este tópico em duas partes, uma abordando-o em nível mundial (ocidental), e outro especificamente o Brasil.

Ambos se encontram inter-relacionados, e possuem uma cronologia e desenvolvimento similares.

#### **3.1.1 Breve histórico mundial da proteção ambiental**

Falar sobre proteção ao meio ambiente, embora muitos autores apontem que houvesse preocupação desde tempos remotos, é falar sobre uma história recente em nível mundial. É o reflexo de uma sociedade de massas ocidental inserida no âmbito da Revolução Industrial e de seus desdobramentos. E, sendo mais específico, não poderia ser diferente, pois nunca antes na história, como nos

últimos 150 (cento e cinquenta) anos, a humanidade cresceu tanto (populacionalmente falando), nem alterou e utilizou tão significativamente os recursos naturais como nesse último período.

Assim é que, já no século XIX, pode-se visualizar o movimento conservacionista, que propõe uma espécie de retorno à natureza, retratado na vida e na obra de Henry D. Thoreau (1817-1862). Há uma ideia poético-romântica que mobiliza a valorização estética da natureza na sua forma original, a qual deve ser preservada em razão disso”.<sup>396</sup> Nesse contexto, ainda em 1872,<sup>397</sup> é que ocorre a criação do primeiro parque nacional do mundo, Yellowstone.<sup>398</sup>

Explica Augusto Carneiro esses primeiros tempos:

[...]O Ecologismo é recente, mas tem bases antigas. Já José Bonifácio Andrada e Silva, o Patriarca da Independência do Brasil, em 1822, na Assembléia Constituinte Imperial defendeu as nossas matas, principalmente contra incêndios, e mais tarde protestou e analisou as consequências da matança dos baleotes, também no Brasil. Em 1837, nos Estados Unidos, Henry David Thoreau criou pequenas teorias em favor da Natureza. Mais tarde, Audubon e John Muir defenderam animais e a Natureza em geral. Também se destacou Henry Bergh, a partir de 1866, institucionalizando a defesa dos animais, principalmente os domésticos. Todos os últimos três, também nos Estados Unidos.<sup>399</sup>

Em um primeiro momento, observa-se uma visão romântica da proteção ao meio ambiente, como ilhas de “conservação” necessárias para a fruição do ser humano. Estende-se essa ideia à defesa de alguns animais, como pássaros e baleias, que ainda antes de 1945 terão tratados internacionais regulamentando sua proteção, ou mesmo proibindo, sua pesca e captura.

Embora existisse certa consciência dos danos causados pelo homem à natureza, os impactos da sociedade de massas industrial ainda não eram tão significativos para serem percebidos em toda sua extensão. Prevalencia a concepção

---

396 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. Editora Saraiva. São Paulo: 2014. p. 71

397 MCCORMICK, John. *Rumo ao Paraíso: a história do movimento ambientalista*. trad.: Marco Antônio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Ed. Relume Dumará. Rio de Janeiro: 1992.p. 30

398 Idem, p.18

399 CARNEIRO, Augusto C. *A História do Ambientalismo: o socialismo, a direita e o ecologismo*. Ed. Sagra Luzzatto. Porto Alegre: 2003. p. 61-2

da natureza como fonte ilimitada de recursos, que poderia comportar um crescimento econômico de escala infinita.

Esse quadro, no entanto, começa a alterar-se após a 2ª Guerra Mundial, principalmente em função do problema da poluição – sem dúvida, talvez o primeiro a chamar a atenção das nações desenvolvidas - , e, também, da questão nuclear, sendo conhecido o fato de que estas duas questões levaram à criação de uma das mais famosas ONGs de proteção ambiental mundiais: o Greenpeace <sup>400</sup>.

A 2ª Guerra Mundial pode ser apontada como um importante divisor na história do movimento ambientalista, principalmente pelo fato de que, a partir dela, no Ocidente, houve uma alteração na conscientização social, alertando para os problemas crescentes da industrialização e a qualidade de vida do ser humano, e, como já referido, a questão nuclear, que chamou a atenção para a real possibilidade de extinção do planeta e da espécie humana. Talvez nunca antes na história da humanidade se tenha adquirido a consciência de que o futuro do planeta corria sérios riscos ante a possibilidade de ocorrência de uma guerra nuclear.

E isso não ficou restrito, evidentemente, somente à questão nuclear. Estendeu-se, por exemplo, ao uso indiscriminado dos agrotóxicos para a produção de alimentos<sup>401</sup>, aos problemas da camada de ozônio, enfim.

Um olhar retrospectivo não pode desconsiderar que, em grande parte, o movimento ambientalista é fruto das revoluções dos anos 1960. Uma época de grande contestação, em que se questionava a ordem estabelecida e se procuravam padrões alternativos ao consumismo e capitalismo desenfreados. É a época dos movimentos pelos Direitos Civis nos Estados Unidos, contra a Guerra do Vietnã, sendo significativo que as primeiras legislações ambientais tenham surgido por essa época nos Estados Unidos<sup>402</sup>.

---

400 MCCORMICK, John. *Rumo ao Paraíso: a história do movimento ambientalista*. trad.: Marco Antônio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Ed. Relume Dumará. Rio de Janeiro: 1992. p.145

401 Sobre os efeitos nocivos para a natureza do emprego massivo de produtos químicos como os pesticidas, o DDT em particular, cf. CARSON, Rachel. *Primavera Silenciosa*. Editorial Crítica. Barcelona: 2013.

402“O ‘despertar’ na esfera comunitária para os valores ecológicos e até mesmo para uma ética ecológica, em curso desde as décadas de 1960 e 1970 nos EUA e na Europa Ocidental, conforme tratamos em tópico precedente, impulsionou, pouco tempo depois, a consagração de legislações nacionais com propósitos nitidamente ecológicos em tais países. O exemplo paradigmático de tal cenário é a legislação ambiental norte-americana do início da Década de 1970: a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (*National Environmental Policy Act – NEPA*), de 1970, a Lei do Ar

Com bem sintetiza Tiago Fensterseifer <sup>403</sup>:

Com a degradação e poluição ambiental cada vez mais impactantes sobre a qualidade de vida e o pleno desenvolvimento do ser humano, fragilizando a proteção da dignidade humana, e com a mobilização sociocultural em sua defesa a partir das décadas de 60 e 70, a proteção do ambiente passa a ser reconhecida em sede jurídico-constitucional como um dos valores que compõem o rol dos direitos (humanos) fundamentais. A questão ambiental é, portanto, um novo enfrentamento histórico a impulsionar novos valores para a seara das relações sociais, formatando, sob o paradigma da transindividualidade, um novo quadro de direitos (e deveres) fundamentais a desafiar o jurista, contemporâneo, diante das suas atuais e concretas circunstâncias históricas, culturais e naturais.

É fora de questionamento, portanto, que no quadro formado após a 2ª Guerra Mundial, principalmente a partir da década de 1960, a Conferência das Nações Unidas em Estocolmo (1972) constituiu o principal marco da luta ambientalista atual.

Com efeito,

Duas conferências internacionais foram realizadas em 1968 e em 1972 para avaliar os problemas do meio ambiente global e; mais importante, sugerir ações corretivas. A primeira foi a Conferência da Biosfera, realizada em Paris em setembro de 1968. Concentrando-se sobre os aspectos científicos da conservação da biosfera, a conferência foi em parte o produto do aumento da coordenação na pesquisa ecológica encorajado pelo Programa Biológico Internacional (ver capítulo 3). A segunda foi a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo em junho de 1972. Estocolmo foi sem dúvida um marco fundamental no crescimento do ambientalismo internacional. Foi a primeira vez que os problemas políticos, sociais e econômicos do meio ambiente global foram discutidos num fórum intergovernamental com uma perspectiva de realmente empreender ações corretivas. A conferência objetivava "criar no seio da ONU bases para uma consideração abrangente dos problemas do meio ambiente humano" e "fazer convergir a atenção de governos e opinião pública em vários países para a importância do problema". O evento

---

Limpo (*Clean Air Act*), de 1970, e a Lei da Água Limpa (*Clean Water Act*), de 1972. Paralelamente, tem-se também a experiência de alguns países europeus, como a Alemanha, com a edição do Programa de Meio Ambiente do Governo Federal (*Umweltprogramm der Bundesregierung*), de 1971, da Lei de Resíduos (*Abfallgesetz – AbfG*), de 1972, e da Lei Federal de Controle de Emissões (*Bundes-Immissionsschutzgesetz – BImSchG*), de 1974. O mesmo se verifica na perspectiva internacional com a Conferência e a Declaração de Estocolmo sobre “Meio Ambiente Humano” (1972), organizada no âmbito das Nações Unidas (ONU)” in SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. Editora Saraiva. São Paulo: 2014. p. 148-9

<sup>403</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre: 2008. p 148



resultou diretamente na criação do Programa de Meio Ambiente das Nações Unidas (UNEP - *United Nations Environmental Programme*). E marcou igualmente uma transição do Novo Ambientalismo emocional e ocasionalmente ingênuo dos anos 60 para a perspectiva mais racional, política e global dos anos 70. Acima de tudo, trouxe o debate entre os países menos desenvolvidos e mais desenvolvidos - com suas percepções diferenciadas das prioridades ambientais - para um fórum aberto e causou um deslocamento fundamental na direção do ambientalismo global.<sup>404</sup>

O que se pode destacar, assim, é que, "antes de Estocolmo, as pessoas geralmente viam o meio ambiente [...] como alguma coisa totalmente divorciada da humanidade[...]Estocolmo registrou um deslocamento fundamental na ênfase de nosso pensamento ambiental."<sup>405</sup> E Estocolmo implantou com firmeza o meio ambiente na agenda das relações internacionais.<sup>406</sup>

Contudo, mesmo antes de Estocolmo, já havia um movimento protecionista ambiental bastante acentuado nos Estados Unidos.

De fato,

A EPA tomou-se, em termos de pessoal e de orçamento, o maior órgão regulamentador de Washington. Começou com um quadro de oito mil pessoas e um orçamento de 455 milhões de dólares; em 1981 possuía um quadro de quase 13 mil funcionários e um orçamento de 1,35 bilhão de dólares. Foi responsável por importante legislação, como a Lei do Ar Limpo, a Lei da Água Limpa, a Lei de Conservação e Recuperação de Recursos e a Lei de Controle de Substâncias Tóxicas. Além da regulamentação, a EPA tinha poderes de financiamento, notadamente através da administração de um superfundo, um programa de 1,6 bilhão de dólares para limpar os depósitos de resíduos da nação. A primeira década da EPA assistiu a uma impressionante efusão de legislação ambiental federal. Apesar das pressões impostas à administração Nixon pelos interesses do capital, o apoio do Congresso à reforma ambiental assegurou a aprovação de legislação fundamental sobre o controle da poluição do ar e da água, recuperação dos resíduos sólidos e regulamentação sobre pesticidas.<sup>407</sup>

A diferença no enfoque das nações ao encararem a Conferência de Estocolmo, e o conseqüente desdobramento das questões ambientais nela

---

404 MCCORMICK, John. *Rumo ao Paraíso: a história do movimento ambientalista*. trad.: Marco Antônio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Ed. Relume Dumará. Rio de Janeiro: 1992.p. 97

405 idem, p. 105

406 Idem, p. 163

407 idem, p. 137

discutidas, merece ser enfatizado. Com efeito, enquanto as nações industrializadas testemunhavam problemas ambientais decorrentes do superdesenvolvimento (poluição, chuva ácida, enfim), os países menos desenvolvidos observam mudanças causadas basicamente pelo crescimento desigual (poluição dos rios, desmatamentos, ocupações irregulares do solo urbano, enfim).

Ou seja, talvez até refletindo o contexto da Guerra Fria, houve uma nítida polarização na questão ambiental, com consequências nos desdobramentos que surgiram pós-Estocolmo. O que, de modo algum, num aspecto mais global, evitou que houvesse uma expansão da legislação protetiva do meio ambiente. Segundo McCormick, as causas do êxito desse movimento pró-ambiente podem ser procuradas em quatro fatores mais amplos:

[...]a natureza evolutiva das relações políticas e econômicas internacionais, o crescimento de uma nova visão global do meio ambiente, a necessidade sentida por muitos ambientalistas do Norte de acomodar as diferentes prioridades dos países menos desenvolvidos e a crescente autoconfiança e sofisticação das ONGs ambientais. Enquanto os ambientalistas dos anos 60 haviam esposado a causa como uma visão alternativa para aqueles que rejeitavam o saber econômico convencional, os dos anos 70 trabalhavam para incorporar os novos valores às políticas das instituições existentes, notadamente a indústria e o governo.<sup>408</sup>

É importante ressaltar, também, a preocupação demonstrada pela União Europeia com a questão ambiental, uma história que pode assim ser sintetizada:

No que se refere à fiscalização de acordos internacionais as organizações regionais ou intergovernamentais gozam de duas vantagens claras; podem exercer pressão moral, senão legal, sobre os governos nacionais e propiciam continuidade administrativa (a OEA e a Convenção do Hemisfério Ocidental sendo exceções notáveis). A Europa Ocidental tem uma abundância de OIGs e ONGs, muitas das quais se voltaram para questões ambientais. A poluição do ar, por exemplo, foi abordada pelo Conselho Nórdico, pelo órgãos especializados da ONU, pela Comissão Econômica da ONU para a Europa, pela OECD e até mesmo pela OTAN. Declarando sua intenção, em 1970, de passar da busca do crescimento econômico pelo crescimento em si para a busca do crescimento qualitativo, a OECD criou um Comitê Ambiental para coletar informações a serem

---

<sup>408</sup> MCCORMICK, John. *Rumo ao Paraíso: a história do movimento ambientalista*. trad.: Marco Antônio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Ed. Relume Dumará. Rio de Janeiro: 1992. p. 152-3

incorporadas ao processo de tomada de decisões e elaboração de políticas da OECD.

Os europeus conseguiram chegar a um acordo em relação aos problemas por eles compartilhados - particularmente quanto à poluição do ar, dos rios e do oceano - mais rapidamente do que poderia ter sido o caso em quase qualquer outra parte do mundo. O primeiro organismo de importância na Europa e o primeiro organismo internacional de base ampla em qualquer parte do mundo a se interessar pelo meio ambiente foi o Conselho da Europa (fundado em 1949).<sup>409</sup>

Essa política ambiental europeia é orientada em grande parte pela “natureza transnacional de muitos problemas ambientais europeus. Ela objetiva, diz a CEE, colocar a expansão econômica ‘a serviço do homem’ através da proteção ambiental e da administração dos recursos naturais.”<sup>410</sup>

Mesmo assim, ainda no cenário europeu, pode-se afirmar que em um país como a Alemanha a doutrina predominante reconhece que o direito ambiental surgiu apenas após a década de 1970. As normas existentes, antes desse período, ainda que protegessem recursos naturais, possuíam interesses mais de natureza econômica que ecológica propriamente dita.

Por fim, é de relevo assinalar-se que esse movimento protecionista do meio ambiente culminou, além da assinatura de diversos tratados internacionais, com a incorporação nos textos constitucionais de muitos países. Os denominados países de constitucionalização tardia (pós-ditaduras), na década de 1970, como Portugal (1976), Espanha (1978), e, posteriormente, o próprio Brasil (1988), em que os textos constitucionais incluíram cláusulas protetivas do meio ambiente. E, obviamente, com o desenvolvimento de legislação pertinente ao tema<sup>411</sup>.

---

<sup>409</sup> MCCORMICK, John. *Rumo ao Paraíso: a história do movimento ambientalista*. trad.: Marco Antônio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Ed. Relume Dumará. Rio de Janeiro: 1992. p. 178

<sup>410</sup> Idem, p. 179

<sup>411</sup> “[. . .]A respeito do regime jurídico-constitucional de proteção ambiental na Lei Fundamental alemã, cumpre destacar que, diferentemente do que se verifica na CF/88, não se reconhece uma dimensão subjetiva ou mesmo um direito fundamental ao ambiente, mas apenas a tarefa ou objetivo estatal de proteção ambiental, vinculando os Poderes Públicos à consecução de tal missão constitucional. No entanto, em que pese o regime jurídico constitucional alemão de proteção do ambiente referido acima, pautado por uma proteção eminentemente objetiva do ambiente, não restam dúvidas de que o regime jurídico alemão de proteção ambiental constitui seguramente um dos que conta com mais elevado nível de eficácia jurídica e social no âmbito do direito comparado.” in SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. Editora Saraiva. São Paulo: 2014. p. 166

### 3.1.2 O histórico brasileiro na proteção ambiental

Inicialmente, uma pergunta se impõe: qual a dimensão do patrimônio ambiental brasileiro?

À primeira vista pode parecer uma pergunta presunçosa, e sem qualquer possibilidade de resposta concreta mais efetiva, porém alguns dados do Ministério do Meio Ambiente podem ajudar a ter uma noção sobre o tema.

Assim, no que se refere apenas à Amazônia, compõe cerca de 3 milhões de km<sup>2</sup> no território brasileiro, com 25 milhões de habitantes, e um desmatamento da ordem 402.663 km<sup>2</sup> de 1988 a 2013, sendo 4.571km<sup>2</sup> somente no ano de 2012, 84% menor que 2004 e a menor registrada<sup>412</sup>. Já no que diz respeito à fauna, o país é responsável pela gestão do maior patrimônio de biodiversidade do mundo: são mais de 100 mil espécies de invertebrados e aproximadamente 8.200 espécies vertebradas, das quais 627 estão listadas como ameaçadas de extinção<sup>413</sup>. Por último, quanto à flora, signatário da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), de 1993, o Brasil é responsável pela gestão do maior patrimônio de biodiversidade do mundo. A flora catalogada no país reúne mais de 41 mil espécies. Em síntese, o Brasil tem 8,5 milhões km<sup>2</sup> de extensão, concentra de 11% a 14% da diversidade de plantas do mundo, e tem mais de 41 mil espécies catalogadas e milhares ainda desconhecidas pela ciência<sup>414</sup>.

Com esse breve relato, cuja importância reside em demonstrar a magnitude e as dificuldades em se resguardar o patrimônio ambiental brasileiro, assim como a necessidade de se proceder a sua preservação, pode-se dizer que o histórico da proteção jurídica ao meio ambiente brasileiro não difere substancialmente do

412 Fonte: <http://www.mma.gov.br/mma-em-numeros/desmatamento> em 23.11.14, as 15:06h

413 Fontes: Fonte: <http://www.mma.gov.br/mma-em-numeros/desmatamento> em 23.11.14, as 15:10h; <http://www.icmbio.gov.br/portal/biodiversidade/fauna-brasileira/painel-de-conservacao-da-fauna-brasileira.html>. Segundo alguns, “o tráfico de vida silvestre, no qual se inclui a flora, a fauna e seus produtos e subprodutos, é considerado a terceira maior atividade ilegal do mundo, apenas atrás do tráfico de arma e do tráfico de drogas.” In SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. Editora Saraiva. São Paulo: 2014. p. 57

414 Fonte: <http://www.mma.gov.br/mma-em-numeros/desmatamento> em 23.11.14, as 15:10h

verificado no restante do mundo<sup>415</sup>. Não seria exagero adotar-se o mesmo ponto de vista da doutrina alemã, para afirmar que o direito ao meio ambiente é disciplina nova, surgida efetivamente somente após 1970.

A doutrina brasileira costuma dividir a proteção jurídica ao meio ambiente em três fases: (1) a primeira, de exploração desregrada ou *laissez faire* ambiental, de 1500 até a 2ª Guerra; (2) a segunda, que vai dessa segunda metade do século XX até começo dos anos 1980, denominada fase fragmentária; (3) a terceira, a fase holística, com a constitucionalização do direito ambiental.<sup>416</sup>

Assim é que, desde o descobrimento<sup>417</sup> até a primeira metade do século XX, pouca atenção mereceu a proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que alguns estadistas<sup>418</sup> demonstrassem preocupação com a dilapidação do patrimônio natural, o fato é que a pouca ou quase inexistente legislação existente visava unicamente a proteger interesses econômicos, como a exploração do pau-brasil. Como ressalta Herman Benjamin, a omissão legislativa era a característica predominante, “relegando-se eventuais conflitos de cunho ambiental quando muito ao sabor do tratamento pulverizado, assistemático e privatístico dos direitos de vizinhança”.<sup>419</sup>

---

415 Há, principalmente no contexto do Rio Grande do Sul, as importantes exceções de Balduino Rambo e Henrique Luís Roessler, que já nas décadas de 1940 e 1950 lutavam pela defesa do meio ambiente, em verdadeiro movimento de vanguarda. É neste Estado que surgiu a primeira entidade brasileira devotada à defesa do meio ambiente, a AGAPAN, em 1971, com a figura de José Lutzenberger. Cf. CARNEIRO, Augusto C. *A História do Ambientalismo: o socialismo, a direita e o ecologismo*. Ed. Sagra Luzzatto. Porto Alegre: 2003. p. 61-2; ROESSLER, Henrique Luís. *O Rio Grande do Sul e a Ecologia: crônicas escolhidas de um naturalista contemporâneo*. Martins Livreiro Editor. Porto Alegre: 1986.

416 Nesse sentido, BENJAMIN, Antônio Herman V. *Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro*. Revista de Direito Ambiental. Ano 4. abril-jun 1999. Editora RT. p. 51

417 Para uma compreensão do processo de colonização e a devastação produzida no Brasil, especificamente no que se refere à Mata Atlântica, onde o colonizador se fixou inicialmente, ver DEAN, Warren. *A ferro e fogo: a história e a devastação da mata atlântica brasileira*. Trad. Cid Knipel Moreira. 9ª reimpressão. Ed. Companhia das Letras. São Paulo: 2013.

418 Por exemplo, Jose Bonifácio, que além de criticar duramente a escravidão disse: “[. . .]nossas matas preciosas em madeiras de construção civil e náutica não seriam destruídas pelo machado assassino do negro, e pelas chamas devastadoras da ignorância. Os cumes de nossas serras, fonte perene de umidade e fertilidade para as terras baixas, e de circulação elétrica, não estariam escaldados e tostados pelos ardentes estios do nosso clima. É pois evidente que, se a agricultura se fizer com os braços livres dos pequenos proprietários, ou por jornaleiros, por necessidade e interesse serão aproveitadas essas terras, mormente nas vizinhanças das grandes povoações, onde se acha sempre um mercado certo, pronto e proveitoso, e deste modo se conservarão, como herança sagrada para nossa posteridade, as antigas matas virgens, que pela sua vastidão e frondosidade caracterizam o nosso belo país.” in ANDRADA E SILVA, José Bonifácio de. *Projetos para o Brasil*. Org. Mirian Dolnikoff. Ed. Companhia das Letras. 1ª reimpressão. São Paulo: 2005. p. 59-60

419 BENJAMIN, Antônio Herman V. *Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro*. Revista de Direito

Após essa fase, desponta o período fragmentário<sup>420</sup>, que vai desde aproximadamente a segunda metade do século XX (década de 1930 em diante) até o começo dos anos 1980, em que surge uma legislação preocupada com algumas parcelas de recursos naturais, impondo regulamentação às atividades de exploração. O que caracteriza esse período é a falta de sistematicidade e a dispersão da legislação. Nesse momento encontra-se o Código de Águas (Decreto nº 24.643/34)<sup>421</sup>, Código de Caça (Decreto nº 5.894/43 e Lei nº 5.197/67), Código de Pesca (Decreto-Lei nº 794/38 e Decreto-Lei nº 221/67)<sup>422</sup>, o antigo Código Florestal (Decreto nº 23.793/34, e depois Lei nº 4.771/65<sup>423</sup>), o Código de Mineração (Decreto-Lei 1985/40 e Decreto-Lei nº 227/67), a Lei de Responsabilidade por danos nucleares (Lei nº 6.453/77).<sup>424</sup>

Nessa fase, faltando fundamento constitucional, como ressalta Herman Benjamin, o legislador encontrou amparo na proteção à saúde, sendo que esta não poderia ser assegurada em um ambiente degradado. Ou seja, “*degradação ambiental* seria sinônimo de *degradação sanitária*. Uma argumentação de cunho estritamente homocêntrico, com indisfarçável conteúdo economicista e utilitarista.”<sup>425</sup>

Por fim, a inaugurar a 3ª fase (holística) da proteção ambiental brasileira, o principal diploma legislativo é a Lei nº 6.938/81, que “após seus mais de 30 anos de vigência, o diploma cumpre até hoje o papel de *Código Ambiental Brasileiro*.”<sup>426</sup> Com efeito, essa lei institui a Política Nacional do Meio Ambiente e o Sistema Nacional de Proteção ao Meio Ambiente, à semelhança do NEPA norte-americano.

---

Ambiental. Ano 4. abril-jun 1999. Editora RT. p. 51

420 BENJAMIN, Antônio Herman V. *Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro*. Revista de Direito Ambiental. Ano 4. abril-jun 1999. Editora RT. p. 51

421 Cf. Lei nº 9.433/97

422 Cf. Lei nº 11.959/2009

423 Atualmente, Lei nº 12.651/2012

424 Merecem referência, ainda, nesse período, o Decreto-Lei 248, de 28.2.1967, que instituiu a Política Nacional de Saneamento Básico; o Decreto-Lei 303, que criou o Conselho Nacional de Controle da Poluição Ambiental. Não foram aplicados, sendo oito meses após substituídos pela Lei 5.318, de 26.9.1967. Decreto-Lei 1.413, de 14.8.1975, dispendo sobre o controle da poluição do meio ambiente provocada por atividade industrial, regulamentado pelo Decreto 76.389, de 3.10.1975. Por derradeiro, merece destacar que em 1973, pelo Decreto 73.030, de 30.10.1973, se cria a Secretaria Especial do Meio Ambiente, no âmbito do Ministério do Interior.

425 BENJAMIN, Antônio Herman V. *Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro*. Revista de Direito Ambiental. Ano 4. abril-jun 1999. Editora RT. p. 53. O ilustre autor entende, ainda, que esse argumento é dogmaticamente frágil, pois não se pode confundir meio ambiente ecologicamente equilibrado com direito à saúde. Embora possuam uma área de convergência, os limites externos de suas configurações não são idênticos.

426 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. Editora Saraiva. São Paulo: 2014. p. 223

Consoante ressalta José Afonso da Silva:

A Lei 6.938/81 institui o Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), sob influência dos Estados Unidos e seu *National Environmental Protection Act*, de 1969. A finalidade do SISNAMA é estabelecer uma rede de agências governamentais, nos diversos níveis da Federação, visando a assegurar mecanismos capazes de, eficientemente, implementar a Política Nacional do Meio Ambiente. Sua configuração é complexa, pois a coordenação entre os diversos atores do sistema depende de toda uma série de circunstâncias que variam desde a desigualdade científica e técnica entre seus integrantes, rivalidades regionais, opções econômicas, entre outras.<sup>427</sup>

Como se pode verificar, a Lei 6.938/81 é o marco que baliza uma nova fase sistemático-valorativa. E somente após sua “edição e, por consequência, o reconhecimento da autonomia normativa dos valores ecológicos e do bem jurídico-ambiental é que se poderia falar de um Direito Ambiental brasileiro com real expressão e suporte normativo”.<sup>428</sup>

Entre as inovações dessa lei, pode-se mencionar o SISNAMA e o CONAMA. Quanto ao primeiro,

Entre as inúmeras inovações trazidas pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (LPNMA), merece destaque a criação do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA (arts. 6º e 8º). A criação do SISNAMA, com forte repercussão administrativo-institucional, estabeleceu um parâmetro administrativo-organizacional, antes inexistente, para os entes federativos que compõem o Estado brasileiro (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) no tocante à tutela e promoção do ambiente. A consagração do SISNAMA na lei 6.938/81, muito embora já existissem órgãos ambientais em alguns Estados e Municípios brasileiros, impulsionou a criação de órgãos especializados na temática ecológica em todas as esferas federativas, vinculando a atuação dos entes públicos em geral aos novos objetivos de proteção ambiental trazidos pelo novo diploma legislativo. A Lei 6.938/81 edificou a pedra de toque da estrutura administrativa de proteção ambiental, irradiando-se para todas as esferas federativas. Tais inovações legislativas amarraram a proteção ecológica à tutela do Estado, criando novos deveres e obrigações para os entes públicos em matéria ambiental e, nesse sentido, abrindo um novo capítulo – que, como veremos mais à frente, foi confirmado pela CF/88 – no tocante à atuação (defesa e promoção) do Estado em prol do ambiente.<sup>429</sup>

427 MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. 7ª Edição. Editora Verbo Jurídico. Porto Alegre: 2013. p. 87

428 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. Editora Saraiva. São Paulo: 2014. p. 182

429 Idem, p. 224-5

Já o Conselho Nacional do Meio Ambiente é o órgão colegiado de caráter deliberativo e consultivo do SISNAMA, cabendo-lhe regulamentar<sup>430</sup> a legislação ambiental visando à sua execução.<sup>431</sup> É um órgão que

[...]constitui importante instância de participação social e de cooperação entre governo e sociedade, propiciando o debate em torno de temas ambientais relevantes entre representantes da União, dos Estados e Municípios, da iniciativa privada e de organizações da sociedade civil. [...]O CONAMA é constituído de representantes de 5 segmentos diretamente interessados na temática ambiental: o Governo Federal, os governos estaduais e municipais, o setor empresarial e a sociedade civil, esta integrada por representantes de organizações ambientalistas, comunidade científica, populações indígenas e tradicionais, órgãos de classe e movimentos sindicais. Além desses segmentos, o Conselho inclui representantes do Ministério Público Estadual e Federal, bem como do Congresso Nacional, mas que não têm direito a voto.<sup>432</sup>

Pode-se, portanto, afirmar que a Lei nº 6.938/81 inaugurou a efetiva política de proteção ao meio ambiente no Brasil, sendo que constitui, na verdade, o primeiro marco nesse sentido (Edis Milaré). Ainda segundo este autor, o segundo marco coincide com a edição da Lei 7.347, de 24.07.1985, “que disciplinou a ação civil pública como instrumento processual específico para a defesa do ambiente e de outros interesses difusos e coletivos e possibilitou que a agressão ambiental finalmente viesse a tornar-se um caso de justiça.”<sup>433</sup>

430 Esclarece Ingo Sarlet que “a doutrina, tradicionalmente, aponta três funções para o Poder Regulamentar previsto no ordenamento brasileiro: a) solucionar a execução da lei, quando for o caso; b) facilitar a execução da lei, especificá-la de modo praticável e acomodar o aparelho administrativo para bem observá-la e c) incidir no campo da discricionariedade técnica. Precisamente esta terceira função identificada - incidir no campo da discricionariedade técnica – constitui, em termos gerais, a principal atribuição do CONAMA, que, mediante recurso, em geral, a outros ramos do saber, edita atos normativos com o objetivo de dar a devida concretização e execução à legislação. A função do regulamento, neste sentido, é a de, por meio de conceitos outros que não jurídicos, explicitar, as normas previstas na lei formal. A legislação ambiental é complementada por Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA.” in SARLET, Ingo Wolfgang. *As resoluções do CONAMA e o princípio da legalidade: a proteção ambiental à luz da segurança jurídica.* em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_90/Artigos/PDF/IngoWolfgang\\_Rev90.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_90/Artigos/PDF/IngoWolfgang_Rev90.pdf), acesso em 20.08.15. p. 9

431 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral.* Editora Saraiva. São Paulo: 2014. p. 225

432 Idem, p. 226

433 MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente.* 8ª ed. rev. atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013. p. 240-1. Reforça, ainda, que “para bem dar a dimensão real e a importância efetiva do afrouxamento das regras de legitimação para agir, basta lembrar que países mais desenvolvidos da União Europeia e tão próximos de nossa tradição jurídica, como Alemanha,



O terceiro marco se concretiza com a promulgação da Constituição de 1988, que dispôs em capítulo específico sobre o meio ambiente e consagrou sua proteção como direito fundamental da ordem jurídica constitucional brasileira. Por fim, o quarto “marco é representado pela edição da Lei 9.605, de 12.02.1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente”.<sup>434</sup>

Evidentemente, a proteção ambiental teve um incremento significativo de legislação no Brasil após a Constituição de 1988. Em tal volume, aliás, que, em termos jurídico-normativos, uma das causas de ineficácia protetiva ambiental se encontra também nessa verdadeira inflação (confusão) legislativa, e cuja complexidade federativa brasileira só fez incrementar ainda mais esses problemas.

Por fim, cabe destacar algumas singularidades que diferenciam a maneira como é concebida a proteção ambiental no Brasil, ou, mais especificamente, como se concebeu esse movimento no país, do restante do mundo.

De acordo com Herman Benjamin:

Não carece ser romântico para reconhecer que somos todos herdeiros e vítimas dessa percepção simplista das relações homem-natureza que, casada com o perverso desequilíbrio social, com ilhas de riqueza pontilhando sobre um mar de pobreza, haveria de redundar na gravidade e larga escala de nossos problemas ambientais atuais. Não estamos, pois, diante de efeitos nefastos atrelados tão-só às gerações pós-industriais, que, sem dúvida, deram novo e acelerado fôlego à trajetória centenária de assalto aos ecossistemas.<sup>435</sup>

O movimento ambientalista brasileiro, desse modo, diferentemente de outros no resto do mundo, possui uma aproximação com a luta por direitos sociais como moradia, saneamento básico, direito dos trabalhadores, enfim. Parece inevitável que assim fosse, ante o contexto de subdesenvolvimento que caracteriza

---

França, Bélgica, Portugal e Espanha – para citar alguns -, ainda buscam, sem resultados concretos mais evidentes, um sistema de acesso coletivo à Justiça”. (idem, ibidem).

434 MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013. p. 241

435 BENJAMIN, Antônio Herman V. *Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro*. Revista de Direito Ambiental. Ano 4. abril-jun 1999. Editora RT. p. 49

a grande maioria das regiões brasileiras. Em um país em que considerável parcela da população passa fome, mesmo com os esforços governamentais dos últimos anos, é evidente que a causa ambiental não poderia, nem deveria, constituir um movimento isolado desses problemas.

Ter essa compreensão é de fundamental importância para a busca de uma hermenêutica constitucional equilibrada, que considere a proteção ao meio ambiente em um contexto mais amplo, assegurando o equilíbrio com o desenvolvimento econômico e social. Entende-se, nesse contexto, a importância de adotar-se critérios que possibilitem essa interpretação, sendo o princípio da proporcionalidade relevante para o cumprimento desses objetivos.

### 3.2 Direito ao meio ambiente na Constituição de 1988

Como ressalta José Afonso da Silva, “o ambientalismo passou a ser tema de elevada importância nas Constituições mais recentes.”<sup>436</sup> A título exemplificativo, há referências expressas ao meio ambiente em diversos dispositivos da Constituição de 1988: art 5º, LXXIII; art 20, II; art. 23; art. 24, VI, VII e VIII; art. 91, § 1º, III; art. 129, III; art. 170, VI; art. 173, § 5º; art. 174, § 3º; art. 186, II; art. 184; art. 200, VIII; art. 7º, XXII; art. 216, V; art. 220, § 3º, II; art. 225; art. 231, § 1º.<sup>437</sup>

Essa constitucionalização do direito ambiental, bem como dos valores e princípios que caracterizam sua atuação, faz com que alguns autores prefiram expressões como *Estado Socioambiental*, ou *Estado Pós-Social*, *Estado Constitucional Ecológico*, *Estado de Direito Ambiental*, *Estado do Ambiente*, *Estado Ambiental*, *Estado de Bem-Estar Ambiental* e *Estado Sustentável*.<sup>438</sup> Não se considera apropriado partir para designações novas apenas pelo fato de a proteção ambiental estar alçada a um patamar constitucional. É suficiente que se tenha plena

---

436 SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 7ª edição atualizada. Malheiros Editores. São Paulo: 2009. p. 43

437 Implicitamente, pode-se mencionar o art. 21, IX; art. 21, XX; art. 21, XXIII, XXIV, XXV; art. 22, IV, XII, XXVI; art. 23, II; art. 23, III e IV; art. 24, VII; art. 215 e 216

438 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. 2ª Edição Revista e Atualizada. Ed Revista dos Tribunais. São Paulo: 2012. p. 98

compreensão de sua importância, e adotem-se os mecanismos tradicionais do direito constitucional contemporâneo, em especial, no caso brasileiro, do Estado Social de Direito federativo.

Assim, tem-se no art. 225 da Constituição de 1988<sup>439</sup>, que completou a evolução iniciada com a Lei nº 6.938/81 e deu cumprimento a compromissos internacionais dos quais já era signatário.

Como ponderam Ana Marchesan e Annelise Steigleder:

O art. 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988, completou a valorização da temática ambiental iniciada com a Lei 6.938/81, porquanto reconheceu o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana.

Com isso, o Brasil honrou o compromisso assumido quando da Convenção de Estocolmo de 1972, da qual resultou uma Declaração de Princípios, em que, no princípio 1º consta que “*O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade, e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente cuja qualidade lhe permite levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras.*” Esse princípio foi

---

439 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade; § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei; § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. § 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. § 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. § 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas. Cf. também, regulamentando diversos desses incisos, Lei n 7.735/89, Lei n 7.797/89, Lei 11.284/06, Lei n 9.985/2000, Lei n 7.802/89, Lei n 11.505/2005, Lei n 9.795/99, Lei n 9.605/98, Lei n 11.794/2008.

reafirmado na Declaração do Rio de Janeiro de 1992: “Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com o meio ambiente.” (princípio 1º).<sup>440</sup>

O que significa, contudo, essa constitucionalização plena do meio ambiente no art. 225 da Constituição de 1988? Qual o conteúdo específico e a dimensão dessa positivação no texto constitucional?

Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer respondem, com propriedade, esta questão:

No ordenamento jurídico brasileiro, a proteção ambiental foi “constitucionalizada” em capítulo próprio, inserido no título da “Ordem Social” da CF88 (art. 225), além de contar com outros dispositivos constitucionais em matéria de proteção ambiental, relacionando a tutela ecológica com outros temas constitucionais de alta relevância. A CF88 (art. 225, *caput*, c/c art. 5º, §2º) atribuiu à proteção ambiental e –pelo menos em sintonia com a posição amplamente prevalecente no seio da doutrina e da jurisprudência – o *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, além de consagrar a proteção ambiental como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado – Socioambiental – de Direito Brasileiro, sem prejuízo dos deveres fundamentais em matéria socioambiental. Há, portanto, o reconhecimento, pela ordem constitucional, da *dupla funcionalidade* da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, a qual toma a forma simultaneamente de um *objetivo e tarefa estatal* e de um *direito (e dever) fundamental* do indivíduo e da coletividade, implicando todo um complexo de direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico [ . . . ]<sup>441</sup>

A Constituição de 1988 estabelece, além de uma série de princípios (sustentabilidade, prevenção e precaução, educação ambiental, enfim), a elevação do direito ao meio ambiente à condição de direito fundamental, com todas as prerrogativas e consequências decorrentes dessa condição. Outro significado importante é tornar a proteção ao meio ambiente cláusula pétrea da federação brasileira (art. 60, § 4º, IV, CF/88)<sup>442</sup>. Esse entendimento, de tratar-se o direito ao

440 MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. 7ª Edição. Editora Verbo Jurídico. Porto Alegre: 2013. p. 39

441 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. 2ª Edição Revista e Atualizada. Ed Revista dos Tribunais. São Paulo: 2012. p. 95-6

442 “A consolidação constitucional da proteção ambiental como cláusula pétrea corresponde à decisão essencial da Lei Fundamental brasileira, em razão da sua importância do desfrute de uma vida com qualidade ambiental à proteção e equilíbrio de todo o sistema de valores e direitos constitucionais, e especialmente à dignidade humana. Com o reconhecimento da proteção ambiental como cláusula pétrea, a Constituição brasileira, como identificou Benjamin, conferiu um

meio ambiente de um direito fundamental, é consolidado pela doutrina<sup>443</sup>, assim como pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>444</sup>.

Outrossim, a par da consagração desse direito fundamental ao meio ambiente (3ª geração), foi, no âmbito da distribuição de competências da federação brasileira, reconhecida a competência concorrente entre União, Estados e Municípios para legislar sobre essa matéria (art. 24). E o exercício dessa competência legislativa, sem dúvida, deve ser visualizado como um meio para o atingimento do fim maior de proteção ambiental.

### 3.2.1 Uma definição possível ao direito ambiental

O que se entende por direito ambiental? Por proteção ao meio ambiente? A importância da resposta adequada a estas perguntas repousa no fato de se ter uma pré-compreensão justificada e orientada ao correto desenvolvimento da

---

“valioso atributo de durabilidade” à proteção ambiental no âmbito do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, o qual “funciona como barreira à desregulamentação e a alterações ao sabor de crises e emergências momentâneas, artificiais ou não.” in FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre: 2008. p 170

443 De fato, “ao proclamar o meio ambiente como “bem de uso comum do povo”, foi reconhecida a sua natureza de “direito público subjetivo”, vale dizer, exigível e exercitável em face do próprio Estado, que tem também a missão de protegê-lo. Destarte, o equilíbrio ecológico e a qualidade ambiental são assegurados de parte a parte, por vezes mediante disputas e contendas em que o Poder Público e a coletividade (por seus segmentos organizados e representativos) se defrontam e confrontam dentro dos limites democráticos.” in MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013. p. 161

444 O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. ([MS 22.164](#), Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, *DJ* de 17-11-1995.) No mesmo sentido: RE 134.297, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-6-1995, Primeira Turma, *DJ* de 22-9-1995.

hermenêutica constitucional pertinente quando da resolução dos conflitos federativos.

Desde já, pode-se adiantar que a resposta oferecida depende, por um lado, da visão mais ou menos antropocêntrica que se tenha do meio ambiente.

Por conseguinte, questão das mais importantes refere-se àquilo que se entende por “direito ambiental”. Embora haja um conceito legislativo, isso não torna o debate sem sentido, pois há a necessidade de interpretar-se o texto legal. Talvez seja mais conveniente à adequada interpretação que se deva conferir ao objeto de estudo do direito ambiental verificar as concepções que permeiam esse conceito, e que influenciam inevitavelmente nas soluções e construções jurídicas que se possam apresentar.

Refere-se, aqui, especificamente à questão da visão antropocêntrica ou não do direito ambiental. Foi Descartes quem abriu caminho para a separação rígida entre ser humano e natureza, que até hoje marca a abordagem científica em quase todas áreas do conhecimento. Entretanto, essa visão é justamente a que levou o planeta ao atual estágio de colapso em que atualmente se encontra.<sup>445</sup> Lutzenberger, ao criticar essa especialização do conhecimento, já dizia que:

[ . . . ]Esta atitude tem sido a base do progresso da ciência e da técnica, mas ela produz efeitos catastróficos quando aplicada ao meio ambiente. A biosfera é um complexo sistema de equilíbrios dentro de equilíbrio, que por sua vez faz parte de equilíbrios ainda maiores. Para compreender o nosso meio ambiente, temos que encarar o todo, temos que ver a dinâmica dos sistemas naturais, temos que aprender a ver o homem como parte deste grande complexo<sup>446</sup>.

Por outro lado, uma visão estritamente biocêntrica, ou ecocêntrica não conduzirá a uma proteção adequada do meio ambiente. Há que se considerar que todo o instrumental jurídico foi elaborado com vistas unicamente ao ser humano e a regulamentação dessas relações entre humanos. E, no atual estágio civilizatório, é o

---

445 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. Editora Saraiva. São Paulo: 2014. p. 120-1

446 *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. Editora Saraiva. São Paulo: 2014. p. 121

que se possui e pode fornecer a proteção mais adequada. As teorias dos direitos fundamentais, e do Direito Constitucional, constituem o melhor instrumental possível e apropriado para a proteção do meio ambiente.

Desse modo, o que se deve buscar é uma visão que tente conciliar ambas as perspectivas, a antropocêntrica e a biocêntrica. Uma perspectiva pautada unicamente pela defesa irrestrita da natureza careceria de sentido pragmático, e esqueceria aquele que, também, é membro dessa natureza e fundamental ao Direito: o ser humano. Por outro lado, e não menos importante, não se deve interpretar as normas jurídicas apenas pela perspectiva do que pode interessar e ser útil ao ser humano. Isso ocorre, por vezes, quando se busca somente valorizar a saúde humana, ou a qualidade de vida, e o que se descortina na verdade é essa visão estritamente antropocêntrica e utilitarista<sup>447</sup>. Essa postura, entretanto, não se concilia com o paradigma da sustentabilidade, que objetiva justamente preservar para as gerações futuras aquilo que pode ser intangível na atualidade.<sup>448</sup>

Fixadas essas premissas, ensina Millaré que a expressão *meio ambiente* “foi, ao que parece, utilizada pela primeira vez pelo naturalista francês Geoffroy de Saint-Hilaire na obra *Études progressives d’un naturaliste*, de 1835, tendo sido perfilhada por Augusto Comte em seu Curso de filosofia positiva”.<sup>449</sup>

Para alguns doutrinadores, haveria diferenças entre “direito do ambiente” e “direito do meio ambiente”.

Explica Edis Millaré<sup>450</sup>:

---

447 Já José Lutzemberger afirmava que: “a evolução orgânica é um processo sinfônico. As espécies, todas as espécies, e o Homem não é uma exceção, evoluíram e estão destinadas a continuar evoluindo conjuntamente e de maneira orquestrada. Nenhuma espécie tem sentido por si só, isoladamente. Todas as espécies, dominantes ou humildes, espetaculares ou apenas visíveis, quer nos sejam simpáticas ou as consideremos desprezíveis, quer se nos afigurem como úteis ou mesmo nocivas, todas são peças de uma grande unidade funcional. A natureza não é um aglomerado arbitrário de fatos isolados, arbitrariamente alteráveis ou dispensáveis. Tudo está relacionado com tudo. Assim como numa sinfonia os instrumentos individuais só tem sentido como partes do todo, é função do perfeito e disciplinado comportamento de cada uma das partes integrantes da maravilhosa sinfonia da evolução orgânica, onde cada instrumento, por pequeno, fraco ou insignificante que possa parecer, é essencial e indispensável.” in ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 17ª Edição. Editora Atlas. São Paulo: 2015. p. 68

448 Nesse sentido, também, cf. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. Editora Saraiva. São Paulo: 2014. p. 145

449 MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013. p. 133

450 Idem, p. 135

Tanto a palavra meio como o vocábulo ambiente passam por conotações diferentes, quer na linguagem científica, quer na vulgar. Nenhum destes termos é unívoco (detentor de um significado único), mas ambos são equívocos (mesma palavra com significados diferentes). Meio pode significar: aritmeticamente, a metade de um inteiro; um dado contexto físico ou social; um recurso ou insumo para alcançar ou produzir algo. Já ambiente pode representar um espaço geográfico ou social, físico ou psicológico, natural ou artificial.

Não chega, pois, a ser redundante a expressão meio ambiente, embora no sentido vulgar a palavra indique o lugar, o sítio, o recinto, o espaço que envolve os seres vivos e as coisas. De qualquer forma, trata-se de expressão consagrada na língua portuguesa, pacificamente usada pela doutrina, pela lei e pela jurisprudência de nosso País, que amiúde falam em meio ambiente, em vez de ambiente apenas.

Entretanto, trata-se de expressão já consagrada nas legislações e textos constitucionais, de modo que se adota aqui, também, a denominação *meio ambiente*<sup>451</sup>.

Há fundamentalmente duas concepções a respeito do que se entende por “meio ambiente”:

No conceito jurídico mais em uso de meio ambiente podemos distinguir duas perspectivas principais: uma estrita e outra ampla. Numa visão estrita, o meio ambiente nada mais é do que a expressão do patrimônio natural e as relações com e entre os seres vivos. Tal noção, é evidente, despreza tudo aquilo que não diga respeito aos recursos naturais. Numa concepção ampla, que vai além dos limites fixados pela ecologia tradicional, o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos. Temos aqui, então, um detalhamento do tema: de um lado, com o meio ambiente natural, ou físico, constituído pelo solo, pela água, pelo ar, pela energia, pela fauna e pela flora; e, de outro, o meio ambiente artificial (ou humano), formado pelas edificações, equipamentos e alterações produzidos pelo homem, enfim, os assentamentos de natureza urbanística e demais construções.<sup>452</sup>

---

451 No mesmo sentido, Paulo Affonso Leme Machado: *Direito Ambiental, Direito do Meio Ambiente, ou Direito do Ambiente* – são as expressões utilizadas para denominar esta disciplina jurídica. Acentuam autores portugueses que a expressão “meio ambiente”, embora seja “bem sonante”, não é, contudo, a mais correta, isto porque envolve em si mesma um pleonasma. O que acontece é que “ambiente” e “meio” são sinônimos, porque “meio” é precisamente aquilo que envolve, ou seja, o “ambiente”. A questão contudo tem reduzido interesse, pois é mais formal do que de conteúdo.” in MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 23ª edição, revista, ampliada e atualizada. Malheiros Editores. São Paulo: 2015. p. 47

452 MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013. p. 136



A Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, por sua vez define como “*meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas*”.

Para Edis Milaré, ambos os conceitos – o legal e o constitucional, porém, possuem uma grande omissão, pois desconsidera o ser humano integrado ao meio ambiente, considerando-o algo extrínseco.<sup>453</sup> Esse equívoco, no entanto, pode ser superado, conforme José Afonso da Silva, ressaltando que se deve ter uma visão globalizante sobre o direito do meio ambiente:

O *ambiente* integra-se, realmente, de um conjunto de elementos naturais e culturais, cuja interação constitui e condiciona o *meio* em que se vive. Daí por que a expressão “meio ambiente” se manifesta mais rica de sentido (como conexão de valores) do que a simples palavra “ambiente”. Esta exprime o conjunto de elementos; aquela expressa o resultado da interação desses elementos. O *conceito de meio ambiente* há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a Natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico.

O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais.<sup>454</sup>

Reforça este autor, ainda, os aspectos que se deve cuidar quando se estuda o direito do meio ambiente:

I – *meio ambiente artificial*, constituído pelo espaço urbano, consubstanciado no conjunto de edificações (*espaço urbano fechado*) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livre em geral:

453 MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013. p. 139

454 SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 7ª edição atualizada. Malheiros Editores. São Paulo: 2009. p. 20

*espaço urbano aberto*);

II – *meio ambiente cultural*, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, em regra, como obra do Homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou;

III – *meio ambiente natural*, ou *físico*, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora; enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam. É este o aspecto do meio ambiente que a Lei 6.938, de 31.8.1981, define em seu art. 3º, quando diz para os fins nela previstos, *entende-se por meio ambiente o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas*. Só deste trataremos neste volume.<sup>455</sup>

Feitas essas colocações, compreendido o meio ambiente de forma ampla e globalizante, localizando o ser humano como um componente a mais da natureza, o direito do meio ambiente, ou direito ambiental<sup>456</sup> é o ramo do direito que estuda “*a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas*. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais”.<sup>457</sup>

### 3.2.2 Princípios do direito ambiental

Muito importante para o direito ambiental são os princípios que o caracterizam, e, nesse ponto, ainda que não haja consenso entre os autores acerca princi-

455 SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 7ª edição atualizada. Malheiros Editores. São Paulo: 2009. p. 21

456 “*Direito do Meio Ambiente* é um nome de largo uso no Brasil. Contudo, presta-se a críticas, porquanto a expressão parece reduplicativa para alguns (meio=ambiente), como já vimos anteriormente. Seja como for, a língua viva incorporou a expressão *meio ambiente* para designar uma realidade a se complexa e com características específicas. Tal fato explica o emprego mais largo de tal expressão, também no campo do direito, *Direito Ambiental* é rubrica que tem merecido a preferência de larga massa de doutrinadores, nascida de analogia na tradução do termo *environmental*, comum em inglês, para significar tudo o que se refere ao meio ambiente, redundando em *ambiental* no idioma português, porém, ainda, sem arrimo em alguns dicionários da língua.” in MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013. p. 253

457 DA SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. 7ª edição atualizada. Malheiros Editores. São Paulo: 2009. p. 20

palmente de quantos ou quais princípios constituiriam sua essência, pode-se extrair um conjunto mínimo.

Apenas para exemplificar com os autores dos dois principais manuais de direito ambiental brasileiro, para Paulo Afonso Leme Machado são: (1) princípio do direito ao meio ambiente equilibrado; (2) princípio do direito à sadia qualidade de vida; (3) princípio da Sustentabilidade; (4) princípio do acesso equitativo aos recursos naturais; (5) princípio do usuário-pagador e poluidor-pagador; (6) princípio da precaução; (7) princípio da prevenção; (8) princípio da reparação; (9) princípio da informação; (10) princípio da participação; (11) princípio da obrigatoriedade da intervenção do Poder Público.<sup>458</sup> Já para Édís Millaré seriam: (1) princípio do direito ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana; (2) princípio da solidariedade intergeracional; (3) princípio da natureza pública da proteção ambiental; (4) princípios da prevenção e da precaução; (5) princípio da consideração da variável ambiental no processo decisório de políticas de desenvolvimento; (6) princípio do poluidor-pagador; (7) princípio do usuário-pagador; (8) princípio da função socioambiental da propriedade; (9) princípio da participação comunitária; (10) princípio da proibição de retrocesso ambiental; (11) princípio da cooperação entre os povos.<sup>459</sup>

É oportuno ressaltar que esses princípios decorrem, em grande parte, do art. 225 da Constituição Federal, ou da Lei nº 6.938/81, ou das convenções e tratados internacionais assinados pelo Brasil, em especial a Convenção de Estocolmo (1972) e a Declaração do Rio de Janeiro (Rio 92), bem como de eventuais outros tratados internacionais celebrados pelo Brasil.

Para os efeitos deste trabalho, selecionou-se aqueles princípios que apresentam maior repercussão no desenvolvimento dos conflitos federativos, bem como os que sintetizam de maneira mais expressiva o espírito que deve orientar a legislação ambiental e sua interpretação.

---

458 MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 23ª edição, revista, ampliada e atualizada. Malheiros Editores. São Paulo: 2015. p. 54-137

459 MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013.

São eles: (a) o princípio da sustentabilidade; (b) o princípio da precaução; (c) o princípio da prevenção; (d) princípio do poluidor-pagador; (e) princípio da participação democrática; (f) o princípio da cooperação internacional.

### 3.2.2.1 Princípio da sustentabilidade (desenvolvimento sustentável)

Princípio da sustentabilidade, ou do desenvolvimento sustentável? Existe alguma distinção? Para Edis Milaré, “melhor do que falar em desenvolvimento sustentável – que é um processo -, é preferível insistir na ‘sustentabilidade’, que é um atributo necessário no tratamento dos recursos ambientais, em especial dos recursos naturais.”<sup>460</sup>Neste trabalho, a terminologia que se utilize é indiferente, sendo mais importante a real compreensão da essência do princípio.

O conceito de desenvolvimento sustentável, ainda que já presente na Convenção de Estocolmo<sup>461</sup>, elaborado pelo Relatório Brundtland (*Nosso Futuro Comum*) é o seguinte: 'o desenvolvimento sustentável seria aquele capaz de satisfazer as necessidades sociais atuais sem comprometer as necessidades futuras.'<sup>462</sup>Entretanto, foi na Declaração do Rio de Janeiro (1992) que se consagrou o desenvolvimento sustentável, constante em diversas partes do documento e expressamente reforçada sua aplicação<sup>463</sup>.

---

460 MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013. p. 68

461 Princípio 2: Os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento

462 FARIAS, Paulo José Leite. *Competência Federativa e Proteção Ambiental*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 1999. p. 275

463 Por exemplo, Princípio 1: Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza. Princípio 3: O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras. Princípio 4: Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste. Princípio 5: Para todos os Estados e todos os indivíduos, como requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável, irão cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza, a fim de reduzir as disparidades de padrões de vida e melhor atender às necessidades da maioria da população do mundo.

Para José Afonso da Silva, mais do que qualquer outro, o presente princípio busca compatibilizar duas ideias até então aparentemente antagônicas: a (1) da possibilidade de desenvolvimento econômico, com a (2) da preservação ao meio ambiente:

São dois valores aparentemente em conflito que a Constituição de 1988 alberga e quer que se realizem no interesse do bem-estar e da boa qualidade de vida dos brasileiros. Antes dela, a Lei 6.938, de 31.8.1981 (arts. 1º e 4º), já havia enfrentado o tema, pondo corretamente, como principal objetivo a ser conseguido pela Política Nacional do Meio Ambiente a *compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico*. A conciliação dos dois valores consiste, assim, nos termos deste dispositivo, na promoção do chamado *desenvolvimento sustentável*, que consiste na exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades e do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse das gerações futuras. Requer, como seu requisito indispensável, um crescimento econômico que envolva equitativa redistribuição dos resultados do processo produtivo e a erradicação da pobreza, de forma a reduzir as disparidades nos padrões de vida e melhor atendimento da maioria da população. Se o desenvolvimento não elimina a pobreza absoluta, não propicia um nível de vida que satisfaça as necessidades essenciais da população em geral, ele não pode ser qualificado de *sustentável*.<sup>464</sup>

Juarez Freitas, no entanto, reforça a ideia de uma visão mais abrangente desse conceito, envolvendo não somente os componentes ambientais, mas também os éticos, em combinação com os sociais, econômicos, e jurídico-políticos.<sup>465</sup> E propõe o seguinte conceito de desenvolvimento sustentável:

Nessa perspectiva, eis o conceito proposto para o princípio da sustentabilidade: trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.<sup>466</sup>

464 DA SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. 7ª edição atualizada. Malheiros Editores. São Paulo: 2009. p. 26-7.

465 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 2ª Edição. Editora Forum. Belo Horizonte: 2012. p.40 Assim também Jeffrey Sachs, “el desarrollo sostenible incluye tres grandes aspectos: el desarrollo económico, la inclusión social y la sostenibilidad ambiental, los cuales requieren conjuntamente una buena gobernanza.” in SACHS, Jeffrey. *La era del desarrollo sostenible*. Trad. Ramón Vilá. Ediciones Deusto. Barcelona. 2015. p. 69

466 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 2ª Edição. Editora Forum. Belo Horizonte:

Aponta, ainda, este autor, que se trata de conceito amplamente referido em diversas legislações de regência administrativas brasileiras, ressaltando, com isso, que não há obstáculos (a sempre alegada ausência de regras) à sua aplicação e concretização.<sup>467</sup>

Por fim, Edis Milaré resume de modo apropriado os objetivos, e como conseguir uma sociedade sustentável :

A construção de uma sociedade sustentável deve assentar-se numa clara estratégia mundial que pode, resumidamente, ser exposta através dos seguintes princípios:

1) respeitar a comunidade dos seres vivos e cuidar dela:

2) melhorar a qualidade de vida humana: o objetivo do desenvolvimento sustentável é melhorar a qualidade de vida humana, permitindo que as pessoas realizem o seu potencial e vivam com dignidade, com acesso à educação e liberdade política, com garantia de direitos humanos e ausência de violência. O desenvolvimento só é real se o padrão de vida melhorar em todos esses aspectos.

---

2012. p.41

<sup>467</sup> Para corroborar a tendência no plano normativo, registre-se a Lei nº 9.433/97, art. 2º, II, que, entre os objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos, fez constar “a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável”. Por sua vez, a Lei nº 11.145/2007, art. 48, II, prescreve que a União, no estabelecimento de sua política de saneamento, observará, entre outras diretrizes, a “aplicação dos recursos financeiros por ela administrados de modo a promover o desenvolvimento sustentável, a eficiência e a eficácia”. Ainda: evoque-se a Lei nº 9.985/2000, arts. 2º, II, XI, XII (sobre extrativismo sustentável), 5º, VI (“assegurem, nos casos possíveis, a sustentabilidade econômica das unidades de conservação”), 7º, II e § 2º, art. 14, VI, art. 17 (“com ênfase em métodos para exploração sustentável de florestas nativas”). Por sua vez, a Lei nº 12.188/2010 encarta, no art. 3º, o princípio do “desenvolvimento rural sustentável”.[...] Sempre para ilustrar, figurem-se: a Lei nº 8.666/93, com a mencionada alteração que incluiu, no art. 3º, o princípio do desenvolvimento sustentável; a Lei nº 9.790/99, art. 3º, VI; a Lei nº 11.959/2009, arts. 1º, I, 3º e 7º; a Lei nº 12.305/2010, com destaque para os arts. 3º (“gestão integrada de resíduos sólidos: conjunto de ações voltadas para a busca de soluções para os resíduos sólidos, de forma a considerar as dimensões política, econômica, ambiental, cultural e social, com controle social e sob a premissa do desenvolvimento sustentável”), 6º, IV, e 30, parágrafo único, I, e a Lei nº 12.187/2009, instituidora da Política Nacional sobre Mudança do Clima, que acrescentou pistas à decifração do valor e do princípio constitucional da sustentabilidade, ao assumir o desenvolvimento sustentável, ao lado dos princípios da precaução, da prevenção, da participação e das responsabilidades comuns. Mais recentemente, cite-se o diploma que dispõe sobre a Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/2012, art. 5º), fundamentada no princípio do desenvolvimento sustentável, a cobrar eficiência, eficácia e efetividade na prestação dos serviços de transporte urbano.[...]. O ponto fulcral que sobressai do exame dos diplomas ilustrativamente citados, é que não se pode falar em ausência de regras para densificar o valor e o princípio constitucional da sustentabilidade. O que falta é introjetar o valor, no tecido cultural.” In FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 2ª Edição. Editora Forum. Belo Horizonte: 2012. p.124

- 3) conservar a vitalidade e a diversidade do planeta Terra;
- 4) Minimizar o esgotamento dos recursos não renováveis;
- 5) permanecer nos limites da capacidade de suporte do planeta Terra: a capacidade de suporte dos ecossistemas da Terra tem limites.
- 6) modificar atitudes e práticas pessoais: para dotar a ética da vida sustentável, as pessoas têm de reexaminar seus valores e alterar seu comportamento.
- 7) permitir que as comunidades cuidem de seu próprio meio ambiente: a ação comunitária no cuidado com o meio ambiente deve ser favorecida e incentivada. As comunidades e grupos locais constituem os melhores canais para as pessoas expressarem suas preocupações e tomarem atitudes relativas à criação de bases sólidas para sociedades sustentáveis. No entanto, essas comunidades precisam de autoridade, poder e conhecimento para agir. As pessoas que se organizam para trabalhar pela sustentabilidade em suas próprias comunidades podem constituir uma força efetiva, seja a sua comunidade rica ou pobre, urbana, suburbana ou rural.
- 8) Gerar uma estrutura nacional para a integração de desenvolvimento e conservação: todas as sociedades precisam de um alicerce de informação e conhecimento, de uma estrutura de leis e instituições e de políticas econômicas e sociais sólidas para progredir de forma racional.
- 9) constituir uma aliança global: a sustentabilidade global vai depender de uma firme aliança entre todos os países.<sup>468</sup>

Em síntese: assegurar o desenvolvimento, com todos os resultados que podem disso decorrer em benefício das presentes gerações, preservando o meio ambiente de modo a assegurar esse mesmo direito às gerações futuras. Conciliar (1) desenvolvimento econômico-social com (2) preservação ambiental.

Por certo que não constitui tarefa fácil, e verifica-se, nesse contexto, a importância que o princípio da proporcionalidade pode adquirir no desenvolvimento de uma interpretação constitucional federativa que permita conciliar esses interesses aparentemente contrapostos, mas que deve ser devidamente sopesados a fim de se obter a maior proteção possível ao meio ambiente.

De fato, a mera utilização de critérios fundados em presunções centralizadas não se revela a maneira mais apropriada de proteger o meio ambiente, tampouco garante um equilíbrio federativo.

---

<sup>468</sup> MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013. p. 73-5

### 3.2.2.2 Princípio da precaução

Um dos mais importantes princípios do direito ambiental, junto com a prevenção, é o da precaução, e se encontra corporificado no nº 15 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Como ensina Juarez Freitas:

Já o princípio constitucional da precaução, também diretamente aplicável, traduz-se, nas relações administrativas ambientais (mas não só), como o dever de o Estado motivadamente evitar, nos limites de suas atribuições e possibilidade orçamentárias, a produção de evento que supõe danoso, em face da fundada convicção (juízo de verossimilhança) quanto ao risco de, não sendo interrompido tempestivamente o nexos de causalidade, ocorrer um prejuízo desproporcional, isto é, manifestamente superior aos custos da eventual atividade interventiva.<sup>469</sup>

Distingue-se do princípio da prevenção porque nesse é exigida a comprovação científica do dano, ao passo que no âmbito da precaução ainda existe uma incerteza científica quanto às potencialidades danosas do evento. Segundo adverte Gabriel Wedy, essa distinção não pode ficar somente no campo semântico, pois:

A distinção entre o princípio da precaução e prevenção, todavia, deve avançar das distinções semânticas e linguísticas para o campo da

---

<sup>469</sup> FREITAS, Juarez. *Princípio da Precaução: Vedação de Excesso e de Inoperância*. Revista Interesse Público. Ano VII. Numero 34. 2006. p. 36



prática e da efetividade. A diferenciação inicia pelo fato de que o princípio da precaução, quando aplicado, trata-se de uma medida para evitar o mero risco, e o princípio da prevenção é aplicado para evitar diretamente o dano. O risco pode ser entendido como a possibilidade de ocorrência de uma situação de perigo. Já o perigo nada mais é do que a possibilidade de ocorrência de dano.[...]

De acordo com a reta causal, o princípio da precaução estaria sempre mais próximo do início do nexos causal e mais longe do hipotético dano.<sup>470</sup>

Desse modo, o princípio da precaução objetiva evitar o perigo abstrato, não comprovado cientificamente, sendo imprescindível, nesse ponto, uma complementação empírica, para o que é essencial a participação popular na avaliação do risco e em eventuais decisões a serem tomadas pelo Poder Público. Difere do princípio da prevenção que exige a comprovação científica de que a atividade causará danos ao meio ambiente (perigo concreto).

Gabriel Wedy, nesse sentido, critica o exemplo de Cass Sunstein acerca do tabaco, citado como de aplicação do princípio da precaução, visto tratar-se, em seu entender, de caso cientificamente já comprovado de aumento dos índices câncer, enfisema pulmonar e problemas cardíacos. Menciona, ainda, como exemplo de aplicação do princípio da prevenção (e não precaução), a emissão de gases de efeito estufa, responsáveis pelo aquecimento global e causador de danos irreversíveis ao meio ambiente e saúde públicas<sup>471</sup>.

Portanto, ainda que aparentemente semelhantes, há distinções entre prevenção e precaução, sendo este uma versão mais qualificada do primeiro, mais abrangente e complexo.

De acordo com Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer:

O princípio da precaução, como uma espécie de princípio da prevenção qualificado ou mais desenvolvido, abre caminho para uma nova racionalidade jurídica, mais abrangente e complexa, vinculando a ação humana presente a resultados futuros. Isso faz com que o princípio da precaução seja um dos pilares mais importantes da tutela jurídica do

---

470 WEDY, Gabriel. *Precaução no Direito Ambiental não quer dizer o mesmo que Prevenção*. Consultor Jurídico (São Paulo. Online), v. 09. 2014.

471 Idem, ibidem

ambiente e, conseqüentemente, seja reconhecido como um dos princípios gerais do Direito Ambiental moderno. O seu conteúdo normativo estabelece, em linhas gerais, que diante da dúvida e da incerteza científica a respeito da segurança e das conseqüências do uso de determinada substância ou tecnologia, o operador do sistema jurídico deve ter como fio condutor uma postura precavida, interpretando os institutos jurídicos que regem tais relações sociais com a responsabilidade e a cautela que demanda a importância existencial dos bens jurídicos ameaçados (vida, saúde, qualidade ambiental e até mesmo, em alguns casos, a dignidade da pessoa humana), inclusive em vista das futuras gerações.<sup>472</sup>

Por fim, ante a delicadeza e a complexidade que caracterizam o princípio da precaução, que recomenda a adoção de medidas protetoras ao meio ambiente ainda que inexistente certeza científica acerca da danosidade de determinados empreendimentos, deve-se adotar uma postura cautelosa e moderada<sup>473</sup>, sob pena de correr-se o risco, de inviabilizar-se toda e qualquer atividade. O excesso dessas medidas também pode se mostrar danoso.

É nesse âmbito que adquire importância a aplicação do princípio da proporcionalidade. Como ressalta Gabriel Wedy, “sempre deve estar presente também os vetores do princípio da proporcionalidade da vedação de excesso e de insuficiência, sob pena de empreendimentos públicos ou privados causarem danos, ou potenciais danos, ao meio ambiente por ação e omissão”<sup>474</sup>.

### 3.2.2.3 Princípio da prevenção

Este princípio é dos mais característicos e antigos do direito ambiental, “para além de corresponder inclusive a uma máxima de sabedoria em geral, representada

---

472 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2014. p. 164

473 “As medidas de precaução deverão configurar meios hábeis a evitar a situação de risco, porquanto a precaução trabalha na seara das probabilidades. Inexiste a certeza científica de dano, mas a possibilidade de vir a ocorrer demonstra-se plausível. Dentre os meios hábeis a evitar o risco de dano, dever-se-á escolher com moderação, optando-se pelos menos gravosos àqueles que terão seus interesses atingidos com a medida, pois precaução também importa agir com moderação.” In WEDY, G. J. T. *A aplicação do princípio da precaução deve ser proporcional*. Consultor Jurídico (São Paulo. Online), p. 1-5, 2014.

474 WEDY, G. J. T. *A aplicação do princípio da precaução deve ser proporcional*. Consultor Jurídico (São Paulo. Online), p. 1-5, 2014.

pela conhecida formulação “melhor prevenir do que remediar”.<sup>475</sup> Edis Milaré oferece uma análise oportuna desde o ponto de vista semântico, comparando-o com a precaução, ao assinalar que:

Com efeito, há cambiantes semânticos entre essas expressões, ao menos no que se refere à etimologia. *Prevenção* é substantivo do verbo prevenir (do latim *prae* = antes e *venire* = vir, chegar), e significa ato ou efeito de antecipar-se, chegar antes; induz uma conotação de generalidade, simples antecipação no tempo, é verdade, mas com intuito conhecido. *Precaução* é substantivo do verbo precaver-se (do latim *prae* = antes e *cavere* = tomar cuidado), e sugere cuidados antecipados com o desconhecido, cautela para que uma atitude ou ação não venha a concretizar-se ou a resultar em efeitos indesejáveis.<sup>476</sup>

De modo sintético, pode-se afirmar que “a prevenção trata de riscos ou impactos já conhecidos pela ciência, ao passo que a precaução se destina a gerir riscos ou impactos desconhecidos”.<sup>477</sup> Este princípio guarda estrita conexão com o princípio da precaução, como referido anteriormente, já que o distintivo mais significativo é o grau de avanço científico acerca dos riscos ou impactos da potencial atividade lesiva ao meio ambiente.

Essa discussão é de extrema importância, e a utilização, com prudência, do princípio da proporcionalidade se mostra de grande relevo, de modo que permite conciliar a proteção ambiental com o desenvolvimento econômico. Não há espaço para aprofundar-se uma discussão sobre a qual muito já se escreveu na doutrina (cf. Sunstein, *Riesgo y Razón, Leyes del Miedo*), embora caiba ressaltar que a tarefa primordial da legislação ambiental é a proteção preventiva, ou seja, antecipar-se na medida do possível à ocorrência de danos efetivos, danos que podem nunca mais ser recompostos em certas ocasiões. A indenização deve ser sempre o último recurso a ser empregado, pois há bens insuscetíveis de mensurar. Afinal, como indenizar, por exemplo, a extinção de uma espécie animal ou vegetal?

475 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2014. p. 160

476 MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013. p. 262

477 Idem, p. 263

É por essa razão que muitos problemas jurídicos ambientais ocorrem por ocasião do procedimento de licenciamento, onde se exige, muitas vezes, um estudo de impacto ambiental, previsto no art. 225, § 1º, IV, da CF, exemplo típico desse direcionamento preventivo.<sup>478</sup> O licenciamento é de fundamental importância para a concretização do princípio da prevenção, e conseqüentemente, da proteção ao meio ambiente, principalmente alicerçado na realização de estudos prévios (EIA). Desafortunadamente, tem sido objeto de pesadas tentativas de reforma constitucional e legislativa no Brasil, sob fundamento os mais diversos, mas principalmente por constituírem obstáculo ao desenvolvimento econômico<sup>479</sup>.

### 3.2.2.4 Princípio do poluidor-pagador

Dispõe o art. 4º, VII, da Lei nº 6.938/81 (Política Nacional de Meio Ambiente):

Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

[...]

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Esse princípio consagra a ideia de que a utilização de recursos naturais, para a produção de bens e serviços, ocasiona a geração daquilo que se convencionou denominar de “externalidades negativas”. Mais especificamente, danos ambientais, como poluição e degradação ambiental, que anteriormente não

<sup>478</sup> MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013. p. 264

<sup>479</sup> Por todos, conferir a Proposta de Emenda Constitucional nº 65/2012 (PEC 65), que acrescenta o § 7º ao art. 225 da Constituição, com a seguinte redação: “§ 7º A apresentação do estudo prévio de impacto ambiental importa autorização para a execução da obra, que não poderá ser suspensa ou cancelada pelas mesmas razões a não ser em face de fato superveniente.” O texto é flagrantemente inconstitucional, pois praticamente elimina o procedimento de licenciamento ambiental, sem mencionar que restringe totalmente o exercício da atividade administrativa, suprimindo inclusive o poder de a Administração Pública revisar seus próprios atos.

se consideravam suscetíveis de reparação ou indenização. Reitere-se que a noção, em direito, de quem lesa alguém deva reparar o dano remonta aos primórdios do direito romano, portanto não constitui novidade alguma.

É atual, entretanto, a compreensão de que a utilização de recursos naturais pode produzir danos ao meio ambiente, as externalidades, anteriormente suportadas por todos indiscriminadamente, e que isso deve ser internalizado na cadeia produtiva e reparado<sup>480</sup>.

Esse princípio, todavia, traduz uma etapa *a posteriori* na proteção ao meio ambiente, na medida em que os princípios da sustentabilidade, da precaução e da prevenção objetivam a proteção em momento anterior à produção dos danos, ou mesmo a suspensão da atividade lesiva ao meio ambiente quando inviabilizado pelo risco da incerteza. Ainda assim, é de extrema relevância diante da impossibilidade de que os processos produtivos não ocasionem algum grau de degradação ambiental. E, nesse contexto, responsabilizar os produtores para proceder à reparação do dano e internalizem os custos da recomposição do meio ambiente.

### 3.2.2.5 Princípio da participação democrática

Um dos princípios mais significativos do direito ambiental, e que possui estrita vinculação com o federalismo, é o da participação democrática, cuja concepção consiste em que, na solução de problemas ambientais, deve ser dada “especial ênfase à cooperação entre o Estado e a sociedade, através da participação dos diferentes grupos sociais na formulação e na execução da política ambiental.”<sup>481</sup>

---

480 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2014. p. 85. De fato, “assenta-se este princípio na vocação redistributiva do Direito Ambiental e se inspira na teoria econômica de que os custos sociais externos que acompanham o processo produtivo (v.g., o custo resultante dos danos ambientais) precisam ser internalizados, vale dizer, que os agentes econômicos devem levá-los em conta ao elaborar os custos de produção e, conseqüentemente, assumi-los.” in MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013. p. 267-8

481 MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013. p. 275

O princípio 10, da Declaração do Rio de Janeiro de 1992, estabelece que:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.

Ao comentar este dispositivo, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer enfatizam que:

A expressão “pensar global e agir localmente” é umas das “bandeiras” do movimento ambientalista. A ideia por trás de tal “máxima ecológica” coincide, em certa medida, com o conteúdo que informa o princípio da subsidiariedade, afirmando a autonomia individual e coletiva em face de práticas arbitrárias provenientes do Estado, mas também de poderes privados, muitas vezes sem a devida intervenção protetiva do Estado. A noção de subsidiariedade, por sua vez, também guarda relação com a matriz democrático-participativa que inspira a atuação dos movimentos ecológicos, conforme, por exemplo, decorre do Princípio 10 da Declaração do Rio de 1992, de modo a apontar para a formação de uma verdadeira cidadania ecológica, tudo com o escopo de potencializar a dimensão democrática do Estado Socioambiental de Direito.<sup>482</sup>

Como se verifica, a importância da participação democrática é essencial para a proteção ao meio ambiente, pois somente aqueles indivíduos, aqueles cidadãos que estão em contato direto com os problemas ambientais em seus bairros, em suas cidades, podem apontar com mais facilidade as dificuldades que a poluição atmosférica, o problema do lixo, o problema das águas contaminadas, enfim, geram em suas vidas. É fundamental que se dê espaço a essas vozes para serem ouvidas, e para que possam exercer institucionalmente a defesa de seus interesses atingidos.<sup>483</sup> Os grandes problemas ambientais não são sentidos por

482 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2014. p. 40

483 Como refere Amartya Sen “[ . . .]Os direitos políticos e civis dão às pessoas a oportunidade de chamar a atenção eficazmente para necessidades gerais e exigir a ação pública apropriada. A resposta do governo ao sofrimento intenso do povo frequentemente depende da pressão exercida sobre esse governo, e é nisso que o exercício dos direitos políticos (votar, criticar, protestar etc.)

quem está a milhares de quilômetros de distância. A construção de uma barragem hidrelétrica, a poluição de uma termelétrica, as doenças ocasionadas pela aplicação excessiva de agrotóxicos, a desastrosa produção do amianto (asbesto). É a população local quem sofre as primeiras e, muitas vezes fatais, consequências<sup>484</sup>.

Desse contexto torna-se fácil depreender a vinculação existente entre proteção ao meio ambiente, participação democrática e federalismo. Com efeito, a “organização federativa do Estado é incompatível com a ditadura. Isso tem ficado muito evidente através da História, não havendo exemplo de convivência de ambas”<sup>485</sup>, sendo que “quase todos os teóricos que trataram do federalismo concluíram que ele é garantia de democracia.”<sup>486</sup>

O federalismo é fundamental para assegurar a democracia; e esta, para a proteção do meio ambiente.

Como ressalta Carmen Lucia Antunes Rocha:

A democracia – concebida como único regime político legítimo – determina uma maior descentralização. O poder aproxima-se do seu titular, o cidadão, o qual demanda essa sua condição com uma participação mais efetiva, legítima e permanente. Mas a força do poder econômico, casando-se mais amiudamente com o poder político, requer mais centralização, que lhe permita melhor controle de realização de seus interesses nas sociedades organizadas em Estados.<sup>487</sup>

---

pode realmente fazer diferença. Essa é uma parte do papel “instrumental” da democracia e das liberdades políticas.” in SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 199

484 Já dizia o Visconde do Uruguai, no Séc. XIX que “a absorção da gerência de todos os interesses, ainda secundários e locais, pelo governo central, mata a vida nas localidades, nada lhes deixa a fazer, perpetua nelas a indiferença e a ignorância de seus negócios, fecha as portas da única escola em que a população pode aprender e habilitar-se praticamente para gerir negócios públicos. Ao mesmo tempo habitua-se a esperar tudo, e, ainda mesmo o impossível, do governo. É o mais funesto presente que se lhe pode fazer, pelo muito que o compromete. Em lugar de fortificar o poder, enfraquece-o, tornando a sua missão cada vez mais complicada e onerosa. Todos cruzam os braços e se voltam para ele, todos o acusam, quando se manifesta o mais pequeno mal. A autoridade local desculpa-se com a sua impotência, mas as delongas inevitáveis, com as informações, pareceres, com a dependência em que está, com as dilações das idas e vindas da correspondência. O centro, com a acumulação dos negócios e correspondência, com a impossibilidade de ver as coisas por si, com a insuficiência de esclarecimentos e de pessoal. Todos têm mais ou menos razão, e os negócios não andam para diante. O centro não pode ver e providenciar tudo.” in URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. in Visconde do Uruguai/organização e introdução de José Murilo de Carvalho. Editora 34. São Paulo: 2002. p. 442

485 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. Editora Ática. São Paulo: 1986. p. 66

486 Idem, ibidem

487 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da*

A democracia exige descentralização, tarefa que o federalismo procura assegurar dentro das possibilidades do sistema, promovendo a diversidade na unidade. Insiste-se que a subsidiariedade, aqui, também representa um papel importante, e que deveria ser melhor incorporada à realidade federativa brasileira, pois:

Paralelamente à adoção do princípio democrático, também deve ser reservado um lugar de destaque para o *princípio da subsidiariedade* no âmbito das competências dos entes federativos. A máxima do movimento ambientalista de “pensar globalmente e agir localmente” deve ser encarada de forma a respeitar as instituições mais próximas das demandas ambientais, só devendo recair a competência ambiental a uma esfera superior no caso da impossibilidade fática de tal ente resolver a questão, ou quando o dano ambiental tome uma dimensão que extrapole a competência territorial do ente federativo.<sup>488</sup>

Destaca-se que deveria, pois, como já visto (cap. 2), desafortunadamente a subsidiariedade é um princípio mencionado pela doutrina federalista brasileira, mas de escassa aplicação jurisprudencial. E este princípio é fundamental para que se mantenha os níveis de decisão mais próximos aos cidadãos, e, portanto, à efetiva resolução dos problemas e permitindo maior consolidação dos valores democráticos. Afinal, a “realização da justiça social depende não só de formas institucionais (incluindo regras e regulamentações democráticas), mas também da prática efetiva.”<sup>489</sup>

Isso não impede, entretanto, que se deva buscar uma interpretação constitucional mais favorável à descentralização, sobretudo para os Estados-membros, no caso brasileiro. Como já ressaltado desde a introdução, a busca por critérios que permitam maior descentralização, com possibilidade de incremento dos níveis de proteção ambiental, é fundamental para que se consiga efetivamente proteger o meio ambiente.

---

*organização política brasileira*. Livraria Del Rey Editora. Belo Horizonte: 1997. p. 170

488 FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre: 2008. p 228-9

489 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 209



Reforce-se: o federalismo é fundamental para assegurar a democracia, e essa, por sua vez, para a efetiva proteção do meio ambiente.

### 3.2.2.6 Princípio da cooperação internacional

O direito ambiental é um ramo do direito que se originou em grande medida dos atos de direito internacional, celebrados entre diversos países<sup>490</sup>(o Brasil não constitui exceção), e, aliado a isso, mais do que a maioria dos outros ramos do direito, necessário se faz um esforço de cooperação internacional na busca de uma proteção mais efetiva ao meio ambiente. A razão disso se encontra na consciência de que a Terra é a casa comum, e que os danos ocasionados ao ambiente em uma região, em um Estado, em um país, repercutem muito além das estritas fronteiras da soberania estatal.

Assim é que, já na Convenção de Estocolmo (1972), o Princípio 13 dizia que “com o fim de se conseguir um ordenamento mais racional dos recursos e melhorar assim as condições ambientais, os Estados deveriam adotar um enfoque integrado e coordenado de planejamento de seu desenvolvimento[...]”. No mesmo sentido, o Princípio 22 asseverava que “os Estados devem cooperar para continuar desenvolvendo o direito internacional no que se refere à responsabilidade e à indenização às vítimas da poluição e de outros danos ambientais[...]” e o Princípio 24 estabelecia que “todos os países, grandes e pequenos, devem ocupar-se com espírito e cooperação e em pé de igualdade das questões internacionais relativas à proteção e melhoramento do meio ambiente”.

A Declaração do Rio de Janeiro (1992) também diz em seu princípio 7 que “os Estados irão cooperar, em espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre”. No

---

<sup>490</sup> “Do ponto de vista histórico, o surgimento e o fortalecimento do Direito Ambiental deu-se, em grande medida, a partir do cenário jurídico internacional. A título de exemplo, entre inúmeros outros eventos, podemos citar a realização das grandes Conferências da Organização das Nações Unidas (ONU) em matéria ambiental – Estocolmo (1972), Rio-92 (1992), Johannesburgo (2002) e a Rio+20 (2012), bem como os diplomas (declarações e tratados) internacionais firmados em tais oportunidades.” in SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. Editora Saraiva. São Paulo: 2014. p. 154

princípio 18, que “os Estados notificarão imediatamente outros Estados acerca de desastres naturais ou outras situações de emergência que possam vir a provocar súbitos efeitos prejudiciais sobre o meio ambiente destes últimos.”

Na ordem jurídica nacional, são inúmeros os tratados de que o Brasil foi signatário e incorporados<sup>491</sup>, muito mesmo antes da consagração ao direito ao meio ambiente na Constituição de 1988<sup>492</sup>. Todos esses atos foram importantes para a promoção da defesa do meio ambiente, podendo-se afirmar que a pressão internacional seguramente estimula o Poder Público brasileiro a readequar suas políticas públicas, buscando maior proteção à natureza.

### 3.2.3 A proteção ao meio ambiente como direito fundamental na CF/88

---

<sup>491</sup> A título de exemplo, foram ratificadas pelo Brasil: Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América, Decreto nº 58.054/66; Convenção Internacional para a Conservação do Atum no Atlântico. Decreto nº 65.026/69; Convenção sobre Prevenção da Poluição Marinha por Alijamento de Resíduos e outros Materiais (LONDON CONVENTION) (LC-72). Decreto nº 87566/82; Convenção para o Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção. Decreto nº 54/75; Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição Causada por Navios, 1973 (MARPOL). Protocolo de 1978 Relativo à Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição Causada por Navios, 1973.(MARPOL PROT-78 ou MARPOL 73/78). Decreto nº 2508/98; Convenção relativa às Zonas Úmidas de Importância Internacional, particularmente como "habitats" das aves aquáticas Decreto nº 1.905/96 Decreto nº 92.446/86; Protocolo Adicional à Convenção Internacional para Conservação do Atum e Afins do Atlântico (CICAA). Decreto nº 97.612/89; Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio, Decreto nº 99.280/90; Convenção da Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito. Decreto nº 875/93; Promulga os ajustes ao Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio. Decreto nº 181/91; Convenção Internacional para Prevenção, Resposta e Cooperação em Caso de Poluição por Óleo (OPRC-90), Decreto nº 2.870/98; Dispõe sobre a execução do Acordo de Alcance Parcial de Cooperação e Intercâmbio de Bens Utilizados na Defesa e Proteção do Meio Ambiente, entre Brasil e Argentina, Decreto nº 652/92; Convenção sobre Diversidade Biológica (Rio-92), Decreto nº 2.519/98; Acordo Constitutivo do Instituto Interamericano para Pesquisa em Mudanças Globais (Ata de Montevideu), Decreto nº 2.544/98; Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança de Clima, Decreto nº 2.652/98; Convenção Internacional de Combate à Desertificação nos Países Afetados por Seca e/ou Desertificação, principalmente na África, Decreto nº 2.741/98; Convenção Interamericana para a Proteção e Conservação das Tartarugas Marinhas, Decreto nº 3.842/2001; Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Climática, Decreto nº 5.445/2005; Convenção de Roterdã sobre o Procedimento de Consentimento Prévio Informado para o Comércio Internacional de Certas Substâncias Químicas e Agrotóxicos Perigosos (PIC), Decreto nº 5.360/2005; Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica. Decreto nº 5.705/2006; Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente do Mercosul, Decreto nº 5208/2004; Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes. Decreto nº 5.472/2005 (Fonte: <https://neccint.wordpress.com/legislacao-internacional/> em 08.06.2015, às 20:30h)

<sup>492</sup> Para uma boa compreensão do desenvolvimento do direito ambiental no plano internacional ver também TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre: 1993.

Uma das características que mais singularizam o tratamento jurídico conferido à questão ambiental, no Brasil, é a atribuição do *status* de direito fundamental dessa proteção. Não bastasse, portanto, a elevação ao nível constitucional da matéria, conferindo superioridade normativa hierárquica, consagrou-se a essa matéria a garantia de direito fundamental (art. 225, da CF/88), e, ainda mais – inerente a todo direito e garantia individual na ordem jurídica brasileira –, a prerrogativa de ser imune ao processo de revisão constitucional (art. 60, § 4º, IV, CF/88).

Como ressalta Anizio Filho:

O direito ao ambiente é um direito fundamental, devendo-se levar efetivamente a sério a correção desse enunciado, notadamente quando se cogita de um verdadeiro Estado constitucional. É interessante observar que o primeiro princípio da Declaração de Estocolmo de 1972 estabelece que o homem, ao lado dos direitos fundamentais à liberdade e à igualdade, tem o direito fundamental ao desfrute de condições adequadas em um meio cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar. Esse reconhecimento do direito ao ambiente como um direito fundamental na órbita internacional foi assimilado pela ordem constitucional de vários Estados, entre os quais se inclui o Brasil.<sup>493</sup>

Quem melhor explica, entretanto, a dimensão do direito fundamental ao meio ambiente, utilizando-se da feliz expressão de Robert Alexy, são Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer. Esses autores, além de reconhecerem essa condição de fundamentalidade, na ordem jurídica brasileira, discorrem sobre os objetivos e como se constitui essa garantia:

Na esteira da Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, o direito fundamental ao ambiente se configura como um *direito fundamental completo ou como um todo*, ou seja, compreendido em sentido amplo, apresenta tanto uma feição defensiva quanto outra prestacional, no sentido de poder ser decodificado, notadamente na sua dimensão subjetiva, em um

---

<sup>493</sup> FILHO, Anizio Pires Gavião. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2005. p. 35. Não muito diferente é o entendimento de Edis Milaré, para quem se trata de direito personalíssimo: “nesse contexto, o direito à qualidade ambiental enquadra-se não apenas entre os direitos humanos fundamentais, mas, também, entre os direitos personalíssimos, compreendidos como aquelas prerrogativas essenciais à realização plena da capacidade e da potencialidade da pessoa, na busca da felicidade e na manutenção da paz social. No Direito concreto, o Direito Positivo e o Direito Natural fundem-se exemplarmente.” in MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013. p. 128.

complexo heterogêneo de posições subjetivas de natureza “negativa” e “positiva”, expressa ou implicitamente asseguradas no plano constitucional. A tutela do direito fundamental ao ambiente objetiva, nesse prisma, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também de liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos. Da consagração do direito ao ambiente como direito fundamental e do “novo” papel do Estado como “guardião e amigo” dos direitos fundamentais, extraem-se inúmeras projeções normativas. Nesse sentido, pode-se apontar para a *dupla perspectiva subjetiva e objetiva* do direito fundamental ao ambiente, na medida em que tal é reconhecido simultaneamente como um “direito subjetivo” do seu titular (indivíduo e coletividade) e um “valor comunitário”. Na perspectiva subjetiva cuida-se de reconhecer que o “direito”(em verdade, os “direitos”) vinculado ao respeito, proteção e promoção do ambiente, constitui posições jurídicas subjetivas “justiciáveis”, o que permite elevar ao Poder Judiciário os casos de lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico ambiental, tanto na hipótese de serem praticados por particulares (pessoas físicas e jurídicas) quanto pelos próprios entes estatais. A partir da perspectiva objetiva, projeta-se um complexo de projeções normativas, entre as quais: o *dever fundamental* de proteção ambiental conferido aos particulares, o *dever de proteção* do Estado no que tange a tutela ambiental, as *perspectivas procedimental e organizacional* do direito fundamental ao ambiente e a *eficácia entre particulares* do direito fundamental ao ambiente. Tal configuração normativa estabelece todo um sistema integrado e multidimensional de tutela e promoção do direito fundamental ao ambiente, tendo como objetivo a *máxima eficácia e efetividade* do direito jusfundamental em questão.<sup>494</sup>

Convém, agora, que se realize uma breve apresentação do que se concebe por direitos fundamentais, e em que contexto esse conceito é utilizado neste trabalho ( seguindo-se a teoria de Robert Alexy, que por se tratar de um direito fundamental, possui natureza principiológica, assim, suscetível de ponderação).

### 3.2.3.1 Introdução: direitos fundamentais

A origem da expressão direitos fundamentais é explicada por Perez Royo, em seu Curso de Direito Constitucional ao referir “que el término es de origen alemán (*Grundrechte*) y es utilizado por primera vez en la Constitución de 20 de

---

<sup>494</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. 2ª Edição Revista e Atualizada. Ed Revista dos Tribunais. São Paulo: 2012. p. 56-7

diciembre de 1848 aprobada por la Asamblea Nacional em la Paulkirche de Frankfurt.”<sup>495</sup>Ou seja, remonta à matriz germânica de direito constitucional.

O que caracteriza, o que se compreende por direitos fundamentais? O que são as diferentes gerações desses direitos? Que significa sua dupla dimensão? Essas são algumas das perguntas que se procura responder nesse ponto do trabalho, objetivando melhor compreensão do que consiste um “direito fundamental ao meio ambiente”, e qual o efetiva relevância dessa condição para sua proteção.

### 3.2.3.1.1 O que é um direito fundamental?

Trata-se de uma das perguntas mais difíceis a serem respondidas pela dogmática do direito constitucional contemporâneo, pois de certo modo encontra-se vinculada às diferentes concepções e ideologias possíveis do Estado e da Constituição.

Gilmar Mendes procura responder a essa pergunta do seguinte modo:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais - formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.<sup>496</sup>

Ingo Sarlet também delimita de maneira precisa o que se pode conceber por direitos fundamentais:

---

495 PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª Edição. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p.179

496 MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional*. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol 2, n.13, junho/1999. p. 1

Com base em tudo o que foi exposto e afastando-se de formulação anterior sobre este tema, entendemos que uma classificação dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada e que, por sua vez, tenha como ponto de partida as funções por eles exercidas, poderia partir, na esteira da proposta de Alexy, da distinção entre dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática e jurídica). O segundo grupo (dos direitos prestacionais), dividir-se-ia igualmente em dois subgrupos, quais sejam, o dos direitos a prestações em sentido amplo (englobando, por sua vez, os direitos de proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e o dos direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais), salientando que a ambos se aplica a distinção entre os assim denominados direitos derivados e os direitos originários a prestações.<sup>497</sup>

Essa concepção tradicional, de matriz liberal-burguesa, dos direitos fundamentais como direitos de defesa do indivíduo contra o Estado em sua liberdade e propriedade ainda possui lugar de destaque na aplicação desses direitos.<sup>498</sup>

Deve ser esclarecido, porém, que

[...]a garantia dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa contra intervenção indevida do Estado e contra medidas legais restritivas dos direitos de liberdade não se afigura suficiente para assegurar o pleno exercício da liberdade. Observe-se que não apenas a existência de lei, mas também a sua falta podem revelar-se afrontosas aos direitos fundamentais. É o que se verifica, *v.g.*, com os direitos à prestação positiva de índole normativa, inclusive o chamado *direito à organização e ao processo (Recht auf Organization und auf Verfahren)* e, não raras vezes, com o direito de igualdade.<sup>499</sup>

Pode-se afirmar, portanto, que os direitos fundamentais de defesa se dirigem a uma obrigação de abstenção dos poderes públicos, “implicando um dever de respeito a determinados interesses individuais, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições.”<sup>500</sup> Já o “reconhecimento de direitos

497 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6ª Ed. rev. atual. ampl. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2006. p.194-5

498 MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional*. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol 2, n.13, junho/1999. p. 2

499 Idem, p. 3

500 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6ª Ed. rev. atual. ampl. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2006. p.196.

à proteção pode ser reconduzido aos desenvolvimentos decorrentes da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais.”<sup>501</sup>

Quanto aos direitos de proteção, convém mencionar que:

[...] é preciso levar em conta que estes não se restringem à proteção da vida e da integridade física, alcançando tudo que se encontra sob o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana em geral, a liberdade, a propriedade, incluindo até mesmo a proteção contra os riscos da utilização pacífica da energia atômica. Da mesma forma, são múltiplos os modos de realização desta proteção, que pode se dar, como já referido, por meio de normas penais, de normas procedimentais, de atos administrativos e até mesmo por uma atuação concreta dos poderes públicos.<sup>502</sup>

Desse modo, adotando-se a subdivisão de Ingo Sarlet, direitos fundamentais implicam (1) direito de defesa; (2) direito a prestações, englobando (2.1) prestações em sentido amplo, como (2.1.1) direito à proteção; e (2.1.2) direito à participação na organização e procedimento; (2.2) direito a prestações em sentido estrito.

Essa subdivisão encontra respaldo, também, nas dimensões objetivas e subjetivas desses direitos, que se verá a seguir (1.2.3.1.3).

### **3.2.3.1.2-As teorias dos direitos fundamentais (gerações)**

O Ministro Celso de Mello, no voto proferido no MS 22.164/SP, citando Celso Lafer<sup>503</sup>, assim sintetizou a evolução das gerações de direitos fundamentais:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos)  
– que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais –

---

501 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6ª Ed. rev. atual. ampl. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2006. p.222.

502 Idem, *ibidem*

503 LAFER, Celso. *Desafios: ética e políticas*. Ed. Siciliano. São Paulo: 1995. p. 239

realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio de igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade consoante proclama autorizado magistério doutrinário.

O direito fundamental ao meio ambiente encontra-se, sem dúvida, na categoria de direito de 3ª geração

Os direitos fundamentais de terceira dimensão (direitos de solidariedade ou fraternidade) são de titularidade proeminentemente transindividual (difusa e coletiva), revelando um conteúdo altamente humanista e universal. Eles se distinguem substancialmente dos direitos fundamentais de primeira (civis e políticos) e de segunda (sociais, culturais e econômicos) dimensões, que têm, em regra, a sua titularidade individualizada ou ao menos individualizável. A marca distintiva dos direitos de terceira dimensão, portanto, reside basicamente na sua natureza transindividual, com titularidade muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela especialmente no direito ao ambiente, reclamando novas técnicas de garantia e proteção. No entanto, o direito ao ambiente, em que pese a habitual presença do interesse coletivo ou difuso, não deixa de objetivas também a proteção da vida e da qualidade de vida do homem na sua individualidade.<sup>504</sup>

É Bockenförde, talvez, um dos autores que melhor captou as relações entre essas denominadas gerações de direitos fundamentais, e sua vinculação a determinadas concepções de Estado, e, portanto, de Constituição. De fato, "las teorías de los derechos fundamentales son más bien expresión de determinadas concepciones del Estado e ideas básicas sobre la relación de dependencia del individuo con la comunidad estatal; tras de ello está una determinada idea de Constitución."<sup>505</sup> Este autor entende que há a (1) teoria liberal clássica – a mais

504 FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre: 2008. p 149

505 BOCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Juan Luís Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Nomos. Baden-Baden: 1993. p. 68



conhecida e tradicional; (2) a teoria institucional dos direitos fundamentais; (3) a teoria axiológica; (4) a teoria democrática; e (5) a teoria do Estado Social<sup>506</sup>.

Para este trabalho, no entanto, adota-se a teoria estrutural de Robert Alexy, que

[...]apresenta-se como uma teoria dogmática. Pressupõe-se um determinado modelo de ciência jurídica *stricto sensu*; é o modelo epistemológico tridimensional, segundo o qual a dogmática jurídica tem três dimensões: a analítica, a normativa e a empírica. A teoria estrutural é, primeiramente, uma teoria analítica, porque investiga os conceitos fundamentais no âmbito dos direitos fundamentais, a influência destes direitos no sistema jurídico e a fundamentação dos direitos fundamentais. Sendo a jurisprudência do TCF a matéria mais importante, é uma teoria empírico-analítico. Por fim, orientada pela pergunta sobre qual é a decisão correta desde o ponto de vista dos direitos fundamentais e da fundamentação racional destes direitos, a teoria estrutural é uma teoria normativo-analítico.<sup>507</sup>

De acordo com esse renomado autor, é sabido que sua teoria “é constituída pela teoria dos princípios e a teoria das posições jurídicas básicas. Segundo Alexy, sem uma teoria dos princípios não é possível uma dogmática adequada dos direitos fundamentais.”<sup>508</sup>

Enfatizado esse ponto, é mister esclarecer que a teoria de Alexy será adotada, nesse trabalho, pelo menos por duas razões imprescindíveis: (1) se trata de teoria amplamente conhecida, divulgada e adotada na prática doutrinária e jurisprudencial brasileiras. Não se desconhece muitas das críticas realizadas a essa teoria, todavia não é o caso de discuti-las, sendo suficiente essa justificativa para sua utilização neste trabalho; (2) precisamente por conceber os direitos fundamentais como princípios, para o qual se faz essencial a aplicação do princípio da proporcionalidade, e sendo a proteção ambiental reconhecida como direito fundamental na ordem jurídica brasileira, justifica-se a adoção do estudo do critério do princípio da proporcionalidade para auxiliar na resolução de conflitos competenciais envolvendo matéria ambiental.

---

506 BOCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Juan Luís Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Nomos. Baden-Baden: 1993. p. 52 68

507 STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre: 2000. p. 121

508 Idem, p. 122

Outra justificativa, exposta no capítulo anterior, refere-se a que, embora sejam regras de competência previstas na Constituição, o seu exercício não deixa de constituir reflexo do desdobramento dos princípios da autonomia (União v. Estados-membros; unidade v. diversidade).

### 3.2.3.1.3 A dupla dimensão dos direitos fundamentais

Falar sobre direitos fundamentais é, antes de tudo, falar sob uma dupla perspectiva: subjetiva e objetiva.

Tradicionalmente, quando se refere a direitos fundamentais como direitos subjetivos, a primeira noção que surge é a possibilidade de exigir-se judicialmente a prevalência de seus direitos perante os destinatários. “transparece a ideia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito”.<sup>509</sup>

Como reforça Ingo Sarlet:

[...]Neste contexto, quando – no âmbito da assim denominada perspectiva subjetiva – falamos de direitos fundamentais subjetivos, estamos nos referindo à possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direitos fundamental em questão.<sup>510</sup>

Desde o caso *Lüth*, contudo, não se desconhece uma dimensão objetiva aos direitos fundamentais, cujo primeiro desdobramento é a eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*), condicionando a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, inclusive sobre as relações privadas.<sup>511</sup> Outro importante

509 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6ª Ed. rev. atual. ampl. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2006. p.177.

510 Idem, p.179.

511 Idem, p.172.

aspecto decorrente dessa dimensão objetiva são os chamados deveres de proteção:

Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.<sup>512</sup>

Como decorrência do monopólio da força (mas se pode acrescentar também por isso, e não somente em virtude disso), ao Estado incumbe o dever de assegurar determinados níveis de proteção aos direitos fundamentais, inclusive com a possibilidade de exigência de prestações para sua garantia.<sup>513</sup>

Dessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais, portanto, extrai-se a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar e garantir os indivíduos contra as investidas do Poder Público, mas também assegurar que esses direitos fundamentais sejam resguardados contra agressão de terceiros (deveres de proteção). De acordo com Gilmar Mendes, essa nova dimensão faz “com que o Estado evolua da posição de “*adversário*” (*Gegner*) para uma função de guardião desses direitos (*Grundrechtsfreund oder Grundrechtsgarant*)”.<sup>514</sup> Faz referência,

512 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6ª Ed. rev. atual. ampl. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2006. p.174.

513 Deve-se acrescentar que “[. . .]tais deveres de proteção, parte dos quais expressamente previstos nas constituições, podem ser também reconduzidos ao princípio do Estado de Direito, na medida em que o Estado é o detentor do monopólio, tanto da aplicação da força, quanto no âmbito da solução dos litígios entre os particulares. Por força dos deveres de proteção, aos órgãos estatais incumbe assegurar níveis eficientes de proteção para os diversos bens fundamentais, o que implica não apenas a vedação de omissões, mas também a proibição de uma proteção manifestamente insuficiente, tudo sujeito a controle por parte dos órgãos estatais, inclusive por parte do Poder Judiciário. Assim, os deveres de proteção implicam deveres de atuação (prestação) do Estado e, no plano da dimensão subjetiva – na condição de direitos à proteção – inserem-se no conceito de direito a prestações (direito à proteção) estatais.” in SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2012. p. 297

514 MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem*

ainda, o mencionado autor, que, nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção<sup>515</sup>:

(a) Dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;

(b) Dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas;

(c) Dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental.

No campo ambiental, esses deveres de proteção encontraram grande acolhimento legislativo e jurisprudencial, principalmente no que se refere aos riscos da civilização tecnológica (princípio da precaução e prevenção):

Com efeito, a consagração, a partir da assim chamada *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais, de deveres de proteção (ou, como preferem alguns, de imperativos de tutela) estatais, ocorreu em primeira linha no âmbito da jurisprudência e doutrina constitucional alemãs do Segundo Pós-Guerra, sendo que tais deveres de proteção (para com a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e com as próprias bases naturais da vida e os interesses das futuras gerações, como aliás expressamente estabelecido pela Lei Fundamental da Alemanha) implicam, mais especificamente, também o dever de tomar medidas no sentido de controlar os riscos e perigos derivados do desenvolvimento tecnológico, em razão do comprometimento dos direitos fundamentais à vida, à saúde e ao equilíbrio ambiental. Há, na hipótese, um dever estatal de garantia da segurança ou de prevenção de riscos, o que, à evidência, se verifica em

---

*Constitucional*. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol 2, n.13, junho/1999. p. 5. E mais: “Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*).” Idem, ibidem.

<sup>515</sup>MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional*. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol 2, n.13, junho/1999. p. 5-6

todas as dimensões da socioambientalidade (bastaria aqui apontar para a segurança alimentar, a segurança na produção e comercialização de medicamentos etc.) e da própria segurança pública e pessoal, a tal ponto que já se fala hoje na transformação do Estado Constitucional (Socioambiental) em um Estado da Prevenção (*Präventionsstaat*).<sup>516</sup>

Por último, como desdobramento também dessa função objetiva, encontra-se a garantia de uma formatação organizacional e procedimental. Parte-se da premissa de que os direitos fundamentais necessitam de certas formas procedimentais e organizacionais para sua garantia. Enfim, como esclarece Gilmar Mendes, “quando se impõe que determinadas medidas estatais que afetem direitos fundamentais devam observar um determinado procedimento, sob pena de nulidade, não se está a fazer outra coisa senão proteger o direito mediante o estabelecimento de determinadas normas de procedimento.”<sup>517</sup>

Verifica-se, portanto, que no direito ambiental procura-se uma tutela com forte caráter protetivo, o que de modo algum afasta a dimensão subjetiva desse direito fundamental, ou outras facetas que possam ser assumidas. Efetivamente, Alexy foi feliz na expressão ao referir tratar-se de “um direito fundamental completo”, ou “direito fundamental como um todo”:

[...]Especialmente claro é o caso do intensamente debatido direito ao meio ambiente, que não raro é classificado como um direito fundamental social, ou ao menos como algo a ele próximo. Uma análise mais detida demonstra que esse direito, não importa se introduzido como um novo direito fundamental no catálogo de direitos ou atribuído por interpretação a um dispositivo de direito fundamental existente, tem uma estrutura muito diferente daquela de um direito como o direito à assistência social, que

516 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. 2ª Edição Revista e Atualizada. Ed Revista dos Tribunais. São Paulo: 2012. p. 102

517 MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional*. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol 2, n.13, junho/1999. p. 5. Deve-se mencionar também que “uma terceira função, igualmente vinculada à dimensão objetiva, e que, além disso, demonstra que todas as funções dos direitos fundamentais, tanto na perspectiva jurídico-objetiva, quanto na dimensão subjetiva, guardam direta conexão entre si e se complementam reciprocamente (embora a existência de conflitos) pode ser genericamente designada de função organizatória e procedimental. Nesse sentido, sustenta-se que a partir do conteúdo das normas de direitos fundamentais é possível se extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, evitando-se os riscos de uma redução do seu significado e conteúdo material.” in SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2012. p. 298

essencialmente se esgota em um simples direito a uma prestação fática. Um direito fundamental ao meio ambiente corresponde mais àquilo que acima denominou “direito fundamental completo”. Ele é formado por um feixe de posições de espécies bastante distintas. Assim, aquele que propõe a introdução de um direito fundamental ao meio ambiente, ou que pretende atribuí-lo por meio de interpretação a um dispositivo de direito fundamental existente, pode incorporar a esse feixe, dentre outros, um direito a que o Estado se abstenha de determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra intervenções de terceiros que sejam lesivas ao meio ambiente (direito a proteção), um direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedimentos) e um direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas ao meio ambiente (direito a prestação fática). Além disso, as posições propostas ou alegadas podem dizer respeito a direitos *prima facie* ou a direitos definitivos. [...] <sup>518</sup>

Essas facetas convivem e interagem reciprocamente, no caso do direito fundamental ao meio ambiente.

### **3.2.3.2 Proteção ao meio ambiente na CF/88: doutrina do STF**

Nesse tópico objetiva-se verificar como tem sido compreendida e aplicada a cláusula relativa ao direito fundamental ao meio ambiente pelo Supremo Tribunal Federal. O objetivo não é partir para uma discussão aprofundada da matéria, e sim apenas verificar os julgamentos de constitucionalidade material, levados a efeito pela Suprema Corte, seja na dimensão puramente objetiva do direito fundamental, ou mesmo se há exemplos de natureza prestacional.

A finalidade é somente oferecer um panorama de como é acolhida a matéria ambiental pela Corte. As críticas que são dirigidas à condição de direito fundamental, bem como se isso constituiu obstáculo à jurisprudência do STF, serão analisadas no item 3.2.3.4 (críticas à fundamentalidade do direito ao meio ambiente).

Pois bem, o primeiro caso usualmente citado em muitas decisões do Supremo Tribunal Federal é o MS 22.164/SP. Nesse julgamento, tratava-se de discutir a viabilidade de desapropriação para fins de reforma agrária no Pantanal

<sup>518</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros. São Paulo: 2008. p. 443

Mato-grossense, patrimônio nacional que deve ser preservado na forma da lei, segundo o art. 225, § 4º, da Constituição. A Corte entendeu ser viável o procedimento, pois a preservação não impede o desenvolvimento dos mecanismos de expropriação para fins de reforma agrária, uma vez observadas as exigências fixadas na legislação, e respeitada a preservação ambiental<sup>519</sup>. Foi referida expressamente a condição de direito fundamental de 3ª geração a proteção ao meio ambiente:

REFORMA AGRÁRIA – IMÓVEL RURAL SITUADO NO PANTANAL MATO-GROSSENSE- DESAPROPRIAÇÃO-SANÇÃO (CF, ART. 184) – POSSIBILIDADE – FALTA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL E PRÉVIA DO PROPRIETÁRIO RURAL QUANTO À REALIZAÇÃO DA VISTORIA (LEI N. 8.629/93, ART. 2º, PAR. 2º) – OFENSA AO POSTULADO DO DUE PROCESS OF LAW (CF, ART. 5º, LIV) – NULIDADE RADICAL DA DECLARAÇÃO EXPROPRIATÓRIA – MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. [...]

A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – direito de terceira geração – princípio da solidariedade.

- O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social.

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. Considerações doutrinárias.

(STF - MS: 22164 SP , Relator: Celso de Mello, data de julgamento: 30.10.1995, Tribunal Pleno, Data de publicação: DJ 17-11-1995 pp-39206 EMENT Vol-01809-05 pp-01155)

Outro julgamento importante é o da ADI nº 3.378/DF, e que analisa dispositivos da Lei nº 9.985/2000 acerca do pagamento de compensações ambientais, em processos de licenciamento. Além de referir expressamente o princípio do poluidor-

---

<sup>519</sup> Cf. também RE nº 134.297-8/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, unânime, DJ 22.09.05

pagador, nesse caso a Corte decidiu que essa compensação deve ser proporcional ao valor do impacto ambiental ocasionado, e não decorrência do custo do empreendimento:

Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 36 e seus § 1º, § 2º e § 3º da Lei 9.985, de 18-7-2000. Constitucionalidade da compensação devida pela implantação de empreendimentos de significativo impacto ambiental. Inconstitucionalidade parcial do § 1º do art. 36. O compartilhamento-compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei 9.985/2000 não ofende o princípio da legalidade, dado haver sido a própria lei que previu o modo de financiamento dos gastos com as unidades de conservação da natureza. De igual forma, não há violação ao princípio da separação dos poderes, por não se tratar de delegação do Poder Legislativo para o Executivo impor deveres aos administrados. Compete ao órgão licenciador fixar o *quantum* da compensação, de acordo com a postura do impacto ambiental a ser dimensionado no relatório – EIA/RIMA. O art. 36 da Lei 9.985/2000 densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica. Inexistente desrespeito ao postulado da razoabilidade. Compensação ambiental que se revela como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional. Medida amplamente compensada pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez. Inconstitucionalidade da expressão ‘não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento’, no § 1º do art. 36 da Lei 9.985/2000. O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento.

[ADI 3.378](#), Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 14-6-2008, Plenário, *DJE* de 20-6-2008.

Sobre o problema do licenciamento ambiental, há importantes precedentes, fundamentados na violação ao princípio da separação dos Poderes. Tratava-se de leis que condicionavam aprovação de relatórios de impacto ambiental à prévia anuência da Assembleia Legislativa do Estado-membro (atividade essencialmente administrativa).

Assim os seguintes julgamentos:

Lei 1.315/2004, do Estado de Rondônia, que exige autorização prévia da Assembleia Legislativa para o licenciamento de atividades utilizadoras de



recursos ambientais consideradas efetivas e potencialmente poluidoras, bem como capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental. Condicionar a aprovação de licenciamento ambiental à prévia autorização da Assembleia Legislativa implica indevida interferência do Poder Legislativo na atuação do Poder Executivo, não autorizada pelo art. 2º da Constituição. Precedente: ADI 1.505. Compete à União legislar sobre normas gerais em matéria de licenciamento ambiental (art. 24, VI, da Constituição).

[ADI 3.252-MC](#), Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 6-4-2005, Plenário, *DJE* de 24-10-2008.

Art. 187 da Constituição do Estado do Espírito Santo. Relatório de Impacto Ambiental. Aprovação pela Assembleia Legislativa. Vício material. Afronta aos arts.58, § 2º, e 225, § 1º, da Constituição do Brasil. É inconstitucional preceito da Constituição do Estado do Espírito Santo que submete o Relatório de Impacto Ambiental – RIMA – ao crivo de comissão permanente e específica da Assembleia Legislativa. A concessão de autorização para desenvolvimento de atividade potencialmente danosa ao meio ambiente consubstancia ato do poder de polícia – ato da administração pública – entenda-se ato do Poder Executivo. ([ADI 1.505](#), Rel. Min.Eros Grau, julgamento em 24-11-2004, Plenário, *DJ* 4-3-2005.)

Sobre o caráter procedimental, questionamentos acerca da garantia de procedimentos no direito ambiental (especificamente direito à informação e manifestação), o STF já decidiu que estudos técnicos para o licenciamento não devem necessariamente estar concluídos por ocasião das consultas públicas, podendo estender-se até a criação de unidade de conservação (art. 22, § 2º, da Lei nº 9.985/00). Tratava-se de mandado de segurança ajuizado pela Associação de Moradores do Município de Barra Velha, questionando Decreto Presidencial s/nº de 5.06.06, que criava a Reserva Extrativista de Canavieiras. Dentre outras alegações, sustentava-se justamente o direito de “conhecer os estudos, receber informações inteligíveis, de se manifestar sobre o processo de criação da reserva”, e que, além de não ter sido dada publicidade devida, estes estudos estavam inconclusos por ocasião das consultas públicas.

O pedido foi julgado improcedente, em decorrência do entendimento de que o momento oportuno poderia ser considerado até a criação das respectivas unidades de conservação. Em nenhum momento, entretanto, se questionou o direito à própria informação e manifestação.

Nesse sentido, a ementa:

Criação de reserva extrativista. (...) É incontroversa a publicação, em jornal de grande circulação no Estado da Bahia, de edital de chamamento para consulta pública. O § 2º do art. 22 da Lei 9.985/2000 não exige que os estudos técnicos estejam concluídos por ocasião das consultas públicas, mas, tão somente, por ocasião da criação da própria unidade de conservação.

MS 26.189-AgR, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 6-3-2013, Plenário, *DJE* de 10-4-2013.

É digno de destacar, também, que a Corte adota postura cautelosa mediante a avaliação de determinadas ponderações que por vezes se fazem necessárias, envolvendo a proteção ambiental e o desenvolvimento de determinadas atividades econômicas e de integração. Nesse contexto, pode-se mencionar o julgamento do caso da Transposição do Rio São Francisco, obra de irrigação destinada a beneficiar partes da Região Nordeste do Brasil, atingidas pela seca:

Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional. *Periculum in mora* não evidenciado. (...) A licença de instalação levou em conta o fato de que as condicionantes para a licença prévia estão sendo cumpridas, tendo o Ibama apresentado programas e planos relevantes para o sucesso da obra, dos quais resultaram novas condicionantes para a validade da referida licença de instalação. A correta execução do projeto depende, primordialmente, da efetiva fiscalização e empenho do Estado para proteger o meio ambiente e as sociedades próximas. Havendo, tão somente, a construção de canal passando dentro de terra indígena, sem evidência maior de que recursos naturais hídricos serão utilizados, não há necessidade da autorização do Congresso Nacional. O meio ambiente não é incompatível com projetos de desenvolvimento econômico e social que cuidem de preservá-lo como patrimônio da humanidade. Com isso, pode-se afirmar que o meio ambiente pode ser palco para a promoção do homem todo e de todos os homens. Se não é possível considerar o projeto como inviável do ponto de vista ambiental, ausente nesta fase processual qualquer violação de norma constitucional ou legal, potente para o deferimento da cautela pretendida, a opção por esse projeto escapa inteiramente do âmbito desta Suprema Corte. Dizer sim ou não à transposição não compete ao Juiz, que se limita a examinar os aspectos normativos, no caso, para proteger o meio ambiente.

[ACO 876-MC-AgR](#), Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 19-12-2007, Plenário, *DJE* de 1º-8-2008.

Procurou-se, neste julgamento, conciliar o desenvolvimento econômico com a proteção ao meio ambiente, com postura destacada de *self restraint*.

Sobre a crueldade com animais, também em relevante precedente, a Corte decidiu pela inconstitucionalidade de lei do Estado do Rio Grande do Norte que autorizava a prática de brigas de galos<sup>520</sup>:

Lei 7.380/1998, do Estado do Rio Grande do Norte. Atividades esportivas com aves das raças combatentes. 'Rinhas' ou 'Brigas de galo'. Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, § 1º, VII, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei estadual que autorize e regulamente, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas 'rinhas' ou 'brigas de galo'."

[ADI 3.776](#), Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 14-6-2007, Plenário, *DJ* de 29-6-2007.). No mesmo sentido: ADI 1.856, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-5-2011, Plenário, *DJE* de 14-10-2011; ADI 2.514, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-6-2005, Plenário, *DJ* de 9-12-2005.

Com relação às reservas florestais, em estreita vinculação com o direito de propriedade, ao qual a proteção ambiental muitas vezes impõe restrições, limitando os direitos inerentes ao proprietário, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que o Poder Público deve proceder à indenização, caso haja uma supressão da atividade econômica desenvolvida pelo proprietário com áreas florestais obrigatórias determinadas por lei em terras de particulares. Impõe-se procurar conciliar a proteção ambiental com o direito de propriedade:

Recurso extraordinário – Estação ecológica – Reserva florestal na Serra do Mar – Patrimônio nacional (CF, art. 225, § 4º) – Limitação administrativa que afeta o conteúdo econômico do direito de propriedade – Direito do proprietário à indenização – Dever estatal de ressarcir os prejuízos de ordem patrimonial sofridos pelo particular – Recurso extraordinário não conhecido.

[...]

O preceito consubstanciado no art. 225, § 4º, da Carta da República, além de não haver convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas (Mata Atlântica,

<sup>520</sup>Cf. também o RE nº 153.531-8/SC (farra do boi em Santa Catarina), e a recente ADI nº 4.983/CE, julgando inconstitucional a Lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a prática das vaquejadas, considerando a tortura e maus-tratos infringidos aos animais

Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira), também não impede a utilização, pelos próprios particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias a preservação ambiental. A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (CF/1988, art. 5º, XXII). Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da República estende-se, na abrangência normativa de sua incidência tutelar, ao reconhecimento, em favor do *dominus*, da garantia de compensação financeira, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, ainda que o imóvel particular afetado pela ação do Poder Público esteja localizado em qualquer das áreas referidas no art. 225, § 4º, da Constituição. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração (CF, art. 225, *caput*).

[RE 134.297](#), Rel. Min.Celso de Mello, julgamento em 13-6-1995, 1ª Turma, DJ de 22-9-1995.

Também merece registro o julgamento da ADIMC nº 3.540/DF, em que a Corte entendeu que alteração promovida no extinto Código Florestal, por Medida Provisória do Poder Executivo, permitindo aos gestores públicos autorizar a supressão de florestas em área de preservação permanente, conquanto preenchidos determinados requisitos, era constitucional. Sustentava-se que somente por ato legislativo formal pode-se alterar ou suprimir espaços territorialmente protegidos.

O Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ação:

E M E N T A: MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQUENTE INDEFERIMENTO

DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina.

[...]

A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações[...]

ADI 3540 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528

Por fim, um dos julgamentos mais emblemáticos refere-se à discussão acerca da possibilidade de importação de pneus usados pelo Brasil, e sua utilização no território nacional. É prática usual de alguns países desenvolvidos a exportação de pneus usados, principalmente como forma de se exonerar de passivo ambiental considerável. Tratava-se de demanda recorrente nos tribunais brasileiros, com várias decisões desencontradas, de modo que se ajuizou uma ADPF para avaliar a questão, e uniformizar as decisões.

O STF expressamente considerou inconstitucional essa importação, considerando-a lesiva ao meio ambiente e à saúde:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS

EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação. [...]

3. Crescente aumento da frota de veículos no mundo a acarretar também aumento de pneus novos e, conseqüentemente, necessidade de sua substituição em decorrência do seu desgaste. Necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes. Ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente: demonstração pelos dados. 4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. [...]

10. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada parcialmente procedente.

ADPF nº 101/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, Plenário, maioria, Dje nº 108, Publicado em 04.06.12

Essas decisões permitem comprovar aquilo que a doutrina brasileira já consolidou em matéria de meio ambiente: que se trata de matéria recorrente no Supremo Tribunal Federal, cujas decisões mencionam expressamente a condição de direito fundamental, sem maiores discussões em relação a essa condição.

Algumas das decisões aqui expostas já permitem verificar que a questão da legitimidade individual, para a provocação do Poder Judiciário, não provoca maiores debates. Quanto às outras críticas que a condição de direito fundamental suscita

(interposição legislativa obrigatória; insuficiente densidade normativa do texto constitucional, enfim), são apreciadas na sequência.

### 3.2.3.3 Conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente na ordem brasileira

É importante responder à seguinte pergunta: qual efetivamente o conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente na ordem constitucional brasileira? Possui realmente efetividade enquanto nessa condição, ou se trata de afirmação puramente retórica?

Inicialmente, deve-se ressaltar que “o direito fundamental ao ambiente é apresentado como um todo integrado por um feixe de posições fundamentais jurídicas e *prima facie*, entre as quais está inserido o direito ao procedimento judicial viabilizado pela ação popular”.<sup>521</sup> Ou seja, sua justiciabilidade está garantida pelo art. 5º, LXXIII c/c Lei 4.717/65, isento de quaisquer custas. Ainda que o direito fundamental ao meio ambiente seja, na doutrina brasileira, pacificamente considerado um interesse difuso – cuja apreensão, por um único indivíduo, poderia a princípio constituir sério obstáculo para sua sindicabilidade em Juízo -, a técnica processual brasileira reconhece tranquilamente os mecanismos da ação popular e da ação civil pública<sup>522</sup>.

---

521 FILHO, Anizio Pires Gavião. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2005. p. 141

522 “Luís Felipe Colaço Antunes refere que “ o interesse difuso estrutura-se como um interesse pertencente a todos e a cada um dos componentes da pluralidade indeterminada de que se trate. Não é um simples interesse individual, reconhecedor de uma esfera pessoal e própria, exclusiva do domínio. O interesse difuso é o interesse que cada indivíduo possui pelo fato de pertencer à pluralidade de sujeitos e que se refere a norma em questão. Tampouco, é o interesse próprio de uma comunidade organizada, constituída pela soma de interesses (ou de alguns deles) dos indivíduos concretos que a compõem e, portanto, exclusivo. O conteúdo ou a consequência jurídica do interesse difuso é o reconhecimento de uma pluralidade de situações objetivos a sujeitos individuais ou a entes associativos. Nisto, se diferencia do interesse público clássico, mais ou menos geral, inclusive quando a pluralidade em que se reconhece o interesse seja tendencialmente coincidente com a totalidade dos cidadãos. Quer dizer, o interesse difuso supõe um plus de proteção ou uma proteção diversificada de um bem jurídico; pública, por um lado, e dos cidadãos por outro. Quando se diz que o Estado tutela o direito ao meio ambiente, nesta fórmula reconhece-se um interesse público, a faculdade de atuação do Estado, mas ao mesmo tempo um interesse jurídico, não meramente de fato, de todo o cidadão à proteção adequada do bem ambiental, segundo os ditames do ordenamento jurídico. Assim, podemos dizer que o interesse difuso é um interesse híbrido, que possui uma alma pública e um corpo privado, que transcende o direito subjetivo privado e se estende pelo público. É um interesse coletivo-público, um interesse pluriindividual de relevância pública, cuja forma mais natural de agregação é a forma associativa.

Como esclarece Fensterseifer:

A ideia de direito subjetivo está vinculada à posição jurídica do titular de um direito fundamental de “impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)”, o que caracteriza uma relação trilateral formada entre titular do direito, objeto e destinatário do direito. Borowski refere que é característico dos direitos subjetivos a possibilidade do seu titular torná-lo efetivo em face dos tribunais.<sup>523</sup>

E enfatiza, esse autor, que a possibilidade de exigência desse direito fundamental em Juízo, que muito preocupa a outros ordenamentos jurídicos, haja vista a dificuldade de se visualizar a viabilidade de um direito difuso (plural), ser reclamado individualmente, encontra-se superado na doutrina e jurisprudência brasileiras.

Conclui o autor que:

No plano jurídico brasileiro, não há necessidade de “subjetivação” da proteção do ambiente, pois a própria Constituição Federal (art. 225, caput) consagrou de forma expressa o direito subjetivo ao ambiente, possibilitando a sua “judicialização” ante qualquer violação, provenha ela do poder estatal ou de poderes privados. O próprio enfoque de “direito-dever” fundamental presente no nosso texto constitucional traça um modelo de tutela ambiental que desloca o Estado da condição de único guardião da Natureza, inserindo os particulares (“toda coletividade”) no quadro permanente de defensores do ambiente, o que torna imprescindível a possibilidade de levar as lesões ao patrimônio ambiental a juízo, tanto sob um viés “associacionista” de cidadania, ou seja, através de associações civis ambientais (como, por exemplo, através do manuseio da ação civil pública), como sob um viés “individualista” de cidadania, através do próprio cidadão levar a cabo a defesa do ambiente (como, por exemplo, através da ação popular e das ações de direito de vizinhança).<sup>524</sup>

Isso caracteriza, preponderantemente, a dimensão subjetiva do direito fundamental ao meio ambiente, no sentido de pleitear um direito de defesa contra

---

Um interesse comunitário de natureza cultural, não corporativo.” in MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. 7ª Edição. Editora Verbo Jurídico. Porto Alegre: 2013. p. 45-6

523 FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre: 2008. p 174

524 Idem, p 179.



aqueles atos lesivos ao ambiente (art. 5º, LXXIII), promovendo a sua anulação na via judicial<sup>525</sup>.

Entretanto, também há um elemento objetivo, como ressalta Anizio Filho, que:

[...]tem seu conteúdo expresso nas incumbências, a cargo do Estado, tendentes a assegurar a todos a realização do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. É exatamente disso que tratam as normas do art. 225, § 1º, da Constituição, fixando objetivos estatais para a realização do direito ao ambiente juridicamente vinculantes para o legislador, em primeiro lugar, para o Executivo e para o Judiciário. Dessa integração da dimensão objetiva com a dimensão subjetiva é que o direito fundamental ao ambiente tem a sua conformação jurídico-constitucional completa, conforme dispõem as normas da disposição do art. 225 da Constituição.<sup>526</sup>

O direito fundamental ao meio ambiente, na concepção de direito a algo, pode-se materializar no direito a prestações em sentido amplo, caracterizado por um (1) direito à proteção; (2) direito à organização e procedimento; e (3) e direito a prestações em sentido estrito.

A realização do direito à proteção pode ocorrer de várias maneiras: imposição de normas penais, de normas procedimentais, de normas e atos administrativos e, inclusive, pela atuação concreta dos órgãos estatais.<sup>527</sup> Exemplo de norma penal é a Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Constitui, sem dúvida, uma lei dotada de singularidade, pois (1) trata de todos os crimes contra o meio ambiente no mesmo corpo legislativo, separando-o do Código

---

<sup>525</sup> Nessa dimensão subjetivo-negativa, pode-se acrescentar ainda as seguintes ações “no sentido de que o Estado: i) não crie obstáculos ou impeça determinadas ações do titular do direito; ii) não afete determinadas situações do titular do direito; iii) não elimine determinadas posições do titular do direito.” in FILHO, Anizio Pires Gavião. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2005. p. 48-9

<sup>526</sup> FILHO, Anizio Pires Gavião. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2005. p. 39

<sup>527</sup> Idem, p. 53

Penal<sup>528</sup>; (2) permite a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, dando efetividade ao previsto no art. 225, §3º, da Constituição.

Como “procedimentos”, cabe mencionar, a título exemplificativo, as Resoluções CONAMA nº 1/86 e 237/1997, sobre relatório de impacto ambiental e licenciamento. A própria Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo na esfera federal, dispõe sobre diversos princípios e garantias (ampla defesa, boa-fé, enfim), e, por evidente, aplicáveis aos procedimentos administrativos federais relativos ao meio ambiente.

E, para ressaltar, tudo isso por que “a realização do direito fundamental ao ambiente pelo procedimento em sentido estrito pode ser alcançada com a via do procedimento administrativo e com a alternativa do procedimento judicial”.<sup>529</sup>

Destaque-se que prevalece o entendimento de que os “direitos à organização e ao procedimento não configuram direito subjetivo, mas tão-somente dever-jurídico do Estado não-relacional, consistindo em manifestações da dimensão objetiva dos direitos fundamentais”.<sup>530</sup>

Por derradeiro, o direito ao procedimento administrativo do licenciamento – um dos maiores símbolos da plena aplicabilidade dos princípios da precaução e da prevenção -, que constitui uma das mais importantes vertentes de realização do direito fundamental ao meio ambiente. Sua relevância é grande, e onde justamente ocorrem alguns dos mais emblemáticos conflitos federativos, que foi precisamente nesse campo que se promulgou a Lei Complementar nº 140/2011, regulamentando o parágrafo único, do art.23, da Constituição, no que se refere ao meio ambiente<sup>531</sup>.

---

528 “No caso da proteção ambiental, como expressão mais específica dos deveres de proteção do Estado, além da elaboração de legislação versando sobre a tutela ambiental, pode-se citar a adoção de medidas de controle e fiscalização de ações poluidoras do ambiente, a criação de unidades de conservação, a criação e estruturação de órgãos públicos destinados à tutela ecológica e até mesmo campanhas públicas de educação e conscientização ambiental, além de outras medidas que objetivem a efetividade do direito em questão.” in SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. 2ª Edição Revista e Atualizada. Ed Revista dos Tribunais. São Paulo: 2012. p. 186-7

529 FILHO, Anizio Pires Gavião. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2005. p. 93

530 Idem, p. 77-8

531 Não bastasse a PEC nº 65/2012, que altera o procedimento de licenciamento, quase suprimindo-o a nível constitucional, há diversos projetos de lei com objetivos similares. Pode-se citar o Projeto de Lei nº 654/2015 (licenciamento em obras estratégicas); o Projeto de Lei nº 8062/2014, assim como o Projeto de Lei nº 3729/2014, e 11 apensos. Há também movimentos para promover

Desse modo, observa-se que a configuração do direito fundamental ao meio ambiente na ordem jurídica brasileira é bastante ampla, seja na dimensão subjetiva, objetiva e prestacional. Não somente possui o efeito irradiante sobre a legislação e demais atos dos Poderes Públicos, mas impõe o dever de o Estado se abster de determinados atos lesivos ao meio ambiente, assim como de assegurar a proteção contra atos danosos de terceiros. E mais, assegura mecanismos por meio dos quais os indivíduos possam sindicá-los judicialmente a concretização desses direitos.<sup>532</sup>

### 3.2.3.4 Críticas à fundamentalidade do direito ao meio ambiente

Não são poucas as críticas que se fazem à fundamentalidade do direito ao meio ambiente, à semelhança da problemática do princípio rector na ordem constitucional espanhola (art. 45, 1, da CE).

Como relata Anizio Filho:

---

alterações no âmbito do próprio CONAMA, especialmente a Resolução nº 237/97. Cf. <http://www.conjur.com.br/2016-mai-02/pec-altera-licenciamento-ambiental-nao-reflete-justificativa>. Acesso em 07.07.2016, às 15:43h.

<sup>532</sup> Uma decisão bem exemplificativa, nesse sentido, é a proferida na PET no REsp nº 1.240.122/PR, pelo Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Min. Herman Benjamin. O seguinte trecho do voto permite verificar a: (1) fundamentalidade do direito ao meio ambiente; (2) sua exigibilidade; (3) efeitos irradiantes para o ordenamento jurídico. Segue: “Nessa matéria, incumbe ao juiz não perder de vista que a Constituição, em seu art. 225, *caput*, de maneira expressa, reconheceu as gerações futuras como co-titulares do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em paralelo, a legislação de disciplina da ação civil pública (especificamente o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor) agasalha a quádrupla categorização dos direitos subjetivos em individuais, individuais homogêneos, coletivos *stricto sensu* e difusos. Evidente, portanto, que o ordenamento brasileiro outorgou às gerações futuras (e à própria coletividade atual) a possibilidade, nessa sua condição de *titular de direito subjetivo transindividual*, de se beneficiar da proteção constitucional, na integralidade, conferida aos direitos adquiridos; a ser diferente, teríamos no art. 225, *caput*, um “direito meia-boca”, com nome e sobrenome de “direito”, mas sem os dotes e eficácia temporal que a todos os direitos, patrimoniais ou não, tradicionalmente se atrelam e deles decorrem. Por essa ótica, tanto ao indivíduo (visão individualístico-intrageracional), como à coletividade presente e futura (visão coletivo-intrageracional e coletivo-intergeracional) se garantem contra a retroatividade da lei posterior os direitos adquiridos sob o regime antecedente que se incorporarem ao seu patrimônio. Um e outro são sujeitos; um e outro contam com patrimônio constitucional e legalmente inabalável, que, além de material e moral no enfoque clássico, é também *ecológico*. Em suma, podemos e devemos considerar a existência de *direitos ambientais adquiridos*, que emergem a partir e sob o império de uma ordem jurídica pretérita revogada ou substituída por outra, na linha de clássicos direitos adquiridos ao estado, ao regime de bens no casamento, à posse e domínio, à aposentadoria, à posição contratual, etc.”

Nessa linha, o Tribunal Constitucional espanhol considera como direitos fundamentais somente aqueles “direitos fundamentais e liberdades públicas” que integram a Seção primeira do Capítulo segundo do Título primeiro da Constituição, reconhecendo-lhes, perante os tribunais ordinários, os procedimentos baseados nos princípios de preferência e sumariedade e, perante o Tribunal Constitucional, o recurso de amparo, conforme as normas do art. 53, alíneas 1 e 2, da Constituição da Espanha. De outro modo, segundo o art. 53, alínea 3, os princípios estabelecidos no Capítulo terceiro, denominados “*principios rectores de la política social y económica*”, “informam a legislação positiva, a prática judicial e a atuação dos poderes públicos”, somente podendo ser alegados perante a jurisdição ordinária após a conformação infraconstitucional. Em relação a esses, a Constituição não pretendeu configurar “verdadeiros direitos fundamentais”, senão efetivamente princípios que devem orientar a ação do Estado como fixação de objetivos estatais (*Staatszielbestimmungen*). Assim, como o art. 45 da Constituição espanhola está inserido no aludido Capítulo terceiro, a consequência é que o direito ao ambiente não deve ser reconhecido como um direito fundamental.<sup>533</sup>

Acrescenta, ainda, o referido autor os argumentos que definiriam as principais diferenças entre considerar-se a proteção ao meio ambiente como um princípio rector, diferentemente de considerá-lo direito fundamental:

Nessa concepção, o direito ao ambiente não é mais do que um princípio da política social e econômica do Estado, que vincula os poderes públicos pelo caráter normativo da Constituição, porém que não outorga uma esfera de proteção especial aos indivíduos porque não poderiam efetivá-la perante os tribunais, salvo aquele eventualmente conformado pela legislação infraconstitucional. Alcançar-se ao direito ao ambiente as mesmas garantias próprias dos direitos e liberdades da primeira Seção do Capítulo segundo da Constituição, segundo Capela, levaria ao “caos de uma infinidade de pretensões derivadas das mais diversas concepções ambientalistas.”<sup>534</sup>

Essas mesmas objeções podem ser trazidas ao art. 225 do caso brasileiro: (1) natureza de norma programática; (2) ausência de estar no capítulo dos direitos fundamentais. Pode-se acrescentar mais algumas: (3) necessidade de conformação pela via legislativa, pois o único habilitado a estabelecer prestações positivas *stricto sensu* seria o legislador; (4) disponibilidade orçamentária e ausência de recursos; (5) ausência de elementos normativos suficientes à especificação prévia dos

<sup>533</sup> FILHO, Anizio Pires Gavião. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2005. p. 27

<sup>534</sup> Idem, p. 27

comportamentos e ações que devam ser realizadas; (6) violação ao princípio da divisão de poderes.<sup>535</sup>

A resposta a essas objeções deve passar, obrigatoriamente, por aquilo que vêm decidindo os Tribunais brasileiros. E, no que se refere ao direito ambiental, ainda que grande parte das decisões se paute na verificação da constitucionalidade de determinados dispositivos legais com a Constituição, ou seja, não necessariamente no oferecimento de uma prestação positiva *stricto sensu*, verifica-se de maneira afirmativa a consolidação de um direito fundamental ao meio ambiente.

Inicialmente, o fato de um direito fundamental não restar situado no capítulo inerente aos direitos e garantias individuais (Título II, Capítulo I), encontra-se superado na jurisprudência constitucional brasileira, entendendo-se perfeitamente possível sejam encontrados direitos dessa natureza, esparsos pelo texto constitucional.<sup>536</sup>

Colocado isso, qual a possibilidade de provocação jurisdicional pelo indivíduo para aplicar esse direito? Na ordem constitucional brasileira, a própria Constituição assegura ao cidadão a possibilidade de ajuizamento de ação popular (art. 5º, LXXIII)<sup>537</sup>, isento de quaisquer custas. Não bastasse isso, pode ajuizar ação civil pública qualquer associação, constituída nos termos da lei civil, há pelo menos 1(um) ano, e que tenha entre suas finalidades a proteção ao meio ambiente. Os meios de provocação da tutela jurisdicional para o indivíduo fazer o seu direito fundamental ao meio ambiente são amplos no ordenamento jurídico brasileiro<sup>538</sup>. Nada impede, também, utilize-se a via ordinária normal para a consecução dos direitos inerentes ao direito ao meio ambiente previsto na Constituição, resguardadas, contudo, as restrições que eventualmente possam se impor por força de exigências processuais (v.g., mandado de segurança – prova pré-constituída).

---

535 FILHO, Anizio Pires Gavião. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2005. p. 151

536 Cf. ADI nº 939/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, DJ 18.03.94, sobre o princípio da anterioridade tributária (direito fundamental na Constituição brasileira)

537 Art. 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; Cf. Lei 4.717/65, que regula a ação popular.

538 Pode, ainda, representar ao Ministério Público, que tem entre suas funções institucionais a defesa do meio ambiente (art. 5º, III, 'd', da LC 75/93)

Verificada a possibilidade de acionar o Poder Judiciário para fazer valer esse direito fundamental, resta responder a pergunta (que também responde às objeções formuladas contra o caráter desse direito): como se tem decidido? É realmente efetiva a concretização desse direito, é um direito levado a sério (Dworkin), ou constitui simples argumento retórico?

Verificadas anteriormente os traços distintivos que caracterizam um direito fundamental, e que no caso do meio ambiente se conjugam, donde a expressão “direito fundamental como um todo”, observa-se que a resposta é afirmativa. Conforme referido, os tribunais brasileiros já declararam inconstitucionalidade de legislação que permitia brigas de galos<sup>539</sup>, ou costumes históricos que implicavam tratamento cruel e desumano com os animais (farra-do-boi, em Santa Catarina)<sup>540</sup>, já avaliaram a vedação da realização de queimadas na agricultura (prática histórica) por lei municipal<sup>541</sup>

Do exposto, verifica-se que uma parte importante da crítica reside no aspecto da concretização de prestações positivas pelo Poder Judiciário, principalmente sob os argumentos de: (1) ausência de regulamentação específica em lei, ou falta de densidade normativa constitucional suficiente para aplicação do direito fundamental; (2) a questão da separação dos Poderes, acrescida à clássica questão do problema orçamentário.

Embora constitua um direito fundamental de 3ª geração (solidariedade), a proteção ao meio ambiente goza, nesse aspecto, de similitude com a questão envolvendo o conteúdo prestacional de alguns direitos sociais (2ª geração).

Nesse aspecto, na ordem constitucional brasileira, todavia, pode-se afirmar que (1) o direito ao meio ambiente já foi concretizado judicialmente em um exemplo contundente, qual seja, o caso dos esgotos (cloacas) municipais; (2) no âmbito dos direitos sociais, há inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal conferindo o direito à saúde, o direito de greve, ou mesmo o direito fundamental à matrícula em

---

539 Cf. ADI 1.856/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-02 PP-00275

540 Cf. RE nº 153.531-8/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, maioria. DJ 13.03.98

541 Cf. RE nº 586.224/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário, 05.03.15, maioria. Nesse julgamento, o caráter foi a inconstitucionalidade formal da lei municipal, visto existir legislação estadual que proíbe gradativamente a prática.

creches, sem interposição legislativa, ou às vezes mesmo em oposição a esta (MI 712)<sup>542</sup>.

O caso dos esgotos refere-se ao ajuizamento de ações, grande parte interposta pelo Ministério Público, compelindo-se o Poder Público a promover a implantação de sistemas de esgoto e saneamento em diversos municípios. Muitas dessas ações, ainda na década de 1990, basearam-se quase que exclusivamente no direito fundamental ao meio ambiente do art. 225 da Constituição, e no direito à saúde (art. 196 da CF/88)<sup>543</sup>, sendo que se confirmou, tanto a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento dessas ações, como a obrigação do Poder Público em implementar essas obras. Nesse sentido, o RE 254.764/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, Dje nº 34, 21.02.11, assim como o AgRE 417.408/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, Dje. 26.04.12, mais recente.

Em relação a outros direitos, de natureza social (2ª geração), mas cuja problemática envolvendo o conteúdo prestacional se assemelha, como já referido, à questão ambiental, talvez o mais emblemático caso no direito brasileiro seja o direito à saúde (art. 196 da CF/88). A prática cotidiana demonstra que, além de poder se invocado por qualquer pessoa- nas vias ordinárias, até o Supremo Tribunal Federal, em última instância recursal, praticamente sem discussões quanto a essa legitimidade na doutrina e jurisprudência, reiteradamente se tem oferecido acesso a medicamentos, internações hospitalares, tratamentos médicos. E isso muitas vezes com fundamento unicamente no art. 196 da Constituição Federal (donde se esvai o argumento de ausência de densidade normativa, ou imprescindibilidade de regulamentação pela via legislativa ordinária para ser exigido), e com determinação para cumprimento imediato pelo Poder Executivo, inclusive por vezes com bloqueios orçamentários<sup>544</sup>.

---

542 Para lembrar, o art. 16 da Lei nº 7.783/89, que dispõe sobre o direito de greve, refere expressamente que, no caso dos servidores públicos, lei complementar definiria seu conteúdo e regulamentação. No julgamento do MI nº 712, porém, o STF expressamente utilizou-se dessa Lei nº 7.783/89 para regulamentar o direito de greve no serviço público.

543 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

544 REsp 869.843/RS, Rel. Min. Luiz Fux; REsp. 836.913/RS e 909.752/RS.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, constitui paradigma o voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes na STA 175<sup>545</sup>. Ao julgar o referido processo, o ministro questionou qual a interpretação correta do art. 196 da Constituição, pois se deve buscar definir “*como e em que medida* o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial”.

Após discorrer sobre os deveres de proteção do Estado, e abordar a questão dos custos dos direitos (Stephen Holmes e Cass Sunstein), ressalva que todos os direitos implicam custos para o Estado. Assinalou que é justamente no atendimento de prestações positivas em que mais se observam as discussões, geralmente contrárias a judicialização. Ainda que contrário a esse posicionamento, o ministro argumentou sobre os problemas que envolvem a alocação de recursos, o problema da justiça distributiva.

Por outro lado, ainda que se objetive a garantia de um mínimo existencial de cada um desses direitos, o que leva forçosamente a judicialização dessas demandas, pode-se ter o envolvimento dos mais diversos atores e setores sociais para se operacionalizar essas prestações.<sup>546</sup>

O que enfatiza, o ministro, em seu voto é a imprescindibilidade de se ponderar os mais diversos interesses envolvidos no caso, todas as perspectivas presentes, utilizando-se das lições de Robert Alexy:

De toda forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos.

---

545 Cf. também STA 211, 278, SS 3724, 2944, 2361, 3345, 3355; SI 47

546 Como destacado, “O fato é que o denominado problema da “judicialização do direito à saúde” ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.”, trecho do voto do Min. Gilmar Mendes na STA 175.



Alexy segue linha semelhante de conclusão, ao constatar a necessidade de um modelo que leve em conta todos os argumentos favoráveis e contrários aos direitos sociais, da seguinte forma:

“Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da ideia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar. (...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 511-512)

É importante mencionar, ao final, que em nenhum momento se minimiza a problemática questão da concretização de determinados direitos sociais, e o quanto isso constituiu uma dificuldade para determinados países. Em suas próprias palavras, disse o Ministro Gilmar Mendes:

Ressalte-se, não obstante, que a questão dos direitos fundamentais sociais enfrenta desafios no direito comparado que não se apresentam em nossa realidade. Isso porque a própria existência de direitos fundamentais sociais é questionada em países cujas Constituições não os preveem de maneira expressa ou não lhes atribuem eficácia plena. É o caso da Alemanha, por exemplo, cuja Constituição Federal praticamente não contém direitos fundamentais de maneira expressa (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 500), e de Portugal, que diferenciou o regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias do regime constitucional dos direitos sociais (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2004, p. 385).

Por fim, mas também importante, a exemplificar o aqui exposto, não se pode esquecer o paradigmático caso envolvendo a matrícula compulsória de crianças de

até 5 (cinco) anos em creches próximas a sua residência, extraída diretamente do texto constitucional <sup>547</sup>.

O que se pode concluir é que a fundamentalidade do direito ao meio ambiente no Brasil tem sido concretizada, no âmbito judicial, nas suas mais diversas faces, com rigorosas consequências para a proteção ambiental. De fato, talvez não haja país em que o acesso à Justiça seja mais facilitado para a defesa dessa garantia constitucionalmente assegurada. Seja na via individual – com isenção de custas, por intermédio de ação popular, ou por intermédio de associações de defesa do meio ambiente (um exemplo significativo são as ONGs), ou pela provocação do Ministério Público, o fato é que há diversas maneiras de se obter a tutela jurisdicional para a defesa do meio ambiente.

E o Poder Judiciário, quando provocado, tem demonstrado que, mesmo na ausência de regulamentação legal em algumas hipóteses, esse direito pode ser concretizado, ponderando-se os diversos princípios e valores constitucionais envolvidos. A separação de poderes, a ausência de lei, ou mesmo de densidade normativa do texto constitucional, assim como a questão orçamentária, não tem sido obstáculo para a concretização de direitos sociais e do direito ao meio ambiente.

Assim, portanto, pode-se concluir que o problema da efetividade protetiva ambiental brasileira não se encontra no caráter de fundamentalidade desse direito. Antes pelo contrário, verifica-se que essa condição tem sido amplamente utilizada para promover, na via jurisdicional, medidas que possibilitem sua concretização. A principal dificuldade repousa, portanto, no campo das relações federativas, do excesso centralizador da federação brasileira.

### **3.3. A competência constitucional em matéria ambiental no Brasil**

Alguns doutrinadores esforçam-se em procurar um traço distintivo ao Estado Constitucional relativamente ao tratamento das questões ambientais, configurando mesmo uma especialização do Estado Social de Direito.

---

<sup>547</sup> Ag. Reg. RE nº 639.337/SP-AgR, 2ª Turma, unânime Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 15/9/11.

O Estado Socioambiental de Direito, “longe de ser um Estado mínimo e permissivo com o livre jogo dos atores econômicos, deve ser um Estado regulador da atividade econômica [...] objetivando o desenvolvimento humano e social de forma ambientalmente sustentável”.<sup>548</sup>

Essa discussão, no entanto, como já referido anteriormente, deve ser relativizada em favor das categorias usuais do direito constitucional, suficientes para resolver os problemas atuais, desde que devidamente aplicadas e adequadas.

Quais seriam, portanto, as efetivas potencialidades que o federalismo poderia trazer à questão ambiental?

Paulo José Leite Farias procura responder a essa pergunta, referindo que:

a) o federalismo *promove a unidade protegendo a diversidade à medida em que concede autonomia aos entes descentralizados na resolução de seus problemas setorializados*, conforme estudado na Parte I deste trabalho;

b) o federalismo é *dinâmico, como deve ser a proteção ambiental, adequando-se às mutáveis circunstâncias da complexa ponderação de interesses entre a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico, em um país com enormes diferenças nos seus ecossistemas e no desenvolvimento econômico de suas regiões*;

c) o federalismo *permite a experimentação criativa nos modelos de proteção ambiental*. A Federação, como um todo, beneficia-se da possibilidade de seus componentes servirem de laboratório de novos modelos econômicos e ambientais, sendo que os modelos bem sucedidos poderão ser adotados por outros membros da Federação ou adaptados a toda Federação;

d) o federalismo *potencializa a eficiente alocação de recursos para a proteção ambiental, evitando a sobrecarga de poder central e permitindo que o mesmo se concentre no trato dos problemas interestaduais*.<sup>549</sup>

Verifica-se, desse modo, que diversos são os benefícios que o federalismo pode fornecer à proteção do meio ambiente, como o fato de promover a diversidade dentro da unidade (característica clássica dos sistemas federais), seu aspecto dinâmico, a envolver os diferentes e complexos interesses envolvidos, e que devem

<sup>548</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. 2ª Edição Revista e Atualizada. Ed Revista dos Tribunais. São Paulo: 2012. p. 108

<sup>549</sup> FARIAS, Paulo José Leite. *Competência Federativa e Proteção Ambiental*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 1999. p. 370-1

ser necessariamente sopesados. Também propicia a realização de experimentos, naquilo que a jurisdição constitucional por vezes denomina “laboratórios criativos de experimentação”, além de uma melhor alocação de recursos.

Pode-se adicionar mais um, já mencionado anteriormente: o desenvolvimento de um sistema democrático, mais direcionado às necessidades das populações diretamente envolvidas e que sentem efetivamente os problemas e demandas ambientais.

Contudo, para isso, a interpretação constitucional deve fornecer meios para que essas características do sistema federativo efetivamente se desenvolvam, não o aprisionando em esquemas rígidos que, ao final, promovem centralização exacerbada, muitas vezes agravando os conflitos existentes dentro dessa federação. Precisamente o caso brasileiro atual, em que os conflitos competenciais federativos são solucionados por intermédio de critérios que, ao final, somente favorecem a centralização, e colaborando para que o meio ambiente não seja eficazmente protegido.

### **3.3.1 Distribuição competencial ambiental na federação brasileira**

Ainda que já estudada, no capítulo 1, o sistema de distribuição de competências na federação brasileira, em que se procurou direcionar o tema para o aspecto do direito ambiental, é necessário analisar um pouco mais especificamente o tema, para situar o contexto dos conflitos federativos ambientais.

Na Constituição brasileira a competência para legislar sobre meio ambiente encontra-se disposta nos arts. 23 e 24<sup>550</sup>.

---

550 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; [...] VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; [...] Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e

Qual a distinção entre o disposto nos art. 23 e 24, da Constituição? A diferença consiste em o primeiro dispositivo referir-se a funções administrativas a serem desempenhadas em conjunto pelos entes federativos.

Como ensina Carmen Lúcia Antunes Rocha “a competência comum tem como objeto funções administrativas que precisam ser desempenhadas em conjunto pelas entidades políticas federadas (art. 23)”<sup>551</sup>. Explica, ainda, a referida autora, que essa competência do art. 23 caracteriza-se pela multiplicidade de interesses, determinando um condomínio de atuações, não havendo exclusividade de atuação<sup>552</sup>:

O que marca as competências comuns é a difusão dos interesses que se encontram subjacentes e que determinam um condomínio de atuações. Nenhuma das entidades é titular exclusiva, superior ou desigual das competências. Não se dá aqui nem superioridade hierárquica nem subordinação de uma das entidades. Não se dá a exclusividade da responsabilidade uma delas nem (e muito menos) a omissão possível dessa responsabilidade por qualquer delas. A execução das competências comuns pode ser pleiteada de todas as entidades. A forma de cooperação para que ela se faça de forma eficiente é que se impõe na forma determinada pela lei complementar prevista no parágrafo único do art. 23 da Constituição.<sup>553</sup>

Já o art. 24 refere-se especificamente à competência legislativa, determinando uma competência concorrente não-cumulativa, em que à União compete legislar sobre as “normas gerais”, e aos Estados (e Municípios), a complementação dessa legislação em atendimento às peculiaridades locais.

A doutrina brasileira não apresenta maiores divergências entre o que caracteriza, em si, a “legislação sobre o meio ambiente”, ou, mais especificamente, “legislar sobre o meio ambiente”. Assim é que legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, controle da poluição (art. 23, VI) refere-se ao “meio ambiente”. Do mesmo modo, legislar sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (art. 23,

---

paisagístico; VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

551 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Livraria Del Rey Editora. Belo Horizonte: 1997. p. 251

552 Cf. ADI 2544-9/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, unânime, DJ 17.11.06, Ementário 2256-1

553 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Livraria Del Rey Editora. Belo Horizonte: 1997. p. 253

VII), bem como a responsabilidade por danos a esses bens, incluem-se entre o que se entende por “legislar sobre meio ambiente”, principalmente considerando-se o conceito amplo utilizado pela legislação brasileira (art. 3, I, da Lei nº 6.938/81)<sup>554</sup>

Questionamentos maiores há, todavia, se determinadas matérias constantes do art. 22, da Constituição – competência exclusiva da União -, também não englobariam matéria ambiental. Apenas a título de exemplo, mencione-se a legislação sobre águas e energia (art. 22, IV); jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia (art. 22, XII). A rigor, segundo a doutrina espanhola, o problema da “transversalidade” de determinadas competências, como é o caso da competência para legislar sobre o meio ambiente.

Essa discussão, porém, justamente se encontra no campo dos conflitos competenciais, a ser analisada no próximo item (3.3.2.1.3)

### **3.3.2 Breve introdução à problemática dos conflitos competenciais ambientais**

É praticamente um consenso entre os doutrinadores brasileiros dedicados à questão ambiental que a repartição de competências no federalismo nacional constitui um dos principais problemas<sup>555</sup>, senão o principal problema jurídico brasileiro nesse aspecto. Essa a opinião, dentre outros, de Paulo Bessa Antunes, para quem “a repartição de competência em matéria ambiental, no atual momento

---

554 Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

555 Cf. JURAS, Ilídia da Ascensão Garrido Martins; ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. *Legislação concorrente em meio ambiente*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009; ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e Competências Ambientais no Brasil*. Lumen juris Editora. Rio de Janeiro. 2007. p.103-5. MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013. p. 241-2. BENJAMIN, Antônio Herman. *O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental*. BDJur, Brasília, DF, 7 maio 2010. p. 338. KRELL, Andreas J. *A Necessária Mudança de Foco na Implantação do Federalismo Cooperativo no Brasil: da Definição das Competências Legislativas para o Desenho de Formas Conjuntas de Execução Administrativa*. p. 650 in SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2009.

brasileiro, é uma das principais questões a serem resolvidas para que, de fato, a proteção do meio ambiente possa ser efetivada”.<sup>556</sup>

De modo geral, em uma leitura mais superficial dos arts. 23 e 24 da Constituição brasileira, parece simples o critério adotado pelo constituinte.

De fato, na medida em que se o interesse for nacional, a competência é da União; se regional, aos Estados-membros; e se o interesse for local, aos Municípios. À União cabe editar “normas gerais”, e aos outros entes conformá-las a suas peculiaridades locais. Contudo,

[. . .]o fato é que a nossa realidade concreta indica a existência de uma verdadeira superposição legislativa, com normas que se atropelam, tratam do mesmo assunto e tornam o universo normativo bastante obscuro. A desconexão e o desentrosamento entre os diversos órgãos e níveis de poder encarregados da proteção ambiental têm sido constatados com bastante frequência, muito embora não consigam ser superados.<sup>557</sup>

Acontece, na verdade, uma sobreposição indevida de legislações, federais, estaduais e municipais, uma verdadeira inflação legislativa, sem sistematicidade<sup>558</sup>,

---

556 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e Competências Ambientais no Brasil*. Lumen juris Editora. Rio de Janeiro. 2007. p.103-4. Acrescenta, ainda, esse autor que “entretanto, uma análise fria do atual estado da questão no Brasil, seguramente, nos demonstra que as chamadas 'autoridades competentes' não estão muito preocupadas em enfrentar o problema. Em linhas gerais, no nosso modelo constitucional, à competência legislativa corresponderá uma competência administrativa específica. A definição das competências é fundamental, seja do ponto de vista da vida prática, para que possamos identificar quais são os entes federativos encarregados da fiscalização das diferentes atividades utilizadoras de recursos ambientais em cada caso concreto. O sistema federativo por nós adotado, contudo, é gerador de situações nas quais as características básicas são a indefinição jurídica, a incerteza e a instabilidade. Não é necessária muita perspicácia para que se possa compreender as enormes dificuldades que isso implica para a vida diária de todos. Quanto aos custos econômicos, esta é a pior das situações possíveis, pois os gastos são multiplicados e os resultados nem sempre correspondem àquilo que foi investido e que, em não poucas vezes, se transforma em recursos desperdiçados, com impactos indiscutíveis na vida das empresas, com a redução de sua competitividade e produtividade, com diminuição da atividade econômica e consequente prejuízo para a Nação. No que se refere aos custos ambientais, a situação não é mais favorecida, uma vez que a indefinição dos controles, com frequência, se transforma em controle inexistente. Se olharmos a indefinição de competências sob a ótica do Estado, veremos que há uma repartição de esforços, com órgãos atuando de forma sobreposta, com intensa competição inter-administrativa, duplicidade de gastos e resultados pouco efetivos para a proteção do meio ambiente. Na verdade, o vigente modelo só atende aos interesses de corporações administrativas que resistem heroicamente a terem suas competências mais explicitadas e reduzidas, quando isto redundar em maior eficiência administrativa.” idem, *ibidem*.

557 Idem, p.104-5

558 “Primeiramente, nesta visão crítica, o traço mais marcante da nossa legislação ambiental é seu

com o incremento de custos, de insegurança, e de inefetividade. Em vez de se promover a proteção, promove-se a confusão.

Na visão do Estado regulador, intervir para proteger o meio ambiente passou a ser sinônimo de legislar para tutelá-lo. A promulgação de leis, decretos, portarias e uma série de outros atos normativos foi a resposta encontrada pelo Poder Público para redimir sua omissão ambiental centenária. A partir daí, o Direito Ambiental desenvolve-se como um sistema teórico-dogmático lastreado na força regulatória do Estado. Consumada estava a *Ordem Jurídica Ambiental* legislada.<sup>559</sup>

E o Supremo Tribunal Federal, quando provocado a resolver essas questões, invariavelmente decide pela centralização competencial, desfavorecendo muitas vezes a efetiva proteção ambiental.

É inegável assim existir um *deficit* protetivo ambiental brasileiro, decorrente não somente dessa hipertrofia legislativa, agravada pelos conflitos federativos em que inexiste certeza dos limites de atuação dos entes federativos. Se, por um lado, é celebrada a legislação ambiental brasileira, qual a razão de as normas ambientais não terem “sido capazes de alcançar os objetivos que justificam sua existência, o principal deles sendo compatibilizar o crescimento econômico com a proteção ambiental. A que se pode atribuir tamanho malogro legislativo”?<sup>560</sup>

Além dos motivos já mencionados, também há dificuldades de fiscalização, mais especificamente de implementação, caracterizando algumas vezes um “Estado teatral”, na forte expressão de alguns doutrinadores:

---

perfil assistemático, gravíssimo pecado para um regime normativo que, pela sua abrangência e caráter transdisciplinar (interno e externo), não se mantém de pé sem um mínimo de organicidade e sistematicidade. No emaranhado de normas existentes, difícil mesmo é encontrar matérias nas quais não existam conflitos normativos, em que os dispositivos, nos vários níveis legislativos, falem a mesma língua. Nada mais proveitoso para o degradador ambiental do que a existência de normas que se antagonizam, com isso deixando o terreno livre para o exercício de atividades altamente lesivas ao meio ambiente.” in MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013. p. 241-2

559 BENJAMIN, Antônio Herman. *O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental*. BDJur, Brasília, DF, 7 maio 2010. p. 337

560 MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013. p. 241



Infelizmente, nem sempre o Estado conjuga, com igual ênfase, atuação legislativa e implementadora. É comum o Poder Público legislar, não para aplicar, mas simplesmente para aplacar, sem resolver, a insatisfação social. É o *Estado teatral*, aquele que, ao regular a proteção do meio ambiente, mantém uma situação de vácuo entre a lei e a implementação. Um Poder Público que, na letra fria do texto normativo, não se importa em bravejar, mas que fácil e rapidamente amansa diante das dificuldades da realidade político-administrativa e de poderosos interesses econômicos, exatamente os maiores responsáveis pela degradação ambiental. A teatralidade estatal é a marca dessa separação entre lei e implementação, entre a norma escrita e a norma praticada. O resultado é uma *Ordem Pública Ambiental* incompleta.<sup>561</sup>

Não bastassem esses fatores, ressalte-se que a inflação legislativa, a confusão que paira sobre a matéria (muitas decorrentes dessa questão competencial federal), faz com que haja um aumento de incerteza e inseguranças jurídicas, sendo extremamente morosas as resoluções desses conflitos.<sup>562</sup> E que acabam sendo decididos, ao final, de forma extremamente centralizadora.

É necessário, portanto, verificar alguns dos critérios atualmente empregados para a resolução de conflitos ambientais, o que se fará no próximo tópico<sup>563</sup>.

### 3.3.2.1 Alguns critérios atuais para a resolução de conflitos ambientais

De acordo com Paulo Bessa Antunes, “a maioria esmagadora de artigos e decisões judiciais sobre meio ambiente está relacionada à questão das competências. É evidente que, em tal situação, os grandes perdedores são o meio

<sup>561</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. *O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental*. BDJur, Brasília, DF, 7 maio 2010. p. 338

<sup>562</sup> De fato, “movemo-nos a custo em meio a um verdadeiro cipocal de leis, decretos-leis, medidas provisórias, decretos, resoluções e portarias a reger a matéria – já, apropriadamente, chamada de inflação legal ou ‘poluição regulamentar’. Tal situação contribui para aumentar a insegurança e a incerteza jurídicas de quantos militam na defesa do ambiente. Ademais, quando levadas à apreciação do Judiciário, as divergências sobre as normas em vigor acabam por se tornar mais uma questão a somar-se à discussão do objeto central da demanda, o que torna ainda mais morosa a Justiça.” in MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013. p. 242

<sup>563</sup> No capítulo 5, aprofunda-se a análise dos conflitos competenciais, no modo como atualmente são julgados, procedendo-se a sua crítica, e a necessidade de adoção de critérios que confirmam maior flexibilidade e proteção (cap. 6).

ambiente e a sociedade.”<sup>564</sup> Feita essa observação, é mister analisar-se alguns dos critérios pelos quais doutrina e jurisprudência tem pautado seus entendimentos na resolução de conflitos competenciais ambientais.

Como já referido à introdução, tem-se a convicção de que essa, desde o início, é uma questão mal posta, no sentido que parte das dificuldades que se enfrenta na resolução desses problemas decorre do modo pelo qual são formuladas e colocadas as questões (esse assunto é discutido mais profundamente no cap. 6). Também, os critérios utilizados acabam por promover somente mais centralização, pois as incertezas são invariavelmente decididas de modo favorável à União. Por ora, objetiva-se somente introduzir o assunto, principalmente para formar uma ideia das dificuldades, assim como das críticas e razões pelas quais os critérios atualmente empregados para a resolução de conflitos competenciais são insatisfatórios.

Uma síntese desses critérios se encontra no recente trabalho de Marcos Abreu Torres<sup>565</sup>, adotando-se aqui o critério classificatório desse autor, com as devidas adaptações. São basicamente os seguintes: (1) critério da prevalência da lei federal; (2) critério do princípio *in dubio pro natura* (ou lei mais restritiva); (3) conexão entre normas concorrentes e privativas (cumulatividade concorrencial).

No fundo, critérios para resolver conflitos competenciais (1) nos limites das normas gerais; (2) ou quando se tem competência concorrente v. privativa.

### **3.3.2.1.1 O critério da prevalência da lei federal**

O critério da prevalência da lei federal estabelece que, em havendo conflito de normas competenciais, deve-se dar preferência à norma editada pela União. De certa maneira, pode-se dizer que constitui um princípio da predominância do interesse qualificado, pois hierarquiza a aplicação em favor da União.

---

<sup>564</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e Competências Ambientais no Brasil*. Lumen juris Editora. Rio de Janeiro. 2007. p.135

<sup>565</sup> TORRES, Marcos Abreu. *Conflito de Normas Ambientais Concorrentes: uma nova exegese*. (dissertação de mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília: 2014. p. 111-122

No ordenamento jurídico-constitucional brasileiro fica evidente que se tentou buscar inspiração, por exemplo, no art. 31 da Lei Fundamental de Bonn (“art. 31 O direito federal tem prioridade sobre o direito estadual”), ou mesmo no art. 149, 3º, da Constituição Espanhola, desconsiderando, no entanto, a especialidade da aplicação desses dispositivos em seus respectivos países. Esquece-se, por exemplo, o princípio dispositivo no caso da Espanha. No caso alemão, por sua vez, esquece-se que a legislação concorrente alemã possui peculiaridades distintas da brasileira. Ainda, esquece-se que na Alemanha e na Espanha a jurisprudência muito raramente aplicou esse critério, preponderando a utilização do princípio da competência<sup>566</sup>.

Onde, contudo, talvez mais se busque inspiração seja ainda na própria interpretação que se confere ao art. 24, § 4º, da Constituição brasileira, que diz que “*a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário*”. Ora, esse dispositivo somente deve ser aplicado na medida em que os Estados exerçam essa competência por ausência ou omissão da União para legislar sobre “normas gerais” (“*art. 24. § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.*”). Em nenhum momento se afirma que a legislação federal é hierarquicamente superior, ou prevalente em relação à legislação dos outros entes federativos, até porque essa competência sobre “normas gerais” sempre foi da União. O que se autorizou foi que os Estados (e Municípios), havendo omissão, legislassem no campo federal, e que, por uma razão lógica, tão logo essa competência fosse exercida pelo ente federativo (União) detentor dessa competência, houvesse a derrogação da norma supletiva do Estado-membro (ou Município) anterior.

Como se pode perceber há uma vinculação intrínseca entre esse critério e o terceiro item (conexão norma concorrente x privativa), resolvendo-se, aqui, por aplicação pura e simples da prevalência da legislação federal.

Como reforça a doutrina:

---

<sup>566</sup> Uma análise do art. 31 da Lei Fundamental de Bonn no caso brasileiro é oferecida pelo voto do Min. Moreira Alves na RCL 383-3/SP, DJ 21.05.93, Ementário nº 1704-1

É preciso que se chegue a uma solução que seja capaz de dotar de um mínimo de lógica todas as mencionadas disposições constitucionais. Contudo, não se pode falar de uma lógica geral, mas de lógica de um determinado sistema. A lógica que tem sido a prevalente é aquela que considera que as competências privativas da União têm precedência sobre todas as outras formas de competência, quando os assuntos tiverem entre si interseções relevantes. Assim, se a matéria é minerária (competência privativa da União), os aspectos ambientais (competência concorrente) não podem se sobrepor ao aspecto mineral. Assim, na prática, a competência concorrente se esvazia diante da competência privativa. As normas estaduais e municipais se transformam em inócuas.<sup>567</sup>

O voto do Min. Moreira Alves, ainda antes da Constituição de 1988, na conhecida Rp. 1153-4/RS também adentra nesta questão, explicando o entendimento do STF sobre o tema, e utilizado até hoje<sup>568</sup>:

Finalmente, é de atentar-se para a circunstância de que, quando determinada matéria é complexa, no sentido de envolver aspectos dos quais um incide no âmbito de competência exclusiva da União Federal e outro na esfera de competência supletiva dos Estados-membros, a disciplina dessa matéria complexa se situa exclusivamente no âmbito de competência exclusiva da União, visto como a competência exclusiva é absoluta, e, portanto, não pode ser afastada direta ou indiretamente, como ocorreria se, na matéria complexa a ser objeto de legislação, se examinasse o valor dos aspectos em jogo, para fazer prevalecer um deles, e, por via de consequência, fazer recair essa matéria na competência exclusiva da União ou na competência concorrente não cumulativa entre ela e os Estados-membros. É por isso, aliás, que, em se tratando de produção, comercialização e consumo de remédios – matéria complexa, pois envolve o comércio internacional e o comércio interestadual, a par da saúde pública – compete exclusivamente à União fazer, para todo o território nacional, restrições ou proibições de produção, comercialização e consumo deles em razão de serem nocivos à saúde. A União não teria esse poder – que nunca lhe foi negado – se, entre a competência exclusiva para legislar a respeito de comércio exterior e interestadual e a competência concorrente para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde, se pudesse dar preferência a esta para colocar tal matéria no campo dessa competência concorrente de princípios gerais, que impediria à União não só deter a exclusividade do juízo do que era nocivo à saúde, mas também, até, a de poder dizer, especificamente, se este ou aquele remédio seria, ou não, prejudicial à saúde, e, portanto, de produção, comercialização e consumo proibidos. A distinção entre competência exclusiva e competência concorrente não se fez em atenção ao valor intrínseco das matérias que constituem objeto de uma ou de outra (saúde representa valor mais elevado do que comércio exterior e interestadual), mas, sim, em vista do interesse da federação, que exige que certas matérias, quaisquer que sejam os aspectos de que se revistam (assim o comércio exterior ou interestadual de mercadorias que possam prejudicar à saúde), tenham a mesma disciplina

---

567 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e Competências Ambientais no Brasil*. Lumen juris Editora. Rio de Janeiro. 2007. p.106-7

568 Cf. ADPFMC nº 234/DF; ADI nº 3.813/RS; ADI nº 3.852/SC

em todo o território nacional, o que só é possível mediante a atribuição de competência exclusiva para legislar sobre elas.

Nesse caso, observa-se nitidamente que o relator optou por uma prevalência da norma federal, sob fundamento de tratar-se de competência exclusiva e absoluta da União. Trata-se de problema nacional, e *“sendo nacional, cabe à União, na estrita observância da Constituição, corrigir as falhas ou deficiências acaso existentes, inclusive por provocação dos Estados-membros, cujas representações constituem o Congresso Nacional, que, nesse terreno, não tem qualquer restrição inclusive quanto à iniciativa de lei”*.

No âmbito doutrinário, também Fernanda Dias Almeida adota a mesma posição<sup>569</sup>:

Caso interessante de conflito de competência legislativa pode surgir quando matéria objeto de competência legislativa privativa de determinada esfera de poder também se possa interpretar como sendo objeto de competência legislativa concorrente.

[...] em hipóteses do gênero parece-nos que devam prevalecer as determinações emanadas do titular da competência legislativa privativa.

Como já frisamos em outro tópico, quando o constituinte, não obstante conscientizado da importância de uma maior descentralização e colaboração entre os entes federativos, defere privativamente a um deles competência para normatizar determinada matéria, é porque haverá razões suficientes para a concentração da competência.

As críticas a esse entendimento são no sentido de que centraliza excessivamente a federação, um fenômeno por sinal já demonstrado em estudos acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal<sup>570</sup>. Ainda, que confunde a aplicação desse critério (restrito originariamente ao âmbito da competência concorrente), misturando competências privativas e concorrentes, e assim o próprio princípio da competência.

<sup>569</sup> ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 159/160.

<sup>570</sup> Cf. CAMARGO, Fernando Santos de. *Federalismo e poder judiciário: a atuação do STF nas disputas federativas*. in: SANTOS, Rogério Dutra dos Santos et al. (Coord.). *Teoria do estado e da constituição*. Florianópolis: FUNJAB, 2013; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. *Poder judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre estados e união*. Lua nova, São Paulo, n. 78. p. 223-250. 2009

Em síntese: de que produz uma centralização das relações federativas brasileiras, e que se mostra equivocado para a proteção do meio ambiente.<sup>571</sup>

Portanto, além de produzir uma centralização acentuada das decisões federativas<sup>572</sup>, o que é prejudicial para a efetiva proteção do meio ambiente, ao distanciar a solução dos problemas do âmbito das comunidades interessadas, sem falar na lesividade ao próprio federalismo e à democracia, é um critério que em nada contribui para a eficaz resolução dos problemas ambientais.

Juridicamente, verifica-se também ser um critério pautado por excessiva rigidez, sem a necessária e imprescindível flexibilidade para a condução das questões federativas de forma equilibrada.

### 3.3.2.1.2 O princípio *in dubio pro natura* (lei mais restritiva)

---

<sup>571</sup> Com efeito, “a suposta prevalência da legislação editada pela União no exercício da sua competência privativa, em detrimento de medidas legislativas adotadas pelos demais entes federativos no âmbito da competência legislativa concorrente em matéria ambiental, não decorre do texto constitucional, mas sim da interpretação – no nosso sentir, equivocada – defendida por alguns doutrinadores e também pelos nossos Tribunais. A centralidade da proteção ambiental no nosso sistema constitucional, opera no sentido de favorecer o Poder Político-Legislativo dos entes federativos periféricos (Estados, Distrito Federal e Municípios) naquilo em que representar “mais proteção normativa”, o que pode ser apreendido da adoção pela Constituição Federal de 1988 da competência legislativa concorrente como “regra geral” para a regulação da matéria ambiental. A interpretação de caráter centralizador, notadamente quando rejeita qualquer iniciativa do ente regional ou local com o propósito de ampliar os padrões normativos de proteção ambiental (ou mesmo regulá-lo integralmente na hipótese de sua ausência), está, ao menos em princípio, em desacordo tanto com a autonomia constitucional assegurada aos mesmos, quanto com os deveres de proteção ambiental estatais delineados no art. 225 da CF/1988, que, aliás, vinculam especialmente o Estado-legislador em todos os planos federativos.” *in* FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo. *A Competência Constitucional legislativa em Matéria Ambiental: à luz do 'federalismo cooperativo ecológico' consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro*. Revista de Direito Ambiental. Ano 18. 71. Jul-Set 2013. Editora RT. p. 112

<sup>572</sup> Assim também ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 17ª Edição. Editora Atlas. São Paulo: 2015. p. 110 : “[...]No tema obscuridade, a repartição de competências nada de braçada, pois é de longe a principal dificuldade para o nosso federalismo dito “cooperativo”. A força avassaladora que a União detém, seja do ponto de vista dos recursos econômicos, seja do ponto de vista do arsenal de competências legislativas e administrativas que lhes foram outorgadas pela própria Constituição, faz com que a própria União defina quais são os limites de sua legislação geral. Assim, os Estados devem – como rotina – conformar-se com a produção de normas cosméticas e de pouca relevância prática. Não havendo uma definição clara sobre o conceito de norma geral, esta será aquilo que a União quiser que seja”.

O princípio do *in dubio pro natura* traduz, em síntese, a ideia de que havendo dúvida na aplicação das normas, deve-se adotar presunção favorável àquela legislação mais protetiva em relação ao meio ambiente.

O critério da lei mais restritiva<sup>573</sup> refere-se ao fato de que, havendo dúvida na aplicação de uma determinada legislação, aplica-se aquela que exigir mais restrições, entendendo-se, assim, por consequência, ser a norma mais restritiva mais protetiva ao meio ambiente.

A rigor, não há diferença substancial, ainda que se pretenda distinguir, entre o que se entende pelo critério da lei mais restritiva e o *in dubio pro natura*, pois ambos partem de uma presunção, e que às vezes pode se mostrar equivocada. A presunção segundo a qual o que é mais restritivo oferece maior proteção efetiva.<sup>574</sup> Nem sempre, embora em grande parte das situações sim. O que não se pode é cercear o direito dos Estados-membros de terem a possibilidade de editarem normas adicionais protetivas em detrimento de um pretense regime federativo que somente tem privilegiado a competência da União.

Tiago Fensterseifer, porém, faz importante alerta no sentido de que essa ampliação dos padrões mínimos, a ser realizada por Estados e Municípios, deve ser devidamente contextualizada, sob pena de violar outros valores de expressão constitucional (justamente uma das críticas realizadas a esse critério):

A harmonia do sistema legislativo nacional, de acordo com o entendimento aqui sustentado, assimila a possibilidade de os entes federativos periféricos adotarem medidas legislativas mais restritivas, com

---

<sup>573</sup> Defendendo esse critério, principalmente no campo da legislação concorrente, no sentido de que Estados-membros e Municípios somente podem ampliar os critérios estabelecidos pela União cf. FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre: 2008. p 228

<sup>574</sup> Assim, "Um dos elementos mais decisivos da competência concorrente em matéria ambiental é, certamente, a margem de discricionariedade deixada aos Estados para que, por meio de sua legislação, fixem os parâmetros e limites a serem observados em seu território. Tem sido voz corrente que, em tais hipóteses, os Estados deveriam adotar os chamados parâmetros *mais restritivos*, isto é, o Estado teria o poder de legislar desde que estabelecesse maiores exigências ambientais do que aquelas que são formuladas pela norma federal. O *mais restritivo* é, como se vê, uma mera petição de princípios, visto que nada assegura que restrições maiores signifiquem que as peculiaridades locais estejam sendo atendidas." in ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e Competências Ambientais no Brasil*. Lumen juris Editora. Rio de Janeiro. 2007. p.301

base no argumento de que se deve privilegiar um sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais. Se o propósito de eventual medida legislativa editada pelo ente estadual ou mesmo pelo ente municipal é reforçar os níveis de proteção ou mesmo afastar eventual déficit ou lacuna protetiva verificada na legislação federal, tal ação legislativa, por si só, deve ser vista de forma positiva. Dito isso, também há de ser sublinhado, que tal medida deve ser devidamente contextualizada, de modo a permitir a verificação de se a legislação em questão, ao proteger determinados bens, não viola outros com a mesma expressão constitucional. Se constatado apenas o aprimoramento e aumento do padrão normativo de proteção, notadamente quando estiverem em pauta bens jurídicos fundamentais, como é o caso do direito ao ambiente, não se vislumbra qualquer razão para deslegitimar tal medida, com base simplesmente no fato de não haver correspondência exata com o cenário legislativo traçado no plano federal.<sup>575</sup>

Assim, entende-se possível a ampliação do nível protetivo conferido pela legislação federal, por Estados-membros e Municípios, à semelhança do que ocorre em Espanha (art. 149.1.23). Deve-se, no entanto, exercer essa competência dentro dos princípios da solidariedade e lealdade federais, de modo a não comprometer a federação. Impõe-se proceder, todavia, a uma reformulação da concepção das “normas gerais” na doutrina brasileira, o que oportunamente se discutirá (cap. 6), após a análise da doutrina comparada (cap. 5).

A jurisprudência dos tribunais brasileiros reconhece o princípio *in dubio pro natura*, dotando-o de aplicação mais ampla em matéria ambiental, e não somente restringindo-a ao caso de conflitos competenciais. No Supremo Tribunal Federal, contudo, esse princípio carece de aplicação, não tendo sido encontradas decisões sobre o tema<sup>576</sup>.

Nesse sentido, no Superior Tribunal de Justiça<sup>577</sup>:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. GARIMPO ILEGAL DE OURO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE. ARTS. 4º, VII, E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981, E ART. 3º DA LEI 7.347/85. PRINCÍPIOS DA REPARAÇÃO INTEGRAL E DO POLUIDOR-PAGADOR. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR

<sup>575</sup> FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo. *A Competência Constitucional legislativa em Matéria Ambiental: à luz do 'federalismo cooperativo ecológico' consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro*. Revista de Direito Ambiental. Ano 18. 71. Jul-Set 2013. Editora RT. p. 112

<sup>576</sup> Pesquisa realizada na base de dados com a palavra-chave “in dubio pro natura” não encontrou resultados. Em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>, 21.10.2016, às 14:57h

<sup>577</sup> Cf. também REsp 1.367.923/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, 27.08.13, Dje 06.09.13. No âmbito do STF, cf. voto do Min. Ricardo Lewandowski na ADPF nº 109



QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO *IN DUBIO PRO NATURA* DAS NORMAS AMBIENTAIS.

REsp 1.114.893/MG, 2ª Turma, 16.03.10, Dje 28.02.12

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESMATAMENTO DE VEGETAÇÃO NATIVA (CERRADO) SEM AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE AMBIENTAL. DANOS CAUSADOS À BIOTA. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 4º, VII, E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981, E DO ART. 3º DA LEI 7.347/85. PRINCÍPIOS DA REPARAÇÃO INTEGRAL, DO POLUIDOR-PAGADOR E DO USUÁRIO-PAGADOR. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). REDUCTION AD PRISTINUM STATUM. DAN O AMBIENTAL INTERMEDIÁRIO, RESIDUAL E MORAL COLETIVO. ART. 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. INTERPRETAÇÃO *IN DUBIO PRO NATURA* DA NORMA AMBIENTAL.

REsp 1.198.727/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, 14.08.12, Dje 09.05.2013

Paulo José Leite Farias explica, no campo doutrinário, o sentido e conteúdo do princípio sob análise<sup>578</sup>:

Pelos já citados §§1º e 4º do art. 24, pelo art. 225 da Constituição, bem como pela indefinição do que seja norma especial, deve-se, *fortiori ratione*, fixar como diretriz exegética que os eventuais conflitos, nos quais a noção de norma geral e especial não seja suficiente, *devem ser resolvidos pela prevalência da norma que melhor defenda o direito fundamental tutelado, por tratar-se de preceito constitucional (lei nacional) que se impõe à ordem jurídica central ou regional* (*in dubio pro natura*).

Assim, o princípio *in dubio pro natura* deve constituir um princípio inspirador da interpretação. Isso significa que, nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, a escolha deve recair sobre a interpretação mais favorável à proteção ambiental.

[. . .]

*Assim, teleologicamente, assegura-se a possibilidade de norma estadual estabelecer proibições, onde a lei federal permita, bem como que a lei federal estabeleça patamares mínimos de proteção ambiental a serem observados em todo o País, dando-se efetividade à proteção ambiental e ao desenvolvimento auto-sustentável.*

---

<sup>578</sup> FARIAS, Paulo José Leite. *Competência Federativa e Proteção Ambiental*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 1999. p. 356

O princípio *in dubio pro natura* determina, assim, que na dúvida acerca de eventuais conflitos interpretativos de normas ambientais, deve-se dar prevalência àquela que melhor defenda o meio ambiente, por se tratar de direito fundamental tutelado. Esse o fundamento principal, e que se estende à hermenêutica constitucional dos conflitos federativos<sup>579</sup>.

Esse princípio, contudo, encontra objeções doutrinárias. A primeira delas é dada por Anizio Filho, e diz respeito à ausência de distinção entre inconstitucionalidade formal e material. Enquanto os conflitos de competências tratam de inconstitucionalidade formal, a aplicação do princípio *in dubio pro natura* – e, ao final, de qual a norma mais protetiva ou não ao meio ambiente –, se cuida de inconstitucionalidade material.<sup>580</sup>

Essa crítica deve ser analisada com cuidado. Embora haja certamente distinção entre inconstitucionalidade formal, relativa ao campo das competências previstas, e a material, por violação direta ao dever de proteção do meio ambiente (art. 225), não se pode descartar que haja uma influência entre ambas, de modo que a distinção não é tão clara quanto parece ser à primeira vista. E a razão fundamental disso é que *a legislação é o meio pelo qual se efetiva ou não a proteção do meio ambiente*.

Ressalte-se, ainda, ser difícil descartar haver influência da inconstitucionalidade “formal” na “material”. Com efeito, a legislação do Estado-membro somente se justificará para atender às peculiaridades locais. Ou seja, são essas peculiaridades locais que determinam algumas restrições a outros direitos fundamentais (liberdade de comércio, p.ex.) em benefício de maior proteção ao

---

579 Também nesse sentido: “Por fim, com relação à competência legislativa concorrente, prevista no artigo 24 (incisos I, VI, VII e VIII), quando da ocorrência de conflito entre norma federal e a norma estadual, defende Leite Farias que, ao rejeitar a ocorrência de hierarquia entre normas federais e estaduais, em conflitos onde a noção de norma geral e norma especial não seja suficiente para dirimir o conflito, há que se dar prevalência à norma que melhor defenda o direito fundamental ao ambiente (*in dubio pro natura*), já que no fundo, se trata de preceito constitucional (norma nacional) que se impõe tanto à ordem jurídica central (federal) como à regional (estadual). Tal entendimento, parece ser, no nosso entender, especialmente em razão dos deveres de proteção ambiental do Estado, a medida mais adequada a garantir a máxima eficácia do direito fundamental ao ambiente, em consonância com o sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais.” *in* FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre: 2008. p 229

580 FILHO, Anizio Pires Gavião. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2005. p. 84-5

meio ambiente. E, muitas vezes essas restrições podem ser julgadas inconstitucionais por não serem consideradas pertinentes as peculiaridades que determinam o seu tratamento diferenciado em relação ao restante da federação. E, não se configurando essas peculiaridades, ausente também o requisito formal de constitucionalidade da lei.

Outra crítica pertinente é dada por Paulo Bessa Antunes, e refere-se, em primeiro lugar, à capacidade de suporte, ou seja, da maior ou menor aptidão do meio ambiente para absorver determinadas substâncias poluidoras. Segundo esse autor, geralmente se definem determinados parâmetros legislativos baseados nos similares europeus e norte-americanos, sendo que é uma variável sujeita uma infinidade de fatores que possui diferenças de acordo com o local. Assim, além de desconsiderar esse importante fator (capacidade de suporte) e condicionar os Estados-membros para que somente editem leis mais restritivas (*in dubio pro natura*) do que as promulgadas pela União, induz, na prática, a que inexista legislação que não a federal, pois isso poderia direcionar os investimentos econômicos, e potencialmente poluidores, para locais menos exigentes. Uma espécie de “guerra fiscal ambiental”,<sup>581</sup> ou nivelamento para baixo.

Marcos Abreu Torres<sup>582</sup> também faz oportuna análise sobre esse tema, ao resgatar a experiência norte-americana de “corrida para baixo”, reportando que a legislação federal ambiental estadunidense decorreu, em grande parte, por conta dessas disputas entre os Estados, com legislações mais ou menos exigentes e a atratividade de investimentos econômicos. Ainda de acordo com esse autor, mesmo que haja vários indicadores responsáveis pela escolha dos lugares onde se devam instalar esses investimentos (empresas, indústrias, enfim), ressaltando que critérios logísticos e proximidade a centros consumidores seriam os mais decisivos, no Brasil é recorrente que as exigências ambientais excessivas, ou mesmo a demora do processo de licenciamento, já foram responsáveis pelo abandono de determinados projetos econômicos.

---

581 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e Competências Ambientais no Brasil*. Lumen juris Editora. Rio de Janeiro. 2007. p.302-3

582 TORRES, Marcos Abreu. *Conflito de Normas Ambientais Concorrentes: uma nova exegese*. (dissertação de mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília: 2014. p. 103-111. Cf. também MONTEIRO DE REZENDE, Renato. “normas gerais” revisitadas: a competência legislativa em matéria ambiental. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Senado Federal. Brasília: 2013. p. 39

Entende-se, no entanto, que uma das principais objeções que podem ser feitas a esse princípio, como critério interpretativo para tentar dirimir conflitos de competências, se encontra precisamente em seu fundamento: “*devem ser resolvidos pela prevalência da norma que melhor defenda o direito fundamental tutelado, por tratar-se de preceito constitucional (lei nacional) que se impõe à ordem jurídica central ou regional (in dubio pro natura)*.”<sup>583</sup>

A rigor, o problema é que esse critério no fundo constitui uma presunção, e presunções tem-se mostrado inadequadas para o equilíbrio federativo. A proteção ao meio ambiente é um direito fundamental na Constituição brasileira de 1988, porém somente será eficazmente protegido se as relações federativas forem equilibradas. Não adiante trocar-se presunções, como atualmente ocorre, *in dubio pro União*, por outras, seja *in dubio pro meio ambiente*, ou *in dubio pro Estado-membro*.

Sempre se ressaltou, desde a introdução, que o objetivo deste trabalho consiste em adotar-se critérios que permitam promover maior descentralização competencial para os Estados-membros, pois isso, em princípio, confere maior efetividade protetiva ambiental. Isso, contudo, de forma racional, equilibrada, e dentro das regras da interpretação constitucional pautada pelo princípio da proporcionalidade, acrescentados alguns conceitos de direito comparado espanhol (normas adicionais, legislação básica, transversalidade). Oportunizar que os Estados-membros, no Brasil, possam exercer sua autonomia, desenvolver suas legislações, abandonar a sufocante interpretação constitucional federativa atual do Supremo Tribunal Federal, esmagadoramente centralizadora.

Isso, sem dúvida, reforça ainda mais a procura por um critério pautado no princípio da proporcionalidade, e que permita conciliar os princípios colidentes, oportunizando descentralização, mas não a qualquer preço.

### **3.3.2.1.3 Normas concorrentes (cumulatividade e conexão)**

---

<sup>583</sup> FARIAS, Paulo José Leite. *Competência Federativa e Proteção Ambiental*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 1999. p. 356

Por fim, tem-se os casos em que há cumulatividade de normas concorrentes, ou conexão destas com normas de competência privativa (União).

Quanto à primeira situação, defende Marcos Abreu Torres que se trata de entendimento pautado no critério adotado pela ADI 927-3<sup>584</sup>, que versava sobre licitações e contratos. Acredita-se, porém, que embora possa parecer um critério razoável, essa doutrina do Supremo Tribunal Federal mostra-se confusa, que nada mais constitui que uma técnica de decisão para preservar-se o possível, restringindo-a ao âmbito federal, e não a adoção da clássica subdivisão kelseniana de ordem total e ordens parciais. Mais uma demonstração da incrível resistência do Supremo Tribunal Federal em declarar a inconstitucionalidade de legislação federal que extrapola o limite das “normas gerais”. A questão é mais simples: exorbitando do âmbito das normas gerais, inconstitucional é a lei federal; se a legislação do Estado-membro extrapola dos limites de complementação, para atender a suas peculiaridades, mostra-se inconstitucional.

O segundo problema apontado, e constitui realmente uma questão significativamente complexa, diz respeito aos casos em que a legislação concorrente ambiental da União e Estados-membros se confunde com a legislação privativa da União. A questão pode ser melhor visualizada com o seguinte recorte do art.22 que segue:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil [...]agrário, marítimo[...] e do trabalho;

II – desapropriação; [...]

IV - águas, energia [...];

VIII - comércio exterior e interestadual; [...]

X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;

XI - trânsito e transporte;

XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia; [...]

XIV - populações indígenas; [...]

XXVI - atividades nucleares de qualquer natureza;

---

<sup>584</sup> Essa discussão será mais analisada detidamente no capítulo 6.

Nessas situações, verifica-se que há uma zona de confluência de determinadas competências com a matéria ambiental. É o caso da legislação de águas, ou da referente a minas e energia,

A situação que se apresenta é a seguinte: (1) a União, ao legislar sobre águas, ou sobre jazidas e minas, pode, inevitavelmente, também estar legislar sobre matéria afeta ao meio ambiente (art. 24); (2) ou os Estados-membros, legislando sobre meio ambiente, podem invariavelmente também adentrar sobre águas, jazidas e minas, desapropriações. A doutrina espanhola denomina apropriadamente como o *problema da transversalidade de determinadas competências*, como a que se refere ao meio ambiente. Nesses casos, a competência ambiental é residual, ou seja, é uma parte dessas competências. Se utilizarmos a terminologia do direito processual, pode-se afirmar existir uma continência.

Difere, no entanto, do caso de outras competências, como as relativas ao comércio exterior, ou interestadual, ou importação e exportação. Isso porque, nesses casos, nessas competências não se pretende legislar sobre direito ao meio ambiente, mesmo que minimamente. Contudo, é inegável que muitas vezes, no exercício da competência ambiental, com o intuito de conferir-se maior proteção ao meio ambiente, o legislador possa às vezes utilizar-se de critérios que, não explicitamente, refiram-se a matérias dessa natureza. Nesses casos, entende-se que há conexão: o uso de mecanismos que podem pertencer a outras competências. A solução, ao final, acaba sendo a mesma (o exercício da competência privativa não deve menoscabar a do ente descentralizado, e vice-versa).

Feita essa distinção, já antecipando alguma contribuição da doutrina comparada, que será vista detalhadamente no capítulo 5, segundo a doutrina brasileira, aponta Marcos Torres, duas soluções podem ser apresentadas: (1) ou se defende que nessas situações a Constituição conferiu à União maior espaço de decisão, permitindo uma normatividade mais densa<sup>585</sup>; (2) ou, inversamente, há um abrandamento da competência privativa da União em face do legítimo interesse constitucional dos outros entes federativos<sup>586</sup>.

---

<sup>585</sup> Solução de KRELL, Andrea J. *Lei de "normas gerais", regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

<sup>586</sup> Cf. FURLAN, Anderson; FRACALLOSSI, William. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Nenhuma dessas soluções, contudo, parece apropriada, pois partem de uma colocação indevida do problema.

Uma promove centralização demasiada (e tem sido preferida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cf. ADI nº 3.813/RS; Adi nº 3.852/SC); a outra, descentraliza o que deve ser exercido privativamente. Na verdade, deve-se partir da premissa de que se o Estado-membro resolveu legislar sobre determinada matéria ambiental, única competência que possui constitucionalmente, eventualmente pode utilizar-se de meios que não constituíam o mais adequado, ou o menos gravoso, ou que comprometiam a Federação. Nesse ponto é que se insere, com força, o critério do princípio da proporcionalidade para determinar quais os limites do exercício constitucionalmente permitido pelo ente federativo (a descentralização possível). Isso nas situações de conexão (comércio exterior; importação e exportação).

Já nos casos de transversalidade típico, a recepção da doutrina constitucional espanhola é quem resolve de maneira mais adequada essa questão. Consoante se verificará (cap. 5 e 6), após delimitação possível da matéria, propõe-se que, no exercício dessas competências exclusivas, o ente deve realizá-las de tal modo que não menoscabe, não diminua o exercício competencial do outro ente com competência nessa zona de confluência. Melhor explicando, ao legislar sobre águas (competência privativa), a União, nos pontos dessa legislação que se refiram ao meio ambiente, deve restringir-se às “normas gerais”, não impedindo que Estados-membros e Municípios possam complementá-la. Do mesmo modo, legislando sobre meio ambiente, em assuntos que possam conectar-se com a matéria “águas”, estes (Estados-membros) devem respeitar o âmbito das “normas gerais” da União.

Isso será convenientemente explicado na sequência deste trabalho (cap. 5 e 6).

### **Conclusões do capítulo 3**

Neste capítulo procurou-se dar uma visão geral da problemática questão da proteção ao meio ambiente, seu histórico mundial e no Brasil, bem como a principiologia que a informa e os mecanismos empregados pelo ordenamento jurídico para sua efetivação. A constitucionalização desse direito, e, no caso brasileiro, a condição de direito fundamental a que foi elevado. Pode-se constatar a plena incorporação dessa condição pelo Supremo Tribunal Federal, com efetivas conseqüências práticas. Por outro lado, mais uma vez, ficou bastante nítido que uma das dificuldades para sua efetividade constitui os conflitos competenciais federativos, decididos invariavelmente por critérios centralizadores.

Inicialmente, observou-se que a conscientização da necessidade de proteção ao meio ambiente, ainda que houvesse alguns movimentos isolados já no século XIX, é um fenômeno recente, pós-2ª Guerra Mundial, sendo o principal marco a Conferência das Nações Unidas de Estocolmo, em 1972. Desde então, ganhou notável impulso, principalmente por meio de tratados internacionais celebrados, e sua incorporação aos textos constitucionais de diversos países. O incremento legislativo com o objetivo de proporcionar maior efetividade na proteção ambiental foi considerável nos Estados Unidos, Europa, e também, no Brasil.

No Brasil, país que possui um patrimônio ambiental dos maiores do planeta (11 a 14% da diversidade de plantas no mundo, 100 mil espécies de invertebrados e 8.200 espécies vertebradas, sendo que somente a Amazônia brasileira possui 3,5 milhões de km<sup>2</sup>), pode-se dividir o direito ambiental legislativo em 3 fases distintas (Herman Benjamin): (1) exploração desregrada, com nenhum enfoque protetivo, utilizando-se de concepções civilísticas e direitos de vizinhança; (2) fragmentário (segunda metade do Séc. XX até 1980), com uma legislação mais voltada a aspectos econômicos propriamente ditos (minas, água, caça e pesca), de caráter assistemático; (3) holística, cujo marco inicial foi a Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, culminando com a Constituição de 1988 e toda a legislação subsequente, com forte conteúdo protetivo e pautada pelos compromissos internacionais de que o país foi signatário.

A Constituição de 1988 constituiu um dos principais meios pelos quais se consagrou definitivamente a proteção ao meio ambiente na ordem jurídica brasileira, pois estabeleceu, em seu art. 225, que *“todos têm direito ao meio ambiente*



*ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”*

Elevou o direito ao meio ambiente à estatura de direito constitucional, mas não somente isso, de direito fundamental e de cláusula pétrea, insuscetível de supressão por emenda constitucional.

O que se pode compreender, entretanto, por “meio ambiente” na ordem jurídica brasileira? O art. 3º, I, da Lei nº 6.938/81 refere que *“meio ambiente , o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.”* A Constituição de 1988 adota um conceito global, que contempla a integração não somente de elementos naturais, mas também humanos (e culturais), e a leitura adequada que se deve ter é a do ser humano como parte integrante do mundo natural, buscando-se o desenvolvimento equilibrado.

Essa proteção ao meio ambiente é caracterizada por um conjunto de princípios, e, embora não haja uniformidade doutrinária, é possível sintetizar alguns dos mais significativos e relevantes. Esses princípios permitem compreender, também, a importância de uma hermenêutica constitucional que possibilite sejam verdadeiramente considerados nas decisões do Supremo Tribunal Federal, assim como a relevância de um federalismo equilibrado, com abertura à descentralização e aos interesses das comunidades atingidas pelos fenômenos ambientais.

O federalismo é importante para a democracia, e esta, por sua vez, à eficiente proteção do meio ambiente.

Nesse contexto, o (1) primeiro princípio que se destaca é o desenvolvimento sustentável, “aquele capaz de satisfazer as necessidades sociais atuais sem comprometer as necessidades futuras.” (Relatório Bruntland) Procura conciliar o (i) desenvolvimento econômico e a (ii) preservação ambiental. Alguns autores (Juarez Freitas, Jeffrey Sachs), também destacam a inclusão social como componente desse princípio. Trata-se de um princípio extremamente importante, reconhecido em diversos instrumentos internacionais e constituições, e justamente por possuir esse caráter de albergar subprincípios aparentemente antagônicos, sustenta-se que o

princípio da proporcionalidade pode cumprir relevante papel na resolução de eventuais conflitos legislativos, por possibilitar uma metodologia adequada à busca da conciliação desses objetivos (desenvolvimento econômico com preservação).

Outros dois princípios fundamentais são a (2) precaução; e a (3) prevenção, que objetivam a adoção de medidas adequadas, economicamente viáveis, de proteção, a fim de evitar-se a degradação do meio ambiente, ainda que ausente a certeza científica (precaução), ou não (prevenção). No caso da precaução, deve-se adotar extrema cautela para que, ante a incerteza científica, não se paralitem as atividades potencialmente degradantes, pelo que a proporcionalidade assume relevância, na medida em que permite verificar se ocorre ou não excessos ou insuficiências (Gabriel Wedy). No âmbito do princípio da prevenção, por sua vez, que trata de impactos e riscos já conhecidos pela ciência, o procedimento do licenciamento ambiental constitui uma das maiores garantias de proteção ao meio ambiente, pois ao exigir a realização de Estudos de Impacto Ambiental, com ampla discussão pelos interessados, permite que sejam avaliados os riscos dos empreendimentos econômicos e analisadas as melhores maneiras de se evitar os danos infligidos, ou na impossibilidade, de repará-los adequadamente. Também aqui o princípio da proporcionalidade é ferramenta que pode contribuir sobremaneira, já que permite tratar todos esses argumentos de maneira sistemática, sopesando-os na busca da solução mais adequada. Ainda, observa-se a imprescindibilidade de possibilitar a descentralização, permitindo que os Estados-membros, ante suas peculiaridades locais, atendam melhor seus interesses e protejam de forma mais eficaz o meio ambiente.

O princípio do (4) poluidor-pagador determina “a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos” (art .4º, VII, da Lei nº 6.938/81). Consiste, em síntese, no dever de incorporação aos custos da cadeia produtiva dos danos causados pela utilização de recursos naturais, as externalidades, antes suportadas indiscriminadamente por toda a coletividade.

Por fim, tem-se a (5) participação democrática; e a (6) cooperação internacional.

Em relação ao primeiro, parte da concepção de que “a melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados.” (art. 10, da Declaração do Rio de 1992). Sem dúvida, é a sociedade, os indivíduos, aqueles que diretamente sofrem as consequências dos danos ambientais, os mais habilitados a decidirem as questões ambientais, de onde se percebe aqui, também, a relevância e a conexão com o princípio federativo (autonomia, descentralização). Parece evidente que em um país com a extensão do Brasil (8,5 milhões de km<sup>2</sup>) a União padeça de condições de legislar sobre todos os problemas ambientais brasileiros, e conferir proteção adequada a todo o patrimônio ambiental brasileiro. A centralização excessiva da federação brasileira, portanto, é algo que deve ser corrigida, possibilitando-se maior descentralização e equilíbrio, reguardando-se mais eficientemente o meio ambiente.

Já a cooperação internacional parte da premissa que os danos ambientais, a proteção ao meio ambiente transcende os estritos limites territoriais da soberania dos países, e somente por intermédio da cooperação entre os países é possível conseguir maior efetividade na proteção da natureza.

Esses princípios encontram-se incorporados à ordem jurídica constitucional brasileira.

Segundo a Constituição de 1988, como já mencionado, o direito ao meio ambiente é um direito fundamental, e embora com divisões doutrinárias – e sem esquecer a subdivisão tradicionalmente realizada desses direitos em gerações, sabe-se que esses implicam (1) direito de defesa; (2) direito a prestações, englobando (2.1.1) direito à proteção; (2.1.2) direito à participação na organização e procedimento; (2.2) direito a prestações em sentido estrito (Ingo Sarlet). No caso do direito ao meio ambiente, é reconhecida a expressão de Alexy “direito fundamental completo”, ou “direito fundamental como um todo”, justamente por albergar as diversas facetas que caracterizam os direitos fundamentais (dimensões objetiva e subjetiva).

Há muitas críticas à condição de fundamentalidade desse direito, sendo as principais a (1) dificuldade de mecanismos processuais de acesso judicial, considerando-se o caráter transindividual do bem e à subjetividade do direito eventualmente

invocado; (2) critério topográfico no texto constitucional; (2) a necessidade de conformação legislativa para a efetivação de direitos a prestações; (3) inexistência de densidade normativa suficiente no texto constitucional a possibilitar sua concretização; (4) separação dos Poderes, e os problemas orçamentários, de legitimidade, enfim.

No caso brasileiro, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal superou todas essas dificuldades.

Em primeiro lugar, a processualística brasileira há muito descartou as dificuldades inerentes à acessibilidade judiciária do direito ao meio ambiente. Mesmo possuindo uma natureza difusa, transindividual, essa característica não impediu a concepção de ações civis públicas, ações populares, ou mesmo que as vias ordinárias fossem utilizadas individualmente para a defesa desse direito constitucionalmente assegurado. Em relação à segunda objeção, o fato de um direito fundamental não constar, por exemplo, do dispositivo constitucional relativo a esses direitos no texto da Constituição, já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal (cf. ADI nº 939/DF), sendo indiscutível que os direitos fundamentais podem se encontrar esparsos, ou mesmo em tratados internacionais (art. 5º, § 2º). Quanto à necessidade de interposição legislativa, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também possui diversos precedentes em que direitos sociais a prestações foram assegurados, mesmo inexistindo um ato legislativo específico (v.g, direito à saúde; direito de greve do servidor público civil), e, em direito ambiental, foi assegurada a pretensão requerida em diversas ações civis públicas à construção de redes de esgotos municipais, em muitos casos com fundamento somente no texto constitucional. Esse problema, de certo modo, encontra-se vinculado com a discussão acerca da separação dos Poderes, e os problemas orçamentários. Ainda que em outros países haja discussões acentuadas sobre esse aspecto, a jurisdição constitucional brasileira tem demonstrado um caráter ativo nessas circunstâncias, e, embora compreenda e ressalte as dificuldades do Poder Executivo na consecução de determinadas políticas públicas, a efetivação de determinados direitos fundamentais tem-se mostrado mais importante para o Supremo Tribunal Federal que essas objeções.

Aliás, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inúmeras vezes, refere-se a direito fundamental ao meio ambiente, sendo indiscutível o caráter assumido nesse aspecto para a Corte.

Por fim, é importante reiterar que, segundo a ordem jurídico-constitucional brasileira, o direito ao meio ambiente compreende um direito fundamental, de modo que legislar sobre essa matéria é, também, legislar sobre um direito fundamental.

Nesse contexto, portanto, a distribuição de competências entre os entes federativos assume caráter de extrema relevância na efetividade da garantia desse direito. O critério assumido pela Constituição de 1988, nesse âmbito, pertence ao campo da competência concorrente-compartimentada, e, em uma leitura superficial, parece extremamente simples: (1) à União compete a edição das “normas gerais” em matéria ambiental (art. 24, § 1º, CF/88); (2) aos Estados-membros (e Municípios), complementar essa legislação, em atendimento às peculiaridades locais (art. 24, § 2º, CF/88); (3) os entes descentralizados poderão exercer a competência legislativa plena, inexistindo a lei federal de “normas gerais” (art. 24, § 3º, CF/88).

Um esquema aparentemente simples. No entanto, a doutrina é contundente em afirmar que a inflação legislativa, assim como a sobreposição de legislações, visto que não claramente definido os limites de atuação, e uma hermenêutica constitucional que adota critérios centralizadores na resolução dos conflitos competenciais federativos, constituem um dos maiores problemas para a efetiva proteção do meio ambiente brasileiro.

Embora esses assuntos sejam analisados mais aprofundadamente em capítulo específico (cap. 4), procurou-se desde já introduzir alguns dos critérios utilizados para a resolução desses conflitos atualmente. São critérios que procuram resolver (1) os limites das “normas gerais”; e o conflito (2) competência concorrente v. privativa.

O primeiro deles é o (1) da prevalência da lei federal, segundo o qual, em havendo dúvida sobre qual a legislação a ser aplicada, prevalece a legislação federal. Esse critério funda-se no art. 31, da Lei Fundamental de Bonn, assim como no art. 149, § 3º, da Constituição Espanhola, mas principalmente, em nosso entender, numa interpretação equivocada do art. 24, § 3º. Os critérios do direito

comparado não podem ser incorporados à ordem constitucional brasileira, pois se tratam de concepções distintas, e, mesmo nesses países, foram muito pouco utilizados pelos Tribunais Constitucionais. O critério adotado é o da competência. Ainda, determina uma centralização excessiva da federação, sem abertura à possibilidade de edição de normas, por vezes mais protetivas, aos entes descentralizados.

O segundo cânone utilizado é o (2) *in dubio pro natura*, ou prevalência da lei mais restritiva. A rigor, ambos, ao final, constituem o mesmo critério, pois partem do pressuposto de que a lei mais restritiva é, forçosamente, mais protetiva ao meio ambiente. Na dúvida, aplica-se a lei mais protetiva, e, por esse critério, essa forçosamente deve ser mais restritiva. O problema desse critério é que também não resolve adequadamente os conflitos competenciais federativos, principalmente por desconsiderar diversos fatores que também devem ser considerados na proteção ambiental. No fundo, trata-se de mais uma presunção, e presunções não são o meio adequado para se obter uma federação equilibrada. Também se deve ressaltar que este critério não é utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, embora o Superior Tribunal de Justiça o reconheça.

Por fim, o (3) critério da cumulatividade/continência, que ocorre quando há conflitos de legislações ambientais, com outras referentes à (i) águas; (ii) mineração; (iii) comércio exterior ou interestadual. É o que a doutrina comparada denomina de “transversalidade da competência ambiental”. No Brasil, tem-se resolvido esses conflitos, na maioria dos casos, sempre atribuindo maior poder expansivo à União, detentora dessas competências para legislar sobre águas, mineração e comércio, mesmo que parcela da doutrina admita fosse possível um abrandamento dessas competências privativas. Contudo, mais uma vez, isso fundamenta uma centralização excessiva, que não dispõe dos meios, nem de todas as condições para resolver adequadamente grande parte desses problemas.

No próximo capítulo, parte-se para o estudo dos conflitos competenciais ambientais União v. Estados-membros na federação brasileira, *o modo como são decididos atualmente pelo Supremo Tribunal Federal*, e a jurisprudência extremamente centralizadora que os caracteriza.

## **CAPÍTULO 4. CONFLITOS COMPETENCIAIS AMBIENTAIS NO BRASIL: O STF E A CENTRALIZAÇÃO DA FEDERAÇÃO**

Neste capítulo, passa-se especificamente ao estudo dos conflitos competenciais ambientais entre União e Estados-membros na federação brasileira, embora explicando-se inicialmente a problemática geral desses conflitos entre os entes federativos brasileiros em sua totalidade.

O objetivo é compreender exatamente como ocorrem os conflitos competenciais na federação brasileira, e fundamentalmente como tem sido decididos pelo Supremo Tribunal Federal. Como já referido ao longo desse trabalho, de forma extremamente centralizadora, com critérios que somente promovem a concentração de competência na União.

Relevante destacar que os capítulos (4 e 6) encontram-se estritamente vinculados, embora possuam uma importante distinção.

Aqui, objetiva-se estudar a problemática dos conflitos, como atualmente se encontram na doutrina e jurisprudência brasileiras, sua natureza, e como são decididos pelo Supremo Tribunal Federal. No capítulo 6 serão analisadas as contribuições da doutrina comparada, e discutidas as propostas de resoluções desses conflitos com as reformulações propostas à introdução, verificando-se a possibilidade de conferir maior descentralização, e, com isso, viabilizando uma proteção ambiental mais eficiente.

Uma importante observação, antes de se proceder ao estudo.

Os conflitos competenciais devem passar antes por uma reformulação sistemática, pois necessária à esquematização do próprio raciocínio expositivo.

Inicialmente (1) há um problema de delimitação, do enquadramento do ato normativo objeto de questionamento à matéria cuja competência se discute. Se (1.1) tratar-se pacificamente de matéria ambiental, o conflito ocorrerá no exclusivo âmbito da legislação concorrente, e ao problema dos limites das “normas gerais” (União), e sua complementação às peculiaridades locais (Estados-membros). Caso contrário, (1.2) pode acontecer uma confluência de competências, e utiliza-se uma

terminologia de direito processual<sup>587</sup> para explicar que (1.2.1) ou se trata de um caso referente à transversalidade típica da competência ambiental, ou seja, aquelas situações em que há outras competências (água, energia, regime de minas, danos nucleares) mais específicas, mas que também possuem um conteúdo ambiental residual, e nessas situações existe uma continência (ambiental é residual); ou então, pode ocorrer (1.2.2) situações de conexão, nas quais ao legislar sobre matéria ambiental, utilizam-se o legislador de mecanismos que *podem* estar relacionados a outras competências (comércio exterior, comércio interestadual, importação e exportação).

Após essa delimitação, em uma (2) segunda fase, dois tipos de conflitos podem acontecer: ou são conflitos, como já mencionado, no (2.1) estrito âmbito da competência concorrente, e resolvem-se de acordo com a concepção de “normas gerais” que se tenha, principalmente quanto aos seus limites, e a possibilidade ou não de complementação; ou (2.2) conflitos competência concorrente v. competência privativa, em decorrência da (2.2.1) transversalidade ou de (2.2.2) conexão. Para a primeira situação (transversalidade), a doutrina ou admite que a lei privativa federal permite abertura, ou então sua impossibilidade (e conseqüente expansão centralizadora), dependendo das circunstâncias; já quanto ao segundo caso (conexão), o que se tem realizado é a simples subsunção.

Desse modo, divide-se este capítulo inicialmente em uma discussão dos conflitos competenciais de modo genérico, a delimitação das principais matérias, os conceitos utilizados. Após, analisa-se os principais conflitos ambientais, e as decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito.

Isso é *como se encontram esses conflitos na atualidade*, sendo importante destacar que mesmo o modo como se procedeu a essa sistematização já constitui uma contribuição aqui realizada, pois apesar dos esforços de alguns doutrinadores, forçoso reconhecer que o tema é bastante confuso na doutrina brasileira.

---

<sup>587</sup> Segundo o art. 55, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir. Já o art. 56 diz que “dá-se a continência entre 2 (duas) ou mais ações quando houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais.”



#### 4.1 Introdução: conflitos competenciais ambientais e proteção ambiental

A federação brasileira caracteriza-se por adotar o sistema de competências enumeradas, ou seja, são elencados os poderes da União e dos Municípios, permanecendo os remanescentes com os Estados-Membros. Há, ainda, uma esfera de competências concorrentes-compartimentadas entre os três entes federativos. Dessa simples narração já se visualiza a complexidade da distribuição competencial no Brasil.

Ressalte-se, mais uma vez, que “matérias” são aqueles campos da realidade objeto de uma disciplina legislativa, regulamentar, de gestão ou meramente executiva (p.ex, meio ambiente, comércio exterior); “faculdades” são o tipo de atuação pública prevista sobre cada uma das matérias referidas, e de modo geral podem ser de caráter legislativo, executivo, e às vezes judicial; “competências” em sentido estrito constituem a projeção de uma determinada faculdade sobre uma matéria concreta.<sup>588</sup>

Feitas essas considerações, todo esse sistema, de acordo com jurisprudência e doutrinas consolidadas, encontra-se orientado pelo princípio da predominância do interesse, segundo o qual<sup>589</sup>:

[ . . . ] à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local, tendo a Constituição

<sup>588</sup> ARROYO GIL, Antonio. *Una concepción de los principios de competencia y prevalencia en el Estado Autnómico español*. RJUAM, nº 20, 2009-II. p. 201. Segundo José Afonso da Silva, competência é “a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. ‘Competências’ são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções.” in SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9ª edição. Malheiros Editores. São Paulo: 2014. p. 248

<sup>589</sup> Em matéria ambiental, cf. MILARE, Edis. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001. p. 264. Segundo consta “ Edis Milaré adota o critério de Paulo Régis Rosa da Silva: a) matérias de interesse local, isto é, que não extrapolem os limites físicos do Município, devem ser administradas pelo Executivo Municipal; b) Quando a matéria extrapola os limites físicos do Município, ou seja, os seus efeitos não ficam confinados na área física do Município ou envolvam mais de um Município, desloca-se a competência do Executivo Municipal para o Executivo Estadual; c) Tratando-se de bens públicos estaduais e de questões ambientais supramunicipais, a competência será do Executivo Estadual; d) Nas hipóteses em que as matérias envolvam problemas internacionais de poluição transfronteiriça ou duas ou mais unidades federadas brasileiras, a competência será do Executivo Federal.

vigente desprezado o velho conceito de “peculiar interesse local”, que não lograra conceituação satisfatória em um século de vigência.<sup>590</sup>

Ocorre que se torna muito difícil saber exatamente a extensão e os limites do que sejam interesses locais, regionais ou nacionais. Esse critério encontra respaldo em várias decisões do Supremo Tribunal Federal, embora não permita esclarecer, tampouco solucionar os conflitos federativos que acontecem. E mais, na prática judicial cotidiana, como já referido no cap. 2, acaba por prevalecer o interesse nacional, provocando ainda mais concentração federativa.

Como explica André Ramos Tavares:<sup>591</sup>

Nesse campo, identifica-se uma orientação geral para estruturar a repartição de competências. Trata-se do denominado “princípio da predominância do interesse”. Esse princípio significa, sucintamente, que à União cabe tratar das matérias de interesse geral, nacional, amplo. Aos Estados, daquelas que suscitam um interesse menor, mais regional. Por fim, aos Municípios cabe tratar das matérias de interesses restritos, especialmente locais, circunscritos a sua órbita menor.

Evidentemente que todos os interesses terão repercussão em cada uma das três esferas citadas. É por isso que se fala em ‘predominância’ e não em ‘exclusividade’. Difícil ou impossível será a tarefa de sustentar uma matéria como sendo exclusivamente de âmbito nacional, regional ou local.<sup>592</sup>

No direito brasileiro, as competências podem, ainda, classificar-se em material e legislativa.

Como ensina José Afonso da Silva:

---

<sup>590</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9ª edição. Malheiros Editores. São Paulo: 2014.p. 247-8

<sup>591</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª edição revista e atualizada. Ed. Saraiva. São Paulo: 2014. p. 872-3

<sup>592</sup> Nesse sentido, também, José Afonso da Silva, que diz :“acontece que no Estado moderno se torna cada vez mais problemático discernir o que é “interesse geral” ou “nacional” do que seja “interesse regional” ou “local”. Muitas vezes certos problemas não são de interesse rigorosamente nacional, por não afetarem a Nação como um todo, mas não são simplesmente particulares de um Estado, por abrangerem dois ou mais deles. Os problemas da Amazônia, os do Polígono da Seca, os do Vale do São Francisco e do Vale do Paraná-Uruguaí são exemplos a citar na Federação brasileira. In SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9ª edição. Malheiros Editores. São Paulo: 2014.p. 247-8

Isso permite falar em “espécies de competências”, visto que as matérias agrupadas que compõem seu conteúdo podem ser agrupadas em classes, segundo sua natureza, sua vinculação cumulativa a mais de uma entidade e seu vínculo à função de governo. Sob esses critérios, podemos classificar as competências primeiramente em dois grandes grupos, com suas subclasses: (1) competência material, que pode ser (a) exclusiva (art. 21) e (b) comum, cumulativa ou paralela (art. 23); (2) competência legislativa, que pode ser (a) exclusiva (art. 25, §§ 1º e 2º); (b) privativa (art. 22); (c) concorrente (art. 24); e (d) suplementar (art. 24, §2º).<sup>593</sup>

Outro aspecto importante a se considerar no sistema de classificação das competências refere-se à execução dos serviços. Com efeito, há três grandes sistemas:

O primeiro, denominado sistema imediato, no qual a União e os Estados possuem, “cada qual, sua própria Administração, com funcionários próprios, independentes uns dos outros e subordinados aos respectivos governos, como é nos Estados Unidos da América, na Argentina, na Venezuela e no México.<sup>594</sup> O segundo, conhecido por sistema mediato, em que os serviços federais, nos respectivos Estados, são executados por funcionários destes, “mantendo a União pequeno corpo de servidores incumbidos da vigilância e fiscalização desses serviços; assim ocorre predominantemente na República Federal da Alemanha e na Índia”<sup>595</sup>. E, por fim, o sistema misto, combinando esses anteriores, como na Suíça e Áustria.<sup>596</sup>

O sistema brasileiro é o de execução imediata<sup>597</sup>.

Caracteriza, no entanto, de modo expressivo a federação brasileira, o seu excesso centralizador.

Inicialmente, basta recordar que, originariamente, a federação brasileira adotou o modelo norte-americano, ou seja, competências enumeradas atribuídas à União, permanecendo os poderes remanescentes com os Estados-membros. Esse

---

<sup>593</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9ª edição. Malheiros Editores. São Paulo: 2014.p. 248

<sup>594</sup> Idem, p. 249-250

<sup>595</sup> Idem, p. 249-250

<sup>596</sup> Idem, p. 249-250

<sup>597</sup> Assim KRELL, Andreas Joachim. *O Município no Brasil e na Alemanha: direito e administração pública comparados*. São Paulo: Oficina Municipal. 2003. p. 109

modelo era coerente com o tipo de Estado construído pela associação das antigas ex-colônias norte-americanas (ou seja, de integração), cujos objetivos mais imediatos eram a resolução dos conflitos comerciais, e o endividamento decorrente da guerra de Independência. No caso brasileiro, tem-se um federalismo de devolução onde, na linguagem de Pontes de Miranda, a União “adotou a forma federal”<sup>598</sup>, com a complexidade de inclusão de um ente a mais (Município).

Posteriormente, a essas peculiaridades, como decorrência das transformações do Estado contemporâneo o Brasil adota, também, o sistema de competências concorrentes da República de Weimar, espelhando-se nos mecanismos do Estado cooperativo da Lei Fundamental de Bonn, sobretudo na Carta de 1988.

E, de forma inédita, consagra expressamente o município como ente federativo também.

Ou seja, essas colocações se fazem somente para que se compreenda a complexidade da federação brasileira. Uma federação, como explica Abrucio, “marcada por uma distribuição desequilibrada de poder, cuja consequência mais deletéria encontra-se na perversa relação estabelecida entre os interesses regionais e o interesse nacional. Caciques regionais e presidentes imperiais talvez sejam filhos do mesmo pai: o frágil contrato federativo brasileiro.”<sup>599</sup>

Em relação ao texto de 1988, assinala ainda esse autor que:

A Constituição de 1988 aumentou os recursos das unidades subnacionais, mas não definiu claramente a distribuição das competências entre os entes federativos [ . . . ]essa indefinição quanto às atribuições de cada esfera de governo prejudicou o processo de distribuição de encargos. É inegável que os governos subnacionais assumiram mais responsabilidades da Constituição de 1988 para cá. Mas isto ocorreu de forma desordenada e segundo o ritmo que cada esfera governamental estabeleceu, sem uma verdadeira coordenação do Governo Federal. Resultado: em seu conjunto, os estados e municípios aumentaram os

---

598 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1 de 1969*. Tomo II (arts. 8º -31). 3ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro: 1987. p. 188

599 Ainda, segundo esse autor, “pode-se caracterizar a Federação brasileira por um modelo hobbesiano e predatório, no qual estados e municípios competem entre si sem criar mecanismos de cooperação.”in ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os Barões da Federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Editora Hucitec, 1998. p. 133

gastos sociais, mas sem a correspondente melhora da prestação dos serviços públicos.<sup>600</sup>

Aliado a esse quadro, tem-se que outro grande problema federal brasileiro, além desses conflitos competenciais, é a natureza do sistema político, decorrência do sistema partidário e eleitoral.<sup>601</sup>

No federalismo brasileiro existe a impressão de que “há um ente a mais”, que não se enquadra nessa fórmula federativa. Além de concebido tradicionalmente como uma associação de Estados-membros, a própria fórmula de pacto, associação, *foedus*, que caracteriza o federalismo, não parece se conciliar com um modelo tripartite. Isso fica evidente no federalismo brasileiro, havendo autores que entendem ser o Estado-membro o ente federativo sobressalente.<sup>602</sup> Acredita-se, no entanto, que o município está a mais no esquema competencial brasileiro.

Como pode esse esquema federativo contribuir para a inefetividade da proteção ao meio ambiente brasileiro?

Andreas Krell responde a essa pergunta acentuando a falta de clareza, a sobreposição legislativa e de funções, além da ausência de responsabilização das entidades governamentais:

---

600 ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os Barões da Federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Editora Hucitec, 1998. p. 105

601 Por certo, “é interessante notar que o sistema político brasileiro tem características tanto do modelo majoritário como do consociativo, sendo que as características do primeiro favorecem ao presidente, e as do segundo, enfraquecem-no. Do lado majoritário, há as Medidas Provisórias e as diversas prerrogativas legislativas que cabem ao Executivo Federal, dando um grande poder ao presidente. Do lado consociativo, há um multipartidarismo que leva o presidente a formar coalizões parlamentares amplas, um sistema bicameral que fornece poderes quase iguais às duas Casas Legislativas, um federalismo centrífugo, no qual as pressões dos governos subnacionais têm um impacto forte sobre a política nacional e, por fim, uma Constituição que milimetricamente tocava em quase todos os temas nacionais relevantes, sendo que qualquer alteração da ordem depende de uma maioria qualificada.” in ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os Barões da Federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Editora Hucitec, 1998. p. 185

602 Nesse sentido, ABRUCIO: “o interessante aqui é entender como os estados se tornaram obstáculos à descentralização. O estado é o ente federativo com o papel menos definido no que tange à distribuição de competências. Como já mostrei no capítulo anterior, o estado-membro tem apenas uma competência privativa material (exploração dos serviços de gás canalizado) e exerce outra quase que exclusivamente, que é a segurança pública. Os estados participam das outras atividades governamentais, mas a maioria delas é vista ou como de atribuição do município ou da União. O próprio debate sobre a descentralização localiza apenas duas variáveis no universo federativo: a da Municipalização, sinônimo por excelência da descentralização, e a da coordenação geral das políticas, a cargo da União. Para o estado não há nenhuma delimitação de função, nem em termos genéricos” in ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os Barões da Federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Editora Hucitec, 1998. p. 196

No Brasil, o art. 23, § único, da Carta de 1988 e a inserção do art. 241, dez anos depois, introduziram o modelo do federalismo cooperativo. A falta de efetividade social das políticas públicas sempre foi causada também pela falta de clareza sobre as competências de cada nível de governo, que levou à superposição de comandos e de recursos e à falta de responsabilização das entidades governamentais. A Carta de 1988 não delimitou mais precisamente essas tarefas, estabelecendo, no art. 23, mais do que trinta funções concorrentes entre os diferentes níveis de governo, intituladas de competências comuns. Porém, não definiu uma hierarquia no exercício desta cooperação, o que causa, até hoje, esforços duplicados (ou até triplicados) do Poder Público, aumentando sobremaneira os custos dos respectivos serviços públicos, sem que houvesse um aumento de sua eficiência.<sup>603</sup>

O que pode ser resumido em *insegurança jurídica*. E, também, quando resolvidos os conflitos competenciais pela jurisprudência constitucional federativa brasileira, de forma incontestavelmente centralizadora. E é evidente que a União não possui condições de tudo administrar e proteger.

Esses fatos podem ser comprovados, por exemplo, em recente relatório do Banco Mundial sobre *“Licenciamento Ambiental de Empreendimentos Hidrelétricos no Brasil”*. Diz esse documento, à p. 38 que<sup>604</sup>:

### *III.3 Conflito de competência para gestão ambiental*

112. O artigo 23, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, atribui competência comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios para “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”. Determina, ainda, a posterior edição de Lei Complementar para fixar normas de cooperação entre os entes federados encarregados. Essa Lei Complementar não foi editada até o presente momento, o que implica em confusão no exercício das atribuições dos respectivos entes federados, gerando muitos problemas quando do licenciamento ambiental

<sup>603</sup> KRELL, Andreas J. *A Necessária Mudança de Foco na Implantação do Federalismo Cooperativo no Brasil: da Definição das Competências Legislativas para o Desenho de Formas Conjuntas de Execução Administrativa*. p. 650 in SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2009.

<sup>604</sup> Relatório do Banco Mundial pode ser encontrado em [www.mme.gov.br/.../8d530adb-063f-4478-9b0d-2b0fbb9ff33b](http://www.mme.gov.br/.../8d530adb-063f-4478-9b0d-2b0fbb9ff33b); 18.02.15, às 14:41h

Atualmente, essa Lei Complementar a que se refere o relatório já foi editada, Lei Complementar nº 140/2011, sendo também objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Será discutida no decorrer deste capítulo, bastando desde já adiantar que sua edição tampouco se mostrou suficiente para diminuir os conflitos competenciais.

Esse documento (Relatório do Banco Mundial), ainda, mostra-se relevante pois aponta os custos econômicos, embora com certas imprecisões, decorrentes da incerteza regulatória na execução dos empreendimentos hidrelétricos, variando de 4,7% a 22% do valor da obra. Considerando-se, por exemplo, que somente a usina de Belo Monte custará em torno de U\$ 10 bilhões (dez bilhões de dólares), pode-se imaginar as dimensões de valores envolvidos.<sup>605</sup>

Ao longo deste capítulo, quando se apresentar os conflitos ambientais específicos em matéria ambiental, outros dados serão fornecidos, com o intuito de, além de contextualizar essas questões, comprovar a magnitude que essas discussões envolvem, bem como a ineficiente proteção ambiental que lhes é conferida

Muitas são as razões, mas grande parte delas decorre desse sistema competencial confuso, acentuadamente conflitivo, e inadequadamente solucionado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

#### **4.2 Os conflitos competenciais em espécie : panorama genérico**

Como colocado à introdução, o objeto deste trabalho cinge-se ao estudo dos conflitos federativos entre a União e os Estados-membros, dentre outros por razões

---

<sup>605</sup> 191. Este estudo não conseguiu levantar dados ex-post sobre os gastos de mitigação que permitissem avaliar os diferenciais entre gastos previstos e realizados. Com isso, não foi possível fazer uma estimativa mais precisa sobre o valor esperado das elevações dos custos de mitigação resultantes do grau da incerteza regulatória do licenciamento. A única referência obtida foi o estudo da EPE (2005), que analisou os dados da Conta 10 em relação aos orçamentos refeitos para sete empreendimentos com base nos EIA-RIMAs já disponíveis para esses projetos. Como mencionado, quatro empreendimentos já haviam incorporado no OPE as propostas dos estudos ambientais. Em outros três observou-se um acréscimo orçamentário de 4, 7 e 22%, respectivamente, nas estimativas da Conta 10. (p. 61 do relatório)

de ordem pragmática, principalmente, devido à impossibilidade de estudar-se a legislação de 5.570 municípios<sup>606</sup>, todos integrantes da federação brasileira. Entretanto, ao estudar os conflitos federativos sob um ângulo genérico, e apenas no âmbito da Constituição Federal, parece oportuno analisar o município para que se compreenda a federação brasileira em toda a sua extensão, e a necessidade de se buscar critérios que melhor permitam a resolução de conflitos federativos. Com possibilidades à descentralização, e a imposição de níveis adicionais protetivos.

Na doutrina constitucional brasileira, uma das primeiras sistematizações possíveis das espécies de conflitos federativos foi idealizada por Victor Nunes Leal, ainda sob a Constituição de 1946. Embora se encontre desatualizada, por força das alterações dos textos constitucionais (p.ex., a Constituição atual reserva aos Estados-membros as competências que não lhe sejam vedadas, sem qualquer menção ao fato de serem *implícitas* ou *explícitas*, como na de Constituição de 1946), constituiu elaborado esforço de sistematização que pode orientar na busca de soluções atuais.

Desse modo, para esse autor haveria quatro regras que poderiam ser enunciadas, tomando como ponto de referência os municípios.

São as seguintes, em suas próprias palavras:

Segundo a primeira, os poderes municipais *expressos e exclusivos* afastam qualquer outra competência, seja federal, seja estadual. Lei federal ou estadual que disponha sobre matéria de competência expressa e exclusiva do município, não é válida, por infringir a Constituição. É lei exorbitante da competência do poder que a promulgou. Não pode produzir efeito.

A segunda regra refere-se aos *poderes municipais implícitos*. Sobre eles prevalecem os poderes *estaduais expressos*, e também os *federais expressos ou implícitos*.

O mesmo, entretanto, não ocorre em relação à competência estadual remanescente. E aqui temos a terceira regra do nosso esquema: Os *Poderes municipais implícitos* é que prevalecem sobre os *poderes estaduais remanescentes*. E por que? Por força do texto expresso da Constituição. A Constituição, ao definir os poderes remanescentes dos Estados, assim se exprimiu no § 1º do art. 18. “Aos Estados se reservam todos os poderes que, *implícita* ou *explicitamente*, não lhe sejam vedados

---

606 Fonte: [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa\\_resultados.php?id\\_pesquisa=89](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=89) em 18.02.15, às 12:52h



por esta Constituição”. Os poderes que a Constituição dá implicitamente aos municípios estão vedados aos Estados; logo, diante dos poderes municipais implícitos, cede a competência estadual remanescente.

A quarta regra diz respeito aos poderes concorrentes. Em muitas matérias, a competência pertence, cumulativamente, à União, aos Estados e aos municípios. Aqui, domina o princípio de que a entidade de maior categoria sobrepuja a de menor: os poderes concorrentes da União prevalecem sobre os do Estado, que, por sua vez, prevalecem sobre os do município.<sup>607</sup>

Essa classificação constitui relevante esforço de sistematização, em assunto marcado pela complexidade. Contudo, contém alguns elementos ainda hoje questionáveis, por não resolverem satisfatoriamente os problemas que se apresentam. Exemplo nesse sentido é a regra número 4, que simplesmente consagra o princípio da predominância do interesse, e que sozinho não constitui critério hábil a solucionar as questões federativas, pelas razões já apresentadas.

André Ramos Tavares é outro autor que também se dedicou ao tema<sup>608</sup>. Após estudar a jurisprudência da Suprema Corte brasileira, embora somente no âmbito das “normas gerais” (sem dúvida, um dos núcleos dos conflitos competenciais) concluiu que os principais problemas resumem-se ao que denominou de (1) “categorização” das matérias, e, depois, (2) saber quais os limites e extensão dessas “normas gerais”. Essa sistematização é a que mais se aproxima da realidade atual, embora olvide uma possibilidade (lei federal ambiental no campo residual do Estado-membro)

O autor, por “categorização”, entende a classificação da matéria de que trata a legislação objeto de questionamento. Ou seja, saber se a lei trata de direito administrativo, ou de direito ambiental, ou de direito comercial, ou se regulamenta o comércio exterior, enfim, as matérias que a própria Constituição enumera nos dispositivos relativos às competências<sup>609</sup>.

---

607 NUNES LEAL, Victor. *Problemas de Direito Público e Outros Problemas*. Vol. I. Brasília: 1999, Imprensa Nacional. p. 325-6

608 E, mais recentemente, como já analisado no cap.3, TORRES, Marcos Abreu. *Conflito de Normas Ambientais Concorrentes: uma nova exegese*. (dissertação de mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília: 2014.

609 “A Constituição brasileira optou por estabelecer matérias privativas da União e outras que são compartilhadas com outras entidades federativas, a chamada competência concorrente, analisada abaixo. Contudo, ao elencar e repartir esses temas, parece que o constituinte não percebeu a dificuldade que há em classificar certas questões como exclusivamente pertencentes a um ou a outro assunto. Há matérias que, por exemplo, podem se reportar tanto ao direito civil como ao

Emprega-se, neste trabalho, todavia, a terminologia adotada pela doutrina constitucional espanhola, “delimitação” da matéria, por se mostrar mais simples e apropriada.

Já sobre as “normas gerais”, após estudar alguns casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, esse autor consegue subdividi-las em normas que: (1) ou requerem aplicação uniforme; (2) ou são dotadas de maior abstração; (3) ou expressam uma proibição/permissão.

O exposto pelo autor, extraído das decisões do STF, pode ser sintetizado no seguinte quadro:

Aplicação	Critério da Relevância
Uniforme	Comércio Interestadual ADI 1278-9/SC, ADIMC 1980-5/PR, ADIMC 2866-9/RN, ADI 280-5/MT
	Produção e consumo requerem tratamento uniforme ADI 3645-9/PR, ADI 2656-9/SP, ADIMC 750—5/RJ
Normas de Maior Abstração	ADIMC 927-3/RS
Outros Critérios (proibição e permissão)	ADI 2.396-9/MS, ADI 3.035-3/PR, ADI 3054-0/PR

“Normas gerais” seriam aquelas a serem aplicadas uniformemente, dotadas de maior abstração, e que por vezes consagram proibição ou permissão. Em síntese, um conceito bastante confuso, que não permite explicar o que constitui efetivamente essa uniformidade, mas, principalmente, os seus limites.

Pois bem, a partir dessas duas sistematizações apresentadas, é possível esboçar um esquema que englobe todos os prováveis conflitos federativos da ordem constitucional brasileira.

Após essas considerações, pode-se apresentar o seguinte esquema lógico, que abarca todos os casos de conflitos legislativos na federação brasileira. É uma abstração lógica, não significa, portanto, que na prática jurídica isso realmente aconteça em todas as hipóteses. É um começo, entretanto, para restringir a abrangência das discussões, e sistematizar melhor as questões.

---

econômico. Como distingui-las ou qual critério de enquadramento numa e não em outra tipologia constitucional (com graves consequências práticas), ou, ainda, como satisfazer concomitantemente a duas categorias diversas ?” in TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª edição revista e atualizada. Ed. Saraiva. São Paulo: 2014. p. 876

Os tipos de conflitos podem ser expressos no quadro:

	1. Lei Federal	2. Lei Estadual	3. Lei Municipal
1. Lei Federal	-----	Invade a competência residual (art 25 §1º), ou exorbita das normas gerais (art. 24, § 1º).	Invade a competência exclusiva municipal (art. 30, I)
2. Lei Estadual	Invade a competência exclusiva da União (art. 22), ou exorbita da competência suplementar (art. 24, § 2º), ou	-----	Invade a competência exclusiva municipal Art. 30, I
3. Lei Municipal	Invade a competência exclusiva da União (art. 22)	Invade a competência residual Estadual (art. 25, § 1º), ou a suplementar estadual (art. 30, II)	-----

Ao todo, 9 (nove) tipos possíveis de conflitos, número que permite compreender perfeitamente a complexidade da federação brasileira.

E, restringindo-se aos conflitos União v. Estados-membros (objeto deste trabalho), há 6 (seis) tipos possíveis (cf. Cap. 6.1), e 4 (quatro), quando a lei questionada pertence à matéria ambiental.

Partindo desse esquema, o primeiro e decisivo passo constitui a delimitação, a classificação da matéria. Ou seja, identificar de que assunto trata a legislação objeto de questionamento. Aparentemente, pode parecer simples, mas não o é. E isso porque, embora a doutrina tenha empreendido esforços para identificar determinadas matérias, havendo até algum consenso jurisprudencial em certos assuntos<sup>610</sup>, o fato é que as legislações, diversas vezes, acabam tratando de mais de uma matéria. Ou utilizando-se de mecanismos que *podem* envolver assunto de competência de outros entes federados.

De fato, ainda que o art. 7º, I, da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a

<sup>610</sup> Talvez a legislação penal ambiental constitua um bom exemplo nesse sentido.

consolidação das leis, assevere que “excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto”, observa-se muitas vezes leis tratando de diversos assuntos em um único diploma. Problema esse, oportuna ressaltar, que não é exclusividade da legislação brasileira.

Realizada essa etapa de (1) delimitação da matéria, o próximo passo é determinar se se (1.1) trata de um caso de competência exclusiva, o que, no caso brasileiro, significa verificar se incide uma das hipóteses previstas no art. 22 (competência exclusiva da União), ou o se (1.2) incide o art. 30, I e II (competência exclusiva dos municípios)<sup>611</sup>; ou se é o caso de (1.3) competência concorrente (art. 24). A (1.4) competência residual (art. 25, § 1º) pertence ao Estado-membro, é determinada por exclusão: tudo que não for enumerado da União (art.22), ou do Município (art. 30), ou concorrente (art. 24), poderá ser exercido pelo Estado-membro.

Feita essa delimitação, verifica-se que pode ocorrer um conflito entre uma norma pertencer à competência exclusiva da União (ou Município) ou ao campo de competência concorrente (União, Estados e Municípios). Nesse último aspecto, quanto à legislação municipal, os conflitos reduzem-se pois somente se pode admiti-la como complementação à federal ou estadual. Isso será melhor explicado posteriormente.

Legislar com exclusividade, em princípio, significa legislar sem qualquer margem do exercício dessa atividade pelos outros entes federativos. Quer dizer que o ente federativo pode (não necessariamente deve) esgotar a matéria. É diferente do campo da legislação concorrente prevista na Constituição brasileira, que se assemelha, em certos aspectos, à antiga legislação marco (art. 75) da Lei Fundamental alemã, na qual há um espaço dentro do qual a União pode legislar (“normas gerais”), deixando um campo de atuação aos Estados e Municípios para adequarem-na às peculiaridades locais.

Assim, os principais conflitos poderiam ser resumidos em:

---

<sup>611</sup> A competência dos municípios, na Federação brasileira, encontra-se elencada no art. 30, I a IX. Ocorre que sobre as competências dos incisos III a IX não ocorre maiores dificuldades na sua aplicação, por possuírem natureza bastante específica, não sendo praticamente objeto de conflitos federativos.

(1) conflitos entre casos de competência exclusiva (União ou Municípios) e casos de legislação concorrente (União, Estados-membros e Município);

(2) conflitos no próprio âmbito da legislação concorrente (União, Estados-membros e Municípios).

A delimitação da matéria se mostra fundamental para a resolução do primeiro conflito, visto que, no segundo caso, inexistente discussão quanto à matéria tratar-se de ambiental, ou não, por exemplo. Na primeira situação, pode ocorrer a situação decorrente da transversalidade da competência ambiental (águas, energia, minas), continência de competências; ou então de conexão, quando o comércio exterior, ou interestadual, ou a legislação de importação e exportação podem estar sendo usadas como meio para a proteção ambiental. Doutrina e jurisprudência, na grande maioria dos casos, atualmente restringem-se a proceder à subsunção, utilizando-se dos critérios vistos no cap. 3.2.1.

Em sequência, se realizada a delimitação e verificado tratar-se de um caso de legislação concorrente, como é o da legislação ambiental, o que se analisa é se houve obediência aos limites das “normas gerais” ou não.

#### **4.2.1 Conflitos competência exclusiva vs. concorrente:**

O primeiro passo a ser seguido pelo intérprete na resolução de um conflito competencial, no ordenamento jurídico brasileiro, consiste em selecionar o assunto sobre o qual está tratando o ato normativo objeto de questionamento. Trata de direito ambiental, de comércio exterior ou interestadual, de direito à saúde, enfim? Muitas das vezes, segundo já referido, pode tratar-se de mais de um assunto, situação que torna ainda mais complexo definir exatamente a qual ente federado está atribuída constitucionalmente a competência.

As disposições normativas constitucionais que tratam da distribuição competencial são regras, no conceito majoritariamente adotado pela doutrina. Elas incidem ou não, não são determinações *prima facie*, sujeitas ao cumprimento em

maior ou menor grau. Porém, essas regras possuem conteúdo informado por normas principiológicas, como o princípio federativo e, também, os direitos fundamentais subjacentes aos assuntos dos quais estão tratando.

Nesse contexto, é compreensível a utilização de uma terminologia como “categorização” por André Ramos Tavares em sua obra. Afinal, o intérprete possui a complexa tarefa de selecionar qual o assunto, ou quais os assuntos de que trata o ato normativo cuja competência está sendo questionada.

Na primeira etapa do processo para a resolução do conflito federativo, delimitação da matéria objeto da legislação, pode ocorrer uma das seguintes situações: (1) entende-se que o assunto do qual trata a lei pertence à competência exclusiva da União (art. 22); (2) ou se cuida de assunto pertencente à competência exclusiva dos municípios; (3) ou se entende que o assunto pertence ao âmbito da competência concorrential, no qual se abre espaço para outro tipo de conflito. Se não for nenhuma dessas hipóteses, por força do art. 25, § 1º, da Constituição de 1988 (cláusula residual), o tema pertence ao campo competencial do Estado-membro.

Passa-se agora ao estudo dos dois principais tipos competências exclusivas, com o objetivo de verificar qual o entendimento já existente na doutrina e jurisprudência brasileiras sobre o tema.

#### **4.2.1.1 A competência exclusiva da União (art. 22)**

No esquema de repartição competencial adotado pela República Federativa brasileira, a competência legislativa enumerada da União se encontra no art. 22, da Constituição de 1988<sup>612</sup>.

---

612 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; II – *desapropriação*; III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo e guerra; IV - *águas, energia*, informática, telecomunicações e radiodifusão; V - serviço postal; VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais; VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores; VIII - *comércio exterior e interestadual*; IX - *diretrizes da política nacional de transportes*; X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial; XI - *trânsito e transporte*; XII - *jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia*; XIII -

Duas observações, de imediato, podem ser extraídas da leitura desse dispositivo. A (1) primeira é que contém um número significativo de matérias que são abarcados pela competência federal, e que demonstra o excessivo grau de centralização do Estado brasileiro (29 incisos no total). Poucas matérias são reservadas à competência dos municípios, assim como aos Estados-membros. Outras matérias, em menor número, dentre as quais a proteção ao meio ambiente, encontram-se no âmbito da legislação concorrente. A (2) segunda, que caracteriza essa competência, é que embora suscetível de delegação (permitida pelo parágrafo único, mas até hoje não editada lei a respeito), as matérias nele constantes devem ser exercidas com exclusividade pela União.

Com efeito, esse é o entendimento mais razoável que se pode extrair do texto constitucional. A se sustentar que haveria um espaço para complementação por parte dos Estados-membros ou Municípios, não haveria motivo para distingui-las da legislação concorrente. É de se assinalar que quando o constituinte quis que houvesse margem para complementação pelos outros entes federativos, assinalou-as expressamente<sup>613</sup> (*IX – diretrizes da política nacional de transportes; XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares; XXIV - diretrizes e bases da educação nacional; XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios [ . . ]*).

---

nacionalidade, cidadania e naturalização; XIV - *populações indígenas*; XV - emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros; XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões; XVII - organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes; XVIII - sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais; XIX - sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular; XX - sistemas de consórcios e sorteios; XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares; XXII - competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais; XXIII - seguridade social; XXIV - diretrizes e bases da educação nacional; XXV - registros públicos; XXVI - *atividades nucleares de qualquer natureza*; XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; XXVIII - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional; XXIX - propaganda comercial. Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo. [sem grifos no original]

<sup>613</sup> Nesse sentido, também, Fernanda Dias Menezes de Almeida, ao comentar o art. 22, IX. In CANOTILHO, J. J. Gomes [et al.]. *Comentários à Constituição do Brasil*. Ed. Saraiva/Almedina. São Paulo: 2013. p. 740

A União legislar privativamente, com exclusividade, portanto, como refere o art. 22, significa em sua plenitude, dotando-a de uma uniformidade mais abrangente, de modo que inexistente espaço para adaptação a peculiaridades locais.

Isso reforça a adoção da doutrina espanhola a respeito da transversalidade da competência ambiental, e afasta critérios que preveem uma margem de abertura. O outro entendimento, por sua vez, não se mostra razoável por promover excessiva centralização competencial. No cap. 6 se discutirá mais profundamente.

Para os objetivos deste trabalho, é mais do que suficiente analisar, ainda que brevemente, aquelas matérias dispostas no art.22 que mais significativamente provocam conflitos com a proteção ao meio ambiente.

Embora se observe frequentemente, na jurisprudência, que os intérpretes não realizam uma análise mais aprofundada para determinar a que matéria se referem os atos normativos questionados, há doutrina e jurisprudência acerca do significado de certas matérias. Obviamente, não necessariamente isenta de questionamentos, mas sem dúvida um começo para argumentar-se com nível de fundamentação mais adequado que o comumente observado em muitas decisões do Supremo Tribunal Federal.

No primeiro inciso do art. 22, as matérias referentes ao direito civil, comercial, penal, agrário e marítimo são as que mais se destacam na intersecção com a proteção ambiental.

Por direito civil, entende José Afonso da Silva que <sup>614</sup> :

Trata-se do principal ramo do direito privado, destinado a regular as relações civis entre as pessoas. Nasceu como disciplina das relações de família e de propriedade. O domínio científico do direito civil brasileiro abrange uma Parte Geral sobre as pessoas, bens e atos e fatos jurídicos e uma Parte Especial que compreende o chamado “direito das obrigações”, o direito das coisas (posse, propriedade etc) (v. art. 5º, XII e XIII), o direito de família (v. art. 226) e o direito das sucessões (v. art. 5º, XXX).<sup>615</sup>

<sup>614</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9ª edição. Malheiros Editores. São Paulo: 2014.p. 268

<sup>615</sup> “Normas que cuidam dos institutos da posse, da aquisição de propriedade por decurso do tempo (prescrição aquisitiva) e de títulos legitimadores de propriedade são de direito civil, da competência legislativa da União. CF, art. 22, I.” (ADI 3.438, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 19-12-2005, Plenário, DJ de 17-2-2006.) in A Constituição e o Supremo [recurso eletrônico] / Supremo



No primeiro inciso do art. 22, as matérias referentes ao direito comercial são assim especificadas pelo mesmo autor

Direito Comercial. É outro importante ramo do direito privado. Hoje fragmentado em diversos diplomas legais, com uma parte integrando o Código Civil de 2002, como direito de empresa (arts. 996 a 1195), numa tentativa, a meu ver frustrada, de unificar o direito privado. Compõe-se de normas reguladoras das relações de comércio entre os homens. Disciplina, pois, a atividade profissional mediadora entre a produção e o consumo de bens – o que vale dizer: regula a atividade promotora da circulação de mercadorias. Seu domínio científico abrange o regime jurídico dos atos de comércio, o estatuto do comerciante e seu regime profissional, o direito das empresas e sociedades comerciais. Os comercialistas incluem também o direito de propriedade literária, científica e artística: direito do autor, assim como os direitos relativos à propriedade industrial (v. arts. 5º, XVII, XXI, XXVII, XXIX e 170 e ss.), a disciplina dos títulos de crédito (hoje no CC/2002, arts. 887 a 965), o chamado ‘direito falimentar’.<sup>616</sup>

No que diz respeito ao direito penal<sup>617</sup>, sem dúvida um dos temas mais caros ao ordenamento constitucional e legislativo (em termos ambientais, a lei de referência é a Lei nº 9.605/98), tem-se que é o ramo “que regula a atuação estatal no combate ao crime, definindo fatos puníveis e as respectivas sanções. Porque regula atuação do Poder Público, é concebido como um ramo do direito público.”<sup>618</sup>

Como explica Pinto Ferreira:

Por toda a parte há medidas que o Estado executa a fim de proteger os valores da sociedade. O indivíduo poderá ferir tais valores, violá-los, desrespeitar a segurança, a liberdade, a vida, a propriedade e a honra das famílias, porém o Estado tem interesse em proteger tais valores, punindo as pessoas que violam essas normas., daí justificar-se a necessidade do direito penal, que o Prof. Maggiore assim entende: “O Direito Penal se pode definir de modo duplo: a parte objetiva (normativa) e a

---

Tribunal Federal. – 4. ed. – Brasília : Secretaria de Documentação, 2011. Modo de acesso: World Wide Web : . A Constituição e o Supremo. p. 712

<sup>616</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9ª edição. Malheiros Editores. São Paulo: 2014.p. 268

<sup>617</sup> Pontes de Miranda entende que “quando a Constituição fala em direito penal, entende-se o direito penal e o seu respectivo sobredireito: direito intertemporal do direito penal, fontes e direito hermenêutico do direito penal, direito penal internacional.” In PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969*. Tomo II. 3ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro: 1987. . p. 58

<sup>618</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9ª edição. Malheiros Editores. São Paulo: 2014.p. 269

parte subjetiva (ciência). Direito Penal é, pois, o sistema de normas jurídicas, em razão das quais se submete o autor do crime (réu) a uma perda ou diminuição de direitos pessoais (pena). Direito Penal é o sistema dos conhecimentos científicos relativos ao crime e à pena”. Outra definição a que se pode aqui aludir é a de Mezger, em *Strafrecht, ein Lehrbuch*. “Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que regulam o exercício do poder punitivo do Estado, ligando o delito como pressuposto à pena, como consequência jurídica dele . Deve-se, também, considerar como Direito Penal o conjunto de normas jurídicas que, em conexão com o próprio Direito Penal, associam ao delito, como pressuposto, outras consequências de índole diversa da pena, sobretudo as medidas preventivas.”<sup>619</sup>

O direito agrário, por sua vez, é o ramo que disciplina as relações da vida do campo. “Tomou grande impulso entre nós com o Estatuto da Terra, que procurou disciplinar as relações de propriedade rural, incluindo normas de política agrária e de reforma agrária. Tem base constitucional nos arts. 184 a 191 da CF.”<sup>620</sup>

O direito marítimo, por sua vez, “sempre se teve como um sub-ramo do direito comercial, enquanto constituía a segunda parte do Código Comercial, sob o título de “Comércio Marítimo”.<sup>621</sup>

Já a desapropriação é “o instituto pelo qual o Poder Público transfere a propriedade privada (especialmente) para o patrimônio público da entidade desapropriante”.<sup>622</sup> É regulada por diversas leis, sendo as mais importantes o Decreto-Lei nº 3.365/41 e a Lei 4.132/1962.<sup>623</sup>

Outro aspecto a ser comentado refere-se à água e energia. Sobre a água, tem-se que:

---

619 FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. Vol. 2. Ed. Saraiva. São Paulo: 1990. p. 9-10

620 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9ª edição. Malheiros Editores. São Paulo: 2014.p. 269.

621 Idem, p. 269.

622 Idem, ibidem

623 Assim também Pinto Ferreira, para quem “A desapropriação pode ser entendida como o ato pelo qual a autoridade ordena a transferência da propriedade individual para outra pessoa, tendo em vista o interesse da comunidade, mediante indenização e de acordo com aqueles casos taxativamente previstos na legislação”. In FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. Vol. 2. Ed. Saraiva. São Paulo: 1990. p. 21. “É inconstitucional, por invadir a competência legislativa da União e violar o princípio da separação dos poderes, norma distrital que submeta as desapropriações, no âmbito do Distrito Federal, à aprovação prévia da Câmara Legislativa do Distrito Federal.” (ADI 969, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 27-9-2006, Plenário, DJ de 20-10-2006.) in A Constituição e o Supremo. 4ª Edição. Brasília: 2011. p. 715

Água, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão. A outorga de competência à União para legislar sobre água visa a dar uniformidade de tratamento à matéria, assim como à defesa dos recursos hídricos em nível nacional. A água é uma substância abundante, mas tende a escassear com o mau uso e a depredação. Bem insuscetível de apreensão privada, por ser indispensável à vida, é livre para o consumo humano, animal e para fins agrícolas e industriais, mas não é livre para ser conspurcada sua qualidade essencial, sua pureza, indispensável ao consumo[ . ]É abundante a legislação federal sobre água, hoje: Código de Águas (Decreto 24.643/1934); Código de Águas Minerais (Decreto-lei 7.841/1945 e Decreto 78.171/1976); Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/1997); Padrão de Potabilidade de Água (Decreto 79.367/1977); Classificação de Água conforme seu Uso (Portaria 13/1976 do então Ministério do Interior); Classificação das Águas Doces, Salobras e Salinas (Resolução CONAMA – 20/1986).<sup>624</sup>

Quanto à energia, ressalte-se que “as Constituições anteriores particularizavam ‘energia elétrica’. A vigente deixou o conceito em toda a sua extensão, o que envolve energia elétrica, térmica, nuclear e qualquer outra, que são serviços públicos federais (art. 21, XXI, “b”, e XXIII).”<sup>625</sup>

Sobre comércio exterior e interestadual<sup>626</sup> (assunto em que ocorrem significativos conflitos federativos com a matéria ambiental), é necessário ressaltar que, além de ser um dos principais motivos por que originariamente se conceberam as federações<sup>627</sup>, a doutrina há muito sedimentou entendimento sobre o tema.

Nesse sentido, Pontes de Miranda, ao comentar a Constituição de 1967/69, já explicava que:

a) O comércio exterior compreende: a) o comércio de exportação, pelo qual se exportam produtos ou mercadorias, que se acham no Brasil, quer de origem nacional, quer provindos de outros Estados, para o estrangeiro; b) o comércio de importação, que consiste na aquisição de

<sup>624</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9ª edição. Malheiros Editores. São Paulo: 2014. p. 271

<sup>625</sup> Idem, *ibidem*

<sup>626</sup> Nesse ponto, ADI 2.866 e ADI 3.001, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 12-5-2010, Plenário, DJE de 6-8-2010, sobre lei estadual proibindo escoamento de sal marinho não beneficiado para outras unidades da federação. E ADI 2.832, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 7-5-2008, Plenário, DJE de 20-6-2008. in *A Constituição e o Supremo*. 4ª Edição. Brasília: 2011. p. 719

<sup>627</sup> “Desde Marshall em *Gibbons v. Ogden*, decidiu-se que o poder de regular o comércio implica acessoriamente o poder de controlar quaisquer instrumentos de comércio [ . . . ] O poder de regular o comércio exterior e interestadual é atribuição do Estado central; mas, quando o comércio é intra-estadual, a legislação compete à unidade local, isto é, a legislação é local.” in FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. Vol. 2. Ed. Saraiva. São Paulo: 1990. p. 43 e 47.

produtos ou mercadorias de fora do Brasil; c) o comércio de trânsito, que corresponde à parte percorrida no Brasil pelos produtos ou mercadorias vindos de portos estrangeiros, e a caminho de portos estrangeiros, ainda que só sejam baldeados ou temporariamente recolhidos a entrepostos[ . . . ]

b) Interestadual esta aí por entre os Estados-membros (ou Territórios) ou qualquer deles e o Distrito Federal. O legislador constituinte de 1891 viu os perigos da pluralidade legislativa em matéria de relações comerciais entre pessoas de Estados-membros diferentes ou de qualquer dos Estados-membros e do Distrito Federal (ainda não possuíamos a figura constitucional dos Territórios), mas a experiência revelou que o texto não fora bem claro, nem se atendera a que o sistema de impostos fraudava a competência da União. JOÃO BARBALHO, no comentário ao inciso 5º, já escrevia: “A regulamentação do comércio interestadual não poderia ficar na esfera privativa de cada um dos Estados, pois não é assunto exclusivamente de seu peculiar interesse, e a eles cometida traria perigo e dano para o interesse geral, além de que indireta, mas poderosamente, influiria, de modo também nocivo, sobre o comércio exterior. A Constituição sabiamente arredou do seu plano esse obstáculo à união dos Estados, essa fonte de discórdias e conflitos entre eles, essa origem de males, que em resultado trariam o esfacelamento da federação [ . . . ]”<sup>628</sup>

Assinala-se, assim, que “comércio exterior compreende as operações mercantis de importação de produtos estrangeiros e a exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados”<sup>629</sup>, bem como as “operações conexas, tais como royalties, frete, seguros e o mais que diz respeito ao balanço de pagamento.”

<sup>630</sup>.

De maneira similar, comércio interestadual refere-se ao intercâmbio de bens entre os Estados, cuja competência é atribuída à União para justamente poder melhor solucionar e prevenir conflitos entre os Estados-membros.

Já no relacionado às diretrizes nacionais de transportes, pode-se asseverar que<sup>631</sup>:

[ . . . ]Legislar sobre diretrizes é o mesmo que estabelecer normas gerais sobre a matéria, com a possibilidade de Estados poderem dispor também sobre ela. Nesses termos, a questão deveria ter figurado no art. 24,

<sup>628</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969*. Tomo II. 3ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro: 1987.. p. 104-5

<sup>629</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9ª edição. Malheiros Editores. São Paulo: 2014. p. 271

<sup>630</sup> Idem, ibidem.

<sup>631</sup> “Trânsito: idade mínima para habilitação a conduzir veículo automotor: matéria de competência privativa da União: inconstitucionalidade de legislação estadual a respeito.” (ADI 476, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 18-2-1999, Plenário, DJ de 9-4-1999.). in *A Constituição e o Supremo*. 4ª Edição. Brasília: 2011. p. 719

que trata de competência concorrente. “Transporte” está em termos abrangentes de qualquer objeto transportável: pessoas, coisas, mercadorias; assim como qualquer meio de transporte: rodoviário, ferroviário, aeroviário, fluvial, marítimo.<sup>632</sup>

Quanto à legislação de portos, navegação, enfim, digno de nota é que a respeito destes a competência legislativa da União na matéria foi exercida por meio da Lei 8.630/93, “que dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, cujos arts. 75 e 76 revogaram expressamente toda a legislação anterior.”<sup>633</sup>

Outro dispositivo que comumente causa discussões com a proteção ambiental (sobretudo na questão dos agrotóxicos e do asbesto) é a atribuição à União para legislar sobre trânsito e transporte.

José Afonso da Silva, em seu *Comentário Contextual à Constituição*, diz que:

Trânsito e Transporte. Sobre o trânsito vigora a Lei 9.503/1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, para o qual “trânsito” consiste na utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga e descarga (art. 1º, § 1º). E aqui, nesse final, temos uma conexão entre o trânsito e o transporte, pois carga e descarga são, respectivamente, os atos iniciais e finais da ação de transportar, que consiste em conduzir mercadorias ou pessoas, de um ponto a outro, na via terrestre, aquática ou aérea. A disciplina do trânsito tem por objetivo possibilitar melhores condições de transporte. O inciso dá à União competência para legislar sobre ambos como serviços públicos. Contudo, o transporte coletivo é de competência municipal (art. 30, V).<sup>634</sup>

Um problema surge em relação ao transporte coletivo urbano. A doutrina entende tradicionalmente inscrever-se no núcleo das matérias consideradas de interesse local, portanto, de competência municipal. Alguns autores dizem tratar-se

632 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9ª edição. Malheiros Editores. São Paulo: 2014. p. 271-2

633 Idem, p. 272

634 Idem, p. 272-3. No STF, ver por exemplo “Competência legislativa exclusiva da União. (...) É inconstitucional a lei distrital ou estadual que comine penalidades a quem seja flagrado em estado de embriaguez na condução de veículo automotor.” (ADI 3.269, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 1º-8-2011, Plenário, DJE de 22-9-2011.) No mesmo sentido: ADI 2.796, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 16-11-2005, Plenário, DJ de 16-12-2005. Outros exemplos: ADI 3.055, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 24-11-2005, Plenário, DJ de 3-2-2006; ADI 3.254, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 16-11-2005, Plenário, DJ de 2-12-2005; ADI 2.718, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 6-4-2005, Plenário, DJ de 24-6-2005

de exceção aberta pela própria Constituição a esse dispositivo, cujo fundamento se encontra no art. 30, V <sup>635</sup>. Não se verifica maiores problemas à sistemática adotada, já que essa exceção foi constitucionalmente estabelecida. Continua inalterada a interpretação que confere exclusividade de tratamento à União do tema legislativo dos transportes, salvo essa exceção que atribuiu competência expressa ao município em termos de transporte coletivo urbano, nos limites do município.<sup>636</sup>

Ponto sempre cercado de polêmica, e em conexão estrita com o meio ambiente, é a exploração de jazidas, minas e outros recursos minerais.

Nesse aspecto tem-se que:

Jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia. Essa regra contextualiza-se com o conteúdo do art. 176. Essa competência da União já foi exercida. Primeiro foi o Código de Minas (Decreto-lei 1.985/1940), que foi substituído pelo Código de Mineração (Decreto-Lei 227/1967), que dá competência à União para administrar os recursos minerais, a indústria de produção mineral e a distribuição, o comércio e o consumo de produtos minerais. Jazida é toda massa individualizada de substância mineral ou fóssil, aflorada à superfície ou existente no interior da terra, e que tenha valor econômico. Mina é a jazida em lavra. Lavra é o conjunto de operações necessárias à extração industrial de substâncias minerais. Metalurgia é o conjunto de tratamento físico e químico a que se submetem os minerais para se extraírem os metais, devidamente purificados e beneficiados (Aurélio).<sup>637</sup>

Por derradeiro, mas também pontos de confluência com a legislação ambiental, encontra-se o tema das populações indígenas e as atividades nucleares. Quanto ao primeiro, ressalta a doutrina que:

Populações indígenas. Os comentários aos arts. 231 e 232 desenvolvem considerações aprofundadas sobre os índios. Empregando o

<sup>635</sup> Art.30. Compete ao Município: [...]V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial

<sup>636</sup> “Os Estados -membros são competentes para explorar e regulamentar a prestação de serviços de transporte intermunicipal. (...) A prestação de transporte urbano, consubstanciando serviço público de interesse local, é matéria albergada pela competência legislativa dos Municípios, não cabendo aos Estados -membros dispor a seu respeito.” (ADI 2.349, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 31-8-2005, Plenário, DJ de 14-10-2005.) No mesmo sentido: ADI 845, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 22-11-2007, Plenário, DJE de 7-3-2008; RE 549.549-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 25-11-2008, Segunda Turma, DJE de 19-12-2008.

<sup>637</sup>SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9ª edição. Malheiros Editores. São Paulo: 2014. p. 273

plural – ‘populações indígenas’ -, a Constituição parece querer referir cada um dos grupos étnicos de índios existentes no território brasileiro. Hoje existem 180 desses grupos, com línguas e dialetos diferentes, que são os remanescentes de milhões de índios da época da descoberta, em 1500. A competência para legislar sobre as populações indígenas foi exercida pela elaboração da Lei 6.001, de 19.12.1973, que dispõe sobre o Estatuto do índio.<sup>638</sup>

Já quanto às atividades nucleares<sup>639</sup>, aquele “trabalho do homem aplicado ao núcleo do átomo e à energia que dele provém pela fissão ou fusão”<sup>640</sup> - caso expresso de responsabilização pelo risco integral, independentemente de culpa (art. 21, XXIII, ‘d’, da CF/88), entende a doutrina que:

Atividades nucleares de qualquer natureza. A competência legislativa privativa da União aqui estabelecida está coerente com o disposto no art. 21, XXIII, onde se reconhece a ela competência para explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza, assim como o exercício do monopólio estatal sobre pesquisa, lavra, enriquecimento e reprocessamento, industrialização e comércio de minérios nucleares e seus derivados – atividades, essas, admitidas só para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional. Se assim é, a rigor, sequer se precisava de norma expressa estabelecendo a competência federal para legislar sobre o assunto. Contudo, foi bom explicitá-lo.<sup>641</sup>

A modo de conclusão, a exposição dos assuntos de que trata a legislação privativa da União, especificamente naqueles pontos que mais comumente conflitam com a legislação ambiental (concorrente), teve por objetivo auxiliar o intérprete na

<sup>638</sup>SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9ª edição. Malheiros Editores. São Paulo: 2014. p. 273

<sup>639</sup> No STF, ver Energia nuclear. Arguição de inconstitucionalidade de preceito de Constituição estadual, que subordina a construção, no respectivo território, de instalações industriais para produção de energia nuclear à autorização da Assembleia Legislativa, ratificada por plebiscito. Alegação de ofensa à competência privativa da União (CF, art. 21, XXIII). Mantida a competência exclusiva da União para legislar sobre atividades nucleares de qualquer natureza (CF, art. 22, XXVI), aplicáveis ao caso os precedentes da Corte produzidos sob a égide da CF de 1967. Ao estabelecer a prévia aprovação da Assembleia Legislativa estadual, ratificada por plebiscito, como requisito para a implantação de instalações industriais para produção de energia nuclear no Estado, invade a Constituição catarinense a competência legislativa privativa da União.” (ADI 329, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 1º-4-2004, Plenário, DJ de 28-5-2004.) No mesmo sentido: ADI 1.575, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 7-4-2010, Plenário, DJE de 11-6-2010. in A Constituição e o Supremo. 4ª Edição. Brasília: 2011. p. 730. Ainda Rep nº 1130-5/RS, Rel. Min Néri da Silveira. 26.09.84, unânime.

<sup>640</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. vol. 3. Editora Forense Universitária. Rio de Janeiro: 1990. p.1605

<sup>641</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9ª edição. Malheiros Editores. São Paulo: 2014.p. 275

delimitação das matérias que estão sob análise. A importante e imprescindível tarefa de delimitação da matéria possui alguns dados sedimentados, tanto na doutrina (os manuais de Direito Constitucional brasileiro possuem amplos comentários a respeito) quanto na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e isso pode ser utilizado na interpretação constitucional.

Ao decidir que o ato normativo questionado, mais exatamente, o assunto de que trata esse ato normativo encontra-se em uma das hipóteses previstas no art. 22, se (1) for uma lei editada pela União, inexistente qualquer mácula de inconstitucionalidade; (2) em se tratando de leis estaduais (distritais) ou municipais, por se tratar de competência privativa da União, para a qual não há espaço para atendimento das peculiaridades locais, a declaração de inconstitucionalidade formal é medida que se impõe.

O problema é que, na grande maioria das situações, inexistente essa certeza.

É fundamental lembrar que um dos objetivos deste trabalho é investigar a viabilidade de utilização de critérios que possibilitem a resolução dos conflitos federativos competenciais, oportunizando a descentralização e a eventual adoção de níveis adicionais de proteção. Repise-se, após uma reformulação das perguntas e da concepção de alguns conceitos empregados. Isso significa, assim, que, havendo entendimento consolidado sobre a delimitação de determinadas matérias, bem como à titularidade da competência ao qual pertencem, deve-se respeitar essa jurisprudência acerca da decisão do constituinte originário.

As palavras-chave são “possibilidade” e “oportunizar”. A descentralização, acredita-se, é um caminho fundamental e imprescindível para que se possa ter uma proteção ambiental mais efetiva. Contudo, não deve ser realizada a qualquer preço, tampouco recorrendo-se a presunções, justamente o que se combate no quadro atual da jurisprudência federativa brasileira.

Ocorre que, como já mencionado, a maioria dos conflitos encerram dúvidas, e não possuem interpretações expressas a respeito.



#### 4.2.1.2 A competência exclusiva (complementar) dos municípios: art. 30, I e II.

Nesse ponto, encontra-se um aspecto bastante complexo do federalismo brasileiro.

A competência dos municípios encontra-se disposta no art. 30, da Constituição de 1988<sup>642</sup>.

Trata-se de uma competência enumerada<sup>643</sup>, sendo que os incisos III a IX do art. 30 não apresentam maiores questionamentos. Rápida leitura permite concluir que esses dispositivos possuem densidade normativa suficiente para serem aplicados sem maiores discussões, o que pode ser comprovado pela ausência de discussão nos tribunais nacionais sobre esses itens.

O mesmo não acontece com os dispositivos dos incisos I e II. do art. 30, competência com elevado grau de indeterminação normativa (*“Art. 30. Compete aos*

---

642 Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

643 “Afastando-se, em parte, da técnica tradicional, a Constituição de 1988 não se limitou a demarcar a área das competências municipais circunscrevendo-as a categoria genérica dos assuntos concernentes ao peculiar interesse do Município. Foi mantida, sim, uma área de competências privativas não enumeradas, à medida que os Municípios legislarão sobre os assuntos de interesse local (art 30, I). Mas o constituinte optou – e aqui está a diferença em relação à técnica anterior – por discriminar certas competências municipais exclusivas em alguns dos incisos do art. 30 de em outros dispositivos constitucionais. Destarte, pode-se dizer das competências reservadas dos Municípios, que parte delas foi enumerada e outra parte correspondente a competências implícitas, para cuja identificação o vetor será sempre o interesse local.” In Afastando-se, em parte, da técnica tradicional, a Constituição de 1988 não se limitou a demarcar a área das competências municipais circunscrevendo-as a categoria genérica dos assuntos concernentes ao peculiar interesse do Município. Foi mantida, sim, uma área de competências privativas não enumeradas, à medida que os Municípios legislarão sobre os assuntos de interesse local (art 30, I). Mas o constituinte optou – e aqui está a diferença em relação à técnica anterior – por discriminar certas competências municipais exclusivas em alguns dos incisos do art. 30 de em outros dispositivos constitucionais. Destarte, pode-se dizer das competências reservadas dos Municípios, que parte delas foi enumerada e outra parte correspondente a competências implícitas, para cuja identificação o vetor será sempre o interesse local.” In ALMEIDA, Fernanda Dias. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 122

*Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;*”).

Examine-se, inicialmente, o inciso II. Compete aos municípios suplementar a legislação “*federal e estadual, no que couber*”. De qual legislação se está a falar, contudo? Certamente não se trata da legislação privativa da União (art. 22), sobre a qual o constituinte originário entendeu que deveria ser tratada com exclusividade, impondo-se uma uniformidade de tratamento de âmbito nacional<sup>644</sup>. A interpretação mais razoável sustenta que se refere às matérias constantes do art. 24 (competência concorrente).

De fato, de acordo com Celso Bastos

Feita a análise da competência concorrente podemos concluir que é dentro das matérias arroladas no art. 24 que poderá haver atividade supletiva do município. É ainda indispensável que a matéria tenha uma especial pertinência com o nível municipal, é dizer, não cabe pretender suplementar normas que nada tenham a ver com o município. Dito em outras palavras, não pode a atividade supletiva incursionar por leis cujos interesses sejam manifestamente das alçadas federal ou estadual. Podemos dar como exemplo o dispor sobre juntas comerciais, custas dos serviços forenses, organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.<sup>645</sup>

Aqui a discussão se concentra num aspecto de menor importância, extraído da literalidade do *caput* do art. 24. Com efeito, embora mencione que “*competete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre*”, ou seja, inexistente menção ao município, uma interpretação sistemática forçosamente há de incluí-lo nesse dispositivo, principalmente pela redação do art. 1º e 18, da

---

<sup>644</sup> Exceto, como já referido anteriormente, aquelas hipóteses dos incisos IX, XXI, XXIV e XXVII, que se pode denominar de competência impropriamente exclusiva, já que na medida em que a União está restrita às “normas gerais”, abre-se espaço para complementação pelos outros entes federados.

<sup>645</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo. Saraiva: 1998. p. 227-8. Entende também que “Feita a análise da competência concorrente podemos concluir que é dentro das matérias arroladas no art. 24 que poderá haver atividade supletiva do município. É ainda indispensável que a matéria tenha uma especial pertinência com o nível municipal, é dizer, não cabe pretender suplementar normas que nada tenham a ver com o município. Dito em outras palavras, não pode a atividade supletiva incursionar por leis cujos interesses sejam manifestamente das alçadas federal ou estadual. Podemos dar como exemplo o dispor sobre juntas comerciais, custas dos serviços forenses, organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

Constituição.<sup>646</sup> Com efeito, a federação é composta de União, Estados-membros e Municípios, todos autônomos entre si. Assim, o município pode tanto complementar a legislação federal de “normas gerais”, como a legislação estadual que complementa essa mesma legislação, adaptando-a às peculiaridades locais, aos assuntos de interesse local.

Nesse ponto já se adentra na problemática questão do inciso I do art. 30. Compete aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local. Muito já se discutiu na doutrina e jurisprudência, desde a Constituição de 1891, sobre o que seriam assuntos de interesse local.

O que é, contudo, o “interesse local”?

No histórico constitucional brasileiro, o art. 68 da Constituição de 1891 foi o primeiro a prever a expressão que deu origem ao atual do texto constitucional: “os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.”

Posteriormente todas as outras constituições brasileiras assim o repetiram, embora se questionasse a efetividade desse dispositivo<sup>647</sup>:

Em todos esses casos verifica-se uma vinculação estrita do peculiar interesse com o princípio constitucional da autonomia municipal, núcleo mesmo da Federação. São os pilares do auto-organização, autogoverno e autoadministração<sup>648</sup>

<sup>646</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: e Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

<sup>647</sup> Constituição de 1934, art. 13 (“Os Municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse; e especialmente”); Constituição de 1937, art. 26 (“Os Municípios serão organizados de forma a ser-lhes assegurada autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e, especialmente”); Constituição de 1946, art. 28 (“A autonomia dos Municípios será assegurada: [. . .]II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente, a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas; b) à organização dos serviços públicos locais”); Constituição de 1967/69, art. 15 (“A autonomia municipal será assegurada: [. . .] II - pela administração própria, no que respeite ao seu peculiar interesse, especialmente quanto: a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação de suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; e b) à organização dos serviços públicos locais.”)

<sup>648</sup> Respectivamente, auto-organização concebida como o poder de cada ente federativo elaborar sua própria Constituição e dispor sobre o mecanismo de seus órgãos de ação política; autogoverno, que garante ao povo o direito de escolha de seus dirigentes, por meio de eleições, e de editar, por seus representantes, as leis reguladoras da gestão da coisa pública, no âmbito de

O que se entende por *peculiar interesse*? A doutrina brasileira tentou responder a essa pergunta da seguinte maneira:

*Peculiar interesse* não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos municípios. Se se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que o não seja reflexamente da União e do Estado-membro, como também não há interesse regional ou nacional, que não ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação Brasileira, através dos Estados a que pertencem. O que define e caracteriza o “peculiar interesse”, inscrito como dogma constitucional, é a *predominância* do interesse do Município sobre o do Estado ou da União <sup>649</sup>

Para Celso Ribeiro Bastos, interesses locais são os “que entendem imediatamente com as suas necessidades imediatas, e, indiretamente, em maior ou menor repercussão, com as necessidades gerais”. <sup>650</sup>

Nesse contexto, em que se consolidou um entendimento acerca da cláusula “peculiar interesse”, no sentido de se tratar daqueles interesses predominantemente locais, que se circunscrevem aos limites do município, teria havido alguma alteração substancial no texto constitucional de 1988 ao preferir-se a expressão “assuntos de interesse local.”?

---

seus poderes; autoadministração, capacidade assegurada aos Estados de possuir administração própria, ou seja, a faculdade de dar execução própria às leis vigentes e de buscar realizar o bem-comum. (BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Brasileiro: o problema da Federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 23)

<sup>649</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 4ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981. p. 86. No mesmo sentido, Sampaio Dória: “o entrelaçamento dos interesses dos municípios com os interesses dos Estados, e com os interesses da Nação, decorre da natureza mesma das coisas. O que os diferencia é a predominância, e não a exclusividade.” (SAMPAIO DORIA. *Autonomia dos Municípios*. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, XXIV/419). Na mesma linha, Francisco Campos, para quem “o governo municipal tem, com efeito, por limite territorial as fronteiras que são traçadas ao município pela lei estadual da sua constituição. Na competência do município só se acham compreendidas as matérias do seu peculiar interesse, e somente quanto aos seus interesses peculiares é que lhe é garantido um governo próprio ou peculiar. Não lhe cabe, portanto, regular senão os seus interesses próprios, e além dos seus limites territoriais não se estende a autoridade do seu governo. Autoridade local, destinada a regular, gerir ou administrar negócios puramente locais, não se pode atribuir ao governo municipal a faculdade de regular ou administrar negócios estranhos à sua economia, ou negócios que lhe são comuns com outros municípios, ou negócios intermunicipais, que não somente a ele como a outros municípios interessam, tocam, e se referem.” in CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. v. I. São Paulo: 1956, Liv. Freitas Bastos. p. 376-7

<sup>650</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo, : Saraiva, 1998. p. 311

Segundo Celso Ribeiro Bastos, esse sentido continua inalterado.<sup>651</sup>

Assim sendo, o que define o peculiar interesse, ou o interesse local, é a predominância do interesse municipal. E, em que pese alguns autores sustentem ter havido mudança substancial na alteração da expressão na atual ordem constitucional<sup>652</sup>, a interpretação mais adequada é de que a mudança não provocou alteração no espírito da Constituição.<sup>653</sup>

A rigor, nada mais é do que uma especificidade do princípio da predominância do interesse<sup>654</sup>, que, como já referido, não consegue resolver os conflitos normativos competenciais que se apresentam.<sup>655</sup> Acaba-se recorrendo a presunções.

Na jurisprudência, por exemplo, consolidou-se o entendimento de que o horário de funcionamento do comércio local (lojas, shopping centers, etc.) poderá ser fixado pelo próprio município (Súmula 645 do STF). Da mesma forma, a fixação de horário de funcionamento de farmácias e drogarias<sup>656</sup>, por tratar-se de interesse

651 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo, : Saraiva, 1998. p. 224

652 Nesse sentido, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v.1. p. 218.

653 Assim também ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 99. e KRELL, Andreas Joachim. *O Município no Brasil e na Alemanha: direito e administração pública comparados*. São Paulo: Oficina Municipal. 2003. p. 146

654 “O antigo critério da predominância não é suficiente para uma definição moderna da competência legislativa dos municípios. A jurisprudência bem como a doutrina ainda não desenvolveram critérios firmes para a delimitação da autonomia municipal legislativa”. In KRELL, Andreas J. *Autonomia Municipal e Proteção Ambiental: Critérios para Definição das Competências Legislativas e das Políticas Locais*. p. 196

655 Sobre esse tema, Martônio Lima esclarece que: “entendeu a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que a competência a que se referem os incisos I e II do art. 30 da Constituição Federal traduzem o sentido de que, neste âmbito, a atividade legislativa municipal submete-se aos ditames das leis orgânicas municipais, que por sua vez acham-se submetidas às Constituições Federal e Estadual respectiva. Assim, a espécie normativa municipal não poderá ir aonde não foram legislação federal, estadual, no limite de suas competências. Este foi o entendimento no Recurso Extraordinário n. 313060/SP, Relª. Minª. Ellen Gracie Northfleet (Diário da Justiça de 24 de fevereiro de 2006): “A competência constitucional dos Municípios de legislar sobre assunto de interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição de competências, atribui à União e aos Estados.” Por sua vez, a doutrina tem sempre lembrado a predominância do interesse local a ser realizado, em caráter de exclusividade, como o elemento identificador da suplementariedade legislativa mencionada pela Constituição Federal (cf. CLARK, Giovani. *O Município em face do direito econômico*, p. 96 e s.). É de se reconhecer que mesmo a expedição dessa diretiva por parte do STF não elide todas as possibilidades de conflitos de competência, decorrentes da complexidade dos mais de seis mil Municípios brasileiros, espalhados por um vasto território, de tão diversas características de toda ordem. “ in CANOTILHO, J. J Gomes [et al.]. *Comentários à Constituição do Brasil*. Ed. Saraiva/Almedina. São Paulo: 2013. p. 787

656 RE nº 191.013/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 19.09.97, p. 45.549; RE nº 178.034-7/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 27.02.98, p. 18

local de cada município. Diferentemente ocorre com o horário de funcionamento das instituições bancárias, a teor da Súmula nº 19, do Superior Tribunal de Justiça. O que não impede, porém, que se estabeleçam obrigações a essas instituições de melhorias na segurança dos estabelecimentos<sup>657</sup>.

O problema, entendido o que se concebe por interesse local, é sobre que assunto (matéria) o município pode efetivamente tratar no âmbito do interesse local. Esse é o ponto principal da questão.

Como já referido, uma breve análise dos possíveis desdobramentos encaminha em três direções possíveis: (a) sobre os assuntos constantes no âmbito de competência da União, entende-se que a Constituição estipulou que tais matérias devem ser tratadas exhaustivamente pela União, não havendo espaço ou abertura no texto constitucional para que essa legislação possa ser tratada pelos municípios, ainda que no âmbito local<sup>658</sup>; (b) pode que sejam as matérias constantes no art. 24 (competência concorrente), sendo que nesse caso a única leitura possível seria conjugando-o com o art. 30, II, ou seja, complementando a legislação federal e estadual, no que couber, para atender as peculiaridades locais<sup>659</sup>; (c) um *assunto ex novo*, no âmbito do interesse local. Nessa situação poderia eventualmente se ter um conflito com a legislação residual do Estado-membro, que pode ser resolvido por ser a competência municipal enumerada, e, também, por que esta deve necessariamente restringir-se ao interesse local.

A posição mais coerente com esse complexo sistema competencial brasileiro é que o interesse local somente pode complementar a legislação federal (concorrente) e estadual (concorrente ou residual). Ou, como recentemente expressou o STF, *em matéria ambiental, o município é competente para legislar com a União e o Estado-membro no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados*<sup>660</sup>. A Corte também firmou entendimento de que o Município detém

---

657 Cf. Rcl nº 3.436/DF, Rel Min Celso de Mello, Informativo nº 394, p. 8; AgRg no AI 347.717/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ, 5.8.2005

658 Cf. Ag.Reg RE 596.489/RS, Rel. Min Eros Grau, unânime, DJE 20.11.09

659 Nesse sentido, RE 423.560, Rel Min Joaquim Barbosa, 2ª Turma, 29.05.12, DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012

660 Cf. RE 586224/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário, 05.03.15; RE 280.795/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 27.03.07 ; RE 280.867/PR, Rel. Min Celso de Mello, DJ 16.02.06

competência constitucional “*para formular regras e legislar sobre proteção e defesa do meio ambiente, que representa encargo irrenunciável que incide sobre todos e cada um dos entes que integram o Estado Federal brasileiro.*”<sup>661</sup>

Não se esqueça, também, que parte do conteúdo do que seja “interesse local” é determinado pelas Constituições Estaduais e pelas Leis Orgânicas dos Municípios<sup>662</sup>.

E simples leitura dessas Cartas Estaduais permite concluir que:

(1) algumas Constituições dos Estados-membros não abordam o tema das competências municipais (Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, São Paulo, Rondônia, Roraima); e o Distrito Federal não possui municípios (art.32, da Constituição Federal);

(2) a maioria repete os termos do art. 30 da Constituição Federal;

(3) no que se refere ao tema do direito ambiental, destacam-se as : (a) Amapá, art. 17, X<sup>663</sup>; (b) Espírito Santo, art. 28, IX<sup>664</sup>; (c) Minas Gerais, art. 171, II, ‘b’<sup>665</sup> ; (d) Paraná, art. 17, X<sup>666</sup>; (e) Pernambuco, art. 78, XII<sup>667</sup>; (f) Rio Grande do Sul, art. 13, I, V. VI e VII<sup>668</sup>; (g) Sergipe, art. 18, IX<sup>669</sup>.

661 RE 673.681/SP, Rel. Min. Celso de Mello, decisão publicada no Dje de 16.12.2014

662 “Podemos constatar que, hoje, cabe também às Leis Orgânicas Municipais o importante papel de definir as matérias de competência municipal no seu caso concreto, explicitando a expressão vaga, que é o termo *interesse local* do art. 30, I, CF. O conteúdo das Leis Orgânicas serve como indicação pela distribuição das responsabilidades no caso concreto”. In KRELL, Andreas J. *Autonomia Municipal e Proteção Ambiental: Critérios para Definição das Competências Legislativas e das Políticas Locais*. p. 178

663 Art. 17 [ . . ]X - garantir a defesa do meio ambiente e da qualidade de vida, no âmbito de seu território

664 Art. 28 [ . . ]IX – estabelecer incentivos que favoreçam a instalação de indústrias e empresas visando à promoção do seu desenvolvimento, em consonância com os interesses locais e peculiares, respeitada a legislação ambiental e a política de desenvolvimento estadual

665 Art. 171. II – sobre os seguintes assuntos, entre outros, em caráter regulamentar, observadas as peculiaridades dos interesses locais e as “normas gerais” da União e as suplementares do Estado: [ . . ]b) caça, pesca, conservação da natureza e defesa do solo e dos recursos naturais

666 Art. 17. Compete aos Municípios: [ . . ] X - garantir a defesa do meio ambiente e da qualidade de vida

667 Art. 78. [ . . ]XII - implantar a política municipal de proteção e de gestão ambiental, em colaboração com a União e o Estado.

668 Art. 13. É competência do Município, além da prevista na Constituição Federal e ressalvada a do Estado: I - exercer o poder de polícia administrativa nas matérias de interesse local, tais como proteção à saúde, aí incluídas a vigilância e a fiscalização sanitárias, e proteção ao meio ambiente, ao sossego, à higiene e à funcionalidade, bem como dispor sobre as penalidades por infração às leis e regulamentos locais; [ . . ]V - promover a proteção ambiental, preservando os mananciais e coibindo práticas que ponham em risco a função ecológica da fauna e da flora, provoquem a extinção da espécie ou submetam os animais à crueldade; VI - disciplinar a localização, nas áreas urbanas e nas proximidades de culturas agrícolas e mananciais, de substâncias potencialmente perigosas; VII - promover a coleta, o transporte, o tratamento e a destinação final dos resíduos sólidos domiciliares e de limpeza urbana

669 Art. 18. Compete aos Municípios:[. . .]IX - adotar, em cooperação com os órgãos federais e

Desse modo, parte do conteúdo da competência municipal para legislar sobre assuntos de interesse local recai sobre as Constituições Estaduais, e, também, nas próprias leis orgânicas municipais. O tema é bastante complexo, e desborda dos limites desse trabalho. O objetivo aqui foi apenas fornecer um panorama amplo da federação brasileira, demonstrar sua complexidade, além das dificuldades que o tema da resolução dos conflitos competenciais possui no Brasil.

É significativo, no entanto, que das 26 (vinte e seis) Constituições estaduais, somente 7 (sete) tenham se dedicado ao tratamento do tema ambiental também pelos municípios. É relevante, também, e se relaciona com o histórico da luta ambiental no Brasil, que a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul seja uma das mais específicas e detalhadas sobre a matéria.

Esses fatos contribuem para reforçar o entendimento acerca da excessiva centralização e rigidez da federação brasileira, e a necessidade de procurar um entendimento que possibilite maior descentralização - sobretudo aos Estados-membros.

#### **4.2.2 Conflitos no âmbito da competência concorrente**

Realizada a delimitação, e decidido pelo intérprete que a matéria objeto da legislação se encontra no âmbito da legislação concorrente (art. 24), ainda assim pode ocorrer um conflito normativo entre as esferas federativas. De fato, pois cabe à União determinar as “normas gerais”, e aos Estados-membros ou municípios complementá-las, e, em alguns casos, mesmo suplementá-las.

Estabelecer o limite do que sejam essas “normas gerais”, e até que extensão pode a União legislar sobre o tema é um dos grandes problemas do regime competencial federativo brasileiro.

---

estaduais, medidas de proteção ao meio ambiente.



#### 4.2.2.1 Introdução e histórico das “normas gerais”: uma contextualização

No direito constitucional nacional as *normas gerais*<sup>670</sup> são um conceito que se encontra associado ao mecanismo de distribuição de competências entre os entes federativos União e Estados-membros (e Municípios). É uma técnica que procura conciliar interesses regionais e nacionais, no exercício das atribuições constitucionalmente previstas.

Em alguns Estados Federais contemporâneos, além das competências exclusivas, há as concorrentes, quando dois ou mais níveis de governo podem regular a matéria ali disposta, sendo que, em legislando a Federação, automaticamente retira-se a competência dos Estados. A vantagem dessa técnica é conferir, em tese, flexibilidade à Federação, permitindo maior coordenação e cooperação, ainda que se deva atentar para os limites da autonomia política dos entes federados.

Ainda no que se refere às repartições de competências, importante mencionar as competências compartimentadas, como a outrora prevista no art. 75 da Lei Fundamental de Bonn. O *Bund* regula os princípios básicos, deixando o restante para os *Länder* regularem e desenvolverem seus próprios interesses.<sup>671</sup>

No Brasil, as denominadas “normas gerais” encontram similitude no direito comparado: é a *Rahmengesetz*, dos alemães; a *loi de cadre*, dos franceses,<sup>672</sup> podendo ser equiparada, também, à “legislação básica” (art. 149.1.23, da Constituição Espanhola).

No direito brasileiro as “normas gerais” encontram-se no art. 24 da Constituição da República, que, após elencar a matéria sujeita à competência

<sup>670</sup> Algumas das ideias desenvolvidas neste tópico, referente às “normas gerais”, foram estudadas mais detalhadamente no nosso *Uma Introdução às “normas gerais” como Limitação à Autonomia Política na Constituição de 1988*. Ed Núria Fabris. Porto Alegre: 2013. Para os objetivos desta exposição, aqui se apresenta apenas uma síntese de alguns desses pontos.

<sup>671</sup> No caso alemão, a recente reforma de 2006 revogou a legislação-marco do art. 75.

<sup>672</sup> HORTA, Raul Machado. *A Autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte. 1964. p.54. A *rahmengesetz*, do art. 75 da Lei Fundamental de Bonn, foi revogada pela reforma constitucional alemã de 2006.

concorrente, refere competir à União estabelecer as “normas gerais” neste âmbito (§ 1º), podendo os Estados complementá-las (§ 2º), ou mesmo supri-las em caso de inexistência da lei federal (§ 3º), sendo que neste último caso a superveniência de lei federal sobre “normas gerais” suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Pode-se afirmar que as “normas gerais” no direito constitucional brasileiro inserem-se no contexto misto de competência concorrente-compartmentada, não ficando restritas a um dispositivo constitucional específico (art. 24).<sup>673</sup>

Para os objetivos deste trabalho, entende-se, entretanto, que a existência de outros dispositivos constitucionais esparsos não altera o tratamento da matéria: à União compete fixar os princípios básicos; aos Estados, a complementação e o desenvolvimento de acordo com suas peculiaridades locais.

O caráter misto concorrente-compartmentado, contudo, provoca algumas diferenciações dos modelos federativos tradicionais, na medida em que há (1) inconstitucionalidade da legislação da União que exorbitar do conteúdo básico<sup>674</sup>; (2) inconstitucionalidade por parte do Estado-membro, se sua legislação regulamentar princípios e condições básicas já tratados pela União. Nos Estados federais clássicos, em se tratando de competências concorrentes, ambos são competentes em princípio, não havendo inconstitucionalidade, mas apenas revogação (cláusula de supremacia).

No Brasil, o termo *normas gerais*, de acordo com Rubens Gomes de Souza, remete-a a um acordo político<sup>675</sup> realizado pelo então deputado Aliomar Baleeiro

---

673 No próprio art. 22, IX, XXI, XXIV e XXVII, como já referido, encontram-se “normas gerais” impropriamente colocadas no âmbito da competência privativa da União.

674 Para Paulo Luiz Neto Lobo, “A supremacia federal, no sistema de competência legislativa concorrente da Constituição de 1988, é especialmente delimitada. Não é superior, além dos limites das “normas gerais”, isto é, na definição dos pressupostos. Fixados estes, não pode adentrar-se no campo da competência estadual das normas específicas. Neste último caso, o conflito não se resolverá pela supremacia federal, mas pela inconstitucionalidade.” (LOBO, Paulo Luiz Neto. *Competência legislativa concorrente dos Estados-membros na Constituição de 1988*. Revista de Informação Legislativa ano 26, n. 101 jan/mar 1989. p. 97)

675 Nesse sentido, também, Cláudio Pacheco: “por sua vez o elemento histórico do dispositivo não é suficientemente esclarecedor do alcance que o legislador constitucional quis atribuir à expressão “normas gerais”. Segundo se apura da resenha feita por JOSÉ DUARTE (A Constituição Brasileira de 1946, vol I, pág. 271, 275, 296), a qualificação surgiu como solução de compromisso, aliás necessária porque a amplitude da emenda original, deferindo à União competência legislativa plena sobre direito financeiro, seria inconciliável com a legislação dos Estados e dos Municípios sobre as suas próprias finanças.” (PACHECO, Cláudio. *Tratado das Constituições Brasileiras*. Vol

quando da constituinte de 1946.<sup>676</sup>. Entretanto, embora a expressão *normas gerais* conste somente explicitamente na Constituição de 1946<sup>677</sup>, o fato é que “o problema de caracterizar as 'normas gerais', como chave do deslinde de competências concorrentes limitadas, remonta a 1934, na linha da Constituição alemã de 1919, que criou a modalidade com a atual feição”.<sup>678</sup>

O artigo 5º, XIV, XIX, “c” e “i”, dispõe expressamente sobre “diretrizes”, “normas fundamentais” e “normas gerais”, não havendo dúvida de que a Constituição de 1934 foi onde surgiu a expressão. Seja referindo-se a diretrizes, a normas fundamentais, ou explicitamente a “normas gerais”, é onde por primeira vez observa-se no Brasil esta questão. Depois disso, constou sistematicamente em todas as constituições brasileiras, sendo mais desenvolvida na Constituição atual.

Não é fortuito essa técnica ter sido introduzida no Brasil com a Constituição de 1934, que instaurou o Estado Social contemporâneo no país, e buscou maior centralização, coordenação e planificação por parte da União<sup>679</sup>. Aliás, é característico desse modelo estatal o estabelecimento de competências concorrentes, por vezes compartimentadas, sendo que no Brasil “foi a Constituição alemã de 1919, art. 10, a inspiradora de semelhante técnica.”<sup>680</sup> Ao comentar a Constituição de 1934, Pontes de Miranda também refere que o objetivo foi

---

II. Editora Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 1958. p. 257)

676 Art 5º - Compete à União: [ . . . ] XV - legislar sobre: [ . . . ] b) “normas gerais” de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário;

677 “A Constituição atribui à União competência para legislar sobre “normas gerais” de Direito Financeiro (art. 5º, n. XV, “b”), o que constitui até certo ponto novidade, que busca duplo objetivo: moralidade administrativa e padronização para fins de estatística. É restrição à autonomia local, contra a qual nos opusemos. Desde que foi vitoriosa, pelo voto da maioria, importa fazer agora que o legislador ordinário se contenha nos estritos limites do pensamento do constituinte, a saber, se restrinja a legislar, de fato, sobre “normas gerais” de Direito Financeiro e não sobre todo o Direito Financeiro. (cf. *O Município e os Municípios na Constituição Federal de 1946*, pág. 33)” (BORGES, José Souto Maior. “normas gerais” de Direito Tributário. Revista de Direito Público nº 31. p. 256)

678 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das “normas gerais”*. Revista de Informação Legislativa. Ano 25, Núm. 100 out/dez 1988. p. 140

679 “A Constituição de 16 de julho de 1934 funda juridicamente no país uma forma de Estado social que a Alemanha estabeleceu com Bismarck há mais de um século, aperfeiçoara com Preuss (Weimar) e finalmente iria proclamar com solenidade textual em dois artigos da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, cunhando a célebre fórmula do chamado Estado social de direito, matéria de tanta controvérsia nas regiões da doutrina, da jurisprudência e da aplicação hermenêutica.” In BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. 9ª Edição. OAB Editora. Brasília. 2008. p. 331

680 LOBO, Paulo Luiz Neto. *Competência legislativa concorrente dos Estados-membros na Constituição de 1988*. Revista de Informação Legislativa ano 26, n. 101 jan/mar 1989. p. 98. Assim também FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. vol II. Ed. Saraiva. São Paulo. 1989. p. 96.

justamente permitir maior poder de intervenção ao poder central, para atender as demandas necessárias sociais.<sup>681</sup>

Como se sabe, o Estado Social requer elevado número de funções, maior integração e equilíbrio, maior coordenação, e planejamento, e, muitas vezes, **centralização**. Distancia-se consideravelmente do modelo federal clássico (*dual federalism*), com esferas rígidas de competências, e competição entre os entes da federação<sup>682</sup>.

Nesse contexto, a técnica da repartição competencial concorrente (compartimentada), com o estabelecimento das *normas gerais*, permite maior coordenação das atividades. Seu contraponto consiste na maior dificuldade ocasionada pela imprecisão dos limites específicos, dado o grau de indeterminação normativa do conceito. É fundamental uma equilibrada ponderação entre a necessária preservação da autonomia, conciliando a imprescindível unidade com a diversidade.

E a razão para a preservação desses dois princípios, aparentemente contrapostos, encontra-se em que somente conferindo autonomia aos entes descentralizados se pode concretizar plenamente a isonomia, atendendo-se às peculiaridades e realidades locais.

É aqui justamente que o princípio da proporcionalidade pode contribuir para auxiliar na resolução de conflitos federativos, comparando-se as respectivas legislações e verificando se foram editadas dentro do estritamente necessário para o cumprimento de suas funções, com uma concepção reformulada de “normas gerais” – denominador mínimo comum (cap. 6).

---

681 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Tomo I (art. 1º - 103)*. Editora Guanabara. Rio de Janeiro. 1934. p. 236

682 “As competências concorrentes limitadas, cerne do presente estudo, apresentam-se na doutrina como as conhecidas “normas gerais” e são reflexo do modelo de federalismo cooperativo, o qual busca maior integração e equilíbrio nas funções exercidas pelos entes da Federação. De fato, por meio das “normas gerais”, escapa-se do federalismo clássico caracterizado pela divisão rígida de competências e a total independência entre a União e os Estados-membros” (Souza Jr, César Saldanha; Ávila, Marta Marques (org). *A Federação Brasileira: a ordem nacional e as “normas gerais”*, Isabel da Cunha Bisch. Coleção Direito do Estado: Estudos sobre o Federalismo. Porto Alegre: Dora Duzatto. 2007. p. 275)

#### 4.2.2.2 Aproximação de um conceito preliminar de “normas gerais”

Convém examinar algumas tentativas realizadas pela doutrina brasileira no sentido de estabelecer um conteúdo para “normas gerais”. E, também, a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Carlos Alberto Carvalho Pinto definia que

norma geral seria a norma *básica*, a norma constituída por matéria *fundamental*, a norma que, longe de constituir o desdobramento pormenorizado de um princípio, se resumiria à própria expressão desse princípio básico. Aos Estados é que caberia o desdobramento, o pormenor.<sup>683</sup>

No mesmo sentido, Cláudio Pacheco já dizia, em 1958, que

normas gerais serão os lineamentos fundamentais da matéria, serão as estipulações que apenas darão estrutura, plano e orientação. Pode-se conceituar, ainda, pelo efeito indireto e fracionário de negativas, que serão aquelas que não especificarão [. . .].<sup>684</sup>

Em continuidade ao estudo das “normas gerais”, Raul Machado Horta refere tratar-se de uma moldura (quadro) elaborada pela União, cabendo aos Estados complementá-las para o atendimento de peculiaridades locais.<sup>685</sup>

Assim,

a legislação federal é reveladora das linhas essenciais, enquanto a legislação local buscará preencher o claro que lhe ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de *normas gerais* às peculiaridades e às exigências estaduais..<sup>686</sup>

---

683 CARVALHO PINTO, Carlos Alberto A de. “normas gerais” de *Direito Financeiro*. Prefeitura do Município de São Paulo. 1949. p. 36-7

684 PACHECO, Cláudio. *Tratado das Constituições Brasileiras*. Vol II. Editora Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 1958. p. 255-6

685 HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4ª Edição revista e atualizada. Ed. Del Rey. Belo Horizonte. 2003. p. 357

686 HORTA, Raul Machado. *A Autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte. 1964. p.53

Já para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “são princípios, bases, diretrizes que hão de presidir todo um subsistema jurídico.”<sup>687</sup>

Ou seja,

a competência deferida é, pois, de estabelecer as linhas mestras, fixando princípios gerais, que sirvam de guia para os Estados. Não vai além do arcabouço que há de ser adaptado, como é de bom-senso, às condições de cada região.<sup>688</sup>

Paulo Luiz Lobo Neto também afirma que

as normas gerais estabelecem princípios fundamentais. Não podem especificar situações que, por sua natureza, são campo reservado aos Estados-Membros. Estão contidas pela finalidade de coordenação e uniformização.<sup>689</sup>

Por último, Carlos Maximiliano em igual sentido, enfatiza apenas o caráter supletivo da lei estadual:

[. . .]Não se trata apenas da admissibilidade de lei estadual SUPLETIVA, isto é, de suprir as deficiências do preceito federal: mas também de COMPLEMENTAR, isto é, que adicione pormenores à regra primitiva nacional. Não é lícito, entretanto, INOVAR; cada Estado ficará adstrito à orientação traçada pelas normas positivas promulgadas pela União. A interferência da legislatura local visará apenas as NECESSIDADES e PECULIARIDADES REGIONAIS, providências de ordem pública, que indiscutivelmente se coadunem com o sistema, as exigências e as outorgas de origem federal.<sup>690</sup>

De todos os autores expostos, que não esgotam, de modo algum, a doutrina constitucional brasileira a respeito do tema, observa-se a dificuldade inerente à definição de um conceito tão indeterminado. E que, mesmo assim, há alguns

687 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. I. Editora Saraiva. São Paulo. 1990. p. 195.

688 Idem, p. 182

689 LOBO, Paulo Luiz Neto. *Competência legislativa concorrente dos Estados-membros na Constituição de 1988*. Revista de Informação Legislativa ano 26, n. 101 jan/mar 1989. p. 98

690 MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. Volume I. 5ª Edição Atualizada. Livraria Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 1954. p. 205.

elementos comuns que devem ser destacados.

O primeiro seria de que as “normas gerais”, enquanto legislação da União, objetivam conferir maior uniformidade ao tratamento da matéria, e, para a consecução desse objetivo, devem ater-se a alguns aspectos básicos, com a finalidade de que o básico seja aquilo que possa ser igual a todos. Outro ponto em comum é o fato de que as “normas gerais” não podem exaurir o tema sem deixar qualquer margem a complementação pelos Estados. Essa compartimentação legislativa (verdadeira espécie de condomínio, na expressão do Ministro Celso de Mello), exige que haja a confluência de todos os entes federados. O exaurimento do tema, além de infringir o âmbito de autonomia do Estado-membro (com a consequente inconstitucionalidade), faz com que inexista espaço para atendimento às peculiaridades locais.

O verdadeiro limite das “normas gerais” consiste nessa abertura à legislação dos Estados-membros para poderem legislar sobre suas peculiaridades, complementando a legislação federal.<sup>691</sup> O limite dessa abertura.

Como leciona Renato Monteiro de Rezende, por “peculiaridade” pode-se entender:

[...]pressupõe a existência de características particulares do objeto de regulação, que difere conforme o âmbito de aplicação. Assim, condições fáticas podem variar de um Estado para outro, de modo a justificar tratamento jurídico diferenciado a um dado tema, para atender a tais peculiaridades. É nesse ponto que se encontra um dos limites da competência da União para expedir normas gerais e não necessariamente na distinção entre, de um lado, princípios ou diretrizes, e, de outro, regras ou normas de aplicação direta.

O termo peculiaridade aponta, em princípio, para uma característica própria de alguém, não partilhada com outros, enfim, singular. Estaria isso a restringir a capacidade legislativa de um Estado a objetos e situações somente verificáveis em seu território, que não apresentassem similares fora dele? Se assim fosse, não caberia ao legislador de um Estado regular, dentro de seu território, fenômenos de alcance regional (verificáveis em alguns, mas não todos os Estados). Por outro lado, a expressão “normas gerais” sinaliza um âmbito de aplicação que vai além do parcial, do regional, para abranger o todo, o universo considerado.[...] <sup>692</sup>

<sup>691</sup> Relembre-se os termos dos §§2º e 3º do art. 24 da CF/88: § 2º. A competência da União para legislar sobre “normas gerais” não exclui a competência suplementar dos Estados; § 3º. Inexistindo lei federal sobre “normas gerais”, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

<sup>692</sup> MONTEIRO DE REZENDE, Renato. “normas gerais” revisitadas: a competência legislativa em

E como pode ser sintetizado o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito das “normas gerais”?

Mesmo com discordâncias doutrinárias<sup>693</sup>, entende a Corte Suprema tratar-se de uma lei de princípios gerais, objetivando uniformidade e homogeneidade, esperando-se que a legislação complementar somente preencha os vazios, ou lacunas, deixados pela legislação federal<sup>694</sup>. Nesse sentido, as decisões no ADI nº 3.035/PR, ADI nº 3.645/PR, ADI nº 2.396/MS, ADIMC nº 1.086/SC, ADI nº 2.656/SP.

A título exemplificativo, mas que sintetiza perfeitamente a concepção do STF sobre as normas gerais, o seguinte trecho do voto proferido pela Min. Ellen Gracie, relatora do ADI nº 2.396/MS:

[...]

Como se vê, a Lei nº 9.055/95 dispôs extensamente sobre todos os aspectos que dizem respeito à produção e aproveitamento industrial, transporte e comercialização do amianto crisotila. A legislação impugnada foge, e muito, do que corresponde à legislação suplementar, da qual se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, não que venha a dispor em diametral objeção a esta.

É essa a compreensão que o Tribunal tem manifestado quando se defronta com hipóteses de competência legislativa concorrente. Dentre as decisões precedentes desta Casa, destaco a ADI 903/MG-MC, Rel. Min. Celso de Mello [...]

Pode-se concluir, no entanto, que esse entendimento tem-se mostrado insatisfatório para a resolução dos conflitos competenciais federativos, além de não apresentar uniformidade conceitual a respeito do tema.

---

*matéria ambiental*. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Senado Federal. Brasília: 2013. p. 27

<sup>693</sup> Idem, p. 42. Como assinala esse autor, “ao enfrentar o problema da extensão da competência do legislador nacional para editar “normas gerais” sobre meio ambiente, o STF tem atuado na linha de confirmar a tese de que tais normas não se restringem necessariamente a princípios e diretrizes com elevado grau de abstração. Mais que isso: em três arestos da Corte, pode-se inclusive deduzir que a deliberação foi no sentido contrário ao da defesa doutrinária da qualificação das “normas gerais” ambientais como *standards* mínimos de concretização de princípios, a constituírem um piso que poderia ser suplantado por exigências mais rigorosas da legislação estadual.[...]”. Idem, *ibidem*

<sup>694</sup> ADI 2396/MS, voto da Rel. Min. Ellen Gracie, p. 7225; Cf. também ADIMC nº 3.035/PR, voto do Min. Gilmar Mendes. ADI 3054/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes.



A compreensão das “normas gerais” como uma legislação que objetiva somente uniformidade e homogeneidade, deixando um espaço para o eventual preenchimento de vazios ou lacunas pelos Estados-membros (sem esquecer esse espaço, mínimo, para complementação), leva a uma centralização demasiada em torno da União, muitas vezes impossibilitando uma proteção efetiva do meio ambiente. Mesmo no caso da ADIMC 1980/SC, em que declarada a inconstitucionalidade da lei estadual, com certeza estaria mais em conformidade com a proteção ambiental se o fundamento repousasse na redução do parâmetro mínimo estabelecido pela legislação federal.

Ainda, impede considerar-se a possibilidade de incrementação dos níveis protetivos ambientais federais pela legislação dos Estados-membros, o que se mostra plenamente aceitável (adaptando-os às peculiaridades locais).

E, por fim, também impossibilita a construção de uma doutrina e jurisprudência sobre o tema, visto que inconstante o seu entendimento sobre o que efetivamente consiste essa “uniformização” e “homogeneidade”. E, ante essas inconstâncias, adota-se uma postura favorável à centralização federativa, com prejuízo a proteção ambiental muitas vezes.

#### **4.3 Os conflitos União v. Estados-Membros em matéria ambiental**

Neste item objetiva-se estudar os conflitos competenciais legislativos entre União e Estados-membros referentes a matéria ambiental. A título de reforço, convém lembrar que: (1) restringe-se a análise especificamente aos conflitos que envolvem União e Estados-membros; (2) a matéria se circunscreve à legislação ambiental; (3) não há limitação temporal, as decisões se referem a julgados do Supremo Tribunal Federal tanto antes como pós-1988.

Os conflitos envolvendo estes entes federativos podem ser sintetizados do seguinte modo:

(1) ou a legislação estadual, sob o pretexto de legislar em matéria de direito ambiental, acaba invadindo o campo de competência privativa da União (art. 22): conflito competência concorrente v. privativa;

(2) ou a legislação estadual acaba invadindo o campo das “normas gerais” pertencentes à União: conflito no próprio âmbito da competência concorrente-compartimentada brasileira (art. 24);

(3) ou a União exorbita do campo restrito das “normas gerais”, invadindo o campo complementar pertencente à legislação estadual – conflito também no âmbito da legislação concorrente-compartimentada (art. 24).

Esses os tipos mais consagrados.

A sanção para os três casos é a inconstitucionalidade formal da lei infratora das regras de competência.

Estudam-se aqui questões referentes ao amianto (asbesto), o problema dos agrotóxicos, a questão dos licenciamentos, e a recente discussão sobre a Lei Complementar nº 140/2011, que apesar de não constituir um conflito competencial, é uma norma sobre esses conflitos competenciais, sendo relevante assim seu estudo.

Feitas essas colocações, por uma questão de ordem metodológica reforça-se que os casos serão expostos conforme foram decididos pela Suprema Corte brasileira, com uma breve introdução contextual e fática das problemáticas que os envolvem.

No próximo capítulo (cap. 6), serão analisados segundo as propostas deste trabalho, após a readequação das questões: (1) com o princípio da proporcionalidade; (2) com as concepções de “legislação básica”, “normas adicionais de proteção” e “transversalidade”, do direito constitucional espanhol.

#### **4.3.1. A questão do amianto (asbesto)**

A discussão sobre a utilização do amianto (asbesto) é uma das mais debatidas pela Suprema Corte na última década. Basta referir, a título demonstrativo, que sobre ela tratam a ADI 3.356, Rel. Min. Eros Grau, ADI 3.406, Rel. Min. Ellen Gracie, ADI 3.357, Rel. Min. Carlos Britto, ADIMC 3.937, Rel. Min. Marco Aurélio, ADI 2.656, Rel. Min. Mauricio Corrêa, ADI 2.396, Rel. Min. Ellen Gracie, ADI 4.066, Rel. Min. Rosa Weber, e a ADPFMC nº 234/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, somente na via da ação direta, sendo que os entendimentos tem-se mostrado notadamente favoráveis à União, excetuando-se a ADIMC 3.937/SP.

A legislação de regência federal sobre o tema é Lei nº 9.055, de 1º de junho de 1995, que proíbe “a extração, produção, industrialização, utilização e comercialização da actinolita, amosita (asbesto marrom), antofilita, crocidolita (amianto azul) e da tremolita, variedades minerais pertencentes ao grupo dos anfibólios, bem como dos produtos que contenham estas substâncias minerais” (art. 1º, I), embora permita a utilização da modalidade crisotila.

Ainda assim, sobre a matéria diversas leis estaduais<sup>695</sup> foram editadas, sendo questionadas perante a Suprema Corte, por proibirem a utilização e comercialização do amianto crisotila, dada sua alta nocividade à saúde humana e ao meio ambiente.

#### **4.3.1.1 Breve introdução: contexto fático**

O amianto ou asbesto é uma fibra mineral natural sedosa que, por suas propriedades físico-químicas (alta resistência mecânica e às altas temperaturas, boa qualidade isolante, durabilidade, flexibilidade, indestrutibilidade, resistente ao ataque de ácidos, álcalis e bactérias), abundância na natureza e, principalmente, baixo custo, tem sido largamente utilizado na indústria. É extraído fundamentalmente de rochas compostas de silicatos hidratados de magnésio, sendo

---

<sup>695</sup> Lei nº 12.589/04, de Pernambuco, questionada na ADI 3.356; Lei nº 3.579/01, do Rio de Janeiro, questionada na ADI nº 3.470; Lei nº 11.643/01, do Rio Grande do Sul, questionada na ADI 3.357; Lei nº 2210/10, do Mato Grosso do Sul, revogada na ADI 2.396; Lei nº 12.684/07, de São Paulo, na ADI 3.937. Outras leis estaduais foram aprovadas no Pará, Espírito Santo e Mato Grosso, mas não chegaram a ser sancionadas pelos governadores.

que apenas de 5 a 10% se encontram em sua forma fibrosa de interesse comercial.<sup>696</sup>

O Brasil está entre os cinco maiores produtores de amianto do mundo e é também um grande consumidor, havendo por isto grande interesse científico a nível mundial sobre nossa situação, já que praticamente todos os países europeus proibiram seu uso. A maior mina de amianto em exploração no Brasil situa-se no município de Minaçu, no Estado de Goiás, atualmente administrada pela empresa brasileira Eternit S.A.

No Brasil, o amianto é utilizado em vários produtos, principalmente na indústria da construção civil (telhas, caixas d'água de cimento-amianto etc.) e em outros setores e produtos como guarnições de freio (lonas e pastilhas), juntas, gaxetas, revestimentos de discos de embreagem, tecidos, vestimentas especiais, pisos, tintas etc.

O problema é que “do ponto de vista da Organização Mundial da Saúde, todos os tipos de amianto são classificados pela Agência Internacional para Pesquisa sobre o Câncer, da Organização Mundial da Saúde, chamada IARC, no grupo I, ou seja, comprovadamente carcinogênicos para os seres humanos.”<sup>697</sup>. Tem-se, por exemplo, a neoplasia maligna do estômago, neoplasia maligna da laringe, neoplasia maligna de brônquios e pulmão, mesotelioma da pleura, mesotelioma do peritônio, mesotelioma do pericárdio, placas epicárdicas ou pericárdicas, asbestose, derrame pleural e placas pleurais.<sup>698</sup>

Na audiência pública realizada para a ADI 3937, em agosto de 2012, ficaram bem expostos os argumentos de ambos os lados da questão. Aqueles favoráveis à proibição, fundamentalmente pela nocividade e agressividade do asbesto para os seres humanos, comprovadamente carcinogênico. Os favoráveis à comercialização, por sua vez, apontam o aspecto econômico<sup>699</sup>, mas também entendem ser possível

---

696 <http://www.abrea.com.br/02amianto.htm> em 24.02.15 às 12:28h

697 Notas Taquigráficas da Audiência Pública na ADI 3937. p.9

698 Notas Taquigráficas da Audiência Pública na ADI 3937. p. 10

699 “[. . .]Mas, muito rapidamente, em termos mundiais, a indústria do amianto, que já esteve no auge na década de 70, em termos totais, produzia 5 milhões de toneladas e, desde então, o declínio é permanente, em função, principalmente, das restrições crescentes que os países foram adotando. De modo que, em 2007, já estava na casa de menos de 2,5 milhões de toneladas. E me perdoem, também, a maior parte dos dados é de 2007-2008, porque esse estudo, que eu fiz, foi feito em 2009, início de 2010. Eu acho que não é o caso de detalhar a tabela, mas, nesse comentário, em

sua utilização, desde que adotadas medidas preventivas adequadas (argumento do risco conhecido)<sup>700</sup>.

Nesse sentido, para os adeptos da primeira corrente, tem-se a manifestação do Ministério da Saúde, apontando principalmente as doenças ocasionadas pela substância e os custos relacionados a seu tratamento. Após reiterar que “do ponto de vista do Ministério da Saúde, o conjunto das evidências científicas sustentam que não há possibilidade do uso seguro do amianto crisotila”<sup>701</sup>, reforçou que

E, por fim, apontar os impactos econômicos decorrentes de ambas as opções. Esse também é um estudo genuíno, feito agora por esta Audiência, em que nós tabulamos as informações existentes no Sistema Único de Saúde sobre os gastos relacionados ao câncer, especificamente relacionado ao amianto, no período de 2011 a 2012; ou seja, dos 2.123 casos registrados, foram feitas análises do ponto de vista do tratamento quimioterápico e radioterápico, cirurgia oncológica, leitos de uso em enfermaria e UTI. Entretanto, aqui não estão todos os procedimentos ambulatoriais, que têm um volume muito mais significativo. Desse cálculo, nós temos um resultado de que o gasto do SUS, atualizado aos dias de hoje, foram de R\$ 291.871.483,64 [*100 milhões de euros, aproximadamente*]. Ora, se as outras fibras não estão classificadas como carcinógenas, então, nós teríamos aí um impacto muito significativo do ponto de vista de gastos na saúde relacionados a esses problemas relativos ao amianto, sem levar em consideração que, obviamente, nós temos uma casuística para a frente, porque todos os casos não apareceram ainda.<sup>702</sup>

Já quanto aos defensores da atividade econômica, os dados extraídos da audiência pública realizada em agosto de 2012 na ADI 3.937/SP, evidenciam ser “o

---

termos mundiais, o declínio é constante e muito rápido. Em 2007, 99% dessa produção está concentrada em pouquíssimos países: Rússia (46,2%), China (20,2%), Brasil (10,9%), quase 11%, e assim por diante”. In Notas Taquigráficas da Audiência Pública na ADI 3937. p. 333

700 “Nós não vamos acreditar em uma fibra alternativa que diz que o risco é indeterminado. O nosso nós já conhecemos; é determinado, sim. Não negamos. É cancerígeno? É, mas tem mais de cem aí que são cancerígenos e é possível trabalhar assim; nós aprendemos a trabalhar; nós organizamos nosso local de trabalho e é por isso que nós acreditamos nessa atividade.” In Notas Taquigráficas da Audiência Pública na ADI 3937. p. 317

701 Notas Taquigráficas da Audiência Pública na ADI 3937. p.11

702 Notas Taquigráficas da Audiência Pública na ADI 3937. p. 17-8. Acrescenta, ainda, a importante estatística: “[...] no Brasil, segundo o economista José Pastores, o custo total dos acidentes e doenças relacionadas ao trabalho é de cerca de R\$ 80 bilhões por ano, em uma avaliação subestimada, o que representa 10% da folha salarial anual dos trabalhadores do setor formal, que é da ordem de R\$ 800 bilhões. Esses números foram apresentados pelo professor da Universidade de São Paulo em palestra durante o Seminário de Prevenção de Acidentes de Trabalho realizado pelo Tribunal Superior do Trabalho.” in Notas Taquigráficas da Audiência Pública na ADI 3937. p. 296-7

Outro fato alarmante, já anunciado nesta Audiência confirma a estimativa da OIT de que, ao menos, 100.000 pessoas morrem anualmente no mundo devido à exposição ao amianto. Atualmente, o mesotelioma leva a óbito anualmente 3.000 pessoas nos Estados Unidos e aproximadamente 5.000 na Europa, e se prevê um incremento destas cifras nos próximos anos

Brasil, como o segundo maior exportador de amianto do mundo, e a importância dessa condição”.<sup>703</sup>

Observa-se, da exposição realizada, principalmente da grande quantidade de material disponibilizada na audiência pública da ADI 3.937/SP, que se trata de uma atividade geradora de milhares de empregos, cuja produção está destinada essencialmente à exportação, concentrando-se a atividade em poucos Estados (Goiás, sobretudo).

Por outro lado, é incontroverso os malefícios que o amianto (crisotila) provoca ao meio ambiente, e, principalmente, à saúde do ser humano. Ainda que se considere como risco conhecido, ou então que haveria outras atividades potencialmente mais lesivas (e permitidas), é inquestionável que diversos países proibiram sua comercialização e utilização em decorrência desse risco. Ainda, mesmo que mais oneroso, há alternativas para sua substituição, como demonstrado no exemplo citado na audiência pública (telhas de construção civil).

Um exemplo nítido, portanto, de caso em que a descentralização seria um meio eficaz de proteção ao meio ambiente, permitindo que cada Estado-membro, de acordo com suas peculiaridades locais, pudesse conferir proteção adicional àquela determinada pela lei federal geral.

#### **4.3.1.2 Discussão jurisprudencial no STF**

Um dos primeiros casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal foi a ADI n 2.396/MS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 01.08.03. Ficou decidido, à ocasião que:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 2.210/01, DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. OFENSA AOS ARTIGOS 22, I E XII; 25, § 1º; 170, CAPUT, II E IV; 1º; 18 E 5º CAPUT, II E LIV. INEXISTÊNCIA. AFRONTA À COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE DA UNIÃO PARA EDITAR NORMAS GERAIS REFERENTES À PRODUÇÃO E CONSUMO, À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E CONTROLE DA POLUIÇÃO E À PROTEÇÃO E DEFESA DA

---

703 Notas Taquigráficas da Audiência Pública na ADI 3937. p.31-2

SAÚDE. ARTIGO 24 , V , VI E XII E §§ 1º E 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL . [...] A legislação impugnada foge, e muito, do que corresponde à legislação suplementar, da qual se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, não que venha a dispor em diametral objeção a esta. Compreensão que o Supremo Tribunal tem manifestado quando se defronta com hipóteses de competência legislativa concorrente. Precedentes: ADI 903/MG-MC e ADI 1.980/PR-MC, ambas de relatoria do eminente Ministro Celso de Mello.

[sem grifos no original]

Adota-se uma compreensão de que os Estados-membros somente podem suprir as lacunas da legislação federal, o que se mostra equivocado e prejudicial ao meio ambiente, pois não permite incremento dos níveis protetivos, mesmo que justificadamente pelas peculiaridades regionais.

Posteriormente, na ADI 2.656-9/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgou-se os arts 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 7º, da Lei 10.813, de 24.05.01, do Estado de São Paulo. O art. 7º, em especial, dizia que entre a data da publicação desta lei e 1º de janeiro de 2005, “as empresas que comercializam ou fabricam produtos que contenham amianto ficam obrigadas a informar nas embalagens dos seus produtos, com destaque, a existência do mineral em seu produto e que a sua inalação pode causar câncer”. Uma matéria, também, de direito do consumidor.

O julgamento, unânime, entendeu inconstitucional o dispositivo.

Nos termos do voto do relator:

12. Por outro lado, em tema de proteção e defesa da saúde pública e meio ambiente, a questão do uso de amianto não revela qualquer particularidade que justifique a exceção pretendida pelo Estado de São Paulo. Como se evidencia, trata-se de questão de interesse nacional, sendo legítima e cogente a regulamentação editada pela União Federal.

[ . . . ]

É notória a existência, no comércio interestadual, de produtos que contenham amianto, circunstância, aliás, que ensejou a proposição da presente medida por outro ente federado. Nesse cenário, ao impor aos comerciantes, inclusive de outros Estados, a aposição de rotulagem dita preventiva, o Estado de São Paulo cuidou de tema de competência da União (CF, artigo 22, VIII). [ . . . ]

Sustentou configurar-se a competência da União, por se tratar de interesse nacional (predominância do interesse), e de comércio interestadual. Entendeu-se não ocorrer qualquer peculiaridade a justificar a edição da lei, embora sem explicitar as razões dessa conclusão.

Mais uma vez, a utilização do critério da predominância do interesse, sendo que esse invariavelmente é decidido favoravelmente à União.

Contudo, onde se travou o maior debate até o presente momento foi por ocasião do julgamento da medida cautelar nos autos da ADI 3937. A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria – CNTI arguiu a inconstitucionalidade da Lei nº 12.684/07, do Estado de São Paulo, que proibia “o uso, no Estado de São Paulo, de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição.”

Sustentava-se, em síntese, que a lei atacada criava embaraços à comercialização do produto sobre o qual competia à União legislar, por se tratar de comércio interestadual. Portanto, o art. 22, VIII, da CF/88.

Houve grande divergência entre os ministros, tendo o Min Carlos Britto mencionado o “Apelo de Milão”, para o qual é inadmissível que as grandes indústrias do amianto “continuem a exportar tais produtos aos países do terceiro mundo, transferindo riscos onde a ausência de leis e de vigilância apropriada favorecem a contaminação de grande parte da população”.

No entanto, o voto que melhor expôs as questões sob discussão foi proferido pelo Min. Joaquim Barbosa. Após relatar o contexto fático, segundo a qual grande parte das variedades de amianto foi proibida, e o significado exato das expressões “amianto” e “asbesto”<sup>704</sup>, resumiu: diante dos riscos à saúde humana, a ques-

---

704 [ . . . ] “amianto” ou “asbesto” são nomes utilizados para designar um grupo heterogêneo de minerais. Um traço comum desse grupo é a possibilidade de reduzi-los a fibras. Entre esses minerais, o crisotila (ou silicato hidratado de magnésio) se caracteriza pela facilidade com que é tecida Mendes, p. 8). O crisotila é utilizado principalmente para a fabricação de cimento-amianto ou fibrocimento (85 % do consumo desta fibra de acordo com Mendes, p. 9 ). Usos do fibrocimento incluem a manufatura de caixas d’água, telhas, placas de revestimento e tubos. O amianto crisotila ainda pode ser usado para a fabricação de: produtos de fricção (lonas de freio, pastilhas, discos de embreagem), produtos têxteis (mantas para isolamento térmico, roupas especiais), filtros, diafragmas, papéis e papelões, especiais (utilizados para isolamento térmico, isolantes térmicos para aviões, pisos vinílicos (ver sítio do Instituto Brasileiro do Crisotila).



tão a ser decidida é a seguinte: os Estados-membros estão autorizados a legislar sobre amianto?

Concluiu pela possibilidade, fundado em duas razões.

A primeira delas é a:

[...] existência de norma que respalda a postura legislativa adotada pelos estados.

Trata-se da Convenção nº 162 da Organização Internacional do Trabalho, promulgada por meio do Decreto nº 126, de 22 de maio de 1991.

Esse tratado internacional é um compromisso, assumido pelo Brasil, de desenvolver e implementar medidas para proteger o trabalhador exposto ao amianto.

[...] Esse dever, assumido na esfera internacional, está apoiado em outro dever, um dever constitucional, previsto no art. 196 da Constituição Federal. Quem descumpra o primeiro, desobedece também o segundo.

A segunda razão encontra-se na defesa do direito à saúde (meio ambiente), não sendo razoável a União retirar essa opção dos Estados-membros, esvaziando o compromisso assumido pelo Brasil:

[...]

Passo à segunda razão pela qual estou convencido da legitimidade da legislação estadual impugnada. É que não vejo sentido prático em se saber se são leis específicas que devem ser confrontadas com uma lei geral.

Penso que é inadequado concluir que a lei federal exclui a aplicação de qualquer outra norma ao caso. A pré-existência da Convenção impede que se tente elevar a lei ordinária federal ao status de norma geral. Em verdade, é a Convenção que possui tintas de generalidade.

A distinção entre lei geral e específica é inaplicável ao caso das leis sobre amianto. E isto por uma razão simples: em matéria de defesa da saúde, matéria em que os estados têm competência, não é razoável que a União exerça uma opção permissiva no lugar do estado, retirando-lhe a liberdade de atender, dentro de limites razoáveis, os interesses da comunidade. O exercício desta opção esvaziaria o compromisso assumido pelo Brasil na Convenção.

A limitação estadual ao amianto é razoável também pela inexistência de alternativas. O contexto fático indica que não há uma medida intermediária à proibição.

Nesse sentido há exemplos jurisprudenciais no direito comparado.

Em um precedente particularmente conhecido (*City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S. 617, julgado em 23 de junho de 1978), a Suprema Corte dos EUA considerou inválida uma lei estadual que proibira a entrada, no Estado de New Jersey, de detritos líquidos ou sólidos provenientes de outros estados. Posteriormente, contudo, a Suprema Corte cedeu ao argumento da validade da proibição fundada em razões de saúde pública *ao apreciar legislação do Maine que proibia o comércio de determinadas espécies de peixes de água doce no território estadual (Maine v. Taylor, 477 U.S. 131, julgado em 23 de junho de 1986)*. Naquele caso, a Suprema Corte norte-americana entendeu que o estado conseguira demonstrar que a proibição atendia a um interesse local legítimo e que este interesse legítimo e que este não poderia ser atendido por nenhuma outra espécie de medida não-discriminatória.

Por fim, não me rendo a um argumento esposado pela requerente que sugere que as fibras substitutas ao amianto também apresentariam riscos à saúde humana, sendo preferível que se continuasse a utilizar o crisotila.

[...]

Do exposto, nego referendo à cautelar.

Ou seja, entendeu possível a lei do Estado de São Paulo proibir o amianto em sua totalidade. A decisão foi por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Menezes Direito, e Ellen Gracie.

Foi o único caso decidido favoravelmente à legislação estadual mais restritiva, mais protetiva ao meio ambiente. O singular, contudo, é que até hoje não se aprofundou o referido julgamento (suspensão em 31.10.2012), tampouco se pode afirmar tenha se constituído em precedente sobre a matéria. A resposta é definitivamente negativa, visto que outros casos envolvendo a questão do amianto foram decididos posteriormente, mesmo em sede cautelar, de forma contrária.

Recentemente, o tema voltou à pauta, no julgamento da Medida Cautelar na ADPFMC nº 234/DF, Rel. Min. Marco Aurélio.

Tratava-se de medida ajuizada pelo Estado de Goiás contra legislação do Estado de São Paulo, insurgindo-se especificamente quanto à proibição de trans-

porte do amianto nas rodovias desse Estado. Alegou-se, em síntese, usurpação de competência exclusiva da União para legislar sobre transportes. (art. 22, XI, CF/88).

Após relatar sua perplexidade<sup>705</sup> ante a convivência de uma legislação federal permissiva ao amianto crisotila, e uma lei estadual proibitiva, o Ministro relator resolveu a questão utilizando-se da *prevalência do direito federal*, por tratar-se de matéria no âmbito exclusivo da competência da União:

[ . . . ]

Observem caber à União legislar privativamente sobre transporte – e, a meu ver, aí se encontra inserido o transporte de cargas perigosas, como o amianto – e sobre comércio interestadual e internacional. Reparem inexistir lei complementar delegando aos Estados a disciplina do tema, como se poderia cogitar ante a redação do parágrafo único do artigo 22 da Lei Maior. O bom-senso recomenda que as questões relacionadas ao interesse geral – isto é, nacional – sejam tratadas de maneira uniforme em todo o país. Os serviços públicos que, igualmente, funcionam em todo o território devem ficar a cargo da União. É com fundamento nessa ideia geral que a doutrina propõe a denominada prevalência do interesse como critério para a solução de conflitos, sugerindo seja reconhecida a competência da União quando a matéria transcender os interesses locais e regionais.

Mais uma vez, o *critério da prevalência da lei federal*, por predominar o interesse nacional.

Ressalvou, ainda, que a legislação paulista não pode prejudicar serviços públicos prestados pela União, pois, ao proibir o tráfego da substância pelo território do Estado, obstaculizou a utilização do Porto de Santos, o maior do Brasil e pertencente à União<sup>706</sup>.

<sup>705</sup> Em outras palavras, em âmbito nacional, a comercialização daquele tipo de amianto é admitida, mas proibida no Estado de São Paulo. O problema relatado pela arguente é que parte da produção do amianto tem de trafegar pelo Estado de São Paulo para chegar ao destino, ato que vem sendo embaraçado por autoridades que – embora aplicando a Lei estadual – ignoram a autorização contida na Lei federal.

<sup>706</sup> Um comentário que se faz oportuno é que o Ministro também distinguiu entre “utilizar” e “transportar”, para demonstrar o grau de exorbitância dos limites competenciais do Estado: “Percebam a diferença entre “usar” e “transportar”. Quem usa o faz em termos finais, é titular de uma das faculdades inerentes ao domínio. Aquele que “transporta” presta um serviço, mas não detém necessariamente a titularidade da coisa para si. Há, de um lado, uma faculdade a ser exercida pelo titular e, de outro, um dever decorrente de obrigação contratual. Volto a repetir que, no Direito, os vocábulos e as expressões têm sentido próprio. Sendo proibido o uso do amianto na variedade crisotila no Estado de São Paulo, não o é o transporte quando o material está destinado a outros estados da Federação ou ao exterior, no que não configura “uso” na acepção técnica da palavra”.

[...]

A óptica prevalecente no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937 e a própria existência da Lei nº 9.055/95 impõem o reconhecimento de que os limites da proibição do Estado não podem afetar os usuários dos serviços públicos prestados pela União, essenciais que são ao comércio interestadual e internacional. Estão em jogo, em síntese, o comércio entre os Estados da Federação por intermédio das rodovias interestaduais localizadas no Estado de São Paulo bem como o comércio com outros países, considerado o Porto de Santos.

Acompanhou o voto do relator o Min. Dias Toffoli (mencionando o julgamento da ADI 3.035/PR, que proibia a utilização do Porto de Paranaguá para o transporte de soja transgênica, e também declarada inconstitucional pela Corte).

Restaram vencidos, nesse julgamento, os Ministros Aires Britto e Cezar Peluso.

O Min. Ayres Britto enfatizou a necessidade de cumprimento de acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário, assim como o fato de a lei federal regulamentadora da matéria (Lei nº 9.055/95) ser inconstitucional, ao permitir a utilização do amianto crisotila.

Qual é a conclusão, Senhor Presidente? A conclusão é que, em razão desse caso peculiaríssimo - vamos usar o superlativo -, a lei estadual está muito mais próxima das convenções internacionais e muito mais serviente da Constituição Federal do que a própria lei federal. Ou seja, é um caso interessante em que a lei federal se contrapõe à normatividade da Constituição e às convenções internacionais de que o Brasil faz parte. E, neste caso, me parece que a matéria "transporte" - de fato, compete à União legislar sobre transporte - perde densidade significativa. A própria Constituição, em matéria de prevenção dos efeitos nocivos de substâncias tóxicas, radioativas, psicoativas, contém uma disposição explícita, a propósito do Sistema Único de Saúde, que é confederal - digamos assim, permitam-me -, porque é no âmbito, vamos dizer, interfederativo, é um condomínio federativo; o sistema é único porque pega todas as pessoas federadas.

No mesmo sentido, o voto do Ministro Cezar Peluso, reiterando que a lei federal é menos protetiva que a lei estadual:

[...]

Ministro Ricardo Lewandowski, se Vossa Excelência se recordar, eu acompanhei o seu raciocínio também, que foi afirmado naquela oportunidade. Fiz até uma observação inicial: parecia-me extravagante que, em relação a um produto cuja alta agressividade à vida, à saúde e ao meio ambiente, reconhecidamente tóxico, e até letal, cada estado não pudesse defender esses valores pelo só fato de que legislação federal é menos exigente em relação a isso. Acho que é obrigação do estado defender a saúde. E, na oportunidade, invocando os fundamentos dos Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa, sobretudo diante dos termos da Convenção, antecipei que achava que havia, como continuo achando, razoabilidade na arguição de inconstitucionalidade da Lei federal nº 9.055.

Aqui se apresenta uma interessante situação: se a lei federal é menos protetiva ao direito à saúde, ao meio ambiente (ambos da competência concorrente), pode o Estado-membro, no âmbito de sua competência concorrente (art. 24, CF/88), tratar da matéria?

Essa questão, no caso brasileiro, é problemática pelas seguintes razões: (1) o art. 2º, da Lei Federal nº 9.055/95, é objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal (ADI nº 4.066/DF), sob fundamento de não oferecer proteção adequada ao direito à saúde, à vida, enfim. Essa ação foi distribuída em abril de 2008, e até hoje não foi julgada; (2) diversas leis estaduais proíbem a utilização do amianto crisotila, ainda que permitido pela legislação federal.

Como referido anteriormente, nessa parte do trabalho o objetivo é somente expor as controvérsias e *como são julgados atualmente* pela Suprema Corte brasileira.

No cap. 6 essas discussões serão analisadas mais aprofundadamente, segundo as propostas já referidas.

#### **4.3.2 O problema dos agrotóxicos (pesticidas)**

Nesse tópico trata-se de um debate antigo, que remonta a julgamentos ocorridos mesmo antes da Constituição de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal.

A discussão se circunscreve, a rigor, na extrapolação ou não dos limites das “normas gerais” da União, pelos Estados-membros, editando leis restritivas no que se refere à utilização de agrotóxicos. Ou, em alguns casos, de invasão da competência privativa da União sobre determinadas matérias (v.g., comércio exterior, interestadual), na medida em que algumas legislações estaduais se utilizam de mecanismos pertencentes a essas matérias exclusivas da União para conseguir maior efetividade na proteção ao meio ambiente.

#### **4.3.2.1 Breve introdução: contexto fático**

O Brasil é conhecido mundialmente como um dos maiores produtores agrícolas, afirmação que os dados das últimas safras corroboram. A extensão do país (8,5 milhões de km<sup>2</sup>), aliada às boas condições climáticas na maior parte do território, dentre outros fatores, fizeram com que houvesse um destaque nesse setor. Por outro lado, também demonstra a imensa pressão que sofrem as áreas naturais brasileiras, principalmente para abrirem mais regiões agriculturáveis, sobretudo o cultivo de soja, ou mesmo para a expansão da atividade pecuária. Isso é bastante evidenciado ultimamente na região amazônica, no norte do Brasil.

Para que se tenha uma exata noção, a área plantada no Brasil para a safra 2013/14 deve alcançar 55,19 milhões de hectares, um aumento de 3,6% em relação à área cultivada na safra 2012/13, que totalizou 53,27 milhões de hectares. A produção da safra, por sua vez, 2012/13, de 186,86 milhões de toneladas, recebeu um acréscimo 4,8% para a safra 2013/14. Esse resultado representa um incremento de 9,04 milhões de toneladas, devido, principalmente, à cultura de soja, que apresentou crescimento na produção de 10,5% (8,53 milhões de toneladas); do algodão em pluma, com crescimento de 25,0% (327,8 mil toneladas); do trigo, com crescimento de 22,4% (979,0 mil toneladas); e do feijão, com crescimento de 34,6% (334,2 mil toneladas).<sup>707</sup>

---

<sup>707</sup> Fonte Acomp. safra bras. grãos, v. 1 - Safra 2013/14, n. 3 - Terceiro Levantamento, dez. 2013. Conab

Nesse contexto, de intensa atividade agrícola, é comum a utilização de agrotóxicos para o cultivo dessas lavouras, sendo que as consequências para a saúde humana e para o meio ambiente desses produtos são conhecidas há muitos anos. Basta lembrar que uma das pioneiras na área ambiental, Rachel Carson, alertava exatamente sobre isso há quase 60 (sessenta) anos, no clássico “*Primavera Silenciosa*” (*Silent Spring*).

Dados notificados no SINAN (Sistema de Informação de Agravos de Notificação, do Ministério da Saúde), referem que houve significativo aumento de casos por intoxicação de agrotóxicos, de aproximadamente 2.000, em 2001, para 9.697 em 2012<sup>708</sup>.

Outros dados comprovam que o Brasil utilizou 232,23 mil toneladas de defensivos agrícolas, número que aumentou para 352,04 mil toneladas em 2011. Isso representou, nesse ano, um valor estimado de U\$ 8,48 bi (oito bilhões quatrocentos e oitenta milhões de dólares).<sup>709</sup> Os estados que mais se destacam quanto à utilização de agrotóxicos: São Paulo (25%), Paraná (16%), Minas Gerais (12%), Rio Grande do Sul (12%), Mato Grosso (9%), Goiás (8%) e Mato Grosso do Sul (5%).<sup>710</sup>

Com esses exemplos, pode-se compreender um pouco melhor a realidade fática dessa questão, principalmente a dimensão do agronegócio na economia brasileira, assim como a problemática para se oferecer maior proteção ao ser humano, ao meio ambiente, à sadia qualidade de vida. Um conceito amplo e globalizante de direito ambiental.

Novamente, a discussão aqui se coloca na existência de leis dos Estados-membros mais restritivas à utilização de agrotóxicos, estabelecendo maior regulamentação, ou mesmo proibindo o uso de alguns desses produtos, e se ao assim procederem, não existiria um desbordamento do campo legislativo complementar dos Estados-membros. Se haveria invasão ao âmbito das “normas gerais”, ou, no caso de proibição do comércio/importação, se não ocorreria invasão

<sup>708</sup> Dados da Secretaria de Vigilância Sanitária – Min da Saúde

<sup>709</sup> Dados da Sindag (Sindicato Nacional das Empresas de Aviação Agrícola) in <http://www.iea.sp.gov.br/out/LerTexto.php?codTexto=12409>

<sup>710</sup> [http://www.agencia.cnptia.embrapa.br/gestor/agricultura\\_e\\_meio\\_ambiente/arvore/CONTAG01\\_40\\_210200792814.html](http://www.agencia.cnptia.embrapa.br/gestor/agricultura_e_meio_ambiente/arvore/CONTAG01_40_210200792814.html) [http://www.agencia.cnptia.embrapa.br/gestor/agricultura\\_e\\_meio\\_ambiente/arvore/CONTAG01\\_40\\_210200792814.html](http://www.agencia.cnptia.embrapa.br/gestor/agricultura_e_meio_ambiente/arvore/CONTAG01_40_210200792814.html) em 17.02.15 as 11:23h

da competência privativa da União (art. 22, CF/88).

#### 4.3.2.2 O *leading case* Rp nº 1153-4/RS

O Supremo Tribunal Federal, ainda na ordem constitucional anterior (Constituição de 1967/69), manifestou-se em diversas ocasiões sobre o tema (Rp. 1246; Rp. 1248, enfim). Foi, porém, no julgamento da Rp nº 1.153-4/RS (resultado decidido pelo critério do voto médio<sup>711</sup>), em que melhor foram colocadas algumas das questões que, até hoje, informam a discussão sobre a legislação dos agrotóxicos.

Como a justificar, também, a importância desse resgate histórico, não somente porque nesse julgamento ficaram estabelecidas os parâmetros que ainda regem a discussão, mas também por que, nos mesmos termos, e contra a mesma lei, foi rerepresentada a questão nos autos da ADPF n° 221/RS, Rel Min. Dias Toffoli<sup>712</sup>.

Retornando à Rp. 1153/RS. Nesse caso, insurgia-se a arguição contra o art. 1º e seu § 1º da Lei nº 7.747, de 1982<sup>713</sup>, do Estado do Rio Grande do Sul, que

---

711 Complexo sistema para tentar solucionar a dispersão nos julgamentos, matéria de Regimentos Internos de Tribunais. Essa pode ser qualitativa ou quantitativa. Nesse último, somam-se as posições dos diversos julgadores e extrai-se uma média. Bastante aplicada em dosimetria da pena em direito criminal. No caso qualitativo, o STF adota o disposto no art. 185, § 2º, de seu RI, que diz “na hipótese de os votos se dividirem entre mais de duas interpretações, proceder-se-á, em outra sessão designada pelo presidente, ‘a segunda votação restrita ‘a escolha, pelo quorum de seis Ministros, pelo menos, de uma entre as duas interpretações anteriormente mais votadas”. Essa solução por vezes produz julgamentos prematuros, e força a autonomia dos votantes. Cf. SANT’ÁNNA, Danilo Barbosa de. O Voto Médio e a Dispersão de Votos nos Julgamentos Colegiados. In <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/o-voto-medio-e-a-dispersao-de-votos-nos-julgamentos-colegiados.pdf> acesso em 10.11.2016

712 Até julho de 2016, ainda não julgada.

713 Art. 1º - A distribuição e comercialização, no território do Estado do Rio Grande do Sul, de todo e qualquer produto agrotóxico e outros biocidas, estão condicionadas a prévio cadastramento dos mesmos, perante o Departamento de Meio Ambiente, da Secretaria Estadual de Saúde e do Meio Ambiente.

§ 1º - Definem-se como agrotóxicos e outros biocidas as substâncias, ou misturas de substâncias e, ou, processos físicos, químicos ou biológicos destinados ao uso do setor de produção, armazenamento e beneficiamento de alimentos e à proteção de florestas nativas ou implantadas, bem como a outros ecossistemas e ambientes doméstico, urbano, hídrico e industrial, cuja finalidade seja alterar a constituição faunística e florística dos mesmos, a fim de preservá-los da ação danosa de seres vivos considerados nocivos.



exigia que a distribuição e a comercialização de agrotóxicos estariam condicionadas ao prévio cadastramento no departamento de Meio Ambiente<sup>714</sup>

Sustentava-se a representação que “as disposições transcritas constituem “normas gerais” de defesa e proteção da saúde, incluídas, por isso mesmo, na competência legislativa da União, por força do disposto no art. 8º, XVII, alínea ‘c’, da Constituição Federal” e que não existe “claro na legislação federal nesse campo, que autorize o exercício da competência supletiva estadual, nem é dado ao legislador estadual proibir o que a lei federal permite”. E que ao condicionar a distribuição e a comercialização dos defensivos agrícolas a prévio cadastramento do órgão estadual, a lei impugnada estabeleceu limitação ao comércio interestadual, e interferiu na produção e consumo, contrariando o art. 8º, XVII, alíneas “d” e “1”, da Lei Fundamental.

O Estado do Rio Grande do Sul, ao defender a constitucionalidade da lei, ressaltou que se limitou ao campo suplementar das “normas gerais”, e que:

[ . . . ] a lei estadual não coloca certos produtos fora de comércio, apenas restringe sua utilização em solo gaúcho, sem alcançar os destinados à utilização em outros Estados; a restrição aos organoclorados foram impostas em atenção às peculiaridades regionais, para evitar a poluição dos rios e a contaminação da água potável, o que se insere no âmbito da competência estadual, seja no tocante à defesa e proteção da saúde, seja quanto à disciplina de matéria relativa ao consumo (Constituição, art. 8º, XVII, letras c e d seu par. único) .

O parecer da Procuradoria-Geral da República, no sentido da constitucionalidade da legislação estadual questionada, trouxe importantes subsídios acerca da situação que ocasionou a expedição da legislação, justificando as peculiaridades locais.

[ . . . ]

“Especialmente com relação a esses defensivos agrícolas clorados, a situação tornou-se crítica quando, após intensas chuvas ocorridas no mês de junho de 1982, o Departamento Municipal de Águas e Esgotos detectou a presença de DDT, BHC, Eptacloro e Endosulfan na água

---

714 atualmente, a FEPAM – Fundação Estadual de Proteção ao Meio Ambiente.

potável em concentrações muito próximas ao valor permitido pelo Ministério da Saúde. Tal fato era ainda agravado pela dificuldade de remover estes agrotóxicos da água, seja porque o sistema convencional de tratamento por floculação, clarificação e filtração não é eficaz em relação a eles, seja porque outros métodos são muito onerosos e ainda assim, de eficácia apenas parcial.

É que, no Rio Grande do Sul, os principais pontos de captação da água, que abastece a Região Metropolitana da Grande Porto Alegre, estão situados no lago do Guaíba que é receptor da sub-bacia do rio Jacuí. Esta, por sua vez, é composta por 87 municípios e representa aproximadamente um terço do território estadual (71.139 km<sup>2</sup>) onde, de acordo com dados do IBGE, relativos a 1980/81, são cultivados 129.850,3 ha de arroz; 81.823,3 há de fumo; 529.359, 4 ha de milho; 1.066.893,3 ha de soja e 25.473 ha de uva. As condições geográficas do Estado são tais que, através da chuva e das próprias correntes fluviais da bacia hidrográfica, os produtos químicos empregados nestas lavouras são carregados para o lago do Guaíba, contaminando a água da Região Metropolitana, onde se concentra o maior contingente populacional do Estado.

Colocada a situação posta sob julgamento, verifica-se que, embora na ordem constitucional pretérita não houvesse um campo competencial relativo ao meio ambiente, entendia-se incluído na competência da saúde, que, no direito brasileiro, sempre pertenceu à legislação concorrente/compartimentada.

O que se discute são duas questões: (1) teria o Estado-membro avançado no campo da legislação exclusiva da União (comércio interestadual e exterior); (2) ou mesmo que se entenda somente no âmbito da legislação concorrente, teria extrapolado o limite complementar das “normas gerais” da União.

O voto do relator, Min. Aldir Passarinho, bem expõe a controvérsia: se é uma norma de proteção à saúde, ou dispõe sobre o comércio interestadual. A delimitação da matéria. Nesse voto, o relator expressamente diz que:

[. . .] Na hipótese dos autos, a questão de certo modo se identifica na objeção formulada quanto a interferir o Estado na produção e no comércio. Não é isso o que no caso prepondera – e ao Judiciário exatamente compete fixar os limites – mas sim o que se encontra em jogo são as normas de defesa e proteção à saúde, e desconhecer isso seria ignorar as notícias diárias, por todos os meios de comunicação, sobre o uso de determinados agrotóxicos e biocidas e os danos à saúde humana e a de animais que se têm verificado.

E, mais adiante, reafirma a ponderação realizada sobre o assunto que lhe parece mais importante:

[. . .], por certo que há de se ter como preponderante, até por uma escala de valores, os princípios que dizem com a defesa e proteção à saúde em relação à produção e ao consumo.

[. . .]

Não há, deste modo, como confundirem-se restrições que digam perfeitamente com a defesa e proteção à saúde, com outras que possam, apenas, pretender limitações ou vedações de uso de quaisquer outros produtos nocivos à saúde de uma coletividade, embora possam importar em uma menor comercialização de tais produtos.

Esse voto, contudo, foi rebatido pelo Min. Moreira Alves. Entendeu esse julgador tratar-se de norma que cuidava de comércio interestadual, portanto, da União, sem qualquer abertura ao direito local. Asseverou também que, em se tratando de matéria complexa (abrangendo competência exclusiva e concorrente), prevalecia a legislação federal.

Novamente, a utilização do critério da *prevalência da lei federal*, predominando o interesse nacional.

Em suas próprias palavras:

[...]Finalmente, é de atentar-se para a circunstância de que, quando determinada matéria é complexa, no sentido de envolver aspectos dos quais um incide no âmbito de competência exclusiva da União Federal e outro na esfera de competência supletiva dos Estados-membros, a disciplina dessa matéria complexa se situa exclusivamente no âmbito de competência exclusiva da União, visto como a competência exclusiva é absoluta, e, portanto, não pode ser afastada direta ou indiretamente, como ocorreria se, na matéria complexa a ser objeto de legislação, se examinasse o valor dos aspectos em jogo, para fazer prevalecer um deles, e, por via de consequência, fazer recair essa matéria na competência exclusiva da União ou na competência concorrente não cumulativa entre ela e os Estados-membros. É por isso, aliás, que, em se tratando de produção, comercialização e consumo de remédios – matéria complexa, pois envolve o comércio internacional e o comércio interestadual, a par da saúde pública – compete exclusivamente à União fazer, para todo o território nacional, restrições ou proibições de produção, comercialização e consumo deles em razão de serem nocivos à saúde. A União não teria esse poder – que nunca lhe foi negado – se, entre a competência exclusiva para legislar a respeito de comércio exterior e interestadual e a competência concorrente para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde, se pudesse dar preferência a esta para colocar tal matéria no campo dessa competência concorrente de princípios gerais, que impediria à União não só deter a exclusividade do juízo do que era nocivo à saúde, mas também, até, a de poder dizer, especificamente, se este ou aquele remédio seria, ou não, prejudicial à saúde, e, portanto, de produção, comercialização e consumo proibidos. A distinção entre competência exclusiva e competência

concorrente não se fez em atenção ao valor intrínseco das matérias que constituem objeto de uma ou de outra (saúde representa valor mais elevado do que comércio exterior e interestadual), mas, sim, em vista do interesse da federação, que exige que certas matérias, quaisquer que sejam os aspectos de que se revistam (assim o comércio exterior ou interestadual de mercadorias que possam prejudicar à saúde), tenham a mesma disciplina em todo o território nacional, o que só é possível mediante a atribuição de competência exclusiva para legislar sobre elas.

[sem grifos no original]

Reforçou, ainda, que as restrições impostas pela lei

[...]embora só se apliquem ao território do Estado do Rio Grande do Sul dado o âmbito de aplicação de lei estadual no espaço, interferem, sem dúvida alguma, no comércio exterior e no comércio interestadual, matérias de competência legislativa exclusiva da União.

E, por fim, concluiu que<sup>715</sup>:

Não fora assim, e seria possível a qualquer Estado-membro proibir o consumo, e, portanto, impedir o comércio interestadual e internacional, em seu território, de remédios, alimentos, bebidas, fumo, sob fundamento de serem prejudiciais à saúde. E, conforme os critérios estaduais, teríamos proibições e exigências diversas, desorganizando integralmente a vida econômica do país. É à União que cabe estabelecer, na defesa da saúde de todos os que se encontram no território nacional, as restrições e as proibições de produção, comércio e consumo de mercadorias que contenham substâncias nocivas. Sua competência é, nesse terreno, exclusiva.

[sem grifos no original]

Nesse julgamento, convém analisar-se, por derradeiro, os votos proferidos pelos Min. Rezek, e Min. Néri da Silveira – favoráveis à legislação do Estado-membro, pela relevante contribuição que deram ao debate.

---

<sup>715</sup> [ . . .]O problema é nacional, pois os efeitos danosos à saúde humana ou a poluição do meio ambiente não são diferentes conforme o Estado-membro onde se viva, ou onde haja rios, lagos e mananciais. E, sendo nacional, cabe à União, na estrita observância da Constituição, corrigir as falhas ou deficiências acaso existentes, inclusive por provocação dos Estados-membros, cujas representações constituem o Congresso Nacional, que, nesse terreno, não tem qualquer restrição inclusive quanto à iniciativa de lei.

O Min. Francisco Rezek entendeu não se tratar de legislação referente a produção, consumo ou o trânsito de mercadorias<sup>716</sup>. Enfatizou a necessidade de proteção à saúde, não podendo a União subtraí-la dos Estados

[. . .]Não há como conceber possa a União, valendo-se da regra que lhe permite estabelecer normas gerais de defesa e proteção da saúde, fixar limites a esse empenho protetivo – porventura mais firme em algumas das unidades federadas – em nome da salvaguarda de outros valores, de outros bens jurídicos que não a própria saúde. Assim, neste exato domínio, jamais poderia reputar-se ofensiva à Constituição a lei estadual que multiplicasse as cautelas e os métodos de defesa da saúde, salvo quando ofensiva a outra norma constitucional, concebida para preservar valor jurídico diverso.

Simplesmente entendeu tratar-se de delimitação diversa da matéria, mas sem maior esforço argumentativo na fundamentação.

Por fim, o Min. Néri da Silveira, após enfatizar que o direito à saúde respaldaria a tutela jurídica do meio ambiente<sup>717</sup>, não encontrou na legislação impugnada elementos de comércio interestadual:

Não compreendo, por isso mesmo, que as normas estaduais impugnadas importem em regramento sobre comércio interestadual e exterior. Se a incidência dessas disposições, - tal como sucede com normas federais constantes do Decreto nº 24.114, de 12.4.1934, e leis sobre polícia sanitária, - repercutem no consumo e uso dos produtos previstos em ditas regras do Estado, as restrições não se destinam, basicamente, a operações de troca, intermediação, circulação, intercâmbio desses produtos, no plano interestadual ou com o estrangeiro, mas, fundamentalmente, por sua natureza limitam ou proíbem o uso e consumo no território do Estado. Ora, se nesse confronto, antes, de normas em torno de consumo, caberia, aí, cogitar e não de comércio interestadual ou internacional, força é admitir-se que, também, em tal plano, possuem os Estados-membros competência legislativa supletiva, a teor do art. 8º, XVII, letra 'd', e parágrafo único, da Constituição Federal [. . .]Peço vênias ao Ministro Francisco Rezek para, neste passo, adotar as explicitações de seu preciso voto, ao demonstrar a

716 [. . .] A legislação estadual em exame, neste caso, diz estrito respeito ao uso de agrotóxicos no Rio Grande do Sul. Nada tem a ver com a produção, com o trânsito em qualquer sentido, ou mesmo com a circulação interna desses produtos. Esses diplomas não excluem, sequer, a possibilidade legal de que o Rio Grande do Sul venha a transformar-se, por acaso, no maior entreposto atacadista de agrotóxicos do país.

717 [. . .]FILHO, José Celso de Mello, *in* CONSTITUIÇÃO FEDERAL ANOTADA, p. 40, escreveu: “A tutela jurídica do meio ambiente decorre da competência para legislar sobre defesa e proteção da saúde. A competência, nessa matéria, é concorrente, repartindo-se entre a União, os Estados-membros e os Municípios. A União compete, apenas, editar as normas e os princípios gerais, não podendo ir além”.

inviabilidade de se compreender a disciplina em foco como comércio interestadual ou exterior.

Portanto, simplesmente procedeu a uma delimitação distinta, pelo critério da subsunção.

Nesse julgamento, ficou evidenciada a importância da delimitação do assunto de que trata a lei, e as modalidades de soluções para o problema utilizadas. A (1) preponderância entre os temas (interesses) envolvidos; (2) classificação do tema em uma competência, seja a federal (prevalência do direito federal), ou por entender tratar-se de matéria relativa ao direito à saúde (meio ambiente), mostrando-se razoável a legislação estadual questionada, preponderando esse interesse.

Esse caso, ressalte-se, colocou relativamente bem as questões que devem ser enfrentadas, embora não satisfatoriamente resolvidas, tanto que se mostrou incapaz de consolidar um efetivo precedente, sendo decidida, ao final, pelo controverso critério do voto-médio.

#### **4.3.2.3 Jurisprudência contemporânea do STF**

Na ordem constitucional atual, por diversas vezes a Corte Suprema foi instada a se manifestar sobre o tema dos agrotóxicos. Em sede incidental, sobre a mesma lei gaúcha 7.742/82, por exemplo, tem-se o RE 286.789-6/RS, 2ª Turma, 08.03.05, unânime. Após reportar ao julgamento da Rp. 1153-4, ressaltou a relatora, Min. Ellen Gracie, que

[. . .]os produtos com a natureza dos ora em análise, além de potencialmente prejudiciais à saúde humana, podem causar lesão ao meio ambiente. O Estado do Rio Grande do Sul, portanto, ao fiscalizar a sua comercialização, também desempenha competência outorgada no art. 23, VI, da Constituição atual.

Da mesma forma, a Lei nº 7.747/82 também encontra amparo no art. 24, VI, da Constituição vigente, que, a exemplo da proteção à saúde, confere atribuição para Estados, Distrito Federal e União legislarem sobre a defesa do meio ambiente, respeitada a competência desta última para traçar normas gerais.

Simplesmente, reportou-se à Rp. 1153-4/RS, não aprofundando a discussão.

Mais recentemente, tem-se o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.813/RS, Rel. Min Dias Toffoli. Nesse caso, o objeto da ação direta é a lei estadual gaúcha nº 12.427/2006, cujo art. 1º diz:

[...]proíbe a comercialização, a estocagem e o trânsito de arroz, trigo, feijão, cebola, cevada e aveia e seus derivados importados de outros países, para consumo e comercialização no Estado do Rio Grande do Sul, que não tenham sido submetidos à análise de resíduos químicos de agrotóxicos ou de princípios ativos usados, também, na industrialização dos referidos produtos.

A alegação de inconstitucionalidade sustentou que a lei, ao proibir a comercialização, a estocagem e o trânsito dos produtos que menciona, quando provenientes do exterior, violou os incisos V e XII do art. 24 (competência concorrente dos Estados e da União Federal para legislar sobre “*produção e consumo*” e sobre “*previdência social, proteção e defesa saúde*” ), e o inciso VIII do art. 22 da Constituição Federal, que trata da competência privativa da União para legislar sobre “*comércio exterior e interestadual*”.

Mais um típico conflito (1) no âmbito da legislação concorrente; ou (2) competência concorrente v. privativa.

O relator, após ressaltar que a proibição em questão tinha objetivo claro de evitar que a população gaúcha consumisse produtos contaminados por agrotóxicos, entendeu haver violação à competência exclusiva da União para legislar sobre comércio exterior:

[ . . . ] De tal sorte, tendo a Lei estadual nº 12.452/2006 definido requisitos próprios e específicos para o ingresso de produtos estrangeiros no Estado do Rio Grande do Sul, invadiu ela, indubitavelmente, competência legislativa privativa outorgada à União, pelo art. 22, inciso VIII, da Constituição.

É evidente, por outro lado, que não seria possível compreender a matéria como pertencente ao âmbito legislativo concorrente dos Estados-membros, sob o argumento de tratar-se de legislação concernente à proteção da saúde dos consumidores (CF, art. 24, incisos V e XII, §§ 1º e 2º).

Primeiramente, porque, se é verdade que a questão toca, sob certo ponto de vista, em temas de competência concorrente (consumo e proteção à saúde), predominam, na hipótese, os limites da competência privativa da União para legislar sobre comércio exterior e interestadual.

[ . . . ]

Assinalou, também, haver legislação federal sobre o tema, bem como tratar-se de situação distinta àquela do amianto analisada na ADIMC nº 3.937/SP (amianto).

Destacou, por fim, que a legislação criou embaraços indevidos ao comércio exterior e estadual, mesmo que não alterando a legislação federal no que refere ao rol de substâncias proibidas, invadindo indevidamente a competência da União:

Não é o que ocorre na presente hipótese, em que a norma impugnada não altera a relação dos agrotóxicos permitidos, para o que remete à legislação federal. O que ela faz é criar um certificado estadual para os produtos agrícolas, de modo a permitir que as próprias autoridades estaduais fiscalizem a existência de resíduos de agrotóxicos, invadindo competência que é própria das autoridades federais dos Ministérios da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e da Saúde.

Ao fazê-lo, a lei estadual criou embaraços indevidos ao comércio exterior e estadual, restringindo a circulação dos produtos agrícolas que menciona e, por isso, a meu ver, é inconstitucional.

Importante mencionar-se, também, que nesse conflito competência concorrente v. competência privativa, expressamente acolhe ensinamento doutrinário de Fernanda Almeida, que nada mais consagra do que o critério da *prevalência da lei federal*.

Extrai-se do voto o seguinte trecho:



Primeiramente, porque, se é verdade que a questão toca, sob certo ponto de vista, em temas de competência concorrente (consumo e proteção à saúde), *predominam, na hipótese, os limites da competência privativa da União para legislar sobre comércio exterior e interestadual*. Como explicita Fernanda Dias Menezes de Almeida:

“Caso interessante de conflito de competência legislativa pode surgir quando matéria objeto de competência legislativa privativa de determinada esfera de poder também se possa interpretar como sendo objeto de competência legislativa concorrente.

*(...) em hipóteses do gênero parece-nos que devam prevalecer as determinações emanadas do titular da competência legislativa privativa.*

Como já frisamos em outro tópico, *quando o constituinte, não obstante conscientizado da importância de uma maior descentralização e colaboração entre os entes federativos, defere privativamente a um deles competência para normatizar determinada matéria, é porque haverá razões suficientes para a concentração da competência.*”

(*Competências na Constituição de 1988*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 159/160). [destaques no original]

Esses argumentos possuem algumas contradições. Por exemplo, refere que os produtos constantes da lei estadual encontram-se conforme a legislação federal (portanto, dentro das “normas gerais”), contudo entende que a criação de um certificado estadual para fiscalização desses mesmos produtos criaria “embaraços ao comércio exterior”, e restringiria a comercialização desses produtos. Não esclarece quais embaraços são esses, e como pode um aumento de fiscalização, do mesmo produto federal, prejudicar justamente os objetivos determinados por essa lei, desconsiderando as peculiaridades fronteiriças do Estado-membro.

Observa-se nitidamente algumas das críticas que se tem efetuado neste trabalho às decisões do Supremo Tribunal Federal. Além de uma fundamentação que carece de elementos e razões mais aprofundados, ao final acaba se recorrendo à presunções, a de que em havendo conflito entre legislação federal e estadual *prevalece a legislação federal*. No fundo, entende-se haver uma predominância do interesse federal, razão pela qual se justificaria a decisão do constituinte originário em determinar-se a competência privativa, exclusiva da União.

Isso constituiu um equívoco, como o demonstra a concepção de transversalidade da doutrina espanhola. Deve-se delimitar as matérias dentro do

possível, e, havendo confluência/conexão, mister procurar-se respeitar os respectivos limites de atuação, de modo a não menoscabar nenhuma das competências.

Ao final, a questão ressurgiu no Supremo Tribunal Federal na ADPF 221/DF. Ainda não analisado pela Corte, convém explicar somente os argumentos que ressurgem na demanda. Novamente, contra a lei gaúcha nº 7.747/82. O objeto dessa ação é a inconstitucionalidade do § 2º do artigo 1º da Lei Estadual nº 7.747, de 22 de dezembro de 1982, bem como o inciso II do art. 2º e a íntegra do art. 3º do Decreto nº 32.854/88 (com a redação dada pelo Decreto nº 35.428/94), todos do Estado do Rio Grande do Sul.

A fundamentação se foca na inconstitucionalidade das restrições impostas pela lei estadual, que ao fazê-lo infringiram a competência privativa da União para legislar sobre comércio exterior e interestadual, a teor do inciso VIII do art. 22 da Constituição de 1988, razão pela qual devem ter a sua não-recepção reconhecida pela Corte Suprema.

O argumento central da petição inicial resume-se aqui<sup>718</sup>:

[...]

Poder-se-ia argumentar, Excelência, que o § 2º do art. 1º da Lei nº 7.747/82 buscou tratar de tema relacionado à proteção do meio ambiente ou, ainda, à proteção e à defesa da saúde, o que, em tese, atrairia a incidência das normas contidas nos incisos VI e XII do art. 24 da Lei Maior, permitindo, ao Estado do Rio Grande do Sul, laborar na seara da legislação suplementar (§ 2º do art. 24 da CF/88)[ . . . ]

Ocorre, todavia, que a União, no exercício da sua competência privativa para regular "comércio exterior", editou a Lei federal nº 7.802/89. Diploma legislativo que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins [ . . . ]

---

<sup>718</sup> Segundo consta da petição inicial, convém esclarecer que “a disposição contida no § 2º do art. 1º da Lei Estadual nº 7.747/82 não foi objeto do pronunciamento desse pretório excelso, quando da representação oferecida pela Procuradoria Geral da República, uma vez que houvera sido vetado pelo Excelentíssimo Governador do Estado. Veto, porém, que, em momento posterior ao julgamento da representação em comento, acabou por ser derrubado no âmbito do legislativo estadual.”

[...]

Do ponto de vista prático, como um agrotóxico que não esteja cadastrado perante o órgão estadual competente não pode ser comercializado no âmbito do seu território, é incontestável que o bloco normativo em questão — em vista de erigir como condição para o cadastro dos agrotóxicos perante o órgão ambiental do Rio Grande do Sul, quando decorrentes de importação, tenham o uso autorizado no país de origem —, chama a si a disciplina de matéria cuja competência legislativa é reservada à união, por isso que relativa ao comércio exterior e interestadual como outrora já afirmou essa arguição.

Ou seja, a questão volta novamente à Suprema Corte, com a mesma argumentação da Rp. 1.153/RS. A legislação estadual, no intuito de conferir maior efetividade à proteção do meio ambiente, (1) desbordou dos estritos limites da legislação suplementar que lhe competia, invadindo o âmbito das “normas gerais” da União; (2) teria legislado sobre comércio exterior e interestadual, âmbito de competência privativa da União, e, portanto, meio inadequado para a obtenção da finalidade perseguida.

Espera-se que o Supremo Tribunal Federal reafirme a constitucionalidade da lei gaúcha, pois se acredita possível o estabelecimento de um mínimo denominador comum pela legislação federal, não constituindo óbice o incremento dos níveis protetivos eventualmente estabelecidos pelos Estados-membros, de acordo com as peculiaridades locais e observada a lealdade federal.

#### **4.3.3 Os licenciamentos ambientais (EIA/RIMA)**

Atualmente, um dos maiores problemas ambientais brasileiros, e que a nova Lei Complementar 140/2011 procura solucionar, embora com pouco êxito até agora, refere-se à questão dos licenciamentos ambientais<sup>719</sup>.

<sup>719</sup> É importante destacar que “o licenciamento ambiental consiste em um dos mais importantes instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, sendo definido pela LC 140/11 como o *procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental* (art. 2º, I). O licenciamento é obrigatório para as atividades arroladas no Anexo da Res. 237/97, embora possa ser exigido para outras atividades, de acordo com o entendimento discricionário do órgão ambiental, pois o conceito de “*atividades utilizadoras de*

Não é gratuito, assim, que até Constituições Estaduais tenham tentado realizar o disciplinamento da matéria. Como se sabe, o licenciamento é a etapa por excelência onde se consagra o princípio da prevenção, e que objetiva resguardar ao máximo a ocorrência de danos ao meio ambiente.

Em uma federação complexa como a brasileira, com um patrimônio natural dos maiores do planeta, e com a necessidade de conciliar desenvolvimento econômico sustentável e proteção ambiental, parece inevitável seja esse um dos pontos de discussão por excelência, e conseqüentemente de conflitos federativos. Aliás, oportuno referir a existência de propostas de alteração da própria Constituição (PEC nº 65/2012), e da disciplina legal da matéria, sempre no intuito de abrandamento das exigências ambientais, ou mesmo suprimindo-as completamente, a demonstrar a polêmica em torno da questão do licenciamento<sup>720</sup>,

Aqui o estudo se concentra em algumas constituições estaduais e leis que tentaram disciplinar a matéria, inclusive dispensando a realização de EIA/ RIMA, necessário para grandes empreendimentos. O ponto relativo à limitação competencial (pelo dano ou outro critério), será analisado no item específico sobre a Lei Complementar 140 (item 5.3.4.2).

#### 4.3.3.1 Breve introdução: contexto fático

---

*recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidores*” é indeterminado e suscetível de ser preenchido à luz do caso concreto. Trata-se de um procedimento e não de um processo, cujo fundamento reside na possibilidade, constitucionalmente outorgada, de o Poder Público impor condições ao exercício do direito de propriedade e do direito ao livre empreendimento, a fim de que a função social da propriedade e da empresa sejam observadas (art. 5º, XXIII, 170, III e VI, e parágrafo único, 182, § 2º, e 186, II, todos da Constituição Federal de 1988).” in MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. 7ª Edição. Editora Verbo Jurídico. Porto Alegre: 2013. p. 91

<sup>720</sup> A PEC nº 65/2012 acrescenta o § 7º ao art. 225 da Constituição: “§ 7º A apresentação do estudo prévio de impacto ambiental importa autorização para a execução da obra, que não poderá ser suspensa ou cancelada pelas mesmas razões a não ser em face de fato superveniente.” É flagrantemente inconstitucional, pois praticamente elimina o procedimento de licenciamento ambiental, além de restringir totalmente o exercício da atividade administrativa, suprimindo inclusive o poder de a Administração Pública revisar seus próprios atos. Ver ainda os Projetos de Lei nº 654/2015 (altera o licenciamento de obras consideradas estratégicas); o PL nº 8.062/2014, e o PL nº 3.729/04 (com 11 apensos). Todos procuram a denominada “flexibilização” dos licenciamentos, palavra que, nesse contexto, deve ser entendida com muita reserva, visto que o real sentido, o mais das vezes, é suprimir esses licenciamentos,

Atualmente, há um quadro de crise energética no Brasil, ocasionado principalmente por secas intermitentes na região Sudeste e Centro-Oeste. Este fato, além de gerar uma crise hídrica sem precedentes, principalmente no Estado de São Paulo, também repercutiu na produção energética brasileira, devido não somente ao aumento populacional e de consumo das últimas décadas, mas também pelo alto percentual da matriz energética brasileira vinculada à hidroeletricidade.<sup>721</sup>

Faz alguns anos, contudo, que o governo brasileiro tem se empenhado numa redefinição da matriz energética nacional, começando a investir em outras fontes de energia, destacando-se a nuclear, gás, e a eólica. Também houve consideráveis investimentos para a construção de novas usinas hidrelétricas, principalmente na região Norte do Brasil (Amazônia).

Nesse contexto, diversos conflitos normativos e federativos se estabeleceram. Como já ressaltado, não somente em decorrência da complexa distribuição competencial brasileira disposta na Constituição, mas também, mesmo quando não discutida a competência normativa, pelas questões referentes ao licenciamento e fiscalização desses empreendimentos.

Os impactos desses empreendimentos são significativos, as demandas judiciais inúmeras. As alterações e impactos ao meio ambiente, e às populações atingidas, muitas vezes, dramáticos.

A Usina de Itaipu, por exemplo, construída de 1975 a 1982, com capacidade de geração de energia de 14 GW (17% do consumo brasileiro; 75% do paraguai), a segunda em potência do mundo, custou U\$ 27 bilhões e inundou uma área de aproximadamente 1.350 km<sup>2</sup><sup>722</sup>, ocasionando o desaparecimento das Sete Quedas. Houve milhares de pessoas desapossadas de suas terras, e algumas comunidades indígenas foram atingidas.

Recentemente, assiste-se no Brasil ao drama que tem sido a construção da usina de Belo Monte. O Ministério Público Federal já ajuizou, desde 2001, 16

---

<sup>721</sup> Segundo dados da ANEEL, em 2006, das 1598 usinas que compunham o parque gerador brasileiro, (a) 638 eram usinas hidrelétricas (40%); (b) 101 usinas a gás (6,3%); (c) 566 de petróleo (35,42%); (d) 269 de biomassa (16,83%); (e) 2 de nuclear; (f) 7 de carvão mineral; (g) 15 de eólica. Pelo Relatório do Banco Mundial sobre Licenciamento de Empreendimentos Hidrelétricos no Brasil, em 2015 a participação da hidroeletricidade dentre as fontes de energia será de 73% (p. 23)

<sup>722</sup> <https://www.itaipu.gov.br/sala-de-imprensa/perguntas-frequentes> em 28.02.15 às 17:35h

(dezesseis) ações civis públicas questionando o empreendimento<sup>723</sup>. A título ilustrativo, talvez caiba referir que serão inundados milhares de quilômetros quadrados de floresta Amazônica no Pará, centenas de comunidades indígenas serão atingidas, será alterado o curso do Rio Xingu. Tudo isso para a geração de hidroeletricidade, em capacidade máxima, por somente 4 (quatro) meses do ano.

Todos esses casos, como se observa, possuem diversas questões ambientais envolvidas, sendo que a principal delas, e que encobre um conflito federativo subjacente, refere-se ao licenciamento. O binômio desenvolvimento econômico e proteção ao meio ambiente, novamente, se encontra no centro das discussões.

Analisa-se aqui dois casos paradigmáticos julgados pela Suprema Corte.

#### **4.3.3.2 Questões decididas pelo Supremo Tribunal Federal**

Dois casos se sobressaem nessa questão de licenciamento, principalmente quanto à exigência de Estudos de Impacto Ambiental (EIA) para grandes empreendimentos.

O primeiro deles foi a ADI 1086-7/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, onde se discutiu o § 3º do art. 182 da Constituição de Santa Catarina, que isentava as áreas florestadas ou objetos de reflorestamento para fins empresariais do EIA, inserindo-as no contexto de legislação infralegal a exigir planos de manejo. Foi alegada violação ao art. 225, § 1º, inciso IV, da CF/88.

Em seu voto, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo, o relator fundou-se no requisito de ordem material (Art. 225, § 1º, CF/88), e também no aspecto formal. Em relação ao primeiro, concluiu que:

---

<sup>723</sup> Cf. <http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2010/noticias/belo-monte-os-problemas-do-projeto-e-a-atuacao-do-mpf>

[. . .] Como ressaltei quando da apreciação da medida cautelar, a atividade de florestamento ou reflorestamento, ao contrário do que se poderia supor, não pode deixar de ser tida como eventualmente lesiva ao meio ambiente, quando, por exemplo, implique substituir determinada espécie de flora nativa, com as suas próprias especificidades, por outra, muitas vezes sem nenhuma identidade com o ecossistema local e escolhidas apenas em função de sua utilidade econômica, com ruptura, portanto, do equilíbrio e da diversidade da flora local.

Dessa forma, ao excepcionar a exigência de prévio estudo de impacto ambiental nos casos de áreas florestadas ou objeto de reflorestamento, o § 3º do art. 182 da Constituição catarinense viola o previsto na Constituição Federal, que determina a realização de tal estudo para a instalação de qualquer atividade potencialmente causadora de degradação ao meio ambiente.

Já quanto ao aspecto formal, refere não haver peculiaridade local a justificar o campo de incidência complementar estadual (mesmo em sede de poder constituinte derivado). Somente a lei federal poderia estabelecer exceções, por se tratar de matéria afeta às “normas gerais” da União:

Por outro lado, é certo que, pela lógica sistemática da distribuição de competência legislativa, apenas a lei federal seria apta a excluir hipóteses à incidência do aludido preceito geral, já que se trata de matéria nitidamente inserida no campo de abrangência das normas gerais sobre conservação da natureza e proteção do meio ambiente e, não, de normas complementares, que são da atribuição constitucional dos Estados-membros (art. 24, inc. VI, da CF).

Não é de ser invocada, igualmente, a competência legislativa plena dos Estados-membros (art. 24, § 3º, da CF), quando menos porque não se compreende qual seja a peculiaridade local que se estaria atendendo com a edição de uma regra constitucional com tal conteúdo normativo.

O segundo caso refere-se à ADINMC nº 3.252-6/RO, em que se discutia a constitucionalidade do art. 8º, II, e art. 14, da Lei nº 547/93, alterados pela Lei nº 1.315/2004. Essa última passou a condicionar a expedição de licenciamento ambiental à autorização prévia da Assembleia Legislativa. O conflito aqui foi entre direito ao meio ambiente, separação dos poderes e princípio federativo.

O Ministro relator, Gilmar Mendes, após referir o decidido na ADI 1.505/ES, Rel Min Eros Grau, 24.11.04, em que se concluiu que as autorizações ambientais

são típicas atividades do Poder Executivo e assim são tratadas pela lei 6.938/8, assim se pronunciou sobre as questões:

[ . . . ] Desse modo, condicionar a aprovação de licenciamento ambiental à prévia autorização da Assembléia Legislativa implica uma indevida interferência do Poder Legislativo na atuação do Poder Executivo, não autorizada pelo art. 2º da Constituição.

Acrescente-se que as normas gerais, relativamente ao licenciamento ambiental, são de competência da União (art. 24, VI, da Constituição).

Ou seja, a matéria diz respeito ao campo das “normas gerais” da União, sendo que somente esta pode legislar sobre eventuais restrições ao art. 225, §1º, inciso IV, da CF/88.

Nesses casos, verifica-se que o conflito se situou no âmbito da legislação concorrente somente, e aos limites das “normas gerais”, sem uma maior fundamentação sobre o tema. Antes pelo contrário, definiu-se que as restrições somente poderiam ser impostas pela lei federal, o que constitui equívoco. O nível protetivo pode ser aumentado, desde que justificado e orientado às peculiaridades locais. Inadmissível seria, como na primeira situação, diminuir o grau protetivo, ou, como no segundo caso, condicionar uma atividade estritamente administrativa, técnica, como o licenciamento ambiental, à conveniência de juízos políticos.

#### **4.3.4 Outras questões ambientais**

Nesse ponto, passa-se a analisar-se outras decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em que há conflitos federativos União v. Estados-membros, em matéria ambiental, e verificar quais as controvérsias que se estabeleceram e como foram decididas.



#### 4.3.4.1 Discussões envolvendo competência comércio e transportes (conexão)

Um dos primeiros exemplos refere-se ao “caso do transporte de madeira em toras”. Trata-se da ADI 280-5/MT, em que o art. 346, caput, da Constituição do Estado do Mato Grosso, dizia que no “exercício da atividade de extração ou exploração florestal do território estadual, fica condicionado à observação das normas da legislação federal pertinente, sendo vedada a saída do Estado de madeira em toras.”

Alegou-se violação ao art. 22 da Carta Magna, que declara competir privativamente à União legislar sobre comércio interestadual, o que exclui a atividade legiferante dos Estados-membros, ainda que no campo de seu direito constitucional positivo.

O caso não era novo perante a Suprema Corte, tendo sido apreciado na ordem constitucional pretérita (Rp. 1.049/AM, 20.05.81, Rel. Min Leitão de Abreu; Rp. 1.029-5/PA 17.04.80, Relator: Min Cordeiro Guerra).

Assim se manifestou o relator, Min. Francisco Rezek:

[ . . . ]Na Representação nº 1.049 – AM, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 1.352 de 03.12.79, do Estado do Amazonas, que autorizava o Poder Executivo a regulamentar a saída de madeira in natura do Estado e do Decreto nº 4.835 de 05.03.80, que a regulamentou. (Relator Ministro Leitão de Abreu, RTJ-94-p.1002). Na Representação nº 1029 – PR, foi declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 4.866 de 31 de outubro de 1979, do Estado do Paraná, que proibia a saída de madeira em toras do Estado para outras unidades federadas ou para o exterior (Relator o Ministro Cordeiro Guerra RTJ-94 p. 496). No julgamento da Representação nº 1.111 – MS o Supremo Tribunal Federal reputou inconstitucional a Lei nº 214 de 25 de maio de 1981 do Estado do Mato Grosso do Sul, que proibia o corte de madeira de lei no território do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição.

Sobre os fundamentos de sua decisão, no que interessa especificamente ao conflito federativo apresentado, ressaltou trecho do parecer que proferiu enquanto Procurador da República na Rp 1029-5/PA:

[. . .]

“ A lei atacada, é bem de ver, não se veste da suposta preocupação ecológica, eis que, sob seu império, nenhuma imunidade cobre as matas paraenses contra quem pretenda devastá-las com o fim de promover, ali mesmo, a industrialização incipiente. A lei é marcada pelo protecionismo comercial, tendência louvável em si mesma, e largamente aplicada a nível nacional, em toda parte.

Sucedo que a legislação protecionista refoge, em nosso sistema, ao âmbito da competência dos Estados. Não se cuida, aqui, em absoluto, de ‘produção e consumo’, mas de comércio exterior e interestadual, matéria em que, nos termos do artigo 8º, inciso XVII, alínea 1, da Constituição da República, a competência legislativa federal se afirma com exclusividade. Tem-se como implícita, ademais, no texto constitucional, a convicção de que o termo comércio diz respeito a qualquer espécie de bem negociável, não aproveitando à defesa da lei em exame a circunstância de se restringir a proibição ao trânsito da madeira em estado bruto.” (RTJ – 94/499).

Conveniente transcrever, aqui, os motivos que fundamentaram a expedição dessa lei pelo legislador estadual, constante no caso da Rp. 1029-5/PA, 17.04.80, Relator: Min Cordeiro Guerra.

Assim as informações do Governador do Estado do Pará:

[ . . . ] Temos no Estado indústrias que beneficiam madeira e que ficavam ociosas, já que os manipuladores da devastação remetiam o produto do abate, ou seja, as toras diretamente para outros centros, onde essas toras sofriam desdobramento, transformando-se em pranchas, tábuas, tacos e lâminas de compensado, sem que o Estado do Pará, sangrado em suas riquezas naturais, nem sua gente, tivessem qualquer proveito econômico, social ou de qualquer ordem.

A lei estadual em questão visou, portanto, minorar um pouco o processo de destruição do nosso patrimônio madeireiro, coibindo os abusos, racionalizando e disciplinando o aproveitamento das árvores abatidas, e, por outro lado, apoiar a indústria local de transformação, cuja oferta de trabalho era relegada a plano inferior pelos abatedores, que levavam a madeira em estado bruto, para ser industrializada fora do nosso Estado.

O Pará é um Estado que dispõe de poucos recursos, e tem em suas reservas florestais um patrimônio que precisa ser preservado e usado racionalmente, para que não se extinga a curto prazo, e demeritório seria para os responsáveis pelos Poderes Públicos estaduais cruzar os braços, deixando que a manipulação daquelas riquezas continuasse a ser feita desordenadamente e livre de quaisquer condições preservadoras.

Entendeu o relator que “condicionar o Estado o comércio interestadual ou exterior da madeira a sua prévia industrialização é, a meu ver, dispor sobre

condições do próprio comércio, o que é da competência privativa da União”. (Rp. 1.029/PA, Rel. Min. Cordeiro Guerra).

Essas ações evidenciam o conflito federativo entre União (comércio interestadual), e proteção ao meio ambiente (União e Estados), sendo que na verdade a lei estadual objetivou expressamente regulamentar interesse comercial do Estado-membro. A Exposição de Motivos da lei, em caso raro, explicou claramente que os objetivos da norma eram definitivamente comerciais (proteção da indústria e comércio locais). Trata-se, assim, de uma situação de evidente desvio de finalidade da legislação, de inadequação da norma utilizada (ilegítima) para a obtenção do fim pretendido.

Na ADI nº 3.035/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, discutia-se a Lei 14.162, de 27.10.03, do Estado do Paraná, que, no intuito de conferir maior proteção à questão dos consumidores na biossegurança (soja transgênica), proibiu a utilização do Porto de Paranaguá por navios e outros meios de transporte.

O relator, ao julgar o caso, assim se manifestou, declarando a inconstitucionalidade:

[. . .]

A lei estadual disciplina tanto matérias de competência privativa da União quanto matérias de competência concorrente.

Do exame do ato impugnado, especialmente em seus arts. 1º, 2º e 5º, verifica-se potencial ofensa à competência privativa da União no que toca à disciplina da comercialização (art. 22, I, da CF), importação e exportação (art. 22, VIII, CF), e regime dos portos (art. 22, X, CF).

Também é plausível a alegação de inconstitucionalidade no que toca às matérias de competência legislativa concorrente.

[. . .]

Há pelo menos uma Lei federal que, de modo mais amplo que aquela Medida Provisória, contempla a matéria ora disciplinada pelo Estado do Paraná. Refiro-me, especialmente, à Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, que estabelece normas sobre o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados.

[. . .]

Não é difícil perceber que as normas estaduais estão a se superpor a uma disciplina de caráter geral formulada no âmbito da União.

Além de entender ter ocorrido invasão do campo de legislação exclusiva da União, entendeu-se haver um desbordamento do tema, pelo Estado, do estrito âmbito da legislação suplementar dos Estados:

[ . . . ]

De fato, considerada apenas Lei 8.974, tem-se um ato federal, com regramento que abrange toda a matéria tratada no ato estadual impugnado. Nesse contexto, não parece razoável admitir a existência de um ato estadual que, ao fixar disciplina de caráter nitidamente geral, acaba por afastar a aplicação daquele ato federal.

Nesse julgamento, observa-se mais uma vez a utilização de uma concepção inadequada das “normas gerais”. Admitiu-se uma legislação extremamente detalhista, que não permite qualquer margem de complementação e desenvolvimento à legislação do Estado-membro. Ao contrário do que seria esperado, foi justamente a norma estadual declarada inconstitucional.

Outro caso análogo, mas recorrente na federação brasileira, refere-se à ADI nº 3645-9/PR<sup>724</sup>, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 01.09.06, em que se impugnava a Lei nº 14.861/05, do Estado do Paraná, que determinava fossem colocadas informações sobre organismos geneticamente modificados em alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano e animal. Alegou-se, também, que o Estado ultrapassou os limites da competência complementar do art. 24, V e XII.

Assim decidiu a relatora:

[ . . . ]<sup>3</sup>. Não resta dúvida de que seja, tratando sobre consumo (CF, art. 24, V), seja sobre proteção e defesa da saúde (CF, art. 24, XII), busca o Diploma estadual impugnado inaugurar uma regulamentação paralela e explicitamente contraposta à legislação federal vigente, suprimindo, no âmbito do indispensável dever de informação ao consumidor, a tolerância de até um por cento de transgenia acaso existente no produto ofertado. Esta oposição ao modelo federal foi abertamente declarada nas informações prestadas pelo Governador do Estado do Paraná. Apesar de

---

<sup>724</sup> No mesmo sentido, ADI 750-5/RJ Rel. Min. Octavio Gallotti

politicamente legítima tal oposição, não poderia ela se converter em atividade legislativa praticada muito além dos limites impostos pela regra constitucional de competência concorrente suplementar de que dispõem os Estados.

[ . . . ]

5. No julgamento da Adi 3.035, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.10.05, este Supremo Tribunal Federal reconheceu que a Lei 14.162/03, também do Estado do Paraná, havia usurpado a competência da União para legislar, por meio de normas gerais, sobre produção, consumo e proteção à saúde e ao meio ambiente ao vedar, no território daquela unidade federada, a importação, a industrialização e a comercialização de organismos geneticamente modificados destinados à produção agrícola e à alimentação humana e animal. Naquela assentada, asseverou o eminente relator, Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, que *“não se afigura admissível que no uso da competência residual o Estado do Paraná formule uma disciplina que acaba por afastar a aplicação das normas federais de caráter geral.”* Concluiu, ainda, S.Exa., que *“aplicada a Lei estadual, restará obviamente prejudicada a eficácia do ato federal, que foi editado para a solução de um problema que transcende a esfera de Estados singulares.”*

Aqui também a mesma situação de uma concepção inapropriada de “normas gerais”, como se à União competisse legislar sobre praticamente tudo, e ao Estado-membro coubesse apenas completar eventuais lacunas, de acordo com as peculiaridades locais. Justamente o afirmado quando do julgamento na ADI nº 2.396/MS, e não por acaso mencionado expressamente na ADI nº 3.035/PR, e este por sua vez nesse último caso referido.

Outro julgamento que merece ser mencionada é a legislação do Estado do Rio Grande do Norte, que, no intuito de proteção à sua riqueza natural, o sal marinho (na verdade, com objetivos exclusivamente comerciais), também usurpou a competência legislativa da União para legislar sobre comércio interestadual. Trata-se de ADIMC nº 2.866-9/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, 25.09.03, assim sintetizado:

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Associação Brasileira dos Extratores e Refinadores de Sal - ABERSAL contra a Lei Estadual nº 8.299, de 29 de janeiro de 2003, do Estado do Rio Grande do Norte, que "dispõe sobre formas de escoamento do sal marinho produzido no Rio Grande do Norte e dá outras providências". 2. Legitimidade ativa. 3. Inaplicabilidade, no caso, do critério adotado para a definição do caráter nacional dos partidos políticos (Lei nº 9.096, de 19.9.1995: art. 7º), haja vista a relevância nacional da atividade dos associados da ABERSAL, não obstante a produção de sal ocorrer em poucas unidades da federação. 4. Plausibilidade da arguição de inconstitucionalidade. 5. Competência da União para legislar sobre comércio (art. 22, VIII, da Constituição). Precedentes: ADI 280, Rel. Min. Rezek, DJ de 17.6.94; ADI(MC) 349, Rel.

Min. Marco Aurélio, DJ de 26.10.1990; e ADI 2656, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 1º.8.2003. 6. Conveniência da suspensão do dispositivo, haja vista a expressiva participação do Estado do Rio Grande Norte na produção nacional de sal marinho. 7. Concessão unilateral de incentivos fiscais. 8. Aparente ofensa à regra do art. 155, § 2º, XII, g. 9. Liminar deferida para suspender o art. 6º, caput e § 4º, o art. 7º e o art. 9º da lei estadual impugnada

O Ministro Relator, em seu voto, disse que a lei dispunha sobre o escoamento do sal marinho, inclusive suspendendo o que não fosse industrializado no Estado(art. 6º), e, após comparar com o caso da ADI nº 280/MT (madeira em toras), entendeu restar evidente que a limitação ao comércio de sal marinho, tal como fixada no art. 6º, § 4º, da Lei estadual impugnada, representava usurpação daquela competência constitucional da União, relativa ao comércio interestadual e exterior (art. 22, VIII, da CF).

Por derradeiro, convém expor um julgamento, que embora não envolva questão ambiental expressa (direito do consumidor v comércio interestadual), foi decidido favoravelmente ao Estado-membro. Situação rara essa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Na ADI nº ADI 2.832-4/PR, a Lei nº 13.519, de 8.12.2002, do Paraná, estabelecia obrigatoriedade de informação (a porcentagem de cada espécie vegetal que compõe o produto) nos rótulos de embalagens de cafés comercializados no Estado. Alegava, o autor, violação ao art. 22, I e VIII, da Constituição, pois legislou sobre comércio interestadual, de competência privativa da União.

A Corte entendeu tratar-se de proteção ao consumidor, e não comércio interestadual. Após citar o precedente da ADI 1.980/PR, o relator Min. Lewandowski, disse que:

[. . .]

Quanto à alegada violação aos incisos I e VIII do artigo 22 da Constituição, constato que a norma impugnada não usurpou competência da União para legislar sobre direito comercial e comércio interestadual. Isso porque o ato normativo impugnado tão-somente visou à proteção ao consumidor, informando-o sobre as características de produtos comercializados no Estado do Paraná. [ . . . ]

O Ministro Celso de Mello considerou adequada a medida adotada, considerada a natureza do direito a ser protegido:

[ . . .]Tenho para mim, Senhor Presidente, assentadas as premissas que venho de referir, que o douto voto proferido pelo eminente Ministro-Relator bem situou o exame da controvérsia, analisando-a sob essa perspectiva mais ampla, mais relevante, mais generosa, mais socialmente significativa, que é a da proteção ao consumidor e aos seus direitos. E quando se fala em proteção aos direitos do consumidor, enfatiza-se, dentre outras prerrogativas básicas, a preservação da integridade do seu direito à saúde e do seu direito à informação clara, segura, precisa a respeito dos produtos que lhe são oferecidos.

Ao final, o Ministro Gilmar Mendes enfatizou a necessidade de se consagrar uma revisão da interpretação do modelo federativo, permitindo aos Estados realizar suas experiências (“laboratório legislativo”):

[. . .]Destaco o esforço que a Corte vem desenvolvendo, já há algum tempo – reflexão hoje colocada especialmente pelo Ministro Carlos Alberto Direito -, quanto à necessidade de que nós façamos uma revisão dessa interpretação do modelo federativo. O Ministro Sepúlveda Pertence já destacou isso várias vezes e também os Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto, Celso de Mello e Carmen Lúcia. Muitos destacam esse aspecto do nosso modelo federativo a partir daquilo que o nosso saudoso amigo Machado Horta chamava de “condomínio legislativo”, que mereceu um destaque tão grande no texto constitucional: a necessidade de que se compatibilizem os impulsos e esforços nos planos federal e estadual.

E aqui está um caso claro em que, a partir da perspectiva do consumidor, é possível deixar ao Estado a possibilidade de fazer aquilo que os americanos chamam de “laboratório legislativo”, a própria experiência institucional no seu âmbito.

Convém assinalar, nesse último caso, que embora se tratasse de direito do consumidor, o raciocínio também pode ser aplicado integralmente à proteção ao meio ambiente. E permite assinalar as contradições com o julgamento da ADI nº 3.813, sobre agrotóxicos e o certificado estadual, em tudo semelhante a este precedente.

Aliás, é significativo ter sido julgada parcialmente procedente a ADI nº 2.832-4/PR, justamente para restringir os efeitos da Lei aos limites estaduais territoriais do Paraná. Demonstra, também, ser possível a descentralização competencial, com

elevação do nível protetivo conferido pela norma geral federal.

#### 4.3.4.2 A inconstitucionalidade da Lei Complementar 140/2011 (ADI 4757)

A Associação Nacional dos Servidores da Carreira de Especialista em Meio Ambiente ajuizou ADI contra a Lei Complementar nº 140/2001<sup>725</sup>, que estabelece mecanismos de cooperação e define as atribuições de licenciamento e fiscalização em matéria ambiental. É a lei a que se refere o art. 23, da Constituição de 1988 (competência material comum).

Essa lei é de fundamental importância no quadro ambiental brasileiro, pois surgiu com o intuito de resolver alguns dos conflitos entre os entes federativos. O licenciamento de grandes empreendimentos, como já relatado anteriormente, constituíam o grande núcleo de divergências, pois às vezes ocorre superposição de diversos interesses, e, adicionado à judicialização da maioria desses conflitos (que se arrastam por longos anos na Justiça), tem-se prejuízos consideráveis em aspectos não somente econômicos, mas principalmente na tutela efetiva do meio ambiente<sup>726</sup>.

---

<sup>725</sup> Cf. Decreto nº 8.437, de 22 de abril de 2015, que regulamenta o art. 7º, *caput*, inciso XIV, alínea 'h', e parágrafo único da LC 140/2011. Essa lei "representa marco normativo com nítido caráter de racionalização do sistema de competências administrativas em matéria ambiental, as quais, até então, encontravam-se previstas em diversos atos normativos dispersos, gerando inúmeras incompatibilidades administrativas e conflitos entre os diferentes entes federativos na execução da legislação ambiental. O que se almeja, ao fim e ao cabo, a partir da regulamentação infraconstitucional da competência executiva em matéria ambiental levada a efeito pela LC 140/2011, é transpor a legislação ambiental para o 'mundo da vida', assegurando a sua aplicação e efetividade, ou seja, esclarecer a 'mediação' entre o marco legislativo ambiental e a efetivação da proteção ambiental, por intermédio das práticas administrativas levadas a efeito pelos diversos entes federativos e instâncias estatais." in SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. Editora Saraiva. São Paulo: 2014. p. 294

<sup>726</sup> Um desses problemas residia, por exemplo, na Resolução nº 237/1997. De acordo com Ingo Sarlet, "a Resolução CONAMA 237 é uma das que mais debate gera na doutrina e jurisprudência brasileira. Isto porque disciplinou a atuação dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), a partir do critério de preponderância do interesse. Para alguns doutrinadores, esta explicitação é inconstitucional, por entenderem que não é matéria de Resolução, estando a criar atribuições aos entes federativos por norma infraconstitucional e infralegal." in SARLET, Ingo Wolfgang. *As resoluções do CONAMA e o princípio da legalidade: a proteção ambiental à luz da segurança jurídica*. em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_90/Artigos/PDF/IngoWolfgang\\_Rev90.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_90/Artigos/PDF/IngoWolfgang_Rev90.pdf), acesso em 20.08.15. p. 18



No aspecto material, a principal arguição de inconstitucionalidade da referida lei se cinge à compartimentação que houve nos processos de licenciamento e fiscalização. Sustenta-se que de competências comuns foram criadas competências privativas.

Seguem os argumentos utilizados:

Com efeito, é preciso concluir esta explanação inicial com dois grandes balizamentos.

Primeiro, o breve relato acima sobre a evolução da crise ambiental evidencia que ontologicamente todos estamos naturalmente envolvidos com os problemas ambientais. Essa solidariedade natural ocorre, porque os benefícios do meio ambiente equilibrado são comuns, assim como os prejuízos e os fracassos.

Segundo, a cabeça do art. 225 da Constituição consagrou o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado que sustenta a vida e impõe a todos o dever de preservá-lo conjuntamente.

Somadas essas duas balizas, a realidade natural e a realidade jurídica formam um sólido e abrangente DEVER de COOPERAÇÃO que IRRADIA da cabeça do art. 225, da Constituição.

Entretanto, sob o pretexto de exercer a competência regulamentar do parágrafo único do art. 23 da Constituição, a LC nº 140/2011 agride violentamente o princípio e o dever constitucional da cooperação quando, em vários dispositivos, isola, limita e segrega competências ambientais de fiscalização (uma forma de proteção do meio ambiente) em um ou outro ente federativo. Trata-se de um verdadeiro rebaixamento da proteção ambiental.

O cerne da inconstitucionalidade mais grave da presente ação passa pela compreensão do que significa e a amplitude da imposição ao "*Poder Público*" na cabeça do art. 225, da Constituição.

A lei infraconstitucional não pode limitar a atuação do Poder Público onde a Constituição (art. 225) não restringiu. Ao dizer "*impondo-se ao Poder Público*", o art. 225 da Constituição obrigou TODOS os entes federativos de fazerem a proteção ambiental e NÃO estabeleceu hierarquias, restrições ou vedações entre eles.

Além de esvaziar as atribuições da União, a LC nº 140/2011 não discorreu sobre como as competências comuns dos incisos III, VI e VII, do art. 23 seriam exercidas. Diversamente, a LC 140/2011 ignorou o federalismo cooperativo e dividiu atribuições de forma privativa em flagrante agressão ao princípio da cooperação e do significado da palavra comum prevista na cabeça do art. 23 constitucional.

Ou seja, o argumento utilizado é de que não se confere proteção adequada ao meio ambiente (art. 225 CF/88), transformando os mecanismos de federalismo cooperativo (art. 23), criando competências privativas.

Após discutir alguns dispositivos da lei, apontam os reclamantes um argumento que parece de fundamental importância para o sistema federativo brasileiro e a problemática dos conflitos federativos na proteção ambiental. Cuida-se do aspecto em que a lei, ao definir as competências para o licenciamento, utiliza-se do critério da *localidade do empreendimento*, em substituição ao atualmente seguido, o do “lugar do impacto do empreendimento.”

Como refere a petição inicial:

[...]

O licenciamento federal permitido apenas em determinados lugares federais (terras indígenas, unidades de conservação federais e mar territorial) e quando o dano ultrapassar mais de um Estado limita a atuação da União.

Uma série de impactos de grandes proporções, mas cujo empreendimento for local ou estadual passam a escapar da competência federal e põem em risco a população e o meio ambiente brasileiro.

Quando o impacto for significativo e nacional a competência do licenciamento deve ser mantida com a União, por ser o ente federativo melhor aparelhado e legitimamente representante de toda a nação. Entendimento diverso fragiliza a proteção ambiental e viola as cabeças dos arts. 23 e 225, que impõe a proteção ampla e solidária do meio ambiente.

Por outro lado, a competência da União por localidades federais (art. 7º, XIV, da LC nº 140/2011) atrai uma infinidade de licenciamentos de menor complexidade para a União e a deixa, como visto, alheia de outros licenciamentos que são de significativo impacto ambiental, mas cujas atividades não estão incluídas no seu rol de atribuições.

A ação ajuizada (ADI 4.757/DF) discute vários outros aspectos, e não é o caso de se avaliar extensivamente todos os argumentos utilizados. Para os objetivos aqui pretendidos basta esta pequena exposição, que discute a problemática do federalismo.

Em primeiro lugar, ao estabelecer critérios de competência para que os órgãos federais, estaduais e municipais possam atuar, em regime de cooperação, constitui um mandamento constitucional do art. 23, parágrafo único, da Constituição.

A atuação, nos moldes em que vigorava anteriormente, ocasionava uma verdadeira superposição de atuações, além de gerar inúmeras controvérsias. Essa lei objetivou diminuir essas controvérsias, e é normal que no início de sua vigência muitas questões ainda não estejam sedimentadas. Não se pode concluir, porém, que ao estabelecer esferas de atuação tenha incorrido em inconstitucionalidade, pela presunção de que se passaria de um federalismo cooperativo para o modelo dual. Há diversos mecanismos de cooperação, e a própria lei complementar nº 140 os instituiu. Por exemplo, a delegação (art. 5º)<sup>727</sup>, a atuação supletiva (art. 15)<sup>728</sup>, e subsidiária (art. 16)<sup>729</sup>, além da permissão de manifestar-se em licenciamentos referentes a outros entes federativos, possuindo interesse (art. 13).<sup>730</sup>

Portanto, não cria um sistema compartimentado incomunicável. Estabelece mecanismos de escape.

Outrossim, e isso a ação discute no segundo aspecto apontado, pode-se questionar também quais critérios foram utilizados para essa definição de esferas de atuação federal, estadual e municipal. Adotou-se o critério preponderante do local do empreendimento, que, em muitos casos, presume o da potencial ocorrência de dano ao meio ambiente. Ressalte-se: presume, pois, a mais das vezes, pode ocorrer de o dano se estender por mais de uma unidade federativa. A fiscalização não se

---

<sup>727</sup> Art. 5º. O ente federativo poderá delegar, mediante convênio, a execução de ações administrativas a ele atribuídas nesta Lei Complementar, desde que o ente destinatário da delegação disponha de órgão ambiental capacitado a executar as ações administrativas a serem delegadas e de conselho de meio ambiente. Parágrafo único. Considera-se órgão ambiental capacitado, para os efeitos do disposto no caput, aquele que possui técnicos próprios ou em consórcio, devidamente habilitados e em número compatível com a demanda das ações administrativas a serem delegadas.

<sup>728</sup> Art. 15. Os entes federativos devem atuar em caráter supletivo nas ações administrativas de licenciamento e na autorização ambiental, nas seguintes hipóteses: I - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado ou no Distrito Federal, a União deve desempenhar as ações administrativas estaduais ou distritais até a sua criação; II - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Município, o Estado deve desempenhar as ações administrativas municipais até a sua criação; e III - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado e no Município, a União deve desempenhar as ações administrativas até a sua criação em um daqueles entes federativos.

<sup>729</sup> Art. 16. A ação administrativa subsidiária dos entes federativos dar-se-á por meio de apoio técnico, científico, administrativo ou financeiro, sem prejuízo de outras formas de cooperação. Parágrafo único. A ação subsidiária deve ser solicitada pelo ente originariamente detentor da atribuição nos termos desta Lei Complementar.

<sup>730</sup> Art. 13. Os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo, em conformidade com as atribuições estabelecidas nos termos desta Lei Complementar. § 1º Os demais entes federativos interessados podem manifestar-se ao órgão responsável pela licença ou autorização, de maneira não vinculante, respeitados os prazos e procedimentos do licenciamento ambiental. § 2º A supressão de vegetação decorrente de licenciamentos ambientais é autorizada pelo ente federativo licenciador. § 3º Os valores alusivos às taxas de licenciamento ambiental e outros serviços afins devem guardar relação de proporcionalidade com o custo e a complexidade do serviço prestado pelo ente federativo.

encontra inibida, conforme os §§ 1º, 2º e 3º do art. 17, e também há possibilidade de manifestar-se no licenciamento de outros entes federativos (art. 13, § 1º).

Também nesse caso não se visualiza inconstitucionalidade. Basta verificar, contudo, como se dará sua aplicação na prática, e se quem sabe efetivamente ocorrerá uma redução de conflitos federativos na atuação ambiental brasileira. Até o presente momento, a resposta é desafortunadamente negativa.

O parecer da Procuradoria-Geral da República na presente ação não visualiza inconstitucionalidade na atribuição de cada ente federado ao licenciamento ambiental e fiscalização. E fundamenta essa análise nos princípios da subsidiariedade e proibição de proteção deficiente. Ressalta que em “matéria de meio ambiente, é preciso sempre preservar uma parcela de ação subsidiária para que, diante da omissão ou atuação deficiente do ente competente, não fique comprometido ou em sério risco esse direito fundamental.”, e que não se verifica “vício algum na distribuição de competências entre os entes” e (ii) nas hipóteses de fiscalização, é preciso que se somem os princípios da subsidiariedade e da proibição de proteção deficiente”. Reforçou, o parecer, tão-somente a necessidade de interpretação conforme do art. 17, § 3º, de tal modo que a cláusula final “prevalecendo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o caput’, seja idônea para impedir ou fazer cessar o dano ambiental.

O que se pode destacar, mais uma vez, que para a interpretação constitucional dessa lei se deva observar uma postura mais flexível, favorável à descentralização, e não somente em critérios que consagram a centralização competencial na União.

#### **Conclusões do capítulo 4**

Os capítulos 4 e 6 possuem estreita vinculação, sendo que neste procurou-se, além do aprofundamento de alguns conceitos já expostos no primeiro capítulo (distribuição de competências, “normas gerais”), verificar os principais conflitos

competenciais ambientais envolvendo União e Estados-membros no Brasil.

E, principalmente, como atualmente tem sido decididos pelo Supremo Tribunal Federal. Os critérios e princípios empregados, e que extremadamente centralizadores.

Inicialmente deve-se relembrar a complexidade da federação brasileira, composta pela (1) União; (2) Estados-membros (e Distrito Federal); (3) e Municípios, todos autônomos, e com suas respectivas competências constitucionalmente determinadas. No Brasil, a competência privativa, para legislar com exclusividade sobre determinadas matérias, é atribuída à União (art. 22, da CF/88), e aos Municípios (art. 30, CF/88). Aos Estados-membros é atribuída a competência residual (art. 25, § 1º, CF/88). Há, ainda, um conjunto de matérias (entre as quais se inclui o meio ambiente) em que a competência é concorrente-compartimentada (art. 24, da CF/88), sendo que a União limita-se a estabelecer “normas gerais” (art. 24, § 1º, da CF/88), e os Estados-membros (Municípios) podem complementá-las, de acordo com suas peculiaridades locais.

A competência ambiental é de natureza concorrente-compartimentada (art. 24, CF/88).

A doutrina constitucional brasileira considera que essa disposição de competências ocasiona uma série de conflitos, agravada pelo excessivo número de leis (inflação legislativa), contribuindo para uma sobreposição de atribuições, com ausência de clareza, e, conseqüentemente, elevada insegurança jurídica. A indeterminação da matéria ambiental, conjugada à complexidade do conceito de “normas gerais”, impedem se estabeleçam limites precisos às atribuições de cada ente federado.

E, quando provocada a solucionar tais conflitos, o Supremo Tribunal Federal invariavelmente decide favoravelmente à União, desconsiderando peculiaridades locais, ou mesmo a possibilidade de se incrementar os níveis protetivos conferidos pela legislação federal. E isso tem oportunizado uma ineficiência protetiva do meio ambiente.

Quais os tipos de conflitos possíveis na federação brasileira? É forçoso

reconhecer que, no atual estágio da jurisprudência e doutrina brasileira, existe grande confusão sobre o tema, de modo que uma readequação sistemática tornou-se imprescindível. Para que se possa responder, e assim resolver os conflitos competenciais que se apresentem, é fundamental que as perguntas estejam corretamente formuladas. Nesse contexto, a construção de um quadro sistemático permitiu comprovar que, na federação em sua totalidade, existem 9 (nove) conflitos competenciais possíveis: (1) a lei federal pode invadir a competência residual do Estado-membro; (2) ou a lei federal pode exorbitar dos limites das “normas gerais”; (3) ou a lei federal pode invadir a competência exclusiva municipal; por sua vez (4) a lei do Estado-membro pode invadir a competência privativa da União; (5) ou a lei do Estado-membro pode exorbitar os limites da complementação das “normas gerais”; (6) ou a lei do Estado-membro também pode invadir o campo da competência exclusiva do município; ao final, (7) a lei municipal pode invadir a competência privativa da União; (8) ou a lei municipal pode invadir o campo da competência residual do Estado-membro; (9) ou a lei municipal pode extrapolar os limites da complementação da lei do Estado-membro.

É evidente que essas situações nem sempre se configuram na prática cotidiana, mas demonstram, mais uma vez, a extrema complexidade da distribuição competencial brasileira.

No que se refere aos conflitos competenciais ambientais entre União e Estados-membros, há 4 (quatro) possibilidades:

- (1) a lei federal exorbita os limites das “normas gerais”;
- (2) a lei federal invade a competência residual do Estado-membro;
- (3) a lei do Estado-membro invade a competência privativa da União;
- (4) a lei do Estado-membro extrapola os limites de complementação das “normas gerais”.

Em síntese, conflitos no (1) próprio âmbito da legislação concorrente (os limites das “normas gerais”); (2) conflitos competência exclusiva v. competência concorrente.

A competência privativa (exclusiva) da União encontra-se disposta no art. 22 da Constituição de 1988, e deve-se entendê-la como aquela que pode ser exercida em toda sua plenitude, não havendo margem para delegação aos demais entes federativos (a lei complementar referida no parágrafo único do art. 22, e que prevê essa possibilidade, ainda não foi editada). Ao longo do capítulo, verificou-se haver significativa doutrina (e jurisprudência) constitucional acerca de alguns dos conceitos básicos relativos às matérias enunciadas no art. 22 (comércio exterior e interestadual; trânsito e transporte; jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia; águas e energia), de modo que esses conceitos, embora algumas vezes controversos, podem e devem ser utilizados na hermenêutica constitucional, o que desafortunadamente também não se tem verificado.

A fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal mostra-se muito superficial nesse aspecto. Esses conceitos poderiam ser melhor utilizados.

Já em relação à competência concorrente-compartimentada, a discussão envolve o conceito de “normas gerais”. Após a exposição de alguns autores, verificou-se haver uma convergência no entendimento de se tratarem de princípios fundamentais, diretrizes, que não podem especificar situações, um quadro editado pela União a partir do qual os Estados-membros podem complementá-lo para atendimento das peculiaridades locais (Raul Machado Horta). A finalidade da lei federal seria promover a coordenação e uniformização.

A posição do Supremo Tribunal Federal segue entendimento semelhante, segundo o qual as “normas gerais” são princípios gerais, objetivando homogeneidade e uniformidade. Entretanto, coloca expressamente que à legislação dos Estados-membros cabe somente complementar os vazios e lacunas deixados pela legislação federal (ADI nº 3.645/PR; ADI nº 2.396/MS, ADI nº 1.245/RS). Ou seja, restringe excessivamente o espaço para o desenvolvimento da autonomia dos Estados-membros, e sequer cogita possam ser adotadas medidas mais restritivas que as estabelecidas pela legislação federal. O papel do Estado-membro é o de um ator coadjuvante.

É importante ressaltar essa crítica. Essa concepção mostra-se inadequada para a promoção de uma efetiva proteção do meio ambiente, e não permite a

resolução dos conflitos competenciais de forma eficaz. Isso porque (1) não estabelece os limites claros de atuação dos entes federativos. A rigor, promove-se apenas a troca do termo “normas gerais” por “uniformidade e homogeneidade”, conceitos que continuam possuindo elevada indeterminação normativa. E, em decorrência da indeterminação conceitual, (2) acaba-se utilizando critérios (v.g, predominância do interesse federal, prevalência da lei federal) pautados em presunções, que nada mais promovem senão a centralização excessiva da federação brasileira.

De fato, ao analisar os julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal, observou-se que, em matéria ambiental, ocorrem algumas questões significativas, a demonstrar essas afirmações.

O primeiro deles refere-se à questão da utilização do amianto (asbesto), proibido em diversos países. No Brasil, a Lei nº 9.055/95 proibiu quase todos os tipos, permitindo, contudo, a modalidade crisotila, asbesto branco (art. 2º). Sustenta-se, no entanto, ser extremamente nociva à saúde humana qualquer modalidade dessa substância, de natureza carcinogênica, sendo desaconselhável sua utilização mesmo adotando-se todas as cautelas necessárias. Nesse contexto, diversos Estados-membros editaram leis restringindo a utilização desse material, outros chegando mesmo a proibi-lo. Um conflito envolvendo ou a extrapolação dos limites de complementação das “normas gerais”, ou então a usurpação de competência exclusiva da União para legislar sobre transporte (art. 22, XI), ou comércio interestadual (art. 22, VIII). Em qualquer dessas situações, a Corte limita-se a proceder uma subsunção forçada a sua concepção de “normas gerais”, a mais das vezes utilizando-se da predominância do interesse nacional (ADI nº 2.656/SP; ADPFMC nº 234/DF). No caso mais significativo sobre o tema, a ADIMC nº 3.937/SP (julgamento pendente até a presente data), observa-se que não foi possível estabelecer um consenso acerca da matéria discutida, embora houvesse votos (Min. Joaquim Barbosa; Min. Cezar Peluso) que enfatizassem a necessidade de proteção à saúde e a impossibilidade de a legislação federal impedir sua concretização pela legislação dos Estados-membros.

Outro conjunto de casos significativos refere-se ao problema dos agrotóxicos, cuja utilização excessiva, bem como os tipos de produtos que se



utilizam tem efeitos nocivos à saúde humana conhecidos há bastante tempo. Contudo, em um país onde uma das principais atividades econômicas é o agronegócio, pode-se concluir a problemática da situação e os interesses envolvidos. Os conflitos nas decisões analisadas são da mesma modalidade que a situação antecedente (desbordamento dos limites das “normas gerais” pela legislação dos Estados-membros; ou invasão da competência privativa da União para legislar sobre determinadas matérias). Ainda que desde a ordem constitucional pretérita se discuta essa questão (Rp. nº 1.153-4/RS), não houve a consolidação de um precedente estável, como bem o demonstra o ajuizamento da ADPF nº 221/RS (repete a Rp nº 1.153-4/RS). Os julgamentos estudados permitem concluir que também se procede a uma subsunção por vezes forçada, aplicando-se em ocasiões a “prevalência da legislação federal” (ADI nº 3.813/RS; ADI nº 3.852/SC), como critério para dirimir o conflito.

É emblemático que, em ambas as questões (agrotóxicos, amianto), à exceção dos confusos precedentes da ADIMC 3.937/SP e da Rp. 1.153-4/RS, os outros casos sempre foram invariavelmente decididos em favor da legislação federal.

Outro conjunto de decisões envolveu a problemática do licenciamento, uma das maiores garantias constitucionais à efetividade da proteção ambiental. Foi referida as tentativas em curso de se promover a uma flexibilização das regras de licenciamento, e mesmo a tentativa quase de suprimi-las, em algumas situações (PEC nº 65/2012, por exemplo). Significativo referir que algumas legislações, nas decisões analisadas do Supremo Tribunal Federal, tentaram inclusive submeter o procedimento de licenciamento à concordância das Assembleias Legislativas dos Estados-membros, violando frontalmente o princípio da separação dos Poderes. É interessante observar que o procedimento do licenciamento constitui atividade administrativa por excelência, não podendo o Poder Executivo ficar com sua atividade condicionada à anuência do Poder Legislativo. Convém dizer, nesse contexto, que a PEC nº 65/2012 mostra-se manifestamente inconstitucional, por tentar retirar, de certa maneira, o próprio poder de a Administração Pública revisar seus próprios atos, e atingir um dos núcleos duros do direito fundamental ao meio ambiente: o licenciamento.

Ao final, foram discutidas outras questões decididas pelo Supremo Tribunal Federal, em que se verificou o mesmo procedimento de subsunções inadequadas, utilizando-se, na dúvida, critérios favoráveis a excessiva centralização da legislação federal. Não constituiria exagero referir que há uma espécie de principiologia fundada no *in dubio pro União*.

Pode-se concluir, de todo o exposto, que ficou evidenciada a impropriedade na própria colocação das questões e perguntas formuladas para a resolução desses conflitos. Ainda, que os conceitos empregados, a concepção que deles se possui, especificamente em relação às “normas gerais”, mostra-se equivocada e prejudicial à federação e ao meio ambiente. Resumindo, a inadequação, a ausência de uma sistemática adequada a oportunizar formação de precedentes que possam ser consolidados, bem como de critérios interpretativos que promovem centralização competencial na União. Repise-se: uma espécie de princípio *in dubio pro União*.

É fundamental, neste contexto: (1) readequar a colocação dos problemas, o que já foi antecipado nesse capítulo, até para permitir sua exposição sistematicamente; (2) uma reformulação das concepções utilizadas em alguns conceitos, sobretudo o de “normas gerais”, com a possibilidade de normas adicionais de proteção; (3) o princípio da proporcionalidade, como critério hábil para a resolução desses conflitos competenciais, na federação brasileira, evitando-se uma subsunção imprópria, ou pior, o que ocorre muitas vezes, a recorrência a critérios que simplesmente centralizam as competências, ocasionando inefetividade protetiva ao meio ambiente em muitos casos, desconsiderando as peculiaridades locais.

No próximo capítulo, parte-se para o direito comparado, procurando incorporar critérios que permitam maior possibilidade de descentralização na resolução desses conflitos competenciais União v. Estados-membros, com eventuais níveis adicionais de proteção. São eles: (1) o princípio da proporcionalidade, empregado no âmbito competencial da União Européia; (2) a legislação básica com as normas adicionais de proteção, bem como a concepção da transversalidade da competência ambiental, esses do direito constitucional espanhol.

## **CAPÍTULO 5. A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E CONFLITOS COMPETENCIAIS: ESPANHA E UNIÃO EUROPEIA**

Neste capítulo, passa-se ao estudo de direito comparado, especificamente do direito constitucional espanhol e da União Europeia.

E o que se busca, exatamente? Essa pergunta é importante pois o direito comparado deve servir a um propósito efetivo. E, como já adiantado na introdução, o problema concreto de que padece a ordem constitucional brasileira refere-se à excessiva conflituosidade das competências ambientais, a centralização exacerbada dos critérios empregados pelo Supremo Tribunal Federal para a resolução desses conflitos. Há demasiada rigidez e centralização competenciais, que não contribuem para a proteção eficiente do meio ambiente.

Desse modo, parte-se para o ordenamento jurídico-constitucional espanhol, que possui algumas semelhanças com o Estado brasileiro, com descentralização territorial do poder. Não somente isso, porém. Uma descentralização mais ampla, e, pode-se afirmar, mais efetiva que a proporcionada pela ordem federal brasileira, e que, no tocante à matéria ambiental, também possui competência de natureza concorrente-compartimentada: a legislação básica, com possibilidade de normas adicionais de proteção (art. 149.1.23, CE).

E, da União Europeia, busca-se o princípio da proporcionalidade.

O que se objetiva, em suma, é exatamente isso: verificar semelhanças, diferenças, soluções encontradas, os problemas enfrentados, e como isso pode ser incorporado para possibilitar a resolução dos conflitos competenciais ambientais União v. Estados-membros, de modo a permitir maior descentralização com níveis adicionais de proteção.

Ressalte-se que o princípio da proporcionalidade é pouco utilizado pelo ordenamento constitucional espanhol para a resolução dos conflitos competenciais. O campo por excelência nesse aspecto é a União Europeia, em que expressamente prevista sua utilização no trato competencial. O Tribunal Constitucional procura definir o que seja a legislação básica, bem como as normas adicionais de proteção,

verificando caso a caso (STC 101/2005) se a legislação questionada infringe ou não esses conceitos, considerando também a jurisprudência existente em torno do tema.

É importante destacar, ainda, o contexto do Estado espanhol, inserido no âmbito da União Europeia, da qual faz parte e que possui efeitos jurídicos inequívocos no ordenamento interno. É indispensável verificar, portanto, como a comunidade europeia está articulando a construção e o desenvolvimento de suas competências, principalmente em matéria ambiental, e as resoluções de conflitos. Sem descuidar, repise-se mais uma vez, por oportuno, que a União Europeia consagra expressamente a utilização dos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade para o exercício das suas competências, critério este utilizado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia na resolução de determinados conflitos competenciais.

## 5.1 Introdução ao Estado autonômico espanhol

O “Estado de Comunidades Autónomas”, ou “Estado de las Autonomías” ou, simplesmente, “Estado Autonómico”<sup>731</sup> foi construído a partir da transição espanhola à democracia, após a morte de Francisco Franco, em 1975, sendo que alguns de seus alicerces já constavam na Constituição da 2ª República, sobretudo a questão referente às nacionalidades<sup>732</sup>. De fato, quando da transição espanhola à democracia dois desafios se mostraram claramente aos constituintes: (1) como efetuar a transposição de um regime ditatorial ao democrático; e (2) como transformar um Estado unitário centralizado em outro politicamente descentralizado<sup>733</sup>. Havia a firme convicção de que “sin democracia no habría

---

<sup>731</sup> CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*. 2ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2006. p. 391. Ainda sobre a expressão, ressaltar que “‘Estado autonómico’ o ‘Estado de las Autonomías’, expresión que se utilizó en los debates constituyentes pero que no figura en nuestro texto constitucional aunque ha adquirido carta de naturaleza, incluso en la jurisprudencia constitucional (STC 165/1994, FJ 3)”. in FOSSAS ESPADALER, Enric. *El principio dispositivo en el Estado Autonómico*. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2007. p. 14

<sup>732</sup> CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*. 2ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2006. p. 393

<sup>733</sup> PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p. 783

descentralización política, pero sin descentralización política tampoco habría democracia.”<sup>734</sup>

E o que caracteriza, fundamentalmente, o Estado das Autonomias espanhol? Embora de difícil resposta, Aragón Reyes sintetiza algunas de suas peculiaridades:

a) Se trata de un Estado políticamente descentralizado, esto es, una especie singular dentro del género “Estado compuesto”.

b) Esa descentralización política (respecto de los poderes legislativo y ejecutivo) ha alcanzado un nivel equiparable al máximo que sólo tienen algunos Estados federales. La descentralización no alcanza en cambio al poder judicial.

c) Con excepción de un parte pequeña del territorio (las ciudades de Ceuta y Melilla), y salvo determinados “hechos diferenciales”, la descentralización política es general y simétrica.

d) El sistema de distribución territorial de competencias, que es uno de los más complejos que el Derecho comparado ofrece, se ha venido concretando por obra del Tribunal Constitucional, que desempeña así, en mayor medida que sus equivalentes en otros Estados compuestos, la función de pieza capital de dicho sistema.

e) La articulación jurídica de la estructura territorial del Estado no se contiene en un único texto, la Constitución, sino en un bloque normativo (también de los más complejos en el panorama del Derecho comparado) formado por la Constitución y diecinueve Estatutos de Autonomía.<sup>735</sup>

Verifica-se, desse modo, que se trata de uma espécie do Estado composto, descentralizado<sup>736</sup>, organizado territorialmente em municípios, províncias e Comunidades Autônomas. Estas últimas, formadas por províncias, em um total de 17 (dezessete)<sup>737</sup>, são as que mais semelhança possuem com o que constituem os Estados-membros em uma ordem federal, sendo o instrumento jurídico por excelência de suas organizações os respectivos Estatutos de Autonomia.

<sup>734</sup> PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p. 783

<sup>735</sup> ARAGÓN REYES, Manuel. *Estudios de Derecho Constitucional*. 2ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2009. p. 740-1

<sup>736</sup> Diz o art. 137, da Constituição espanhola: “El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.”

<sup>737</sup> Ceuta e Melilla constituem duas cidades autônomas.

Com efeito, são estes que determinam a forma como se organizam as Comunidades Autônomas, e, principalmente, o desenho competencial, na medida em que a Constituição não determina as competências, apenas fixa o marco que pode ser assumido ou não. Como leciona Perez Royo, “la Constitución española, como se acaba de decir, no define la estructura del Estado. Éste es uno de los rasgos más característicos y llamativos de nuestro texto constitucional.”<sup>738</sup>

É conhecida, nesse contexto, a expressão de Cruz Villalón, para quem se operou uma desconstitucionalização da estrutura do Estado.<sup>739</sup> Ou seja, é uma forma de Estado que possui como singularidade o denominado princípio dispositivo, que surgiu da necessidade de o constituinte espanhol adotar uma fórmula que conferisse flexibilidade ao delicado problema de efetuar-se a transição a um regime democrático, conciliando a descentralização territorial com os problemas das nacionalidades históricas, e ao modo como essas e outras comunidades acederiam a essa descentralização.

É um Estado complexo, no que não se diferencia dos demais que possuem descentralização, visto que não constitui tarefa fácil conciliar unidade e diversidade em qualquer organização estatal, algo que depende muito da cultura e do tipo de sociedade, e que se reflete necessariamente nas normas jurídicas que organizem essa sociedade.<sup>740</sup>

Outra característica importante do Estado Autônomo espanhol é que o Tribunal Constitucional exerceu, desde a promulgação da Constituição de 1978, e exerce até hoje, papel destacado na definição das competências do Estado e das

---

<sup>738</sup> PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p. 786

<sup>739</sup> “El cual no puede llegar más que a una conclusión evidente e inevitable: que nuestra Constitución ha operado una *desconstitucionalización* de la estructura del Estado. En efecto, se trata de una Constitución que permite, sin sufrir modificación formal alguna, lo mismo un Estado unitario y centralizado, que un Estado unitario pero descentralizado, que un Estado sustancialmente federal, que, incluso, fenómenos que rebasan los límites del Estado federal para recordar fórmulas confederales. Nuestro hombre puede, pues, afirmar, con absoluto rigor, que este país carece de Constitución en un aspecto tan fundamental como es el de la estructura de Estado.” in CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*. 2ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2006. p. 384

<sup>740</sup> TUDELA ARANDA, José. *Heterogeneidad y asimetría en un estado indefinido. Una aceptación de la diversidad que es una puerta de futuro*. in TUDELA ARANDA, José; KNÜPLING, Félix. *España y modelos de federalismo*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2010. p. 146. Cf. también RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*. Vol. II. 3ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2012. p. 766

Comunidades Autônomas<sup>741</sup>, resolvendo os inúmeros conflitos existentes. Consolidou-se, ao longo dos anos, uma doutrina constitucional que, ao mesmo tempo que permitiu o desenvolvimento do país, possibilitou a construção de precedentes que em muito esclareceram o texto constitucional e dos Estatutos. São exemplos, nesse contexto, segundo Aragón Reyes: (1) o sentido do termo “Estado”, que tanto pode ser a totalidade das instituições públicas (incluindo entidades territoriais autônomas), como instituições gerais ou centrais (sem incluir as que gozam de autonomia territorial) (STC 32/1981); (2) que autonomia não é soberania (STC 4/1981); (3) consolidação da solidariedade e lealdade como exigências jurídicas, e não somente políticas (STC 208/1999); (4) a autonomia local deve ser considerada uma garantia institucional (STC 32/1981).<sup>742</sup>

Espanha é uma Monarquia parlamentarista, com um regime democrático, um Estado central e entes descentralizados (municípios, províncias e Comunidades Autônomas), e que possui muitas características de um Estado Federal, embora não o seja formalmente. Aliás constitui objeto de muitas discussões uma reforma federalizante do Estado, principalmente com a consagração da distribuição de competências somente no texto constitucional. O modelo atual, pautado no princípio dispositivo, que permitiu a transição à democracia e a construção do Estado atual, com elevado grau de descentralização – muito superior, por exemplo, ao federalismo brasileiro<sup>743</sup> –, deve ser substituído, no entender de parcela significativa de doutrinadores, por possuir uma flexibilidade exagerada e que ocasiona vários dos problemas atuais por que passa Espanha.

Como refere Aragón Reyes:

---

741 ARAGÓN REYES, Manuel. *Estudios de Derecho Constitucional*. 2ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2009. p. 737

742 Idem, p. 738

743 Por exemplo, mencione-se que “[...]Desde luego, un buen reflejo de esta descentralización se encuentra en la evolución del gasto público por Administración, y la evolución desde 1984 a 2009 del gasto consolidado liquidado de las Administraciones públicas es sencillamente espectacular<sup>27</sup>, puesto que el Estado pasa de representar en el año 1984 un 72,6 % del gasto total a un 49,7% en el año 2009; correlativamente, las Comunidades Autónomas pasan de un 14,4 % en 1984 a un 36,4 en el año 2009. También resulta especialmente significativa la comparación con otros países fuertemente descentralizados. De esta forma, si tomamos los datos de porcentaje del gasto público total por niveles de Administración en 2009<sup>28</sup>, puede sorprender que el Estado central se reserve en Alemania un 63,29 % del gasto público total, Austria un 68,42 % o Estados Unidos un 53,50 %, mientras que en España este porcentaje cae hasta el 50,79 %.” in IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe. *Una crítica del reparto de competencias en la Constitución, su desarrollo y alguna sugerencia*. RJUAM, nº 28, 2013-II. p. 139

[...]Ese es el auténtico problema, al que sólo políticamente, y no jurídicamente, cabe dar respuesta, pues el Derecho no es infinitamente flexible. Nuestro modelo constitucional lo es bastante, en cuanto que permite (en el sentido que ha entendido muy bien el profesor Trujillo) un alto grado de coexistencia entre la homogeneidad y la diferencia, o si se quiere, entre la simetría y la asimetría, pero con un límite que no puede traspasarse, so pena de que el Estado se quiebre.<sup>744</sup>

É um modelo de Estado singular, um pouco complexo, mas que tem oferecido respostas a muitos dos problemas espanhóis. Deve-se ter o cuidado, no entanto, de não se implementar respostas que possam ocasionar mais problemas que os atualmente existentes. A comparação com a federação brasileira talvez possa ser útil, para não se idolatrar o federalismo como solução para todos os males, pois também pode ocasionar uma rigidez excessiva, inviabilizando o convívio, na mesma unidade, de determinadas diversidades históricas.

Esses problemas serão mais profundamente discutidos na sequência.

### **5.1.1 Breve histórico constitucional e legislativo: os Estatutos de Autonomia**

Nesse tópico, objetiva-se apenas fornecer um quadro de como se procedeu, em nível constitucional e legislativo, à construção do Estado Autônomo, principalmente no que se refere às fases que o caracterizam. Depois do processo constituinte, um processo “estatuante”, na expressão de Perez Royo.

Talvez seja importante desde logo consignar que, mesmo antes da Constituição de 1978, já se havia procedido à organização preliminar de algumas comunidades autônomas, o que facilitou um pouco o que se pretendia elaborar, nesse aspecto, quando da Constituinte. Este trabalho não foi fácil, o que se reflete inclusive na redação do art. 2<sup>o</sup><sup>745</sup>, que consagra o princípio dispositivo.

---

<sup>744</sup> ARAGÓN REYES, Manuel. *Estudios de Derecho Constitucional*. 2ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2009. p. 787

<sup>745</sup> AJA, Eliseo. *El Estado Autônomo. Federalismo y Hechos Diferenciales*. 2ª Edición. Alianza Editorial. Madrid: 2003. p. 67



Consoante Eliseo Aja:

El punto más difícil de acuerdo, que estuvo a punto de frustrar el consenso constitucional, fue, justamente, la organización territorial del Estado, la autonomía. La dificultad provenía de una doble causa: por una parte, la gran diferencia en la voluntad de autogobierno existente en las distintas partes de España, y, por otra, las divergencias radicales entre los partidos políticos sobre el modelo de autonomía que convenía implantar. La existencia de partidos nacionalistas, las diferencias entre los partidos de izquierda, centro y derecha y las propias distinciones de estos mismos partidos según las partes del territorio hacían realmente difícil alcanzar un acuerdo.<sup>746</sup>

A Constituição espanhola não determinou expressamente o quadro competencial, mas permitiu a possibilidade de as Comunidades Autônomas assumi-las, obviamente dentro de limites bem estabelecidos. Em um primeiro momento, foi permitido às nacionalidades históricas (Catalunha, País Vasco, e Galícia), que acessem a um grau de autonomia mais elevado que outras comunidades, pois já o haviam feito quando da Constituição de 1931. O desdobramento político, todavia, com o célebre plebiscito de Andaluzia em 1981 (Acordos Autônomicos), levou a que outras comunidades assumissem também um grau mais elevado de autonomia e competências, e isso caracterizou a 1ª fase (1979-1983) de descentralização do Estado autônomico espanhol, cuja homogeneização se completou na 2ª fase (a partir de 1992), atualmente se encontrando na 3ª fase, as reformas estatutárias pós-2006, com redefinição de competências e consagração de novos direitos, no qual se destaca uma ampliação significativa da proteção ao meio ambiente.<sup>747</sup>

Eliseo Aja, em quadro bem explicativo a respeito do assunto, assim resumiu as reformas realizadas pelas Comunidades Autônomas. Vale a pena transcrevê-lo<sup>748</sup> :

### **Años de la aprobación de los Estatutos de Autonomía y de sus reformas**

<sup>746</sup> AJA, Eliseo. *El Estado Autonómico. Federalismo y Hechos Diferenciales*. 2ª Edición. Alianza Editorial. Madrid: 2003. p. 65

<sup>747</sup> ARAGÓN REYES, Manuel. *Estudios de Derecho Constitucional*. 2ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2009. p. 734-6

<sup>748</sup> AJA, Eliseo. *Estado Autonómico y Reforma Federal*. Alianza Editorial. Madrid: 2014. p. 118. Em relação a Ceuta e Melilla, “de hecho, el Tribunal Constitucional no considera a Ceuta y Melilla como Comunidades Autónomas, a efectos de la presentación de recursos de inconstitucionalidad (AATC 201 y 202/2000).” in PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p. 794

País Vasco	1979						
Cataluña	1979					2006	
Galicia	1981						
Andalucía	1981					2007	
Asturias	1981	1991	1994	1999			
Cantabria	1981	1991	1994	1998			
La Rioja	1982		1994	1999			
Murcia	1982	1991	1994	1998			
C.Valenciana	1982	1991	1994			2006	
Aragón	1982		1994	1996		2007	
Castilla-La Mancha	1982	1991	1994	1997			
Canarias	1982			1996			
Navarra	1982				2001		2010
Extremadura	1983	1991	1994	1999			2011
Islas Baleares	1983		1994	1999		2007	
Madrid	1983	1991	1994	1998			
Castilla y León	1983		1994	1999		2007	

A Constituição, nesse contexto, é uma norma de reorganização do Estado, que inicia um processo que conduz à descentralização, dependente da utilização que as nacionalidades e regiões façam do direito à autonomia previsto no art.2º (princípio dispositivo).

De acordo com Javier Perez Royo:

1. Porque, a diferencia del proyecto inicial, la Constitución acaba siendo, en lo que a la distribución territorial de poder se refiere, una simple norma de reorganización del Estado. Abre un proceso que podrá y, de hecho conducirá, a algo distinto de aquello de lo que se parte. Pero poco más. La reorganización quedaba en principio a merced del uso que hicieran las *nacionalidades y regiones del derecho a la autonomía* puesto uniformemente a disposición de todas ellas por el art. 2 de la Constitución.

2. Porque lo que la Constitución contiene es más la apertura de un proceso histórico que una ordenación jurídica de la estructura del Estado, aunque sí contenga los elementos a partir de los cuales habrá que definir dicha estructura. De ahí que RUBIO LLORENTE dijera poco después de aprobada la Constitución que el Título VIII “no era sistema, sino historia”, imposible de clasificar y difícil de analizar jurídicamente, y que CRUZ VILLALÓN poco después que la Constitución había operado una “desconstitucionalización de la estructura del Estado”, ya que con la Constitución en la mano cabían alternativas distintas y incluso contradictorias.<sup>749</sup>

<sup>749</sup> PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p. 786

Observa-se, desse modo, que o Estado Autônomico foi sendo progressivamente construído ao longo desses mais de 30 (trinta) anos após a Constituição de 1978. A fórmula adotada (princípio dispositivo) conferiu flexibilidade ao sistema, para que o Estado Autônomico espanhol nesse processo pudesse ser gradativamente construído.

Diferencia-se das fórmulas federais clássicas, em que a distribuição de competências consta rigidamente do texto constitucional nacional. No restante, também a guarda dessa Constituição compete a um Tribunal Constitucional, encarregado de solucionar os conflitos competenciais.

### **5.1.2 Alguns princípios do Estado Autônomico**

O Estado autônomico espanhol possui alguns princípios que o caracterizam. Não há uniformidade entre os autores acerca da quantidade, ou mesmo de quais princípios especificamente, embora o Título VIII, Capítulo I, da Constituição, enumere alguns deles: solidariedade (art. 2º), igualdade entre as Comunidades Autônomas (art. 138.2), igualdade em direitos e obrigações dos cidadãos (art. 139.1), e unidade econômica (art. 139.2).

O princípio dispositivo constitui, por excelência, o mais singular e o que o diferencia significativamente de outras formas descentralizadas de Estado.

Neste contexto, enumerou-se 4 (quatro) princípios que, se não caracterizam substancialmente o Estado espanhol, ao menos fornecem alguns indicativos de suas peculiaridades, e são imprescindíveis ao desenvolvimento do trabalho aqui desenvolvido, principalmente por se referirem à dinâmica das relações competenciais entre os entes componentes desse Estado. São eles: (a) o princípio dispositivo; (b) o princípio da solidariedade (cooperação); (c) o princípio da prevalência e competência; (d) princípio da supletividade

### 5.1.2.1 Princípio dispositivo

Dispõe o artigo 2º, da Constituição espanhola:

Artículo 2. La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.

Esse princípio talvez seja um dos que mais singularizam o estado descentralizado autonômico espanhol, e embora seja objeto de constantes críticas, inclusive com propostas que objetivam sua extinção, o fato é que permitiu a transição ao regime democrático e a construção do estado descentralizado espanhol. A efetividade dessa descentralização (superior, em muitos aspectos, ao Estado federal brasileiro) pode ser verificada pelos índices apontados por Roberto Valdés:

[...]el gasto gestionado por la administración central (excluida la seguridad social) suponía en 1982, en términos de contabilidad nacional, el 53% del total de gasto consolidado de las administraciones públicas, mientras que en 1996 caía hasta el 37,2%, y se reducía en 2003 al 24,2%. Al mismo tiempo, la proporción de recursos gestionados por las administraciones territoriales se iría incrementando desde el 14,5% de 1982 hasta el 45,3% de 2003, porcentaje este último que se repartía entre un 32,4% para las Comunidades Autónomas y un 12,9% para las corporaciones locales. Esa tendencia se mantendrá, de forma tal que las previsiones para 2005 arrojarán un porcentaje de 47% del gasto para las administraciones territoriales (33,9% para las Comunidades y 13,1% para las corporaciones locales) y de un 23,5% para la administración central, cuyo gasto se eleva hasta el 53% sólo si a ese porcentaje se le suma la partida de la seguridad social (29,5%).<sup>750</sup>

O que significa exatamente o princípio dispositivo? Enric Fossas Espadaler oferece a seguinte resposta:

---

<sup>750</sup> BLANCO VALDÉS, Roberto L. *La constitución de 1978*. 2ª Edición. Alianza Editorial. Madrid: 2011. p. 267

[...]el principio dispositivo, opción consciente adoptada en el proceso constituyente, se configura como um “principio estructural” de nuestra Constitución, y además la singulariza respecto de la mayoría de Constituciones, pues introduce una apertura en la organización territorial del poder que se ve potencialmente sometida a una permanente discusión y redefinición. La experiencia demuestra que todas las formas de organización territorial son dinámicas y han evolucionado, ya sea a través de la interpretación constitucional, de las prácticas políticas o e las reformas constitucionales. Pero en general se ha partido de soluciones político-constitucionales que, independientemente de la denominación que hayan recibido, encontraban sus principales elementos definitórios en la misma Constitución. La singularidad de la Constitución española, como es sabido, consiste en “desconstitucionalizar” buena parte de esos elementos, difiriendólos a decisiones formalmente no constitucionales que requieren la prolongación del consenso constituyente más allá de la elaboración y aprobación de la norma constitucional.<sup>751</sup>

E esse princípio, contido no art. 2º, da CE, surgiu da necessidade de o constituinte espanhol dar uma solução a alguns problemas bem concretos do processo de transição democrática vivenciado em 1978. O principal deles era conferir autonomia às nacionalidades e regiões da Espanha, desconhecendo-se o uso que efetivamente se faria desse direito à autonomia<sup>752</sup>. Por isso a opção por um modelo aberto, flexível, assentados os marcos no texto constitucional dentro dos quais essas competências poderiam ou não ser assumidas pelas respectivas comunidades.

É inegável que esse sistema caracteriza de modo ímpar o estado descentralizado espanhol, conferindo flexibilidade na construção do sistema competencial. O que não impede, contudo, que justamente essa característica seja uma das mais questionadas pela doutrina espanhola, por manter o debate competencial permanentemente aberto. E isto, alega-se, causa muitos desgastes e instabilidade institucional, principalmente em relação às nacionalidades históricas (Catalunha, País Vasco), sendo o julgamento, por parte do Tribunal Constitucional, da Reforma do Estatuto catalão um dos episódios mais significativos dessa realidade (STC 31/2010).

De acordo com o princípio dispositivo, a Constituição fixa os marcos competenciais, podendo algumas dessas serem assumidas ou não – em alguns casos até

---

751 FOSSAS ESPADALER, Enric. *El principio dispositivo en el Estado Autnómico*. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2007. p. 12

752 Nesse sentido, cf. PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p. 812

devolvidas – pelas Comunidades Autônomas. Quem quiser saber exatamente a disposição do sistema competencial espanhol, assim, diferentemente de um sistema federal clássico, não se pode deter em uma simples leitura do texto constitucional. Há que conjugá-lo com o que dizem os respectivos Estatutos de Autonomia.

É a composição de cada um desses Estatutos com a Constituição que determinará, em cada caso, como se compõe a competência sobre determinada matéria, nos respectivos territórios.

### 5.1.2.2 Princípio da solidariedade (cooperação)

Na medida em que Espanha se constitui em Estado Social, um dos princípios que o caracterizam, e possui extrema vinculação com a forma descentralizada de Estado, com a distribuição territorial do poder, é o princípio da solidariedade, constante, dentre outros, no art. 2º, e 138.1, da Constituição de 1978.

A solidariedade, a cooperação, a lealdade<sup>753</sup>. são vertentes desse princípio mais amplo e que possuem íntima vinculação com o exercício da autonomia por parte dos entes componentes do Estado.

Com efeito, como expõe Javier Tejadura Tejada:

[...]La solidaridad es un límite negativo al ejercicio de las competencias, mientras que la colaboración, por el contrario, tiene un contenido positivo. “La solidaridad constituye un *límite negativo de la discrecionalidad* de que disponen las partes en la actuación de sus propios y respectivos poderes, límite que no podrán traspasar sin que tal actuación pueda ser considerada ilegítima. Cada instancia ejerce su poder independientemente, pero con una discrecionalidad limitada. La colaboración, en cambio, afecta directamente a la independencia de las partes en el ejercicio de sus funciones, de modo que exige una determinada *actuación positiva* de las mismas, que da lugar al establecimiento de una determinada relación entre ambas.”<sup>754</sup>

753 TAJADURA TEJADA, Javier. *El principio de solidaridad en el Estado Autonomico*. Cuadernos de Derecho Público. Núm 32 (septiembre-diciembre). 2007.p. 87

754 TAJADURA TEJADA, Javier. *El principio de cooperación en el Estado Autonomico: concepto, presupuestos y fines*. <http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/646292.pdf> em 29.07.15. p. 76

Ou seja, a solidariedade implica uma restrição à discricionariedade do exercício das competências (limite negativo), ao passo que a cooperação exige uma atuação positiva, um *facere*, por parte do ente componente do Estado. Estabelece-se que cada instância respeite e pondere em sua atuação os interesses do conjunto, bem como os interesses das outras partes.<sup>755</sup> É importante, mais uma vez, destacar que solidariedade e autonomia não são conceitos equiparáveis, embora possuam estrita vinculação<sup>756</sup>. Isso porque a descentralização não é um fim em si mesma, está a serviço das finalidades do Estado Social, dentre as quais se inclui a solidariedade:

A mayor abundamiento, podemos esgrimir otro argumento lógico en contra de la equiparación entre autonomía y solidaridad. La distribución territorial del poder como problema estructural atañe a la organización del Estado y como todo problema de organización ha de concebirse como un medio o instrumento al servicio de un fin. Dicho con otras palabras, la descentralización –esto es, el principio de autonomía– es un instrumento al servicio del Estado Social y Democrático de Derecho, pero no es, no puede y no debe ser concebida como un fin en sí mismo. El fin del Estado es la solidaridad. Ello quiere decir que, la relación entre la dimensión social del Estado a la que remite el principio de solidaridad (art. 1 CE) y su estructura territorial descentralizada basada en el principio de autonomía (art. 2 CE) no puede establecerse en términos de paridad sino de subordinación de esta última a la anterior.<sup>757</sup>

Outro ponto importante a destacar, e que explica, em parte, a necessidade de “legislação básica” em algumas matérias, é que todos esses conceitos que determinam ao poder central a competência para estabelecer “o básico”, “as normas

<sup>755</sup> ALBERTI ROVIRA, E.: «Solidaridad Territorial...», ob. cit., p. 262

<sup>756</sup> “La primera, que la solidaridad es el fundamento mismo de la Constitución, esto es, la dimensión material de la unidad del Estado. Por ello de la misma manera que se afirma que la autonomía sólo tiene sentido sobre la base de la unidad del Estado, también se puede y se debe sostener que la autonomía sólo es posible sobre la base de la solidaridad. Dicho con otras palabras, la relación entre el principio de autonomía y el de solidaridad es una relación de jerarquía, puesto que de la misma forma que la autonomía está subordinada a la unidad lo está a la solidaridad. b) La segunda es que la Solidaridad entendida como deber u obligación impone límites claros al ejercicio de la autonomía. La Solidaridad exige determinados comportamientos y prohíbe otros. Repercute, por tanto, sobre el sistema competencial. Y ello porque aunque no afecta a la titularidad de las competencias, sí que condiciona y determina el ejercicio de las mismas.” in TAJADURA TEJADA, Javier. *El principio de solidaridad en el Estado Autonómico*. Cuadernos de Derecho Público. Núm 32 (septiembre-diciembre). 2007.p. 100

<sup>757</sup> TAJADURA TEJADA, Javier. *El principio de solidaridad en el Estado Autonómico*. Cuadernos de Derecho Público. Núm 32 (septiembre-diciembre). 2007.p. 97-8

básicas”, possuem fundamento, em parte, no princípio da solidariedade. De fato, e isso pela necessidade de um espaço social e econômico homogêneo, com uma igualdade mínima de direitos.<sup>758</sup>

Pode-se concluir, então, que o princípio da solidariedade possui destaque no contexto do Estado espanhol descentralizado, inclusive com aplicação jurisprudencial consolidada no âmbito do Tribunal constitucional. Sua importância reside fundamentalmente como limite à discricionariedade no exercício das competências atribuídas ao Estado ou às Comunidades Autônomas, impondo-se o dever de respeitar os limites constitucionalmente estabelecidos.<sup>759</sup>

Como já destacado anteriormente, no caso brasileiro há um reconhecimento do Supremo Tribunal Federal desse princípio, mais especificamente na espécie da lealdade federal, embora não se tenha extraído nenhuma consequência mais prática. É um quadro que pode e deve ser revertido, pois permitiria atenuar, por exemplo, os efeitos da guerra fiscal brasileira, e, no campo ambiental, auxiliar a fixação de níveis protetivos mais elevados pelos Estados-membros.

### 5.1.2.3 Princípios da prevalência e competência

Princípios dos mais relevantes, no âmbito dos Estados descentralizados, e que, desafortunadamente, no caso brasileiro, tem sido muito mal compreendido, são os princípios da prevalência e da competência, também presentes no Estado Autônomo espanhol.

Dispõe o art. 149. 3 da Constituição:

---

<sup>758</sup> TAJADURA TEJADA, Javier. *El principio de solidaridad en el Estado Autonomico*. Cuadernos de Derecho Público. Núm 32 (septiembre-diciembre). 2007.p. 99

<sup>759</sup> Cabe aqui uma observação, visto que para alguns “Nuestra Constitución, a diferencia de otras, como la alemana, es muy parca a la hora de recoger los mecanismos de colaboración institucional entre las Comunidades Autónomas y el Estado (relaciones verticales) o de las Comunidades Autónomas entre sí (relaciones horizontales). Este vacío ha sido colmado por los Estatutos (sobre todo los de “última generación”) y por la legislación estatal.” in ALLUE, Alfredo et al. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Vol II. 1ª Edición. Ed. Lex Nova. Valladolid: 2013. p. 326



Art. 149. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

[...] 3. Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. *La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas.* El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas.

No caso brasileiro, tem-se observado muito frequentemente uma utilização equivocada do princípio da prevalência. A maioria das vezes está associado a situações em que, havendo dúvida quanto a norma a ser aplicada, prevalece o direito federal, uma interpretação mais cômoda, porém quase sempre precipitada e fortemente centralizadora. Se fosse efetivamente assim, se a União pudesse simplesmente deslocar a competências em seu favor tão-somente editando uma lei, que sentido haveria de a Constituição estabelecer uma distribuição de competências? Com efeito, nos federalismos de integração parece razoável deva existir uma cláusula de prevalência, para que a União possa impor suas disposições em favor dos interesses nacionais. Nos federalismos de devolução (v.g, Brasil), com um sistema competencial definido, essa cláusula carece um pouco de sentido.<sup>760</sup>

Em Espanha ocorre o mesmo, porém com a singular diferença que o Tribunal Constitucional, nos conflitos competenciais, “no ha hecho uso ni una sola vez del principio de prevalencia.”<sup>761</sup>

## Segundo Otto y Pardo

El principio de la prevalencia opera dentro del campo de las competencias concurrentes y solo dentro de estas. Y si se ha trazado el anterior esquema es precisamente para poder insistir en este punto: el

<sup>760</sup> TORNOS MAS, Joaquín. *La distribución de competencias en los sistemas federales. Una propuesta para una hipotética reforma constitucional en España.* in LÓPEZ BASAGUREN, Alberto; ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. *Los caminos del federalismo y horizontes del Estado Autónomo.* Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública. 2014. p. 563

<sup>761</sup> PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional.* 14ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p. 820. No mesmo sentido, ARROYO GIL, Antonio. *Una concepción de los principios de competencia y prevalencia en el Estado Autónomo español.* RJUAM, nº 20, 2009-II. p. 214. Ainda, ARAGÓN REYES, Manuel. *Estudios de Derecho Constitucional.* 2ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2009. p. 740

principio de prevalencia altera su sentido si opera dentro de las competencias compartidas y lo altera porque en tal supuesto estaría sirviendo como corrector del orden de competencias constitucionalmente establecido.<sup>762</sup>

Ainda, de acordo com esse autor, deve-se refletir sobre os ensinamentos de Kelsen, para quem constituía algo totalmente contrário ao Estado federal uma cláusula que permitisse estar a convivência política na dependência da vontade da Federação:

[...]es una de las paradojas de la teoría del Estado federal el que se considere el principio según el cual el Derecho federal rompe el de los Estados como esencial al Estado federal y que de ese modo se haya ocultado la necesidad de un Tribunal Constitucional para ese Estado. Es fácil demostrar que nada puede ser más contrario a la idea del Estado federal que tal principio, que hace que la existencia política y jurídica de los Estados miembros dependa del capricho de la Federación, al hacer posible que por una ley ordinaria, incluso por un simple reglamento, se violen las competencias de los Estados miembros en contradicción con la constitución global.<sup>763</sup>

Isso demonstra, também, a problemática da utilização do critério da prevalência da legislação federal pela jurisprudência brasileira. Um excesso centralizador.

Em Espanha, assim como no Brasil, a presença de um princípio da prevalência levou à ideia de que esse critério pudesse ser utilizado para a resolução de conflitos competenciais. Conforme já mencionado, isso foi descartado pela doutrina do Tribunal Constitucional<sup>764</sup>, que tem considerado, quer nos casos de

---

762 OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Obras Completas*. Universidad de Oviedo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Oviedo: 2010. p. 725

763 Idem, p. 719

764 “El Tribunal Constitucional, sin embargo, no ha aceptado la utilización del principio de prevalencia como regla de resolución de conflictos normativos en aquellos supuestos en los que corresponde al Estado la competencia para dictar la legislación básica y a la Comunidad Autónoma la competencia para dictar la legislación de desarrollo. El Tribunal Constitucional ha negado, por tanto, que el principio de prevalencia sirva para resolver los conflictos derivados de la colisión de normas en los supuestos de conflictos derivados del ejercicio de las denominadas competencias compartidas a través del par bases-desarrollo, pues ha considerado que lo que en estos casos se produce es un conflicto de competencias que debe ser resuelto por el principio de atribución o competencia, teniendo, eso sí, en cuenta la peculiaridad que supone el hecho de que la concreción de la delimitación de competencias en estos casos corresponde en buena medida al legislador

competência concorrente, ou mesmo nos de competência compartimentada (bases v. desenvolvimento), sejam essas questões solucionadas pelos princípios da competência e atribuição. Isso significa, portanto, que por mais complexas que sejam as situações (e muitas efetivamente o são, como os limites da legislação básica), constitui tarefa do Tribunal Constitucional proceder à interpretação desses casos, e encontrar a solução, dentro dos limites estabelecidos pelas competências.

Isso, como visto anteriormente, não ocorre na jurisprudência constitucional federativa brasileira.

Os conceitos de prevalência e competência, desse modo, são excludentes, pois é incoerente que se estabeleça constitucionalmente as competências, para simplesmente depois utilizar-se de um critério em que, havendo dúvida hermenêutica, seja deslocada a competência em favor da União. Desse modo, “primacía y competencia son, como ya se ha señalado, principios antagónicos en la resolución de conflictos en un Estado políticamente descentralizado. Donde hay competencia no queda lugar para la prevalencia.”<sup>765</sup> Há uma quebra do equilíbrio estatal, justamente o que a distribuição competencial pretende assegurar.<sup>766</sup>

Arroyo Gil é enfático ao assinalar a exclusão dos princípios da prevalência e da competência:

Defender la primera postura significa asumir que la Federación (la Comunidad Europea o el Estado central) puede en cualquier momento y sin límite alguno ocupar los campos materiales reservados a los *Länder* (los Estados miembros o las Comunidades autónomas), sencillamente porque su derecho prima sobre el de estos. Lo que no parece que tenga demasiado sentido es mantener, por un lado, que existe una distribución constitucional de competencias que se ha de respetar y, por el otro, que cuando se

---

estatal que únicamente incurrirá en una extralimitación competencial si deja vacías de contenido las correspondientes competencias de desarrollo de las Comunidades Autónomas.” in QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás de la. *Los principios de competencia y prevalencia como reglas de resolución de conflictos en el Estado Autonomico*. RJUAM, nº 20, 2009-II. p. 229-230

<sup>765</sup> ARROYO GIL, Antonio. *Una concepción de los principios de competencia y prevalencia en el Estado Autonomico español*. RJUAM, nº 20, 2009-II. p. 207, e 204-5

<sup>766</sup> De fato, “[...] así, mientras que el principio de competencia parte de una relación de equilibrio entre el todo y las partes, que encuentra en el reparto constitucional de las funciones estatales (de carácter legislativo, ejecutivo y, en su caso, judicial) su punto de apoyo, el principio de prevalencia, por su lado, responde a una concepción supraordenada del todo sobre las partes, de imposible equilibrio, y jurídicamente difícil de mantener con coherencia.” in ARROYO GIL, Antonio. *Una concepción de los principios de competencia y prevalencia en el Estado Autonomico español*. RJUAM, nº 20, 2009-II. p. 214

produzca una colisión competencial la misma se ha de resolver por aplicación del principio de prevalencia del derecho federal (comunitario o estatal) sobre el de los *Länder* (Estados miembros o Comunidades autónomas).<sup>767</sup>

Conclui-se, então, que esse princípio da prevalência, aqui discutido por ser da natureza dos estados descentralizados que as Constituições disponham de cláusulas semelhantes (art. 31, da Lei de Bonn; art. 149.3, da Constituição Espanhola, art.24, § 4º, da Constituição brasileira), deve ser utilizado de forma excepcional, considerando-se em primeiro lugar o princípio da competência.

De fato, a doutrina constitucional espanhola coloca bem a questão na medida em que verifica haver uma incoerência entre esses dois princípios, não sendo razoável estabelecer-se uma distribuição competencial e, tão logo apareça um conflito normativo em que haja dúvidas sobre o real alcance dos limites dessas competências, recorrer-se ao princípio da prevalência para validar o direito estatal (ou da União, no caso brasileiro). Isso compromete o equilíbrio das relações intraestatais.

A doutrina brasileira, mais uma vez, repita-se, desafortunadamente utiliza-se desse critério sem maiores questionamentos em grande parte dos casos, e também no campo dos conflitos ambientais. Havendo dúvidas, e na maioria das situações há, aplica-se o direito da União. É necessária, mais do que nunca, uma interpretação mais adequada do texto constitucional, considerando-se os princípios e interesses envolvidos, com flexibilidade, possibilitando algum espaço para os Estados-membros no federalismo brasileiro.

#### **5.1.2.4. Princípio da supletoriedade (e cláusula residual)**

Um princípio significativo, em qualquer Estado composto, relacionado à distribuição de competências, é o que diz respeito às lacunas competenciais que porventura possam existir, e a forma de preenchimento desses vazios. Nesse

---

<sup>767</sup> ARROYO GIL, Antonio. *Una concepción de los principios de competencia y prevalencia en el Estado Autnómico español*. RJUAM, nº 20, 2009-II. p. 206

contexto, a cláusula residual e o princípio da supletoriedade, com distinções nítidas entre si, são considerados cláusulas essenciais dentro do sistema autonômico.

Javier Perez Royo, ao discorrer sobre a cláusula residual (art. 149.3) no Estado espanhol, assim explica:

*La cláusula residual* la formula nuestra Constitución de una manera curiosa, pero coherente con el principio dispositivo, ya que se habilita en primer lugar a las Comunidades Autónomas para que asuman competencias en todas las materias que no estén expresamente reservadas al Estado, para pasar a continuación a atribuir al Estado la competencia residual en todas las materias sobre las que no hayan asumido competencia las Comunidades Autónomas.<sup>768</sup>

Verifica-se que a cláusula residual é adaptada ao princípio dispositivo. Se nos federalismos clássicos, como no norte-americano, todos os poderes não expressamente atribuídos à União pertencem aos Estados-membros, em Espanha, na medida em que as Comunidades Autônomas podem assumir competências que não estejam expressamente reservadas ao Estado, estabelece-se que sejam estatais aquelas competências não assumidas pelas respectivas Comunidades Autônomas.

O princípio da supletoriedade, por sua vez, está contido no dispositivo do art. 149.3 da Constituição que determina que “el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”. Na STC 61/97 esse conceito foi muito bem analisado pelo Tribunal Constitucional, em especial FJ 12:

[...]

En esta misma línea, en la STC 118/1996, el Tribunal declaró que: «Si para dictar cualesquier normas precisa el Estado de un título competencial específico que las justifique, y la supletoriedad no lo es, esa conclusión ha de mantenerse en todo caso. Por lo tanto, tampoco en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas puede, excediendo el tenor de los títulos que se las atribuye y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los Estatutos a las Comunidades Autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias, pues tales

---

<sup>768</sup> PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p. 819

normas, al invocar el amparo de una cláusula como la supletoriedad que, por no ser título competencial, no puede dársele, constituyen una vulneración del orden constitucional de competencias» (fundamento jurídico 6).

En consecuencia, la «supletoriedad del Derecho estatal ha de ser inferida por el aplicador del Derecho autonómico, mediante el uso de las reglas de interpretación pertinentes» (fundamento jurídico 6). Por consiguiente, «la cláusula de supletoriedad no permite que el Derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia. El presupuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del derecho» (fundamento jurídico 8).

Algumas conclusões podem ser sintetizadas: (1) essa cláusula não é um título competencial, constituindo infração às competências sua utilização pelo Estado com essa finalidade; (2) ao intérprete, no caso, a quem aplica o direito autonômico, não é permitido sua utilização na simples ausência de regulamentação, mas somente em se constatando, pelas regras usuais de interpretação, uma lacuna e a necessidade de seu preenchimento.

### 5.1.3 O Tribunal Constitucional e a resolução de conflitos

É uma característica comum a alguns países europeus, pós 2ª Guerra Mundial, o estabelecimento de um Tribunal Constitucional para realizar a defesa e guarda da Constituição. De acordo com Javier Perez Royo, não é um sintoma de boa saúde, sendo o resultado de uma dupla anomalia histórica: a resistência do Antigo Regime à parlamentarização, e do Estado liberal à democratização.<sup>769</sup> É um tribunal que existe para evitar que se faça o mal<sup>770</sup>, devendo conter a atuação do Estado dentro dos limites constitucionais.

No contexto europeu, a constitucionalização da Espanha pós-2ª Guerra foi mais tardia, na década de 1970, junto com Portugal, depois de longos regimes ditatoriais. É oportuno reiterar que ambas as constituições, de Espanha e Portugal,

<sup>769</sup>PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p. 726

<sup>770</sup> PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p. 727

exerceram profunda influência sobre a Constituição brasileira de 1988, justamente por consagrarem maior respeito aos direitos fundamentais e aos valores do Estado democrático, que o Brasil também buscava consolidar após duas décadas de ditadura militar (1964-1985).

O sistema europeu de controle de constitucionalidade é do tipo concentrado, instituindo-se um órgão à margem do Poder Judiciário com o dever de zelar pela Constituição, e, no caso dos Estados compostos, também efetuar a resolução dos conflitos existentes entre os entes que os compõem. Suas origens remontam à Constituição austríaca e a de Weimar, ainda no começo do século XX. Não é um sistema incidental de controle constitucional, à maneira norte-americana, em que todos os órgãos do Poder Judiciário podem efetuar a análise de constitucionalidade de leis e atos normativos, competindo a palavra final à Suprema Corte, com força de precedente vinculante (*stare decisis*).

Em comum, entre todos esses sistemas, é a presença de um órgão encarregado da resolução dos conflitos entre a União e os Estados-membros, ou entre *Bund* e *Länder*, ou Estado e Comunidades Autônomas: a Suprema Corte, ou o Tribunal Constitucional.

A função deste último consiste, dentre outras, em analisar a Constituição e o Estatuto das Comunidades Autônomas e decidir se o autor da norma detinha competência para elaborá-la, ou se excedeu em suas faculdades, invadindo competência alheia.<sup>771</sup> Isso pode ser feito por intermédio de um (1) recurso de inconstitucionalidade; ou de (2) um conflito de competência. Também é possível que um juiz o tribunal ordinário suscite uma “questão de inconstitucionalidade” perante o TC.<sup>772</sup>

Os conflitos de competência podem ser negativos ou positivos. Os primeiros são muito raros (“sirva como ejemplo que, según la memoria del Tribunal Constitucional de 2011, sólo llegaron a dicho órgano nueve casos de este tipo”<sup>773</sup>),

---

771 AJA, Eliseo. *El Estado Autonómico. Federalismo y Hechos Diferenciales*. 2ª Edición. Alianza Editorial. Madrid: 2003. p. 148

772 AJA, Eliseo. *El Estado Autonómico. Federalismo y Hechos Diferenciales*. 2ª Edición. Alianza Editorial. Madrid: 2003. p. 151

773 ALLUE, Alfredo et al. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Vol II. 1ª Edición. Ed. Lex Nova. Valladolid: 2013. p. 341. Ainda, “En los cuatro años que van de 1984 a 1987 se presentaron 429 conflictos y el Tribunal dictó 100 sentencias, de forma que se acumularan 329 procesos, además

enquanto os segundos, inicialmente, eram frequentes, diminuindo progressivamente posteriormente, à medida que se consolidava a doutrina do Tribunal Constitucional.

O Tribunal constitucional espanhol, sem dúvida, contribuiu de maneira significativa para a construção do Estado Autônomo espanhol<sup>774</sup>, pois permitiu a consolidação e a resolução de muitos conflitos competenciais, seja delimitando conceitos, ou o alcance de determinadas competências, enfim. Uma tarefa nada fácil, principalmente pela heterogeneidade competencial.<sup>775</sup>Sustenta-se, inclusive, que nessa função por vezes excedeu o papel de árbitro, típico dos sistemas federais, pois controla não somente o exercício das competências, mas também sua própria distribuição, o que nem sempre é benéfico ao tribunal, visto as inevitáveis implicações políticas.<sup>776</sup>

É importante mencionar, ainda que *en passant*, algumas dessas contribuições do tribunal para a construção do Estado Autônomo:

En este desarrollo de 30 años de autonomía, probablemente lo más sólido, aquello que ha determinado con autoridad conceptos y límites, ha sido la doctrina del Tribunal Constitucional. Recordemos algunos hitos fundamentales: la compatibilidad entre la unidad del Estado y la autonomía de las Comunidades, así como la autonomía local; el encaje constitucional de los derechos históricos; la relación de los estatutos con la Constitución, las leyes orgánicas y las leyes del art. 150 CE; la prohibición de normas meramente interpretativas; el concepto de bases, leyes básicas y legislación básica; el carácter de las diversas competencias, la delimitación entre las mismas, el papel de la cláusula residual y del principio de supletoriedad, así como la laboriosa delimitación de muchas de estas competencias, en especial la ubicación de las asignadas al Estado en los arts. 149.1.1, 149.1.13 y 149.1.18 de la Constitución; la consagración del principio de lealtad constitucional y los conceptos de coordinación, cooperación y colaboración; o, finalmente, el impacto jurídico del derecho de la Unión Europea en el derecho interno español sin desequilibrar las competencias del Estado y de las comunidades autónomas.<sup>777</sup>

---

de los que ya estaban pendientes de años anteriores.” in AJA, Eliseo. *El Estado Autónomo. Federalismo y Hechos Diferenciales*. 2ª Edición. Alianza Editorial. Madrid: 2003. p. 81

774 É conhecida a expressão de Aragón Reyes “Estado Jurisdiccional Autônomo”.

775 ALLUE, Alfredo et al. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Vol II. 1ª Edición. Ed. Lex Nova. Valladolid: 2013.p. 336

776 Idem, p. 336. Nesse sentido, também “Pero la construcción del Estado de las Autonomías no es producto sólo de la ley. También, en parte muy importante, es obra de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuya orientación general ha sido y es la de favorecer el desarrollo de los poderes autonómicos, interpretando en el sentido más favorable para ello los opacos preceptos de la Constitución.” in RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*. Vol. II. 3ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2012. p. 763

777 CARRERAS SERRA, Francesc de. *Sobre la inevitable construcción jurisprudencial del Estado*



Verifica-se, por conseguinte, que existe uma consolidada doutrina do tribunal constitucional e que sua colaboração foi fundamental para a construção do Estado Autônomo espanhol. É evidente que isso não é desprovido de críticas, que talvez tenham se aprofundado de forma significativa após a STC 31/2010, a qual alguns atribuem ter incrementado parte da crise separatista catalã<sup>778</sup>. A posição do Tribunal Constitucional, em qualquer sistema de controle de constitucionalidade e com funções de árbitro desse Estado composto, é delicada.

Como leciona Eliseo Aja:

El Tribunal Constitucional es una institución frágil porque tiene enorme poder que se basa solo en su prestigio. El TC puede anular leyes aprobadas por los parlamentos y las disposiciones elaboradas por los gobiernos, puede corregir a los tribunales superiores al menos en algunos procedimientos, como los derechos fundamentales, y sin embargo carece de legitimidad democrática efectiva que fundamente semejante autoridad. El poder le viene de su función de mantener la supremacía de la Constitución frente a los posibles excesos del legislador, del gobierno y los jueces.<sup>779</sup>

Assim sendo, a postura que adota uma Corte Constitucional é fundamental para a construção de seu prestígio e a consolidação do respeito a suas decisões. A ausência de uma legitimidade democrática direta acarreta, sem dúvida, a necessidade uma coerência argumentativa para respaldar sua autoridade, o que nem sempre é muito fácil de se manter. O fato é que o Tribunal Constitucional desempenhou papel fundamental no desenvolvimento do sistema competencial espanhol, com algumas decisões que permitiram nitidamente um fortalecimento das Autonomias.<sup>780</sup>

---

*autonómico. in* LÓPEZ BASAGUREN, Alberto; ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. *Los caminos del federalismo y horizontes del Estado Autonómico*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública. 2014. p. 543

<sup>778</sup> PEREZ ROYO, Javier. *La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un Estado compuesto en España: elementos de continuidad y ruptura, e incidencia en las perspectivas de evolución del Estado Autonómico*. Revista catalana de dret públic, núm. 43, 2011. p. 144

<sup>779</sup> AJA, Eliseo. *Estado Autonómico y Reforma Federal*. Alianza Editorial. Madrid: 2014. p 187

<sup>780</sup> Como reforça Rubio Llorente, “pese a las críticas que del lado de las Comunidades Autónomas se le hacen con frecuencia, no me parece dudoso que deban verlo como su principal protector. Sin la interpretación extremadamente restrictiva que el Tribunal ha hecho de la competencia exclusiva del

Resta concluir que o Tribunal Constitucional exerce função essencial no âmbito do Estado das Autonomias, cuja doutrina, no que se refere aos limites da configuração básica da legislação ambiental, bem como a delimitação dessa competência e o alcance de sua transversalidade, são contribuições significativas no âmbito do direito comparado para o direito brasileiro.

### 5.1.3.1 Breve histórico e características do Tribunal

O Tribunal Constitucional espanhol foi instituído pela Constituição de 1978, embora já houvesse uma disposição semelhante na Constituição da 2ª República, ainda que algumas características fossem substancialmente diferentes (v.g, a composição da Corte). Como já mencionado, seguiu a linha predominante adotada no continente europeu, estabelecendo um sistema de controle de constitucionalidade concentrado, que proporcionasse a guarda do texto constitucional, assegurando direitos fundamentais e o respeito aos valores do Estado Social de Direito democrático. A inspiração na Lei Fundamental de Bonn é mais do que reconhecida pela doutrina espanhola.

O Tribunal Constitucional encontra-se assentado no Título IX da Constituição de 1978, nos artigos 159 a 165, bem como na Lei Orgânica nº 2, de 3 de outubro de 1979.

Entre as características mais significativas do tribunal, pode-se mencionar que se compõe de 12 (doze) membros (art. 159.1 CE), nomeados pelo Rei, sendo 4 (quatro) indicados pelo Congresso, escolhidos por maioria de três quintos; 4 (quatro)

---

Estado para regular las condiciones que garanticen la igualdad básica de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, y su obstinación en mantener la tesis de que la supletoriedad del Derecho estatal no constituye en sí misma un título competencial, el Estado de las Autonomías sería bien distinto.[...]Y por último, para concluir estas consideraciones esquemáticas, no cabe olvidar que con la decisión que invalidó en sus aspectos esenciales la célebre Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA) el Tribunal puso coto a todo eventual intento de redefinir la Constitución mediante la Ley. Es cierto que muchas de las fórmulas que la LOAPA incorporaba coinciden materialmente con las que el propio Tribunal ha impuesto, pero lo errado de aquel intento no estaba en lo equivocado de las fórmulas concretas, sino en la idea de que éstas podían ser impuestas por el legislador, no por el órgano que tiene la responsabilidad de interpretar en última instancia la Constitución.” in RUBIO LLORENTE, Francisco. *El Tribunal Constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 24. Núm 71. Mayo-Agosto. 2004.p. 26.

pelo Senado, e mesma maioria; 2 (dois) pelo Governo; e 2 (dois) pelo Conselho Geral do Poder Judiciário. São escolhidos entre magistrados, membros do Ministério Público, professores de Universidade, funcionários públicos e advogados, todos juristas de reconhecida competência e com mais de quinze anos de exercício profissional (art. 159.2 CE). Esses requisitos são verificados pelo próprio Tribunal (art. 2.1."g", da LOTC)

A designação é por um período de 9 (nove) anos, sendo renovada a Corte por suas terças partes. Os membros do Tribunal são independentes e inamovíveis no exercício do mandato, e possuem as incompatibilidades próprias dos demais membros do poder judicial, além das constantes do art. 159.4 da CE<sup>781</sup>.

O Presidente do Tribunal Constitucional será escolhido entre seus membros e nomeados pelo Rei, por um período de 3 (três) anos (art. 160 CE).

Outro aspecto importante diz respeito ao sistema de deliberação, bem como a forma como são expostas as decisões tomadas pela Corte. O Tribunal trabalha em Pleno, Salas e Seções, sendo que suas decisões são deliberadas, e nas sentenças somente podem constar os votos particulares, se houver. Essa forma de decidir permite maior consolidação de precedentes, sendo distinta da Suprema Corte brasileira. Observa-se, também, que as sentenças são por vezes longas, didáticas, explicando detalhadamente os fundamentos jurídicos utilizados, após um resumo do processo na parte inicial.

Destaque-se que essas sentenças são publicadas no Boletim Oficial do Estado (BOE), com os votos particulares, se houver. São irrecorríveis, possuem eficácia contra todos, implicam a nulidade dos dispositivos impugnados, e não retroagem (art. 164 CE).<sup>782</sup>

Por último, quanto ao volume processual relacionado aos tipos de ações, um dado importante é que os recursos de amparo "siguen representando alrededor

---

<sup>781</sup> "La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil."

<sup>782</sup> PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p. 746-7

del 98 por 100 de la cifra total, de manera que es su despacho el que absorbe la mayor parte del trabajo”.<sup>783</sup>

### 5.1.3.2 Competências do Tribunal Constitucional

As competências do Tribunal Constitucional espanhol encontram-se, em um primeiro momento, no art. 161 da Constituição, e também no art. 2º da LOTC<sup>784</sup>.

O recurso de inconstitucionalidade pode ser interposto a partir da publicação oficial da lei, disposição normativa ou ato com força de lei (art. 31 LOTC), em um prazo máximo de 3 (três) meses (art. 36 LOTC), ou 9 (nove) meses, nos casos do art. 36.2 LOTC (basicamente, havendo negociações entre Estado e Comunidades Autônomas para resolver-se as discrepâncias). Os legitimados para a interposição desse recurso são o (1) Presidente del Gobierno; (2) el Defensor del Pueblo; (3) Cincuenta Diputados; (4) Cincuenta Senadores; (5) órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, em se tratando de atos que afetem sua autonomia.

Os recursos de amparo (arts. 41 a 58 LOTC), que constituem o maior volume de julgamentos proferido pelo TC, têm como objetivo proteger os direitos e liberdades reconhecidos nos arts. 14 a 29 da CE, sem prejuízo da tutela dos Tribunais de Justiça (igualmente a objeção de consciência, art. 30 CE ). O prazo para a interposição do recurso das decisões ou atos sem valor de lei, emanados de Cortes ou quaisquer de seus órgãos, Assembleias Legislativas das Comunidades Autônomas, ou seus órgãos, que violem os direitos e liberdades suscetíveis de

<sup>783</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco. *El Tribunal Constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 24. Núm 71. Mayo-Agosto. 2004. p. 20

<sup>784</sup> Artículo segundo. 1. El Tribunal Constitucional conocerá en los casos y en la forma que esta Ley determina: a) Del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad contra Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley. b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades públicos relacionados en el artículo 53.2 de la Constitución. c) De los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí. d) De los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado. d) bis. De los conflictos en defensa de la autonomía local. e) De la declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados Internacionales. f) De las impugnaciones previstas en el número 2 del artículo 161 de la Constitución. g) De la verificación de los nombramientos de los Magistrados del Tribunal Constitucional, para juzgar si los mismos reúnen los requisitos requeridos por la Constitución y la presente Ley. h) De las demás materias que le atribuyen la Constitución y las Leyes orgánicas.

amparo constitucional é de 3 (três) meses (art. 42 LOTC). No caso de atos do governo ou de suas autoridades, esse prazo será de 20 (vinte) dias, esgotada a via judicial procedente.

No caso de violações de direitos e liberdades suscetíveis de recurso de amparo, cuja origem imediata e direta seja um ato ou omissão judicial, exigem-se os seguintes requisitos: (1) exaurimento da via processual recursal cabível; (2) independência do ato ou omissão judicial dos fatos que deram origem ao processo; (3) seja denunciado formalmente o processo; (4) prazo de 30 (trinta) dias<sup>785</sup>. É bom ressaltar, nesse contexto, que o recurso de amparo possui um caráter subsidiário.

No âmbito do direito ambiental, a proteção ao meio ambiente não se encontra entre os direitos e liberdades constantes dos arts. 14 a 29 CE, o que não impede, consoante se verá oportunamente, que se tenha permitido pela jurisprudência constitucional a sua admissibilidade e defesa perante a Corte. É o expediente da denominada por alguns doutrinadores “defesa cruzada de direitos”.<sup>786</sup>

Os conflitos constitucionais de competência encontram-se disciplinados nos arts. 59 a 72 LOTC, podendo ser positivos ou negativos, sendo os primeiros os mais recorrentes. Como leciona Perez Royo<sup>787</sup>, das centenas de conflitos suscitados apenas dois foram conflitos negativos. Estes ocorrem quando nenhuma Administração, estatal ou autonômica, se considera competente para resolver a pretensão de uma pessoa física ou jurídica; aqueles, por sua vez, ocorrem quando tanto Estado como Comunidade Autônoma reivindicam a competência questionada.<sup>788</sup>

A questão de inconstitucionalidade se encontra disciplinada no art. 163 da CE e arts. 35 a 37 da LOTC. De acordo com esses dispositivos, quando um órgão judicial considere que, em algum processo, uma norma com valor de lei, aplicável ao caso, de cuja validade dependa a decisão, pode ser contrária à Constituição,

---

<sup>785</sup> Art. 44 LOTC

<sup>786</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. La Defensa Cruzada de Derechos: la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Anuario Jurídico de La Rioja, nº 10, 2004-2005.

<sup>787</sup> PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p. 748-9

<sup>788</sup> PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p. 748-9

submeterá a questão ao Tribunal Constitucional em seus termos. Conforme Perez Royo, não é “un instrumento que está a disposición de las partes, sino un instrumento a disposición del poder judicial en su tarea de administrar justicia y del que sólo debe haber uso cuando considere que no puede decidir sin la colaboración del Tribunal Constitucional.”<sup>789</sup>

Essas, em apertada síntese, as principais competências do Tribunal Constitucional.

#### 4.1.3.3 O bloco de constitucionalidade

Como refere Rubio Llorente, “el bloque de la constitucionalidad, con independencia de la forma que revisten las distintas normas que en él se integran, es el núcleo esencial de la Constitución del Estado español como Estado compuesto”<sup>790</sup> Com efeito, a integração dos Estatutos de Autonomia na Constituição total faz com que estes se constituam em medida da validade das leis e atos normativos estatais, função não desempenhada pelas Constituições dos Estados-membro nas federações.<sup>791</sup>

Assim, para verificar a constitucionalidade de um dispositivo, consoante Javier Perez Royo:

Para pareciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, o disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, *además de los preceptos constitucionales*, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas”. Se trata en cierta medida de la configuración legal de lo que la doctrina y la jurisprudencia ha definido como “bloque de constitucionalidad. (SSTC 10/1982, 76/1983, 66/1985, 99/1987).<sup>792</sup>

<sup>789</sup> Idem, p. 743

<sup>790</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco. *El Bloque de Constitucionalidad*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 9. Núm 27. Septiembre-Diciembre. 1989. p. 24

<sup>791</sup> Idem, p. 26-7

<sup>792</sup> PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p. 739

O bloco de constitucionalidade, portanto, desempenha uma função decisiva no sistema constitucional espanhol, em virtude da impossibilidade de se determinar as competências estatais ou autonômicas somente recorrendo-se ao texto da constituição nacional.<sup>793</sup>

Ao analisar a doutrina espanhola a respeito do tema, aponta Rubio Llorente que:

[...]Santiago Muñoz Machado (16) identifica la noción de bloque de la constitucionalidad con el conjunto de «los instrumentos normativos que, junto con la Constitución, y como complemento de ésta, es preciso tener en cuenta en todo momento para determinar con exactitud el régimen de una determinada competencia en el sentido de si pertenece al Estado o a las Comunidades Autónomas, y en qué sentido», el mismo entendimiento que de ella tienen, Tomás Ramón Fernández (17) o Eduardo García de Enterría (18), entre otros [...].<sup>794</sup>

E que normas compõem esse bloco?

Consoante lição de Eliseo Aja:

No es necesario extenderse excesivamente al exponer las normas que integran dicho bloque, porque el tema es bastante pacífico; en primer lugar la Constitución como norma suprema, que no sólo llama a los Estatutos para dibujar las concretas competencias de cada C.A., sino que sigue operando junto con éstos, y por encima de ellos, para establecer el régimen jurídico de cada competencia. Los Estatutos de Autonomía son el siguiente elemento del bloque en importancia al establecer las competencias de las CC.AA., y por negativo las del propio Estado, en virtud del 149.3 CE. Las leyes del 150 CE (leyes marco, Leyes Orgánicas de Transferencias y Leyes de Armonización), que pueden modificar las competencias extraestatutariamente, también son incluidas sin problemas. Y por último también lo integran las «leyes competenciales», entendiéndose por tales aquellas pocas leyes que la propia Constitución o los Estatutos llaman expresamente para determinar una determinada competencia, como sucede en el 149.1.29 con la ley de Policías o en los Estatutos de Autonomía con las leyes que regulen el tercer canal de televisión.

<sup>793</sup> AJA, Eliseo. *La Distribución de Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España. Balance y perspectivas*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 4. Septiembre-diciembre. 1989. p. 240

<sup>794</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco. *El Bloque de Constitucionalidad*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 9. Núm 27. Septiembre-Diciembre. 1989. p. 13

La integración o no de las leyes básicas estatales en el bloque de constitucionalidad me parece una polémica nominal, si estamos de acuerdo en que las competencias son establecidas por la Constitución y los Estatutos —en rigor por los anteriores elementos del bloque de constitucionalidad—, aunque tales leyes sirven para concretar aquellas determinaciones, y como tales son referencia obligada de las leyes autonómicas que las desarrollan, a salvo de que el TC declare que han invadido competencias autonómicas.<sup>795</sup>

Encontram-se no bloco de constitucionalidade (1) a Constituição; (2) os Estatutos de Autonomia; (3) as leis do art. 150 da CE (leis marco, orgânicas de transferência, leis de harmonização); (4) as leis competenciais, que a Constituição ou os Estatutos chamam para determinar uma competência, a exemplo do art. 149.1.29. As leis básicas, segundo Eliseo Aja, também fariam parte, por consistir em uma polémica nominal, na medida em que desenvolvem o já disposto na Constituição ou nos Estatutos.

É importante ressaltar que os Estatutos formam parte, indiscutivelmente, do bloco de constitucionalidade. E “los Estatutos gozan de especial rigidez, frente a las demás disposiciones constitucionales ya que no pueden ser reformados unilateralmente por el poder legislativo estatal (STC 56/1990)”.<sup>796</sup>

No Brasil, houve uma certa recepção dessa noção de bloco de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, mas não vinculado à questão competencial, e sim relacionado à alteração dos parâmetros de controle de constitucionalidade. São exemplos nesse sentido os AgReg ADI 4.222/DF, Rel. Min. Celso de Mello, unânime, 01.08.14 e AgReg ADI 2.971/RO, Rel. Min. Celso de Mello, unânime, 06.11.14.<sup>797</sup>

<sup>795</sup> AJA, Eliseo. *La Distribución de Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España. Balance y perspectivas*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 4. Septiembre-diciembre. 1989. p. 240

<sup>796</sup> ARAGÓN REYES, Manuel. *Estudios de Derecho Constitucional*. 2ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2009. p. 738

<sup>797</sup> Transcreve-se o seguinte trecho do voto do relator, Min. Celso de Mello, na ADI 2971: “[...]É por tal motivo que os tratadistas – consoante observa JORGE XIFRA HERAS (“Curso de Derecho Constitucional”, p. 43) –, em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade, cujo significado – revestido de maior ou de menor abrangência material – projeta-se, *tal seja o sentido que se lhe dê*, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando a compreender normas de carácter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, *em toda a sua plenitude*, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, *desse modo*, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da ideia de ordem constitucional global.”



#### 5.1.3.4 O Tribunal Constitucional e o princípio da proporcionalidade: breves considerações

Para os objetivos deste trabalho, foi referido que a incorporação do princípio da proporcionalidade, na perspectiva do direito comparado, vincula-se sobretudo ao âmbito da União Europeia, onde encontra bastante utilização no campo das competências e seus respectivos conflitos. O Tribunal Constitucional espanhol poucas<sup>798</sup> vezes empregou esse princípio com esse objetivo específico (resolução de conflitos competenciais), o que não significa, entretanto, que a proporcionalidade tenha sido descartada. Antes pelo contrário.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade é largamente utilizado pelo Tribunal Constitucional espanhol, sobretudo para controle de constitucionalidade de leis, recursos de amparo, e referente a todo tipo de normas, ou medidas de toda procedência, seja da Administração Pública, particulares, juízes e o legislador. Conforme levantamento estatístico realizado por Markus Gonzalez Beilfuss, é mencionado expressamente em 137 (cento e trinta e sete sentenças), no período 2003-2015, e de maneira genérica em 475 (quatrocentos e setenta e cinco) casos à mesma época.<sup>799</sup> Sua utilização encontra-se, portanto, consolidada em Espanha.

O fundamento para justificá-lo encontra-se usualmente na cláusula do Estado de Direito (art. 1.1 CE), na justiça como valor superior (art. 1.1 CE), a proibição de arbítrio (art. 9.3 CE), e em algum caso excepcional na dignidade da pessoa humana (STC 160/1987)<sup>800</sup>, mencionando também algumas vezes o art. 10.2, e sua vinculação aos Tratados da União Europeia e do Tribunal de Estrasburgo. Aliás, é indiscutível que “la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos

<sup>798</sup> Cf. por exemplo STC 37/1981, STC 82/1986; STC 156/1995; STC 87/1985

<sup>799</sup> GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 2ª. Ed. Editorial Aranzadi. Pamplona. 2015. p. 14. Especifica que “[...] así, desde sus primeros años de actividad hasta el cierre de la presente edición [2015], dicho principio ha sido mencionado en los Fundamentos Jurídicos de 222 sentencias, mientras que el término “proporcionalidad” ha sido empleado en 883 sentencias.” Idem, ibidem, p. 19

<sup>800</sup> ROCA TRÍAS, Encarnación. *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*. Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España. Roma. Octubre 2013. in <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XV%20Trilateral/PONENCIA.pdf>, acesso em 19.07.2016, às 22:31h. p. 8

Humanos se convirtió en la principal causa de la rápida utilización del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional español.<sup>801</sup>

O Tribunal Constitucional espanhol desde o seu começo empregou a noção de proporcionalidade, inicialmente de um modo informal e intuitivo, pouco sistemático, e confundindo-o com a razoabilidade<sup>802</sup>. Isso decorreu, em certa medida, porque essa noção não era estranha ao ordenamento jurídico espanhol, presente que estava no direito administrativo, na ideia de proporcionalidade das penas. Atualmente, a aplicação da razoabilidade é característica dos casos envolvendo “igualdade” e o exame de violação à “tutela judicial efetiva”, sendo os artigos mais invocados os art.14 e 24.1.<sup>803</sup> A proporcionalidade, por sua vez, adota a “doutrina alemã”, subdividida em seus três cânones clássicos (adequação, necessidade, proporcionalidade *stricto sensu*).

Como já mencionado, inicialmente, o Tribunal utilizou-se da proporcionalidade de modo mais informal, muitas vezes confundindo-a com a razoabilidade. Nessa denominada 1ª fase, que se estende aproximadamente até meados dos anos 1990, diversas sentenças foram proferidas pela Corte, podendo-se referir, por exemplo “la STC 22/1981 (jubilación forzosa a los 69 años), en la que el Tribunal aludió a la “razonable relacion de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida” que debe existir para que una diferencia de tratao no derive en discriminación”<sup>804</sup>, ou ainda a “STC 26/1981 (servicios mínimos huelga de RENFE), en la que se hizo referencia a la “regla de la proporcionalidad de los sacrificios” como criterio para determinar si unos servicios mínimos podían considerarse abusivos o no <sup>805</sup> Outras decisões significativas, analisando as restrições de direitos fundamentais: (1) liberdade sindical – STC 20/1985 (relativa a subvenções aos sindicatos mais representativos); (2) liberdade pessoal – STC 178/1985; (3) liberdade de expressão – STC 199/1987 (relativa a primeira lei

801 GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 2ª. Ed. Editorial Aranzadi. Pamplona. 2015. p. 21.

802 Idem, p. 24

803 ROCA TRÍAS, Encarnación. *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*. Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España. Roma. Octubre 2013. in <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XV%20Trilateral/PONENCIA.pdf>, acceso em 19.07.2016, às 22:31h. p. 18

804 GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 2ª. Ed. Editorial Aranzadi. Pamplona. 2015. p. 20.

805 Idem, ibidem

antiterrorismo); (4) Intimidade pessoal – STC 37/1989 (reconhecimento ginecológico imposto em instrução penal); (5) integridade Física – STC 120/1990 (alimentação forçada de presos do GRAPO).

É importante referir que o Tribunal Constitucional sempre se mostrou bastante cauteloso ao declarar a inconstitucionalidade de atos normativos com fundamento no princípio da proporcionalidade. Basta mencionar que nos quinze primeiros anos de funcionamento, somente 13 (treze) das 31 (trinta e uma) sentenças que o utilizaram foram julgadas procedentes.<sup>806</sup>

A partir da segunda metade dos anos 1990, aproximadamente, inicia-se uma 2ª fase do princípio da proporcionalidade, caracterizada pela utilização mais formal e sistemática, adotando-se a doutrina alemã (idoneidade, necessidade, proporcionalidade *stricto sensu*)<sup>807</sup>, embora nunca expressamente reconhecido.<sup>808</sup>São dessa época, por exemplo, a STC 66/1995 (marco inicial), STC 55/1996 (regime penal de prestação social substitutiva – II), STC 207/1996 (intervenções corporais durante a instrução penal), STC 161/1997 (delito de negativa a submeter-se ao teste de alcoolemia), STC 37/1998 (filmagem de um piquete informativo), STC 49/1999 (interceptação telefônica em delitos de contrabando e contra a saúde pública).

---

806 *Idem*, p. 36

807 Por vezes a Corte utiliza-se do *prius lógico*, isto é, a finalidade da medida objeto de controle. Não é necessário que a finalidade perseguida esteja na Constituição, somente que seja constitucionalmente legítima, ou seja, que fique dentro daquelas possibilidades de atuação que a Constituição permite. Cf. SSTC 55/1996, 161/1997, 49/1999. *Idem, ibidem*. p. 49.

808 De fato, “en el caso del juicio de proporcionalidad, el Tribunal –aunque nunca haya reconocido expresamente esta deliberada importación— aplica el llamado “test alemán” con sus consabidos tres estadios (controles sucesivos de adecuación, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto). En cuanto al juicio de razonabilidad, en su aplicación más relevante, que es la que se proyecta sobre el ámbito de acción del principio de igualdad, se refleja la directa influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo –esta sí, objeto de recepción expresa por parte del Tribunal– e incorpora, seguramente también a través de este misma jurisprudencia, importantes aspectos de la doctrina del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en materia de “*equal protection*”. En ambos casos, sería precipitado concluir que, con estos puntos de llegada, la evolución se ha detenido. Mientras que las fórmulas de enunciación de estos principios parecen consolidadas, no puede decirse lo mismo de la práctica aplicativa, que sigue mostrando fluctuaciones, sobre todo en el caso del juicio de proporcionalidad.

Como se ha indicado, la evolución jurisprudencial de estos principios no ha sido lineal. Aunque hoy aparezcan con rasgos diferenciados, en los primeros tiempos, razonabilidad y proporcionalidad tendieron a confundirse o, al menos, a presentarse como criterios complementarios.” In ROCA TRÍAS, Encarnación. *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad em la jurisprudencia constitucional española*. Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España. Roma. Octubre 2013. in <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XV%20Trilateral/PONENCIA.pdf>, acesso em 19.07.2016, às 22:31h. p. 5-6

### Como leciona Encarnación Roca Trías:

Es a partir de la segunda mitad de los años 90 cuando se hace visible en la jurisprudencia constitucional el intento consciente de articular de un modo preciso el control de proporcionalidad. En una serie de decisiones representativas del control de proporcionalidad sobre actuaciones del legislador (STC 55/1996), de jueces (STC 207/1996) y de la administración (STC 66/1995), el Tribunal procedió en cada caso a un análisis ordenado de la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la intervención cuestionada. Es también en este período cuando definitivamente cobra forma el test de razonabilidad aplicado al control de la motivación de las decisiones judiciales y su derivado, el canon reforzado de razonabilidad para determinadas actuaciones, tanto judiciales como administrativas, que por su directa e intensa incidencia sobre derechos están sujetas a una obligación de motivación más exigente.<sup>809</sup>

Após, a Corte passa a 3ª fase, segundo Markus Gonzalez Beilfuss, em que o uso do princípio deixa de ser, de certo modo, previsível e ordenado, retornando a ser um pouco mais informal e intuitivo, distanciando-se mesmo do âmbito da constitucionalidade.<sup>810</sup> Pode concluir, também, que é no subprincípio da proporcionalidade *stricto sensu* que repousam as maiores dificuldades da Corte, e que a grande maioria dos casos é decidida no segundo subprincípio (necessidade), mostrando-se determinante para o resultado do julgamento.<sup>811</sup>

Ao final, pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade, na formulação alemã, encontra-se incorporado definitivamente na jurisprudência constitucional espanhola, permitindo o desenvolvimento de um corpo sistemático de decisões hábeis a determinar em que situações, e sob que condições, determinados direitos assegurados constitucionalmente podem ser restringidos, seja pelo administrador, o juiz, ou o legislador.

809 ROCA TRÍAS, Encarnación. *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*. Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España. Roma. Octubre 2013. in <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XV%20Trilateral/PONENCIA.pdf>, acceso em 19.07.2016, às 22:31h. p. 9

810 GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 2ª. Ed. Editorial Aranzadi. Pamplona. 2015. p. 71.

811 ROCA TRÍAS, Encarnación. *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*. Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España. Roma. Octubre 2013. in <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XV%20Trilateral/PONENCIA.pdf>, acceso em 19.07.2016, às 22:31h. p. 16

En cuanto al principio de proporcionalidad --bajo la formulación “alemana” definitivamente incorporada por la jurisprudencia constitucional en la segunda mitad de los años noventa--, es hoy por hoy el criterio dominante para la decisión de controversias constitucionales en las que se denuncia la lesión de derechos o la indebida intromisión en ámbitos de actividad protegidos por la Constitución, por parte de normas, medidas o actuaciones que cuentan a su vez con respaldo constitucional. El Tribunal Constitucional ha especificado --y este es un rasgo crucial-- que el principio de proporcionalidad no es un principio autónomo que quepa invocar sin identificar el concreto precepto constitucional que se entiende vulnerado por la intervención desproporcionada.

La práctica del Tribunal aplicando el principio de proporcionalidad muestra algunos resultados interesantes. La aplicación del principio de proporcionalidad al control de leyes ha dado lugar a un buen número de sentencias interpretativas, en las que el Tribunal detalla bajo qué condiciones de aplicación la ley no incurre en exceso. En cuanto al análisis de proporcionalidad aplicado al examen de intervenciones policiales o administrativas, justificadas por razones de interés público y denunciadas por lesión de derechos --y en conexión con ellas, ciertas resoluciones judiciales (ej. autorizaciones de entrada en domicilio, intervención de comunicaciones, aprobación de pruebas periciales, permisos penitenciarios, imposición medidas cautelares)--, el resultado es también la identificación por parte del Tribunal de condiciones o reglas de modo, tiempo o lugar capaces de contener la intervención del poder público dentro de los límites constitucionales. Lo que en conjunto da lugar a un importante *case law*, un corpus de reglas de origen jurisprudencial que contribuye directamente a definir el alcance de los preceptos constitucionales, fundamentalmente -- aunque no sólo- en materia de derechos. Indudablemente, contar con este derecho constitucional “concretizado” por obra de la jurisprudencia constitucional, hace más fácil reconocer y distinguir las actuaciones de los poderes públicos “conformes” con la Constitución, si bien esto se consigue a costa de ir añadiendo contenidos no escritos en la Constitución.<sup>812</sup>

Algumas dessas razões, sem dúvida, encaixam-se nos objetivos deste trabalho: permitir ao Supremo Tribunal Federal resolver os conflitos competenciais na federação brasileira criando um corpo sistemático de decisões, em que analisados os diversos direitos e princípios assegurados constitucionalmente, com possibilidade de descentralização.

Sem os critérios hierárquicos, rígidos e extremamente centralizadores atualmente utilizados pela jurisprudência federativa brasileira.

#### **5.1.4 O Estado Autônomo após a STC 31/2010 (Catalunha)**

---

812 Idem, p. 36

A noção de que as competências, na ordem constitucional espanhola, somente podem ser determinadas após uma confrontação entre o que dispõe o texto constitucional, e aquilo que é assumido pelos Estatutos de Autonomia, sofreu um questionamento muito sério após a STC 31/2010, que julgou a constitucionalidade das reformas realizadas pelas últimas alterações do Estatuto de Autonomia de Catalunha, no ano de 2006.

De fato, no Estatuto de Catalunha – e, na sequência, outros Estatutos, ainda que em menor escala – foram promovidas algumas alterações, com o intuito de, ou reforçar a identidade cultural, a organização institucional das comunidades autônomas, ou mesmo blindar determinadas competências, além de reconhecer direitos sociais e alguns valores, incluindo-se a proteção ao meio ambiente.<sup>813</sup>

Ocorre que a Sentença 31/2010 declara que os Estatutos não são normas aptas a interpretar a repartição de competências disposto na Constituição, ainda que para proporcionar uma leitura mais favorável às autonomias, tampouco alterar a jurisprudência do TC. E seguem a mesma orientação as sentenças que posteriormente decidiram recursos contra o Estatuto de Cataluña (SSTC 46/2010, 47/2010, 48/2010, 49/2010, 137/2010 y 138/2010) “y contra otros Estatutos (SSTC 30/2011, 32/2011 y 110/2011) han seguido la misma doctrina establecida en la STC 31/2010”.<sup>814</sup>

Enric Fossas Espadaler sintetiza o significado da mudança jurisprudencial ocasionada pela sentença<sup>815</sup>:

Debe señalarse que el Tribunal Constitucional no había tenido hasta hoy muchas ocasiones de pronunciarse al respecto, al menos de forma directa, por una razón que explicó el que fuera su Presidente, el Profesor Pedro Cruz Villalón, del modo siguiente: «En la tradición de nuestra Constitución de 1978, de nuestra cultura constitucional, está arraigada la idea de que «los Estatutos se respetan»: es decir, se interpretan, por unos o por otros, pero no se les declara inconstitucionales, en un extremo u otro,

<sup>813</sup> PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p. 796

<sup>814</sup> Idem, p. 797. Cf. también BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *El Tribunal Constitucional como “Supremo Intérprete” de la Ley de Aguas. Una reflexión sobre la posición de los Estatutos de Autonomía en nuestro ordenamento constitucional y un comentario a la STC 30/2011*. REAF, Núm 14, octubre 2011. p. 119

<sup>815</sup> FOSSAS ESPADALER, Enric. *El Estatuto tras la sentencia*. UNED. Teoría y Realidad Constitucional. Núm 27. 2011. p. 293

mientras materialmente pueda evitarse. En todo caso no hay experiencia de declaración de la inconstitucionalidad de un Estatuto de Autonomía. Lo que hemos llamado «bloque de la constitucionalidad» ha venido siendo respetado».

Uma das consequências dessa sentença, então, é uma reconstitucionalização do debate competencial. Como advierte Ortega Alvarez, “el debate competencial deja de estar en los Estatutos de forma principal y se localiza en la Constitución y en la legislación básica estatal y en la de desarrollo autonómico. [...]”<sup>816</sup>

Opinião essa que é compartilhada por Enoch Rovira:

[...]De esta forma, el TC actúa como si fuera la Constitución la única norma que, en el sistema autonómico español, delimita las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, desconociendo el papel que desempeñan los estatutos de autonomía (que son normas estatales) en la delimitación de las competencias entre el Estado y las comunidades y, en todo caso, privándolos de cualquier valor en este sentido.<sup>817</sup>

Verifique-se algumas das críticas apresentadas contra a sentença. A primeira delas é sinalizar que somente a Constituição, ou mais especificamente, o Tribunal Constitucional pode determinar o alcance competencial, cabendo aos Estatutos somente “descrever” os âmbitos materiais e funcionais dessas competências.

Conforme explica Fossas Espadaler,

[...]Así, por ejemplo, la definición de las categorías constitucionales (como son los tipos de competencias y su contenido) son «constitutivas del lenguaje en el que ha de entenderse la voluntad constituyente, [y] no pueden

<sup>816</sup> ORTEGA ALVAREZ, Luís Ignacio. *Los Estatutos de Autonomía tras la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010*. <http://www.regione.emilia-romagna.it/affari.../Ortega.pdf>. Acesso em 30.07.15.p. 66-7

<sup>817</sup> ALBERTÍ ROVIRA, Enoch. *La Sentencia 31/2010: valoración general de su impacto sobre el Estatuto y el Estado de las Autonomías*. Revista catalana de dret públic. Especial Sentencia sobre el Estatuto. p. 17-8

tener otra sede que la Constitución formal, ni más sentido que el prescrito por su intérprete supremo (art. 1.1 LOTC)» (FJ 57). Asimismo, señalar si las bases son «principios» o formación mínima» no es asunto a dilucidar en un Estatuto «sino solo en la Constitución, vale decir: en la doctrina que este Tribunal que la interpreta» (FJ 60).<sup>818</sup>

Ou seja, além de constituir-se como um poder constituinte, o TC modifica a concepção do bloco de constitucionalidade, construído pelos instrumentos previstos na Constituição e nos respectivos Estatutos de Autonomia.

Como resalta Javier Perez Royo, “en tales pactos no hay sitio para el Tribunal Constitucional, cuya función empieza en la interpretación de los mismos una vez concluidos”.<sup>819</sup>E, com ênfase, destaca esse autor, que a Constituição da STC 31/2010 é irreconhecível, pois desconhece o fundamento da estrutura territorial.<sup>820</sup> E mais, provocou uma ruptura do pacto constituinte em um de seus componentes essenciais: a renovação da unidade espanhola por meio do exercício do direito à autonomia de nacionalidades e regiões que a integram. E assevera que “el giro soberanista del nacionalismo catalán no es más que la respuesta a esta decisión del Tribunal Constitucional.”<sup>821</sup>

Enoch Albert Rovira também afirma, de maneira contundente: “una de las conclusiones que más claramente se desprenden de la lectura de la STC 31/2010, y

<sup>818</sup> FOSSAS ESPADALER, Enric. *El Estatuto tras la sentencia*. UNED. Teoría y Realidad Constitucional. Núm 27. 2011.p. 310

<sup>819</sup> PEREZ ROYO, Javier. *La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un Estado compuesto en España: elementos de continuidad y ruptura, e incidencia en las perspectivas de evolución del Estado Autonómico*. Revista catalana de dret públic, núm. 43, 2011. p. 142

<sup>820</sup> idem, ibidem.

<sup>821</sup> idem, p. 144. Em obra mais recente, acentua também o autor que “no menos agotada está la Constitución em lo que a la articulación territorial del Estado se refiere. Una Constitución territorial que descansa en la provincia carece de legitimidad democrática. Y al carecer de legitimidad democrática es inservible. Los problemas constitucionales no son problemas de ingeniería, sino de legitimidad democrática. Por muy buena que sea la ingeniería, sin legitimidad democrática no se va a ninguna parte. Y la Constitución territorial española carece de legitimidad en este terreno. O, mejor dicho, la tiene de manera muy reducida. Ha sido útil durante varios decenios por lo mismo que ha sido útil el Congreso bipartidista: porque había que salir del centralismo asfixiante del Estado construido tras la guerra civil y durante varios decenios se podía avanzar sin un diseño constitucional. A partir de un determinado momento ya no ha sido posible. España tiene una Constitución territorial no constitucionalizada. Necesita una Constitución territorial resultado de un pacto constituyente que acabe siendo sometida a referéndum [...]El “naufragio” de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña como consecuencia de la STC 31/2010 ha supuesto el fin de lo que había operado como Constitución territorial. El binomio Constitución/Estatuto de Autonomía ha dejado de ser la fórmula para la integración de Cataluña en el Estado español.” in PEREZ ROYO, Javier. *La reforma constitucional inviable*. Catarata. Madrid. 2015. p. 134-5



que se ha reflejado en las consideraciones realizadas hasta ahora, es que los estatutos de autonomía quedan enormemente devaluados”.<sup>822</sup>

As reformas autonômicas realizadas tiveram como um de seus objetivos assegurar maior estabilidade competencial,<sup>823</sup> utilizando-se muitas vezes de doutrina consolidada do próprio tribunal constitucional. Uma das situações referia-se a um dos problemas essenciais relacionados à competência ambiental: o problema dos limites do básico, que quase sempre são extrapolados pela atuação estatal<sup>824</sup>. Essas alterações, segundo Viver Py-Sunier não tiveram êxito, antes pelo contrário, aumentaram a constitucionalização do problema, e, em última análise, o colocaram nas mãos centralizadoras do legislador estatal.<sup>825</sup>

À tentativa do legislador autonômico de tentar resolver o problemático conceito das bases, respondeu o TC que “si las bases son «principios» o «normación mínima» no es asunto a dilucidar en un Estatuto, sino sólo en la Constitución, vale decir: en la doctrina de este Tribunal que la interpreta» (FJ 60).<sup>826</sup>

Por fim, embora o TC insista em referir que a doutrina da STC 31/2010 não se afasta do precedente da STC 247/2007, em que se analisou o Estatuto

---

822 ALBERTÍ ROVIRA, Enoch. La Sentencia 31/2010: valoración general de su impacto sobre el Estatuto y el Estado de las Autonomías. Revista catalana de dret públic. Especial Sentencia sobre el Estatuto. p. 21

823 “Se trataba, pues, no solo de incrementar, sino también de asegurar las competencias de las Comunidades Autónomas afectadas, es decir, blindar las competencias. Y ello, en dos frentes: ante el Estado y ante el Tribunal Constitucional.” in BIGLINO CAMPOS, Paloma. *Un Complejo Modelo de Distribución de Competencias que necesita otras garantías*. Revista de Administración Pública. ISSN: 0034-7639, núm. 187. Madrid, enero-abril (2012). p. 16

824 De fato, “Respecto al primero, preocupaba sobre todo el uso que había hecho de su competencia constitucional a la hora de dictar las bases, la manera en que se había servido de la reserva de ley orgánica prevista en el artículo 81.1 de la Constitución —especialmente en materia de derechos fundamentales— y la utilización de sus títulos horizontales, como es la ordenación general de la economía recogida en el artículo 149.1.13 de la Constitución. El motivo de la insatisfacción ante el segundo radicaba, especialmente, en la manera en que este había interpretado dichas facultades estatales, que se considera demasiado generosa para el Estado y lesiva para las Comunidades Autónomas. La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña rebajó de manera acusada estas expectativas. Es verdad que la mayor parte de las nuevas competencias superaron el test de constitucionalidad. Pero no parece que se alcanzaran los principales objetivos que pretendieron los redactores de la reforma.” in BIGLINO CAMPOS, Paloma. *Un Complejo Modelo de Distribución de Competencias que necesita otras garantías*. Revista de Administración Pública. ISSN: 0034-7639, núm. 187. Madrid, enero-abril (2012).p. 16

825 VIVER PI-SUNYER, Carlos. *La distribución de competencias en España un año después de la STC 31/2010: ¿la reafirmación del Estado unitario?* in LÓPEZ BASAGUREN, Alberto; ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. *Los caminos del federalismo y horizontes del Estado Autonómico*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública. 2014. p. 505

826 BARCELÓ i SERRAMALERA, Mercè. *La doctrina de la Sentencia 31/2010 sobre la definición estatutaria de las categorías competenciales*. Revista catalana de dret públic. Especial Sentencia sobre el Estatuto. p. 255-6

Valenciano, parte da doutrina espanhola, no entanto, refere o distanciamento da fundamentação de ambas:

[...]En efecto, recordemos que en la STC 247/2007 se afirma de entrada, como premisa de todo el razonamiento, que la Constitución no define las competencias del Estado, que sólo las enuncia; se añade además que el texto constitucional no ofrece pautas de interpretación para determinar ese contenido y que son los Estatutos los que, al delimitar el contenido y alcance de sus competencias, contribuyen indirectamente a delimitar el alcance y contenido de las del Estado. La premisa fundamental de la que parte la Sentencia es, pues, que los Estatutos pueden indirectamente perfilar el contenido de las competencias estatales. Ciertamente la Sentencia añade a esta premisa unos límites a los que deben atender los Estatutos al llevar a cabo su función constitucional delimitadora: deben respetar el contenido que hace reconocibles las competencias estatales; deben tener presente el alcance territorialmente limitado que es propio de los Estatutos de Autonomía y, finalmente, deben permitir que las competencias del Estado desplieguen por completo sus funciones propias. Sin embargo, lo que no dice la Sentencia ni podía decir es que los límites a la premisa podían llegar a negar la premisa. No podía decir que dado que al delimitar las competencias debía respetar la reconocibilidad y el despliegue completo de las funciones de las competencias estatales, en consecuencia, no podía delimitar las competencias propias de la CA ni indirectamente las estatales.

Y esto es cabalmente lo que hace la STC 31/2010, en flagrante contradicción con la sentencia valenciana. En la sentencia catalana lo que en la valenciana era un límite a la posibilidad de delimitar las competencias —el despliegue completo de las competencias estatales— substituye a la premisa y se convierte en veto a la función delimitadora de los estatutos: las competencias del Estado están en la Constitución, los Estatutos sólo pueden enunciar las competencias que reservan a la CA pero no pueden delimitar el alcance de esas competencias ni indirectamente el alcance de las competencias del Estado.<sup>827</sup>

Parece incontestável que a STC 31/2010 provocou uma quebra de paradigma, utilizando-se da terminologia de Thomas Kuhn. A noção clássica espanhola de distribuição competencial, como a combinação de Constituição + Estatutos de Autonomia, com o exercício do princípio dispositivo e a flexibilidade que lhe é inerente, foi posta em questionamento por uma decisão em que as competências se extraem diretamente do texto constitucional, e tão-somente, e cujo

<sup>827</sup> VIVER PI-SUNYER, Carlos. *La distribución de competencias en España un año después de la STC 31/2010: ¿la reafirmación del Estado unitario?* in LÓPEZ BASAGUREN, Alberto; ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. *Los caminos del federalismo y horizontes del Estado Autonomico*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública. 2014. p. 516-7. No mesmo sentido, LÓPEZ BASAGUREN, Alberto. *Problemas actuales en el Estado autonomico*. in LÓPEZ BASAGUREN, Alberto; ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. *Los caminos del federalismo y horizontes del Estado Autonomico*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública. 2014. p. 454-5

intérprete final é o TC. Ocorre que isso, em tese, conduziria a um típico regime federativo, que definitivamente não é a situação colocada pelo constituinte espanhol.

Nesse contexto, plenamente procedentes as colocações de Javier Perez Royo, devendo-se acrescentar que o federalismo, como já ressaltado, não é a solução para todos os problemas de distribuição territorial descentralizada de poder.

### 5.1.5 A Reforma do Estado Autônomico: rumo ao federalismo?

Há autores que sustentam Espanha já constituir um modelo federal “tan peculiar y diferente a los demás existentes en el mundo como muchos de esos otros son distintos entre sí”.<sup>828</sup> Possui descentralização territorial de poder, com competências distribuídas, mecanismos de garantia tipicamente federais<sup>829</sup>

Assim também Eliseo Aja, para quem:

Examinando sin prejuicios los ementos esenciales del Estado autonómico, tal como se han configurado durante estos veinte años a partir de la Constitución, se observa que coinciden básicamente con los factores que la teoría constitucional considera propios del federalismo. No se trata de afirmar retóricamente que España es un Estado federal, y mucho menos de pensar que el cambio de denominación arreglaría los problemas; lo único que se pretende señalar es que el Estado autonómico contiene los elementos esenciales de los federalismos actuales, especialmente de tipo europeo, y que, en consecuencia, algunos problemas puede resolverse mejor acudiendo a las técnicas federales.<sup>830</sup>

Contudo, leciona Javier Perez Royo, “el Estado Federal es un Estado políticamente descentralizado, pero no todo Estado políticamente descentralizado es

<sup>828</sup> BLANCO VALDÉS, Roberto L.. *La constitución de 1978*. 2ª Edición. Alianza Editorial. Madrid: 2011. p. 265.

<sup>829</sup> Idem, p. 265-9

<sup>830</sup> AJA, Eliseo. *El Estado Autonómico. Federalismo y Hechos Diferenciales*. 2ª Edición. Alianza Editorial. Madrid: 2003. p. 51. Ainda, segundo esse autor, “Espanha era hace veinticinco años el Estado más centralista de Europa y hoy es uno de los más descentralizados, con la particularidad de que presenta además un reconocimiento de los hechos diferenciales de las nacionalidades y regiones que lo integran.” idem, p. 53

un Estado Federal”.<sup>831</sup> Ainda que possua muitas características de Estado federal, elevado grau de descentralização e autonomia, maior que muitos Estados federais, constitucionalmente e formalmente Espanha não é uma federação. Constitui o Estado das Autonomias.<sup>832</sup>

Colocado assim, verifica-se que a necessidade de reforma do sistema competencial espanhol é apontada com bastante frequência pela doutrina,

Y, sin embargo, entre los académicos se generaliza la insistencia en la necesidad de la reforma constitucional. La regulación constitucional, contenida en el Título VIII, carece de sentido tras más de treinta años de desarrollo del sistema, la generalización de la autonomía territorial y la asunción de todas las competencias que deja libre la reserva de competencias al Estado por todas las CA (J. García Roca, 2011). En su mayoría, se trata de disposiciones de procedimiento, que han tenido un valor transitorio. La regulación constitucional ha quedado reducida, prácticamente, a la lista de competencias que se reservan al Estado. Una lista que, a estas alturas, a la vista de la experiencia práctica, plantea importantes problemas, tanto en la delimitación de los ámbitos materiales como de las funciones en su seno. Lo que significa que en la Constitución sobran muchas disposiciones, ya inservibles, falta la regulación de algunos aspectos importantes y la lista de competencias reservadas al Estado, que es su columna vertebral, requiere un ajuste importante.<sup>833</sup>

É frequente, portanto, que o legislador estatal viole a distribuição de competências, uma expansão material e funcional de sua competência, sendo um desses meios “as bases”<sup>834</sup>. Outras vezes, por meio da transposição de diretivas da

831 PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p. 762

832 De fato, “En la Constitución española, en lo que a la articulación territorial del Estado se refiere, no es posible identificar voluntad constituyente de ningún tipo. Voluntad constituyente en positivo. La Constitución es una Constitución negativa que descarta el Estado unitario y centralista, por un lado, y el Estado federal por otro. Tras ese doble descarte, la Constitución abre diversas vías para que las “nacionalidades y regiones” ejerzan su derecho a la autonomía y puedan constituirse en comunidades autónomas. De ahí no pasó el constituyente español. Por eso, el Estado de las autonomías, a diferencia del Estado federal, no es una “forma de Estado”. En el Estado federal hay siempre una voluntad constituyente originaria como punto de partida. Em el Estado de las Autonomías no la hay. El Estado de las Autonomías es solo un punto de llegada no definido constitucionalmente.” in PEREZ ROYO, Javier. *La reforma constitucional inviable*. Catarata. Madrid. 2015. p. 127

833 LÓPEZ BASAGUREN, Alberto. *Problemas actuales en el Estado autonómico*. in LÓPEZ BASAGUREN, Alberto; ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. *Los caminos del federalismo y horizontes del Estado Autonómico*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública. 2014. p. 461. Cf. también GARCIA ROCA, Javier (editor). *Pautas para una reforma constitucional: informe para el debate*. Ed. Aranzadi. Pamplona: 2014.

834 VIVER PI-SUNYER, Carlos. *La distribución de competencias en España un año después de la STC 31/2010: ¿la reafirmación del Estado unitario?* in LÓPEZ BASAGUREN, Alberto; ESCAJEDO

União europeia, ou do uso de competências transversais, como a do art. 149.1.13, ou mesmo a do meio ambiente.<sup>835</sup> É o que Viver Pi-Sunyer qualifica de *overlapping* competencial, e que não constitui uma característica única de Espanha, ocorrendo em grande parte dos estados federais e descentralizados contemporâneos.<sup>836</sup>

Assim é que grande parcela da doutrina sustenta que se deva proceder a uma reforma constitucional, com características mais federalistas. Propõem-se a redução de comunidades autônomas, a disposição das competências de maneira clara e transparente no texto constitucional nacional<sup>837</sup>, eliminando-se a compartimentação de competências (legislação básica), restando somente as competências exclusivas, concorrentes e residual.<sup>838</sup> Desse modo também entende Paloma Biglino Campos, para quem talvez fosse mais conveniente que as competências constassem somente no texto constitucional, e não como no modelo atual:

[...]A pesar de su inconvenientes, la distribución de poder entre el Estado y las Comunidades Autónomas que es característica de nuestro federalismo de devolución, y su control por el Tribunal Constitucional, siguen siendo la manera mas enérgica para asegurar que cualquiera de ambas entidades territoriales no exceda su ámbito de autoridad. Es más, conviene subrayar que el modelo actual resultaría más eficaz si, al igual que sucede en otros países de nuestro entorno, se superara el principio dispositivo que caracteriza a nuestra Constitución y se cerrara la distribución de competencias en la propia Norma Fundamental.<sup>839</sup>

---

SAN EPIFANIO, Leire. *Los caminos del federalismo y horizontes del Estado Autonómico*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública. 2014. p. 508

<sup>835</sup> idem, p. 510

<sup>836</sup> idem, p. 511. Nesse sentido, também, ver HESSE, Konrad. *El Estado Federal Unitario*. Trad. Miguel Azpitarte. ReDCE nº 6. Julio-diciembre. 2006. p. 438 e 454.

<sup>837</sup>TAJADURA TEJADA, Javier (coordinador); ARANDA, Elviro, DE MIGUEL, Josu; MARIA ROMÁN, José. *Cinco propuestas para la reforma constitucional en clave federal. Informe elaborado por la fundación ciudadanía y valores*. Cuadernos Manuel Giménez Abada. Nº 5 – junio 2013. p. 54

<sup>838</sup> Idem, p. 55. Ainda, “la forma de llevar a cabo el reparto debería contenerse en un sistema de tres listas (competencias exclusivas del Estado, exclusivas de las Comunidades Autónomas y concurrentes), con una cláusula residual a favor del Estado, y sin regla de prevalencia.” in TORNOS MAS, Joaquín. *La distribución de competencias en los sistemas federales. Una propuesta para una hipotética reforma constitucional en España*. in LÓPEZ BASAGUREN, Alberto; ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. *Los caminos del federalismo y horizontes del Estado Autonómico*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública. 2014. p. 569

<sup>839</sup>BIGLINO CAMPOS, Paloma. *Un Complejo Modelo de Distribución de Competencias que necesita otras garantías*. Revista de Administración Pública. ISSN: 0034-7639, núm. 187. Madrid, enero-abril (2012). p. 28

Contudo, deve-se ter cautelas, pois como pondera Felipe Iglesias González:

[...]La búsqueda de soluciones de inspiración federal sólo consigue en mi opinión distorsionar y complicar la situación actual, puesto que como se ha puesto de relieve, incluso en el caso de considerar que materialmente el modelo actual es federal, resulta claro que funcionalmente dista mucho de ser realmente un modelo federal y que el espíritu federal no ha calado en nuestra sociedad, por mucho que se empeñen algunos.<sup>840</sup>

Ainda, para esse autor, seria “más sensato asumir un modelo asimétrico, reajustando de forma definitiva y clara las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sobre todo en materia legislativa.”<sup>841</sup> São oportunas, também, as colocações de Joaquín Tornos Más, principalmente no sentido do que se vem sustentando nesse trabalho – os *cuidados quanto à excessiva rigidez* de se colocar todas as competências no texto constitucional -, sem a existência de critérios que confirmam flexibilidade a esse sistema competencial, seja pela via interpretativa, ou mesmo pela via política.

Como refere o autor:

Al llevar a un texto rígido, como la Constitución, la distribución de poderes públicos, puede plantearse el problema de que la evolución de la realidad socioeconómica convierta el texto constitucional en disfuncional. Pero, por otro lado, la rigidez constitucional garantiza el pacto entre Federación y Estados para distribuirse sus competencias.

De este modo se hace presente el necesario equilibrio entre los principios de estabilidad y flexibilidad. Como ha dicho Croissat el federalismo es un proceso y por tanto el pacto inicial debe concebirse como un acuerdo que incluye su posterior adaptación a las nuevas realidades. En la misma línea De la Quadra ha afirmado que «todo sistema de descentralización territorial del poder debe buscar un equilibrio entre la estabilidad del sistema y la flexibilidad del mismo. La estabilidad dota de seguridad al sistema y permite que los ciudadanos perciban con claridad la responsabilidad de cada nivel territorial; la flexibilidad permite la adaptación del sistema a nuevos retos que se puedan plantear sin necesidad de acudir a costosos procedimientos de reforma».

Jurídicamente la flexibilidad puede llevarse a cabo a través de la interpretación del texto constitucional. La jurisprudencia del Tribunal

840 IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe. *Una crítica del reparto de competencias en la Constitución, su desarrollo y alguna sugerencia*. RJUAM, nº 28, 2013-II.p. 158

841 Idem, p. 159

Constitucional puede adecuar el sentido de los preceptos constitucionales a la realidad de cada momento, en particular los principios constitucionales y los preceptos que contienen atribuciones de competencias horizontales, o las cláusulas abiertas. Sin que se altere la sustancia del pacto constitucional, los conceptos originarios pueden adaptarse a una realidad que cambia, sin que por ello deje de respetarse el texto constitucional.<sup>842</sup>

Joaquín Tornos Más sustenta, ainda, que se trata de um debate complexo, no qual se devem considerar diversos fatores:

Pero tampoco puede desconocerse que si se dan algunos elementos que puedan jugar a favor de iniciar, como mínimo, un debate sobre la necesidad de la reforma y sus principios básicos. Así, el fracaso del intento de redefinir el reparto competencial de forma singularizada a través de la reforma estatutaria, el transcurso del tiempo desde el pacto constitucional de 1978, el carácter excesivamente abierto de nuestro modelo constitucional lo que otorga a un desprestigiado Tribunal Constitucional un excesivo protagonismo, la crisis económica y el nuevo papel de los Estados en la ordenación de la economía, y el creciente protagonismo de la Unión Europea y la interpretación extensiva de sus competencias.<sup>843</sup>

A busca de um modelo federalista, e, principalmente no que se refere ao aspecto da distribuição de competências, deve ter a cuidado de não alterar um modelo que, se é certo que possui excessiva flexibilidade, o qual por vezes ocasiona alguns problemas de instabilidade, por outro permitiu conciliar de maneira relativamente eficaz, até recentemente, algumas assimetrias típicas do Estado espanhol. A procura por uma rigidez do texto constitucional, como solução para os problemas que decorrem da distribuição de competências, pode se revelar eventualmente mais prejudicial ao estado espanhol.

O exemplo brasileiro, nesse contexto, de Estado federal, com rigidez excessiva no campo da distribuição competencial, e uma jurisprudência constitucional federativa fortemente centralizadora, possui reflexos claros na ineficiência protetiva do direito ambiental. Não permite uma coordenação eficaz entre os entes da federação, nem a flexibilidade necessária para lidar com o

---

842 TORNOS MAS, Joaquín. *La distribución de competencias en los sistemas federales. Una propuesta para una hipotética reforma constitucional en España*. in LÓPEZ BASAGUREN, Alberto; ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. *Los caminos del federalismo y horizontes del Estado Autónimo*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública. 2014. p. 567

843 Idem, p. 568

binômio unidade v. diversidade, assim como os demais direitos e interesses constitucionais eventualmente conflitantes, e que por certo também merece proteção.

Resumindo: o caso brasileiro, sobretudo em matéria ambiental, é bastante significativo a esse respeito.

## 5.2 A proteção ao meio ambiente na ordem constitucional espanhola

O objetivo, agora, é verificar como se realiza a proteção ao meio ambiente<sup>844</sup> na Constituição espanhola.

Conforme ressalta Antônio Enrique Perez Luño:

España no ha permanecido al margen del debate ecológico, si bien sólo en una etapa muy reciente se ha adquirido plena conciencia de su importancia. En nuestro país el proceso de desarrollo económico, nacido tardíamente, con una deficiente planificación y con el claro predominio de la lógica de la explotación privada del territorio, ha convertido la mayor parte de los recursos naturales en objetos de provecho individual, más que factores de bien estar colectivo. Se ha producido una irracional explotación del suelo, con la consiguiente y progresiva destrucción de la fauna y la flora, la desertización de antiguas zonas de bosque, y el sacrificio de algunos de nuestros paisajes naturales y urbanos más característicos a los intereses financieros de empresas turísticas y inmobiliarias.<sup>845</sup>

Ou seja, a Constituição espanhola, de 1978, justamente no período em que mundialmente começam a se consagrar os movimentos ecológicos e de defesa do meio ambiente, estabelece sua proteção no art. 45, sendo que a União Europeia, no qual Espanha se inserirá a partir de 1986, também produzirá um incremento significativo na legislação espanhola e à efetividade da proteção ambiental.

<sup>844</sup> Cabe aqui a advertência “que se manejan los términos: *ambiente* y *medio* como equivalentes, pero no los de *medio ambiente* o *medioambiental*, pese a que el primero ha sido recibido por la Academia de la Lengua Española y por la propia Constitución, que estimamos no obstante reiterativos y redundantes.” in MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Ambiental*. 3ª Edición (revisada, ampliada y puesta al día). Editorial Aranzadi. 2003. p. 21

<sup>845</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6ª Ed. Tecnos. Madrid: 1999. p.459.



Dispõe o art. 45 da Constituição Espanhola:

Artículo 45.

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

Esse dispositivo consagra um *principio rector*, não um direito fundamental, de acordo com a jurisprudência do TC<sup>846</sup>, ainda que alguns doutrinadores entendam em sentido contrário<sup>847</sup>. Dessa condição se extrairá consequências práticas para a defesa desse direito. Ainda, é importante verificar o conceito de “meio ambiente” que nele se encontra, pois isso será “el punto de partida para delimitar las materias competenciales; éstas se ocuparán de aquéllos bienes comprendidos en el concepto”.<sup>848</sup>

É oportuno, desde já, adiantar alguns dos aspectos que envolvem o problema conceitual, bem sintetizados por Perez Luño<sup>849</sup>:

<sup>846</sup>“ En mi opinión, el derecho a un medio ambiente adecuado no puede considerarse como un derecho subjetivo a partir del artículo 45, ni –con mayor claridad, si cabe – como un derecho fundamental. Por otro lado, es cierto que no se puede interpretar la declaración del artículo 45.1 CE como una mera formulación de principios que no tienen mayores consecuencias prácticas. A estos efectos, basta ver las SSTs que se acaban de mencionar [16 abril 1990; 7 noviembre 1990]; y el artículo 53.3 CE ya citado, de acuerdo con el cual este principio rector debe informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.” in MIGUEL PERALES, Carlos de. *Derecho Español del Medio Ambiente*. 3ª Edición. Ed. Civitas. 2009. p. 98

<sup>847</sup> Nesse sentido, “[...]recalco que se trata de uno de los principios rectores de la política social y económica. No es un derecho fundamental, en el sentido pleno del término, si bien al respecto se ha producido una significativa evolución. En la doctrina, hay autores que reclaman el carácter de derecho fundamental para la protección medioambiental, siendo de destacar así las aportaciones de Fernando López Ramón, de Andrés Betancor, Jesús Jordano Fraga, Francisco Velasco, etcétera. Yo creo que, propiamente, no es un derecho fundamental del bloque de los cualificados, aunque tras la intermediación del legislador van a surgir pretensiones jurídicas que pueden ser llevadas ante los tribunales de justicia.” in MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. *La Defensa Cruzada de Derechos: la protección del medio ambiente em la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Anuario Jurídico de La Rioja, nº 10, 2004-2005. p. 14

<sup>848</sup> CANOSA USERA, Raúl. *Constitución y Medio Ambiente*. Editorial Dykinson. Madrid: 2000. p. 70

<sup>849</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6ª Ed. Tecnos. Madrid: 1999. p.468.

Hoy, por el contrario, el planteamiento de la política medioambiental en la Constitución debe asumirse desde premisas muy alejadas de las reseñadas. En tal sentido se observa que: a) la normativa constitucional se presenta como un intento de contemplar *globalmente* los distintos planos de incidencia de la temática ambiental, con plena consciencia de que la naturaleza representa *continuum* que no puede fraccionarse arbitrariamente; b) su orientación es *dinámica* en cuanto que la política medioambiental se dirige a posibilitar el pleno desarrollo de la persona y la calidad de la vida, que marcan su horizonte teleológico; c) supone un planteamiento *positivo* en cuanto entraña directrices básicas de acción tendentes no sólo a conservar y defender, sino también a mejorar, y, en su caso restaurar, el medio ambiente; y d) implica, por último, una concepción *concreta* de la interacción existente entre el hombre y el ambiente, a través de la cual se tienen en cuenta los sujetos históricos que operan en un determinado medio en el que desarrollan su personalidad.

O significado da disposição constitucional que possui a proteção ambiental e seu respectivo conceito também repousa no fato da extrema litigiosidade competencial, demonstrada pela jurisprudência do TC, e nessa matéria “ha sido el TC y no el legislador estatal quien ha distinguido lo básico de lo autonómico, dado una definición de medio ambiente y delimitando las materias ambientales de otras competencias conexas.”<sup>850</sup>

Pois bem, após estudar-se a natureza do art. 45 da CE, assim como o conceito de meio ambiente por ele estabelecido, é necessário estudar como se dá o tratamento da competência para legislar sobre meio ambiente (art. 149.1.23, compartimentando em bases e desenvolvimento), bem assim a influência da legislação europeia (regulamentos e diretivas) sobre as leis que compõem o Estado Autônomo, para ao final verificar como se tem efetuado a proteção ao meio ambiente na jurisprudência espanhola, e as propostas dos novos Estatutos de consagrarem um direito sujeito ao meio ambiente.

### 5.2.1 A Constituição Espanhola e o meio ambiente

---

850 CANOSA USERA, Raúl. *Constitución y Medio Ambiente*. Editorial Dykinson. Madrid: 2000. p.80

O meio ambiente encontra-se disposto no capítulo III (“Dos principios rectores da política social e econômica”), art. 45, da CE, o que aponta como consequência imediata o não reconhecimento como direito fundamental (STC 104/1986, Auto TC 940/1985, STC 199/96), não estando submetido à reserva de lei orgânica do art. 81 CE. Não lhe se aplica a garantia do conteúdo essencial (art. 53.1).<sup>851</sup> Destaque-se, não obstante, que de sua posição constitucional decorrem muitos efeitos práticos sobre a legislação infra-constitucional, uma espécie de “dimensão objetiva”:

[...]Por ello, en primer lugar el artículo 45 puede actuar como parámetro de constitucionalidad de las leyes y de anulación o inaplicación de reglamentos y de anulación de actos que contravengan frontalmente su contenido. En segundo término, el medio ambiente del artículo 45 actúa como límite de otros derechos o bienes constitucionales. Así ha sido reconocido con relación al bien constitucional del desarrollo económico (STC 64/1982), al derecho de propiedad (STC 170/1989), al derecho al ejercicio de una actividad empresarial (STS de 7 de noviembre de 1990) o a la explotación económica de la industria y la energía (STS de 30 de noviembre de 199). También ha sido utilizado como valor de legitimación para la declaración de bienes de dominio público (STC 227/1988), y constituye un título habilitante de intervención pública para la configuración de prestaciones, y criterio de interpretación y aplicación de la discrecionalidad administrativa.<sup>852</sup>

Do texto constitucional, ainda podem ser extraídas as seguintes funções, de acordo com Perez Luño: (1) uma função preventiva, de onde se pode extrair um mandamento constitucional de os Poderes Públicos tutelarem o meio ambiente, velando por sua utilização racional e protegendo a qualidade de vida.<sup>853</sup>; (2) uma função restauradora, devendo os Poderes Públicos “reparar, cuando sea posible, los daños y agresiones de que haya sido objeto”.<sup>854</sup>; (3) uma função promocional, já que a “Constitución española no sólo prevé una tutela estática del medio ambiente, sino

851 ORTEGA ÁLVAREZ, Luís; ALONSO GARCÍA, María Consuelo (dir.); VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de (coord.). *Tratado de Derecho Ambiental*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia: 2013.p. 44

852 Idem, p. 45. Ainda, “[...]de todo principio rector se derivan tres exigencias fundamentales que son la manifestación de su vinculatoriedad: la primera es la exigencia de interpretar las restantes normas del ordenamiento de conformidad con los principios; la segunda es la exigencia de revisar la constitucionalidad de las normas tomando como parámetro los principios; la tercera es la exigencia de promover activamente el desarrollo de los principios.” in QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás de la. *El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre*. Revista General de Derecho Constitucional 5 (2008). p. 8

853 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6ª Ed. Tecnos. Madrid: 1999. p.484.

854 Idem, p.485.

que alude expresamente a una actuación dinámica de los poderes públicos encaminada a mejorar la calidad de la vida.”<sup>855</sup>

Um dos problemas que se apresenta, no entanto, é que “el ámbito de lo que constituya el medio ambiente según la Constitución es algo que está por definir”.<sup>856</sup> Ou, como bem assinalado pelo “profesor MARTÍN MATEO refiriéndose al art. 45 CE, ‘no es que el precepto en cuestión sea ambiguo, es simplemente inexpresivo’”.<sup>857</sup> Parece evidente e inegável que meio ambiente, no sentido comum da palavra, possa ser “el aire que se respira, el mar, la calle, la flora, el paisaje, y todas las condiciones de vida en las que el individuo vive inmerso; eso no necesita de tanta demostración.”<sup>858</sup> Contudo, a proteção não deve ser restrita somente a este aspecto, tampouco deve partir para um antropocentrismo que inflacione por demais o conceito, prejudicando sua aplicabilidade.

Francisco Lopez Menudo explica o conceito contido no art. 45 da Constituição espanhola:

Puestos a desentrañar sea esse contenido material del medio ambiente y circunscribiéndonos, de entrada, a una interpretación aislada del art. 45, puede sostenerse que la expresión “un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona” que recoge el párrafo 1º sugiere algo concluyente sobre los límites mínimo y máximo en los que debe encajarse el concepto. En cuanto al mínimo, parece que éste no debe ser inferior al ámbito de los recursos naturales a que alude el párrafo 2º del propio artículo, como elementos que los poderes públicos deben tutelar “*con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente*”. Dada la conexión entre protección de recursos naturales y medio ambiente, es obvio que este último concepto no podría prescindir de aquellos elementos. En cuanto al límite máximo, esa alusión a que el medio ambiente sea *adecuado al desarrollo de la persona* debe entenderse en sus justos términos, no autorizando a hacer una interpretación *a contrario sensu*, como se hace con tanta frecuencia, según la cual todo cuanto se relacione con el desarrollo de la persona es medio ambiente; tal es una interpretación excesiva que haría decir el art. 45.1 algo que realmente no dice. Lo que proclama el precepto es que el medio ambiente adecuado lo ha de ser para la persona; nada más. Por consiguiente, este incierto límite máximo puede ser perfectamente descender hacia una cota mucho más baja de donde la

---

855 Idem, p.486

856 LÓPEZ MENUDO, Francisco. *Planteamiento constitucional del medio ambiente. Distribución de competencias Estado-comunidades autónomas.* en VV.AA.: Protección administrativa del medio ambiente. Consejo General del Poder Judicial. Madrid: 1994. p. 14

857 Idem, p. 18

858 Idem, p. 15

sitúan las extremadas concepciones ‘antropocéntricas’, porque no es realmente cierto que la Constitución apoye tales concepciones.<sup>859</sup>

O meio ambiente, ressalte-se, é um bem jurídico constitucionalizado (STC 64/1982)<sup>860</sup>, e, como referido na STC 102/1995,

es un concepto nacido para reconducir a la unidad los diversos componentes de una realidad en peligro, de tal forma que sin dicho peligro resultaría aquél inimaginables por razones teóricas, científicas o filosóficas, ni por tanto jurídicas.<sup>861</sup>

Outro aspecto que não pode ser esquecido é que nesses dispositivos se encontram os princípios inspiradores do direito ambiental: a qualidade de vida, o desenvolvimento sustentável (solidariedade coletiva), e a proteção frente ao risco.<sup>862</sup>

Essa dimensão protetiva do meio ambiente também encontra reconhecimento pelo Tribunal Constitucional.

Destaca Fernando Simón Yarza:

En España, el derecho al medio ambiente como deber de protección ha encontrado también un reconocimiento paulatino por el Tribunal Constitucional. El *leading case* es la STC 119/2001, de 24 de mayo, decisión en la que el Tribunal, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, expresada en los asuntos *López Ostra c. España y Guerra y otros c. Italia*, aprecia la existencia de un deber de protección de la vida y la integridad física (art. 15 CE) y de la “intimidad domiciliaria” (art. 18 CE) frente a las inmisiones acústicas graves, aunque desestima el recurso por inexistencia de pruebas sobre los hechos alegados por el demandante.<sup>863</sup>

859 LÓPEZ MENUJO, Francisco. *Planteamiento constitucional del medio ambiente. Distribución de competencias Estado-comunidades autónomas*. en VV.AA.: Protección administrativa del medio ambiente. Consejo General del Poder Judicial. Madrid: 1994. p.18

860 MIGUEL PERALES, Carlos de. *Derecho Español del Medio Ambiente*. 3ª Edición. Ed. Civitas. 2009. p. 91

861 Idem, p. 92

862 SIMÓN YARZA, Fernando. *Medio Ambiente y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2012. p. 23

863 SIMÓN YARZA, Fernando. *Medio Ambiente y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2012. p. 52. Ainda, para este autor, “Más concretamente, el principio de protección del medio ambiente ha sido genericamente calificado, dentro de los heterogéneos contenidos normativos del Capítulo III de la Constitución, como un “mandato de legislar”, es decir, como um *mandato de orientación de la actividad del legislador*.” idem, p. 83

O conceito de meio ambiente, assim, é um conceito amplo, de uma vagueza e indeterminação que preocupam os aplicadores do direito, embora haja algum consenso sobre determinados aspectos. Que se trata de bem jurídico-constitucional, com uma função protetiva e que constitui um mandato para o legislador a efetividade dessa proteção, que não constituiu um direito fundamental (segundo a jurisprudência e parte da doutrina), e que não pode ser reduzido a um conceito de dimensão exclusivamente antropomórfica. No âmbito jurisprudencial, é oportuno que se analise os conceitos contidos na STC 64/1982 e 102/95.<sup>864</sup>

Na sentença 64/1982 merecem ser destacados os FJ 2 e 3, em que se coloca expressamente a condição de ‘princípio rector’, mas também que o meio ambiente (art. 45) exerce uma função informadora sobre a legislação infraconstitucional, devendo-se conciliar o desenvolvimento econômico com a proteção ambiental (desenvolvimento sustentável):

Este artículo se incluye entre los «principios rectores de la política social y económica (capítulo tercero del título primero relativo a "derechos y deberes fundamentales") cuyo reconocimiento, respeto y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» (art. 53.3 de la Constitución). Es evidente que entre esos poderes públicos se encuentran las Comunidades Autónomas y que la «legislación positiva» citada comprende tanto la legislación estatal como la emanada de los órganos legislativos de aquéllas.

El art. 45 recoge la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas en amplios sectores de opinión que ha plasmado también en numerosos documentos internacionales. En su virtud no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la «utilización racional» de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de la vida. Estas consideraciones son aplicables a las industrias extractivas como cualquier otro sector económico y supone, en consecuencia, que no es aceptable la postura del representante del Gobierno, repetida frecuentemente a lo largo de sus alegaciones, de que exista una prioridad absoluta del fomento de la reproducción minera frente a la protección del medio ambiente. Recuérdese también que la «calidad de la vida» que cita el art. 45 y uno de cuyos elementos es la obtención de un

---

<sup>864</sup> “Ello dicho asumo de buena gana la existencia de un concepto “legal” del “ambiente” a proteger, que tiene sin duda apoyo en la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional 102/1995 de 26 de junio (RTC 1995, 102) sobre la Ley 4/1989 de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, de 27 de marzo.” in MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Ambiental*. 3ª Edición (revisada, ampliada y puesta al día). Editorial Aranzadi. 2003. p. 34

medio ambiente adecuado para promoverla está proclamada en el preámbulo de la Constitución y recogida en algún otro artículo como el 129.1.

Já na STC 102/95, vários aspectos do conceito de meio ambiente são analisados pelo Tribunal Constitucional. Inicialmente, após enfatizar sobre a dificuldade de sua definição, sua indeterminação e pluridimensionalidade (interdisciplinar) caracteriza-o como um conceito antropocêntrico moderado, relativo (FJ 4):

[...]A su vez, el «ambiente» comprende las condiciones o circunstancias de un lugar que parecen favorables o no para las personas, animales o cosas que en él están. Como síntesis, el «medio ambiente» consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida. Las personas aceptan o rechazan esas posibilidades, las utilizan mal o bien, en virtud de la libertad humana. El medio no determina a los seres humanos, pero los condiciona. Se afirma por ello, que el hombre no tiene medio sino mundo, a diferencia del animal. No obstante, en la Constitución y en otros textos el medio, el ambiente o el medio ambiente («environment», «environnement», «Umwelt») es, en pocas palabras, el entorno vital del hombre en un régimen de armonía, que aúna lo útil y lo grato. En una descomposición factorial analítica comprende una serie de elementos o agentes geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales que rodean a los seres vivos y actúan sobre ellos para bien o para mal, condicionando su existencia, su identidad, su desarrollo y más de una vez su extinción, desaparición o consunción. El ambiente, por otra parte, es un concepto esencialmente antropocéntrico y relativo. No hay ni puede haber una idea abstracta, intemporal y utópica del medio, fuera del tiempo y del espacio. Es siempre una concepción concreta, perteneciente al hoy y operante aquí.

Na sequência, aponta-se para a unidade do conceito (FJ 5, 6 e 7), que não podem ser fragmentados na Constituição e no ordenamento jurídico (ambos constituem uma unidade para a definição do conceito). No FJ6, o TC aponta para alguns bens da natureza que compõem o conceito de meio ambiente, como o ar, a atmosfera, a água (STC 227/1988); a pesca marítima e certos minerais (carvão, STC 147/1991 e 25/1989), e a agricultura de montanha (STC 144/1985). A fauna e a flora, ou mesmo o solo e subsolo podem ser vistos e regulados desde diferentes perspectivas, e com diferentes títulos habilitantes para as competências do Estado e Comunidades Autônomas. Acrescente-se ainda a paisagem, a noção estética (a

terra, o vale, a serra, o mar, bens culturais e históricos), bens coletivos e incorporados ao conceito constitucional de meio ambiente<sup>865</sup>.

No FJ 7 da STC 102/95 destaca-se o aspecto de direito e dever de proteção ao meio ambiente, para a qual se mostra imprescindível a participação dos cidadãos<sup>866</sup>.

Esses aspectos, enfim, caracterizam o conceito de meio ambiente utilizado na jurisprudência espanhola. De certo modo, não diferem muito das mesmas dificuldades encontradas no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. A diferença

---

865 Dispõe, ao final, o FJ6 da STC 102/95: “En consecuencia, una primera aproximación nos permite una mirada descriptiva, en la cual predominen los componentes sobre el conjunto y que, en cierto modo, nos desvela una vez más cómo los árboles no dejan ver el bosque. Así, el medio ambiente como objeto de conocimiento desde una perspectiva jurídica, estaría compuesto por los recursos naturales, concepto menos preciso hoy que otrora por obra de la investigación científica cuyo avance ha hecho posible, por ejemplo, el aprovechamiento de los residuos o basuras, antes desechables, con el soporte físico donde nacen, se desarrollan y mueren. La flora y la fauna, los animales y los vegetales o plantas, los minerales, los tres «reinos» clásicos de la Naturaleza con mayúsculas, en el escenario que suponen el suelo y el agua, el espacio natural. Sin embargo, ya desde su aparición en nuestro ordenamiento jurídico el año 1916, sin saberlo, se incorporan otros elementos que no son naturaleza sino Historia, los monumentos, así como el paisaje, que no es sólo una realidad objetiva sino un modo de mirar, distinto en cada época y cada cultura. El Estatuto de Autonomía de Madrid, como hubo ocasión de comprobar atrás, ofrece una fórmula especialmente valiosa por su inserción en el bloque de la constitucionalidad, fórmula donde se incluye la aspiración al equilibrio ecológico y se enumeran los componentes más importantes: el aire, las aguas, los espacios naturales, la flora, la fauna y los testimonios culturales (art. 27.11). En esa tendencia se sitúa la exposición de motivos de la Ley 4/1989, cuyos principios inspiradores están centrados en la idea rectora de la conservación de la naturaleza, entendida ésta no sólo como «el medio en el que se desenvuelven los procesos ecológicos esenciales y los sistemas vitales básicos», sino también «como el conjunto de recursos indispensables para la misma». Sin embargo, este concepto descriptivo resulta insuficiente para explicar la fenomenología o el comportamiento en el mundo del Derecho y muy especialmente dos de sus efectos: el carácter transversal de la competencia en su configuración constitucional y, paralelamente, que lo medioambiental se convierta en el ingrediente indispensable para sazonar las demás políticas sectoriales.”

866 FJ 7, da STC 102/95: “[...]La protección consiste en una acción de amparo, ayuda, defensa y fomento, guarda y custodia, tanto preventiva como represiva, según indica claramente el texto constitucional tantas veces mencionado en su último párrafo, acción tuitiva en suma que, por su propia condición, se condensa en otro concepto jurídico indeterminado cuya concreción corresponde tanto a las normas como a las actuaciones para su cumplimiento. Ahora bien, no sería bueno olvidar que la protección siempre se plantea contra «algo», los peligros más arriba sugeridos y contra «alguien» cuya actividad resulta potencial o actualmente dañina para los bienes o intereses tutelados. Pues bien, en el caso del medio ambiente se da la paradoja de que ha de ser defendido por el hombre de las propias acciones del hombre, autor de todos los desafueros y desaguisados que lo degradan, en beneficio también de los demás hombres, y de las generaciones sucesivas. La protección resulta así una actividad beligerante que pretende conjurar el peligro y, en su caso, restaurar el daño sufrido e incluso perfeccionar las características del entorno, para garantizar su disfrute por todos. De ahí su configuración ambivalente como deber y como derecho, que implica la exigencia de la participación ciudadana en el nivel de cada uno, con papeles de protagonista a cargo de la mujer, de la juventud y de los pueblos indígenas, según enuncia la Declaración de Río (10, 20, 21 y 22). Esto nos lleva de la mano a la dignidad de la persona como valor constitucional transcendente (art. 10.1 C.E.), porque cada cual tiene el derecho inalienable a habitar en su entorno de acuerdo con sus características culturales.”



consiste em que na Espanha o Tribunal Constitucional preocupou-se em definir fundamentalmente melhor esse conceito, embora com todas as dificuldades inerentes a sua indeterminação. Possui um carácter polifacético, com elevada carga de interdisciplinariedade, com carácter antropomórfico relativo, vinculando-se com o que se adota na legislação infraconstitucional, e nas leis competenciais, ainda que por vezes mais especificadas nesses últimos casos.

### 5.2.2 Estatutos de Autonomia e competências: a competência ambiental

Esclarecido que no sistema constitucional espanhol a Constituição somente abre a possibilidade para que se definam as competências (ou seja, que para se conhecer efetivamente quais as competências do Estado e das Comunidades Autônomas, deve-se proceder a uma leitura tanto do texto constitucional quanto dos respectivos Estatutos de Autonomia<sup>867</sup>), é importante, no contexto deste trabalho, verificar como se tem procedido em relação à competência ambiental.

O Estatuto de Autonomia, de certo modo, equipara-se às funções desempenhadas pelas Constituições dos Estados-membros nos regimes federativos<sup>868</sup>, com a singular diferença de que nestas as competências são sempre pré-estabelecidas na Constituição nacional. Não há margem de disponibilidade aos entes descentralizados fora do texto constitucional federal.

De acordo com Javier Perez Royo

---

<sup>867</sup> “Una de las grandes diferencias entre el Estado autonómico y el resto de Estados compuestos reside, por tanto, en la función que corresponde a los Estatutos de Autonomía completando, en sentido estricto, las determinaciones constitucionales, lo que explica la función que corresponde en nuestro ordenamiento al concepto de «bloque de constitucionalidad» y muy en primer lugar a los Estatutos de cada C.A.. Esto mismo obliga a una interpretación conjunta del Título VIII de la Constitución junto con los Estatutos, sin que sea jurídicamente aceptable ya el razonamiento del «jurista persa.» in AJA, Eliseo. *La Distribución de Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España. Balance y perspectivas*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 4. Septiembre-diciembre. 1989. p. 239. Cf también PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p. 801-2

<sup>868</sup> AJA, Eliseo. *El Estado Autonómico. Federalismo y Hechos Diferenciales*. 2ª Edición. Alianza Editorial. Madrid: 2003. p. 99

El Estatuto de Autonomía es la norma que fija la estructura organizativa de la Comunidad Autónoma, que determina las materias sobre las que asume competencia y que establece los procedimientos a través de los cuales los órganos de la Comunidad Autónoma van a desarrollar su actividad. Desde un punto de vista funcional, pues, el Estatuto de Autonomía es la Constitución de la Comunidad Autónoma.<sup>869</sup>

Na Constituição espanhola, as competências do Estado, assim como aquelas que podem ser assumidas pelas Comunidades Autônomas, encontram-se nos arts. 148 e 149<sup>870</sup>.

As competências podem ser (1) exclusivas; (2) concorrentes; e (3) compartimentadas.

---

<sup>869</sup> PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p. 798. Ainda, sobre a natureza jurídica dos Estatutos de Autonomia, deve-se dizer que “El Estatuto de Autonomía es una norma jurídica sui generis puesto que posee una doble dimensión. Por una parte, es, como establece el art. 147.1 de la CE, “*norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma*”; ello supone que constituye la base y fundamento del correspondiente ordenamiento jurídico autonómico, del que forma parte. Pero, a la vez, el Estatuto de Autonomía forma parte también del ordenamiento jurídico estatal; así lo establece expresamente el art. 147.1 *in fine* al señalar respecto de los Estatutos de Autonomía que “*el Estado lo reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico*”. Esta idea se ve aún corroborada por el hecho de que los Estatutos de Autonomía se aprueben por las Cortes Generales mediante ley orgánica (arts. 146 y 147.3, en relación con el art. 81.1 CE).” in SATRÚSTEGUI, Miguel; LÓPEZ GUERRA, Luís; ESPÍN, Eduardo; GARCIA MORILLO, Joaquín; PÉREZ TREMPES, Pablo. *Derecho Constitucional*. Vol II. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia: 2013. p. 281

<sup>870</sup> Artículo 148. 1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: [...] 9.ª La gestión en materia de protección del medio ambiente. 10.ª Los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales. 11.ª La pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial. [...] 2. Transcurridos cinco años, y mediante la reforma de sus Estatutos, las Comunidades Autónomas podrán ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido en el artículo 149. Artículo 149. 1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...] 19.ª Pesca marítima, sin perjuicio de las competencias que en la ordenación del sector se atribuyan a las Comunidades Autónomas. [...] 22.ª La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial. 23.ª Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias. [...] 25.ª Bases de régimen minero y energético. 26.ª Régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos. 2. Sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas. 3. Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas.

Quanto às competências exclusivas, sejam do Estado ou das Comunidades Autônomas, todos os poderes sobre a matéria respectiva (aprovação das leis, regulamentos executivos e organizativos dos serviços, organização e gestão de seus funcionários) pertencem ao seu titular. Todas as funções, legislativa, regulamentar, e de execução, sobre a matéria concreta da competência, pertencem ao titular desse poder.<sup>871</sup>

Já quanto às competências concorrente e compartimentada, esclarece Eliseo Aja que:

[...]La competencia es concurrente cuando el Estado puede aprobar una ley básica o de líneas generales y las CCAA pueden aprobar leyes de desarrollo y tiene además la potestad reglamentaria y la ejecución. La competencia es compartida cuando la legislación corresponde al Estado y la ejecución a las CCAA.

Las competencias son concurrentes en materia tan importantes como economía, educación, sanidad y medio ambiente, entre otras. En estos casos, la dificultad mayor es decidir hasta dónde puede llegar la ley básica del Estado, sin invadir la competencia también legislativa de las CCA, y cuáles son los mecanismos de colaboración entre el Estado y las CCAA para que ambas instancias cumplan correctamente su respectiva función. El TC ha fijado algunos criterios para determinar las leyes básicas: han de regular un “mínimo común denominador” para todos los ciudadanos, en principio deben ser leyes aprobadas por las Cortes y sólo pueden ser reglamentos de gobierno cuando la ley lo autorice, etc. Pero subsisten dificultades técnicas, y lo ideal sería la existencia de un Senado integrado por representantes de las CCAA, como en Alemania, que participara en la aprobación de las leyes básicas, expresando la conformidad de las CCAA a la dimensión de la ley básica del Estado.<sup>872</sup>

Para a ordem constitucional espanhola, esse mesmo autor sintetiza em um quadro esquemático a distribuição competencial naquele país, que a seguir se transcreve<sup>873</sup>:

Competencias exclusivas de las CCAA	Competencias concurrentes	Competencias compartidas	Competencias exclusivas del Estado	Otros tipos de competencia
-------------------------------------	---------------------------	--------------------------	------------------------------------	----------------------------

871 AJA, Eliseo. *El Estado Autonómico. Federalismo y Hechos Diferenciales*. 2ª Edición. Alianza Editorial. Madrid: 2003. p. 127. Assim também SATRÚSTEGUI, Miguel; LÓPEZ GUERRA, Luís; ESPÍN, Eduardo; GARCIA MORILLO, Joaquín; PÉREZ TREMPES, Pablo. *Derecho Constitucional*. Vol II. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia: 2013. p. 295

872 AJA, Eliseo. *El Estado Autonómico. Federalismo y Hechos Diferenciales*. 2ª Edición. Alianza Editorial. Madrid: 2003. p. 129

873 AJA, Eliseo. *El Estado Autonómico. Federalismo y Hechos Diferenciales*. 2ª Edición. Alianza Editorial. Madrid: 2003. p. 166

Instituciones autonómicas	Ordenación general de la economía	Legislación laboral	Defensa y Fuerzas Armadas	Cultura
Agricultura y ganadería	Educación	Legislación mercantil y penitenciaria	Relaciones internacionales	Denominaciones de origen
Turismo	Régimen local	Propiedad Intelectual e industrial	Nacionalidad, extranjería y derecho de asilo	Empresas públicas (participación)
Asistencia u servicios sociales	Sanidad	Legislación sobre productos farmacéuticos	Comercio exterior	Orden público
Caza y pesca	Crédito y cajas de ahorro		Sistema monetario	Televisión autonómica
Comercio y consumo	Administraciones públicas y funcionarios		Ordenación de crédito, banca y seguros	
Industria	Medio ambiente		Sanidad exterior	
Urbanismo	Medios de comunicación		Ferrocarriles, transportes, aprovechamientos hidráulicos, puertos y aeropuertos, museos y bibliotecas	
Ferrocarriles, transportes, aprovechamientos hidráulicos, puertos y aeropuertos, museos y bibliotecas				

É importante ressaltar que “tanto la Constitución como los Estatutos de Autonomía son intocables para el legislador del Estado y sólo pueden ser reformados a través de los procedimientos de reforma constitucional o estatutaria previstos en ellos mismos”.<sup>874</sup> (STC 76/1983)

Dos dispositivos constitucionais mencionados, e do quadro esquemático transcrito, pode-se concluir que (1) as competências que correspondem ao Estado estão enumeradas na Constituição. Já as (2) competências das Comunidades Autônomas serão as assumidas nos respectivos Estatutos. (art. 172.2 d) CE). E, mediante leis específicas, previstas no art. 150 CE, podem se transferir (3) competências adicionais às Comunidades Autônomas.<sup>875</sup>

No que diz respeito à competência ambiental, atribuem-se competências de distinto grau ao Estado (legislação básica) e às Comunidades Autônomas

874 PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p. 793

875 SATRÚSTEGUI, Miguel; LÓPEZ GUERRA, Luís; ESPÍN, Eduardo; GARCIA MORILLO, Joaquín; PÉREZ TREMPES, Pablo. *Derecho Constitucional*. Vol II. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia: 2013. p. 290

(desenvolvimento legislativo e gestão).<sup>876</sup> Corresponde ainda ao Estado uma competência residual e supletória em matéria ambiental (art. 149.3), a fim de evitar-se lacunas.<sup>877</sup>, assim como a “coordinación de las normas de las Comunidades Autónomas aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general” (art. 150.3).<sup>878</sup>

Verifica-se, aqui, algumas das causas inerentes aos conflitos competenciais. À semelhança de Brasil, Espanha utiliza-se de uma competência concorrente compartimentada, em que ao ente central corresponde à legislação básica, ao passo que compete aos entes descentralizados complementar e desenvolver essa legislação, e também editar “normas adicionais de proteção”. A (1) definição do que constitui esse “básico” é de extrema importância para a resolução dos conflitos competenciais. Esse é um dos aspectos. O outro se encontra na (2) transversalidade e abrangência do conceito de meio ambiente. É inevitável que a tentativa do legislador constituinte em compartimentar matérias ocasionasse problemas interpretativos, assim como quando se procura estabelecer os limites de legislar sobre “águas”, “parques naturais”, “regime de minas”, e “meio ambiente”, principalmente considerando-se que essas matérias, muitas vezes, pertencem a competências de entes estatais distintos.

Isso, contudo, será objeto de estudo na sequência.

### 5.2.3 A legislação da União Europeia e o Estado Autônomico

Um dos aspectos mais interessantes do estudo da proteção ao meio ambiente na ordem jurídica espanhola consiste justamente na influência da legislação da União Europeia (da qual Espanha faz parte desde 1986) sobre essa legislação interna. Diversas facetas poderiam ser abordadas, e não constitui objetivo deste trabalho fazer um estudo aprofundado do tema. O objetivo aqui é somente fornecer algumas noções acerca dessa influência e das principais questões que são

876 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6ª Ed. Tecnos. Madrid: 1999. p.478.

877 Idem, p.479-480

878 Idem, p.480

debatidas, muitas das quais relacionadas justamente com problemas intraestatais e os conflitos competenciais.

Inicialmente, destaca-se que a legislação da União Europeia pode ser composta de Regramentos e Diretivas, estas últimas dando uma margem de conformação aos Estados-membros quanto a sua aplicação, enquanto aqueles podendo ser aplicados diretamente.

Miguel Perales enumera diversos Regulamentos e Diretivas que Espanha há incorporado, citando como exemplos a Directiva 96/82, relativa ao controle de riscos inerentes aos acidentes graves com substâncias perigosas; Regulamento 2000/1980, relativo a um sistema comunitário revisado de concessão de etiqueta ecológica; Regulamento 2001/761, relativo à adesão das organizações, com caráter voluntário, a um sistema comunitário de gestão e auditoria do meio ambiente (EMAS); Diretiva 2003/4, relativa ao acesso do público à informação ambiental; Regulamento 1907/2006, relativo ao registro, à avaliação, à autorização e à restrição das substâncias e preparados químicos (REACH); Diretiva 2008/1, relativa à prevenção e ao controle integrado de contaminação; Diretiva 2008/99, relativa à proteção do meio ambiente mediante o Direito Penal.<sup>879</sup> Há muitas outras de caráter setorial: atmosfera (84/360); resíduos (75/349); águas (76/160), substâncias perigosas (76/769); espaços naturais protegidos, flora e fauna (79/409); organismos geneticamente modificados (90/219)

A influência da legislação da União Europeia, assim, é significativa. No entanto, um dos problemas consiste justamente na transposição dessa regulação no âmbito interno. Os principais problemas referem-se (1) à incorporação pelo Estado, ou pelas Comunidades Autônomas, especificamente quanto aos limites do básico; (2) ao título competencial escolhido para efetuar-se a transposição, o que afeta também a quem detém essa titularidade (Estado ou Comunidade Autônoma), e (3) à natureza do ato legislativo que incorpora essa legislação europeia.

Quanto ao primeiro questionamento, pode-se afirmar que o TC já se posicionou (STC 102/95, FJ 14) no sentido de que, embora as diretivas tenham o intuito de homogeneizar e aproximar ordenamentos jurídicos distintos, inclusive em alguns ca-

---

<sup>879</sup> MIGUEL PERALES, Carlos de. *Derecho Español del Medio Ambiente*. 3ª Edición. Ed. Civitas. 2009. p. 87-8

sos com possibilidade de aplicação direta, isso não significa que a legislação que as adapte ao ordenamento espanhol deva ser considerada necessariamente como básica.

De fato,

aquellas disposiciones del derecho comunitario vinculan, desde luego, a las Comunidades Autónomas, pero por su propia fuerza normativa y no por la que le atribuya su traslación al Derecho interno como normas básicas.<sup>880</sup>

Outro aspecto relevante refere-se ao título competencial sobre o qual se fundamenta o ato legislativo de incorporação da legislação comunitária.

Alba Nogueira López sintetiza o problema:

Así la contaminación de las aguas lleva a que la marítima causada por buques que ataca la Directiva 2005/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005 objeto de transposición por el RD 394/2007, de medidas aplicables a los buques en tránsito que realicen cargas de contaminación en aguas marítimas españolas, se haga exclusivamente al amparo del título marina mercante (149.1.20ª CE), mientras que el RD 1514/2009, que regula la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro, transponiendo la Directiva 2006/118/CE del Parlamento y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, se considere legislación básica de medio ambiente al amparo del art. 149.1.23ª CE.

[...]

Por su parte, en materia de calidad del aire los Reales Decretos RD 1073/2002, de 18 de octubre, sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente en relación con el dióxido de azufre, dióxido de nitrógeno, óxidos de nitrógeno, partículas, plomo, benceno y monóxido de carbono, RD 1796/2003, de 26 de diciembre, relativo al ozono en el aire ambiente, y el RD 812/2007, de 22 de junio, sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente en relación con el arsénico, el cadmio, el mercurio, el níquel y los hidrocarburos aromáticos policíclico, se dictan todos al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.16.ª y 23.ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad y de legislación básica sobre protección del medio ambiente, respectivamente.[...]<sup>881</sup>

---

880 NOGUEIRA LÓPEZ, Alba. *La transposición de directivas ambientales en el Estado Autonomico*. in [www.gencat.cat/governacio/pub/sum/iea/IEA\\_85.pdf](http://www.gencat.cat/governacio/pub/sum/iea/IEA_85.pdf) Acceso em 06.08.14. p. 299

881 Idem, p. 307-8

Observa-se que nem sempre são acolhidos no título de proteção ao meio ambiente (art. 149.1.23). É também frequente que a normativa estatal não especifique que preceitos concretos estão sob o amparo de cada um dos títulos competenciais referidos, dificultando o ajuste dessa competência.<sup>882</sup>

Ainda, deve-se mencionar que a exigência de normas com status de lei para o estabelecimento do “básico” já foi decidida pela STC 102/95, FJ 8, admitindo-se regulamentos quando a natureza da matéria assim o justifique, «siempre que se justifiquen por su contenido técnico o por su carácter coyuntural o estacional», STC 102/1995, FJ 8”.<sup>883</sup> É nesse contexto que o Real Decreto-Ley constitui a via mais empregada para a transposição da normativa comunitária, quer pela complexidade e tecnicidade das leis ambientais, mas também pela urgência na incorporação dessa legislação, que não pode aguardar o trâmite legislativo habitual.<sup>884</sup>

---

882 “De hecho, en el periodo 2007-2009 de las 21 Directivas con conexiones ambientales que transpone el Estado tan solo 3 desglosan los preceptos que resultan amparados por cada uno de los títulos competenciales aducidos (RD 812/2007, de evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente en relación con el arsénico, el níquel y los hidrocarburos aromáticos policíclicos; la Ley 26/2007, de responsabilidad medioambiental, y el RD 975/2009, de gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras)” in NOGUEIRA LÓPEZ, Alba. *La transposición de directivas ambientales en el Estado Autonómico*. in [www.gencat.cat/governacio/pub/sum/iea/IEA\\_85.pdf](http://www.gencat.cat/governacio/pub/sum/iea/IEA_85.pdf) Acceso em 06.08.14. p. 309

883 Idem, p. 310

884 É muito pertinente a crítica de Jordano Fraga sobre os efeitos do incumprimento: “vemos con particular preocupación la inexistencia de mecanismos adecuados que eviten fallos meramente declarativos de los incumplimientos de los estados. Los artículos 226 y 228 del TCEE son insuficientes, pues dejan a la discrecionalidad de la Comisión la reacción contra los incumplimientos declarados –inexistiendo un plazo para ello–. García Ureta ha sostenido la nulidad de pleno derecho y la aplicación de las potestades de revisión para los actos que constituyan incumplimientos. Creemos que el Estado ambiental de derecho reclama una reforma del recurso de incumplimiento de forma que se atribuyan poderes de ejecución de sentencias directos al TJCEE. No podemos tener una estructura jurídica del siglo pasado para un ordenamiento del siglo XXI. Obviamente, una adecuada articulación de medidas cautelares evitaría destrucciones irreversibles. Las sentencias de incumplimiento deben comportar la nulidad de los actos jurídicos de autorización o aprobación y la reposición de la realidad alterada. Y ello de forma efectiva y no sólo potencial o retórica. De otro modo, el edificio construido ex Directiva 92/43 se revela como inútil. Probablemente sea necesario reformar el Derecho Administrativo común para evitar disfuncionalidades entre los estándares de validez comunitarios y nacionales. Pero el final del camino no puede ser que la validez o la reposición de la realidad alterada quede al albur de la actuación de la Comisión, los estados o los ciudadanos impulsando revisiones de oficio. La ejecución de los fallos debe situarse dentro de la potestad jurisdiccional del TJCEE sin resquicios para la discrecionalidad estatal o de la Comisión.” in JORDANO FRAGA, Jesus. *Un desafío para los ordenamientos en el siglo XXI: el desarrollo sostenible*. QDL, 16 de febrero de 2008. Fundación Democracia y Gobierno Local. p. 72-3



Outro aspecto a ser ressaltado é que as Comunidades Autônomas podem executar diretamente o direito da União Europeia, de acordo com a STC 31/210, FJ 123:

De acuerdo con una reiterada y conocida doctrina constitucional (STC 148/1998, de 2 de julio, FJ 4), no existe razón alguna para objetar que la Comunidad Autónoma ejecute el Derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias, tal como dispone con carácter general el art. 189.1 EAC, y, en consecuencia, tampoco, en principio, para que pueda adoptar, cuando ello sea posible, legislación de desarrollo a partir de una legislación europea que sustituya a la normativa básica del Estado en una materia. Ahora bien, una concepción constitucionalmente adecuada del precepto implica siempre la salvaguarda de la competencia básica del Estado en su caso concernida, que no resulta desplazada ni eliminada por la normativa europea, de modo que el Estado puede dictar futuras normas básicas en el ejercicio de una competencia constitucionalmente reservada.<sup>885</sup>

Pode-se concluir, então, que a legislação comunitária exerce poderosa influência sobre o ordenamento jurídico interno espanhol em matéria ambiental, e que sua transposição acarreta algumas discussões de índole competencial, principalmente essa acomodação das Comunidades Autônomas na relação existente entre Estado e Comunidade Europeia<sup>886</sup>. Reforce-se os aspectos do veículo legislativo utilizado, a questão da possibilidade de execução e desenvolvimento diretamente pela Comunidade Autônoma, sem prejuízo de o Estado editar legislação básica posteriormente, e a delimitação do título competencial que fundamenta a transposição da normativa comunitária.

Alguns dos aspectos referentes à União Europeia serão aprofundados oportunamente a seguir (tópico 4.4)

---

<sup>885</sup> NOGUEIRA LÓPEZ, Alba. *La transposición de directivas ambientales en el Estado Autonómico*. in [www.gencat.cat/governacio/pub/sum/iea/IEA\\_85.pdf](http://www.gencat.cat/governacio/pub/sum/iea/IEA_85.pdf) Acesso em 06.08.14. p. 320-1. Ainda, conforme esse autor, as principais discussões acerca dos conflitos competenciais residem justamente nessa capacidade de execução pelas comunidades autônomas, e não na incorporação da legislação comunitária pelo Estado na condição de básica. idem, p. 335

<sup>886</sup> Cf. na sequência Cap. 4.4.3.3

#### 5.2.4 Propostas de reforma do direito ao meio ambiente: breve discussão

Questão das mais discutidas pela doutrina espanhola diz respeito à condição de fundamentalidade da proteção ao meio ambiente. Embora haja autores que considerem tratar-se de um direito fundamental<sup>887</sup>, a jurisprudência constitucional tem consolidado a sua condição de *principio rector*, com todas as consequências advindas dessa condição<sup>888</sup>. Apesar de certo que o TC “no puede estar compelido a tratar como derechos fundamentales aquellos derechos que, reconocidos en el marco de los Tratados internacionales suscritos por España, no han sido previstos, en cambio, por nuestra Constitución”,<sup>889</sup> mesmo assim convém analisar quais as principais objeções que se colocam a essa condição, ou mesmo o que impediria isso fosse reformado.

É oportuno acrescentar, também, que a mais recente reforma de alguns Estatutos de Autonomia teve justamente como um de seus objetivos conferir uma proteção mais efetiva a determinados direitos, entre os quais se inclui a proteção ao meio ambiente.

##### 5.2.4.1 O direito fundamental ao meio ambiente: os novos Estatutos

Admitir um direito como fundamental implica reconhecer, além de uma dimensão objetiva que se irradia por todo o ordenamento jurídico, também sua face

---

<sup>887</sup>PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6ª Ed. Tecnos. Madrid: 1999; PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Aranzadi. 2014. JORDANO FRAGA, Jesús. *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*. José Mª. Bosch Editor. Barcelona: 1995.

<sup>888</sup>A principal delas é que “los principios rectores de la política social y económica contenidos en el Capítulo III del Título I serían una de las excepciones constitucionales al principio de aplicabilidad inmediata y directa de los principios y derechos constitucionales a las que se refiere la jurisprudencia constitucional referida. Es el propio artículo 53.3 de la Constitución el que ha excluido la aplicabilidad inmediata de los principios contenidos en el Capítulo III al afirmar que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción de acuerdo con las leyes que los desarrollen.” in QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás de la. *El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios*. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre. Revista General de Derecho Constitucional 5 (2008). p. 4

<sup>889</sup>SIMÓN YARZA, Fernando. *Medio Ambiente y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2012. p. 314

subjetiva, qual seja, a possibilidade de exigir-se dos demais, ou do Estado, um comportamento correspondente àquilo que especifica esse direito, inclusive com imposição coativa se necessário for.

No que se refere ao direito fundamental ao meio ambiente, as principais objeções quanto ao reconhecimento dessa condição residem: (1) na sua condição de bem de caráter coletivo, de difícil individualização<sup>890</sup>; (2) na indeterminação normativa do conceito de meio ambiente, com difícil aplicação prática. Pode-se acrescentar, também, que “no se puede admitir el derecho subjetivo a protección sin avanzar, en alguna medida, hacia un Estado jurisdiccional”<sup>891</sup>, e que “no se puede admitir la existencia de una obligación iusfundamental en interés del individuo sin reconocerle también un derecho subjetivo.”<sup>892</sup>

Essas objeções, consoante visto no capítulo 2, podem ser objetadas de dois modos: (1) em relação à natureza de bem coletivo, e sua dificuldade de individualização, isso não constitui nem pode constituir um obstáculo à proteção do meio ambiente, pois basta uma readequação das normas processuais, abandonando-se um conceito de meio ambiente pautado essencialmente no antropocentrismo. No caso brasileiro, reconhece-se a ação popular geral (não restrita a uma lei, ou bem ambiental específico), com legitimidade ampla, e para toda a defesa do meio ambiente, assim como a ação civil pública, aberta aos próprios poderes públicos, Ministério Público, associações da sociedade civil, enfim.

Quanto ao (2) segundo argumento, efetivamente há alguns problemas mais profundos nesse ponto. Não há como conferir uma condição de fundamentalidade ao meio ambiente sem partir-se, em certo grau, a um Estado mais jurisdiccional. A indeterminação conceitual é elevada, e embora a legislação infraconstitucional já tenha preenchido significativa parcela das lacunas existentes para a concretização desse direito, ao se admitir a condição de direito fundamental deve-se estar preparado para a ocorrência de situações em que, por vezes, a própria Corte Constitucional extraia diretamente as consequências do preceito constitucional para as situações concretas que se lhe apresentem. Isso é problemático devido ao

---

890 SIMÓN YARZA, Fernando. *Medio Ambiente y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2012. p. 97

891 Idem, p. 203

892 Idem, p. 204

princípio da separação dos Poderes, mas já ocorreu em alguns casos decididos na jurisdição constitucional brasileira.

Mais importante que a condição de direito fundamental é a existência de garantias efetivas para a sua concretização, e, em se tratando de proteção ao meio ambiente, é inevitável maior jurisdicionalização.

Pois bem, nesse contexto, as reformas autonômicas de 2006 em diante, além de procurarem reforçar a blindagem competencial<sup>893</sup>, objetivaram assegurar maior respeito e firmar compromisso em relação a determinados direitos.

O problema consiste, em síntese, na possibilidade ou não de se estabelecer declarações de direitos nos Estatutos de Autonomia, à semelhança do que ocorre com as Constituições dos Estados-membros nas federações. Inicialmente, pode-se objetar com um argumento formal, qual seja, o disposto no art. 147.2 CE, que não inclui as declarações de direitos entre as matérias próprias dos Estatutos de Autonomia. Também do ponto de vista formal, as leis orgânicas que disciplinam direitos fundamentais (art. 81 CE) não possuem equiparação com as leis orgânicas que dispõem sobre os Estatutos de Autonomia. Suas naturezas são distintas.<sup>894</sup>

Como explica Luís Maria Díez-Picazo:

[...]Lo relevante en esta sede es que, tratándose de derechos fundamentales, la única apertura que la Constitución española contempla es a fuentes internacionales, no a otras fuentes internas. El constituyente español, que fue inequívocamente consciente del proceso de internacionalización y universalización de los derechos fundamentales,

---

<sup>893</sup> “En un apretado resumen, en la mencionada reforma estatutaria se pretendía salir al paso de los excesos que, a juicio del legislador catalán, había cometido el Estado en materia de legislación básica y que se concretaban en cinco puntos principales: –La incapacidad de haber establecido un alcance claro y limitado de esta competencia estatal; –La utilización por el Estado de esta competencia para establecer una legislación uniforme y difícilmente diferenciable respecto del ejercicio de una competencia legislativa general; –La práctica inexistencia de ámbitos materiales sobre los que no se proyecte, en mayor o menor medida, una competencia básica; –La incapacidad de establecer criterios claros y seguros a partir de los cuales pueda diferenciarse entre una norma básica y otra que no lo es; –La condición de autosuficiente de la ley básica, sin necesidad de que sea completada por la norma autonómica.” in ORTEGA ALVAREZ, Luís Ignacio. *Los nuevos estatutos de autonomía*. QDL, 16 de febrero de 2008. Fundación Democracia y Gobierno Local. p. 113

<sup>894</sup> DíEZ-PICAZO, Luis María. *¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?* Revista Española de Derecho Constitucional. ISSN: 0211-5743, núm 78, septiembre-diciembre. 2006. p. 72

guardó un elocuente silencio sobre la eventual «provincianización» de los mismos.

El segundo argumento sustantivo contra la licitud constitucional de las normas estatutarias declarativas de derechos es aún de mayor calado y podría ser etiquetado como el «argumento del legislador esquizofrénico» o, dependiendo de los gustos, como el «argumento del legislador abúllico». Consiste básicamente en tomarse en serio el dato de que los Estatutos de Autonomía y sus reformas exigen la aprobación final mediante ley orgánica. Esto significa que no dimanen sólo de la voluntad del electorado y de los órganos de la correspondiente Comunidad Autónoma, sino también de la voluntad de las Cortes Generales. Siendo esto así, admitir que los Estatutos de Autonomía pueden recoger declaraciones de derechos es tanto como admitir que las Cortes Generales pueden dar unos derechos a unos españoles y otros derechos a otros españoles.<sup>895</sup>

Essa situação havia sido objeto de discussão pelo Tribunal Constitucional Espanhol, ao analisar o Estatuto Valenciano (STC 247/2007):

Existen otros preceptos en los Estatutos de Autonomía cuya redacción es más contundente, porque parecen atribuir inmediatamente derechos a los ciudadanos. Este es el caso, por ejemplo, del art. 27 de la Norma institucional de Cataluña que reconoce, entre otros extremos, el derecho a vivir en un medio equilibrado, sostenible y respetuoso hacia la salud, el derecho a gozar del paisaje en condiciones de igualdad o el derecho a la protección ante las distintas formas de contaminación.

La naturaleza de estas previsiones ha sido aclarada por el Tribunal Constitucional, en su s. 147/2007, donde tuvo ocasión de analizar el reconocimiento del derecho a un abastecimiento suficiente de agua de calidad enunciado en el art. 17 del nuevo Estatuto valenciano. Desde esta Sentencia, el Tribunal ha aclarado que, con alguna excepción, los Estatutos «no pueden establecer, por si mismos, derechos subjetivos en sentido estricto», por lo que ha privado a este tipo de declaraciones de eficacia inmediata. Ello no significa sin embargo que estos preceptos sean normas puramente programáticas, carentes de naturaleza jurídica.<sup>11</sup> Siempre según dicho órgano, dichas previsiones contienen directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos.<sup>896</sup>

Reconhecia-se a condição de princípio rector ao meio ambiente (art. 45 CE), podendo se constituir em elemento interpretativo do ordenamento jurídico, inclusive

---

<sup>895</sup> Idem, ibidem

<sup>896</sup> BIGLINO CAMPOS, Paloma. *La Reforma de los Estatutos de Autonomía: un problema que se desplaza, otro que se agudiza y otros por resolver*. Corts: Anuario de derecho parlamentario, ISSN 1136-3339. nº. 25 - 2011. p. 25

parâmetro de constitucionalidade de atos normativos, mas vedava-se a condição de direito subjetivo diretamente aplicável pelos tribunais de justiça.<sup>897</sup>

Importante mencionar que outra dificuldade inerente à condição de princípio rector é a configuração jurídico-processual de acesso ao TC, que impede o reconhecimento de omissões legislativas.

De acordo com Tomás de la Quadra-Salcedo Janini:

[...]Frente a la inactividad total del legislador, incumpliendo así sus deberes constitucionales, no existen vías procesales de acceso ante el Constitucional que permitan que éste declare la vulneración producida.

Vías procesales para la declaración de los incumplimientos por omisión que sí existen en ordenamientos de nuestro entorno como el ordenamiento portugués o el ordenamiento comunitario que frente a la inacción de las instituciones comunitarias ha previsto el recurso por inactividad en el artículo 232 del TCE.<sup>898</sup>

É nesse contexto que alguns Estatutos de Autonomia procuraram transformar os princípios rectores em direitos subjetivos. Isso não implica, entretanto, sua plena efetividade judicial, visto que a aplicabilidade imediata depende muitas vezes da própria natureza da norma, sua indeterminação normativa e possibilidade de concretização.<sup>899</sup> Poder exigir ante os tribunais é uma situação; que esses tribunais venham a conferir proteção efetiva a esses direitos já é outro caso.

A doutrina espanhola também se dividiu sobre esse assunto, sendo para Francisco Caamaño plenamente possível os Estatutos de Autonomia consagrarem

<sup>897</sup> QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás de la. *El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre*. Revista General de Derecho Constitucional 5 (2008). p. 9

<sup>898</sup> Idem, p. 14

<sup>899</sup> Como exemplos, “la exigibilidad directa de los derechos contenidos en el artículo 22.2 del Estatuto de Andalucía o el 23 del de Cataluña referidos es afirmada por Aparicio y Barceló que consideran que “en estos y otros muchos desarrollos se especifican con absoluta claridad todos los elementos propios del derecho (su titular, su contenido, su objeto y el sujeto pasivo u obligado) que, de esta forma, se hace exigible jurisdiccionalmente de acuerdo con el artículo 53.3 CE (y con el propio Estatuto) y sin que, en absoluto, su cumplimiento quede sometido a condición suspensiva alguna.” in QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás de la. *El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre*. Revista General de Derecho Constitucional 5 (2008). p. 22-3

essas declarações de direitos. Em resposta a Luis Díez-Picazo, descarta as objeções de natureza formal, e afirma que mais importante do que a definição jurídica é a decisão de conferir-se maior proteção e eficácia a esses direitos, nos limites da Comunidade Autônoma, e desde que conforme a Constituição:

No existen unos derechos reservados a la Constitución. Contrariamente, existen unos derechos que, al haber sido «reservados» por el constituyente, gozan de un estatuto jurídico especial que les permite poseer la fuerza jurídica de la Constitución aunque se manifiesten bajo la forma de simple protocolo hospitalario que regula las lista de espera, de ordenanza municipal sobre ruidos, de reglamento o de ley. Que los derechos estén en la Constitución no impide que también puedan hallarse en otros lugares. Lo que la Constitución exige es que, allí donde estén, su presencia siempre sea *secundum constitutionem*.

Los genuinos derechos fundamentales, es decir, aquellos que el constituyente «reserva», son fruto de un consenso político y cultural, presente em determinadas comunidades políticas que conciben la democracia no sólo como un sistema político basado en la regla de la mayoría, sino también en ciertos valores y principios ordenadores de la convivencia colectiva que, en lo que ahora importa, tienen traducción jurídica en el reconocimiento, al más alto nivel de normativo, de ciertos derechos y libertades.<sup>900</sup>

O Tribunal Constitucional espanhol, no FJ 16 da STC 31/2010 (Estatuto de Catalunha), admitiu essa possibilidade:

---

900 CAAMAÑO, Francisco. *Sí, pueden (Declaraciones de Derechos y Estatutos de Autonomía)*. Revista Española de Derecho Constitucional. ISSN: 0211-5743, núm. 79, enero-abril (2007), p. 38. Ainda, segundo esse autor, não importa tanto o *nomen juris*, “esto último es, precisamente, lo que hacen los derechos estatutarios que, como advertía al principio de estas páginas, no son derechos fundamentales ni pretenden jurídicamente serlo. Son, eso sí, expresión jurídica de ciertas preocupaciones dominantes en los ciudadanos de una comunidad autónoma (al agua, a la gratuidad de los libros de enseñanza, a la defensa del patrimonio etnográfico, a la conservación del medio ambiente...) que se traducen como derechos y principios con el propósito de objetivarlos como valores de la comunidad y sustraerlos, mediante su inclusión en el Estatuto de Autonomía, al debate político ordinario. Los derechos y principios estatutarios son un catálogo de preferencias que reflejan, dentro de la Constitución, la libertad colectiva que ésta reconoce a los ciudadanos de una comunidad autónoma para fijar valores comunes que orienten la acción política de sus órganos de autogobierno, en tanto que comunidad política diferenciada. Por eso los derechos estatutarios sólo vinculan a los poderes públicos de la comunidad autónoma y únicamente pueden hacerse valer ante ellos. No me cabe duda acerca de que el poder estatuyente puede catalogar esas preferencias y sustraer algunas de ellas a la decisión de la mayoría, máxime cuando exista una estrecha relación entre el reconocimiento de derechos y principios estatutarios y la existencia de competencias autonómica sobre las materias en la que aquellos derechos se proyectan.” *idem*, *ibidem*, p. 43

Los derechos reconocidos en Estatutos de Autonomía han de ser, por tanto, cosa distinta. Concretamente, derechos que sólo vinculen al legislador autonómico, –como así se desprende, inequívocamente, del propio Estatuto recurrido, cuyo art. 37.1 EAC, también impugnado y sobre el que más adelante habremos de pronunciarnos en particular, circunscribe, por principio, a los poderes públicos de Cataluña, y según la naturaleza de cada derecho a los particulares, el ámbito de los obligados por los derechos reconocidos en los capítulos I, II, y III del título I–; y derechos, además, materialmente vinculados al ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma, circunstancia expresamente detallada, según veremos, en el art. 37.4 EAC. Ahora bien, bajo la misma categoría «derecho» pueden comprenderse realidades normativas muy distintas, y será a éstas a las que haya de atenderse, más allá del puro *nomen*, para concluir si su inclusión en un Estatuto es o no constitucionalmente posible. En efecto, ya en la propia Constitución bajo el término «derecho» se comprenden tanto verdaderos derechos subjetivos como cláusulas de legitimación para el desarrollo de determinadas opciones legislativas, si bien en ambos casos se trata siempre, al cabo, de mandatos dirigidos al legislador, bien imponiéndole un hacer o una omisión que se erigen en objeto de una pretensión subjetiva exigible ante los Tribunales de justicia; bien obligándole a la persecución de un resultado sin prescribirle específicamente los medios para alcanzarlo y sin hacer de esa obligación el contenido de ningún derecho subjetivo, que sólo nacerá, en su caso, de las normas dictadas para cumplir con ella. Normas, en definitiva, que prescriben fines sin imponer medios o, más precisamente, que proveen a la legitimación de la ordenación política de los medios públicos al servicio de un fin determinado.

En el nuevo Estatuto catalán se prodiga sobre todo, según veremos, sin que falten proclamaciones de derechos subjetivos *stricto sensu*, el segundo tipo de derechos, es decir, mandatos de actuación a los poderes públicos, ya estén expresamente denominados como «principios rectores», ya estén enunciados literalmente como derechos que el legislador autonómico ha de hacer realidad y los demás poderes públicos autonómicos respetar. Lo decisivo para pronunciarse sobre su legitimidad constitucional será, en cada caso, si los mandatos en ellos comprendidos vinculan exclusivamente al poder público catalán y, naturalmente, si sólo pretenden hacerlo en el marco de sus competencias. Este tipo de derechos estatutarios, que no son derechos subjetivos sino mandatos a los poderes públicos (STC 247/2007, FFJJ 13 a 15), operan técnicamente como pautas (prescriptivas o directivas, según los casos) para el ejercicio de las competencias autonómicas. De lo que resulta, naturalmente, un principio de diferenciación que no puede confundirse con la desigualdad o el privilegio proscritos por los arts. 138.2 y 139.1 CE, pues con ella sólo se abunda en la diversidad inherente al Estado autonómico [STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 2 a)] en tanto que implícita en la pluralidad de ordenamientos que, fundamentados y reducidos a unidad en la Constitución, operan sobre ámbitos competenciales diversos en los que se actúan potestades legislativas y gubernamentales propias cuyo ejercicio puede legítimamente condicionarse desde la misma norma que define, en concurso con la Constitución, cada uno de esos ámbitos privativos.

Uma comparação com o direito brasileiro, nesse ponto, é oportuna. As objeções de ordem processual, sobretudo de tratar-se de um direito coletivo, não individualizável, podem e restam superadas no Brasil. Impõe-se abandonar determinados paradigmas processuais, ampliando o acesso à tutela jurisdicional por



intermédio de ações populares e ações civis públicas. Isso não constitui maiores problemas. Deve-se relativizar o paradigma processualista individualista extremo nesse aspecto,<sup>901</sup> em benefício de maior efetividade à proteção ambiental.

Quanto ao outro argumento – indeterminação normativa e impossibilidade de aplicação imediata em decorrência disso – existe um obstáculo maior a ser transposto, que é a de admissão de um Estado jurisdicional. Mesmo no direito brasileiro, em que o Supremo Tribunal Federal reconhece expressamente a condição de direito fundamental da proteção ao meio ambiente, é forçoso reconhecer que há certas dificuldades em sua aplicação, pois o Poder Judiciário não pode tudo, devendo-se ter uma *self restraint* na concretização de dispositivos constitucionais vagos e indeterminados.

Isso não tem impedido, todavia, que em certas circunstâncias, de absoluta inoperância do legislador brasileiro, o STF tenha reconhecido e aplicado concretamente o direito fundamental à saúde, ou no caso ambiental, o dever de a municipalidade implantar sistemas de esgotos cloacais, por exemplo.

Necessário proceder-se a um juízo de ponderação nos casos concretos, e verificar quais situações demandam uma atuação mais efetiva, em defesa dos direitos fundamentais. No Brasil, apenas para exemplificar, o legislador se omitiu por quase 2 (duas) décadas em regulamentar o direito de greve do servidor público civil, e o Supremo Tribunal Federal, sensível a essa realidade, supriu essa lacuna (MI nº 712/PA).

### 5.2.5 Jurisprudência ambiental e “defesa cruzada” de direitos

---

<sup>901</sup> Com efeito, “En cualquier caso, una diferente estructura no es razón bastante para una marginación del núcleo duro. Por ejemplo, en términos de garantías procesales. Probablemente en medio ambiente sea mucho mas necesaria una protección jurisdiccional ágil que en otras materias. Este objeto procesal no resiste demoras. Creo que los ordenamientos deben superar dogmas (derecho objetivo ambiental como el art. 20 de la Ley Fundamental) y situar al derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado en el núcleo de duro de derechos fundamentales.” in JORDANO FRAGA, Jesus. *El futuro del derecho ambiental*. Revista Aranzadi de derecho ambiental. 2012. Núm. 23. p. 117-146

Mostra-se pertinente, agora, verificar como se tem realizado no âmbito jurisprudencial a proteção ao meio ambiente. Se é certo que o direito ao meio ambiente é um princípio rector, com todas as implicações já vistas decorrentes dessa condição, não menos exato é que a defesa do meio ambiente tem se efetivado judicialmente. Ou seja, ainda que não constituindo a condição de direito fundamental, não se lhe aplicando diretamente o recurso de amparo, isso não tem impedido que, por vias transversas, se proceda a um reconhecimento desse direito em determinadas circunstâncias.

O expediente utilizado – à semelhança da Corte Europeia de Direitos Humanos (em que também não há um direito fundamental ao meio ambiente, ainda que altamente discutida essa questão, como se verá oportunamente) – é aquilo que alguns doutrinadores denominam defesa “cruzada” de direitos (ou *por ricochet*) Ou seja, associa-se o caso concreto a algum outro direito fundamental, como o direito à integridade física e moral (art. 15 CE), ou o direito à inviolabilidade de domicílio (art. 18.2 CE), ou o direito à livre eleição da residência (art.19 CE), ou o direito a receber informação (art. 20 CE), e, a partir da violação de um desses direitos, tutela-se a proteção ambiental.

O campo de atuação nesses casos, por excelência, tem sido o da contaminação acústica (matéria de direito ambiental também no Brasil).

Esse expediente, defesa indireta, tem servido não somente à admissibilidade de alguns recursos de amparo, mas também ao reconhecimento de violação de certos direitos e à imprescindível tutela judicial para sua proteção.

Constitui exemplo, nesse sentido, a STC 119/01, mencionada por Joaquín José Herrera de Rey: (1) a STC 119/01, FJ 6, parágrafo 3º e 5º, consagra o direito à integridade física e moral, quando os níveis de saturação acústica coloquem em perigo grave e imediato a saúde, e um direito à intimidade pessoal e familiar no âmbito domiciliar, perturbados por uma exposição prolongada ao ruído; (2) ainda na STC 119/2001, o direito à livre eleição de residência (art. 19), embora a Corte não o tenha analisado; (3) direito a desfrutar de uma moradia digna e adequada, à saúde, enfim.<sup>902</sup>

---

<sup>902</sup> HERRERA DE REY, Joaquín José. *Principios constitucionales. Distribución competencial*. <http://www.laleydigital.es>. Acesso em 26.11.14. p. 5

Ainda, segundo esse autor, deve-se guardar prudência em relação a STC 119/01:

No conviene, sin embargo, exagerar. Aun lamentando que el Tribunal Constitucional, en su sentencia núm. 119/01, no se atreviera a dar todos los pasos que tal vez estaba necesitando el problema del ruido en España, el fundamento constitucional de la protección frente al ruido en los arts. 15 y 18, junto con la interpretación de los preceptos correlativos del Convenio de Roma por el TEDH plenamente asumida por el TC, brinda un apoyo constitucional más que suficiente para que los Tribunales de justicia españoles prosigan en su ardua tarea de amparar a los perjudicados ante este fenómeno tan especialmente significativo y relevante en nuestro país.<sup>903</sup>

Em decisão mais recente (STC 150/2011), ficou claro que exigências devem ser preenchidas pelo requerente para que o processo possa ser submetido à Corte Constitucional. São exigidos dois requisitos para considerar-se a existência de violação a direitos fundamentais como a integridade física ou a intimidade: (1) prova concreta, individualizada, da situação acústica em que se encontra a moradia afetada pelos ruídos, e se está localizada em zona considerada saturada pela Administração Municipal; (2) existência de omissão do poder público municipal ante a saturação acústica de uma determinada zona.<sup>904</sup>

O Tribunal julgou improcedente o recurso de amparo solicitado na STC 150/2011, sob os seguintes fundamentos:

El Tribunal Constitucional desestimó el amparo solicitado con apoyo en las

siguientes consideraciones:

Se acepta que ha quedado acreditada la superación de los límites máximos fijados por la Ordenanza para el nivel sonoro externo, pero el recurrente debería de haber probado la *situación individualizada* de su vivienda, por constituir el dato determinante de los ruidos concretos a los que ha estado expuesto. El recurrente se ha limitado

a: 1. acompañar documentos acreditativos de los niveles de ruido externo, que por su permanencia e intensidad muestran que el ambiente

903 HERRERA DE REY, Joaquín José. *Principios constitucionales. Distribución competencial*. <http://www.laleydigital.es>. Acesso em 26.11.14. p. 6

904 URIARTE RICOTE, Maite. *Jurisprudencia ambiental del Tribunal Constitucional*. Ambiente y derecho, nº. 12, 2014. p. 254

acústico que rodea a su vivienda se encuentra degradado; 2. aportar el informe del Catedrático de Física Aplicada antes citado, que no tiene en cuenta las circunstancias singulares de cada vivienda; 3. a instar una pericia médica que no reconoce físicamente al recurrente.

La saturación acústica exterior en el Barrio de San José *no es achacable a la pasividad del Ayuntamiento de Valencia*, pues existe constancia de que durante los años 1997 a 1999, el consistorio tramitó más de cuatrocientos expedientes sancionadores por infracciones de la Ordenanza de ruidos.

Admite la relevancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos citada por el recurrente, pero interpreta que no debe realizarse una proyección general de sus consideraciones, sin atender de forma específica a las condiciones individuales de cada vivienda. El Tribunal Constitucional entiende que en el asunto Moreno Gómez (STDH de 16 de noviembre de 2004), en el que se condenó a España por unos hechos, objeto y fundamento jurídico similares al presente (la demandante residía en el mismo barrio), el TEDH no atribuyó una validez general a la afirmación de que la exigencia de probar la intensidad de los ruidos en el interior de la vivienda es demasiado formalista -ya que las autoridades habían calificado previamente la zona como acústicamente saturada-. Se exige, en consecuencia, una prueba concreta de la lesión alegada, que no ha sido aportada por el actor, lo que conduce al Tribunal a concluir que no demuestra haber sufrido una lesión real y efectiva de los derechos fundamentales invocados al amparo de los arts. 15, 18.1 y 18.2 CE.<sup>905</sup>

Ainda há casos referentes à proteção de recursos florestais (STC 140/2011), avaliação de impacto ambiental, direito a informação ambiental, espaços naturais protegidos, enfim.

Entende-se, no entanto, restar demonstrado o modo pelo qual se tem efetuado a defesa desses direitos protetivos ao meio ambiente: por uma vinculação a um direito fundamental constante do catálogo constitucional (liberdade, intimidade, enfim), e pela via do recurso de amparo.

### **5.3 Os conflitos competenciais ambientais Estado v. Comunidades Autônomas**

Estudadas a estrutura do Estado Autônomo espanhol, bem como o conceito de meio ambiente adotado pelo art. 45 CE, passa-se a estudar os conflitos competenciais entre o Estado e as Comunidades Autônomas. Como se pôde

---

<sup>905</sup> URIARTE RICOTE, Maite. *Jurisprudencia ambiental del Tribunal Constitucional*. Ambiente y derecho, nº. 12, 2014. p. 262

verificar, as competências ambientais podem ser assumidas por estas (todas as comunidades a fizeram, limitadas, contudo, ao que dispõe o art. 149.1.23), que diz competir ao Estado a legislação básica, enquanto às CA podem dispor sobre as normas adicionais de proteção e o desenvolvimento dessa legislação básica.

Nesse ponto é que residem justamente os conflitos, ante as dificuldades de se definir o que constitua o básico, os limites dessa legislação básica. É importante ressaltar que outra dificuldade consiste em que, diferentemente dos federalismos clássicos (caso norte-americano e brasileiro), há uma compartimentação das competências entre legislação, regulamentação e execução, o que também acaba ocasionando alguns conflitos e dificuldades. Segundo adverte Marc Carrillo López, nessa expansão do conceito do básico pelo Estado, assim como da utilização do poder regulamentar e de execução ( em síntese, na competência compartimentada) surgiram os principais conflitos competenciais no Estado Autônomo.<sup>906</sup>

### 5.3.1 Introdução ao problema

Os problemas relacionados aos conflitos competenciais Estados v. Comunidades Autônomas podem ser sintetizados (1) na definição do que se entenda por legislação básica e seus limites de modo a permitir que os entes descentralizados possam dispor também sobre a matéria; (2) no que consiste, em matéria ambiental, as denominadas “normas adicionais de proteção”; (3) na definição da competência ambiental e a sua eventual confluência com outras competências, ou o que se denomina de transversalidade (horizontalidade).

---

<sup>906</sup> “Las competencias compartidas son las que, de hecho, han permitido captar el verdadero alcance sustancial de la autonomía política de las CCAA a lo largo de los últimos treinta años. Estas eran las competencias que tenían que habilitar para disponer de suficiente capacidad normativa con el fin de desarrollar políticas públicas propias. Pero ha sido un hecho contrastado que el legislador estatal sobre la normativa básica no ha facilitado mucho las cosas, porque habitualmente ha sido muy expansivo en la determinación del contenido material de las bases. Y formalmente tampoco ha tenido especial escrúpulo en hacer uso de la potestad reglamentaria e, incluso, de los actos de ejecución para determinar la normativa básica, a pesar de las advertencias del Tribunal Constitucional que se iniciaron con la mencionada STC 69/1988.” in CARRILLO LÓPEZ, Marc. *La doctrina del Tribunal sobre la definición de las competencias. Las competencias exclusivas, las compartidas y las ejecutivas*. Revista catalana de dret públic. Especial Sentencia sobre el Estatuto. p. 274

Sobre a legislação básica, construiu-se ao longo dos anos uma doutrina constitucional elaborada pelo TC, em que vários aspectos foram sendo discutidos e decididos, como o (1) veículo legislativo utilizado; (2) extensão e conceito do básico; (3) diferenças entre legislação básica, normas básicas, o básico; (4) o caráter material e formal do básico. Cumpre referir que há algumas distinções quando se adentra especificamente no campo da competência ambiental, que serão devidamente explicadas no tópico respectivo (4.3.2.1).

Quanto às normas adicionais de proteção, expressamente prevista no art. 149.1.23 para a competência de proteção ao meio ambiente, constituem outro conceito sobre o qual foi elaborada uma doutrina constitucional pelo TC. De antemão, já se pode sinalizar que as Comunidades Autônomas não podem reduzir o nível de proteção ambiental conferido pela legislação estatal básica, podendo somente incrementá-lo, respeitados os princípios da cooperação e solidariedade.

Tem-se ainda o problema da delimitação da competência. Se é correto afirmar que “sólo puede organizarse eficazmente la gestión del medio ambiente sobre la base de una amplia descentralización de las responsabilidades”,<sup>907</sup> parece inevitável que a competência ambiental acabe abrangendo outros títulos competenciales – muitas vezes, pertencentes a outro ente estatal. É o caso da legislação de águas, ou sobre parques naturais, ou sobre minas, enfim, em que o constituinte preferiu dar tratamento específico a essas matérias. Essa é a razão pela qual alguns sustentam que o conceito de meio ambiente contido no art. 45.1 seria, a

---

907 MUÑOZ MACHADO, Santiago. *La distribución de competencias entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las corporaciones locales en materia de medio ambiente*. Documentación administrativa, ISSN 0012-4494, N° 190, 1981 (Ejemplar dedicado a: Ecología y medio ambiente). p. 362. Com efeito, “[...]es inútil, en definitiva, ponerle puertas al campo o fronteras al aire contaminado. El medio ambiente como problema es indivisible y es un simplismo pretender que un retorno al localismo' más puro puede ser suficiente para atender eficientemente la amplitud y variedad de estas cuestiones.” idem, ibidem.

rigor, mais amplo que o contido no art. 149.1.23.<sup>908</sup>Esse problema será tratado no item 4.3.3.

Por fim, como já referido, o Tribunal Constitucional elaborou, sistematicamente e no decorrer dos anos, uma doutrina em que esses conceitos foram refinados paulatinamente, o que não implica inexistam dificuldades ainda hoje em sua aplicação. Esses conceitos sempre são trazidos e lembrados a cada decisão, e aplicados à legislação objeto de discussão sobre a constitucionalidade. Não se utiliza o princípio da proporcionalidade para a verificação do exercício dessas competências. Desse modo, ao final, analisa-se a aplicação desses conceitos a dois casos específicos (águas e parques naturais protegidos), para que se tenha uma compreensão das dificuldades inerentes à sua aplicação aos casos concretos.

### 5.3.2 As definições de básico e normas adicionais de proteção

Definir o que seja o básico constitui tarefa difícil, não somente do ponto de vista da interpretação constitucional como também pelo caráter de decisão política que inevitavelmente comporta, pois implica uma delimitação daquilo que o Estado pode legislar e o que resta aberto às respectivas Comunidades Autônomas, no desenvolvimento dessa legislação.<sup>909</sup>É interessante mencionar a observação de

---

<sup>908</sup> “Nuestra Constitución utiliza el concepto de medio ambiente con diferente alcance, aparentemente al menos, en algunos de sus preceptos. Quiero indicar con ello que mientras que en el artículo 45 se maneja un concepto amplio del medio ambiente, comprensivo de toda la problemática que este concepto encierra[...], cuando vuelve a utilizarse en las listas de los artículos 148 y 149 ha perdido su primitiva amplitud y queda como un concepto residual. En el sentido siguiente: el medio ambiente no es un supraconcepto comprensivo de todas las materias, sectores, servicios o actividades relacionadas con el mismo. Por el contrario, cada uno (o la práctica totalidad) de esos sectores o materias recibe un tratamiento singular a los efectos de concretar el régimen de la distribución de competencias (ordenación del territorio, obras públicas, agricultura, montes, aguas, patrimonio histórico-artístico, sanidad e higiene, etc.). Hay que estar a estas especificaciones en primer lugar; el concepto de medio ambiente sirve, en este contexto, para completar el tratamiento de la distribución de competencias en aquellos aspectos que no tienen un concreto tratamiento.” *in* MUÑOZ MACHADO, Santiago. *La distribución de competencias entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las corporaciones locales en materia de medio ambiente*. Documentación administrativa, ISSN 0012-4494, N° 190, 1981 (Ejemplar dedicado a: Ecología y medio ambiente). p. 366-7

<sup>909</sup> JIMENEZ CAMPO, Javier. *¿Que es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autonómico*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 9. Núm. 278. Septiembre-Diciembre. 1989. p. 40

Javier Jimenez Campos, da ineficácia em se proceder a uma busca por um conceito geral do que sejam as bases ou “reglas de desarrollo”.<sup>910</sup>

De modo genérico, contudo, pode-se afirmar que bases correspondem a uma normativa geral, cujo limite consiste em não poder ser total, esgotando a matéria de que se ocupam, sem permitir a possibilidade de legislação autonômica.<sup>911</sup> Que o objetivo do constituinte ao reservar ao Estado “as bases” de uma determinada matéria é assegurar um denominador comum normativo a todas as Comunidades Autônomas, visto que o tipo de matéria assim o exige.<sup>912</sup>

Em síntese, um mínimo denominador comum normativo.

Eliseo Aja apresenta uma síntese da evolução desse conceito na jurisprudência constitucional:

En el *Informe sobre las Autonomías* señalamos los tres conceptos distintos que abarca la legislación básica en la jurisprudencia constitucional. Unas veces opera como marco jurídico general dentro del cual deben actuar las CC.AA., «mínimo denominador normativo común» (STC 25/83, de 7 de abril, entre las más claras); otras veces establece objetivos, fines y orientaciones que actúan como directrices para las CC.AA., en un sentido positivo que habilita al Estado para instrumentar políticas no sólo mediante ley, sino acudiendo a instrumentos normativos inferiores, y finalmente equivale en ocasiones a la delimitación de ciertos sectores materiales que el Estado asume íntegramente, en una versión próxima a la anterior, parecida a la *preemption* americana o a la concurrencia perfecta alemana.

A partir de las SSTC 69 y 80/1988, sobre etiquetaje, el concepto de bases ha adquirido mayor formalización, al exigirse al Estado que las bases figuren de forma identificable en una ley, o en un reglamento habilitado por la ley como básico. Y, desde esta exigencia de rango legal, se ha avanzado aún más con la insistencia en la excepcionalidad de que las bases figuren en reglamentos.<sup>913</sup>

---

910 IMENEZ CAMPO, Javier. *¿Que es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autonomico*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 9. Núm. 278. Septiembre-Diciembre. 1989. p. 41

911 OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Obras Completas*. Universidad de Oviedo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Oviedo: 2010. p. 750

912. Com efeito, assim refere Perez Royo acrescentando que “[...]un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuído sobre aquella materia.” (STC 1/1982). in PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p. 817. 2

913 AJA, Eliseo. *La Distribución de Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España. Balance y perspectivas*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 4. Septiembre-diciembre. 1989. p. 243-4



Isso não significa, porém, que essas bases devam ter estrutura de princípios, ou regras imperfeitas, insuscetíveis de aplicação imediata:

Importa anotar —adelantando ya lo que se indicará en el epígrafe IV de este trabajo— que no hay nada, ni en la Constitución ni en los Estatutos, que autorice a sostener que las reglas básicas estatales *tengan* que estar dotadas, para ser reconocibles como tales, de una estructura «principal», esto es, que tengan que aparecer, en todo caso, como reglas «imperfectas» o insusceptibles de aplicación inmediata. La articulación entre bases estatales y reglas de desarrollo no tiene por qué producirse en el plano de cada concreta disposición normativa, de tal modo que para respetar este deslinde competencial basta con que cada ordenación o conjunto normativo se integre por reglas dictadas por uno y otro ente. El que la competencia estatal se ejerza a través de normas dotadas de una u otra estructura, es algo, pues, que depende, en principio, de consideraciones de política y de técnica legislativas, a diferencia, por ejemplo, de lo que se estima es un imperativo constitucional en los ordenamientos austríaco y suizo, en los que la *Grundsatzgesetz* no debe contener normas de aplicación inmediata.

Si esto es así, y si este último rasgo se pone en relación con los otros dos antes citados, es posible advertir otra importante peculiaridad de nuestro Derecho en este campo.<sup>914</sup>

Convém dizer, também, que segundo uma concepção formal somente seria legislação básica aquilo que o Estado expressamente declarasse que o fosse. Essa concepção foi afastada pela STC 32/1981, FJ 6 (“la noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material, y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, *estén o no formulados como tales*, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente”).

Já para a concepção material, ao contrário, seriam aquelas “que pueden identificarse con un método u otro pero en todo caso al margen por completo de que el Estado proceda o no a declararla básicas.”<sup>915</sup> Assim, “las normas básicas han de concebirse materialmente (STC 32/1981) aunque su formalización, salvo excepciones, debiera contenerse en leyes (SSTC 1/1982, 69/1988, 188/2001).”<sup>916</sup>

914 JIMENEZ CAMPO, Javier. *¿Que es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autonomico*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 9. Núm. 278. Septiembre-Diciembre. 1989. p. 51

915 OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Obras Completas*. Universidad de Oviedo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Oviedo: 2010. p. 750

916 ARAGÓN REYES, Manuel. *Estudios de Derecho Constitucional*. 2ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2009. p. 739. Ainda, “la exigencia a la legislación básica estatal de una vertiente formal junto a la material, consolidada en la STC 69/88, de 19 de abril, sobre etiquetaje en catalán, por citar sólo algunas posiciones destacadas de su doctrina.” in AJA,

Sobre este último aspecto, pode-se dizer que há preferência pela lei na determinação do que sejam as regras básicas, pela maior estabilidade, e também porque o procedimento legislativo tradicional assegura maior deliberação pública e participação.<sup>917</sup> Essa exigência, contudo, não é absoluta, encontrando-se exceções na jurisprudência constitucional.<sup>918</sup>

Há quem pretenda atribuir uma significação jurídica diversa às expressões “legislação básica”, “normas básicas” e “bases”. Sustenta-se que a primeira remeteria somente ao poder legislativo, ao passo que a segunda abrangeria além desse o poder regulamentar, enquanto que à última acrescentar-se-ia o poder de execução. Para Javier Jimenez Campos essa pretensa distinção carece de fundamento<sup>919</sup>, e, explica Javier Perez Royo, que “desde el primer momento el Tribunal Constitucional interpretó como sinónimas las expresiones constitucionales de ‘bases’, ‘normas básicas’ y ‘legislación básica’ (STC 32/1981).”<sup>920</sup>

O que se deve entender, pergunta-se, por “desarrollo legislativo”? Parece evidente que “las reglas estatales básicas condicionan o limitan —dígase como se quiera— el contenido de las autonómicas, que son, justamente por ello, disposiciones ‘de desarrollo’”,<sup>921</sup> e, consoante Ignacio de Otto y Pardo, a relação

---

Eliseo. *La Distribución de Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España. Balance y perspectivas*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 4. Septiembre-diciembre. 1989. p. 234

917 “Así, con expresa referencia a «las garantías inherentes al procedimiento legislativo», la Sentencia constitucional 69/1988, repetidamente citada, fund. juríd. 5.” in JIMENEZ CAMPO, Javier. *¿Que es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autonómico*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 9. Núm. 278. Septiembre-Diciembre. 1989. p. 77

918 BIGLINO CAMPOS, Paloma. *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2007. p. 204. Nesse sentido, também, cf. SATRÚSTEGUI, Miguel; LÓPEZ GUERRA, Luís; ESPÍN, Eduardo; GARCIA MORILLO, Joaquín; PÉREZ TREMP, Pablo. *Derecho Constitucional*. Vol I. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia: 2013. p. 300

919 JIMENEZ CAMPO, Javier. *¿Que es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autonómico*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 9. Núm. 278. Septiembre-Diciembre. 1989. p. 70. Ainda, para esse autor “[...]Lo inaceptable, a mi juicio, de esta tesis reside, sencillamente, en la falta de cualquier razón que avale este distingio entre *legislación* y *normación* básicas. Si con la primera de estas expresiones el artículo 149.1 aludiera a competencias no ejercitables a través de reglamento, habría que convenir en la existencia, a estos efectos, de una reserva constitucional a la ley, pero el sentido de esta supuesta reserva no se percibe: su hipotética razón garantizadora de la posición de las Comunidades Autónomas habría que afirmarla también, obviamente, a propósito de la competencia para la *normación* básica, extensión de la reserva que sería obligada para no hacer incurrir a la Constitución en incongruencia, pero que echaría por tierra la misma diversificación o graduación que así se pretende establecer.” idem, p. 71

920 PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p. 817

921 JIMENEZ CAMPO, Javier. *¿Que es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autonómico*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 9. Núm. 278. Septiembre-Diciembre. 1989. p. 84

bases-desarrollo pode ser descrita como de condicionamento entre normas, cuja estrutura concreta a Constituição não descreve. Para esse autor, as bases são “normas de validez general que crean un común denominador normativo, un derecho que responde al principio de unidad como límite a la diversificación a que da lugar la pluralidad de ordenamientos jurídicos en nuestro sistema constitucional.”<sup>922</sup>

Javier Jimenez Campos explica de maneira precisa a problemática do conceito de “desarrollo”, conceito cuja tradução é difícil para o direito brasileiro<sup>923</sup>:

Lo primero que conviene tener presente es que cualquier opción que se pudiera acoger en este punto (concepción «formal» o «material» de la regla básica) debe partir de una previa determinación de lo que sea la competencia autonómica de «desarrollo» normativo, y a este propósito no sobraré tener en cuenta que con esa expresión constitucional y estatutaria (52) no se designa una sola facultad, sino varias. Lo que en virtud de este título corresponde a las Comunidades Autónomas no es sólo, en efecto, la concreción o pormenorización (*desarrollo*, en sentido estricto) de enunciados normativos que reclamen ser así cumplimentados, sino también la *sustitución* y, en su caso, la *integración* de las reglas estatales. El Derecho del Estado podrá ser sustituido por el autonómico, en el territorio respectivo, cuando tenga, claro está, vocación de supletoriedad, y podrá ser también integrado por normas territoriales cuando la Comunidad Autónoma decida disciplinar objetos carentes de regulación en el ordenamiento general, siempre y cuando esa ordenación autonómica no deba ser tachada de inválida, ya por contrariar una «norma» básica de signo adverso, construida por el intérprete, ya por entrañar una opción innovadora de tal trascendencia que rompa la unidad mínima de régimen jurídico establecida por el Derecho del Estado (53).<sup>924</sup>

Mais uma vez, deve-se reafirmar que as bases constituem um denominador comum normativo, decorrência da necessidade de tratamento comum da matéria objeto da competência, e que devem possibilitar às Comunidades Autônomas uma margem para um desenvolvimento normativo posterior do assunto. Isso não implica,

922 OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Obras Completas*. Universidad de Oviedo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Oviedo: 2010. p. 749

923 Uma das dificuldades reside em que, no modelo federativo americano, à semelhança do norte-americano, a competência atribuída pela Constituição é plena (legislação, execução e administração).

924 JIMENEZ CAMPO, Javier. *¿Que es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autonomico*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 9. Núm. 278. Septiembre-Diciembre. 1989. p. 81-2

porém, que ao Estado se deve retirar a possibilidade de execução dessa legislação básica, em determinadas circunstâncias<sup>925</sup>.

a) *Las bases integran un común denominador normativo.* Cuando la Constitución atribuye al Estado la fijación de “las bases” o la “legislación básica” no deja absoluta libertad a las instancias estatales para establecer como básica cualquier regulación que estimen oportuna (STC 1/82, caso *Coefficientes de Cajas de Ahorro*). La reserva en favor del Estado de la legislación básica deriva de la exigencia de un tratamiento normativo común, por existir un interés general superior al interés de cada Comunidad Autónoma, por el que debe velar el Estado. En todo caso, las leyes básicas estatales deberán dejar un ámbito suficiente para que las Comunidades Autónomas puedan elaborar su propia normativa de desarrollo. Debe pues conjugarse, en estos casos, una política normativa estatal, mediante leyes básicas, con una pluralidad de políticas normativas autonómicas, mediante leyes de desarrollo.

b) *La extensión de la reserva de lo básico a competencias ejecutivas.* La existencia de materias que exigen un tratamiento jurídico uniforme en todo el territorio español supone que las autoridades estatales deben ser competentes, no sólo para establecer un mínimo denominador común normativo, sino también para ejercer funciones de tipo ejecutivo, que deben permanecer también centralizadas y que resultan por ello “básicas”.<sup>926</sup>

Pode-se resumir, portanto, que as bases constituem um conceito cuja delimitação compete em última instância, a rigor, ao Tribunal Constitucional, a ser decidida caso a caso (STC 101/2005, FJ 5 b e c)<sup>927</sup>. Devem constituir um mínimo

<sup>925</sup> Nesse sentido, convém esclarecer que “[...]para aceptar estos supuestos excepcionales, se imponen determinadas condiciones por el TC. En primer lugar, una exigencia de naturaleza «teleológica» o garantista, esto es, la utilización de una acción normativa o ejecutiva del Estado que asegure el cumplimiento de la finalidad objetiva de la legislación básica. Segundo, la singularidad de la intervención ejecutiva o aplicativa estatal.” in RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo. *El concepto de lo básico en la jurisprudencia constitucional sobre parques nacionales*. UNED. Teoría y Realidad Constitucional. Núm 19, 2007.p. 232-3

<sup>926</sup> SATRÚSTEGUI, Miguel; LÓPEZ GUERRA, Luís; ESPÍN, Eduardo; GARCIA MORILLO, Joaquín; PÉREZ TREMPES, Pablo. *Derecho Constitucional*. Vol II. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia: 2013. p. 299. Nesse sentido, deve-se também acrescentar que “[...]en concreto, y de acuerdo con el TC (sentencia 194/2004) la intervención de carácter ejecutivo o aplicativo que el Estado puede desempeñar con carácter básico debe tener carácter puntual y concreto, esto es, ha de dirigirse a la puesta en práctica de medidas específicas, puesto que la aplicación ordinaria y geeneral de la normativa básica deben realizarla las comunidades autónomas; además, ese ejercicio por Estado de medidas puntuales y concretas debe tener carácter excepcional, de modo que sólo se produzca cuando la aplicación por las comunidades autónomas de las medidas de que se trate no garanticen de modo suficiente la preservación de la norma básica, esto es, su efectividad homogénea en el conjunto del territorio nacional.” in MIGUEL PERALES, Carlos de. *Derecho Español del Medio Ambiente*. 3ª Edición. Ed. Civitas. 2009. p. 51

<sup>927</sup> De fato, “[...]De lo anterior resulta, como advierte el propio Tribunal, la inviabilidad de establecer con carácter previo criterios claros para calificar como básicas las normas ambientales estatales, sino que es función suya hacerlo, caso por caso.” in BLASCO DÍAZ, José Luís. *La distribución competencial en materia de costas*. REAF, num. 10, abril de 2010. p. 270

denominador comum normativo, determinado pelo legislador constituinte em função da natureza da matéria objeto de competência, e possibilitando uma margem de desenvolvimento normativo posterior por parte das Comunidades Autônomas. É um conceito de natureza formal-material, sendo que o veículo preferencialmente adequado a lei, embora reconhecido pelo TC a possibilidade de utilização de regulamentos, ou mesmo o Real Decreto (v.g, como já referido, utilizado na transposição das Diretivas da União Europeia). As bases não possuem necessariamente natureza principiológica, a impossibilitar a sua aplicabilidade imediata, ou mesmo o exercício do poder executório por parte do Estado, como admite a jurisprudência do TC sob determinadas circunstâncias.

Para a competência ambiental, essas colocações se mantêm, embora com algumas especificidades, como se verá na sequência.

### **5.3.2.1 Normas básicas, legislação básica: o básico ambiental**

Quando se trata de explicar o conceito de normas básicas, legislação básica ambiental, entende-se que a “legislación básica no debe perseguir la uniformidad sino el establecimiento de un mínimo común denominador, lo que representa el retorno al concepto tradicional de ‘bases’”,<sup>928</sup> e que “en consecuencia, el papel de las Comunidades Autónomas se extiende no sólo a la ejecución y a imponer medidas adicionales de protección sino también al desarrollo legislativo de la legislación básica.”<sup>929</sup>

---

928 LÓPEZ MENUDO, Francisco. *Concepto constitucional del medio ambiente. El reparto competencial*. Estudios de derecho judicial, ISSN 1137-3520, Nº. 56, 2004 (Ejemplar dedicado a: Reparto competencial en materia de medio ambiente. Control medioambiental de la administración pública). p. 44

929 Idem, p. 45. Ressalte-se que “como queda dicho, la STC 102/1995 representa tanto el reconocimiento de que por ‘legislación básica’ no hay que entender sólo una regulación de mínimos sino que puede consistir también en una normación básica general necesitada de desarrollo autonómico (lo que la STC 170/1989 denomina una ‘función de uniformidad relativa’), como el hecho de que las Comunidades Autónomas ostentan competencias de desarrollo legislativo en esta materia y que estos títulos exigen un margen de desenvolvimiento razonable, sin que puedan ser desconocidos ni comprimidos de tal modo que se conviertan en puramente nominales.” idem, ibidem

O histórico da jurisprudência do Tribunal Constitucional<sup>930</sup> passa por uma série de decisões, que começam com a STC 64/1982 (em que se afirma a importância do direito ao meio ambiente), vai à STC 170/1989, em que se dispõe que o básico não deve ser entendido como uniformidade relativa, mas como uma ordenação de mínimos a ser respeitada, chega na STC 149/1991, em que se promove uma centralização do entendimento em relação ao básico ambiental, desemboca na STC 102/1995, onde se afirma que a margem para desenvolvimento legislativo pelas Comunidades Autônomas em matéria ambiental, ainda que menor do que em outras matérias, não pode levar a um detalhamento excessivo que impossibilite esse exercício da competência pelas CA. Posteriormente, com a STC 101/2005, houve uma reafirmação de que as normas básicas ambientais possuem caráter formal e material, e atualmente a STC 69/2013, em que se consagra que a competência ambiental das CA é mais de natureza concorrente que compartimentada, visto que comporta não somente desenvolvimento legislativo mas a edição de normas adicionais de proteção.<sup>931</sup>

Miguel Perales resume de forma apropriada as concepções contidas na doutrina constitucional do TC acerca das normas básicas em matéria ambiental:

- la doctrina del TC sobre las exigencias y características de la normativa básica se completa con otros criterios. El primero de estos criterios, ya citado antes, se concreta en que en materia de medio ambiente el deber estatal de dejar un margen al desarrollo de la legislación básica por la normativa autonómica, aun siendo menor que en otros ámbitos, **no puede llegar a tal grado de detalle que no permita desarrollo legislativo alguno de las comunidades autónomas con competencias en materia de medio ambiente, vaciándolas así de contenido.**

El segundo criterio consiste en que lo básico, como propio de la competencia estatal en esta materia, cumple más bien una función de **ordenación mediante mínimos** que han de respetarse en todo caso, pero que puede permitir que las comunidades autónomas con competencias en la materia establezcan niveles de protección más altos. No son, por tanto, lo genérico o lo detallado, lo abstracto o lo concreto de cada norma, las piedras de toque para calificarla, o no, como básica, sino su propia condición de tal a la luz de lo ya dicho (sic).

<sup>930</sup> Cf. MIGUEL PERALES, Carlos de. *Derecho Español del Medio Ambiente*. 3ª Edición. Ed. Civitas. 2009. p. 44-5

<sup>931</sup> QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás de la. *Algunas novedades doctrinales en materia competencial*. in *Crisis y Constitución*. Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2015. p. 225

El tercer criterio que establece el TC a tener en cuenta es el relativo al alcance de la “**afectación transversal**” que las directrices básicas medioambientales pueden tener, no ya sobre las normas de desarrollo legislativo y la ejecución en la propia materia de medio ambiente, sino sobre las competencias sectoriales de las comunidades autónomas con las que se entrecruzan y que están directamente implicadas (ordenación del territorio, caza, pesca fluvial y lacustre, pesca en aguas interiores, marisqueo, turismo, ocio y tiempo libre, desarrollo comunitario e investigación, entre otras).<sup>932</sup>

[sem destaques no original]

Com efeito, o básico constitui uma ordenação mediante mínimos, um padrão indispensável para a proteção do meio ambiente, uma estratificação da matéria por níveis, em que o estatal é suficiente e homogêneo, permitindo que as Comunidades Autónomas melhorem-no, adaptando-a a suas circunstâncias (STC 102/1995, FJ9)<sup>933</sup>:

9. Lo básico, por una parte y desde una perspectiva constitucional, como ya se anunció más arriba, consiste en el común denominador normativo para todos en un sector determinado, pero sin olvidar, en su dimensión intelectual, el carácter nuclear, inherente al concepto. Lo dicho nos lleva a concluir que lo básico, como propio de la competencia estatal en esta materia, cumple más bien una función de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia establezcan niveles de protección más altos, como ya se dijo en la STC 170/1989. No son, por tanto, lo genérico o lo detallado, lo abstracto o lo concreto de cada norma, las piedras de toque para calificarla como básica, o no, sino su propia condición de tal a la luz de lo ya dicho. Comprobar si esa calificación del legislador ha sido correcta es función privativa de este Tribunal caso por caso, sin posibilidad de crear apriorísticamente una teoría que prevea todos los supuestos futuros ni anticipar criterios abstractos no contrastados con la realidad tópica.

El recíproco engranaje de la competencia estatal y de las autonómicas en la materia, visto así, lleva a la convicción de que lo básico tiene aquí simultáneamente carácter mínimo, como patrón indispensable para la protección del medio ambiente, fuera de cuyo núcleo entran en juego las normas que lo complementan y lo desarrollan, con la ejecución, sin fisura alguna de ese entero grupo normativo. Se trata pues, de una estratificación de la materia por niveles, donde el estatal ha de ser suficiente y homogéneo, pero mejorable por así decirlo para adaptarlo a las circunstancias de cada Comunidad Autónoma. Esta es, también, la articulación de la normativa supranacional de la Unión Europea respecto de la que corresponde a los Estados miembros por virtud del principio de subsidiariedad. En definitiva la distribución de competencias, más allá de la exclusividad, se polariza en la atribución de concretas potestades y funciones sobre la materia.

932 MIGUEL PERALES, Carlos de. *Derecho Español del Medio Ambiente*. 3ª Edición. Ed. Civitas. 2009. p. 46

933 Reiterada na STC 101/2005, FJ5

Sobre a exigência de lei formal, e a possibilidade de que em certos casos se utilize outros atos normativos para sua disposição, importante o FJ 5, b e c, da STC 101/2005: exige-se lei formal, pela clareza e certeza normativa, admitindo-se excepcionalmente que alguns regulamentos, ou atos executórios, pela natureza da matéria, resultam complementos necessários para garantir a consecução da finalidade objetiva a que responde a competência estatal sobre as bases (STC 48/1988).

É oportuno, também, mencionar o caráter transversal da competência sobre a proteção do meio ambiente, ou seja, sua vinculação com outros títulos competenciais. Nesses casos, o exercício dessa competência básica, ou do título competencial vinculado, por exemplo, de uma Comunidade Autónoma, deve respeitar seus respectivos espaços de atuação (um conceito fundamental a ser incorporado pela ordem jurídica brasileira), e que será melhor analisado no item 4.3.3.

Nesse sentido, diz o FJ 5 da STC 101/2005:

El tercer criterio a tener en cuenta, destinado a tener alta relevancia en este conflicto, es el relativo al alcance de la "afectación transversal" que las directrices básicas medioambientales pueden tener, no ya sobre las normas de desarrollo legislativo y la ejecución en la propia materia de medio ambiente, sino sobre las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas con las que se entrecruzan y que están directamente implicadas (ordenación del territorio, caza, pesca fluvial y lacustre, pesca en aguas interiores, marisqueo, turismo, ocio y tiempo libre, desarrollo comunitario e investigación, entre otras).

Conviene que nos detengamos en este punto y fijemos que la afectación transversal del título competencial del Estado, que se cñe al ámbito de lo básico (art. 149.1.23 CE), será conforme con el orden constitucional de competencias, en su condicionamiento de las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas, cuando dicha afectación se traduzca en la imposición de límites a las actividades sectoriales en razón a la apreciable repercusión negativa que el ejercicio ordinario de la actividad sectorial de que se trate pueda tener para la preservación de los parques nacionales. Cuando así ocurra, los límites impuestos podrán calificarse de normas básicas ex art. 149.1.23 CE.

Por el contrario la afectación transversal de las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas resultará vulneradora del orden competencial cuando la normativa estatal comporte, más que el establecimiento de limitaciones específicas o puntuales de las actividades



sectoriales, una regulación de mayor alcance, incluso aunque dicha regulación presente una finalidad de protección ambiental, pues, obvio es, los parques nacionales no constituyen territorios exentos de la aplicación de las antedichas competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas. En estos casos, en suma, no estaremos ante normas básicas del medio ambiente, sino ante verdaderas normas encuadrables en la materia sectorial que en cada caso corresponda [ . . . ]

Ou seja, a competência ambiental nessas matérias conexas deve respeitar os limites de atuação de cada ente estatal.

A mais recente decisão sobre a matéria ambiental é a STC 69/2013, em que o tribunal recorda que o básico cumpre uma função de ordenação mediante mínimos, permitindo-se às Comunidades Autônomas estabelecer níveis de proteção mais elevados, mas nunca reduzi-los.<sup>934</sup>

Para Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, esta decisão provoca a seguinte mudança jurisprudencial:

[...]La regulación detallada de los procedimientos prohibidos no es un repertorio cerrado y rígido y admite por tanto la adición de otras modalidades análogas, si las hubiere, mediante normas autonómicas.

La interpretación del Tribunal Constitucional consolida la concepción de la competencia autonómica en materia de medio ambiente como una competencia concurrente más que una competencia compartida, pues la competencia autonómica no es propiamente una competencia de desarrollo legislativo de las bases del Estado sino una competencia para establecer normas adicionales de protección.<sup>935</sup>

<sup>934</sup> QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás de la. *Algunas novedades doctrinales en materia competencial. in Crisis y Constitución*. Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2015. p. 224

<sup>935</sup> Idem. p. 225. Refere-se aqui o FJ6, b, da SCT 69/2013: En este punto hemos de apartarnos del precedente citado. Las prohibiciones contenidas en el anexo VII de la Ley del patrimonio natural y la biodiversidad revisten las características propias de la legislación básica de protección del medio ambiente, estando el Estado constitucionalmente habilitado para imponerlas, ex art. 149.1.23 CE. Según ha quedado expuesto en el fundamento jurídico 1 al determinar nuestro canon de enjuiciamiento, la doctrina de este Tribunal ha considerado que lo básico cumple, en el ámbito de la protección del medio ambiente, una función de ordenación mediante mínimos, que pueden permitir a las Comunidades Autónomas establecer niveles de protección más altos, pero nunca reducirlos (SSTC 170/1989, FJ 2; 196/1996, de 28 de noviembre, FJ 2, y 7/2012, de 18 de enero, FJ 5). Hemos entendido también que no es lo genérico o lo detallado, lo abstracto o lo concreto de cada norma, el criterio decisivo para calificar como básica una norma de protección del medio ambiente, o no, sino su propia finalidad tuitiva (STC 102/1995, FJ 9). Y hemos admitido asimismo que la afectación transversal de la normativa básica de protección del medio ambiente se pueda traducir en la imposición de límites a las actividades sectoriales, como la caza o la pesca, en razón

Nesse aspecto, encontra-se uma das contribuições mais efetivas da ordem comparada espanhola ao direito brasileiro. O Supremo Tribunal Federal (Cf. Cap 4.2.2.2) compreende as “normas gerais” como uma legislação de princípios gerais, objetivando assegurar homogeneidade e uniformidade, competindo aos Estados-membros somente complementar as lacunas deixadas pela legislação federal, adaptando-as às peculiaridades locais (ADI nº 3.098/SP; ADIMC nº 2.396/MS; ADI nº 3.035/PR, dentre outros).

Além da dificuldade inerente para determinar em que consiste esse mínimo (contribuição que o princípio da proporcionalidade pode fornecer, na proposta desse trabalho), essa concepção de “normas gerais” esvazia bastante a federação brasileira, mas não somente isso, colabora para que o meio ambiente não seja eficazmente protegido.

Portanto, o “básico” *constituiu o “mínimo denominador comum” estatal, uma ordem mediante níveis, sem esquecer espaço para a complementação e desenvolvimento legislativo das Comunidades Autônomas, ainda com a possibilidade de editarem-se normas adicionais de proteção.*

Passa-se, agora, a análise das normas adicionais de proteção

### 5.3.2.2 As normas adicionais de proteção

Entendido que o conceito de básico preconiza um mínimo denominador comum, uma ordenação mediante mínimos, sem deixar de fornecer um espaço para a atuação das Comunidades Autônomas, mister se verificar em que consistem as normas adicionais de proteção a que se refere o art. 149.1.23.<sup>936</sup>

---

a la apreciable repercusión negativa que ésta pueda tener sobre la finalidad tuitiva [STC 101/2005, FJ 5 c)].

<sup>936</sup> Artículo 149. 1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...]23.<sup>a</sup> Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer *normas adicionales de protección*. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias.”

De acordo com Francisco López Menudo, há três concepções possíveis: (1) ou constitui uma regra própria e específica que exclui a possibilidade de aplicar a fórmula “bases + desarrollo”, o que significa que o Estado pode regulamentar extensivamente a matéria, sem margem a um desenvolvimento legislativo, tal como é entendido normalmente, restando apenas medidas normativas pontuais – normas adicionais de proteção; (2) essas normas não são outra coisa que as normas de desenvolvimento; (3) normas de desenvolvimento legislativo e normas adicionais de proteção são dois conceitos distintos, e não incompatíveis entre si.<sup>937</sup>

Miguel Perales enfatiza que o entendimento de “normas de desarrollo” encontra-se bem explicado na STC 196/1996:

Por otro lado, la competencia de las comunidades autónomas en materia de desarrollo legislativo ambiental queda bien resumida por la STC 196/1996: en el ámbito del artículo 149.1.23ª CE la legislación básica posee la característica técnica de normas mínimas de protección que permiten normas adicionales o un plus de protección, de forma que la legislación básica del Estado no cumple en este caso una función de uniformidad relativa, sino más bien de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que cada una de las comunidades autónomas, con competencias en la materia, establezca niveles de protección más altos, que no entrarían sólo por eso en contradicción con la normativa básica del Estado sobre protección del medio ambiente, siendo el sentido del texto constitucional el de que las bases estatales son de carácter mínimo y, por tanto, los niveles de protección que establecen pueden ser ampliados o mejorados por la normativa autonómica. En definitiva, la protección concedida por la Ley estatal (o, en su caso, por la normativa europea) puede ser ampliada e y mejorada por la Ley autonómica; lo que resulta constitucionalmente improcedente es que resulte restringida o disminuida (por ejemplo, por imponer un menor plazo de prescripción de las infracciones, o por establecer multas de cuantía sensiblemente inferior a las establecidas en las normas estatales (ver entre otras SSTC 102/1995, 156/1995, 196/1996, 16/1997 y 166/2002).<sup>938</sup>

Sobre as normas adicionais de proteção, assim também a doutrina de José Luís Blanco Díaz:

<sup>937</sup> LÓPEZ MENUDO, Francisco. *Concepto constitucional del medio ambiente. El reparto competencial*. Estudios de derecho judicial, ISSN 1137-3520, N.º. 56, 2004 (Ejemplar dedicado a: Reparto competencial en materia de medio ambiente. Control medioambiental de la administración pública). p. 13-72

<sup>938</sup> MIGUEL PERALES, Carlos de. *Derecho Español del Medio Ambiente*. 3ª Edición. Ed. Civitas. 2009. p. 48

[...]Así, en un primer momento se entendió que la legislación básica no cumple en este caso “una función de uniformidad relativa, sino más bien de ordenación mediante mínimos que ha de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que cada una de las Comunidades Autónomas, con competencia en la materia, establezcan niveles de protección más altos que no entrarían por sólo eso en contradicción con la normativa básica del Estado”, es decir, que pueden “completar o reforzar los niveles de protección previstos en esa legislación básica, siempre que esas medidas legales autonómicas sean compatibles, no contradigan, ignoren, reduzcan o limiten la protección establecida en la legislación básica del Estado”, en el ejercicio de su competencias de establecer normas adicionales de protección (STC 170/1989, FJ 2).<sup>939</sup>

Fica muito claro, portanto, que as Comunidades Autônomas podem completar ou reforçar os níveis de proteção previstos nessa legislação básica estatal, sempre que essas medidas sejam compatíveis, não contradigam, ignorem ou reduzam o limite de proteção e estabelecido na legislação estatal.

O estabelecimento dessas normas adicionais de proteção deve respeitar, entretanto, o princípio da solidariedade, segundo dispõe o art. 45.2, *in fine*. Essa a posição de Santiago Muñoz Machado, no exemplo da proibição da caça em Comunidade Autônoma e a pressão que esse fato poderia exercer sobre as demais.<sup>940</sup> Outro problema apontado por esse autor consiste nas restrições que por vezes se põem à livre circulação de mercadorias e bens (art. 39), quando essas medidas de proteção ao meio ambiente podem ser utilizadas, na verdade, para a defesa de interesses comerciais.<sup>941</sup>

<sup>939</sup> BLASCO DÍAZ, José Luís. *La distribución competencial en materia de costas*. REAF, num. 10, abril de 2010. p. 268-9

<sup>940</sup> Como explica o autor, “oía explicar no hace mucho a un ilustre y muy sabio colega los problemas de funcionamiento de las Comunidades autónomas con un ejemplo que puede venir al caso: puede que el País Vasco, Cataluña o cualquiera otra Comunidad autónoma española decidan un buen día, en ejercicio de sus competencias en materia de caza, establecer una veda general y absoluta en su territorio para conseguir una repoblación eficaz y la abundancia de las especies. Los cazadores vascos o catalanes tendrían que desplazarse a Castilla u otras regiones, con lo que la presión venatoria en estas zonas sería mayor, lo que no tardaría en provocar las iras de los cazadores vecinos de las mismas. He aquí cómo una medida aparentemente inocente repercute sobre otras Comunidades autónomas. El ejemplo es, tal vez, una exageración total, pero manifiesta una intuición certera. Las medidas de protección del medio ambiente no pueden adoptarse con quebranto del principio de solidaridad que está en la base del sistema de autonomías y es una clave de su funcionamiento. El respeto al mismo en las actuaciones en materia de medio ambiente está, además, específicamente impuesto por el artículo 45.2 de la Constitución.” *in* MUÑOZ MACHADO, Santiago. *La distribución de competencias entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las corporaciones locales en materia de medio ambiente*. Documentación administrativa, ISSN 0012-4494, Nº 190, 1981 (Ejemplar dedicado a: Ecología y medio ambiente). p. 376-7

<sup>941</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago. *La distribución de competencias entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las corporaciones locales en materia de medio ambiente*. Documentación administrativa, ISSN 0012-4494, Nº 190, 1981 (Ejemplar dedicado a: Ecología y medio ambiente).

E esses problemas, com efeito, podem ser constatados no manuseio dessa competência ambiental de “normas adicionais de proteção.” Se por um lado constitui uma medida saudável para conferir maior proteção ao meio ambiente, visto que impõe o estabelecimento de um mínimo uniforme que somente pode ser expandido, esse acréscimo protetivo deve ter o cuidado de não extrapolar os limites do princípio da solidariedade. A competência deve resguardar-se dentro dos parâmetros da lealdade de modo a permitir a proteção ao meio ambiente no âmbito da comunidade, sem prejudicar os interesses de outras comunidades ou a unidade nacional. É por essa razão que não se admite, por exemplo, sejam utilizadas como medidas restritivas para proteger interesses comerciais subjacentes, o que caracteriza evidente desvio de finalidade (Cf. Cap. 6, exemplo de exportação de madeira em toras).

Outro problema, também, que se pode evitar, é o denominado “nivelamento por baixo”<sup>942</sup>, referido anteriormente (cap. 2), no qual alguns Estados-membros podem conceder verdadeiros incentivos fiscais à atividade empresarial, estabelecendo limites menos rígidos que a legislação estatal nacional. Nesse ponto, acredita-se que a concepção da doutrina espanhola possa fornecer uma valiosa contribuição à interpretação das “normas gerais” brasileiras, onde inexiste previsão constitucional de “normas adicionais de proteção”, embora possa ser extraída de uma reformulação desse conceito de “normas gerais”, atualmente inadequado à efetiva proteção ambiental brasileira.

### **5.3.3 A transversalidade da competência ambiental**

Uma das características apontadas à competência sobre o meio ambiente é o seu caráter de transversalidade, ou de horizontalidade, consistente em abranger diversas outras matérias, também objeto de atribuição competencial por distintos entes estatais. Javier Perez Royo explica a natureza dessas competenciais

---

p. 377-8

942 MONTEIRO DE REZENDE, Renato. *“normas gerais” revisitadas: a competência legislativa em matéria ambiental*. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Senado Federal. Brasília: 2013. p. 39

transversais, de que são exemplos o art. 149.1.23 e o art. 149.1.13, pertencentes ao Estado, e sua influência sobre a legislação autonômica:

Los Estatutos de Autonomía han atribuído a las Comunidades Autónomas un gran número de competencias exclusivas sobre materias que no son mencionadas en el art. 149.1 de la Constitución. Sin embargo, en la práctica, el Estado puede influir en la regulación de las materias objeto de competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas al ejercer otras competencias que le atribuye la Constitución y que inciden sobre las mismas materias. El ejemplo más característico se encuentra en las llamadas competencias “horizontales” o “transversales”, como las de los arts. 149.1.<sup>a</sup>, 13<sup>a</sup> y 23<sup>a</sup> de la Constitución, que permiten al Estado dictar normas básicas sobre cualquier materia que incida en los derechos fundamentales de los ciudadanos, en la actividad económica o en el medio ambiente, aunque la regulación estatal afecte a materias objeto de competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas.<sup>943</sup>

Sem dúvida, para a resolução dos conflitos competenciais uma das tarefas mais complexas consiste no enquadramento, a delimitação das questões, que possui um duplo objeto: “(1) determinar cuál es la materia a la que corresponde el acto o norma impugnado; y (2) decidir si ese acto o norma ‘entra’ en el ámbito material cuya titularidad corresponde a la instancia que lo aprobó.”<sup>944</sup> Conforme Eliseo Aja, constitui um dos principais problemas na resolução dos conflitos competenciais (STC 39/1982) – a delimitação da matéria -, embora muitas sentenças do TC sejam pragmáticas ou pouco explícitas a respeito. Sustenta ainda esse autor que toda matéria possui um núcleo típico, e outro mais difuso e limítrofe à matéria colidente, devendo-se proceder a uma interpretação objetiva, verificando-se os motivos levados em conta pelo constituinte ao proceder a distribuição competencial, evitando-se um enfoque finalista. Respeitadas essas condições, a delimitação material se realizará progressivamente, prossegue Eliseo Aja, seja pelas sentenças do TC, ou pelas legislações, estatal e autonômica, até que a comunidade saiba exatamente os limites de cada matéria.<sup>945</sup>

943 PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14<sup>a</sup> Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p. 816

944 AJA, Eliseo. *La Distribución de Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España. Balance y perspectivas*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 4. Septiembre-diciembre. 1989. p. 244

945 AJA, Eliseo. *La Distribución de Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España. Balance y perspectivas*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 4. Septiembre-diciembre. 1989. p. 245

É fato que a competência estatal sobre a legislação básica do meio ambiente (art. 149.1.23) possui afinidades com as competências autonômicas sobre montes e aproveitamentos florestais (art. 148.1.8<sup>a</sup>); pesca em águas interiores, caça e pesca fluvial (art. 148.1.11<sup>a</sup>)<sup>946</sup>; agricultura (art. 148.1.7<sup>a</sup>)<sup>947</sup>. Haveria ainda outras competências mais periféricas, como atmosfera, espaços naturais protegidos, resíduos e vertidos, e avaliação de impacto ambiental, somente para exemplificar.

É correto afirmar-se, neste contexto, que a competência para legislação básica sobre meio ambiente adquire um caráter residual, visto que menos especificado que as matérias constantes destas outras competências. Assim, o exercício dessa competência ambiental deve conjugar-se com o exercício dessas demais competências, o que significa que quando a Comunidade Autónoma legisla sobre caça, ou pesca fluvial, o Estado inevitavelmente pode legislar sobre a legislação básica ambiental, em assuntos que guardem correlação com essas matérias objeto de competência da CA.

De acordo com López Menudo:

La existencia de sectores que aunque comprendidos en el 'medio ambiente' desde un punto de vista material, tienen sin embargo un tratamiento constitucional individualizado que los deslinda formalmente de dicha materia hace que el concepto de medio ambiente pierda sustancia como presunto título omnicomprendivo de todos esos sectores. Antes el contrario, queda convertido, por mor de esas sustracciones, en una competencia 'residual'. Por consiguiente, hay que estar en primer lugar a lo que resulte de los títulos singulares referidos a cada sector, sirviendo el

<sup>946</sup> Segundo Jordano Fraga, "El art. 57.2 EAA atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de caza y pesca fluvial y lacustre, que incluye en todo caso la planificación y la regulación de estas materias; y la regulación del régimen de intervención administrativa de la caza y la pesca, de la vigilancia y de los aprovechamientos cinegéticos y piscícolas. Obviamente, esa afirmación debe comprenderse conforme en el marco constitucional. Nuestro Tribunal Constitucional ha admitido una penetración si quiera menos extensa e intensa de la legislación básica en materia de medio ambiente cuando tenga que convivir con esta competencia exclusiva (STC 102/1995, FJ 24º c)]. Ello no ha impedido la declaración de inconstitucionalidad de las normas que no respetan los umbrales sancionadores establecidos por la legislación básica. La competencia exclusiva sobre la caza no le permite instaurar un régimen administrativo sancionador, en materia de caza o comercialización de especies amenazadas o en peligro de extinción, que disminuya la protección de la legislación básica estatal sobre protección del medio ambiente. Faya Barrios entiende que la mención a los aprovechamientos cinegéticos y piscícolas posiblemente se vincule a la distinción que resulta de la normativa de caza entre el derecho a cazar y el derecho al aprovechamiento cinegético (FAYA BARRIOS, A., 2008, pág. 357)." in CRUZ VILLALÓN, Pedro; MEDINA GUERRERO, Manuel. *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*. Vol. II. Parlamento de Andalucía. Ideas Más Tecnología. Sevilla: 2012. p. 941

<sup>947</sup> Ressalve-se, quando assumidas pelos EA. Pode-se acrescentar, ainda, as competências estatais sobre bases do regime de minas (art. 149.1.25<sup>a</sup>)

concepto de 'medio ambiente' como competencia complementaria o de cierre del reparto en aquellos aspectos que no tienen un concreto tratamiento ni resulten amparados claramente en algún otro título más específico o preciso (STC 36/1995). No obstante, ello no excluye una regulación sobre el medio ambiente que pueda incidir en todos esos sectores materiales que lo integran, pero sólo en cuanto al aspecto de la problemática ambiental.<sup>948</sup>

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional o FJ 3 da STC 102/1995 esclarece de maneira bem didática a questão da transversalidade da competência ambiental, o problema de sua delimitação, para o qual se deve ter uma interpretação objetiva, e a exigência de que o exercício da competência estatal não leve a uma diminuição de eventuais outras competências autonômicas confluentes:

[...]El carácter complejo y polifacético que tienen las cuestiones relativas al medio ambiente determina precisamente que afecte a los más variados sectores del ordenamiento jurídico (STC 64/1982) y provoca una correlativa complejidad en el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Por eso mismo, el medio ambiente da lugar a unas competencias, tanto estatales como autonómicas, con un carácter metafóricamente «transversal» por incidir en otras materias incluidas también, cada una a su manera, en el esquema constitucional de competencias (art. 148.1.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup>, 8.<sup>a</sup>, 10.<sup>a</sup> y 11.<sup>a</sup> C.E.) en cuanto tales materias tienen como objeto los elementos integrantes del medio (las aguas, la atmósfera, la fauna y la flora, los minerales) o ciertas actividades humanas sobre ellos (agricultura, industria, minería, urbanismo, transportes) que a su vez generan agresiones al ambiente o riesgos potenciales para él. Es claro que la transversalidad predicada no puede justificar su «vis expansiva», ya que en esta materia no se encuadra cualquier tipo de actividad relativa a esos recursos naturales, sino sólo la que directamente tienda a su preservación, conservación o mejora. Como ya dijimos respecto de las aguas en la STC 227/1988 y más precisamente en la STC 144/1985, los recursos naturales son soportes físicos de una pluralidad de actuaciones públicas y privadas en relación a los cuales la Constitución y los Estatutos han atribuido diversas competencias. En tal sentido, hemos reconocido en más de una ocasión que un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en el espacio (SSTC

---

<sup>948</sup> LÓPEZ MENUDO, Francisco. *Concepto constitucional del medio ambiente. El reparto competencial*. Estudios de derecho judicial, ISSN 1137-3520, N.º. 56, 2004 (Ejemplar dedicado a: Reparto competencial en materia de medio ambiente. Control medioambiental de la administración pública). p. 34. Como assinala este mesmo autor, ao abordar a competência dos parques naturais protegidos, “[...]en esa doble línea se sitúa la jurisprudencia constitucional al diferenciar, por una parte, los títulos competenciales, pero al darse una ‘evidente conexión objetiva’, - con los espacios naturales protegidos – la competencia legislativa autonómica ‘habrá de ejercerse de acuerdo con la legislación estatal básica sobre protección del medio ambiente.’”in LÓPEZ MENUDO, Francisco. *Planteamiento constitucional del medio ambiente. Distribución de competencias Estado-comunidades autónomas*. en VV.AA.: Protección administrativa del medio ambiente. Consejo General del Poder Judicial. Madrid: 1994. p. 59. Assim também IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe. *Una crítica del reparto de competencias en la Constitución, su desarrollo y alguna sugerencia*. RJUAM, n.º 28, 2013-II. p. 146-7



77/1982 y 103/1989), pudiendo pues, coexistir títulos competenciales diversos. Así, junto al medio ambiente, los de ordenación del territorio y urbanismo, agricultura y ganadería, montes y aprovechamientos forestales, o hidráulicos, caza y pesca o comercio interior entre otros. Ello significa, además, que sobre una misma superficie o espacio natural pueden actuar distintas Administraciones públicas para diferentes funciones o competencias, con la inexorable necesidad de colaboración (SSTC 227/1988 y 103/1989) y, por supuesto, coordinación. No sólo hay que identificar cada materia, pues una misma Ley o disposición puede albergar varias (SSTC 32/1983 y 103/1989), *sino que resulta inevitable a continuación determinar, en cada caso, el título competencial predominante por su vinculación directa e inmediata, en virtud del principio de especificidad, operando así con dos criterios, el objetivo y el teleológico, mediante la calificación del contenido material de cada precepto y la averiguación de su finalidad (SSTC 15/1989, 153/1989 y 170/1989), sin que en ningún caso pueda llegarse al vaciamiento de las competencias de las Comunidades Autónomas según sus Estatutos (STC 125/1984).*

[...] [sem destaques no original]

Esse problema da delimitação da matéria objeto da competência ambiental constituiu uma questão relevante também na doutrina constitucional brasileira, para o qual não se elaborou uma resposta suficientemente adequada, que não a pautada na centralização da União, ou então na abertura de espaço competencial da legislação exclusiva (cf. cap.3). Acredita-se que a doutrina constitucional espanhola soluciona de forma mais satisfatória esse problema, determinando que se procure estabelecer os espaços de incidência de cada competência, sem jamais esvaziar as competências das Comunidades Autônomas, segundo seus Estatutos.

Não promove uma centralização pautada em presunção. Embora seja de difícil solução a delimitação da matéria, a doutrina espanhola procura realizar uma hermenêutica que resguarde os respectivos espaços competenciais.

O critério adotado na doutrina constitucional espanhola é um dos aportes do direito comparado a ser recepcionado, e estudado no cap.6

#### **5.3.4 Alguns conflitos específicos: águas e espaços naturais protegidos**

Conforme já referido, a solução dos conflitos competenciais passa, inicialmente, por um enquadramento, uma delimitação da matéria objeto de

controvérsia, para, após, consoante doutrina constitucional, verificar se a legislação ambiental objeto de questionamento encontra-se dentro dos limites do conceito de básico, ou do referente ao espaço para atuação das comunidades autônomas: desarrollo legislativo y normas adicionales de protección.

Assim sendo, para cada situação específica, caso a caso, o Tribunal Constitucional analisa se as legislações objetos de questionamento infringem ou não o bloco de constitucionalidade competencial. Para os objetivos deste trabalho, entende-se desnecessário proceder a uma investigação detalhada de todos os casos analisados pelo Tribunal Constitucional, e que não contribuiria para os aportes de direito comparado que se pretende utilizar à resolução do problema competencial brasileiro.

Nesse âmbito, basta que se verifiquem duas situações, para se ter uma ideia dos mecanismos e decisões apresentados pelo Tribunal Constitucional com fundamento nessa doutrina da competência ambiental.

O primeiro refere-se ao problema da questão da legislação sobre águas, sendo que na ordem constitucional espanhola compete às CA assumir esse encargo no que se refere às águas interautonômicas<sup>949</sup>.

Jesus Jordano Fraga apresenta um histórico legislativo da questão:

No obstante el predominio de la perspectiva ambiental, el agua es un recurso natural necesitado de gestión y sometido al principio de utilización racional (art. 45.2 CE). El propio Estatuto de Andalucía ha señalado como uno de sus objetivos básicos, en su art. 10, «la adecuada gestión del agua y la solidaridad interterritorial en su uso y distribución». El marco normativo básico del Estado español en materia de aguas

---

<sup>949</sup> “El criterio esencial para la delimitación de las competencias en materia de aguas entre el Estado y las comunidades autónomas es el tipo cuenca hidrográfica, de manera que las cuencas hidrográficas intercomunitarias son competencia del Estado y las cuencas hidrográficas internas son competencia de las comunidades autónomas. Las afirmaciones de la competencia estatal respecto de las cuencas intercomunitarias ha sido concluyente: Es indudable que al Estado corresponde la legislación, la ordenación y la concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos en las cuencas hidrográficas que superan el territorio de Cataluña. Por lo que la ley que regula su Administración hidráulica no puede contradecir lo dispuesto por la Ley de Aguas sobre los organismos encargados de gestionar las cuencas de competencia estatal, so pena de vulnerar el orden constitucional de competencias y, por ende, incurrir en invalidez (STC 161/1996, FJ 5.º)”. in CRUZ VILLALÓN, Pedro; MEDINA GUERRERO, Manuel. *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*. Vol. II. Parlamento de Andalucía. Ideas Más Tecnología. Sevilla: 2012. p. 824

continentales ha venido determinado por la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, y por diversas normas reglamentarias dictadas en desarrollo de ésta. Es importante destacar que este marco ha sido afectado por la sentencia del Tribunal Constitucional 227/19885. Hoy la norma de referencia heredera de esta tradición es el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas, modificado fundamentalmente por la Ley 62/2003, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (mediante la que se transpone a nuestro ordenamiento la Directiva 2000/ 60, Marco del Agua) y por la disposición final primera de la Ley 11/2005, de 22 junio, que a su vez modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio de 2001, del Plan Hidrológico Nacional.<sup>950</sup>

A água é um bem escasso, e constitui um dos problemas concretos da fragmentação, competição e enfrentamento entre as Comunidades Autônomas, verificado nas recentes reformas dos Estatutos.<sup>951</sup> Recentemente, o TC teve oportunidade de se pronunciar sobre o tema, na STC 30/2011, tendo restado afirmado o conceito de unidade de gestão da bacia hidrográfica, bem como a impossibilidade de sua fragmentação, atribuindo ao Estado a competência:

El Tribunal Constitucional inicia su análisis con la aclaración de que la cuestión debatida recae sobre un recurso natural esencial, el agua, de importancia vital, social y económica, cuya competencia exclusiva corresponde al Estado, ex artículo 149.1.22<sup>a</sup>. Este punto de partida conduce a centrar el eje de su argumentación en el mandato constitucional contenido en el art. 45.2 CE, que obliga a todos los poderes públicos a velar por la utilización racional de todos los recursos naturales. Por ello, con apoyo en jurisprudencia anterior (STC 227/1988, de 29 de noviembre, STC 161/1996, de 27 de octubre y STC118/1998, de 4 de junio), las sentencias referidas recuerdan que sólo cabe respaldar aquellas interpretaciones de las reglas de distribución de competencias, que razonablemente permitan cumplir con el mandato constitucional del citado art. 45.2. Se advierte, asimismo, de que los usos y aprovechamientos que pueda realizar cada Comunidad Autónoma en su territorio condiciona claramente las posibilidades de utilización de los caudales de los mismos cauces cuando atraviesen otras Comunidades o provean a los cursos fluviales intercomunitarios, por lo que el Tribunal reitera su oposición a compartimentar el régimen jurídico y la administración de las aguas de cada curso fluvial y sus afluentes en atención a los límites geográficos de cada Autonomía. Entiende, por tanto, que cuando una cuenca se extiende al territorio de más de una Comunidad Autónoma, la administración equilibrada de sus recursos hidráulicos requiere mantener el criterio de considerar la cuenca hidrográfica como unidad de gestión, debido a que los intereses afectados son claramente supracomunitarios y exigen aplicar criterios de homogeneidad.

950 CRUZ VILLALÓN, Pedro; MEDINA GUERRERO, Manuel. *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*. Vol. II. Parlamento de Andalucía. Ideas Más Tecnología. Sevilla: 2012. p. 823-4

951 CONTRERAS CASADO, Manuel. *La vieja apuesta por el federalismo y sus dificultades en España*. in TUDELA ARANDA, José; KNÜPLING, Félix. *España y modelos de federalismo*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2010. p. 107

El Tribunal insiste, asimismo, en la constitucionalidad del principio de unidad de gestión de cuenca hidrográfica, utilizado por la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, que mantiene su vigencia en la Ley de Aguas actual (Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, reformado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre), y define la “cuenca hidrográfica” en coincidencia con el marco comunitario de actuación en esta materia previsto en la Directiva 2000/60/CE de 23 de octubre de 2000. Concluye dicha argumentación, con apoyo en el art. 1.3 de la Ley de Aguas, en el que se dispone la pertenencia a la misma cuenca y la integración a través de ella en el ciclo hidrológico, de las aguas continentales superficiales, así como de las corrientes de aguas subterráneas renovables, en la medida en que confluyen en la red de cauces naturales de una cuenca hidrográfica.

Junto a este argumento, contrario a la fragmentación del criterio territorial previsto en el art. 149.1.22ª CE, la sentencia declara la inconstitucionalidad y nulidad del art. 75.1 EACL también por entender que el mismo cercena la competencia exclusiva estatal y la reduce a una mera competencia para dictar legislación básica. Esta merma indebida de la competencia del Estado para regular en su totalidad las cuencas hidrográficas supracomunitarias, se advierte, a juicio del Tribunal, en el art. 75.1 EACL al atribuir a Castilla y León potestades de desarrollo legislativo y ejecución sobre la cuenca hidrográfica supracomunitaria del Duero. Similar lectura realiza el Tribunal del art. 51 contenido en la reforma del Estatuto de Andalucía, que otorga a esta comunidad competencias exclusivas sobre aguas de la cuenca del Guadalquivir, tratándose de una cuenca intracomunitaria y se separa, así, de la previsión establecida en el art. 149.1.22ª CE, razón que conduce a declarar su inconstitucionalidad.<sup>952</sup>

Esse critério da bacia hidrográfica ( intra ou supracomunitária) como base para delimitação competencial não impede, todavia, que a CA possua títulos específicos (aproveitamentos hidráulicos, águas minerais e termais) o “ya se trate de títulos específicos de carácter sectorial (ordenación del territorio, medio ambiente, espacios naturales, agricultura, sanidad, pesca, montes, etcétera). De la jurisprudencia constitucional (STC 227/1988)”<sup>953</sup> Não se pode esquecer, também, que o TC vincula a competência estatal sobre a água com a planificação geral da atividade econômica:

Es importante también destacar que el Tribunal Constitucional ha vinculado los títulos competenciales de este recurso natural con la coordinación de la planificación general de la actividad económica, lo que – como veremos– impacta en la propia jerarquía del sistema de planificación, otorgando primacía a la hidrológica. El Tribunal Constitucional ha afirmado con rotundidad en este sentido que:

952 URIARTE RICOTE, Maite. *Jurisprudencia ambiental del Tribunal Constitucional*. Ambiente y derecho, nº. 12, 2014. p. 257-8

953 CRUZ VILLALÓN, Pedro; MEDINA GUERRERO, Manuel. *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*. Vol. II. Parlamento de Andalucía. Ideas Más Tecnología. Sevilla: 2012. p. 824

No es posible desconocer, sin embargo, que el agua constituye un recurso de vital importancia, imprescindible además para la realización de múltiples actividades económicas. Por esta razón, la ordenación de los recursos hidráulicos, donde quiera que se hallen, no puede sustraerse a las competencias que el Estado ha de ejercer para establecer las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica, en virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.13.<sup>a</sup> CE (STC 227/1988, FJ 20.<sup>o</sup>).

Como ocurre en casi todas las materias, las competencias no son totalmente exclusivas, pues lo característico de nuestro sistema es el entrecruzamiento competencial de los distintos títulos.<sup>954</sup>

Observa-se, portanto, muito claramente que a água constituiu objeto de grande disputa competencial entre as Comunidades Autônomas, sendo prova desta conflituosidade as recentes reformas de alguns Estatutos de Autonomia, que pretenderam dispor sobre a competência e gestão desse recurso hídrico. Embora restrita ao campo interautonômico, o TC utiliza-se do conceito de unidade de bacia hidrográfica para firmar a competência do Estado para legislar sobre o tema, principalmente por tratar-se de gerenciar conflitos entre interesses contrapostos em prol da unidade. Isso fica ainda mais evidenciado quando se vincula essa competência à planificação econômica geral. A água é um bem escasso essencial ao desenvolvimento da atividade econômica.

No Brasil, a competência sobre águas compete à União, sendo que os rios interestaduais já constituem bens federais (art. 20, III, da CF/88). Assim, segundo José Afonso da Silva:

A normatividade dos Estados sobre águas fica, porém, dependente do que dispuser a lei federal, a que cabe definir os padrões de qualidade das águas e os critérios de classificação das águas de rios, lagos, lagoas, etc. Os Estados não podem, pois, estabelecer condições diferentes para cada classe de água, nem inovar no que concerne ao sistema de classificação, nem sobre os critérios de uso. Mas é válida a disciplina do uso do solo por lei estadual para proteção dos mananciais nas regiões metropolitanas.<sup>955</sup>

Meio ambiente é competência transversal. Nos casos de “conexão” de

954 CRUZ VILLALÓN, Pedro; MEDINA GUERRERO, Manuel. *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*. Vol. II. Parlamento de Andalucía. Ideas Más Tecnología. Sevilla: 2012. p. 825

955 SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Ambiental*. 7ª Edição atualizada. Ed. Malheiros. São Paulo: 2009. p. 124. Cf. Rp 1007-4/SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra

competências, a doutrina espanhola entende que, ao legislar sobre competências exclusivas, podem ser feitas, mas deve-se respeitar a legislação básica em matéria ambiental do Estado. Ocorre que, no caso espanhol, essas competências “conexas” exclusivas, em grande parte, pertencem às Comunidades Autônomas.

O caso brasileiro é um pouco diferente. De fato, no Brasil, as competências afetadas pela transversalidade (v.g., águas, minas), pertencem à União, a quem compete também ditar a legislação de “normas gerais” em matéria ambiental. Assim, adotando-se o entendimento espanhol, a única conclusão possível é que à União, legislando sobre as matérias de sua competência exclusiva, pode fazê-lo, mas respeitando certa margem para complementação dos Estados-membros, nos pontos em que comum (conexo) à matéria ambiental. Ou seja, o núcleo da matéria objeto de competência exclusiva permanece intangível (não há uma relativização, uma abertura aos Estados-membros), somente admitindo-se nos pontos conexos, em que há matéria ambiental, por exemplo, essa compartimentação.

No que se refere aos “espaços naturais protegidos”, as CA podem estatutariamente assumi-las como competência exclusiva, visto inexistir uma reserva em favor do Estado.<sup>956</sup>

Conforme assinala José Esteve Pardo:

[...]En tales supuestos en que no hay mención expresa de atribución competencial, la propia Constitución establece que la materia pueda ser asumida con carácter exclusivo por los Estatutos de Autonomía. Así lo refrendó el Tribunal Constitucional con relación a la materia específica de “espacios naturales protegidos”, reconociendo sobre ella a las Comunidades Autónomas el principal protagonismo legislativo.

Todas las Comunidades Autónomas disponen así de su propia Ley de espacios naturales protegidos – con su peculiar denominación en cada caso – cuya aplicación, en sus respectivos territorios, ha propiciado un aumento espectacular del número de estos espacios. Hay en ello un aspecto muy positivo: la atención próxima y sensible, desde su más directo conocimiento, por las Comunidades Autónomas de su propio territorio y sus valores naturales; pero también es cierto que con estas declaraciones casi masivas de espacios naturales la categoría misma acaba viendo diluida su

---

<sup>956</sup> CANALS AMETLLER, Dolors. *La polémica jurisprudencia del Tribunal Constitucional em materia de espacios protegidos: competencias estatales versus competencias autonómicas (comentario en torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995, de 26 de junio, em relación con las SSTC 156/1995, de 26 de octubre, y 163/1995, de 8 de noviembre)*. Revista de Administración Pública. Núm. 142. Enero-abril 1997. p. 310

operatividad y perdiendo buena parte de su eficacia protectora.<sup>957</sup>

A declaração de Parques Nacionais, segundo Esteve Pardo, se realiza mediante lei das *Cortes Generales*. Sobre sua gestão, era realizada conjuntamente pela Administração do Estado, e das Comunidades Autônomas em cujo território se situava, até que a STC 294/2004 determinou que corresponde exclusivamente às CA, visto entendimento que a Constituição atribui ao Estado unicamente competências normativas.<sup>958</sup>

De acordo com Gerardo Rico-Ruiz:

Las posibilidades de admitir la validez del modelo mixto de gestión pasaban, en consecuencia, por reconocer si éste entraba dentro de la competencia «básica» del Estado; o en su defecto, dentro de una hipotética potestad de coordinación estatal, o bien del principio general de cooperación interadministrativa. La respuesta a estos interrogantes sería en todo caso negativa, contraria por tanto a la lectura que se hacía por la representación estatal del precedente jurisprudencial (STC 102/1995) en el que se había apoyado todo el sistema de organización y gestión regulado después por el legislador estatal.<sup>959</sup>

E mais, no que se refere aos espaços naturais situados em mais de uma CA, e a competência estatal ou autonômica, a STC 102/95:

19. Ahora bien, tan sano criterio inicial se desvirtúa más adelante. Efectivamente, en el caso de que algún espacio natural protegido estuviere situado en el territorio de dos o mas Comunidades Autónomas, la Ley desplaza verticalmente la competencia para declarar que lo son,

---

<sup>957</sup>ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente*. 3ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014. p. 174. E acrescenta esse autor que “la normativa sobre espacios naturales es, pues, fundamentalmente de origen autonómico. Hay que atender así a la legislación de cada Comunidad Autónoma – todas disponen de su propia Ley, con la correspondiente normativa de desarrollo – para conocer las categorías de espacios y su régimen específico. En esta materia nos apartamos del esquema común con relación a los recursos naturales, que gira en torno a una ley básica del Estado – Ley de Águas, Ley de Costas, etc. – que define las categorías operativas, complementada por las Comunidades Autónomas en los aspectos de gestión, fundamentalmente.” idem, p. 174-5

<sup>958</sup> Idem, p. 175

<sup>959</sup> RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo. *El concepto de lo básico en la jurisprudencia constitucional sobre parques nacionales*. UNED. Teoría y Realidad Constitucional. Núm 19, 2007.p. 232

convirtiéndola en estatal, con un sistema entre convencional y autoritario para determinar la participación en la gestión de cada una de las Administraciones implicadas y arrogándose el Estado la coordinación y la presidencia del Patronato o Junta Rectora (art. 21.4), aun cuando esta participación estatal pudiera acogerse al art. 103 C.E. Cualquiera que fuera el plausible propósito del legislador, es evidente que la supraterritorialidad no configura título competencial alguno en esta materia, como ya se dijo con ocasión de las zonas atmosféricas contaminadas (STC 329/1993). Ciertamente, los espacios naturales tienden a no detenerse y mucho menos a coincidir con los límites de las Comunidades Autónomas. Pero ello no es suficiente para desplazar la competencia de su declaración y gestión al Estado, so pena de vaciar o reducir la competencia autonómica en la materia. La circunstancia, pues, de que un espacio natural de una Comunidad Autónoma se prolongue más allá de los límites territoriales de la misma podrá dar lugar a mecanismos de cooperación y coordinación, pero sin alterar la competencia de aquélla para declarar y gestionar dichos espacios. Por otra parte, la colindancia de Comunidades Autónomas no siempre supone un espacio natural protegible único y homogéneo, dada la heterogeneidad de los cuatro tipos descritos en la Ley y los muchos que puedan configurar, en su caso, las normas adicionales autonómicas, sino que pueden coexistir perspectivas heterogéneas, cuya convivencia pacífica sea factible, como ejemplo un Parque en un territorio o un Monumento en el vecino o un lugar concreto de otro limítrofe, un mirador, desde el cual pueda contemplarse el paisaje. No es, por tanto, correcta la solución ofrecida en el primer párrafo de este precepto -el art. 21.4 de la Ley-. El párrafo segundo cae, a su vez, por conexión, aun cuando su contenido parezca razonable en principio como fórmula de colaboración, desde el momento en que desaparece la cabecera de la cual trae la causa.

É interessante verificar, aqui, que a gestão constitui um problema suscetível de questionamento ante o TC, afirmando aquela Corte que a Constituição determinou caber ao Estado somente a competência normativa. No Brasil, que segue o modelo do federalismo norte-americano neste aspecto, essa compartimentação legislativa não oferece maiores dificuldades, pois essa competência legislativa é plena em qualquer órbita federativa.

#### **5.4 A proteção ao meio ambiente no âmbito europeu e proporcionalidade**

A proteção ao meio ambiente efetua-se em um primeiro momento pela Constituição nacional, e pela ordem jurídica interna que desenvolve a legislação infraconstitucional referente a essa matéria. É inegável, contudo, que desde a assinatura da Ata de Adesão, em 12 de junho de 1985, quando Espanha tornou-se um Estado-membro da União Europeia, tenha ocorrido um significativo incremento



legislativo e protetivo em matéria ambiental. E isso, em grande parte, pelas próprias origens do direito ao meio ambiente, como já visto (cap. 3), por tratados e pactos internacionais, principalmente a partir da década de 1970, no qual a Europa não somente foi uma das protagonistas, mas também a fonte de muitas dessas medidas protetivas ambientais.

Ocorre que a União Europeia exerce poderes normativos próprios, originando um ordenamento jurídico que se integra ao dos Estados-membros<sup>960</sup>, muitas vezes dotado de primazia e impondo-se aos próprios ordenamentos jurídicos nacionais.

E, conforme destacado por alguns doutrinadores:

En la actualidad la protección (y mejora) del medio ambiente no sólo es uno de los objetivos principales de la Unión, sino que en virtud del “principio de integración” – consagrado en el art.11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y en el art. 37 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales (CEDF) – es la clave para avanzar hacia el modelo de desarrollo sostenible que se ha comprometido la Unión; la política ambiental está llamada a modular el desarrollo y aplicación del resto de las políticas y acciones de la Unión.”Las exigencias de protección del medio ambiente – dice el art. 11 TFUE – deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar el desarrollo sostenible.”<sup>961</sup>

No entanto, não é possível afirmar exista na União Europeia um direito subjetivo ao meio ambiente, um autêntico direito fundamental ao meio ambiente<sup>962</sup>, embora haja direitos com conteúdo ambiental.<sup>963</sup>O art. 37 da Carta Europeia de Direitos Fundamentais não permite extrair um direito fundamental ao meio ambiente, e originariamente, quando da criação do Mercado Comum Europeu, nos idos de 1950, praticamente inexistia essa conscientização ecológica que começou pela década de 1970. Isso não significa, porém, inexistir uma proteção ao meio ambiente pela Corte Europeia de Direitos Humanos, por intermédio do expediente da defesa

960 LOZANO CUTANDA, Blanca; LAGO CANDEIRA, Alejandro; LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe. *Tratado de Derecho Ambiental*. Ed. Centro de Estudios Financieros. Madrid: 2014. p. 78

961 ORTEGA ÁLVAREZ, Luís; ALONSO GARCÍA, María Consuelo (dir.); VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de (coord.). *Tratado de Derecho Ambiental*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia: 2013.p. 81

962 SIMÓN YARZA, Fernando. *Medio Ambiente y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2012. p. 29

963 idem, p. 219

indireta, ou “cruzada” de direitos, qual seja, vinculando a proteção ambiental à ofensa a algum direito, como a intimidade, a inviolabilidade de domicílio, ou o direito à informação, já consagrado

Atualmente, também, o Tratado de Funcionamento da União Europeia dispõe expressamente a proteção ambiental, a necessidade de observância ao princípio do desenvolvimento sustentável, enfim, vários dos princípios constantes nos tratados internacionais de direito ambiental (v.g., precaução, prevenção), de modo que as competências da União Europeia (regulamentos, diretivas) são exercidas considerando todo esse arcabouço de proteção ambiental.

Assim sendo, além da influência considerável que a União Europeia possui sobre a ordem jurídico-constitucional espanhola, justifica-se plenamente seu estudo nesse trabalho, bem como das principais características dessa ordem comunitária. Deve-se ter em mente, também, que as dimensões continentais da federação brasileira favorecem essa comparação, para verificar o modo com vem sendo realizada a proteção ambiental na comunidade europeia.<sup>964</sup> Embora se trate de realidades socioeconômicas bem distintas, a necessidade de flexibilidade, visualizada na construção dessa verdadeira federação europeia, em certos aspectos, compele a uma breve análise desse sistema competencial ambiental.

Repisa-se: os aportes de direito comparado espanhol, nesse trabalho, são os conceitos de “legislação básica”, “normas adicionais de proteção”, e a

---

964 “Na realidade, há duas possibilidades de aproveitar a trajetória ambiental e jurídica da União Europeia. A primeira, uma analogia ou semelhança estreita com os caminhos do Mercosul. Aliás, o mesmo se poderia dizer com referência aos Tratados de que o Brasil é (ou pode vir a ser) signatário, como o Pacto Amazônico e o Pacto Andino ( a despeito de não termos em nosso território a presença dos Andes). A segunda, a configuração continental do Brasil. A bem ver, a existência de um valioso dispositivo constitucional sobre o meio ambiente em nossa Carta Magna não parece suficiente sob os pontos de vista político e administrativo. As Constituições Estaduais contentam-se com fazer eco longínquo ao texto da nossa Lei Maior, quando, na realidade concreta do dia a dia, os Estados federativos têm peculiaridades inquestionáveis. Não basta que eles repercutam o *caput* do art. 225 da Constituição, cabendo à esfera federal um púlpito exclusivo para a pregação nacional. O caráter federativo teórico do Estado Brasileiro deve ser compelido com mais empenho para a realidade factual. Não somente as grandes regiões do território nacional, mas, ainda, os Estados em suas individualidades têm características muito suas, que necessariamente provocam confrontos. O dispositivo constitucional ambiental, pode, muito bem, ser complementado por uma espécie de “pacto ambiental” entre os Estados, pois, como sabemos, há graves problemas que afligem o meio ambiente brasileiro e não podem ser resolvidos isoladamente. Por que não se propor e se costurar esse pacto? Ele não afetaria nem a soberania da União nem a autonomia dos Estados e do Distrito Federal. Ao contrário, reforçaria a legislação federal no que se refere à gestão e às políticas ambientais e aliviaria, sobremaneira, o pesado encargo do IBAMA e dos órgãos federais integrantes do SISNAMA.” in MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013. p. 167

“transversalidade”. Da União Europeia, busca-se o “princípio da proporcionalidade”, expressamente acolhido e utilizado no campo competencial.

#### 5.4.1 O meio ambiente e sua proteção nos tratados: histórico

O ordenamento jurídico da União Europeia é composto pelos Tratados Constitutivos das Comunidades, que conformam o denominado direito originário ou primário, a partir do qual as instituições comunitárias estabelecem o direito derivado (regulamentos, diretivas, decisões).

Uma síntese histórica dessa evolução dos tratados e suas respectivas alterações é dada por Blanca Lozano Cutanda *et al*:

El ordenamiento jurídico de la Unión Europea está presidido por los Tratados constitutivos de las Comunidades que siguen en vigor, que son los Tratados por los que se constituyen la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica o EURATOM (firmados en Roma el 25 de marzo de 1957), a los que se añade el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea ha sufrido modificaciones sustanciales por varios Tratados posteriores: Acta Única Europea de 1986; Tratado de la Unión Europea de 1992; Tratado de Ámsterdam de 1999; Tratado de Niza de 2003; y Tratado de Lisboa de 2007. Tras el Tratado de la Unión Europea, el Tratado constitutivo de la Comunidad económica Europea pasó a denominarse “Tratado de la Comunidad Europea”, y ahora, tras el Tratado de Lisboa de 2007, se le designa como “Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.”<sup>965</sup>

O Tratado de Roma, de 1957, que criou a Comunidade Econômica Europeia, não se referia ao meio ambiente. Contudo, a partir de 1972, da Conferência de Estocolmo, inicialmente indiretamente, e posteriormente de modo expresse, a proteção ambiental é incorporada como um dos objetivos da União Europeia, “formalmente con el Tratado de Masstricht (aunque con anterioridad el

---

<sup>965</sup> LOZANO CUTANDA, Blanca; LAGO CANDEIRA, Alejandro; LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe. *Tratado de Derecho Ambiental*. Ed. Centro de Estudios Financieros. Madrid: 2014. p. 79

Acta Única Europea ya lo había introducido de modo definitivo), firmado por los Estados miembros en 1992.”<sup>966</sup>

De fato, com o Tratado da União Europeia:

[...]- cuya negociación en parte con la preparación de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible celebrada en junio de 1992, Conferencia que dio lugar a la Declaración de Río y a la Agenda 21 -, se incorpora por primera vez la protección del medio ambiente entre los objetivos previstos en la Primera Parte del Tratado de la Comunidad Europea (arts.2), así como entre las metas que el Preámbulo del TUE iba a esclarecer para la Unión Europea en general.<sup>967</sup>

Posteriormente, com o Tratado de Amsterdã (2 de outubro de 1997), a política ambiental adquire mais expressividade no texto do Tratado da União Europeia. Na primeira parte desse tratado, incorpora-se ao art. 2º a “finalidade de alto nível de proteção e de incremento da qualidade do meio ambiente” como objetivo da Comunidade. Menciona-se, também, “o desenvolvimento sustentável das atividades econômicas.” Ainda, há um título exclusivo dedicado ao “meio ambiente”, de número XIX, passando a constituir os arts. 174 a 176.<sup>968</sup>

Após essas alterações, e até o Tratado de Lisboa, não acontecem alterações significativas na política ambiental.<sup>969</sup>

Atualmente, a política do meio ambiente encontra-se disposta no Título XX, arts. 191 a 193.<sup>970</sup>

<sup>966</sup> MIGUEL PERALES, Carlos de. *Derecho Español del Medio Ambiente*. 3ª Edición. Ed. Civitas. 2009.p. 79. Acrescenta, ainda, esse autor que “así el artículo 2 del Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997, recoge como primer objetivo de la Unión Europea la promoción del progreso económico y social y un alto nivel de empleo, así como la consecución de *un desarrollo equilibrado y sostenible*.” idem, ibidem.

<sup>967</sup> ORTEGA ÁLVAREZ, Luís; ALONSO GARCÍA, María Consuelo (dir.); VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de (coord.). *Tratado de Derecho Ambiental*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia: 2013.p. 88

<sup>968</sup> Idem, p. 80

<sup>969</sup> ORTEGA ÁLVAREZ, Luís; ALONSO GARCÍA, María Consuelo (dir.); VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de (coord.). *Tratado de Derecho Ambiental*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia: 2013.p. 92. Ainda, esclarecem estes autores “el Tratado de Niza – la última modificación del Tratado de la UE y del Tratado CE que entró en vigor antes que la del actual Tratado de Lisboa – no va a introducir ninguna modificación relevante en lo que a disposiciones de medio ambiente del Tratado CE se refiere, sino tan solo algunas precisiones en cuanto a los ámbitos de la política ambiental que quedan todavía reservados a decisión unánime del Consejo.” idem, ibidem.

<sup>970</sup> Não se esqueça o art. 37, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia: Artigo 37º.

Da redação desses dispositivos, incluindo o art. 37 da CDFUE, verifica-se que inexistente um direito fundamental à proteção ambiental, a não ser um princípio a orientar a atividade das instituições comunitárias, bem como dos Estados-membros, no desenvolvimento e execução de duas políticas públicas. Mais especificamente, o de atuar consoante o desenvolvimento sustentável e assegurando um elevado nível de proteção ambiental.<sup>971</sup>

Nesse sentido, também, Miguel Perales:

A la vista de lo anterior, puede afirmarse sin temor a equivocarse que el medio ambiente es un parámetro que forma parte de la política comunitaria en todos sus aspectos, hasta el punto de calificarse como “objetivo esencial de la Comunidad” por el TJUE (entre otras, sentencia de 13 de septiembre de 2005). El resumen de este hecho, formal y material, se plasma en el artículo 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (“DOCE” de 18 de diciembre de 2000): “Las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y de la mejora de su calidad.”<sup>972</sup>

Estes tratados constituem, conforme já mencionado, o direito originário, no qual se desenvolve a atuação das instituições comunitárias, que possuem uma intensa atividade na edição de normas vinculantes, cuja influência sobre o Estado Autônomo se estudou anteriormente aqui. Constituem-se em (1) regulamentos (art. 288 TFUE), com alcance geral e obrigatório em todos seus elementos, sendo diretamente aplicáveis aos Estados-membros; (2) as diretivas, obrigando o Estado-membro destinatário em relação ao resultado a conseguir-se, deixando porém às autoridades nacionais a escolha dos respectivos meios e forma; (3) as decisões, disposições que resultam obrigatórias em todos seus elementos, mas que, ao designar destinatários, serão obrigatórias somente em relação a esses.<sup>973</sup>

---

Todas as políticas da União devem integrar um elevado nível de proteção do ambiente e a melhoria da sua qualidade, e assegurar-los de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável.

971 ORTEGA ÁLVAREZ, Luís; ALONSO GARCÍA, María Consuelo (dir.); VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de (coord.). *Tratado de Derecho Ambiental*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia: 2013.p. 96

972 MIGUEL PERALES, Carlos de. *Derecho Español del Medio Ambiente*. 3ª Edición. Ed. Civitas. 2009. p. 81

973 LOZANO CUTANDA, Blanca; LAGO CANDEIRA, Alejandro; LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe. *Tratado de Derecho Ambiental*. Ed. Centro de Estudios Financieros. Madrid: 2014. p. 79

Em matéria ambiental predominam as diretivas, fato que se explica pela própria natureza dessa questão.<sup>974</sup>

Embora já mencionadas anteriormente, convém ressaltar algumas diretivas (e regulamentos) da União Europeia, com significativa aplicação na ordem jurídica espanhola. Num âmbito mais geral, pode-se referir a-Directiva 85/337; Directiva 96/82, relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas; Regulamento 2000/1980, relativo a un sistema comunitario revisado de concesión de etiqueta ecológica; Regulamento 2001/761, relativo a la adhesión de las organizaciones, con carácter voluntario, a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS); Directiva 2003/4, relativa al acceso del público a la información medioambiental; Regulamento 1907/2006, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH); Directiva 2008/1, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación; Directiva 2008/99, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal.<sup>975</sup>

De carácter mais setorial mencione-se as diretivas sobre atmosfera (84/360); resíduos (75/349); águas (76/160), substâncias perigosas (76/769); espaços naturais protegidos, flora e fauna (79/409); organismos geneticamente modificados (90/219).

#### **5.4.2 A proteção ambiental no Tribunal Europeu de Direitos Humanos**

---

<sup>974</sup> Com efeito, “no debe costar esfuerzo darse cuenta de que la protección ambiental, al implicar cuestiones de muy diversa índole (económicas, culturales, de población, del medio físico – clima, situación geográfica, recursos hídricos y marinos, fauna y flora, clase de suelo, etc.-), hace difícil una regulación común para todos los Estados-miembros; basta comparar, en materia ambiental, Grecia con Suecia, España con Finlandia, o Alemania con Dinamarca. Estas diferencias, no obstante, no pueden impedir que las guías básicas en materia de medio ambiente sí sean comunes a todos los Estados miembros. De ahí que la directiva sea el instrumento legislativo más adecuado, ya que a la par de armonizar legislaciones, permite respetar las especialidades de cada uno de los Estados-miembros”. in MIGUEL PERALES, Carlos de. *Derecho Español del Medio Ambiente*. 3ª Edición. Ed. Civitas. 2009. p. 85-6

<sup>975</sup> MIGUEL PERALES, Carlos de. *Derecho Español del Medio Ambiente*. 3ª Edición. Ed. Civitas. 2009. p. 87-8

As violações dos direitos subjetivos consagrados na Convenção Europeia de Direitos do Homem<sup>976</sup> dão ensejo a que sua proteção possa ser efetivada por intermédio do TEDH<sup>977</sup>. Como já mencionado, ainda que não seja consagrado um direito fundamental ao meio ambiente nesse documento<sup>978</sup>, essa circunstância é insuficiente para impedir que a tutela possa ser efetivada por intermédio de uma violação indireta a outros direitos fundamentais, numa defesa cruzada, o *par ricochet*<sup>979</sup>. Os mais suscitados são os contidos no art. 8º CEDH.<sup>980</sup>

A função do TEDH, por sua vez, ainda que fundamental no contexto da União Europeia, não pode ser comparada à dos Tribunais Constitucionais, na medida em que lhe compete somente declarar a violação do direito. Constatada essa infração, “la elección del modo de “acatar” la Sentencia compete al Estado condenado (Art. 46.1 CEDH), ora con medidas puramente ejecutivas, ora con modificaciones legales o incluso constitucionales.”<sup>981</sup>

Pergunta-se, muitas vezes, por que razão não se faz um protocolo adicional à Convenção, dispondo sobre a proteção ao meio ambiente. E a resposta, segundo Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, pode estar no fato de muitos dos atuais membros da União Europeia serem provenientes do leste (pós-1990), onde inexistia maiores preocupações com essas questões (uma prova da importância da democracia para

976 Adotada pelo Conselho de Europa em Roma, em 04.11.1950

977 SIMÓN YARZA, Fernando. *Medio Ambiente y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2012. p. 226

978 “En 1976, en el caso «X e Y c. República Federal Alemana», la Comisión Europea de Derechos Humanos declaró que «ningún derecho a la conservación de la naturaleza se encuentra incluido entre las libertades del Convenio”. in VELASCO CABALLERO, Francisco. *La Protección del Medio Ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Lopez Ostra contra España”)*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 15. Num. 45. Septiembre-Diciembre 1995. p. 307. Nesse sentido, também LOZANO CUTANDA, Blanca; LAGO CANDEIRA, Alejandro; LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe. *Tratado de Derecho Ambiental*. Ed. Centro de Estudios Financieros. Madrid: 2014. p. 185

979 MARISCAL AGUILAR, Carmen María. *La protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de la consideración del derecho al medio ambiente adecuado como parte del interés general en una sociedad democrática*. in <http://www.huespedes.cica.es/gimadus/24/05.html> acesso em 06.08.15. p. 24

980 Do direito ao respeito pela vida privada e familiar: art. 8º. 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

981 SIMÓN YARZA, Fernando. *Medio Ambiente y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2012. p. 221

a proteção ambiental), sendo necessário, portanto, um período de adaptação para esses países.<sup>982</sup>

O fato é que mesmo não havendo uma afirmação clara a favor do meio ambiente, isso não tem impedido que a preocupação e sua proteção adentrem nesse sistema jurídico<sup>983</sup> comunitário, mesmo que por via transversa. O que não impede, também, não haver críticas ao mecanismo utilizado para essa proteção cruzada.

Com efeito,

En mi opinión, no se pierde en privacidad (ni en libertad) por el mero hecho de su disfrute en un ambiente hediondo o molesto. Seguramente se pierde en salud, pero no en privacidad. Las inmisiones pueden hacer desagradable o incluso dañina la vida en un determinado espacio, mas no por ello se está vulnerando la privacidad de cada uno. Igual de molestas o perniciosas pueden resultar la emisiones contaminantes para los sujetos que tengan su puesto de trabajo en la misma área. Y resulta claro que estos sujetos no resultan perjudicados en su privacidad, sino en otros bienes jurídicos relacionados con la salud. La extensión de la inviolabilidad domiciliar hasta la «calidad de vida» es un exceso judicial. Por esa vía se permiten los jueces europeos establecer estándares de bienestar social (de Estado social), que en Derecho constitucional interno corresponden normalmente al legislador (24). La inviolabilidad domiciliar se convierte entonces no ya sólo en un derecho general de libertad, sino incluso en una cláusula general de Estado social interpretable por los jueces europeos. Demasiada interpretación extensiva para un derecho convencional.<sup>984</sup>

No que se refere ao Tribunal Constitucional espanhol, é importante ressaltar o entendimento consagrado que “exige siempre que la violación del derecho del Convenio se corresponda, efectivamente, con la vulneración de un derecho fundamental de nuestra Constitución”.<sup>985</sup> Deve-se destacar, porém, que as decisões do Tribunal de Estrasburgo se impõem ao sistema jurídico espanhol:

982 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. *La Defensa Cruzada de Derechos: la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Anuario Jurídico de La Rioja, nº 10, 2004-2005. p. 19

983 idem, ibidem

984 VELASCO CABALLERO, Francisco. *La Protección del Medio Ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Lopez Ostra contra España”)*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 15. Num. 45. Septiembre-Diciembre 1995. p. 312

985 SIMÓN YARZA, Fernando. *Medio Ambiente y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2012. p. 313



Não significa, entretanto, inexistência de discussões ao tratamento que se deva conferir a essa jurisprudência do TEDH no âmbito interno, com uma nítida separação entre posturas doutrinárias e jurisprudenciais que defendem o princípio da margem de apreciação dos Estados frente a essa interpretação finalística do CEDH.<sup>986</sup>

Essa jurisprudência do TEDH, contudo, de proteção indireta do meio ambiente, firmou-se como uma das mais consagradas da Corte, junto com a relacionada aos assuntos exteriores (estrangeiros), e a doutrina da margem de apreciação dos Estados, como já mencionado, vinculada à proteção ambiental e a complexa questão da soberania estatal numa ordem comunitária<sup>987</sup>

A proteção ao meio ambiente se exerce, evidentemente, também por intermédio da Comissão Europeia de Direitos Humanos, que realiza um filtro prévio, examinando a admissibilidade das demandas, e ao final decidindo o que se submeterá ou não ao TEDH<sup>988</sup>.

O primeiro precedente na proteção jurisprudencial indireta do ambiente foi *X. e Y. contra Alemanha*. Nesse caso, ainda que inadmitida a demanda, tratava-se de uma associação ecológica que representou contra práticas militares que se realizavam em zonas pantanosas na localidade em que viviam. Fundamentaram sua postulação nos arts. 2, 3 e 5 do CEDH (direito à vida, liberdade e proibição de tortura).

O próximo caso de destaque é *Airey contra Irlanda* (SETDH, de 09.10.1979). Nesse precedente firma-se o entendimento de que o papel do Estado não se reduz a uma abstenção, reconhecendo-se também a existência de deveres inerentes a uma proteção efetiva da vida familiar e privada (parágrafo 31). Essa

<sup>986</sup> MARISCAL AGUILAR, Carmen María. La protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de la consideración del derecho al medio ambiente adecuado como parte del interés general en una sociedad democrática. in <http://www.huespedes.cica.es/gimadus/24/05.html> acesso em 06.08.15. p.3. Cf. também GARCÍA ROCA, Javier. *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. UNED. Teoría y Realidad Constitucional. Núm 20. 2007, pp. 117-143

<sup>987</sup> MARISCAL AGUILAR, Carmen María. *La protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de la consideración del derecho al medio ambiente adecuado como parte del interés general en una sociedad democrática*. in <http://www.huespedes.cica.es/gimadus/24/05.html> acesso em 06.08.15. p.14

<sup>988</sup> SAN MARTÍN SEGURA, David. *La "ecologización" de los derechos fundamentales en el marco del Convenio Europeo de los Derechos Humanos*. REDUR 3/año 2005. p. 227

importância se encontra, também, no fato de que o TEDH não analisa demandas entre particulares, sendo de fundamental importância para a admissibilidade dessas questões o reconhecimento de eventual responsabilidade dos poderes públicos por inatividade ou omissão na proteção de direitos consagrados no CEDH<sup>989</sup>.

Posteriormente, merecem destaque *Arrondelle contra o Reino Unido* (decisão da Comissão de 15.07.1980), a STEDH de 24.09.1982, *caso Sporrang y Lönnroth contra Suécia* (ambiente e estética urbana, com um conceito amplo de meio ambiente), *G. y E. contra Noruega*, STEDH de 3.10.1983, dispendo sobre direito ao meio ambiente e minorias, em que o Tribunal decidiu existir violação ao direito dos reclamantes, embora o fim perseguido pela construção da represa questionada fosse legítimo, justificado pelo interesse no bem-estar econômico do país.

Na sequência, um importante precedente constituiu *Powell e Rayner contra Reino Unido* (STEDH de 21.01.1990), que inaugura de forma explícita a linha jurisprudencial fundada no art. 8º CEDH.

Como disse o Tribunal, nessa ocasião, o ruído dos aviões do aeroporto de Heathrow “diminuiu a qualidade da vida privada e o direito ao lazer dos demandantes, ainda que em graus muito distintos. Por conseguinte, o art. 8º deve ter-se em conta em relação aos Srs. Powell e Rayner (parágrafo 40).”<sup>990</sup>

Após esse relevante precedente, o Tribunal continua firmando esse entendimento até chegar ao *leading case López Ostra contra Espanha* (STEDH, de 09.12.1994), em que pela primeira vez se condena um Estado com base na interpretação do art. 8º CEDH. Representou também uma mudança de paradigma definitiva no TEDH, já que desde esse precedente mostrou-se cada vez mais receptiva a ampliação dessa via indireta utilizada.

---

989 SAN MARTÍN SEGURA, David. *La “ecologización” de los derechos fundamentales en el marco del Convenio Europeo de los Derechos Humanos*. REDUR 3/año 2005. p. 228

990 idem, p. 227. Cf. MARISCAL AGUILAR, Carmen María. *La protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de la consideración del derecho al medio ambiente adecuado como parte del interés general en una sociedad democrática*. in <http://www.huespedes.cica.es/gimadus/24/05.html> acesso em 06.08.15. p. 16-7

No âmbito do direito interno espanhol, assim pode ser resumido a tramitação desse precedente:

En julio de 1988 entró en funcionamiento en el municipio de Lorca (Murcia) una estación depuradora de desechos. A pesar de ello, la planta no contaba con el preceptivo permiso municipal exigido por el artículo 6 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre<sup>17</sup>). Gregoria López Ostra, vecina del municipio cuyo domicilio se encontraba a escasos metros de la estación depuradora, solicitó a las autoridades competentes el cierre de la misma, sin que sus pretensiones fueran atendidas. Por lo que, con fecha 13 de octubre de 1988, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acto que permitía continuar en funcionamiento a la planta. Y fundó su recurso en el artículo 1 de la Ley 62/1978 de 26 de diciembre, sobre protección de los derechos fundamentales<sup>18</sup>, argumentando que los humos y olores que emanaban de la depuradora estaban ocasionando en su domicilio graves trastornos sobre su salud y la de su familia, al tiempo que provocaban la degradación ambiental de su entorno y de la calidad de su vida privada y familiar. Recordemos que la citada Ley 62/1978 instauró un procedimiento preferente y sumario para la protección judicial de los derechos y libertades fundamentales, cuando éstos hubiesen sido violados por actos o decisiones administrativas, en desarrollo de la previsión del art. 53.2 CE. Hoy este procedimiento se encuentra integrado en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa<sup>19</sup>, y la Ley 62/1978 rige únicamente en lo no regulado por la nueva norma.

Su recurso fue desestimado en primera instancia en sentencia de 31 de enero de 1989, tras lo cual interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Supremo (10 de febrero de 1989). Sin embargo, éste fue nuevamente desestimado por sentencia de 27 de julio de 1989, en la que el Tribunal Supremo determinó que, aún siendo grave la situación expuesta por la recurrente, no lo era en grado suficiente como para ser constitutiva de una violación de los derechos fundamentales amparados por la Constitución. Recaída esta sentencia, Gregoria López Ostra acudió a la última vía de que disponía en el ordenamiento interno: el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Dicho recurso fue presentado invocando la violación del artículo 15 CE (derecho a la integridad física), del artículo 18 (derecho a la vida privada y a la inviolabilidad del domicilio) y del artículo 19 (derecho a elegir libremente su domicilio). Pero nuevamente el recurso fue desestimado, esta vez por manifiestamente infundado (Auto de 26 de febrero de 1990). Concretamente, el Tribunal Constitucional advirtió que no era factible hablar de una violación de su derecho a la inviolabilidad del domicilio, ya que ningún agente o autoridad pública había penetrado en su hogar.<sup>991</sup>

Após o insucesso perante o ordenamento jurídico espanhol, recorre a Sra. López Ostra ao TEDH, que julga procedente sua demanda, reconhecendo os problemas de saúde e violações ao domicilio e à vida privada, contidos no art. 8º

---

991 SAN MARTÍN SEGURA, David. *La "ecologización" de los derechos fundamentales en el marco del Convenio Europeo de los Derechos Humanos*. REDUR 3/año 2005. p. 233

CEDH, determinando a responsabilidade do Estado-membro pela omissão quanto à proteção desses direitos:

[...]

En la demanda deducida ante la Comisión Europea, la señora López Ostra sostuvo que a pesar de su cierre parcial en septiembre de 1988, la planta continuó despidiendo malos olores, que provocaron a los miembros de su familia problemas de salud en detrimento del derecho al domicilio y del derecho a la vida privada y familiar contenidos en el artículo 8 de la Convención.

El Tribunal Europeo consideró que en el marco de la ponderación de derechos el Estado no se logró encontrar un equilibrio entre el interés de la comunidad, representado en la instalación de una planta de tratamiento de residuo, y el disfrute efectivo de la señora López Ostra de su derecho al respeto a al domicilio y su vida privada y familiar, estableciendo la responsabilidad del Estado por su inactividad a la hora de hacer efectivos los derechos de la demandante conforme al Convenio Europeo.<sup>992</sup>

A jurisprudência continua a evoluir<sup>993</sup>, sendo que em *Guerra e outras contra Itália* (STEDH de 19.02.1998) reconhece-se, além da violação ao art. 8º do CEDH, “la existencia de un ‘derecho a la información en materia ambiental’, que se derivarían en su opinión, del contenido del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.”<sup>994</sup>

Por fim, deve-se concluir que se tem procurado uma efetiva defesa do meio ambiente, dentro das possibilidades do CEDH. Mais importante que a consagração

<sup>992</sup> MARISCAL AGUILAR, Carmen María. *La protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de la consideración del derecho al medio ambiente adecuado como parte del interés general en una sociedad democrática.* in <http://www.huespedes.cica.es/gimadus/24/05.html> acesso em 06.08.15. p. 18-9

<sup>993</sup> Cf. Moreno Gomez contra Espanha, STEDH de 16.11.2004. Neste caso, “que se refiere a un supuesto de daños ambientales como consecuencia de la contaminación acústica acecido también en España. El TEDH declara que el Estado español no ha cumplido la obligación de garantizar el derecho de la demandante señora Moreno Gómez al respeto de su domicilio y de su vida privada, vulnerando el artículo 8 del convenio y que existe un vinculo causal entre este incumplimiento y el daño material alegado por la demandante, por lo que le concede una indemnización por los daños sufridos y el reembolso de los gastos y costas del proceso.” in LOZANO CUTANDA, Blanca; LAGO CANDEIRA, Alejandro; LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe. *Tratado de Derecho Ambiental*. Ed. Centro de Estudios Financieros. Madrid: 2014. p. 194

<sup>994</sup> MARISCAL AGUILAR, Carmen María. *La protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de la consideración del derecho al medio ambiente adecuado como parte del interés general en una sociedad democrática.* in <http://www.huespedes.cica.es/gimadus/24/05.html> acesso em 06.08.15. p. 18-9

de um direito fundamental ao meio ambiente é verificar-se as efetivas e reais possibilidades permitidas pelos limites do ordenamento jurídico.<sup>995</sup>

Agora, passa-se ao estudo da distribuição competencial no âmbito da União Europeia, e o controle efetuado pelo TJUE.

#### **5.4.3 Competência ambiental na União Europeia e princípio da proporcionalidade**

O meio ambiente se encontra disposto no Título XX, arts. 191 a 193, do Tratado da União Europeia. As competências na União Europeia dividem-se em exclusivas (art. 2º.1 TFUE)<sup>996</sup>, competindo aos Estados-membros tudo o que não for expressamente reservado à União (art.4º.1 TFUE) Há ainda competências concorrentes (art. 2º.2 TFUE), sendo que os Estados-membros a exercem na medida em que a União não haja utilizado a sua. Dentre essas, encontra-se a competência ambiental (art. 4º.2. “e”)<sup>997</sup>

A execução das normas de direito ambiental, sejam diretivas ou regulamentos, compete fundamentalmente aos Estados-membros.

---

<sup>995</sup> De fato, “con estas afirmaciones no quisiéramos incurrir en una visión conservadora del Convenio. Al contrario, hemos indicado que éste es, y debe ser, un instrumento vivo capaz de adaptarse a cada realidad histórica. Y, más aún, que el reconocimiento del derecho fundamental a un medio ambiente sano (y su efectiva aplicación) es una imperiosa necesidad ante la actual situación de degradación de los ecosistemas. Pero este deseo no debe impedir discernir con claridad hasta dónde han llegado hoy por hoy el TEDH y la Comisión, y más aún, hasta dónde les permite llegar el sistema de protección diseñado por el Consejo de Europa.” in SAN MARTÍN SEGURA, David. *La “ecologización” de los derechos fundamentales en el marco del Convenio Europeo de los Derechos Humanos*. REDUR 3/año 2005. p. 256

<sup>996</sup> Artigo 3º. 1. A União dispõe de competência exclusiva nos seguintes domínios: a) União aduaneira; b) Estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno; c) Política monetária para os Estados-Membros cuja moeda seja o euro; d) Conservação dos recursos biológicos do mar, no âmbito da política comum das pescas; e) Política comercial comum. 2. A União dispõe igualmente de competência exclusiva para celebrar acordos internacionais quando tal celebração esteja prevista num acto legislativo da União, seja necessária para lhe dar a possibilidade de exercer a sua competência interna, ou seja susceptível de afectar regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas.

<sup>997</sup> Artigo 4º. 1. A União dispõe de competência partilhada com os Estados-Membros quando os Tratados lhe atribuam competência em domínios não contemplados nos artigos 3º e 6º. 2. As competências partilhadas entre a União e os Estados-Membros aplicam-se aos principais domínios a seguir enunciados: a) Mercado interno; b) Política social, no que se refere aos aspectos definidos no presente Tratado; c) Coesão económica, social e territorial; d) Agricultura e pescas, com excepção da conservação dos recursos biológicos do mar; e) Ambiente; f) Defesa dos consumidores; g) Transportes; h) Redes transeuropeias; i) Energia;

Do Tratado da União Europeia, extraem-se os arts. 4º e 5º, que dispõem expressamente sobre a aplicação dos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade às competências.

A atuação da União, portanto, deve ajustar-se aos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, introduzidos pela Ata Única Europeia e consagrados pelo Tratado de Maastricht (1992).<sup>998</sup> A compreensão e o alcance desses princípios tem ocasionado muitas dúvidas e controvérsia doutrinária, ainda que tenha encontrado aplicação jurisprudencial no âmbito do TJUE.<sup>999</sup> No âmbito da competência ambiental, as maiores discussões ocorrem em torno da compatibilidade de algumas legislações nacionais com a liberdade de comércio, a livre circulação de bens e serviços na comunidade.<sup>1000</sup>

O Tribunal de Justiça da União Europeia é a instituição que tem entre suas competências fiscalizar a observância dos Tratados por parte dos Estados-membros, assim como a legislação editada pelas instituições da União (art. 263 TUE)<sup>1001</sup>, e garantir “o cumprimento e assegurar a interpretação e aplicação uniforme do direito comunitário por todos os Estados-membros e instituições da União”.<sup>1002</sup> Um

998 LOZANO CUTANDA, Blanca; LAGO CANDEIRA, Alejandro; LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe. *Tratado de Derecho Ambiental*. Ed. Centro de Estudios Financieros. Madrid: 2014. p. 101-2

999 Idem, p. 102

1000 Idem, p. 106. Nesses casos, “el tribunal ha recordado la doble exigencia de no discriminación y de proporcionalidad para que las medidas nacionales que entrañen una limitación al libre comercio resulten justificadas por el objetivo de la protección del medio ambiente. Sentencia de 20 de septiembre de 1988, Comisión c. Reino de Dinamarca – asunto de los envases retornables daneses; Sentencia de 14 de diciembre de 2004, Comisión c. República Federal de Alemania; Sentencia de 13 de julio de 1994, Comisión c. República Federal de Alemania – asunto de la prohibición alemana de importación de cangrejos de río.” (idem, ibidem). Convém destacar também que “Vale dizer, a proporcionalidade deve ser aplicada não só às competências compartilhadas, mas também às competências exclusivas da Comunidade. Outra observação é que os princípios se distinguem claramente, de modo que não podem ser confundidos em sua respectiva significação e aplicação. O princípio da proporcionalidade tem como principal foco as liberdades e direitos fundamentais e o princípio da subsidiariedade dirige-se à alocação de competências entre a Comunidade e os Estados-membros, visando a preservar os poderes e a identidade destes (HENKEL, 2002, p. 377).” in MOHN E SOUZA, Paulo Fernando. *A Subsidiariedade como Princípio de Organização do Estado e sua Aplicação no Federalismo*. Senado Federal. Brasília: 2010. p. 97-8

1001 Artigo 263. O Tribunal de Justiça da União Europeia fiscaliza a legalidade dos actos legislativos, dos actos do Conselho, da Comissão e do Banco Central Europeu, que não sejam recomendações ou pareceres, e dos actos do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros. O Tribunal fiscaliza também a legalidade dos actos dos órgãos ou organismos da União destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros. Para o efeito, o Tribunal é competente para conhecer dos recursos com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação dos Tratados ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder, interpostos por um Estado-Membro, pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho ou pela Comissão.

1002 MOHN E SOUZA, Paulo Fernando. *A Subsidiariedade como Princípio de Organização do Estado*

exemplo de atuação desta Corte é o não-cumprimento de diretivas ambientais pelos Estados-membros, em que “el Tribunal de Justicia impuso las dos primeras condenas al pago de multas coercitivas, a las que se ha añadido una tercera en un asunto de pesca (Sentencia de 12 de julio de 2005, Comisión c. Francia, asunto C-304/2002).<sup>1003</sup>

Nesse contexto, convém relembrar que:

[...]el Tribunal de Justicia de la Unión, en el marco de su papel de intérprete supremo del Derecho comunitario, ha ido perfilando una serie de principios dirigidos a ordenar la relación entre el ordenamiento comunitario y los ordenamientos nacionales, así como a garantizar la eficacia del Derecho comunitario frente a los incumplimientos en que puedan incurrir los Estados miembros: (i) el principio de primacía del Derecho comunitario; (ii) el de efecto directo de las disposiciones de Derecho comunitario; (iii) la eficacia interpretativa de las disposiciones comunitarias – o principio de “efecto indirecto” –, (iv) así como el principio de responsabilidad del Estado por infracción del Derecho comunitario. Estos principios van a jugar un papel importante a la hora de reforzar la eficacia de las directivas. Pero hay que advertir que solo en ciertos casos, y de forma parcial, podrán remediar algunos de los efectos negativos que derivan de la falta de transposición o de la transposición incorrecta de las directivas ambientales.<sup>1004</sup>

Assim, além de verificar o cumprimento de determinadas diretivas da União Europeia pelos Estados-membros, se estão sendo observadas as determinações constantes nos Tratados, compete ao Tribunal de Justiça verificar se a União, ou os Estados-membros, no exercício de suas competências, entre as quais se encontra a competência concorrente ambiental, estão obedecendo aos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade. Esses conceitos, já se referiu, são extremamente controvertidos na doutrina europeia. Algumas das críticas serão

---

*e sua Aplicação no Federalismo*. Senado Federal. Brasília: 2010. p. 81

1003 LOZANO CUTANDA, Blanca; LAGO CANDEIRA, Alejandro; LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe. *Tratado de Derecho Ambiental*. Ed. Centro de Estudios Financieros. Madrid: 2014. p. 117. Ainda, segundo estes autores, “España fue el segundo Estado condenado por una Sentencia del TJCE, de 25 de noviembre de 2003 (asunto C-278/2001), a pagar una multa coercitiva por incumplimiento de las disposiciones de la Directiva sobre la calidad de las aguas de baño (Directiva 76/160/CEE). En este caso, el Tribunal de Justicia declaró que el Reino de España no había llevado a efecto de las medidas necesarias para ejecutar su Sentencia de 12 de febrero de 1998, en la que condenó al Reino de España por incumplir las obligaciones que le incumben en virtud de la citada directiva, al no adoptar las disposiciones necesarias para que la calidad de las aguas de baño interiores en el territorio español se ajustasen a los valores límites fijados en la misma.” Idem, p. 118

1004 ORTEGA ÁLVAREZ, Luís; ALONSO GARCÍA, María Consuelo (dir.); VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de (coord.). *Tratado de Derecho Ambiental*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia: 2013.p. 139

vistas na sequência, embora não se distanciem das objeções tradicionalmente realizadas ao princípio da proporcionalidade no âmbito dos ordenamentos constitucionais nacionais. É fato, todavia, que tem alcançado aplicação jurisprudencial no âmbito do TJUE, e também do TEDH, principalmente por conferir a imprescindível flexibilidade à construção de uma União em meio a tantas diversidades.

#### 5.4.3.1 O princípio da proporcionalidade no âmbito europeu

A utilização do princípio da proporcionalidade pelas Cortes Constitucionais seja a alemã, a espanhola, ou mesmo o TEDH possui um objetivo muito claro, que constitui a afirmação de um compromisso com a maior eficácia possível aos direitos fundamentais<sup>1005</sup>. No caso da União Europeia, pode-se adicionar o prestígio e a legitimidade associada a esse princípio, mas também a flexibilidade para analisar as eventuais limitações a esses direitos.<sup>1006</sup>

Pois bem, o TEDH utiliza-se do princípio da proporcionalidade para verificar se as limitações feitas pelos Estados-membros do Conselho da Europa infringem ou não os direitos consagrados na CEDH, principalmente se ultrapassaram ou não o denominado espaço de ação, “o espaço discricionário que possuem para implementar os direitos previstos pela Convenção, considerando-se as particularidades de cada país”.<sup>1007</sup> O Tribunal de Justiça da União Europeia, por sua

1005 BERNAL PULIDO, Carlos. *A Migração do Princípio da Proporcionalidade pela Europa*. Trad. Lays Gomes Martins. Revista Libertas. Vol 1, nº 2, jul-dez 2014. Ouro Preto - MG. [www.libertas.ufop.br/Volume1/n2/8.pdf](http://www.libertas.ufop.br/Volume1/n2/8.pdf). Acesso em 29.07.15. p. 250

1006 Idem, p. 251. Ainda, para esse autor, “essas diversas justificativas para a migração do princípio da proporcionalidade através de diferentes contextos possuem um ponto em comum. Trata-se do emprego da proporcionalidade com o objetivo de resolver várias expressões do paradoxo da liberdade. Esse paradoxo filosófico-político ocorre no direito administrativo, no direito constitucional, no direito europeu de direitos humanos e no direito europeu comunitário. Em todas essas áreas, está permitido às autoridades limitar os direitos e, ao mesmo tempo, proteger esses direitos de limitações. Os juízes utilizam o princípio da proporcionalidade para garantir que as limitações sejam legítimas, adequadas, necessárias e moderadas.” idem, ibidem

1007 Idem, p. 236-7. Cf. também GALETTA, Diana-Urania. *El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario*. Cuadernos de Derecho Público. Num 5 (septiembre-diciembre). 1998. p. 80-1. Sobre as duas dimensões do princípio da proporcionalidade no direito comum europeu, uma utilizada pelo TEDH, outra pelo TJUE, cf. CHANO REGAÑA, Lorena. *Igualdad y principio de proporcionalidad en el derecho europeo*. Revista Universitaria Europea. Nº 23. Julio-Diciembre, 2015: 151-174. p. 153



vez, utiliza-o para verificação das medidas adotadas pelas instituições da União Europeia, ou mesmo dos Estados-membros, e há bastante tempo<sup>1008</sup>:

Nesse campo, o princípio da proporcionalidade é utilizado, sobretudo, como um critério para resolver casos associados com a legalidade das intervenções dos estados membros nas “quatro liberdades fundamentais” da União Europeia (livre circulação de mercadorias, de trabalhadores, de serviços e de capitais) e para analisar se as limitações impostas às referidas liberdades pelas instituições comunitárias estão justificadas. Também há uma menção especial ao princípio da proporcionalidade no artigo 52.1 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, firmada e proclamada em Nice (França) no dia 07 de dezembro de 2000. Este artigo estabelece o seguinte:

Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Limitações somente poderão ser introduzidas, respeitando-se o princípio da proporcionalidade, quando forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.<sup>1009</sup>

Pode se acrescentar também outras razões pelos quais o princípio da proporcionalidade tem sido aplicado. A primeira delas encontra-se, segundo Carlos Bernal Pulido, na estrutura argumentativa racional e transparente:

Além disso, diferentemente do critério de razoabilidade, o princípio da proporcionalidade possui uma estrutura argumentativa racional e transparente. O princípio da proporcionalidade é também mais imparcial e transparente do que as análises categóricas e as teorias internas dos direitos fundamentais.

---

1008 Nesse sentido, “the concept of proportionality was initially explored by the European Court of Justice in a series of cases from the 1950s and 1960s. It was fully developed, however, in the 1970 in the case of *Internationale Handelsgesellschaft*. The Advocate General on the case, Dutheil de Lamonthé, thoroughly examined the concept of proportionality and found that it had roots in the documents establishing the European Union. The Court accepted his position. In the case, the Court examined a challenge to a direction of the European Economic Community that allegedly violated a human right. This approach was expanded early in the 1980s, when the court was willing to examine the congruence between the legislation of the member states and that of the EU.” in BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*. Cambridge University Press. 2012. p. 185

1009 BERNAL PULIDO, Carlos. *A Migração do Princípio da Proporcionalidade pela Europa*. Trad. Lays Gomes Martins. Revista *Libertas*. Vol 1, nº 2, jul-dez 2014. Ouro Preto - MG. [www.libertas.ufop.br/Volume1/n2/8.pdf](http://www.libertas.ufop.br/Volume1/n2/8.pdf). Acesso em 29.07.15. p. 236-7

É um critério com uma estrutura que, de forma aberta, leva em conta todas as razões jurídicas, metodológicas e morais a favor e contra da constitucionalidade das limitações aos direitos fundamentais, assim como os interesses de todas as partes que possam se ver afetadas por tal limitação. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade permite que haja uma crítica esclarecida em relação às decisões judiciais. Por sua vez, esse princípio impede decisões arbitrárias atinentes aos direitos. Os juizes e as autoridades políticas devem justificar as limitações aos direitos fundamentais uma vez que hajam considerado todos os argumentos e interesses em jogo.<sup>1010</sup>

Outro razão, para esse mesmo autor, consiste na possibilidade de construção de resultados previsíveis:

Por fim, o emprego contínuo do princípio da proporcionalidade dá lugar a resultados previsíveis. Com o tempo, as decisões judiciais que utilizam este critério constroem uma rede de precedentes que fornecem as razões pelas quais certos tipos de medidas são inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Isso permite que os direitos fundamentais sejam aplicados de forma consistente e coerente.<sup>1011</sup>

Há, entretanto, fortes críticas doutrinárias em sentido contrário. Um delas consiste na lógica da proporcionalidade, que tanto em sua estrutura como em seu método aplicativo baseiam-se na intervenção de “un ciudadano libre y su lucha frente a un poder público sometido a límites”.<sup>1012</sup> Nesse contexto competencial, entende Daniel Sarmiento, dificilmente se encaixa o princípio da proporcionalidade, visto que o conflito entre poderes públicos ou administrações ( compartilham competências ) não se concilia com a defesa de esferas subjetivas, alegando ser esta a razão de os tribunais constitucionais não o terem utilizado em sede competencial.<sup>1013</sup>

Outro argumento repousa na impossibilidade de se converter em um controle político *ex ante*, além de ser difícil também um controle judicial efetivo,

---

1010 BERNAL PULIDO, Carlos. *A Migração do Princípio da Proporcionalidade pela Europa*. Trad. Lays Gomes Martins. Revista Libertas. Vol 1, nº 2, jul-dez 2014. Ouro Preto - MG. [www.libertas.ufop.br/Volume1/n2/8.pdf](http://www.libertas.ufop.br/Volume1/n2/8.pdf). Acesso em 29.07.15. p. 256

1011 idem, p. 257

1012 SARMIENTO, Daniel. *El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local*. Revista de Administración Pública. Núm 162. Septiembre-diciembre 2003. p. 155

1013 Idem, p. 155-6

“vista su dificultad para convertirse en un parámetro claro de valoración jurídica del ejercicio de las competencias.[...]”<sup>1014</sup>.

Segundo Enoch Albertí Rovira:

El fortalecimiento del control judicial tiene que venir pues de una mejora sustancial de las reglas sobre atribución de competencias, y especialmente de las bases jurídicas incluidas en los Tratados. En cambio, creo que el principio de subsidiariedad y, en menor medida, el de proporcionalidad, no pueden convertirse en el parámetro judicial de control competencial de la Comunidad sino de un modo secundario y complementario.

En efecto, los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, introducidos con carácter general en Maastrich (art. 5 TCE) y en los que se había depositado una especial confianza para limitar la acción de la Comunidad, se han mostrado escasamente operativos para controlar los posibles excesos competenciales de Unión y debe reformularse por tanto su mecanismo de aplicación.<sup>1015</sup>

Embora alguns autores sustentem que a subsidiariedade e a proporcionalidade constituem a pedra de toque da União Europeia, paradigma das relações entre os poderes públicos ao permitir a descentralização, Daniel Sarmiento coloca que somente a subsidiariedade possui essa característica, visto que o princípio da proporcionalidade serve somente à defesa das liberdades comunitárias, e não às competências dos poderes públicos.<sup>1016</sup>

Diana Urania-Galetta, contudo, diferencia esses dois princípios de modo distinto, ressaltando que:

El principio de subsidiariedad y el de proporcionalidad están estrechamente relacionados, pero ciertamente no se identifican. Por cuanto aquí resulta relevante, la diferencia sustancial entre los dos principios se encuentra en que si el principio de subsidiariedad sirve de parámetro de referencia para el reparto de competencias entre instituciones y poderes, el

1014 ALBERTÍ ROVIRA, Enoch. *La delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Núm 119. Enero – Marzo. 2003. p. 96

1015 idem, p. 107

1016 SARMIENTO, Daniel. *El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local*. Revista de Administración Pública. Núm 162. Septiembre-diciembre 2003. p. 163. Entende que a proporcionalidade somente complementa a subsidiariedade, para determinar se há infração ou não a esta. idem, p. 164

de proporcionalidad, por el contrario, sirve para regular la intensidad de las intervenciones respectivas. El principio de proporcionalidad entra en juego sólo en un momento posterior, es decir, cuando ya ha quedado resuelta, en sentido positivo, la cuestión sobre la competencia comunitaria para adoptar determinada medida y, por tanto, aquél debe ocuparse de la cuestión relativa al tipo de intervención adecuada; esto es, cuando se trate de disciplinar una determinada materia se adoptarán disposiciones más o menos detalladas, bajo tal forma (reglamento, directiva, etc.), etc.<sup>1017</sup>

Essas críticas, muitas delas semelhantes às mesmas objeções que se esgrimem há algum tempo contra o princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade aos direitos fundamentais, podem ser rebatidas em todos os seus aspectos. Não se trata de estabelecer, entre os poderes públicos, o mesmo tipo de relação que existe entre o indivíduo e o Estado, trasladando à esfera competencial o mesmo tipo de relação jurídica de direito subjetivo, considerando assim também que alguns Estados-membros estariam em relação de inferioridade para com a União. Trata-se de algo mais simples, de oferecer respostas a problemas concretos que se apresentam ante os tribunais, em que a indeterminação jurídica constitui uma das variáveis mais significativas, e de lidar com esses problemas com uma sistemática que permita flexibilidade na conciliação dos diversos princípios que estão subjacentes a esses problemas jurídicos concretos.

Por trás dessas críticas repousa, no fundo, o antigo preconceito jurídico existente no debate entre regras e princípios jurídicos, e que somente os métodos tradicionais de interpretação jurídica pautado nas regras jurídicas podem solucionar todas essas questões jurídicas. Sendo mais específicos ainda, está o receio de um Estado mais jurisdicional.

Com efeito, exista uma apreensão de que não sejam muito nítidas as fronteiras entre o legislador e o juiz, na medida em que a proporcionalidade exterioriza essa transferência de discricionariedade a um poder distinto do Legislativo. Cabem aqui as lúcidas observações de Manuel Medina Guerrero, para quem o problema reside mais no *quantum* de sua utilização (*dosis facit venenum*), e na necessidade de um *self restraint*<sup>1018</sup>:

1017 GALETTA, Diana-Urania. *El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario*. Cuadernos de Derecho Público. Num 5 (septiembre-diciembre). 1998. p. 79

1018 Talvez seja importante mencionar que se no âmbito nacional tenta-se respeitar o legislador democrático, no âmbito comunitário ainda se encontra o problema da soberania dos Estados-membros, e a polémica doutrina da margem de apreciação. De fato, “existe una segunda

De otra parte, y entramos ya en otro orden de cosas, no parece que el principio de proporcionalidad entrañe un riesgo tan intenso —hasta el punto de hacerse inaceptable— para el margen de libre conformación política definitorio del legislador. Desde luego, como ya hemos señalado, es innegable que su uso como canon de constitucionalidad es susceptible de convertir en especialmente difusas las fronteras que separan al legislador y al juez constitucional; mas, frente a esta eventualidad, las opciones que se abren ante éste no es la de decidir si debe o no emplearse, sino, más propiamente, la de determinar en qué medida debe ser utilizado[...]<sup>1019</sup>

É evidente que havendo entendimento consolidado, um acordo hermenêutico pacificado sobre a interpretação de determinado dispositivo, não há razões para recorrer-se à proporcionalidade. Na grande maioria das vezes, porém, inexistente essa certeza jurídica, ocorrendo dúvidas quanto ao conteúdo das normas.

Por outro lado, resulta problemático afirmar-se não haver, em muitos casos, por detrás de determinados conflitos competenciais, a garantia de efetivação ou não de determinados direitos fundamentais (v.g, a proteção ao meio ambiente no caso brasileiro), pois seria esquecer o papel essencial que a legislação desempenha na efetivação desses mesmos direitos. Como negar o fato de que o modo por que algumas legislações regulamentam determinadas matérias não traduz, enfim, uma

---

diferencia entre la discrecionalidad legislativa y la doctrina del «*margen de apreciación*» defendida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esta última diferencia, que tiene que ver con su misma eficacia, consiste en que los tribunales nacionales que reconocen un mayor o menor «*judicial restraint*», se enfrentan a un único legislador, mientras que, por el contrario, el Tribunal Europeo reconoce un margen de apreciación a cuarenta Estados, con lo que ello entraña de diversidad en los estándares de protección. Es muy posible que la protección de las diferencias y de las especialidades nacionales haya constituido uno de los principales objetivos de esta doctrina. Pero mientras la observancia de una «*judicial restraint*» no daña la unidad jurídica en un sistema jurídico estatal (en todo el territorio estatal es válido el mismo parámetro de protección, aunque el estándar sea uniformemente bajo), el peligro de la doctrina del «*margen de apreciación*» puede ser la disolución de un espacio europeo unitario de protección de los derechos humanos.” in FASSBENDER, Bardo. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Cuadernos de Derecho Público. Num 5 (septiembre-diciembre). 1998. p. 65 Quanto a esse receio, também deve ser dito que “Quizás esta afirmación sea un tanto excesiva, pero lo que parece indudable es que el control de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional constituye una de las vías más claras a través de las cuales este Tribunal participa en la creación del Derecho o, como escribe Commanducci, la técnica de la ponderación caso por caso de los principios incorporados al texto constitucional —comporta la atribución al juez constitucional de un margen tan amplio de discrecionalidad que haga de él no solo un colegislador sino incluso en algunos casos, un coautor de la Constitución mismall. in RUIZ RUIZ, Ramón; TORRE MARTÍNEZ, Lourdes de la. *Algunas aplicaciones e implicaciones del principio de proporcionalidad*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 14. 2011. p. 44

<sup>1019</sup> MEDINA GUERRERO, Manuel. *El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales*. Cuadernos de Derecho Público. Num 5 (septiembre-diciembre). 1998. p. 139 -141

questão de direitos fundamentais, e que isso possui vinculação em certas circunstâncias com as questões competenciais?

No que se refere à aplicação do princípio da proporcionalidade para a resolução de conflitos competenciais no âmbito do próprio Estado, uma das principais críticas é a de Javier Barnes. Sustenta este autor que Estado Autônomo espanhol distancia-se bastante dos modelos federais e comunitário, onde há um espaço comum de matérias concorrentes, e que embora utilizada inicialmente pelo TC, em relação ao art. 149.1.1 CE, foi corrigido seu emprego para essa finalidade. Segundo entende, o princípio adquiriria um contorno diferente do controle binômio “poder público-liberdade.”<sup>1020</sup>

A observação mais importante que se deve ter do exposto é que, embora acentuando as diferenças existentes entre o modelo autônomo espanhol, e os similares federais e comunitários, quando se trata de dividir um espaço comum, como no âmbito da legislação concorrente comunitária<sup>1021</sup>(é o caso da competência ambiental), adquire pleno sentido a legislação da União restringir-se somente ao necessário. De acordo com Diana Urania Galetta, as medidas adotadas pelas instituições comunitárias representam o meio, e, “en cuanto tal, deben hallarse en una relación adecuada de proporcionalidad respecto al objetivo de Derecho comunitario perseguido por la institución que actúa”.<sup>1022</sup>

Agora, verifique-se como ocorre a aplicação no âmbito europeu do princípio da proporcionalidade.

---

<sup>1020</sup> BARNES, Javier. *El principio de proporcionalidad: estudio preliminar*. Cuadernos de Derecho Público. Num 5 (septiembre-diciembre). 1998. p. 39-40

<sup>1021</sup> Como ressalta Paulo Mohn e Souza, “A União Europeia é resultado de uma modelagem institucional *sui generis*, que não se enquadra nos moldes de uma federação, de uma confederação ou de uma organização internacional. Os Estados-membros não renunciaram à sua soberania. A integração segue uma estratégia incremental e voltada a objetivos comuns. Esse modelo exige um mecanismo de regulação de competências dinâmico e flexível, que encontrou no princípio da subsidiariedade a conjugação adequada de critérios.” in MOHN E SOUZA, Paulo Fernando. *A Subsidiariedade como Princípio de Organização do Estado e sua Aplicação no Federalismo*. Senado Federal. Brasília: 2010. p. 114

<sup>1022</sup> GALETTA, Diana-Urania. *El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario*. Cuadernos de Derecho Público. Num 5 (septiembre-diciembre). 1998. p. 81

### 5.4.3.2 O Tribunal de Justiça e o princípio da proporcionalidade

A observação realizada por Medina Guerrero<sup>1023</sup> encontra respaldo na jurisprudência europeia, pois são bastante raros os casos em que o Tribunal de Justiça efetivamente declarou ilegítima uma medida adotada por uma instituição comunitária por infração ao princípio da proporcionalidade.<sup>1024</sup> A doutrina predominante, além de confirmar esse comportamento de *self restraint* do TJUE, também é pacífica em afirmar que o princípio da proporcionalidade comunitário se transformou no mesmo do ordenamento jurídico alemão:

El contenido del principio de proporcionalidad aplicado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) es una trasposición del test alemán de proporcionalidad, estructurado en tres subprincipios<sup>35</sup>: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Se observa una evolución jurisprudencial en la aplicación de los mismos, que ha contribuido a fijar este triple análisis en la configuración actual del principio y que ha influido a otros tribunales del Derecho comparado, como ha sucedido, por ejemplo, con nuestro Tribunal Constitucional. Aunque el TJUE siga este esquema, no siempre respeta la jerarquía escalonada y a veces da prioridad o antepone el análisis de la necesidad o de la ponderación en sentido estricto a la idoneidad o legitimidad de la medida<sup>36</sup>, a lo que hay que añadir que aplica el principio con diferente rectitud según los casos: suele ser más flexible cuando se trata de actuaciones de los Estados miembros que frente a las injerencias de los organismos e instituciones de la Unión.

Respecto a la idoneidad de la medida tiene declarado que un medio será idóneo siempre que sea óptimo para lograr el fin perseguido<sup>37</sup>, pero, a veces, proclama la inidoneidad de la medida por falta de legitimidad sin haber analizado si el fin es o no óptimo para la consecución del resultado.<sup>38</sup> Sobre la necesidad muestra un férreo control, ya que analiza fundada y cuidadosamente este juicio, sin que falte en ninguna de sus resoluciones.<sup>39</sup> Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto ha sido otra parte del principio de proporcionalidad, que pese a las críticas, ha ido creciendo en significación e importancia en la actuación del TJUE, y que no puede faltar, ya que es la verdadera esencia del principio.<sup>1025</sup>

1023 MEDINA GUERRERO, Manuel. *El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales*. Cuadernos de Derecho Público. Num 5 (septiembre-diciembre). 1998.

1024 GALETTA, Diana-Urania. *El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario*. Cuadernos de Derecho Público. Num 5 (septiembre-diciembre). 1998. p. 82

1025 CHANO REGAÑA, Lorena. *Igualdad y principio de proporcionalidad en el derecho europeo*. Revista Universitaria Europea. Nº 23. Julio-Diciembre, 2015: 151-174. p. 165. Cf. também MOHN E SOUZA, Paulo Fernando. *A Subsidiariedade como Princípio de Organização do Estado e sua Aplicação no Federalismo*. Senado Federal. Brasília: 2010. p. 97

Em relação aos subprincípios que compõem a proporcionalidade (idoneidade, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*), convém verificar como é feita a análise pelo TJUE.

Em relação à idoneidade das medidas adotadas para o cumprimento dos objetivos fixados, esse requisito constitui um dos principais a serem analisados, ainda que com uma postura de extrema prudência por parte do tribunal.<sup>1026</sup> De fato, há poucos pronunciamentos que declararam a não-conformidade de atos dos órgãos comunitários pelo não preenchimento desse requisito, somente sendo efetuados em casos de evidenciado (manifesto) desvio dos objetivos, e cuja prova compete aos recorrentes.<sup>1027</sup>

Quanto à necessidade, é importante destacar-se que tem sido o parâmetro pelo qual se tem declarado a ilegitimidade de quase a totalidade dos casos. A jurisprudência do tribunal consagra que se deve eleger entre as medidas possíveis aquela que ocasione a menor restrição possível.<sup>1028</sup> Um exemplo significativo nesse âmbito é o caso das garrafas dinamarquesas (botellas danesas), e dentro da proteção ao meio ambiente:

Caso de las botellas danesas (Caso 302/86. Recopilación de Jurisprudencia (1988) 4607. El caso de las botellas danesas ejemplifica el estudio del principio de proporcionalidad relacionado con la protección ambiental. El caso se refiere a una acción que la Comisión europea llevó ante el TJCE contra el gobierno danés, puesto que la legislación de este país establecía un sistema obligatorio de depósito y retorno para los envases de bebidas refrescantes y cerveza. Este caso incorporó la protección ambiental como objetivo esencial a los efectos de la aplicación de las excepciones del artículo 30 (actual art. 36), el cual, sin embargo, es aplicable solo cuando no existe legislación comunitaria sobre la cuestión. La pregunta natural que surge con esta interpretación es ¿qué sucede en caso de que exista legislación comunitaria pero que esta sea parcial y que la norma nacional se aparte de la misma?<sup>1029</sup>

---

1026 Idem, p. 86-7

1027 Idem, p. 89-90

1028 Idem, p. 91

1029 LOZANO CUTANDA, Blanca; LAGO CANDEIRA, Alejandro; LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe. *Tratado de Derecho Ambiental*. Ed. Centro de Estudios Financieros. Madrid: 2014. p. 90



Por fim, em quanto à proporcionalidade *stricto sensu*, em que pesem as discussões doutrinárias a respeito de sua utilização ou não<sup>1030</sup>, há entendimentos que sustentam de maneira geral não somente sua aplicação, mas mesmo um papel fundamental, visto “las dificultades inevitablemente vinculadas a la obligación, que incumbe a los jueces comunitarios, de efectuar una ponderación —y lo más equitativa posible— de los múltiples intereses en muchas ocasiones en juego.”<sup>1031</sup>

O princípio da proporcionalidade tem sido utilizado pelo Tribunal de Justiça para controlar não somente as medidas adotadas pelos órgãos administrativos e legislativos dos Estados-membros na execução do direito comunitário, mas inclusive de medidas que possam ter repercussão sobre a efetividade das normas comunitárias.<sup>1032</sup> Há críticas, contudo, ao fato de o Tribunal preocupar-se mais nas soluções adequadas dos casos concretos do que em fixar um modelo de atuação sistemática em todas as decisões. Isso decorreria de duas razões: (1) vontade de desvincular-se de uma construção dogmática específica de um determinado Estado-membro; (2) excessiva flexibilidade que facilita essa aplicação, em detrimento da segurança jurídica.<sup>1033</sup>

Para Rafael García Pérez, o TJUE atua em duas fases:

[...]En una primera comprueba que la finalidad que aparentemente persigue la medida constituye un objetivo legítimo desde el punto de vista comunitario, esto es, que se alberga entre aquellos fines contemplados por el artículo 30 o que constituye una exigencia imperativa reconocida por la

1030 Pelas dificuldades de utilização do terceiro critério, “llegados a este punto el lector puede preguntarse si el Tribunal de Justicia ha recurrido en alguna ocasión al tercer subprincipio de la proporcionalidad, pues hasta el momento hemos incidido tan sólo en los dos primeros. Pues bien, si bien el recurso al mismo es escaso, sobre todo en comparación con los otros, la jurisprudencia no lo ha ignorado, habiéndose deslizado en algunas sentencias. La reticencia a emplearlo puede deberse a que es el más escurridizo de los tres componentes del examen de proporcionalidad, y es aquel en el que, en nuestra opinión, la libertad del juzgador se manifiesta al máximo, y correlativa a ella la dificultad en su aplicación. En efecto, realizar una ponderación entre el objetivo de la libre circulación y la finalidad legítima que la medida pretende alcanzar puede no ser tarea fácil. Aun así, existen sentencias en las que puede observarse su incidencia y merece la pena reseñar algunas de ellas.” in GARCIA PÉREZ, Rafael. *La aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia sobre libre circulación de mercancías del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas*. Anuario da Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña. 5/2001. p. 944

1031 GALETTA, Diana-Urania. *El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario*. Cuadernos de Derecho Público. Num 5 (septiembre-diciembre). 1998. p. 97

1032 idem, p. 109

1033 GARCIA PÉREZ, Rafael. *La aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia sobre libre circulación de mercancías del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas*. Anuario da Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña. 5/2001. p. 939

jurisprudencia del propio Tribunal; y, a continuación, se cerciora de que la misma es proporcionada en relación con tal objetivo.

La formulación certera del modo de proceder del TJCE en esta segunda fase no resulta sencilla, principalmente por dos motivos. En el plano formal, por la reticencia de la institución comunitaria a utilizar un enunciado uniforme para definir el principio de proporcionalidad; y en el plano material, por una cierta irregularidad en su aplicación al caso concreto, de tal forma que no se atiene a un esquema rigurosamente respetado en cada uno de sus fallos.<sup>1034</sup>

Contudo, Paulo Mohn e Souza, discorrendo sobre a obra de Henkel, assinala que a Corte utiliza-se dos três subprincípios em que tradicionalmente se divide o princípio da proporcionalidade:

O Tribunal de Justiça é relutante em declarar a invalidade de um ato com base apenas na sua inadequação, fazendo-o apenas se o ato for obviamente inapropriado para a realização do objetivo desejado. O segundo elemento, a necessidade do ato, é o que tem maior valor na jurisprudência da Corte de Justiça. Se várias medidas são adequadas, a necessidade privilegia aquela que cause o menor dano. Entre medidas de igual adequação e efeitos, a Comunidade pode usar sua discricção e seu próprio julgamento para a escolha. Para a aferição, tanto da adequação, quanto da necessidade, a Comunidade deve proceder a uma avaliação entre o objetivo desejado e a sua realização. A partir desse ponto de vista é que devem ser considerados os possíveis ônus decorrentes do ato, a serem ponderados para decisão. O terceiro elemento, o da proporcionalidade *stricto sensu*, impõe o balanceamento dos prejuízos decorrentes do ato com a intenção legislativa, de modo a manter uma razoabilidade entre eles. A Corte faz sua avaliação baseada na importância dos interesses afetados, assim como no grau e duração dos ônus impostos. A relação entre eles não precisa ser absolutamente equilibrada, mas devem ser evitados os disparates. Segundo o autor, a Corte de Justiça utiliza-se deste elemento com bastante reserva, interpretando-o quase como uma avaliação global entre as vantagens e as desvantagens de uma medida proposta (HENKEL, 2002, p. 376).<sup>1035</sup>

Conclui-se não haver como descartar-se a possibilidade de utilização dos três cânones da proporcionalidade, embora pareça evidenciável que é muito difícil o acolhimento pelo critério da idoneidade (no que se assemelha aos casos das jurisdições constitucionais mais conhecidas), sendo o critério da necessidade o mais amplamente utilizado. Evita-se recorrer à proporcionalidade *stricto sensu* pelas mesmas dificuldades inerentes à jurisdição constitucional (item que consagra a

1034 Idem, p. 940

1035 MOHN E SOUZA, Paulo Fernando. *A Subsidiariedade como Princípio de Organização do Estado e sua Aplicação no Federalismo*. Senado Federal. Brasília: 2010. p. 99

maior carga de subjetivismo). No conjunto, mesmo assim há um *self restraint*: são raras as decisões que declaram um ato desconforme ao princípio da proporcionalidade.

Agora, algumas decisões ilustram o que se acaba de afirmar.

A fim de que se possa ter uma melhor compreensão de como o princípio da proporcionalidade é utilizado na verificação da legislação da União, e dos Estados-membros, em relação aos objetivos da União Europeia constante dos tratados, selecionou-se uma amostra de 9 (nove) decisões.<sup>1036</sup>

O primeiro acórdão, de 17.10.2013, refere-se ao processo C-203/12 (Billerud Karlsborg AB, Billerud Skärblacka AB contra Naturvårdsverket), sobre o regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito estufa, e a questão da aplicação das multas pelas emissões excedentárias, se essas multas poderiam ser moduladas pelo juiz nacional (art. 16º, ns. 3 e 4, da Diretiva 2003/87). Inicialmente, o TJUE recorda que o princípio da proporcionalidade faz parte dos princípios gerais de direito da União, e “exige que os meios implementados por uma disposição do direito da União sejam aptos a realizar os objetivos legítimos prosseguidos pela regulamentação em causa” (nº 34).

Acentua ainda que:

35. No que respeita à fiscalização jurisdicional dessas condições, há todavia que reconhecer ao legislador da União um amplo poder de apreciação quando é levado a intervir num domínio que implica, da sua parte, opções de natureza política, económica e social e em que é chamado a efetuar apreciações complexas. Deste modo, na sua fiscalização jurisdicional do exercício dessa competência, o Tribunal de Justiça não pode substituir a apreciação do legislador da União pela sua própria apreciação. Quando muito, só pode censurar a opção normativa do legislador se esta for manifestamente errada ou se os inconvenientes dela resultantes para certos agentes económicos forem desproporcionados em relação às vantagens

<sup>1036</sup> Adotou-se os seguintes critérios de pesquisa para essa seleção: (1) data de início: 15.08.2000; data de término: 15.08.2015; (2) jurisdição: somente TJUE; (3) documentos: acórdãos; (4) matéria: “Agricultura e Pesca” e “Meio Ambiente”; (5) palavras do texto: “princípio da proporcionalidade”. Encontrou-se como resultado 160 decisões, sendo que desse universo separou-se somente aquelas que continham expressamente na ementa do julgamento “princípio da proporcionalidade”. Restaram 31 decisões, das quais, após verificação individual, selecionou-se aquelas que possuíam vinculação expressa com o meio ambiente, descartando-se as referentes ao aspecto comercial, como as relativas à agricultura principalmente, extraindo-se ao final uma amostra de 9 decisões. Em <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt>, acesso em 18.07.2016, às 20:49h.

que apresenta (v., nomeadamente, acórdãos de 12 de novembro de 1996, Reino Unido/Conselho, C- 84/94, Colet., p. I- 5755, n.º 58; de 13 de maio de 1997, Alemanha/Parlamento e Conselho, C- 233/94, Colet., p. I- 2405, n.º 56, e de 14 de dezembro de 2004, Swedish Match C- 210/03, Colet., p. I- 11893, n.º 48).

Dentro dessas premissas, considera que a instauração de um sistema de contabilização e de comércio de licenças de emissão equivalente de CO2 constitui uma opção normativa que traduz uma opção política, face à urgência das preocupações ambientais. Isso levou o legislador a escolher certas opções “que não podem depender de apreciações retrospectivas relativas ao seu grau de eficácia.” (nº 37), sendo que somente pode ser censurado se “se afigurar manifestamente errada à luz dos elementos de que dispunha no momento da adoção da regulamentação em causa” (nº 37).

Destacou, assim, que a multa pelas emissões excedentárias “prevista pela Diretiva 2003/87 não pode ser considerada contrária ao princípio da proporcionalidade na medida em que o seu montante não pode estar sujeito a modulação pelo juiz nacional.” (nº 38).

Já no processo C-15/10 (Etimine SA contra Secretary of State for Work and Pensions), de 21.07.2011, discutia-se classificação de substâncias à base de borato (Anexo I da Diretiva 67/548), principalmente a obediência ao critério da proporcionalidade pautado em estudos técnicos e científicos, e os males que podem ocasionar à saúde humana. Após recordar, à semelhança do caso anterior, que o princípio da proporcionalidade constitui princípio geral do direito comunitário, sua adequação, necessidade (nº 124), enfatiza que as medidas adotadas sobre classificações controvertidas, num quadro de caráter complexo e evolutivo, baseiam-se no estado dos conhecimentos científicos e técnicos num momento determinado, obviamente suscetível de ser posto em causa por elementos posteriores (nº 126 e 127). Considera improcedente, o tribunal, o argumento de que devam ser diferidas medidas a serem adotadas “unicamente porque estão em curso estudos suscetíveis de por em causa as classificações adotadas.” (nº. 128), sendo que o princípio da precaução retira a pertinência desse argumento (nº. 130).

Ao final, “tendo em conta que não está demonstrado que o princípio da proporcionalidade foi violado quando da classificação das substâncias à base de borato em causa no processo principal como tóxicas para a reprodução de categoria 2”, foi considerada válida a classificação,

O processo C-343/09 (Afton Chemical Limited contra Secretary of State for Transport), sentença de 08.07.2010, discutia a questão da poluição atmosférica, e a utilização de aditivos metálicos nos combustíveis, especificamente a imposição de limites para o teor de tricarbonilo metilcicloepentadienil de manganês (MMT), visto a necessidade de proteção à saúde e ao meio ambiente. Nesse caso, o tribunal utilizou-se dos três subprincípios da proporcionalidade para verificar a conformidade do art. 8.º-A, n.º 2, da Diretiva 98/70 com os objetivos (o 35.º considerando da Diretiva 2009/30 diz que os objetivos dos limites fixados ao MMT baseiam-se no fato de a utilização dessa substância apresentar riscos à saúde humana e causar danos nos motores dos veículos e equipamentos antipoluição(n.º 48).

Oportuno, aqui, transcrever-se o trecho do acórdão que analisa a questão da adequação e necessidade:

50. A fixação de um limite à presença do MMT nos combustíveis, que permite reduzir na mesma proporção as quantidades dessa substância que, potencialmente, podem causar danos à saúde, não é manifestamente inapropriada para atingir os objectivos de protecção da saúde e do ambiente prosseguidos pelo legislador da União. Resta, no entanto, verificar que este não vá além do que é necessário para atingir esses objectivos.

51. No caso vertente, há que notar, é certo, que o projecto de directiva da Comissão não previa nem uma interdição nem uma limitação de MMT no combustível. Em contrapartida, a Comissão do Ambiente, da Saúde Pública e da Segurança Alimentar do Parlamento pretendia uma proibição total do referido MMT. A este respeito, no que se refere à Directiva 2003/17, há que declarar que, no momento da adopção da Directiva 2009/30, o estado dos conhecimentos científicos não permitia ou só dificilmente permitia a elaboração de métodos de ensaio.

52. Para mais, o artigo 8.º-A, n.º 1, da Directiva 98/70 prevê a elaboração de métodos de ensaio e a apresentação de conclusões ao Parlamento e ao Conselho, até 31 de Dezembro de 2012.

53. O limite para o teor em MMT dos combustíveis foi assim fixado na expectativa do desenvolvimento dos referidos métodos de ensaio. Tem, pois, carácter temporário e pode ser modificado de acordo com os resultados da evolução que forem observados.

54. A disposição controvertida inscreve-se, por fim, no quadro mais global da Directiva 2009/30, que tem por objecto definir especificações mínimas relativas aos combustíveis, para efeitos da protecção da saúde e do ambiente no contexto de redução das emissões de gás com efeito de estufa.

55. Em consequência, tendo em conta os riscos para a saúde e os prejuízos para os motores dos veículos, bem como as dificuldades de elaboração de métodos de ensaio, uma medida restritiva como a limitação da presença de MMT nos combustíveis não vai além do que é necessário para dar cumprimento aos objectivos da Directiva 2009/30.

Após, o tribunal discutiu se o legislador da União tentou garantir um equilíbrio entre a (1) protecção à saúde, do meio ambiente e dos consumidores; e (2) os interesses económicos dos operadores, objetivando garantir um elevado nível de protecção da saúde e do ambiente (n.º 56). Aqui essa análise se conjuga com o princípio da precaução, visto que na falta de dados científicos fiáveis e suficientes o legislador confrontou-se com sérias dúvidas sobre o carácter inofensivo do MMT para a saúde e o ambiente (n.º 59).

No dizer da Corte:

60. A aplicação correcta do princípio da precaução pressupõe, em primeiro lugar, a identificação das consequências potencialmente negativas, para a saúde pública, da utilização proposta de MMT e, em segundo lugar, uma avaliação completa do risco para a saúde, baseada nos dados científicos disponíveis mais fiáveis e nos resultados mais recentes da investigação internacional (v. acórdão de 28 de Janeiro de 2010, Comissão/França, C- 333/08, Colect., p. I- 0000, n.º 92 e jurisprudência aí referida).

61. Quando for impossível determinar com certeza a existência ou o alcance do risco alegado, devido à natureza insuficiente, não conclusiva ou imprecisa dos resultados dos estudos levados a cabo, mas persista a probabilidade de um prejuízo real para a saúde pública na hipótese de o risco se realizar, o princípio da precaução justifica a adopção de medidas restritivas, sem prejuízo de as mesmas deverem ser não discriminatórias e objectivas (v. acórdão Comissão/França, já referido, n.º 93 e jurisprudência aí referida).

62. Nestas circunstâncias, deve admitir-se que o legislador da União podia, por força do princípio da precaução, tomar medidas de protecção, sem dever esperar que a realidade e a gravidade desses riscos fossem plenamente demonstradas (v. acórdão Comissão/França, já referido, n.º 91).

Com essa fundamentação, o tribunal assentou que o artigo 1.º, n.º 8, da Directiva 2009/30, “na medida em que introduz um artigo 8.º- A, n. 2, na Directiva 98/70, não é inválido por violação do princípio da precaução e do princípio da proporcionalidade.”(nº. 69)

O interessante, nesse caso, foi que se pôde observar a utilização de todas as 3 fases da proporcionalidade, além dos critérios pelos quais o tribunal também aplica o princípio da precaução, assim como a avaliação da legitimidade dos parâmetros escolhidos e das medidas legislativas adotadas. É reforçada, como já referido no cap.3, a vinculação entre ambos princípios, e sua importância para a proteção do meio ambiente.

No caso C-28/09 (Comissão Europeia contra República da Áustria), de 21.12.2011. discutia-se medida imposta pela Áustria que proibia circulação setorial de caminhões com peso superior a 7,5 toneladas que transportam determinados tipos de mercadorias. Entendeu-se que foram descumpridos os arts. 28 CE e 29 CE, assim como art. 8º, n.3 da Diretiva 96/62 em conjugação com Diretiva 1999/30 – gestão de qualidade do ar ambiente e valores limites para dióxido de enxofre, azoto e óxidos de azoto, partículas e chumbo – visto que a medida de proibição adotada entrava a livre circulação de mercadorias e que não ficou demonstrado “que o objetivo perseguido [proteção ao meio ambiente] não poderia ser atingido com outras medidas menos restritivas da liberdade de circulação”.

Nesse julgamento, chama atenção o fato de que uma medida estatal foi considerada inválida, em desconformidade com o princípio da proporcionalidade, visto que a proibição de circulação setorial de caminhões não se comprovou ser a medida menos restritiva (à livre circulação de mercadorias e bens) e hábil à consecução do objetivo de proteção do meio ambiente. Após discorrer sobre a possibilidade de medidas que entrem o comércio intracomunitário, devido às exigências ligadas ao meio ambiente, conquanto justificadas<sup>1037</sup>, ressalta que a

---

1037 125. É jurisprudência constante que as exigências imperativas ligadas à protecção do ambiente podem justificar medidas nacionais susceptíveis de entravar o comércio intracomunitário, desde que essas medidas sejam adequadas para garantir a realização desse objectivo e não vão além do necessário para o atingir (v., neste sentido, acórdãos de 14 de Julho de 1998, Aher- Waggon, C-389/96, Colect., p. I- 4473, n.ºs 19 e 20; de 14 de Dezembro de 2004, Comissão/Alemanha, já referido, n.º 75; e de 11 de Dezembro de 2008, Comissão/Áustria, já referido, n.º 57). 126. Ora, uma medida restritiva só pode ser considerada adequada para garantir a realização do objectivo prosseguido se corresponder verdadeiramente à preocupação de o atingir de maneira coerente e

Comissão entendeu inadequada a opção das autoridades austríacas sobre o transporte rodoviários, que “a República da Áustria não pretende reduzir as emissões dos veículos automóveis, mas a densidade do tráfego rodoviária.” (nº 127).

Após concluir que a “proibição setorial de circulação é adequada para garantir a realização do objetivo de proteção ambiental” (nº 138), o tribunal discutiu se essa medida iria além do necessário, e se não haveria medidas menos restritivas, como as sugeridas pela Comissão (p.ex, a substituição por um limite permanente de 100 km/h, em vez de um limite variável, que seria capaz de atingir a proteção ambiental pretendida restringindo menos a livre circulação). A conclusão foi que a Comissão acertara, sendo que a República da Áustria descumpriu as obrigações dos arts. 28 e 29 CE:

148. Destarte, a substituição do limite de velocidade variável por um limite de velocidade permanente de 100 km/h parece ter um potencial de redução das emissões de dióxido de azoto que não foi suficientemente tido em conta pela República da Áustria. Aliás, como resulta do n.º 67 do presente acórdão, esse potencial é corroborado pelo estudo IFEU.

149. Importa ainda salientar que os efeitos restritivos, na livre circulação de mercadorias, da substituição do limite de velocidade variável por um limite de velocidade permanente de 100 km/h são menores do que os da proibição sectorial de circulação. Com efeito, essa substituição não afecta a circulação dos pesados, cuja velocidade autorizada já é limitada.

150. Nestas circunstâncias, há que concluir que, tendo em conta os critérios descritos no n.º 140, supra, não ficou demonstrado o carácter inadequado das duas principais medidas alternativas propostas pela Comissão como medidas menos restritivas da livre circulação de mercadorias. Há que concluir portanto pela procedência da acção, sem necessidade de analisar as outras medidas propostas pela Comissão.

151. À luz de todas as considerações precedentes, há que declarar que, ao proibir a circulação de camiões de peso superior a 7,5 toneladas, que transportem certo tipo de mercadorias, num troço da auto-estrada A 12, no vale do Inn (Áustria), a República da Áustria não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 28.º CE e 29.º CE.

---

sistemática (v., neste sentido, acórdãos de 10 de Março de 2009, Hartlauer, C- 169/07, Colect., p. I- 1721, n.º 55; de 19 de Maio de 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e o., C- 171/07 e C- 172/07, Colect., p. I- 4171, n.º 42; e de 16 de Dezembro de 2010, Josemans, C- 137/09, Colect., p. I- 0000, n.º 70).



O processo C-558/07 (The Queen, a pedido de: S.P.C.M SA e o. contra Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs), sentença de 07.07.2009), discutia-se o conceito de substâncias monoméricas<sup>1038</sup>, especificamente se a obrigação do registro dessas substâncias (art. 6º, n.º 3, do regulamento REACH<sup>1039</sup> – n.º 1907/2006) constitui um meio proporcional para o atingimento dos objetivos desse regulamento: proteção da saúde humana e meio ambiente. A controvérsia referia-se se esse registro não configuraria uma restrição, desproporcional considerando-se a livre circulação de produtos num mercado interno aberto a uma concorrência leal.

O tribunal decidiu que o art. 6º, n.º 3, do regulamento REACH não era inválido em razão da violação do princípio da proporcionalidade:

71. Por consequência, atendendo ao número reduzido de potenciais substâncias monoméricas, à validade de doze anos de um registo anterior de substâncias, tal como prevista no artigo 27.º do regulamento REACH, e à possibilidade de partilhar informações a fim de reduzir os custos, o encargo decorrente da obrigação de registo de substâncias monoméricas sob forma reactiva num polímero não se afigura manifestamente desproporcionado, tendo em conta a livre circulação dos produtos no mercado interno aberto a uma concorrência leal.

72. Resulta das considerações que precedem que o artigo 6.º, n.º 3, do regulamento REACH não é inválido em razão da violação do princípio da proporcionalidade.

No processo C-260/06 e C-261/06 (Processos penais contra Daniel Escalier e Jean Bonnarel), sentença de 8.11.2007. Nesse caso, discutiu-se sobre a colocação de produtos fitofarmacêuticos no mercado (Diretiva 91/414/CEE, de 15.07.91), tratando-se de processos penais contra os réus por desrespeito à legislação francesa relativa à colocação no mercado desses produtos, bem como à sua posse e utilização. Foram acusados de possuírem produtos antiparasitas para utilização agrícola, oriundos da Espanha. Um deles (D.Escalier) utilizou-o, sendo que J. Bonnarel negou-se a destruí-los.

---

1038 Substância capaz de formar ligações covalentes com uma sequência de moléculas adicionais, semelhantes ou não, nas condições da reação relevante de polimerização usada no processo em questão.

1039 Registro, avaliação, autorização e restrição de substâncias químicas.

O sumário do acórdão assim dispôs:

Um Estado- Membro pode sujeitar a um procedimento simplificado de autorização de colocação no mercado a importação paralela de um produto fitofarmacêutico proveniente de outro Estado- Membro, onde já beneficia dessa autorização, quando a importação é efectuada por um agricultor, exclusivamente, para as necessidades da sua exploração, uma vez que a autorização de colocação no mercado assim concedida é própria de cada operador.

O princípio da proporcionalidade exige, para proteger a livre circulação de mercadorias, que a regulamentação, relativa à colocação dos produtos fitofarmacêuticos no mercado, seja aplicada na medida do estritamente necessário para alcançar os objectivos de protecção do ambiente e da saúde humana e animal legitimamente prosseguidos. Assim, essa autorização de colocação no mercado não pode estar subordinada à designação, com a marca própria do operador, do produto importado em questão, quando este último é um agricultor que efectua a importação paralela, exclusivamente, para as necessidades da sua própria exploração. A referida autorização não pode estar sujeita ao pagamento de uma taxa que não seja adequada às despesas geradas pelo controlo ou pelas diligências administrativas necessárias ao exame do pedido de autorização. No entanto, é admissível a avaliação forfetária dessas despesas, desde que seja respeitado o princípio da proporcionalidade.

(cf. n.ºs 37, 50, disp.)

No caso C-504/04 (Agrarproduktion Staebelow GmbH contra Landrat des Landkreises Bad Doberan), sentença de 12.01.2006, a controvérsia se referia à medida de abate de animais a que pertence um bovino no qual se confirmou a existência de encefalopatia espongiforme bovina (EEB)<sup>1040</sup>. Além do problema da proporcionalidade, e se a restrição ao direito dos criadores (propriedade) se coadunava com os objetivos principais de protecção à saúde humana (indiretamente meio ambiente), reaviva-se a questão da certeza dos critérios científicos e as medidas preventivas adotadas. A conclusão da Corte foi pela validade da legislação comunitária, nos termos do sumário do acórdão:

1. Direito comunitário – Princípios – Proporcionalidade – Alcance
2. Direito comunitário – Princípios – Proporcionalidade – Actos das instituições

---

<sup>1040</sup> Art. 13, n.º 1, primeira frase, alínea “c”, do Regulamento n.º 999/2001.

[. . .]

2. A validade de um acto comunitário à luz do princípio da proporcionalidade não pode estar dependente de considerações retrospectivas relativas ao seu grau de eficácia. Quando o legislador comunitário é levado a apreciar os efeitos futuros de uma regulamentação e quando esses efeitos não podem ser previstos com exactidão, a sua apreciação só pode ser censurada se se afigurar manifestamente errada à luz dos elementos de que dispunha no momento da adopção da regulamentação em causa. Assim, no âmbito da adopção de uma legislação destinada à protecção da saúde pública, deve admitir-se que, quando surjam incertezas quanto à existência ou alcance de riscos para a saúde das pessoas, as instituições, aplicando o princípio de precaução e da acção preventiva, podem adoptar medidas de protecção sem terem de esperar que a realidade e gravidade de tais riscos sejam plenamente demonstradas. Ao invés, quando novos elementos alteram a percepção de um risco ou demonstram que esse risco pode ser circunscrito por medidas menos rígidas do que as existentes, cabe às instituições, designadamente à Comissão, que tem o poder de iniciativa, zelar por uma adaptação da regulamentação aos novos dados. (cf. n.ºs 38- 40)

No processo C-535/03 (The Queen, a pedido de: Unitymark Ltd e North Sea Fishermen's Organisation contra Department for Environment, Food and Rural Affairs), sentença de 23.03.2006, discutiu-se limitações do esforço de pesca, consistente na questão das redes de arrasto de varas abertas e a conservação dos recursos do mar, frente à livre circulação de mercadorias<sup>1041</sup>. O tribunal concluiu pela propiedade das medidas questionadas, não as considerando inválidas sob o crivo da proporcionalidade:

58. Incumbe, portanto, ao Tribunal de Justiça verificar se as medidas contestadas não eram manifestamente inadequadas.

[. . .]

62. Esta argumentação, segundo a qual não havia que diminuir o número de dias no mar dos pescadores de peixe chato com o fim de preservar as unidades populacionais destes peixes, uma vez que os pescadores britânicos, antes mesmo da introdução do Regulamento n.º 2341/2002, não podiam atingir as quotas que lhes eram concedidas, não pode ser acolhida. Com efeito, estas circunstâncias não são determinantes no que se refere à preservação das unidades populacionais de bacalhau. Além disso, não foi alegado, no caso vertente, que todos os pescadores de peixe chato abrangidos pelas medidas contestadas não podiam atingir as quotas que lhes eram concedidas.

63. Além disso, a circunstância de um grupo particular ser mais fortemente afectado do que outro por uma medida regulamentar não implica

---

<sup>1041</sup> Regulamento n.º 2341/2001, pontos 4, alínea b), e 6, alínea a), do Anexo XVII.

necessariamente que esta seja desproporcionada ou discriminatória, desde que tal medida se destine a regular de modo global um problema de interesse geral.

Por último, tem-se o processo C- 453/03<sup>1042</sup> (ABNA Ltd e o. contra Secretary of State for Health e o.), sentença de 06.12.2005. No caso, debateu-se sobre a necessidade de indicação exata dos componentes de um produto, alimentos compostos para animais, e se isso constituía uma restrição desproporcional à livre circulação de mercadorias e bens<sup>1043</sup>. Nessa ocasião, o tribunal julgou pela invalidade do ato questionado, sob os seguintes fundamentos:

82. Tal como sublinharam as recorrentes nos processos principais, a obrigação de fornecer aos clientes a indicação exacta dos componentes de um alimento lesa gravemente os interesse económicos dos produtores, pois obriga- os a divulgar as fórmulas da composição dos seus produtos, com risco de estes serem utilizados como modelos, eventualmente pelos próprios clientes, e de os referidos produtores não poderem retirar os benefícios dos investimentos que efectuaram no domínio da investigação e da inovação.

83. Ora, tal obrigação não pode ser justificada pelo objectivo de protecção da saúde prosseguido e vai manifestamente além do que é necessário para atingir este objectivo. Refira- se, nomeadamente, que esta obrigação é independente de todo e qualquer problema de contaminação dos alimentos e deve ser cumprida unicamente a pedido do cliente. Além disso, resulta das explicações dadas e dos exemplos apresentados ao Tribunal que a indicação, no rótulo, das percentagens dentro de intervalos de variação deve normalmente permitir a identificação de um alimento suspeito de estar contaminado, para avaliar a sua perigosidade em função do peso indicado e, eventualmente, decidir retirá- lo provisoriamente enquanto se aguardam os resultados das análises laboratoriais, ou para determinar a rastreabilidade do produto pelas autoridades públicas em causa.

84. Por último, independentemente dos procedimentos de fiscalização estabelecidos no âmbito do Regulamento n.º 178/2002, adoptado no mesmo dia que a Directiva 2002/2, importa recordar que o artigo 1.º, n.º 5, desta última prevê que os produtores de alimentos compostos são obrigados a pôr à disposição das autoridades encarregadas dos controlos oficiais, a pedido destas, qualquer documento relativo à composição dos alimentos destinados a serem postos em circulação, que permita verificar a lealdade das informações dadas na rotulagem.

85. Tendo em conta estes elementos, conclui- se que o artigo 1.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 2002/2, que impõe que os produtores de alimentos compostos para animais forneçam, a pedido do cliente, a composição exacta de um alimento, é inválido à luz do princípio da proporcionalidade. Em contrapartida, a apreciação da questão submetida

---

1042 Em conjunto com C-11/04, C-12/04 e C-194/04

1043 Art. 1º. nº 1, alínea b, da Directiva 2002/2

não revelou nenhum elemento susceptível de afectar a validade do artigo 1.º, n.º 4, da mesma directiva face ao referido princípio.

Todos esses julgamentos permitem concluir que o princípio da proporcionalidade possui extensa aplicação na jurisprudência do TJUE, e que tem oportunizado avaliar a legislação da União e dos Estados-membros. Concilia os princípios que eventualmente se contrapõem, notadamente a (1) livre circulação de mercadorias e bens, e a (2) proteção ao meio ambiente ou à saúde humana, conjugando também o imprescindível princípio da precaução no campo do direito ambiental, aliada à sempre complexa questão do estágio do conhecimento científico.

A análise desses julgamentos também demonstra o elevado nível de fundamentação das decisões, chamando a atenção a carga argumentativa utilizada, por exemplo, quando se tratou de analisar o “atual estágio de desenvolvimento científico”, as provas fornecidas pelas partes, e as medidas tomadas com base nessas evidências para consagrar ou não o princípio da precaução.

Também se pôde verificar que em nenhum momento se parte de presunções *ex ante*, no sentido de que, em havendo qualquer dúvida quanto à interpretação competencial, estabelecesse o tribunal, com base em algum critério, a resolução desse conflito em favor de qualquer das partes (no caso brasileiro, inevitavelmente em favor da União).

Como já referido, essas conjugações de princípios não fornecem uma única resposta correta, mas o modo como construído o raciocínio argumentativo que fundamenta a decisão – utilizando os três subprincípios da doutrina alemã -, sem dúvida alguma confere maior clareza e transparência aos julgamentos realizados. Também, acredita-se que viabiliza a formação de um sistema de precedentes, uma doutrina, que possibilita a resolução de casos futuros.

Ao final, e principalmente, permite a resolução de conflitos competenciais de maneira flexibilizada, não promovendo a rigidez e centralização excessiva da federação brasileira, cuja hermenêutica constitucional encontra-se orientada pela

adoção de critérios (cânones) que levam à acomodação do intérprete, solucionando os casos favoravelmente à União.

#### **5.4.3.3 O Tratado de Lisboa: proporcionalidade e subsidiariedade (alguns apontamentos finais)**

A União Europeia, em se tratando de competência, utiliza-se dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade. Para os objetivos deste trabalho, o estudo restringiu-se mais à análise da proporcionalidade, pois é o critério que se procura utilizar para auxiliar na resolução de conflitos competenciais União v. Estados-membros na federação brasileira. A subsidiariedade restou afastada visto a sua escassa utilização pela jurisdição constitucional brasileira (cf. cap. 2.2.1), e mesmo pela própria federação brasileira (desafortunadamente, ressalte-se).

Como se pôde observar da amostra utilizada, o princípio da proporcionalidade, no tratamento que lhe é dado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, adota a doutrina alemã, nisso não se diferenciando, por exemplo, do Tribunal Constitucional espanhol.

Nesse item do trabalho, objetiva-se unicamente fornecer um sintético panorama das preocupações externadas pela União Europeia e consagradas no Tratado de Lisboa (art. 5º)<sup>1044</sup>, de modo a possibilitar um maior controle desses

---

1044 ARTIGO 5.º 1. A delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. 2. Em virtude do princípio da atribuição, a União actua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objectivos fixados por estes últimos. As competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros. 3. Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União. As instituições da União aplicam o princípio da subsidiariedade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Os Parlamentos nacionais velam pela observância do princípio da subsidiariedade de acordo com o processo previsto no referido Protocolo. 4. Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da acção da União não devem exceder o necessário para alcançar os objectivos dos Tratados. As instituições da União aplicam o princípio da proporcionalidade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

princípios, algumas vezes pela via política, com a participação dos Parlamentos nacionais (art. 12)<sup>1045</sup>. É o caso do art. 2º, do Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, e principalmente dos mecanismos de alerta precoce (*alerta temprana*), esse último visando suprir um *deficit* democrático sentido no âmbito europeu.

É fato que o crescimento da União Europeia, de suas atribuições, competências, há muito tempo levou seus membros a preocuparam-se com um possível esvaziamento de suas funções, sendo que se empreendeu, desde a década de 1980, a busca por alguns mecanismos capazes de frear esse fenômeno. Inicialmente, foi introduzido o princípio da subsidiariedade (Tratado de Maastricht, em 1992)<sup>1046</sup>, mas com poucos resultados práticos. Nesse contexto, o Tratado de Lisboa estabelece o sistema de alerta precoce, que

[...]foi desenvolvido para solucionar dois problemas distintos: como desenvolver um mecanismo de controle da subsidiariedade sem que fosse necessário criar uma nova instituição; como envolver os parlamentos nacionais na vida democrática da União Europeia. Desta fora, o SAP tem dois objetivos: garantir que a legislação da União Europeia cumpra com a subsidiariedade e reduzir o déficit democrático existente na União Europeia.<sup>1047</sup>

Ainda, de acordo com Miryam Rodriguez-Izquierdo Serrano,

El procedimiento de alerta temprana como mecanismo de participación de entes subestatales en las dinámicas de la Unión configura un escenario de participación esencialmente político, relacionado con la fase inicial del procedimiento legislativo europeo. Es, por tanto, un sistema de inclusión de voces nuevas en el *iter* legislativo y los parlamentos, nacionales y autonómicos, son actores lógicos llamados a participar en la determinación de qué competencias merecen ser ejercidas a qué nivel.<sup>1048</sup>

1045 ARTIGO 12.º Os Parlamentos nacionais contribuem activamente para o bom funcionamento da União: [...]b) Garantindo o respeito pelo princípio da subsidiariedade, de acordo com os procedimentos previstos no Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade;

1046 RODRIGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, Miryam. *La recepción del mecanismo de alerta temprana para el control preventivo de la subsidiariedad a nivel estatal y autonómico. Aproximación al caso andaluz*. Centro de Estudios Andaluces. 2010. p. 1-2

1047 REX, Roger Valério de Vargas. *O sistema de alerta precoce na União Europeia*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. v.8, n.1/2013. p. 30

Por meio desse sistema, os Parlamentos nacionais participam ativamente nos procedimentos da União Europeia. Esses órgãos recebem as propostas legislativas elaboradas pela Comissão Europeia (ou eventualmente outras instituições designadas), dispendo de 8 (oito) semanas para exercer o controle do princípio da subsidiariedade. Em Espanha, as Cortes Generales incorporaram esse sistema desde a aprovação da Lei nº 24/2009, que alterou a Lei nº 8/1994, reguladora da Comissão Mista para a União Europeia, a quem compete o sistema de alerta precoce, ainda que podendo ser avocado pelos Plenos de ambas as Câmaras. Manuel Delgado aponta que, no caso espanhol, um grande número de informes foi gerado desde 2010, enviados ao Governo e às instituições comunitárias responsáveis pelo procedimento legislativo, incorporando-se o mecanismo efetivamente e possibilitando um maior diálogo:

Desde mayo de 2010 hasta la fecha se han aprobado un número muy importante de informes, y en algún caso también de algún dictamen motivado sobre el control de la subsidiariedad, que son enviados al Gobierno y a las tres instituciones comunitarias participantes en el procedimiento legislativo. No es posible en este lugar detallar esta importante actividad, que puede consultarse en un trabajo mío reciente (2). Aquí nos limitaremos a destacar que la Comisión Mixta para la Unión Europea, bajo este procedimiento del Sistema de Alerta Temprana, se ha incorporado plenamente al nuevo marco de diálogo político abierto entre los Parlamentos nacionales y las institucionales legislativas de la Unión. Porque, en efecto, al hilo de ese control de la subsidiariedad -y siguiendo un criterio fijado por la Comisión Barroso el año 2006 consistente en invitar a los Parlamentos nacionales a expresar sus criterios respecto a las iniciativas legislativas europeas (3)-, la citada Comisión Mixta, como han hecho otros Parlamentos nacionales, ha ido más allá del control de la subsidiariedad y ha extendido su examen al respeto del principio de proporcionalidad y al fondo de la regulación propuesta. Aunque por el reducido plazo del que se dispone se trate necesariamente de un examen meramente liminar, no han faltado casos en los que se han aprobado dictámenes con observaciones sobre el fondo de la propuesta, en el marco de ese nuevo diálogo político, recomendando a los legisladores de la Unión la modificación de algún aspecto de la iniciativa legislativa examinada (4) <sup>1049</sup>

A Lei nº 24/2009 também dispõe sobre a possibilidade de consulta aos parlamentos regionais:

1048 RODRIGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, Miryam. *La recepción del mecanismo de alerta temprana para el control preventivo de la subsidiariedad a nivel estatal y autonómico. Aproximación al caso andaluz*. Centro de Estudios Andaluces. 2010. p. 20

1049 DELGADO, Manuel. *El parlamento español y el control del respeto al principio de subsidiariedad por las iniciativas legislativas de la Unión Europea*. em <http://www.movimientoeuropeo.org/el-parlamento-espanol-y-el-control-del-respeto-al-principio-de-subsidiariedad-por-las-iniciativas-legislativas-de-la-union-europea/> Acesso em 22.07.16, as 14:38h



La Ley 24/2009 articula también la posibilidad recogida en el Protocolo n.º 2 de que los parlamentos estatales consulten a los parlamentos regionales con competencias legislativas; así, establece en su artículo 6 que «el Congreso de los Diputados y el Senado, tan pronto reciban una iniciativa legislativa de la UE, la remitirán a los parlamentos de las comunidades autónomas, *sin prejuzgar la existencia de competencias autonómicas afectadas*, a efectos de su conocimiento y de que, en su caso, puedan remitir a las Cortes Generales un dictamen motivado sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la referida iniciativa (...)». El dictamen motivado que, en su caso pueda aprobar el Parlamento autonómico, debe ser enviado a la Comisión Mixta en un plazo de cuatro semanas desde la remisión de la iniciativa legislativa europea por parte de las Cortes Generales; «*Si la Comisión Mixta aprobase un dictamen motivado sobre la vulneración del principio de subsidiariedad por un proyecto de acto legislativo de la UE incorporará la relación de los dictámenes remitidos por los parlamentos de las comunidades autónomas y las referencias necesarias para su consulta*». <sup>1050</sup>

Ou seja, estabelece-se um diálogo não somente entre a União Europeia e os parlamentos nacionais, mas também com os parlamentos regionais, cujo objetivo é permitir maior concretização do princípio da subsidiariedade, e garantir a participação na elaboração da legislação europeia.

Contudo, embora elogiando a finalidade e os objetivos do mecanismo de alerta precoce, adverte Miguel Palomares Amat que o modo como está regulado não se conforma à natureza e características da atuação parlamentar, principalmente em razão dos prazos exíguos ou a exclusão da consideração de medidas de política material.<sup>1051</sup> José Luís de Castro Ruano também critica a forma complexa e difícil de articular adotada, sem força vinculante, bem como a ausência de uma legítima Câmara autonômica representativa dos direitos regionais. Ainda assim, refere esse autor que o Parlamento Vasco levou a sério o procedimento de alerta precoce, demonstrado pela quase totalidade de consultas respondidas enviadas ao Congresso espanhol.<sup>1052</sup>

1050 CASTRO RUANO, Jose Luis de. *El sistema de alerta temprana para el control de la subsidiariedad: su aplicación por el Parlamento vasco*. Revista CIDOB d'afers internacionals, nº 99, (septiembre 2012). p.100

1051 PALOMARES AMAT, Miguel. *La participación del parlamento de Cataluña en la aplicación y el control del principio de subsidiariedad*. Revista de Derecho Comunitario Europeo. Núm. 38, Madrid, enero/abril (2011). p.36

1052 CASTRO RUANO, José Luis de. *El sistema de alerta temprana para el control de la subsidiariedad: su aplicación por el Parlamento vasco*. Revista CIDOB d'afers internacionals, nº 99, (septiembre 2012). p.110

Não se objetiva estudar detidamente a legislação espanhola nesse aspecto, mas apenas referir que a subsidiariedade constitui um problema de mais alta relevância no âmbito da União Europeia, que se tem tentado responder, a fim de permitir maior legitimidade democrática nas tomadas de decisões. Também se observa a complexidade de conjugação entre os níveis comunitários, estatais e internos de cada país, e de como se tem procurado evitar o fenômeno do “desaparecimento dos parlamentos regionais” no âmbito comunitário.

Merece destaque a preocupação com esse princípio e a busca por maior consolidação e legitimidades democráticas. Desafortunadamente, na federação brasileira consiste um princípio quase que nominal, porém cuja importância é indiscutível, para permitir maior descentralização e democracia efetiva à federação nacional.

## **Conclusões do capítulo 5**

Inicialmente convém recordar que, nessa parte do trabalho, partiu-se para o direito comparado (Espanha e União Europeia) objetivando conseguir-se elementos que permitam a resolução de um problema específico da federação brasileira: os conflitos competenciais em matéria ambiental, entre Estados-membros e União. Trata-se de problema mal solucionado, em que o Supremo Tribunal Federal utiliza-se de critérios interpretativos extremamente centralizadores, rígidos, e que além de resolverem inadequadamente esses problemas, tem ocasionado insegurança jurídica, acúmulo de atribuições, e, conseqüentemente, inefetiva proteção ao meio ambiente, direito fundamental na Constituição de 1988.

Os principais critérios que se procurou analisar, objetivando incorporá-los à sistemática de resolução de conflitos competenciais ambientais na federação brasileira, com possibilidade de descentralização, são: (1) o princípio da proporcionalidade, no âmbito da União Europeia; (2) as concepções de “legislação básica + normas adicionais de proteção”, assim como de “transversalidade”, do direito constitucional espanhol.

O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, considera-se um dos critérios adequados para conferir à necessária flexibilização da hermenêutica federativa brasileira, servindo principalmente para a interpretação dos limites das “normas gerais”. Esse princípio é adotado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia na verificação das competências. Contudo, devido a sua conhecida *vis expansiva*, compreende-se como necessária uma limitação, a fim de conferir maior segurança e efetiva proteção ambiental. É justamente onde entra o conceito de “legislação básica” e “normas adicionais de proteção” da ordem jurídica espanhola. Além de limitar-se essa *vis expansiva*, consegue-se também a possibilidade de descentralização, com níveis adicionais de proteção. Não se pode olvidar, também, que muitos dos conflitos ocorrem, por vezes, entre a matéria ambiental e determinadas matérias conexas (água, minas, energia), sendo relevante verificar a concepção de “transversalidade” empregada por esse ordenamento jurídico.

Em um primeiro momento, verificou-se que o elemento característico por excelência do regime competencial espanhol é o princípio dispositivo (art. 2º CE). Ou seja, a Constituição de 1978 inaugura uma ordem, que as Comunidades Autônomas darão seguimento, à medida que assumam, ou não, as competências que a Constituição lhe possibilita. Essa característica a diferencia consideravelmente de um sistema federativo clássico, em que a distribuição de competências de todos os entes componentes encontra-se fixada no texto constitucional. Em Espanha, para saber-se efetivamente sobre a distribuição competencial, deve-se cotejar o texto constitucional com os respectivos Estatutos de Autonomia, para somente assim poder-se afirmar o âmbito de incidência e aplicação de determinadas matérias.

De essencial importância, nesse contexto, é a presença de um Tribunal Constitucional, que além de exercer a função de guardião da Constituição, desempenha o papel de árbitro na resolução dos conflitos competenciais que muitas vezes lhe são submetidos. Ao longo desses mais de 30 (trinta) anos de trabalho, ainda que com críticas, o tribunal tem exercido suas atribuições, podendo-se verificar a existência de uma vasta jurisprudência na solução dessas questões. O princípio da proporcionalidade tem se mostrado uma ferramenta importante para a análise das limitações de direitos e garantias fundamentais, adotando-se o critério

da doutrina alemã (adequação, necessidade, proporcionalidade *stricto sensu*). Em matéria de conflitos competenciais, contudo, encontra escassa aplicação.

O Estado autonômico espanhol tem sido objeto de muitos questionamentos, sobretudo após a STC 31/2010, que apreciou a constitucionalidade do Estatuto de Catalunha de 2006. Parcela significativa da doutrina sustenta a necessidade imediata de reformas, para possibilitar a solução desses problemas, havendo alguns que sustentam inclusive a adoção de um regime federal, sendo que autores renomados (Javier Perez Royo) lecionam que problemas de legitimidade democrática tornam-na inviável, sendo mister um novo pacto constituinte.

O art. 45.1, da CE, estabelece que “*todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.*” Trata-se de um princípio rector, não de um direito fundamental, embora haja autores que entendam o contrário (Jesús Jordano Fraga, Antônio Enrique Perez Luño). Essa condição, entretanto, não retira eficácia objetiva desse direito, por exemplo, no sentido de seus efeitos condicionarem toda a legislação infraconstitucional espanhola, ou tampouco significa que o meio ambiente não encontre possibilidade de ser defendido pelo Tribunal Constitucional, a chamada “defesa cruzada (ou *par ricochet*)” de direitos. A defesa do meio ambiente é um valor intrínseco à ordem jurídica espanhola, e mesmo que não portando a condição de “direito fundamental”, é incontroverso que sua defesa e proteção tem sido perseguida e conseguida pelo direito.

A demonstrar esta assertiva, basta referir a busca por sua consagração nas novas reformas autonômicas, que mesmo inicialmente vedadas pela STC 247/2007, posteriormente houve modificação no entendimento jurisprudencial acerca da viabilidade de os Estatutos de Autonomia conferirem um tratamento diferenciado a determinados direitos que, nos limites de seu território, a comunidade considerava relevantes.

E a proteção ao meio ambiente se encontrava entre esses direitos.

A Constituição espanhola de 1978 dispõe sobre a competência em matéria ambiental no art. 149.1.23 (“*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:[...]23ª.Legislación básica sobre protección del medio ambiente,*

*sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias.*”). Possui semelhança com as “normas gerais” do art. 24, da Constituição Federal brasileira de 1988, na medida em que se tratam de competências concorrente-compartimentada. O entendimento do Tribunal Constitucional espanhol, entretanto, é que o “básico” constituiu um denominador comum normativo, que não pode detalhar a matéria de tal modo a impedir o desenvolvimento pela legislação autonômica (STC 102/1995). É uma ordenação mediante mínimos (STC 170/1989), e que deve comportar a edição de normas adicionais de proteção (STC 69/2013).

As dificuldades para a determinação desse “mínimo”, contudo, remanescem. A jurisprudência espanhola, no entanto, reconhece que em matéria ambiental essas normas podem comportar maior detalhamento, o que não exige de deixar espaço necessário à complementação e desenvolvimento pelas Comunidades Autônomas (STC 102/1995)<sup>1053</sup>. Para o caso brasileiro, compreende-se que o princípio da proporcionalidade, além de oportunizar maior descentralização, considerando a natureza de direito fundamental a proteção ao meio ambiente, dentre as razões já enumeradas à introdução, é um critério viável para essa análise do conteúdo desse “mínimo”.

Quanto a essas “normas adicionais de proteção”, a jurisprudência consagra o entendimento de que as Comunidades Autônomas podem completar ou reforçar os níveis de proteção previstos na legislação básica, sempre que essas medidas sejam compatíveis, não contradigam, ignorem ou reduzam o limite de proteção e estabelecido na legislação estatal (STC 170/1989). O que se deve compreender, e de modo bem claro, que é vedado às Comunidades Autônomas reduzir esse nível de proteção estabelecido na legislação estatal. Por outro lado, o temor a que essa elevação possa causar desequilíbrio nas relações interestatais é atenuado pela necessidade de observância aos limites do princípio da solidariedade, da lealdade.

---

1053 Cf. MIGUEL PERALES, Carlos de. *Derecho Español del Medio Ambiente*. 3ª Edición. Ed. Civitas. 2009. p. 44-5

Reforce-se bem: uma ordenação mediante mínimos, com possibilidade de as Comunidades Autônomas acrescentarem níveis adicionais de proteção a sua legislação.

Uma breve observação se faz necessária. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro (cf. cap. 4.2.2.2) adota um conceito extremamente restritivo das “normas gerais”. São concebidas como normas que visam a homogeneidade e uniformidade, cabendo aos Estados-membros somente o preenchimento das lacunas, adaptando-as às peculiaridades e problemas locais (ADI nº 3.035/PR; ADI nº 3.645/PR, ADIMC nº 1.086/SC, ADI nº 2.656/SP). Essa concepção precisa ser alterada, adotando-se o entendimento espanhol de “legislação básica”, com abertura às “normas adicionais de proteção”. Embora não conste expressamente no texto constitucional brasileiro, como no caso espanhol, não há obstáculos a essa compreensão. Como já referido, um entendimento das “normas gerais”, em matéria ambiental, como mínimo denominador comum, a partir do qual os Estados-membros possam desenvolver suas respectivas legislações, ampliando os níveis protetivos, se for o caso, permitiria (1) maior proteção ao meio ambiente brasileiro; (2) reduziria o nível de conflitividade por outro lado, considerando-se também a necessidade de conjugar os cânones da lealdade federal.

A concepção atual do Supremo Tribunal Federal das “normas gerais” é extremamente centralizadora, e não confere, muito menos sequer possibilita, que se realize uma proteção mais eficiente do meio ambiente, adequando-a às peculiaridades e necessidades locais.

Pois bem, ainda, por vezes, na ordem constitucional espanhola, ocorre o fenômeno da “transversalidade” da competência ambiental. Ou seja, a matéria ambiental possui zonas de confluência com outras matérias (águas, minas e energia, caça, pesca, enfim), que algumas vezes são objetos de competência exclusiva de outro ente territorial (v.g., o Estado espanhol). Nessas situações, em que há, a rigor, um problema de delimitação da matéria, o entendimento é o de que o exercício da competência ambiental, por um ente, não pode suprimir, ou mesmo diminuir, o exercício da competência confluyente, conexas, do outro membro estatal. À primeira vista, parece uma concepção simples, mas que permite a convivência nas

relações interestatais, sem ocasionar uma centralização excessiva de determinada competência, ou a flexibilização de uma matéria que deva ser exclusiva.

Também, justamente o que não ocorre na jurisprudência constitucional brasileira, em que o entendimento dominante é de que prevalece a competência federal nesses casos (ADI nº 3.813/RS, ADI nº 3.852/SC).

Por fim, a União Europeia consagra a proteção ambiental em diversos tratados, e, à semelhança do que ocorre em Espanha, parcela majoritária da doutrina entende não se tratar de um direito fundamental. Isso também não impede que o TEDH promova uma defesa efetiva desses direitos, pelo critério *par ricochet*. A competência para tratar o meio ambiente é concorrente, aplicando-se os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade (art. 5º).

O princípio da subsidiariedade reflete as preocupações dos Estados-membros com o crescente incremento das atribuições competenciais da União Europeia, tendo sido consagrado expressamente no Tratado de Maastricht (1992). Sua relativa ineficácia jurídica, no entanto, levou a que fossem adotados mecanismos mais efetivos no Tratado de Lisboa (2010), entre os quais se inclui o sistema de alerta precoce. Os Parlamentos nacionais são convocados a opinar sobre o efetivo cumprimento dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade no âmbito comunitário, de propostas legislativas, podendo oferecer propostas e opinar contrariamente. Isso foi incorporado, por exemplo, em Espanha, possibilitando a extensão da consulta aos Parlamentos regionais.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, tem sido largamente empregado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, incorporando a doutrina alemã (três subprincípios: adequação, necessidade, proporcionalidade *stricto sensu*). Da amostra utilizada nesse trabalho, pôde-se verificar que os três subprincípios são empregados na fundamentação dessas decisões, ainda que, corroborando o que afirma a doutrina<sup>1054</sup>, grande parte dos julgamentos tenha se resolvido na análise da “necessidade”. O *iter* empregado na fundamentação,

---

1054 PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Souza e António Franco. Ed. Saraiva. São Paulo: 2012. p. 142. No mesmo sentido, ROTHENBURG, Walter Claudius. *O tempero da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais*. In: Princípios processuais civis na Constituição. Coord. Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.p. 299

convém destacar, permitiu que se avaliassem e fossem conjugados os diversos interesses e princípios contrapostos. Também se verificou uma preocupação com argumentos de ordem técnica, sobretudo na discussão envolvendo o princípio da precaução, e a imprescindibilidade de determinadas medidas, de acordo com o “atual estágio da ciência”.

É um critério utilizado há bastante tempo pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (Cf. Barak), e tem sido empregado com relativo sucesso na resolução de conflitos competenciais. Sua incorporação à hermenêutica constitucional federativa brasileira, em que (1) já se encontra plenamente recepcionado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, principalmente no campo dos direitos fundamentais; (2) e sendo o direito ao meio ambiente um direito fundamental na Constituição de 1988, encontra-se fundamentada, e pode contribuir para uma resolução mais sistemática, transparente, e equilibrada desses conflitos. Contribuir, em síntese, para a possibilidade de descentralização e efetividade protetiva do meio ambiente brasileiro.



## **CAPÍTULO 6. CONFLITOS COMPETENCIAIS AMBIENTAIS UNIAO V. ESTADOS MEMBROS: APORTES DA DOCTRINA COMPARADA**

Após expor os conflitos federativos e a jurisprudência constitucional brasileira, acentuadamente centralizadora, é mister verificar a aplicação dos aportes de direito comparado para a resolução dos conflitos competenciais, em matéria ambiental, Estados-membros v. União. E, fundamentalmente, com o objetivo de verificar-se a viabilidade de adoção desses critérios para a solução desses problemas, de modo mais sistemático, transparente, e, principalmente, com a possibilidade de descentralização com medidas adicionais protetivas para o meio ambiente.

Algumas premissas, desde o início, orientaram este trabalho, quais sejam: (1) há uma inadequada colocação do problema dos conflitos federativos competenciais entre União e Estados-membros no Brasil, sendo mais específicos, as perguntas que devem ser respondidas encontram-se mal formuladas, e esse passo é imprescindível para a viabilidade de qualquer interpretação que se pretenda realizar; (2) a federação brasileira, o modo como é compreendida a distribuição de competências pela jurisdição constitucional brasileira, é extremamente rígido e centralizador, pautado em critérios hermenêuticos inapropriados e unionistas; (3) esses conflitos competenciais contribuem significativamente para a inefetividade protetiva do meio ambiente brasileiro, por ocasionarem sobreposição de atribuições, inflação legislativa, insegurança jurídica. Não permitem o exercício da autonomia pelos Estados-membros, sequer cogitam a possibilidade de elevação dos níveis de proteção conferidos pela legislação federal ambiental.

Isso implica pesquisar a adoção de critérios que oportunizem a resolução desses conflitos de maneira mais efetiva, transparente, flexível, promovendo a descentralização, e também a defesa do meio ambiente. Com esse desiderato, entende-se essencial a (1) aplicação do princípio da proporcionalidade, para colaborar na delimitação das “normas gerais” do art. 24, da CF/88. Nesse contexto, também deve ser reformulada a concepção de “normas gerais” utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, para, com aporte no direito comparado, compreendê-las como (2) “um mínimo denominador comum”, a partir do qual os Estados-membros

podem complementar por meio de suas legislações, mas não somente isso, ampliar os níveis protetivos ambientais (“normas adicionais de proteção”). E, nos conflitos competência privativa v. concorrente, é imprescindível a recepção do conceito de “transversalidade” do direito constitucional espanhol, abandonando-se o atualmente empregado de prevalência da legislação federal privativa.

A sistemática a ser empregada na resolução dos conflitos competenciais pode assim ser sintetizada: o (1) primeiro passo consiste em delimitar a matéria do ato normativo objeto de questionamento, se é (1.1) exclusivamente ambiental, ou há uma (1.2) confluência com alguma outra pertencente à competência diversa. Feito isso, se ocorrer a primeira situação, o (2) conflito situa-se estritamente no campo da competência concorrente, e à questão dos limites das “normas gerais”. Ou a (2.1) legislação federal exorbita dos limites das “normas gerais”; ou (2.2) a legislação do Estado-membro invadiu o âmbito das “normas gerais”. Em ocorrendo a segunda situação, recai-se de certo modo no caso anterior, como se verá na sequência, após delimitação das competências conflitantes (transversalidade). O terceiro passo – não se configurando manifesta a incidência nos tipos competenciais – é a utilização do princípio da proporcionalidade, viabilizando a resolução do conflito competencial, e, na medida em que conferindo maior transparência argumentativa, permitindo a colocação de todos os argumentos e princípios envolvidos, oportunizando a descentralização administrativa.

Feitas essas colocações, passa-se a seguir a discuti-las mais detalhadamente.

### **6.1 Reformulação da colocação do conflito competencial: a pergunta adequada**

Já dizia Karl Larenz que “o texto nada diz a quem não entenda já alguma coisa daquilo do que ele trata. Só responde a quem o interroga correctamente.”<sup>1055</sup>

Uma análise do tema referente aos conflitos competenciais legislativos em

---

1055 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3ª Edição. Ed. Calouste Gulbenkian. Lisboa: 1997. p. 441

matéria ambiental, na ordem jurídico-constitucional brasileira, permite concluir que se trata de uma questão mal colocada, o que contribui significativamente para certa confusão a respeito do problema. É importante que esses conflitos sejam corretamente formulados, para que se possa sistematizar mais adequadamente a argumentação e as respostas a serem construídas, com fundamento nos aportes da doutrina comparada espanhola e europeia.

Fixadas essas premissas, o primeiro passo consiste em (1) delimitar a matéria do ato normativo sob análise, independentemente de ser federal ou estadual. Ou seja, verifica-se sobre que assunto(s) está tratando a norma.

Aqui podem ocorrer duas situações: (1) ou a matéria do ato normativo questionado é ambiental, indiscutivelmente, e o conflito acontece no estrito âmbito da legislação concorrente (os limites das “normas gerais”); (2) ou há dúvidas sobre a matéria do ato normativo questionado, podendo haver confluência com matérias referentes a outros títulos competenciais. Nesses casos, pode ter uma confluência, ou seja, uma conexão ou continência<sup>1056</sup> com a matéria ambiental.

Nos casos de transversalidade, horizontalidade da competência ambiental, tem-se que determinadas competências pertencentes ao campo privativo da União possuem uma natureza mais específica que a matéria ambiental, sendo que essa acaba tendo um caráter residual. É o caso, por exemplo, do (1) direito agrário e marítimo (art. 22, I); da (2) desapropriação (art. 22, II); de (3) águas e energia (art. 22, IV); (4) navegação lacustre, fluvial e marítima (art. 22, X); (5) jazidas, minas, recursos minerais e metalurgia (art.22, XII); (6) populações indígenas (art. 22, XIV); (7) atividades nucleares de qualquer natureza (art. 22, XXVI). Nessas matérias o constituinte objetivou conferir um tratamento mais específico, diferenciado, embora haja um núcleo residual evidente de matéria ambiental. Utilizando-se uma figura de linguagem, tem-se aqui dois círculos concêntricos, sendo o ambiental o menor.

---

1056 Diz o art. 55, da Lei nº 13.105, de 16.03.2015, Código de Processo Civil: “Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.”; Já o art. 56 diz que “Art. 56. Dá-se a continência dentre 2 (duas) ou mais ações quando houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais.”

Em Espanha, um exemplo sempre mencionado é a caça e pesca. No Brasil, ambos pertencem à competência concorrente, de modo que não há transversalidade, embora continue a ocorrer problema da delimitação.

A outra situação ocorre com determinadas competências em que o legislador pode empregar mecanismos que, em princípio, não ficam muito bem delimitados se pertencem à matéria ambiental, ou à competência diversa. A mais das vezes, mecanismos de que se vale o legislador (comércio exterior e interestadual; ou trânsito e transporte)<sup>1057</sup> para conferir maior proteção ao meio ambiente. São situações de conexão, e a figura de linguagem correspondente seriam dois círculos com intersecção.

Para esses casos, é fundamental a contribuição da doutrina espanhola (Cap. 6.2.1).

Pois bem, realizada essa delimitação, há 6 (seis) hipóteses lógicas de conflitos possíveis:

#### 1) Legislando especificamente sobre matéria ambiental (4 hipóteses)

	<b>União</b>	<b>Estado-membro</b>
<b>União</b>	X	União invade campo complementar do Estado-membro (art. 24. § 2º) ou residual (art. 25, § 1º)
<b>Estado-membro</b>	Estado-membro invade campo das "normas gerais da União" (art. 24, § 1º) ou competência privativa (art. 22)	X

<sup>1057</sup> Art. 22, VIII e XI, da CF/88

2) Legislando sobre matéria de competência privativa (art.22)<sup>1058</sup>, ou residual (art. 25 § 1º), com conexão com matéria ambiental (2 hipóteses)<sup>1059</sup>

	União	Estado-membro
União		União invade campo complementar do Estado (art. 24, § 2º)
Estado-membro	Estado-membro invade campo das “normas gerais” da União (art. 24, § 1º)	

Os exemplos extraídos da jurisprudência constitucional brasileira (Cap. 4) confirmam que quase todos os casos situam-se em

(1) legislação ambiental do Estado-membro invadir o campo das “normas gerais” da União; ou

(2) o campo da competência privativa desta (art. 22).

Ocorre de o Estado-membro legislar sobre determinada situação de meio ambiente, e desbordar dos limites da complementação da lei federal de “normas gerais”; ou então, com o intuito de conferir maior proteção ambiental, utilizar-se de alguma restrição que *pode* envolver matéria pertencente à competência privativa da União (p.ex., comércio interestadual, importação e exportação).

Ressalte-se o “pode” pelo fato de, em havendo incidência manifesta da matéria no campo competencial respectivo, deve-se respeitar a decisão do constituinte<sup>1060</sup>. Deve-se enfatizar que o princípio da proporcionalidade é um critério que objetiva contribuir à interpretação jurisprudencial, principalmente nos casos em que essa certeza não se configura, e que evidentemente são a grande maioria. Com o objetivo de oportunizar a descentralização, o equilíbrio federativo. Mas não a qualquer preço. Relembre-se: jurisdição constitucional destina-se a resolver problemas concretos.

1058 Como águas, minas e energia, por exemplo.

1059 Nesse caso, consoante adoção da doutrina comparada (item 6.2.1), o problema acaba retornando ao da primeira situação.

1060 Somente no caso da exportação em toras, do Estado do Pará, se verificou essa situação Rp. 1.029-5/PA

O último passo (3), delimitadas as matérias e os tipos de conflitos que podem se estabelecer, submete-se o ato normativo questionado ao critério do princípio da proporcionalidade.

A importância do princípio da proporcionalidade, além da metodologia, transparência argumentativa, repousa na delimitação dos limites das “normas gerais”, o “mínimo comum”, sendo que esse mínimo deve situar-se precisamente entre a proibição de proteção deficiente e a proibição de excesso.

Reforce-se que:

(a) em se tratando de matéria exclusivamente ambiental:

(a.1) ou a legislação da União extrapola os limites das “normas gerais”, invadindo a competência complementar do Estado-membro em matéria ambiental;

(a.2) ou a legislação do Estado-membro ultrapassa os limites de desenvolvimento da lei federal, invadindo o campo das “normas gerais” da União;

(b) em se tratando de matérias confluentes (transversalidade e conexão), ocorre:

(b.1) se for caso de transversalidade (continência), delimita-se ao máximo as matérias, e de acordo com a doutrina espanhola, a legislação federal deve respeitar a margem de complementação da legislação ambiental estadual, e vice-versa (incidindo na hipótese anterior);

(b.2) em casos de conexão, procede-se também à delimitação possível, considerando-se, acaso remanesçam dúvidas, como sendo competência ambiental (incidindo também na hipótese anterior).

Pois bem, após delimitada a respectiva matéria ambiental, e o ato normativo, submete-se ao critério da proporcionalidade, utilizando-se para tanto dos três subprincípios (doutrina alemã): (1) idoneidade (adequação) do ato impugnado; (2) necessidade; (3) proporcionalidade *stricto sensu*.

Quanto ao primeiro, verifica-se se o objetivo a ser alcançado está em conformidade com o sistema constitucional, se é legítimo<sup>1061</sup>. Ainda, nas circunstâncias em que decidida, se a medida adotada era capaz de fomentar o objetivo pretendido, de alcançar esse objetivo com os conhecimentos existentes à época da edição do ato.

Já em relação ao segundo critério, necessidade, que constitui o maior número de casos em que se decide efetivamente as questões, deve verificar se “na hipótese da existência de vários meios idôneos, ordena-se a escolha daquele que é menos gravoso ao exercício do direito fundamental.”<sup>1062</sup>

Por último, na proporcionalidade *stricto sensu* (ponderação), onde estabelecem-se relações de precedência, o objetivo é avaliar se a restrição imposta a um direito é justificada em razão da importância conferida ao fim perseguido pela intervenção legislativa. É um dos aspectos mais controvertidos do princípio da proporcionalidade, em que muitos situam o subjetivismo e a arbitrariedade desse momento como problemas indissociáveis desta etapa, sustentando sua adstrição aos dois primeiros subprincípios.<sup>1063</sup>

É de se destacar, nesse contexto, que embora haja autores<sup>1064</sup> que sustentem que, no âmbito da jurisprudência constitucional alemã, ou mesmo das decisões do TJUE, a utilização do princípio da proporcionalidade se restringe, a rigor, a um exame do critério da necessidade (2ª etapa) do ato questionado (o que efetivamente se verifica, em grande parte dos casos), entende-se difícil afirmar que somente a aplicação dessa etapa seja suficiente, dispensando-se as outras duas fases.

---

1061 “Sobre el concepto del subprincipio de idoneidad. De acuerdo con este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.” in BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2007. p. 693

1062 STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre: 2000. p. 151

1063 Cf. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Souza e António Franco. Ed. Saraiva. São Paulo: 2012.

1064 PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Souza e António Franco. Ed. Saraiva. São Paulo: 2012. p. 142. No mesmo sentido, ROTHENBURG, Walter Claudius. *O tempero da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais*. In: Princípios processuais civis na Constituição. Coord. Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.p. 299

É inquestionável, no entanto, que justamente no subprincípio da necessidade, quando se verifica qual o meio menos gravoso, procede-se a uma comparação entre as legislações, encontrando-se nesse ponto um dos motivos pelos quais, muitas vezes, as questões são justamente aí decididas.

Realmente há indicativos de que considerável número de casos resolve-se por aplicação do subprincípio da necessidade, o que não impede, por vezes, resolvam-se questões no âmbito da idoneidade, ou mesmo pela ponderação *stricto sensu* em determinadas circunstâncias.

Quando da aplicação aos casos brasileiros essa questão será melhor discutida, e principalmente a problemática da questão constitucionalidade formal-material.

## **6.2 Aportes da doutrina comparada ao Brasil: transversalidade, o básico (normas adicionais) e a proporcionalidade**

A aplicação do princípio da proporcionalidade, como um critério hábil a resolução dos conflitos competenciais União v. Estados-membros, pressupõe, também, que algumas concepções devam ser revistas, seja porque colocadas de modo insatisfatório, ou pelo simples fato de não estarem se mostrando eficazes para a solução das questões jurídicas propostas.

São concepções que, conforme já verificado, somente tem promovido mais centralização federativa, com inequívoco prejuízo à proteção do meio ambiente.

Nesse contexto, entende-se que a contribuição do direito constitucional comparado espanhol se mostra oportuna para o direito brasileiro, na medida em que pode auxiliar a uma melhor compreensão conceitual e fornecer substratos para a solução dos problemas competenciais em matéria ambiental. E, não menos importante, oportunizando que se favoreça a descentralização federativa, com níveis adicionais de proteção.



A (1) primeira delas refere-se à questão da transversalidade da competência ambiental, com matérias dispostas em outros títulos competenciais, seja por uma questão de vinculação direta (continência), ou por uma questão de repercussão nessas outras matérias (conexão). A (2) segunda refere-se ao conceito de “normas gerais” (legislação básica, normas básicas), do art. 24 da Constituição brasileira, bem como as “normas adicionais de proteção”, e o problema do critério da lei ambiental mais restritiva.

Por último, o (4) próprio princípio da proporcionalidade, essa no âmbito da União Europeia, em que tem sido empregado para a verificação do exercício competencial da comunidade .

### **6.2.1 A concepção de transversalidade: delimitação das matérias confluentes**

Uma das características apontadas pela doutrina e jurisprudência constitucionais espanhola é a chamada “transversalidade”, ou “horizontalidade” de algumas competências, entre as quais a ambiental. Acontece quando há superposição com outras matérias afins, de atribuição competencial de outros entes estatais.

Um exemplo disso consiste, por exemplo, na sobreposição da matéria ambiental com a competência para legislar sobre “águas e energia” (art. 22, IV, CF/88), “regime de portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial” (art. 22, X, CF/88), “jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia” (art. 22, XII, CF/88), “atividades nucleares de qualquer natureza” (art. 22, XXVI), no âmbito da competência privativa da União.

Quanto às matérias da própria competência concorrente, especificamente (somente no âmbito do próprio art. 24 da CF/88), evidentemente, não ocorre a transversalidade, embora deva se proceder a uma delimitação das matérias também. A “caça”, “pesca”, “florestas”, “fauna” (art. 24, VI, CF/88) e “proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico” (art. 24, VI). A “caça e a pesca” diferenciam-se um pouco do caso espanhol, visto que pertencem

exclusivamente às Comunidades Autônomas, enquanto no Brasil, embora a doutrina considere-as como competência ambiental (inexistem discussões quanto a isso), observa-se, a rigor, serem matérias distintas, embora com alguns objetos comuns, justamente a proteção ao meio ambiente. No entanto, acolhem interesses contrapostos em outros aspectos, a justificar, por exemplo, até recentemente a existência de 2(dois) ministérios para tratarem separadamente do tema.<sup>1065</sup>

A situação se afigura mais complexa, porém, em relação à transversalidade (horizontalidade).

Como já mencionado, é o problema das matérias pertencentes às competências privativas, exclusivas da União, por exemplo, a legislação sobre “águas e energia”, “jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia”, “atividades nucleares”, enfim. Evidencia-se que todas essas matérias possuem em maior ou menor grau um ponto de contato comum com a matéria ambiental. São, porém, mais específicas, e foi intenção do constituinte tratá-las diferenciadamente da matéria ambiental, principalmente, pode-se concluir, naquilo que não possuam convergência com essa matéria. O caso da energia oferece um excelente exemplo nesse sentido<sup>1066</sup>, em que o objetivo primordial é a regulamentação da geração, da comercialização, das concessões, dos preços aos consumidores, enfim, apenas

---

<sup>1065</sup> É o caso do Ministério da Pesca e Aquicultura, e do Ministério do Meio ambiente. Enquanto o primeiro busca resguardar, sobretudo, os interesses comerciais vinculados à atividade pesqueira, o segundo muitas vezes exerce uma atividade protetiva do meio ambiente que acaba se contrapondo aos defendidos pela pasta da Pesca.

<sup>1066</sup> Cf. alguns trechos do art. 3º da Lei nº 9.427/96: “Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1o, compete à ANEEL: I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995; II - promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos; IV - gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica; V - dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores; VI - fixar os critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o § 6o do art. 15 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995, e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos; VII - articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos [...]”

residualmente pode haver interesse ambiental. O regime de minas constitui outro exemplo, em que a legislação de referência procura regulamentar a atividade comercial, a exploração, o regime de concessão das licenças<sup>1067</sup>, residualmente havendo um aspecto ambiental.

Existem, porém, pontos dessas legislações em que acontece evidente sobreposição com a matéria ambiental. Como resolver esse conflito, entre uma matéria de competência privativa da União (art. 22 CF/88), e outra em que existe concorrência (art. 24 CF/88) com os Estados-membros?

A doutrina brasileira desenvolveu critérios (ver cap. 3.3.2.1) em que (1) ou se considera que a legislação da União, por ser de natureza exclusiva, prevalece, podendo exaurir a matéria objeto de regulação<sup>1068</sup>; (2) ou então se considera que, nesses casos de competências confluentes, abre-se uma margem para complementação e exercício da autonomia dos Estados-membros, perdendo o caráter de exclusividade essas competências do art.22, da CF/88.

Nenhum dos critérios resolve satisfatoriamente a questão. Com efeito, entender-se que existe uma ampliação da competência exclusiva possibilita uma

---

<sup>1067</sup> Cf. os arts.1º a 3º do Decreto-Lei nº 227/67 (Código de Minas): Art. 1º Compete à União administrar os recursos minerais, a indústria de produção mineral e a distribuição, o comércio e o consumo de produtos minerais; Art. 2º. Os regimes de aproveitamento das substâncias minerais, para efeito deste Código, são: I - regime de concessão, quando depender de portaria de concessão do Ministro de Estado de Minas e Energia; II - regime de autorização, quando depender de expedição de alvará de autorização do Diretor-Geral do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM; III - regime de licenciamento, quando depender de licença expedida em obediência a regulamentos administrativos locais e de registro da licença no Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM; IV - regime de permissão de lavra garimpeira, quando depender de portaria de permissão do Diretor-Geral do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM; V - regime de monopolização, quando, em virtude de lei especial, depender de execução direta ou indireta do Governo Federal. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos órgãos da administração direta e autárquica da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo-lhes permitida a extração de substâncias minerais de emprego imediato na construção civil, definidas em Portaria do Ministério de Minas e Energia, para uso exclusivo em obras públicas por eles executadas diretamente, respeitados os direitos minerários em vigor nas áreas onde devam ser executadas as obras e vedada a comercialização; Art 3º Este Código regula: I - os direitos sobre as massas individualizadas de substâncias minerais ou fósseis, encontradas na superfície ou no interior da terra formando os recursos minerais do País; II - o regime de seu aproveitamento, e; III - a fiscalização pelo Govêrno Federal, da pesquisa, da lavra e de outros aspectos da industria mineral; § 1º. Não estão sujeitos aos preceitos deste Código os trabalhos de movimentação de terras e de desmonte de materiais in natura, que se fizerem necessários à abertura de vias de transporte, obras gerais de terraplenagem e de edificações, desde que não haja comercialização das terras e dos materiais resultantes dos referidos trabalhos e ficando o seu aproveitamento restrito à utilização na própria obra; § 2º. Compete ao Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM a execução deste Código e dos diplomas legais complementares.

<sup>1068</sup> Cf. voto do Min. Moreira Alves na Rp. 1153-4/RS

centralização excessiva, em assuntos que poderiam ser tratados pelos Estados-membros, em atendimento a suas peculiaridades locais. Por outro lado, pressupor um abrandamento dessa competência exclusiva, sem maiores preocupações do que se tentar uma delimitação efetiva, ou ainda, sopesando-se os diversos princípios e interesses contrapostos na ordem federativa, conduz a uma insegurança jurídica no tratamento da questão.

A jurisprudência constitucional brasileira adota o critério de prevalência da legislação federal, centralizando excessivamente a federação (ADI nº 3.813/RS; ADI nº 3.852/SC)

Da jurisprudência espanhola, convém transcrever-se o FJ 5 da STC 101/2005, que bem sintetiza o entendimento do Tribunal Constitucional sobre o tema:

El tercer criterio a tener en cuenta, destinado a tener alta relevancia en este conflicto, es el relativo al alcance de la "afectación transversal" que las directrices básicas medioambientales pueden tener, no ya sobre las normas de desarrollo legislativo y la ejecución en la propia materia de medio ambiente, sino sobre las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas con las que se entrecruzan y que están directamente implicadas (ordenación del territorio, caza, pesca fluvial y lacustre, pesca en aguas interiores, marisqueo, turismo, ocio y tiempo libre, desarrollo comunitario e investigación, entre otras).

Conviene que nos detengamos en este punto y fijemos que la afectación transversal del título competencial del Estado, que se ciñe al ámbito de lo básico (art. 149.1.23 CE), será conforme con el orden constitucional de competencias, en su condicionamiento de las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas, cuando dicha afectación se traduzca en la imposición de límites a las actividades sectoriales en razón a la apreciable repercusión negativa que el ejercicio ordinario de la actividad sectorial de que se trate pueda tener para la preservación de los parques nacionales. Cuando así ocurra, los límites impuestos podrán calificarse de normas básicas ex art. 149.1.23 CE.

Por el contrario la afectación transversal de las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas resultará vulneradora del orden competencial cuando la normativa estatal comporte, más que el establecimiento de limitaciones específicas o puntuales de las actividades sectoriales, una regulación de mayor alcance, incluso aunque dicha regulación presente una finalidad de protección ambiental, pues, obvio es, los parques nacionales no constituyen territorios exentos de la aplicación de las antedichas competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas. En estos casos, en suma, no estaremos ante normas básicas del medio ambiente, sino ante verdaderas normas encuadrables en la materia sectorial que en cada caso corresponda.

Una vez fijado el canon de enjuiciamiento de esta controversia competencial, no puede ignorarse, y debe ser reiterado una vez mas, que para que la afectación transversal de las competencias sectoriales implicadas favorezca el ejercicio de todas ellas son convenientes mecanismos de cooperación y coordinación de las Administraciones competentes (STC 194/2004 FFJJ 8 y 9).

A partir de los criterios que acabamos de enunciar, podemos ya proceder al examen y enjuiciamiento de los preceptos que se controvierten en este conflicto.

Ou seja, a compreensão é de que o exercício da competência concorrente ambiental não deve diminuir o exercício das competências denominadas setoriais. De outro modo, o exercício dessas últimas deve ser realizado respeitando-se os limites do básico previsto na legislação ambiental pertinente. Não há “abertura” das legislações, tampouco centralização excessiva. Estabelece-se que sejam delimitados dentro das próprias legislações referidas os campos em que há, ou pode haver, uma confluência com a matéria ambiental, e nessas situações, procura-se harmonizar as legislações. Não são todos os assuntos relativos à legislação de águas, por exemplo, que se referem à proteção ambiental. Existindo, porém, correlação com essa matéria, a legislação da União, por exemplo, deve deixar margem à complementação pelos Estados-membros; enquanto esses últimos devem respeitar a legislação de “normas gerais” da União.

Por fim, uma pequena distinção necessária. A transversalidade da legislação ambiental refere-se a essas competências afins, já mencionadas (água, minas e energia). Empregando-se uma terminologia de direito processual, há continência entre ambas, no sentido de que a legislação ambiental assume um caráter residual no âmbito dessas legislações específicas. É uma parte dessas (círculos concêntricos).

No entanto, existem situações em que a legislação ambiental utiliza-se de mecanismos que *podem*, ressalte-se bem, *podem* configurar matérias pertencentes a competência de outros entes estatais, e os exemplos mais conhecidos são o (1) comércio exterior, importação e exportação; e comércio interestadual (art. 22, VIII, da CF/88); (2) trânsito e transporte (art. 22, XI, CF/88). Nesses casos o constituinte atribuiu à União o exercício dessas competências sem intenção de que se legislasse, embora em caráter residual, sobre meio ambiente. Até porque, sob um

olhar histórico, trata-se de competências bastante antigas, existentes no direito constitucional mesmo antes da preocupação ambiental. Trata-se aqui de casos de conexão: o exercício dessas competências pode influenciar o exercício da competência ambiental. Se, pelos critérios comuns de interpretação constitucional evidenciar-se que a matéria conexa se enquadra *manifestamente* nessas competências diversas, a inconstitucionalidade formal se impõe imediatamente. Entretanto, os casos usualmente apreciados pelo Supremo Tribunal Federal são mais complexos, devendo-se proceder à delimitação possível, aplicando-se posteriormente o princípio da proporcionalidade, para os limites das “normas gerais”

Ao final, reforça-se mais uma vez, tanto na conexidade quanto na continência delimita-se o possível. E, para tanto, imprescindível consultar a eventual jurisprudência sobre a matéria, os ensinamentos da doutrina (Cf. cap. 4.2.1.1), enfim. O que restar duvidoso, considera-se pertencente à matéria ambiental e procede-se ao uso do princípio da proporcionalidade (doutrina alemã), com a exposição de todos os argumentos e princípios contrapostos, a fim de examinar-se o limite das “normas gerais”, e do equilíbrio federativo.

Desse modo, evita-se a utilização de presunções para a solução dos conflitos competenciais federativos, e oportuniza-se – na medida em efetivamente considerados os argumentos dos Estados-membros – a descentralização federativa, o equilíbrio dentro do possível.

### **6.2.2 A noção de bases como mínimo denominador comum**

Como já referido no cap. 5.3.2, para a doutrina constitucional espanhola o básico constitui uma ordenação mediante mínimos, denominador comum normativo, um padrão indispensável para a proteção do meio ambiente, uma estratificação da matéria por níveis, em que o estatal é suficiente e homogêneo, permitindo que as Comunidades Autônomas melhorem-no, adaptando-a a suas circunstâncias (STC 102/1995, FJ9)<sup>1069</sup>:

---

1069 Reiterada na STC 101/2005, FJ5

9. Lo básico, por una parte y desde una perspectiva constitucional, como ya se anunció más arriba, consiste en el común denominador normativo para todos en un sector determinado, pero sin olvidar, en su dimensión intelectual, el carácter nuclear, inherente al concepto. Lo dicho nos lleva a concluir que lo básico, como propio de la competencia estatal en esta materia, cumple más bien una función de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia establezcan niveles de protección más altos, como ya se dijo en la STC 170/1989. No son, por tanto, lo genérico o lo detallado, lo abstracto o lo concreto de cada norma, las piedras de toque para calificarla como básica, o no, sino su propia condición de tal a la luz de lo ya dicho. Comprobar si esa calificación del legislador ha sido correcta es función privativa de este Tribunal caso por caso, sin posibilidad de crear apriorísticamente una teoría que prevea todos los supuestos futuros ni anticipar criterios abstractos no contrastados con la realidad tópica.

Não se olvide, ainda, que nessa ordenação mediante mínimos o legislador estatal deve deixar um espaço para o desenvolvimento da legislação autonômica.

Nesse sentido, o FJ 8 da STC 102/1995:

El primero de estos criterios se concreta en que “en materia de medio ambiente el deber estatal de dejar un margen al desarrollo de la legislación básica por la normativa autonómica, aun siendo menor que en otros ámbitos, no puede llegar, frente a lo afirmado en la STC 149/1991 [FJ 1 D) *in fine*] de la cual hemos de apartarnos en este punto, a tal grado de detalle que no permita desarrollo legislativo alguno de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de medio ambiente, vaciándolas así de contenido” (STC 102/1995, FJ 8).

Portanto, o básico é constituído (1) mediante mínimos; (2) sem esquecer de deixar um espaço para o desenvolvimento da legislação autonômica, embora em matéria ambiental possa ser menor que em outras matérias (STC 102/1995).

Como se poderia vincular esse entendimento à concepção de “normas gerais” da Constituição brasileira? Uma das principais objeções que se fazem é uma questão de interpretação histórica. De fato,

Vista a questão das normas gerais como fixadoras de padrões mínimos de tutela ambiental, resta examiná-las como estabelecedoras de

limites ao eventual excesso de proteção do meio ambiente pelo legislador estadual. Em um sistema de repartição de competências como o brasileiro, no qual a maior parte das competências legislativas sobre meio ambiente é de natureza concorrente, poder-se-ia, em princípio, imaginar ser aplicável a regra da lei mais favorável à natureza, se interpretada a competência da União para editar normas gerais apenas como direcionada à fixação de *standards* mínimos de concretização dos princípios constitucionais relativos ao meio ambiente. Nesse caso, seriam admissíveis leis estaduais que assegurassem tal proteção em maior medida que a legislação federal. O problema desse tipo de conclusão é que, além de ser incompatível com uma interpretação histórica da Constituição de 1988, ela se olvida de que há outros bens jurídicos igualmente merecedores de tutela constitucional, bem como se revela colidente com a jurisprudência do STF sobre o assunto (ressalvadas as posições pessoais de alguns ministros da Corte).

No plano da exegese histórica, cabe mencionar que, durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, houve a tentativa, frustrada, de aprovar dispositivo que previa a prevalência, em matéria de defesa do meio ambiente, da lei mais severa. Baseado nesse argumento, Krell sustenta *ser inaceitável a teoria da vigência universal de um “sistema de proteção máxima” em todas as áreas da proteção ambiental.*<sup>1070</sup>

Em que pese esses argumentos, não se mostram suficiente a afastar a possibilidade de um ordenamento mediante mínimos na doutrina brasileira.

Antes de responder a essas objeções, porém, deve-se desdobrá-las em partes: (1) uma primeira, relativa à concepção como mínimo comum; (2) outra, referente às normas adicionais de proteção pelo Estado-membro. Ainda que ambas possuam estrita vinculação, devem ser analisadas separadamente (as normas adicionais no próximo item 6.2.3).

As “normas gerais”, como já visto, possuem no entendimento predominante da doutrina e jurisprudência o sentido de uniformidade (ver Cap. 4.2.2.2), a necessidade de homogeneização de determinada matéria, sendo justamente por isso atribuído à União essa competência para o estabelecimento desse padrão. O primeiro sentido atribuído à legislação básica, portanto, em princípio não encontraria obstáculo para ser recepcionado pela doutrina brasileira, tampouco a necessidade de que essa legislação não esgote a matéria, deixando espaço para complementação e desenvolvimento do Estado-membro.

---

1070 MONTEIRO DE REZENDE, Renato. *“normas gerais” revisitadas: a competência legislativa em matéria ambiental*. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Senado Federal. Brasília: 2013. p. 51



Ocorre que esse espaço para complementação é um dos aspectos em que a jurisprudência apresenta problemas, sendo a posição predominante no sentido de que “na sistemática da competência concorrente, o legislador local objetiva o preenchimento de lacunas acaso verificadas na legislação federal.” (ADI 3.645/PR, ADI 3.035/PR, ADI 3.098/SP<sup>1071</sup>)

Esse entendimento, forçoso reconhecer, não assegura proteção efetiva ao meio ambiente. Ainda, ao estabelecer que a legislação federal de “normas gerais” deve deixar um espaço para complementação, mister reconhecer que não deve ser restrito ao preenchimento de lacunas, sob pena de menoscabar a autonomia do Estado-membro totalmente. E, mais uma vez, promover-se a centralização excessiva da federação brasileira.

É o que, desafortunadamente, acaba ocorrendo.

Pois bem, retornando à primeira concepção (mínimo denominador comum, ordenação mediante mínimos), entende-se que o argumento histórico não constitui obstáculo a que se possa admitir essa compreensão. Até porque, da leitura dos anais da constituinte de 1988, o que se verifica é o não acolhimento do critério *in dubio pro meio ambiente* para a resolução de conflitos competenciais normativos, o qual estabelecia a prevalência de lei mais restritiva a favor da proteção ambiental<sup>1072</sup>.

---

<sup>1071</sup> O art. 24 da CF compreende competência estadual concorrente não cumulativa ou suplementar (art. 24, § 2º) e competência estadual concorrente cumulativa (art. 24, § 3º). Na primeira hipótese, existente a lei federal de “normas gerais” (art. 24, § 1º), poderão os Estados e o Distrito Federal, no uso da competência suplementar, preencher os vazios da lei federal de “normas gerais”, a fim de afeiçoá-la às peculiaridades locais (art. 24, § 2º); na segunda hipótese, poderão os Estados e o Distrito Federal, inexistente a lei federal de “normas gerais”, exercer a competência legislativa plena ‘para atender a suas peculiaridades’ (art. 24, § 3º). Sobrevindo a lei federal de “normas gerais”, suspende esta a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (art. 24, § 4º). A Lei 10.860, de 31-8-2001, do Estado de São Paulo foi além da competência estadual concorrente não cumulativa e cumulativa, pelo que afrontou a CF, art. 22, XXIV, e art. 24, IX, § 2º e § 3º.” (ADI 3.098, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 24-11-2005, Plenário, DJ de 10-3-2006.)

<sup>1072</sup> Segundo Andreas Krell, “No Brasil, há autores que defendem a tese de que, em todo campo da proteção do meio ambiente, sempre deva prevalecer a norma das três esferas que mais proteja o meio ambiente. Segundo essa teoria, os municípios poderiam – a qualquer hora – sobrepujar as normas superiores no seu amparo ecológico. Forte argumento contra a introdução generalizada desse sistema é o fato de que, na Constituinte, foram rejeitadas várias propostas que tiveram por objetivo fazer vigorar sempre o dispositivo legal ‘que mais proteja o meio ambiente’, não importando se ele fosse federal, estadual ou municipal.” *in* KRELL, Andreas J. *Autonomia municipal e proteção ambiental: critérios para definição das competências legislativas e das políticas locais*. *in* KRELL, Andreas J. (organizador). *A aplicação do direito ambiental no estado federativo*. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2005. p. 183

Tratava-se do art. 111 do anteprojeto produzido pela Comissão da Ordem Social, que dizia:

A União, os Estados e Municípios, ouvido o Poder Legislativo, podem estabelecer, concorrentemente, restrições legais e administrativas visando à proteção ambiental e à defesa dos recursos naturais, prevalecendo o dispositivo mais severo.

E mesmo esse argumento, consoante já visto (Cap 3.3.2.1.2), não tem sido obstáculo ao reconhecimento do princípio *in dubio pro natura* pelo Superior Tribunal de Justiça, mesmo que a situação aqui seja distinta. E que se tenha as restrições já referida a sua utilização.

Assim, isso não implica a inaceitabilidade da concepção de uniformização mediante mínimos. E tampouco a impossibilidade de estabelecer critérios mais restritivos por parte dos Estados-membros. Não há nada no texto constitucional do art. 24 que impeça esse entendimento.

A concepção do ponto de vista da uniformidade e homogeneização possui maior coerência, principalmente em se tratando de proteção ao meio ambiente, se conciliada ao sentido de uniformidade mediante um mínimo denominador comum. Não haveria sentido, por exemplo, em uma “ordenação mediante máximos” justamente pela impossibilidade de deixar-se uma margem de desenvolvimento legislativo para os Estados-membros.

Por outro lado, uma ordenação mediante mínimos, a partir do qual os Estados-membros podem desenvolver suas legislações, inclusive ampliando o nível de proteção, mostra-se mais de acordo com a ideia de proteção ambiental do art. 225 da Constituição de 1988, alçado à categoria de direito fundamental, competindo ao Estado brasileiro zelar por sua efetivação. E mais, também possui maior coerência com em Estado federal equilibrado, em que as relações interestatais possam ser exercidas com garantia de efetiva autonomia.

Essa ordenação mediante mínimos, entretanto, contribui, mas sozinha não soluciona um dos problemas fundamentais dos conflitos federativos, que consiste

justamente em saber o que é esse “mínimo”, o ponto a partir do qual a legislação federal de “normas gerais” infringe a competência dos Estados-membros para desenvolvimento e complementação, e vice-versa.

À semelhança da jurisprudência constitucional espanhola, isso somente poderá ser verificado caso a caso (STC 101/2005), e pela Corte Constitucional. Em Espanha, essa dificuldade acerca da inconstitucionalidade do “básico” também é sentida, como o demonstram algumas sentenças do Tribunal Constitucional em matéria ambiental (Cf. STC 69/2013; STC 102/95), em que se admite inclusive maior grau de detalhamento. No Brasil, apesar dos esforços de pesquisa empreendidos, não se encontrou uma decisão sequer, em matéria ambiental, no qual o Supremo Tribunal Federal tenha declarado a inconstitucionalidade de lei federal por ultrapassar os limites das “normas gerais”. Em outras matérias, em raras ocasiões, como na ADI 927-3 (direito administrativo - licitações), e na Medida Cautelar da ADI 4167 (educação e funcionalismo público)<sup>1073</sup>, a comprovar, além das dificuldades inerentes à solução dessas questões, a interpretação centralizadora do Supremo Tribunal Federal.

Assim, não se encontra prejudicado a recepção desse entendimento relativo à legislação básica espanhola, podendo-se sim conceber as “normas gerais” como um mínimo denominador comum, garantindo-se uma margem para a complementação e desenvolvimento por parte dos Estados-membros. Assegura-se uniformidade, homogeneidade, mas não somente isso, permite-se a construção de um patamar mínimo a partir do qual podem ser ampliados os níveis de proteção ambiental, e não apenas o preenchimento de lacunas da lei federal, como atualmente preconiza a jurisprudência constitucional brasileira.

O princípio da proporcionalidade permite, nesses casos, justamente por meio do subprincípio da necessidade, identificar as situações em que a legislação federal se deteve a esse aspecto de ‘ordenação mediante mínimos’, ou se o Estado-

---

<sup>1073</sup> Na decisão final, a parte referente ao regime de carga horária, que na medida cautelar encontrou acolhida, foi julgada improcedente, julgando-se válida a lei federal de “normas gerais”. Vencida a Min. Carmen Lúcia, que nesse ponto reiterava que, “neste caso, o § 4º do art. 2º, de alguma forma, criava, pelo menos, uma situação em que a autonomia federativa não poderia ser exercida plenamente pela entidade local. E continuo – da análise que fiz – entendendo que realmente o município é que pode fixar, diante das peculiaridades locais, esta demanda e como dela cuidar, desde que atendidas as normas constitucionais especificamente quanto à garantia de aperfeiçoamento, e da valorização do Magistério.”

membro ultrapassou o limite de desenvolvimento dessa legislação em atendimento às suas peculiaridades locais.

O problema do incremento desse nível mínimo de proteção, ou do seu decréscimo, será visto a seguir.

### 6.2.3 A legislação do Estado-membro como norma adicional de proteção

José Blanco Díaz, com respaldo na STC 170/1989, esclarece a concepção da doutrina e jurisprudência constitucional espanhola acerca das normas adicionais de proteção:

[...]Así, en un primer momento se entendió que la legislación básica no cumple en este caso “una función de uniformidad relativa, sino más bien de ordenación mediante mínimos que ha de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que cada una de las Comunidades Autónomas, con competencia en la materia, establezcan niveles de protección más altos que no entrarían por sólo eso en contradicción con la normativa básica del Estado”, es decir, que pueden “completar o reforzar los niveles de protección previstos en esa legislación básica, siempre que esas medidas legales autonómicas sean compatibles, no contradigan, ignoren, reduzcan o limiten la protección establecida en la legislación básica del Estado”, en el ejercicio de su competencias de establecer normas adicionales de protección (STC 170/1989, FJ 2).<sup>1074</sup>

Concebida a legislação básica como ordenamento mínimo, as normas adicionais de proteção das Comunidades Autônomas reforçam ou estabelecem níveis mais elevados de proteção que os conferidos pela legislação estatal. Essas medidas devem ser compatíveis, não contradizer, ignorar ou reduzir a proteção definida pela legislação básica.

No Brasil, pode a legislação do Estado-membro estabelecer níveis mais reforçados de proteção que a legislação federal de “normas gerais”? Ou mesmo reduzi-los?

---

<sup>1074</sup>BLASCO DÍAZ, José Luís. *La distribución competencial en materia de costas*. REAF, num. 10, abril de 2010. p. 268-9

A adotar-se uma compreensão de ordenamento mediante mínimos para as “normas gerais”, parece evidente que esse padrão não pode ser reduzido. Ainda, isso se mostra mais coerente com uma posição de efetiva proteção ao meio ambiente, tal como previsto no art. 225 da Constituição de 1988 (direito fundamental). O argumento histórico de interpretação constitucional não se sustenta, pois o constituinte apenas opôs-se ao art. 111 do anteprojeto de Ordem Econômica e Social, que, como já visto, nada dizia respeito a um ordenamento mediante mínimos, tampouco obstava a adoção de níveis mais elevados de proteção pelos Estados-membros. O que foi descartado pelo constituinte foi um dispositivo que estabelecia o princípio *in dubio pro natura* em caso de conflito normativo. E tão-somente isso.

Mesmo assim, *ad argumentandum*, ainda que se pretendesse acolher essa objeção, o texto constitucional consagra expressamente o poder residual dos Estados-membros (art. 25, § 1º. São reservadas aos Estados as competências que não lhe sejam vedadas por esta Constituição). Ou seja, aos Estados-membros não somente é atribuída uma competência para complementar e desenvolver a legislação de “normas gerais” (art. 24, §§3º e 4º), mas também, se o desejarem, a competência para o estabelecimento de “normas adicionais de proteção em matéria ambiental”. Entende-se que esse argumento apenas reforçaria essa competência, pois obviamente deve-se respeitar o contexto das relações intrafederativas, observando-se os princípios da cooperação e lealdade federais.

Com efeito, é evidente que essas normas adicionais de proteção devem encontrar um limite, qual seja, os limites impostos pelos princípios da solidariedade, mais especificamente da lealdade federal, no exercício dessa competência. Esse é um fundamento que pode e deve ser aplicado, mesmo que se quisesse admitir (somente *ad argumentandum*), em casos excepcionais, os Estados-membros poderem diminuir o nível de proteção conferido pela legislação federal. Isso evitaria o nivelamento por baixo<sup>1075</sup>, como o denominado nivelamento por cima. Remete-se, aqui, ao exemplo da proibição da caça mencionado por Santiago Muñoz Machado, e a eventual pressão que isso exerceria sobre as Comunidades Autônomas

---

1075 MONTEIRO DE REZENDE, Renato. “normas gerais” revisitadas: a competência legislativa em matéria ambiental. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Senado Federal. Brasília: 2013. p. 39

vizinhas<sup>1076</sup>. A rigor, os limites impostos por esses princípios aplicam-se em ambos sentidos, o que justificaria, em princípio, a desnecessidade da concepção mediante mínimos, com a possibilidade apenas de aumento dos níveis protetivos, para o caso brasileiro (relembrar que na Espanha há dispositivo constitucional expreso). Acredita-se, contudo, que isso somente prejudicaria ainda mais os conflitos competenciais brasileiros, pois (1) o meio ambiente nacional precisa urgentemente de proteção efetiva; (2) em vez de auxiliar a resolução desses conflitos, ocasionaria ainda mais insegurança jurídica à interpretação constitucional brasileira.

O que se busca é algo mais simples e efetivo: possibilitar a descentralização da federação brasileira, em matéria ambiental, para os Estados-membros, com eventuais níveis adicionais de proteção.

Acredita-se que a concepção de “mínimo denominador comum”, com possibilidade de edição de normas adicionais de proteção pelos Estados-membros, eventualmente dosando alguns excessos com fundamento no princípio da lealdade federal, é a mais conveniente à realidade federativa brasileira atual. E, também, a que mais pode contribuir à resolução dos conflitos competenciais Estados-membros v. União.

É sabido que o direito ambiental pode, muitas vezes, prestar-se como instrumento para a realização de determinadas políticas econômicas, seja concedendo incentivos, que se configuram, em alguns casos, em leis ambientais menos rigorosas, seja impondo barreiras alfandegárias, ao estabelecer exigências que impossibilitam a livre circulação de mercadorias<sup>1077</sup>. Nesses casos, o rótulo da

1076 MUÑOZ MACHADO, Santiago. *La distribución de competencias entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las corporaciones locales en materia de medio ambiente*. Documentación administrativa, ISSN 0012-4494, Nº 190, 1981 (Ejemplar dedicado a: Ecología y medio ambiente). p. 376-7

1077 “O primeiro fenômeno se caracteriza pela progressiva diminuição das exigências da legislação ambiental, com o objetivo de atrair mais investimentos ou impedir que os agentes econômicos transfiram os fatores de produção para outros Estados. No limite, a adoção desse tipo de postura por todos os Estados conduz a uma redução global nos níveis de proteção ambiental e de bem-estar social na federação. O segundo problema, a instituição de restrições econômicas ao comércio interestadual, pode ocorrer quando um Estado, não pretendendo reduzir os níveis de proteção em seu território, procura reduzir suas desvantagens competitivas através de medidas protecionistas contra Estados que adotem legislação menos protetora do meio ambiente. Ainda segundo a perspectiva centralizadora, o legislador nacional estaria mais imune a pressões de agentes econômicos locais na edição de normas ambientais, podendo atuar com maior independência. Nesse cenário, os riscos de um *deficit* de proteção seriam menores.[...]” in MONTEIRO DE REZENDE, Renato. *“normas gerais” revisitadas: a competência legislativa em matéria ambiental*. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Senado Federal. Brasília: 2013. p. 40

legislação, ainda que sob o título de proteção ambiental, traduz-se na verdade em lei sobre comércio exterior, ou importação e exportação, enfim. O problema é que na grande maioria dos casos isso é realizado de modo sub-reptício, sendo os termos jurídicos empregados pouco explícitos. E, na grande maioria das vezes, isso é realizado reduzindo-se o padrão mínimo protetivo estabelecido pela legislação federal. Na doutrina brasileira, Paulo de Bessa Antunes, entretanto, critica um padrão mínimo que seja insuscetível de redução, pois os padrões brasileiros são cópias dos americanos e europeus (não condizentes à realidade nacional), e também por entender que os resultados muitas vezes são diversos dos pretendidos.

1078

Mesmo considerando esses argumentos, e as dificuldades de muitos Estados-membros para a adoção dos padrões mínimos determinados pela legislação federal, entende-se que a concepção de “normas gerais” como (1) mínimo denominador comum, com um espaço para desenvolvimento da legislação estadual; (2) possível de complementação, não apenas adaptando-a a suas peculiaridades, mas também sem prejuízo de adotar-se níveis mais elevados de proteção, mostra-se mais coerente com a proteção do direito fundamental ao meio ambiente, e também com o equilíbrio das relações federativas brasileiras.

De fato, a concepção de mínimo denominador comum, como já referido, não isenta o intérprete da árdua tarefa de tentar delimitar esse mínimo, e até que ponto

---

1078 Diz esse autor: “de fato, ao se estabelecer, acriticamente, o postulado de que a norma legal estadual ou municipal deve ser mais exigente, algumas questões fundamentais passam a merecer a necessária atenção. (i) A primeira delas é que os padrões e parâmetros ambientais devem ser estabelecidos em função da chamada *capacidade de suporte*, ou seja, da maior ou menor aptidão do meio ambiente em absorver esta ou aquela substância. Isto, como se sabe, varia de local para local, de estação para estação e depende de uma infinidade de fatores que devem ser concretamente considerados. Uma questão de fato que, obrigatoriamente, deve ser analisada é que os diferentes padrões adotados no Brasil, com poucas exceções, não têm base em pesquisa original que identifique quais são os níveis adequados ou peculiares. Em geral, os parâmetros aqui adotados são meras reproduções dos padrões americanos, europeus ou japoneses; (ii) na medida em que somente se reconhece aos Estados a possibilidade de ser 'mais exigente', ele, de fato, passa a não exercer as suas competências legislativas, visto que ser 'mais exigente' implicaria direcionar a indústria para locais 'menos exigentes' ou que, mantendo níveis de exigência semelhantes, sejam situados mais próximos do mercado consumidor, dos fornecedores de matéria-prima e que possuam boa infra-estrutura ou que, tributariamente, sejam mais vantajosos; (iii) o 'mais exigente' implica concentração industrial nas áreas mais industrializadas, visto que, como regra, oferecem melhores condições básicas para novos empreendimentos. O resultado, portanto, é exatamente o inverso daquele pretendido. Ao se buscar gerar 'menos poluição', agrava-se a poluição das locais já poluídas e agrava-se, igualmente, a concentração industrial; (iv) a ideia 'mais exigente' por fim demonstra uma crença ingênua no padrão 'zero poluição', pois sempre se pode 'apertar o cinto' até chegar ao nível zero.” in ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e Competências Ambientais no Brasil*. Lumen Juris Editora. Rio de Janeiro. 2007. p. 302-3

permite um espaço para o desenvolvimento da legislação do Estado-membro. Ou seja, eventualmente o Estado-membro que se sentir prejudicado pode arguir a inconstitucionalidade por violação a esse dispositivo, sustentando justamente que determinada exigência (mínimo) não permite espaço para o atendimento de suas peculiaridades locais. Além do mais, sempre há a alternativa de estabelecimento de prazos para o cumprimento de exigências legislativas, principalmente para adequar-se aos padrões mínimos estabelecidos pela legislação federal. Um exemplo, nesse contexto, são os tratados internacionais sobre emissões de gases responsáveis pelo efeito estufa, em que diversos países se comprometem com metas, no decorrer do tempo, até que sejam atingidos os respectivos níveis estabelecidos.

O que se torna complicado, se o objetivo é promover maior defesa do meio ambiente, é conceber-se situações excepcionais que permitam reduzir esse mínimo padrão protetivo, principalmente havendo alternativas viáveis para sua implementação. As exceções, em direito do meio ambiente, sempre devem ser vistas com cautela.

O que não se pode é continuar com a atual sistemática de resoluções de conflitos federativos da jurisprudência brasileira, assistemática, confusa, e orientada segundo critérios que somente decidem favoravelmente à União. Esse centralização, despidendo dizer, não tem protegido eficientemente o patrimônio ambiental brasileiro.

Ao final desse item, essas dificuldades reforçam a adoção do princípio da proporcionalidade como um critério na resolução desses conflitos federativos competenciais, na medida em que sua estrutura lógico-argumentativa permite que todas essas variáveis, todos esses princípios, possam e devam ser considerados quando das decisões dos casos submetidos à Suprema Corte.

Afinal, o “mínimo denominador comum” deve situar-se entre os limites da proibição de excesso e da proibição de proteção deficiente.

#### **6.2.4 O princípio da proporcionalidade**



O princípio da proporcionalidade, no Tratado da União Europeia, consta expressamente nos dispositivos dos arts. 4º e 5º.

A análise de alguns casos submetidos perante o Tribunal de Justiça da União Europeia (cap. 5.4.3.2) permitiu verificar que aquela Corte emprega rotineiramente o princípio da proporcionalidade (doutrina alemã) para avaliar se as medidas adotadas pela União, no exercício de sua competência, encontram-se de acordo com esse princípio. Em um dos casos, pelo menos, a própria legislação do Estado-membro foi submetida a essa análise, para verificação de obediência ou não ao cumprimento dos tratados.

Embora haja uma prevalência do subprincípio da necessidade (dentre os itens escolhidos para a consecução de determinado objetivo, escolhe-se aquele que impuser menos medidas restritivas, ou menos gravosas, a outro direito assegurado), pode-se afirmar que algumas decisões, entretanto, passam pelos três subprincípios: idoneidade, necessidade, e proporcionalidade *stricto sensu*. A Corte adota uma postura de *self restraint*, havendo poucos casos nos quais uma medida da União foi considerada inválida.

É interessante observar, também, que alguns entendimentos já se encontram consolidados, sendo usualmente repetidos nas decisões fundadas no princípio da proporcionalidade, podendo-se mencionar (1) a ampla margem de escolha do legislador dentre os meios colocados a sua disposição para a proteção ambiental; (2) a necessidade de observância do princípio da precaução, com os conhecimentos técnicos e científicos possíveis e existentes à época da edição do ato normativo, não sendo exigido um prognóstico definitivo por parte do legislador, enfim.

Há, portanto, uma doutrina consolidada em matéria ambiental no TJUE.

No Brasil, essa doutrina do princípio da proporcionalidade pode ser recepcionada como um método para a resolução dos conflitos federativos competenciais Estados-membros v. União. Como já observado no Cap. 2, encontra-se plenamente consolidado pelo Supremo Tribunal Federal sua utilização no campo das restrições e conformações dos direitos fundamentais. E, importante também lembrar, a proteção ao meio ambiente é um direito fundamental na Constituição

brasileira (art. 225), de modo que eventuais críticas de âmbito doutrinário, quanto a esse aspecto específico, restariam prejudicadas.

Assim, a proporcionalidade pode-se mostrar um critério viável principalmente porque já encontra ampla aceitação na doutrina constitucional brasileira, notadamente no âmbito dos direitos fundamentais. No âmbito federativo, apenas em 4 (quatro) situações foi empregado<sup>1079</sup>, e mais recentemente em conflito competencial Estado-membro v. Município, que será analisado na sequência (Cap. 6.3.3). Ou seja, já se inicia uma abertura também nesse campo.

Dentre as vantagens da utilização do princípio da proporcionalidade pode-se mencionar: (1) conferir maior flexibilidade à hermenêutica constitucional brasileira, propiciando uma descentralização das relações federativas; (2) uma sistematicidade à resolução desses conflitos, na medida em que a utilização dos critérios (subprincípios) pelos quais o intérprete deve passar para aplicar a proporcionalidade exige maior transparência argumentativa; (3) contribuir, em se conseguindo maior sistematicidade, clareza argumentativa, para construir uma rede de precedentes que confirmam maior segurança jurídica e estabilidade às relações federativas.

Não se tem a menor dúvida que isso contribuirá para possibilitar maior efetividade à proteção ambiental brasileira.

Em síntese, abandonar, definitivamente, os atuais critérios pouco sistemáticos, rígidos e favoráveis somente à centralização federativa.

Acrescente-se, também, que um dos principais problemas consiste em saber-se os contornos dos limites das “normas gerais”. Essas situações devem ser decididas caso a caso, pela Corte Constitucional (STC 101/2005), sendo razoável, portanto, aplicar-se o princípio da proporcionalidade, expondo-se todos os argumentos e princípios colidentes, a fim de melhor verificar esses limites, caso a caso. O “mínimo denominador comum” deve situar-se entre os limites da proibição de excesso e da proibição de proteção deficiente.

Ressalte-se mais uma vez. No Brasil, como visto no cap. 2.4, a proporcionalidade já encontra plena aplicabilidade e aceitação no âmbito da análise

---

1079 IF 2915-5/SP; ADIMC 4298/TO; RE 586224/SP, ADI 4954/AC

de constitucionalidade dos direitos fundamentais<sup>1080</sup>. No campo das relações federativas, em pelo menos 4 (quatro) oportunidades o Supremo Tribunal utilizou-se desse princípio. Uma para avaliar a constitucionalidade de decretação de intervenção federal em um Estado-membro; outra relativa à auto-organização de um Estado-membro; e nas duas últimas, mais recentes (2014 e 2015), para verificação de constitucionalidade de leis que envolviam conflitos competenciais federativos: (1) um caso de direito à saúde (lei federal v. lei estadual)<sup>1081</sup>, e (2) outra no campo ambiental (lei estadual v. lei municipal)<sup>1082</sup>. É importante ressaltar que, em ambos os casos, não se empregou expressamente o princípio da proporcionalidade com intenção de resolução do conflito, ressaltando-se nos votos apenas a análise da constitucionalidade material.

Agora, analisam-se esses critérios do direito comparado na resolução dos conflitos competenciais brasileiros.

### 6.3 Discussão e análise de conflitos competenciais brasileiros

No capítulo 4.3, foram visto alguns dos principais conflitos federativos competenciais em matéria ambiental analisados pelo Supremo Tribunal Federal. O objetivo, àquela ocasião, era somente demonstrar o contexto fático dessas questões, as discussões apresentadas, os questionamentos jurídicos e os argumentos utilizados.

Em síntese, como atualmente são decididos pela Suprema Corte brasileira. E a resposta foi utilizando-se de *critérios extremamente centralizadores*.

---

1080 Pesquisa realizada no site do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, referiu que desde 05.10.1988 a 01.01.2016, a expressão “princípio da proporcionalidade” foi encontrada em 616 (seiscentos e dezesseis) acórdãos. Ver <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28princípio+da+proporcionalidade%29%28%40JULG+%3E%3D+19881005%29%28%40JULG+%3C%3D+20160101%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zx9mgoq> Acesso em 25.07.2016, às 16:39h

1081 ADI nº 4.854/AC

1082 RE nº 568.224/SP

Pôde verificar-se que muitas dessas questões se repetem no decorrer dos anos perante a Corte (algumas há 30 anos, como no caso dos agrotóxicos), o que se deve, em grande parte, à ausência de um modelo de decisão firme e transparente, a permitir a consolidação de doutrina jurisprudencial a respeito do tema. Visualizou-se, também, muitos dos critérios centralizadores empregados, e que remanescem ao longo dos anos, sem todavia oferecerem resposta satisfatória. E, pior ainda, contribuindo para a permanência dessa conflituosidade, com prejuízo à proteção ambiental.

Agora, nesse ponto do trabalho, feita (1) uma remodelação das perguntas formuladas, enquadrando-se os tipos de conflitos federativos existentes; (2) bem como uma incorporação de alguns conceitos empregados na resolução desses mesmos conflitos, para os quais se buscou auxílio na doutrina constitucional espanhola comparada, e europeia, objetiva-se verificar como podem ser resolvidas essas discussões jurídicas apresentadas perante o Supremo Tribunal Federal. Com auxílio do (1) princípio da proporcionalidade; e das concepções de (2) “legislação básica + normas adicionais de proteção” e da “transversalidade”.

A título de revisão, já exposta quando da reformulação das questões (cap. 4), convém lembrar que:

(1ª modalidade): ou se trata de um conflito dentro do âmbito da própria legislação concorrente (art. 24), na questão dos limites da norma geral ambiental;

(2ª modalidade): ou se trata de um problema envolvendo legislação concorrente ambiental com legislação privativa da União.

Esses a grande maioria dos casos.

Assim, delimitado inicialmente que se trata de uma lei federal ambiental (de “normas gerais”); ou uma lei estadual ambiental; o que pode ocorrer é que:

(Tipo 1) deve-se verificar se essa lei federal extrapolou das “normas gerais”, invadindo o campo complementar dos Estados-membros;

(Tipo 2) ou deve-se verificar se essa lei estadual extravasou o espaço de complementação das peculiaridades, invadindo o campo federal das “normas gerais”.

Em qualquer dessas situações, parte-se na sequência para o princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade, proporcionalidade *stricto sensu*), sempre segundo a concepção de “mínimo denominador comum”, e a necessidade de espaço para complementação, com possibilidade de “normas adicionais de proteção” pelos Estados-membros. E mais, nos conflitos que envolvam a transversalidade, adotando-se a concepção que se deve delimitar o possível a matéria, respeitando-se posteriormente os espaços de atuação de cada ente, sem estabelecimento de presunções.

Esses os dois tipos de conflitos iniciais.

Também pode ocorrer (bastante comum na jurisprudência brasileira), que:

(Tipo 3) a legislação dos Estados-membros, a título de proteção ao meio ambiente, utilize-se de algum mecanismo que *pode* pertencer a uma das matérias pertencentes ao campo de competência exclusiva da União.

Os exemplos mais clássicos são o (1) comércio exterior (importação e exportação) e interestadual; (2) trânsito e transporte. Se pelos critérios tradicionais de interpretação, e pela jurisprudência consolidada, ficar evidenciado que a legislação estadual manifestamente invadiu a competência da União, a inconstitucionalidade formal se impõe de plano. O problema, contudo, é que nem sempre esse enquadramento é claro e evidente, daí partindo-se para a concepção de transversalidade, com o subsequente emprego da proporcionalidade. Verifica-se os limites das “normas gerais”, que a legislação ambiental deve respeitar na federação brasileira.

Como já referido, convém diferenciar “conexidade” de “transversalidade”. Esta última refere-se mais a competências afins à matéria ambiental, que por uma escolha do legislador constituinte pretendeu-se especificá-las, para dar-se um tratamento diferenciado em relação a outros aspectos, mas que guardam uma evidente zona de confluência com a legislação ambiental. É o caso da legislação de águas, minas e energia, atividades nucleares. Nesses casos, o entendimento é de que o exercício dessas competências deve ser conjugado. Assim, por exemplo, a legislação exclusiva da União sobre águas, nos pontos em que se refere ao meio ambiente, deve deixar um espaço para desenvolvimento da legislação do Estado-membro; e o contrário também pode ser referido.

Esse último caso, que seria um 4º tipo de conflito, entretanto, acaba recaindo na situação dos outros tipos. Verificar os limites das “normas gerais”, que a legislação ambiental brasileira deve respeitar.

Haveria, de acordo com o esquema lógico dos conflitos, mais dois tipos. Na legislação e jurisprudência brasileiras, quase todos os casos inserem-se nos três primeiros tipos.

### **6.3.1 Leis ambientais estaduais: invasão da competência privativa da União ou das “normas gerais” da União**

Esses 2 (dois) casos (tipos 2 e 3) são os mais comumente apreciados pela Suprema Corte, e os que mais foram observados no referente à matéria ambiental.

Seja no caso do amianto, ou dos agrotóxicos, as questões envolviam leis estaduais que, ou desbordavam dos limites de complementação das “normas gerais” da União, atendendo às peculiaridades locais; ou, então, essas mesmas leis estaduais, para a consecução do objetivo de proteção ambiental, acabavam se utilizando de mecanismos que podiam pertencer a matérias pertencentes ao campo de competência exclusiva da União.

Invariavelmente, verificou-se que acabavam legislando sobre matéria referente aos transportes, ou ao comércio exterior e interestadual, ou importação e exportação.

A seguir, valendo-se da nova sistemática proposta, principalmente de uma concepção de “normas gerais” como ordenação mediante mínimos, com possibilidade de ampliação protetiva pelo Estado-membro, sem esquecer o necessário espaço para o desenvolvimento da legislação descentralizada. Ainda, com suporte no princípio da proporcionalidade, procura-se resolver essas questões, demonstrando sua aplicabilidade.

### **6.3.1.1 Casos relativos ao amianto (asbesto)**

Em relação ao asbesto, como já referido (Cap. 4.3.1), há diversas ações no Supremo Tribunal Federal, ADI 3.356, ADI 3.406, ADI 3.357, ADIMC 3.937, ADI 2.656, ADI 2.396, ADI 4.066, ADPFMC 234.

Na ADI 2.396/MS, tratava-se de lei (Lei nº 2.210/01) do Estado do Mato Grosso do Sul que proibia a “fabricação, ingresso, comercialização e estocagem de amianto, ou produtos à base de amianto, destinados à construção civil”. Alegava-se usurpação das “normas gerais” da União (Lei nº 9.055/95), tendo o Estado-membro excedido a sua competência complementar.

A matéria se encontra perfeitamente delimitada: ambiental. Trata-se de um conflito de tipo 2 (estrito âmbito da competência concorrente), normas do Estado-membro que podem estar invadindo o campo das “normas gerais” da União, excedendo-se de sua competência complementar. Ocorre estritamente dentro do âmbito da competência concorrente ambiental.

A aplicação da proporcionalidade, aqui, abrange as 3 etapas. Inicialmente, pode-se afirmar que:

- (1) o meio utilizado é capaz de fomentar à proteção ao meio ambiente e à

saúde perseguidos pela norma. Efetivamente, a proibição de fabricação, ingresso, comercialização, estocagem no âmbito da construção civil (um dos ramos que mais se utiliza dessa substância), mostra-se capaz de propiciar mais proteção;

(2) necessidade, se constitui o meio menos gravoso hábil à consecução do objetivo pretendido, é mister uma comparação com a legislação federal. De fato, essa última permite a modalidade crisotila (amianto branco), e resguarda-se de todos os modos quanto a sua utilização. Ocorre que os estudos apresentados (isso ocorreu fundamentalmente na ADIMC 3.937), mostram que todas as modalidades apresentam graves riscos à saúde, tanto que banida na maioria dos países, inclusive na China. Ainda, foi demonstrado haver alternativas viáveis, embora mais onerosas, à utilização dessa substância. Nesse quesito, portanto, ante as circunstâncias fáticas, era a única medida possível a ser adotada para a preservação do meio ambiente, da saúde humana;

(3) proporcionalidade *stricto sensu*, entende-se que os benefícios trazidos pela proteção ao meio ambiente justificam a restrição imposta pela lei do Estado-membro. Ainda, a norma mais protetiva ambientalmente do Estado-membro, conjugando-se com o princípio da lealdade, não impõe um sacrifício demasiado oneroso às demais entidades federativas, visto que o impacto é na construção civil local.

O conflito, nesse caso, pode ser resolvido favoravelmente à lei do Estado-membro. Ainda, sem a utilização da concepção tradicional de “normas gerais” adotada no julgamento original, de acordo com a qual “a legislação impugnada foge, e muito, do que corresponde à legislação suplementar, da qual se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal.” (ADI nº 2.656)

Adentremos em outro exemplo, o caso da ADI 2.656-9/GO. Nesse caso, questionava-se Lei do Estado de São Paulo (arts. 1º a 7º da Lei nº 10.813/01), que dizia que, entre a data de sua publicação e 01.01.2005, “*as empresas que comercializem ou fabricam produtos que contenham amianto ficam obrigadas a informar na embalagem dos seus produtos, com destaque, a existência do mineral*



*em seu produto e que a sua inalação pode causar câncer”.*

Nesse julgamento, argumentava-se que esse dispositivo configurava legislação sobre comércio interestadual, de competência exclusiva da União (art. 22, VIII), e, portanto, a inconstitucionalidade formal da norma. Estudando-se os argumentos, entretanto, não parece constitua essa exigência manifestamente, legislação sobre comércio interestadual. Trata-se, a rigor, de uma exigência de direito do consumidor, conjugada com direito à saúde e proteção ao meio ambiente. Todos de competência concorrente na Constituição brasileira.

Assim, tem-se um conflito de tipo 3, qual seja, lei do Estado-membro que pode estar invadindo competência privativa da União, mister verificar se essa restrição encontra-se dentro dos limites do espaço de complementação que lhe é permitida pelas “normas gerais”. Ressalte-se, concebida como “mínimo denominador comum com possíveis normas adicionais de proteção”.

Aplicando-se a proporcionalidade, verifica-se:

- (1) plausível a medida adotada seja capaz de fomentar o objetivo perseguido, na medida em que possibilita maior informação aos consumidores acerca dos conteúdos nocivos do produto;
- (2) dentre os meios utilizados, a restrição que se impõe aos comerciantes não se afigura das mais gravosas, pois se trata apenas da exigir a colocação de um rótulo informativo em seus produtos. A proibição total da utilização do produto poder-se-ia configurar muito mais restritiva.
- (3) a medida adotada encontra-se justificada em relação ao objetivo proposto, e sua imposição pelo Estado de São Paulo não compromete o equilíbrio federativo brasileiro, pois com essa exigência objetivou-se tão-somente conferir maior proteção à saúde, ao meio ambiente, por intermédio da informação aos consumidores. Nesse aspecto, afigura-se constitucional o dispositivo questionado, embora o STF tenha entendido contrariamente, por considerar que se tratava de legislação sobre comércio interestadual. A rigor, não se trata, pois a lei se aplica apenas nos estritos limites do Estado de São Paulo, embora obviamente seus efeitos possam repercutir em outros

Estados, considerando a importância econômica de São Paulo.

Ou seja, era possível decidir-se favoravelmente à legislação do Estado-membro, pois a restrição imposta à liberdade comercial, nos limites de seu território, encontrava justificativa na proteção da saúde e do meio ambiente. A concepção de normas gerais como uma legislação uniforme nacional, na qual os Estados-membros somente podem preencher vazios ou lacunas, mostra-se aqui claramente prejudicial ao equilíbrio federativo e à proteção ambiental.

A situação mais conflituosa, sem dúvida, envolveu a ADIMC nº 3.937/SP, em que o STF entendeu por bem declarar a constitucionalidade da legislação paulista. Nesse caso, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria – CNTI questionou a constitucionalidade da Lei nº 12.684/07, do Estado de São Paulo, que *“proíbe o uso, no Estado de São Paulo, de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição.”*

A discussão cingia-se à usurpação, pelo Estado-membro, de competência legislativa da União para legislar sobre comércio interestadual (art. 22, VIII).

Novamente, ao começar pela delimitação da matéria, não é manifesto que a questionada lei tenha legislado sobre comércio interestadual, pois os limites de sua proibição restringem-se ao Estado de São Paulo. A rigor, portanto, legislação sobre comércio local, mas que, considerando o desenvolvimento econômico de São Paulo (o mais industrializado e rico do país), possui evidentes reflexos sobre o restante do país. A questão, assim, mais uma vez, pode ser melhor analisada sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade, e do equilíbrio que deve permear as relações federativas nos limites das “normas gerais”.

Um conflito do tipo 3.

Em um primeiro momento,

(1) a legislação questionada mostra-se capaz de fomentar a proteção ao meio ambiente e à saúde perseguidos. Sem dúvida, a proibição de comercialização contribuiu efetivamente para que se possa incrementar a proteção;

(2) o meio escolhido (proibição de comercialização) constituiu o meio menos restritivo para a consecução do objetivo perseguido? Como já se anteviu, a proibição total de comercialização constitui medida drástica, e somente pode ser avaliada com os estudos técnicos apresentados, que concordam em afirmar que mesmo a hipótese permitida pela legislação federal (amianto crisotila) apresenta graves riscos carcinogênicos à saúde humana. E mais, que há alternativas viáveis para substituir-se o material questionado. Ainda, a maioria dos países proibiu o uso e comercialização desse produto, sendo que o Brasil comprometeu-se internacionalmente a fazê-lo, mesmo que gradativamente. Quando do julgamento dessa medida cautelar (2010), já havia 15 (quinze) anos que promulgada a lei federal, portanto, tempo mais que suficiente para a implantação de medidas substitutivas. Assim, embora drástico, no contexto, era o único meio hábil a permitir a consecução do objetivo de promover a proteção do meio ambiente e da saúde. E permitir o cumprimento de compromissos internacionais assinados pelo país.

(3) o meio escolhido encontra-se justificado para a proteção perseguida, e sua proibição de comercialização em São Paulo, ainda que com repercussão econômica no Estado de Goiás, maior produtor de amianto no Brasil, encontra-se justificada dentro da peculiaridade local, não provocando um desequilíbrio federativo que inviabilizaria a União. É indiscutível que economicamente Goiás será prejudicado, mas de modo algum a federação em sua totalidade. E outra pergunta se impõe ao final: o benefício econômico de um Estado-membro justifica o comprometimento da saúde da população de outros Estados?

Nesse último caso, é importante destacar também que a ADI nº 4.066/DF questiona especificamente a inconstitucionalidade da Lei Federal nº 9.055/95, tendo como um de seus fundamentos a proibição de proteção deficiente. É interessante observar que esse fundamento chegou a ser questionado quando do julgamento da ADIMC 3.937/SP, até porque a sistemática do controle de constitucionalidade brasileira permite o conhecimento de julgamento de pedidos não arguidos explicitamente pelos requerentes.

Ocorre, também, uma situação inusitada, que é a possibilidade do exercício

legislativo pleno pelo Estado-membro (art. 24, § 3º, CF/88). Essas questões serão melhor discutidas no item 6.4

Por fim, um aspecto curioso da ADPFMC nº 234/DF, referente a essa mesma Lei paulista nº 12.684/07. No julgamento original, adotou-se o princípio da predominância do interesse federal como *ratio decidendi*.

Foi questionada, nessa ação, a impossibilidade de algumas empresas transportadoras de Goiás não conseguirem transportar o amianto branco (crisotila) pelas rodovias paulistas. Embora a lei paulista nada refira a esse aspecto, acredita-se que a solução se encontre em uma leitura do texto legal que, mesmo permitindo a proibição do uso no Estado de São Paulo do amianto crisotila, obviamente não pode estender essa proibição à circulação em suas rodovias, muito menos das rodovias federais, para transportar esse produto para outros Estados-membros, ou mesmo exportá-lo.

Aqui, talvez, o melhor entendimento seja o de restringir estritamente no âmbito necessário ao equilíbrio federativo.

Aplicando-se o princípio da proporcionalidade, observa-se que:

(1) o meio escolhido – proibição da utilização das rodovias para o transporte de amianto – é capaz de fomentar o objetivo perseguido. A resposta é afirmativa, pois se encontra inserida no âmbito maior de proibição total de utilização da substância;

(2) necessidade, se constitui o meio menos gravoso hábil para atingir-se o objetivo pretendido. A admitir-se que a proibição total é válida, sem dúvida a simples utilização das rodovias para o transporte da substância é um meio menos gravoso;

(3) proporcionalidade *stricto sensu*. Aqui se encontra o problema. De fato, mesmo admitindo-se a proibição da substância, nos limites do Estado-membro, como medida justificada à proteção da saúde, a simples utilização das rodovias desse ente federativo para o transporte da substância (ou seja, por um tempo de exposição ao produto bastante reduzido) não justifica a restrição imposta a outros membros da federação de trafegar por suas

rodovias para exportação desse produto. O sacrifício imposto à liberdade comercial é desproporcional, e injustificado. O comprometimento da saúde humana, pelo reduzido espaço de tempo em que a substância percorrerá suas estradas, é mínimo, praticamente insignificante, comparado à restrição comercial imposta ao outro Estado-membro.

Afinal, o exercício do direito à diversidade do Estado de São Paulo, para o atendimento de suas peculiaridades, não pode impedir o mesmo direito por outro ente federativo, que se encontra dentro dos limites estabelecidos pela lei federal.

O que se afirmou, desde o começo desse trabalho, merece aqui ser ressaltado mais uma vez. Busca-se critérios que permitam promover maior descentralização, pois isso, sem dúvida, contribui mais eficientemente para a proteção do meio ambiente. Deve-se abandonar os critérios atualmente fundados em presunções favoráveis à União. Contudo, deve-se observar a busca pelo equilíbrio, não incorrendo no mesmo erro que se busca corrigir, só que se estabelecendo presunções contrárias.

### **6.3.1.2 Casos relativos aos agrotóxicos**

Em relação aos agrotóxicos, como já referido no cap. 4.3.2, um dos precedentes sobre o tema continua sendo a Rp. 1153-4/RS, julgada ainda antes da Constituição de 1988 (ainda que de forma confusa), e mais recentemente, pode-se enumerar a ADI 3.813/RS e a ADPF 221/RS.

Inicialmente, veja-se a Rp. 1153-4/RS.

Questionava-se a Lei nº 7.747/82, do Estado do Rio Grande do Sul, que no seu art. 1º, § 1º, exigia que a distribuição e comercialização de agrotóxicos estariam condicionados ao prévio cadastramento no departamento de Meio Ambiente. Em que pese a votação confusa da Suprema Corte à época, com critérios do voto-médio, manteve-se a validade do dispositivo. Os fundamentos sobre os quais se assentava a irresignação eram: (1) a legislação do Estado-membro ultrapassou os

limites da complementação da lei federal de “normas gerais” sobre o tema; (2) invadiu o campo de competência privativa da União para legislar sobre comércio interestadual.

Ou seja, os dois tipos de conflitos (Tipo 2 e 3).

A incidência da referida exigência na comercialização dos referidos produtos não se trata de comércio interestadual, e sim local, embora tenha reflexos no comércio de outros Estados-membros. São situações distintas, todavia permitem afastar inicialmente uma inconstitucionalidade formal manifesta da lei questionada.

Utilizando-se do critério da proporcionalidade, verifica-se que:

(1) a medida questionada é hábil a fomentar a proteção ao meio ambiente perseguida, constitui-se em meio legítimo. De fato, o cadastramento em órgão estadual nada possui de ilegítimo, ou mesmo se trata de um valor não permitido pela ordem jurídica, antes pelo contrário. Ainda, a exigência de cadastramento dos distribuidores e comerciantes desses produtos possibilita maior controle, e, portanto, em princípio, maior efetividade protetiva;

(2) dentre os meios escolhidos, não constitui de modo algum o meio mais drástico para incrementar-se a proteção ao meio ambiente e à saúde. O modo mais drástico, sem dúvida, seria a proibição e utilização permanente desses produtos, e não foi o que esse dispositivo questionado preconizou, em princípio.

(3) e, no tocante à justificação da restrição para o fim perseguido, a restrição aos organoclorados foi imposta em atenção a peculiaridades regionais, como a poluição das águas potáveis, pautada em estudos técnicos que detectaram a presença de DDT, BHC, Eptacloro e Endosulfam em valores elevados. Ou seja, houve estudos que detectaram esse problema nos rios do Estado-membro, mostrando-se justificadas as razões da lei para a proteção da saúde de sua população.

Essa exigência de cadastramento não configura uma medida desproporcional, e justifica sua edição em atendimento às peculiaridades locais. Não se observa, também, que vá ocasionar um desequilíbrio federativo, de modo a

abalar as finanças e o funcionamento dos demais entes da Federação. Ante às singularidades regionais (estado agrícola, com grande número de plantações, em que se detectou contaminação das águas), justificou-se a medida imposta pela legislação local.<sup>1083</sup>

Na ADI nº 3.813/RS, o que se discutia era o art. 1º da Lei nº 12.427/2006, do Estado do Rio Grande do Sul, que “proíbe a comercialização, a estocagem e o trânsito de arroz, trigo, feijão, cebola, cevada e aveia e seus derivados importados de outros países, para consumo e comercialização no Estado do Rio Grande do Sul, que não tenham sido submetidos à análise de resíduos químicos de agrotóxicos ou de princípios ativos usados, também, na industrialização dos referidos produtos.”

A alegação era de invasão, por parte do legislador do Estado-membro, da competência privativa da União para legislar sobre “comércio exterior e interestadual”.

Como visto anteriormente, foi decidido pelo STF pelo critério de prevalência da legislação federal.

Conflito do tipo 3.

Nesse caso, a exposição de motivos da lei, mencionada no voto do relator, e a própria redação do art. 1º, permite afirmar tratar-se expressamente de legislação que impõe exigências à comercialização de produtos importados, que é de competência exclusiva da União. Há inclusive a Lei Federal nº 7.802/89 e o Decreto nº 4.074/02, determinando competir aos Ministérios da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; e da Saúde e Previdência, monitorar os resíduos de agrotóxicos e afins em produtos de origem vegetal.

Contudo, esse julgamento apresenta algumas inconsistências. Ao mesmo tempo em que o STF afirma o Estado-membro ter adotado uma lista de produtos proibidos idêntica à legislação federal (e, portanto, inexistiu qualquer inovação pela lei estadual), refere que não poderia ter instituído cadastramento desses produtos, e mesmo fiscalização perante os órgãos estaduais. Que isso constituiria embaraços ao comércio exterior, cuja competência é da União.

---

1083 Precedente reafirmado no RE 286.789-6/RS

Isso constitui, entende-se, um equívoco, visto que já foi internalizado o produto. Não se proibiu, em nenhum momento, a importação, tampouco a exigência imposta constituiria um embaraço que a impediria. Somente se está a aumentar o nível de fiscalização de produtos, aliás os mesmos produtos proibidos pela legislação federal. Ou seja, um aumento do nível protetivo conferido pela lei federal. A legislação estadual mostra-se:

(1) adequada, visto que o meio é legítimo e hábil a fomentar o fim perseguido, de proteção ao meio ambiente e à saúde humanas;

(2) necessária, o meio escolhido não se encontra entre os mais gravosos, que seria a proibição extrema de internalização do produto. Aliás, foi mantida a mesma lista elaborada pela União;

(3) a justificativa de ser um Estado de fronteira, como o Rio Grande do Sul, com muito contrabando desses produtos, apresenta-se justificada para a proteção ambiental e à saúde, e o meio escolhido, repita-se, não constitui uma exigência que impeça a comercialização, somente impõe condições para o seu exercício. O aumento do nível de proteção conferido pelo Estado-membro encontra-se justificado para a proteção da saúde de sua população, comprometida pelas facilidades de aquisição desses produtos em região fronteiriça (Argentina, Uruguai).

Portanto, a ADI 3.813 poderia sim ter preservado a legislação rio-grandense. O princípio da proporcionalidade, juntamente com a concepção de “mínimo denominador comum, com níveis adicionais de proteção”, permitem justificar plenamente a constitucionalidade da lei estadual.

A ADPF nº 221/RS renova, perante a nova ordem constitucional de 1988, a questão da constitucionalidade da Lei nº 7.747/82, que já se expôs acima. Espere-se o STF mantenha a constitucionalidade da lei do Estado do Rio Grande do Sul, pelas razões já expostas.



### 6.3.2 Leis federais ambientais: invasão da competência residual estadual ou da legislação suplementar

Os questionamentos envolvendo lei federal, nesse aspecto, em matéria ambiental, quase sempre remontam à inconstitucionalidade material da lei<sup>1084</sup>, por violação ao art. 225, da Constituição de 1988. Poucos casos, como a ADI 4492/DF, ADI 4917/DF – que discutem os royalties do pré-sal -, questionam explicitamente a lei federal por violação ao princípio federativo<sup>1085</sup>.

Raros são os exemplos de inconstitucionalidade da lei federal ambiental por (1) desbordar dos limites das “normas gerais”, invadindo o campo complementar estadual (cf. ADI nº 5180/SC, ainda não julgada<sup>1086</sup>); (2) utilização de medida inadequada, invadindo campo da competência residual estadual (art. 25, § 1º), para a consecução da proteção ambiental.

Não há, em matéria ambiental, exemplos de leis federais declaradas inconstitucionais por desbordarem dos limites das “normas gerais”<sup>1087</sup>, embora se entenda que no precedente da ADI nº 3.645/PR, visto na sequência, talvez pudesse ter sido julgada inválida a lei federal.

Isso não significa, no entanto, que matérias similares não tenham sido apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, o que permite realizar uma análise para verificar qual o procedimento adotado pela Corte, e a aplicação da proporcionalidade, principalmente se matéria ambiental fosse.

1084 cf. ADI 4.066-9/DF (amianto); a ADI nº 4757, da LC 140/11; as ADIs nº 4901, 4902 e 4903, contra o recente Código Florestal Brasileiro (Lei nº 12.651/12)

1085 E, nesses casos, não sob a perspectiva competencial legislativo, mas de distribuição de receitas assegurada constitucionalmente.

1086 Contra o artigo 36, parágrafo 3º, da Lei Federal 9.985/2000 que exige autorização para licenciamento de empreendimentos de significativo impacto ambiental. Na ADI, argumenta-se que a Lei Federal 9.985/2000 invade tema reservado à lei complementar, pois, em matéria ambiental, para fixação de diretrizes de relacionamento entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, exige-se quórum legislativo qualificado. Alega-se que “a invasão sobre temática reservada a lei complementar acarreta vícios de legitimidade democrática e flagrante inconstitucionalidade formal. O parecer da Procuradoria-Geral da República foi pelo não conhecimento da ação, e, no mérito, entendeu que o legislador federal não desbordou dos limites das “normas gerais”

1087 Este fato comprova, a nosso ver, mais uma vez o caráter extremamente centralizador do Supremo Tribunal Federal. Nesse mesmo sentido, cf. SAYEG, Thais. Federalismo e meio ambiente: como o STF e o TJ/SP julgam conflitos de competência legislativa em matéria ambiental. [http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/218\\_Thais%20Sayeg%20pdf.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/218_Thais%20Sayeg%20pdf.pdf), acesso em 20.09.15. Nesse estudo, a autora conclui que todas as normas questionadas eram estaduais, sendo que 89% delas mais protetivas ao meio ambiente. Em 67% o STF julgou-as inválidas.

Analisa-se, aqui, dois casos paradigmas: a ADI 927-3<sup>1088</sup>, e a ADI 4954/AC.<sup>1089</sup>

Em relação ao primeiro, tratava-se da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93). Após adotar um conceito de “normas gerais”, pautado na generalidade e abstração<sup>1090</sup>, concluiu pela inconstitucionalidade de dois dispositivos, por extrapolarem os limites das “normas gerais”. O art. 17, I, b, por restringir a doação de imóveis somente a entes da própria Administração Pública:

[ . . .]Não veicularia norma geral, na alínea b, que cuida da doação de imóvel, se estabelecesse que a doação somente seria permitida para outro órgão ou entidade da Administração Pública. No ponto, a lei trataria mal a autonomia estadual e a autonomia municipal, se interpretada no sentido de proibir a doação a não ser para outro órgão ou entidade da Administração Pública. Uma tal interpretação, constituiria vedação aos Estados e Municípios de disporem de seus bens, a impedir, por exemplo, a realização de programas de interesse público, tal como ocorre, no caso, conforme noticiado na inicial [ . . . ]

Empresto, pois, interpretação conforme à Constituição ao citado dispositivo – art. 17, I, b: a expressão – “permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo” – somente tem aplicação no âmbito do governo central, vale dizer, no âmbito da União Federal.

<sup>1088</sup> Cf. também ACO 830/PR, Rel Min. Marco Aurélio, em que se discutia a constitucionalidade da Lei nº 9.717/98, em matéria previdenciária. Entendeu a Corte que se extrapolou do âmbito das normas gerais, ao se atribuir “a ente da Administração Central, ao Ministério da Previdência e Assistência Social, atividades administrativas em órgãos da Previdência Social dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos fundos a que se refere o artigo 6º da citada lei. A tanto equivale a previsão de que compete ao Ministério da Previdência e Assistência Social orientar, supervisionar e acompanhar as práticas relativas à previdência social dos servidores públicos das unidades da Federação. Mais do que isso, mediante o preceito do artigo 7º, dispôs-se sobre sanções diante do descumprimento das normas - que se pretende enquadradas como gerais”. Cf. também RE 815.499-AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 9-9-2014, Segunda Turma, DJE de 18-9-2014. Sobre inconstitucionalidade das normas gerais, também ADIMC 4.167, especificamente em relação à questão da carga horária dos professores, embora no mérito essa ADI mantivesse a plena constitucionalidade da lei ao final.

<sup>1089</sup> Esse precedente já foi adotado posteriormente na ADI 4949/RJ, ADI 4948/RR, ADI 4953/MG (Informativo nº 758), ADIs 4423/DF, 4955/CE, 4956/AM, 4093/SP e 4951/PI (Informativo nº 760) e ADI 4952/PB (Informativo nº 765).

<sup>1090</sup> Disse o relator: “[ . . .]A formulação do conceito de “normas gerais” é tanto mais complexa quando se tem presente o conceito de lei em sentido material – norma geral, abstrata. Ora, se a lei, em sentido material, é norma geral, como seria a lei de “normas gerais” referida na Constituição. Penso que essas “normas gerais” devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis. Penso que “norma geral”, tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos estados e Municípios no âmbito de suas competências”.

E o outro dispositivo, na mesma linha do primeiro, o art. 17, II, b, por restringir a “permuta” de bens móveis somente aos mesmos órgãos da Administração Pública. Entendeu-se também ser exagerada essa restrição, por impor a União essa condição a Estados-membros e Municípios, muitas vezes dificultando programas sociais e os fins perseguidos pelos outros entes da federação.

Referentemente à permuta de bem móvel – art. 17, II, b – que a lei estabelece que será “permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública, parece-me que o legislador federal se excedeu. O que se disse relativamente à doação de bens móveis – art. 17, I, b – tem aplicação aqui. A interpretação conforme, no ponto, é esta : a norma mencionada – “permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública”, inscrita no art. 17, II, b – somente tem aplicação no âmbito federal.

O que convém ressaltar é que se aplicou a técnica da interpretação conforme, restringindo o alcance da lei somente no âmbito da União.<sup>1091</sup>A rigor, uma violação aos limites das “normas gerais” implicaria uma inconstitucionalidade de todo o dispositivo sobre o assunto.

Contudo, nada impede seja adotado o procedimento adotado pela Suprema Corte brasileira, desde que proporcional e coerente com a unidade federativa. É o que se cogita, por exemplo, tratasse a lei de matéria ambiental (assim como as licitações, também legislação concorrente-compartimentada, ressalte-se). Não se pode criar uma diferenciação de tratamento entre os entes federativos desproporcional, a implicar uma restrição injustificada ao princípio federativo.

Em relação ao segundo precedente, ADI 4954/AC, a Procuradoria-Geral da República havia ajuizado ADI objetivando ver declarada a nulidade da Lei n 2.149,

---

<sup>1091</sup> Explica o relator que: “É que, conforme já foi dito, compete à União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle”. (C.F., art. 22, XXVII). Inconstitucionais, na citada Lei 8.666, de 21.06.93, assim seriam em relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, os dispositivos que extrapolassem do conceito de norma geral, seriam constitucionais em relação à União e inconstitucionais em relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Desta forma, a declaração de inconstitucionalidade deverá ser do tipo de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que decorre da interpretação conforme à Constituição. (Rep. 1417, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 126, pág. 48; ADIn nº 581)”.

de 30 de setembro de 2009, do Estado do Acre, que disciplinava o comércio de artigos de conveniência<sup>1092</sup> em farmácias e drogarias.

Alegava-se, em síntese: (1) usurpação da competência da União para legislar sobre “normas gerais” de proteção e defesa da saúde (art 24, XII, §§ 1º e 2º da Carta Federal); (2) violação ao direito material à saúde, previstos nos arts. 6º, *caput*, e 196, da Constituição.

Sustentou-se que a União já regulamentara a matéria por meio da Lei nº 5.991, de 1973 (e Decreto nº 74.170, de 1974), que teria tratado amplamente a matéria, sem qualquer espécie de conformação para o legislador do Estado-membro. Referiu-se, ainda, a Lei nº 9.782, de 1999, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que por sua vez editou as Resoluções nº 328/99 e 173/2003, ambas a proibir expressamente a venda de artigos de conveniência em farmácias e drogarias.

Destacou-se, principalmente, que se deve evitar a descaracterização das farmácias e drogarias como locais específicos de cuidados com a saúde, sob pena de alterar a percepção da população e induzir o uso indiscriminado de remédios, fomentando a automedicação.

O Estado do Acre contestou o pedido, alegando, em síntese: (1) inadequação da via eleita, visto ser necessário o cotejo da norma impugnada com a

---

1092 A própria lei esclarece, em seu artigo 1º, o que considera artigos de conveniência: “Art. 1º Fica autorizado o comércio de artigos de conveniência em farmácias e drogarias observados os critérios de segurança, higiene, acessibilidade e embalagem individual, de modo a proporcionar melhorias qualitativas à sociedade. Parágrafo único. Consideram-se artigos de conveniência, dentre outros, para os fins desta lei: I - filmes fotográficos, pilhas, carregadores, cartão de memória para máquina digital, câmeras digitais, filmadora, colas rápidas e isqueiros; II - leite em pó e farináceos; III - meias elásticas e compressivas; IV - cartões telefônicos e recarga para celular; V - perfumes e cosméticos; VI - produtos de higiene pessoal; VII - bebidas lácteas; VIII - produtos dietéticos e light; IX - repelentes, inclusive elétricos; X - cereais tais como: barras, farinha láctea, flocos e fibras em qualquer apresentação; XI - mel; XII - produtos ortopédicos; XIII - artigos para bebê; XIV - produtos de higienização de ambientes; XV - produtos para diabéticos; XVI - produtos de suplementação alimentar destinados a desportistas e atletas; XVII - produtos para dieta e nutrição integral; XVIII - chocolates e achocolatados; XIX - sorvetes, doces, salgados e picolés nas suas embalagens originais; XX - bebidas não alcoólicas como: água mineral, refrigerantes, sucos industrializados, iogurtes, chás, lácteos e energéticos; XXI - biscoitos e bolachas todos em embalagens originais; XXII - produtos eletrônicos condicionados a cosméticos, tais como: secadores, prancha, escovas elétricas, aparelhos de barbear e assemelhados; XXIII - lentes de contato colorida; XXIV - alimentos para lactentes substitutos do leite materno; e XXV - leites infantis modificados. § 1º Fica permitida a prestação de serviços de utilidade pública, tais como: fotocópia, recebimento de contas de água, luz, telefone e boletos bancários; § 2º Fica permitida a instalação de caixa de autoatendimento bancário nas dependências das farmácias e drogarias;

legislação federal pertinente, a fim de verificar-se usurpação ou não da competência; (2) ausência de usurpação pelo Estado do Acre, visto que complementou a legislação federal para seu interesse específico e regional.

Pois bem, esses os argumentos colocados em discussão nesse importante precedente.

Afastada a preliminar, no mérito, chama o relator a atenção para alguns aspectos. A rigor, trata-se de analisar duas inconstitucionalidades. Uma (a) formal, por usurpação da competência da União para legislar sobre “normas gerais” de direito à saúde (também matéria concorrente-compartimentada no Brasil); (b) outra material, por infração ao direito assegurado à saúde previsto no art.196 da Constituição de 1988.

Pois bem, em relação ao primeiro ponto, partiu o Supremo Tribunal Federal para verificar se a matéria tratada pela referida lei enquadrava-se no direito à saúde ou não. A delimitação do problema.

A conclusão foi no sentido negativo, não se tratava de direito à saúde, e sim de comércio local. É interessante observar que o tribunal considerou tratar-se de outra categoria, para a qual, não existindo hipótese normativa que coubesse em qualquer dos dispositivos dos artigos 22, 23 e 24, da Constituição, recorreu-se à regra do art. 25, § 1º: “ § 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.” Esse raciocínio, porém, entende-se que deve ser utilizado somente *ultima ratio*, pois parece muito cômodo ao intérprete o subterfúgio de, em não encontrando enquadramento constitucional em determinada matéria, colocá-la no amplo leque da competência residual.

Contudo, logo a seguir, o tribunal amplia sua fundamentação, para sustentar que mesmo considerando, *ad argumentandum*, eventualmente tratar-se de norma de direito à saúde, a atuação legislativa do Estado-membro teria ocorrido no campo complementar, permitido constitucionalmente. A Lei nº 5.991/73 editada pela União jamais poderia esgotar a matéria, sob pena de violar a autonomia do Estado-membro.

Ao final, do ponto de vista material, o tribunal entendeu não haver violação ao direito à saúde, previsto no art. 196, da Constituição. Efetuou-se ponderação entre os meios que se pretendia utilizar para a proteção à saúde, com a restrição à atividade comercial em farmácias e drogarias, concluindo-se ser desproporcional a medida pretendida, e carente de qualquer base empírica comprobatória de que o uso indiscriminado de medicamentos esteja relacionado a essas outras atividades comerciais relativas aos artigos de conveniência.

Ou seja, a lei federal infringiu o princípio da proporcionalidade em sede material, pois ao tentar proteger a saúde utilizou-se de medida desproporcional para o atendimento da finalidade pretendida. Acrescentar-se-ia mais: também inconstitucionalidade formal, pois se utilizou de meio inadequado (legislação residual estadual).

Observações desse julgamento que merecem ser destacadas: (1) um caso excepcional, em que o Supremo Tribunal Federal julgou válida lei do Estado-membro em desfavor da legislação federal; (2) que isso foi possível, em grande parte, pela utilização do princípio da proporcionalidade, que conferiu maior sistematicidade e transparência argumentativa, permitindo visualizar todos os interesses contrapostos. Mesmo não se tratando de direito ao meio ambiente, constitui um precedente relevante, a apontar no sentido da viabilidade dos critérios que nesse trabalho procura incorporar à hermenêutica constitucional brasileira, oportunizando a descentralização.

Há um caso, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, matéria ambiental, que se entende possa ter ocorrido extrapolação dos limites das “normas gerais” da União.

Trata-se da ADI nº 3.645/PR, cujo acórdão assim se resume:

Lei 14.861/2005 do Estado do Paraná. Informação quanto à presença de organismos geneticamente modificados em alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano e animal. Lei federal 11.105/2005 e Decretos 4.680/2003 e 5.591/2005. Competência legislativa concorrente para dispor sobre produção, consumo e proteção e defesa da saúde. Art. 24, V e XII, da CF. (...) Ocorrência de substituição – e não suplementação – das regras que cuidam das exigências, procedimentos e penalidades relativos à rotulagem informativa de produtos transgênicos por norma estadual que dispôs sobre o tema de maneira igualmente

abrangente. Extrapolação, pelo legislador estadual, da autorização constitucional voltada para o preenchimento de lacunas acaso verificadas na legislação federal. Precedente: ADI 3.035, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, *DJ* de 14-10-2005.” (ADI 3.645, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 31-5-2006, Plenário, *DJ* de 1º-9-2006.)

Neste caso, discutia-se a Lei nº 14.861/2005, do Estado do Paraná, que regulamentava o direito à informação quanto aos alimentos e ingredientes alimentares que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados (OGM). Sustentava-se que a lei estadual violava o limite de complementação permitida ao Estado-membro, visto existir normativa federal de “normas” gerais sobre a espécie (Lei nº 11.105/05, Decreto nº 5.591/05 e 4.680/03).

O problema consiste, seja nesse julgamento, seja no precedente utilizado para fundamentação (ADI nº 3.035), no conceito de “normas gerais” utilizado, no qual somente caberia aos Estados-membros suprimir lacunas, vedado quaisquer desvios do modelo federal. Mais uma vez, uma concepção bastante restritiva da autonomia do Estado-membro, e que só tem favorecido à centralização, com prejuízos para a proteção ambiental.

A proteção ao direito do consumidor, e, por via reflexa, também do direito ao meio ambiente, sendo que para ambos o direito à informação é fundamental, encontrou-se severamente restringido nesses dois casos pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal.

De fato, na ADI 3.035/PR, disse o relator:

[...]

Enfim, nesse exame cautelar, cabe concluir, no que toca aos temas que poderiam ser objeto da atuação legislativa estadual, ou seja, temas afetos à competência concorrente, que já há uma disciplina geral fixada na esfera de competência da União.

Verifica-se, portanto, que já existe uma legislação federal que se superpõe à disciplina estadual impugnada.

De fato, considerada apenas Lei 8.974, tem-se um ato federal com regramento que abrange toda a matéria tratada no ato estadual impugnado. Nesse contexto, não parece razoável admitir a existência de um ato estadual que, ao fixar disciplina de caráter nitidamente geral, acaba por afastar a aplicação daquele ato federal.

No mesmo sentido, a relatora da ADI nº 3.645/PR:

No presente caso, da mesma forma, pretende-se a substituição - e não a suplementação - das regras federais que cuidam das exigências, procedimentos e penalidades relativos à rotulagem informativa de produtos transgênicos por norma estadual que dispõe sobre o tema de maneira igualmente abrangente. O legislador local extrapolou a autorização constitucional que, na sistemática da competência concorrente, objetiva o preenchimento de lacunas acaso verificadas na legislação federal.

[sem grifos no original]

Ao legislador do Estado-membro, assim, compete somente complementar as lacunas da legislação federal de “normas gerais”, adaptando-a às peculiaridades locais. E tão somente isso.

Essa concepção é prejudicial à proteção ambiental, e à própria estrutura federativa brasileira. Inadmissível uma concepção que estabeleça ser função das “normas gerais” garantir homogeneidade, uniformização, com espaço para complementação pelos Estados-membros, mas que esses espaços sejam somente as lacunas eventualmente deixadas pelo legislador federal.

Esse aporte da doutrina constitucional espanhola comparada, adotado neste trabalho, de concepção de “normas gerais” como um “mínimo denominador comum”, a partir do qual se pode complementar ou expandir a proteção ambiental é fundamental para a efetividade do direito ao meio ambiente. No caso da ADI nº 3.645/PR, o direito à informação dos consumidores paranaenses, sobre os produtos que contenham OGM, sendo mais restritivo que o modelo federal, mostra-se adequado, necessário e proporcional às peculiaridades locais, e confere uma proteção mais efetiva ao consumidor, e, repita-se, também ao meio ambiente.

Adotar-se esse entendimento, de que a norma geral federal tudo pode regulamentar, é contrário a principiologia federativa. Ainda que em matéria ambiental, como asseverado pela jurisprudência espanhola (STC 102/1995) haja maior detalhamento da legislação básica, isso não significa olvidar a autonomia dos outros entes estatais. Aliás, algo bastante destacado nesse aspecto pelo Tribunal Constitucional espanhol.



A Lei nº 8.974/95 revela-se manifestamente inconstitucional em alguns de seus dispositivos. É demasiadamente detalhista, não conferindo margem alguma de complementação para os Estados-membros exercerem sua autonomia, e muito menos poderem conferir níveis adicionais de proteção.<sup>1093</sup>

### **6.3.3 Outros casos e o RE 586.224/SP:**

A seguir, expõem-se alguns casos significativos analisados pelo Supremo Tribunal Federal, discutindo-se a aplicação dos critérios propostos por este trabalho para a resolução dos conflitos competenciais.

#### **6.3.3.1 O caso das madeiras em toras**

A primeira série de casos que se pode apresentar, neste item, refere-se ao problema apresentado no Cap. 4.3.4.1, qual seja, a proibição, por parte de alguns Estados-membros, de exportação para outros Estados de madeira em toras (*in natura*).

Era uma problemática já existente na ordem constitucional passada (Rp. 1049/AM, Rp.1029-5/PA), e renovada sob a atual Constituição na ADI 280-5/MT. Nesse caso, insurgia-se contra dispositivo da Constituição do Estado do Mato Grosso que determinava que “no exercício da atividade de extração ou exploração florestal do território estadual, fica condicionado à observação das normas da legislação federal pertinente, sendo vedada à saída do Estado de madeira em toras.”

---

<sup>1093</sup> Um outro exemplo nesse sentido, de jurisprudência do STF é o RE 596.489-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 27-10-2009, Segunda Turma, *DJE* de 20-11-2009: “A Lei municipal 8.640/2000, ao proibir a circulação de água mineral com teor de flúor acima de 0,9 mg/l, pretendeu disciplinar sobre a proteção e defesa da saúde pública, competência legislativa concorrente, nos termos do disposto no art. 24, XII, da CB. É inconstitucional lei municipal que, na competência legislativa concorrente, utilize-se do argumento do interesse local para restringir ou ampliar as determinações contidas em texto normativo de âmbito nacional.” Deve-se ressaltar, contudo, que a proteção à saúde, e também ao meio ambiente, adaptam-se às peculiaridades locais, entendimento esse não adotado pela Corte.

Na jurisdição constitucional brasileira, importa destacar, o julgamento de um dispositivo de uma Constituição Estadual não apresenta maiores peculiaridades, perante o Supremo Tribunal Federal, do que o julgamento de uma lei ordinária federal, ou mesmo da legislação ordinária do Estado-membro.

Feita essa observação, trata-se de um conflito do tipo 3 – normas do Estado-membro que podem estar invadindo campo de competência privativa da União. Sustentava-se exatamente isso, que a legislação questionada violava a prerrogativa da União para legislar privativamente sobre comércio interestadual (art. 22, VIII).

E, observando-se os termos expressos da lei, não resta dúvida de que, ao “proibir exportação” para outros Estados, a norma incidiu em competência privativa da União, sendo manifesta a inconstitucionalidade formal. No entanto, embora não se concordasse com esse argumento, há mais um fundamento: para os efeitos de proteção ambiental, a medida adotada também é inadequada (subprincípio nº 1 da proporcionalidade).

Com efeito, o fato de a madeira ser exportada *in natura* em nada contribui para a preservação do meio ambiente, visando tão-somente a proteção da indústria madeireira local. Aliás, nas informações sobre a tramitação legislativa (exposição de motivos) prestadas no precedente da Rp. 1029/PA, fica comprovado ter sido essa a intenção. Ou seja, um evidente desvio de finalidade dos propósitos da lei.

No caso da ADI 280/MT, embora não expressamente, pode-se perceber que o mesmo motivo moveu o legislador, ou seja, o intuito de utilizar-se de um meio inadequado para a consecução de um objetivo, pois, na verdade, o objetivo é diverso do alegado.<sup>1094</sup> Também há um claro desvio de finalidade da norma.

Outro caso semelhante é o da ADI 2866-9/RN, em que o Estado do Rio Grande do Norte editou legislação que suspendia o escoamento (sic) do sal marinho produzido para outros Estados, caso não fosse industrializado localmente. A mesma situação, configurando manifesta invasão da competência federal privativa para legislar sobre comércio interestadual (conflito tipo 3).

---

<sup>1094</sup> Na ADI 2.623/DF essa problemática referente, em síntese, à completa inadequação da via escolhida é observada pelo Supremo Tribunal Federal. Em um julgamento um pouco confuso, ao final percebe-se que a norma atentou, também, contra a razoabilidade, produzindo tratamento indiscriminado aos produtores de eucalipto do Estado do Espírito Santo, além do que – reforce-se era inadequada à proteção do meio ambiente.

Do mesmo modo, se o objetivo é a proteção dessa riqueza natural, o meio escolhido mostrava-se inadequado, mesmo que nesse caso a finalidade fosse a proteção da indústria do Rio Grande do Norte.

Essas situações evidenciam duas coisas: (1) que o princípio da proporcionalidade, como proposto neste trabalho, pode constituir-se em critério hábil para a resolução de conflitos competenciais federativos no Brasil; (2) é evidente que, em sendo manifesta a inconstitucionalidade formal, não há razões para maior esforço hermenêutico. Entretanto, essas situações, a mais das vezes, caracterizam-se pela extrema indeterminação, ocasião em que a utilização da proporcionalidade, com seus três subprincípios, além de obrigar a maior exposição dos argumentos e princípios colidentes, pode contribuir eficazmente na resolução do conflito competencial.

Como já referido, essa sistemática permite maior transparência argumentativa, confere sistematicidade, e, juntamente com as concepções já referidas da doutrina constitucional espanhola, oportuniza maior descentralização. Ressalve-se – oportuniza -, o que não significa se deva proceder a uma descentralização a qualquer preço.

### **6.3.3.2 Caso envolvendo caça e pesca**

Agora, importa que se mencione alguns exemplos relativos ao problema de delimitação da competência sobre o meio ambiente. Aqui, discute-se os casos da pesca

O exemplo da pesca serve para dizer que os interesses subjacentes às matérias objeto de distribuição competencial nem sempre são os mesmos. Um exemplo, nesse sentido, pode ser extraído do art. 1º da Lei Federal nº 11.959/2009, que dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e Pesca:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca, formulada, coordenada e executada com o objetivo de promover:

I – o desenvolvimento sustentável da pesca e da aquicultura como fonte de alimentação, emprego, renda e lazer, garantindo-se o uso sustentável dos recursos pesqueiros, bem como a otimização dos benefícios econômicos decorrentes, em harmonia com a preservação e a conservação do meio ambiente e da biodiversidade;

II – o ordenamento, o fomento e a fiscalização da atividade pesqueira;

III – a preservação, a conservação e a recuperação dos recursos pesqueiros e dos ecossistemas aquáticos;

IV – o desenvolvimento socioeconômico, cultural e profissional dos que exercem a atividade pesqueira, bem como de suas comunidades.

Pode-se visualizar, desse dispositivo, que os objetivos referentes à “pesca” são, definitivamente, mais abrangentes que a competência para legislar sobre “proteção ao meio ambiente.” No Brasil, ambas são competências concorrentes, diferentemente do que ocorre em Espanha, em que a competência ambiental é concorrente compartimentada (art. 149.1.23), e a relativa à pesca é exclusiva das Comunidades Autônomas, em sendo assumidas. De modo que há um conflito concorrente-compartimentada v. exclusiva em Espanha, e no Brasil não se estabelece propriamente um conflito, embora remanesça o problema inerente à delimitação do tema.

No Brasil, o STF teve oportunidade ao menos uma vez de analisar essa questão, manifestando-se pela inconstitucionalidade de lei do Estado do Rio Grande do Sul. Tratava-se dos arts. 2º, 4º e 5º da Lei nº 10.164/1994, do RS, em que se alegava a extrapolação da definição de “pesca artesanal”, em confronto com a lei federal (Decreto-Lei nº 221/67).

Segue a ementa do acórdão:

A CB contemplou a técnica da competência legislativa concorrente entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal, cabendo à União estabelecer normas gerais e aos Estados-membros especificá-las. É inconstitucional lei estadual que amplia definição estabelecida por texto federal, em matéria de competência concorrente. (ADI 1.245, rel. min. Eros Grau, julgamento em 6-4-2005, Plenário, DJ de 26-8-2005.)

Observa-se que a Corte considerou inválida a legislação do Estado-membro, pois ampliou a definição do texto federal. Mais uma vez, a concepção imprópria do STF acerca do conceito de “normas gerais”. Uma norma em que compete aos Estados-membros somente especificá-las, preenchendo eventuais lacunas ou vazios.

Deve-se concebê-la mediante um “mínimo denominador comum”, possível de ampliação.

Esse último aspecto, ainda no campo da pesca, fica bem evidenciado pela recente polêmica envolvendo o Decreto nº 52.310/2015, do Estado do Rio Grande do Sul, que excepcionou a aplicação do anterior Decreto nº 51.797/2014, e que determinava as espécies da fauna marinha que estariam ameaçadas de extinção, proibindo sua pesca. Este Decreto, de 2014, ampliava os espécimes constante da Lista Nacional de Espécies de Fauna Ameaçadas de Extinção (Portarias MMA 444/2014 e 445/2014), sendo que o último, de 2015, revogou o anterior com fundamento no entendimento de que o Estado-membro não poderia acrescentar o nível de proteção conferido pela legislação federal. Aqui se observam nitidamente os dois aspectos em comento da questão: (1) os interesses da legislação pesqueira são mais amplos que o da legislação ambiental, apresentando zonas de confluência (meio ambiente), mas em outros de expressa contrariedade (atividade comercial pesqueira); (2) não há óbice a que um Estado-membro, no panorama da distribuição de competências previstas na Constituição brasileira, possa aumentar os níveis de proteção conferidos pela legislação nacional, desde que atendendo às peculiaridades locais, e observada a lealdade federal.

Essa questão muito em breve deve ser levada ao Supremo Tribunal Federal.

#### **6.3.3.3 Caso envolvendo “energia”: RE 627.189/SP**

Outro caso interessante, julgado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal (8 de junho de 2016), é o RE 627.189/SP, Rel.Min. Dias Toffoli. Trata-se do problema entre a “legislação sobre energia”, de competência privativa da União (art. 22, IV), e a legislação sobre o meio ambiente do Estado-membro.

Um conflito competência concorrente v. privativa, em que cabível o emprego da concepção de “transversalidade”.

O caso se fundamenta na obrigação imposta a Eletropaulo de reduzir a 1uT (um micro Tesla) a radiação eletromagnética de suas linhas de transmissão, com fundamento em parâmetro fixado pela lei suíça. Há estudos comprovando o potencial carcinogênico dessas radiações, sendo que foi ajuizada Ação Civil Pública com fundamento no princípio da precaução, e no art. 225 da Constituição Federal.

A sentença foi pela procedência do pedido.

A concessionária do Estado de São Paulo (Eletropaulo) recorreu até o STF, sustentando, dentre outros argumentos, que a r. sentença pautou-se ao arripio da legislação a respeito do tema (violação ao art. 5º, II, e 225 da CF/88). Alegou, também, que o art. 4º da Lei nº 11.934/2009 estipulou o parâmetro da Comissão Internacional de Proteção contra a Radiação Não Ionizante (ICNIRP), que é de 83,3 UT. Ainda sustentou não haver estudos conclusivos sobre a lesividade desses campos eletromagnéticos, sendo evidente a desproporção do princípio da precaução, bem como o aspecto econômico da questão, visto o custo de substituição de suas linhas de transmissão.

O Supremo Tribunal Federal deu provimento aos recursos da concessionária, julgando improcedentes as ações civis públicas, e declarando válida a legislação federal e o parâmetro utilizado:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 479 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, para o fim de se julgarem improcedentes ambas as ações civis públicas, sem a fixação de verbas de sucumbência, firmando a seguinte tese: “No atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009”, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Marco Aurélio e Celso de Mello, que negavam provimento ao recurso. Impedido o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente). Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 08.06.2016.

O conflito, aqui, se refere ao princípio da precaução, e a decisão judicial foi tomada considerando esse fundamento, e a aplicação direta do art. 225, *caput*, da CF/88 (direito ao meio ambiente). Não havia, à época da sentença, legislação estadual, ou municipal, a respeito do tema (a Lei nº 11.934, de 05.05.2009 foi posterior ao próprio ajuizamento do recurso extraordinário).

É interessante observar que o direito fundamental ao meio ambiente foi assegurado pela sentença de 1º grau, e posteriormente confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, com fundamento no princípio da precaução, e extraíndo seu fundamento de validade diretamente do texto constitucional. Ou seja, a interposição legislativa não constitui óbice à concretização do direito fundamental ao meio ambiente brasileiro.

Pois bem, a União, posteriormente, editou parâmetros regulamentando a matéria. O Supremo Tribunal Federal realizou audiências públicas nesse processo, nos dias 6 a 8 de março de 2013. E o julgamento, ao final, conclui que

[...][no atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009

O conflito que poderia estabelecer, neste caso, era se fosse editada lei pelo Estado de São Paulo, ampliando os níveis protetivos oferecidos pela legislação federal. Um conflito matéria ambiental, de competência concorrente-compartimentada (art. 24, CF/88), com a matéria “energia”, de atribuição exclusiva da União (art. 22, IV). Inicialmente, o problema da delimitação, sendo que utilizando-se a concepção espanhola de “transversalidade”, a legislação da União sobre “energia”, nos pontos em que há confluência com a matéria ambiental, não pode impossibilitar o exercício do espaço de complementação que lhe é constitucionalmente previsto pelo art. 24, §2º, da CF/88.

Feito isso, os acréscimos protetivos eventualmente adotados por essa legislação deveriam se submeter ao princípio da proporcionalidade. Deve-se lembrar ainda, que segundo o entendimento do TJUE, “a inexistência de estudos conclusivos não impede sejam adotadas medidas que eventualmente acresçam o nível de proteção ambiental”<sup>1095</sup>, diferentemente do estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 627.189/SP.

Mais uma vez, optou-se pela comodidade de manter a centralização, e a inefetividade da proteção ambiental.

#### **6.3.3.4 O caso das queimadas em plantações de cana: RE 586.224/SP**

Por fim, cabe mencionar o recente caso do RE nº 586.224/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em fevereiro de 2015, e já visto no cap. 2.4. Repise-se, situação em que se discute conflito competencial entre lei municipal e lei do Estado-membro, e em cuja resolução acaba se utilizando o princípio da proporcionalidade, embora explicitando tratar-se de análise de constitucionalidade material.

Pois bem, recorda-se que se tratava de ação movida pelo Estado de São Paulo e pelo Sindicato da Indústria da Fabricação do Alcool do Estado de São Paulo – SIFAESP, questionando a Lei nº 1.952/95, do Município de Paulínia/SP, que proibia a queima de palha de cana-de-açúcar em seus limites territoriais, sendo que existia lei do Estado-membro proibindo gradativamente o uso de queimadas (Lei 11.241/02). Posteriormente, editou-se o novo Código Florestal (Lei Federal nº 12.651/12), que proibiu o uso de fogo na agricultura, exceto em locais cujas peculiaridades agropastoris ou florestais, mediante prévia autorização do órgão ambiental estadual, o justifiquem<sup>1096</sup>.

Alegava-se a inconstitucionalidade formal da lei municipal, por extrapolar os limites constitucionais do art. 30, I e II, que permite ao município legislar sobre

---

<sup>1095</sup> Cf. processo C-343/09 (Afton Chemical Limited contra Secretary of State for Transport), sentença de 08.07.2010; processo C-15/10 (Etimine SA contra Secretary of State for Work and Pensions), de 21.07.2011

<sup>1096</sup> Art. 27, parágrafo único, da Lei nº 12.651/12



assuntos de interesse local.

Realizou-se audiência pública <sup>1097</sup>.

O Ministro-relator, Luiz Fux, apresentou voto que, em síntese, sustentou-se em dois pontos: (1) mencionou, extensamente, as questões trazidas na audiência pública, ressaltando aspectos de natureza socioeconômica (desemprego de trabalhadores, mecanização da lavoura, as dificuldades dos pequenos agricultores, enfim todos os diversos fatores que influenciaram seu julgamento. O (2) segundo ponto, referente à discussão jurídica propriamente dita, e que cuidava do exercício da competência federativa do município de Paulínia.

Nesse último aspecto, aplicou de maneira expressa o princípio da proporcionalidade, ressaltando, contudo, aplicação exclusivamente do ponto de vista da inconstitucionalidade material.<sup>1098</sup>

Passou a analisar, então, o caso estritamente dentro dos 3 subprincípios da proporcionalidade. Em relação à

(1) adequação, disse tratar-se da “aptidão da medida estatal para atingir a finalidade constitucional almejada. Trata-se, aqui, de um cotejo entre meio e fim, a exigir que o meio selecionado seja empiricamente idôneo à promoção do fim perseguido”.

---

<sup>1097</sup> Nessa audiência, “o Ministério do Meio Ambiente ressaltou que a Lei nº 12.651/12 (novo Código Florestal) proíbe o uso do fogo na agricultura, mas excepciona em locais ou regiões cujas peculiaridades justifiquem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, mediante prévia aprovação do órgão estadual ambiental competente. Neste sentido, importa observar que 62,4% da produção de cana do país estão no Estado de São Paulo e que em suas últimas safras há a substituição do fogo pela colheita mecanizada, sendo certo que a partir de 2006, quando o uso do fogo começou a diminuir consideravelmente. Em Paulínia, especificamente, 26% da cana era colhida sem o uso do fogo em 2006, enquanto que em 2011 esse número subiu para 70%. Relatou ainda que 80.000 trabalhadores tiveram sua força de trabalho substituída na colheita da cana. Em contrapartida, o custo de produção diminuiu 25% com a colheita mecanizada. Portanto, sugere o controle ambiental adequado pelos órgãos de fiscalização competentes, quando o uso do fogo se fizer necessário.”

<sup>1098</sup> No voto, “[...] Por conseguinte, sendo certo que o controle da lei municipal é do ponto de vista material, mister se faz analisar se a solução proposta por ela é proporcional sob a ótica constitucional. Como já devidamente assentado na dogmática jurídica, o dever de proporcionalidade constitui autêntica pauta de moderação e prudência a orientar toda a atuação do Poder Público. Sua função é permitir a harmonia axiológica do sistema normativo. Seu fundamento é a própria noção de princípios jurídicos como mandamentos de otimização em face de restrições fáticas e jurídicas, na esteira do magistério de Robert Alexy. Sua operacionalização é metodologicamente desdobrada em três etapas ou fases: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.”

(2) quando à necessidade, “procede-se, aqui, a uma análise comparativa entre meios alternativos e o fim público perseguido”, cujo “objetivo é perquirir a existência (ou não) de meios substitutos àquele originalmente escolhido pelo Estado e, em seguida, compará-los.”

(3) e quanto “à última etapa do itinerário metodológico, o teste da proporcionalidade em sentido estrito impõe a comparação dos custos e dos benefícios da medida restritiva.”

Após o que, concluiu pela inconstitucionalidade material da lei municipal:

Nesse sentido, observa-se sem maiores dificuldades, a partir de todo o exposto no presente caso, que a solução trazida pela legislação ora questionada encontra óbice nas duas fases finais de análise da proporcionalidade, enquanto já se prevê uma solução menos gravosa pelo ordenamento que equilibra de maneira mais correta a relação custobenefício. Desta feita, é intransponível a conclusão pela inconstitucionalidade material da norma em voga.

Como já antecipado no início do voto, há uma sensível e importantíssima distinção entre a proibição contida na norma questionada e a eliminação progressiva disciplina na legislação estadual, mas é indubitável que as duas normas tratam do mesmo tema, que é a queima da cana-de-açúcar para sua colheita.

Ambos os diplomas legislativos têm o fito de resolver a mesma necessidade social, que é a manutenção de um meio ambiente equilibrado e, portanto, deve-se utilizar o mesmo raciocínio em face da ausência de lei federal genérica prévia à edição de lei estadual que regulamente determinada matéria, hipótese esta em que se suspende a eficácia da lei estadual no que contrariar a norma genérica federal.

Sendo assim, é nítido que solução semelhante deve ser adotada no presente caso, com a ressalva de que, como o município de Paulínia passa a atuar no âmbito de competência do Estado de São Paulo, contrariando-o de sobremodo, acaba por afrontar a respectiva constituição estadual.

[...]

Essa argumentação foi seguida pelo tribunal, vencida apenas a Min. Rosa Weber, que entendia, nesse ponto, ser constitucional a lei municipal.

Esse julgamento, além de demonstrar a utilização da proporcionalidade pela Suprema Corte brasileira, foi paradigmático, também, por reconhecer a competência do Município para legislar sobre meio ambiente, algo que parcela da doutrina

brasileira entendia não ser possível, por uma interpretação equivocada do art. 24 da Constituição Federal, ao não referir expressamente “Município”. A literalidade foi rechaçada, adequadamente, nesse julgamento.

Por fim, embora o ministro-relator tenha se utilizado expressamente de “inconstitucionalidade material” da lei municipal para declará-la inconstitucional, percebe-se – o voto do Min. Teori Zavascki, em breves linhas, parece ter antevisto isso – a questão da comunicabilidade entre inconstitucionalidade material e formal no âmbito da legislação concorrente ambiental brasileira.

Um último aspecto interessante a ser mencionado, nesse julgamento, é o problema do fator “decorso do tempo”. Com efeito, entre a edição da lei municipal, e a proibição; o advento da legislação estadual, e a final do novo Código Florestal, passaram-se quase duas décadas, 20 (vinte) anos. Esse decurso tão longo do tempo, entretanto, permitiu avaliar mais exatamente a problemática do “meio menos gravoso”, já que com resultados práticos da aplicação da lei do Estado-membro nesse tempo.

Essa é uma variável, o transcurso do tempo, pouco estudada na jurisdição constitucional brasileira, e talvez merecesse um estudo mais aprofundado.

Retornando, como já referido: (1) a inconstitucionalidade material da lei do Estado-membro implica, a mais das vezes, também a sua inconstitucionalidade formal, visto que o requisito peculiaridade somente é atendido se “justificado”. No fundo, há o princípio da isonomia, sendo que o tratamento diferenciado somente encontra fundamento constitucional se justificado. Não havendo justificativa, o requisito peculiaridade não é preenchido, de onde a inconstitucionalidade formal também; (2) a inconstitucionalidade material de uma lei federal de “normas gerais” não implica forçosamente sua inconstitucionalidade formal – a final, a lei aplica-se a todo o território nacional. Contudo, por força do § 3º do art. 24, abre-se a possibilidade de exercício da legislação plena ao Estado-membro, o que acaba, assim, solucionando o conflito federativo.

Ainda, quando da avaliação do subprincípio da necessidade, em que se precisa verificar o meio menos gravoso, a comparação entre as legislações acaba sen-

do inevitável. E essa comparação acaba levando à resolução do conflito posto sob julgamento.

#### **6.4 O problema da dupla análise constitucional: a conexão formal-material e o art. 24, § 3º CF/88**

Aqui se pretende analisar algumas das razões pelas quais o princípio da proporcionalidade, além das já mencionadas anteriormente (estrutura argumentativa, flexibilidade, transparência na fundamentação), pode ser uma ferramenta útil na resolução dos conflitos competenciais ambientais na jurisdição constitucional brasileira.

Para tanto, inicialmente é necessário relembrar os §§ 1º a 4º do art. 24, da Constituição de 1988:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

A par das críticas feitas à necessidade de desvincular-se a análise da constitucionalidade material da legislação, do aspecto formal (competencial), parece evidente que, no caso brasileiro, há relações de dependência entre ambos, sendo justamente nesse contexto que o princípio da proporcionalidade, que se presta à verificação, na maioria dos casos, do aspecto material da constitucionalidade das leis

(principalmente em se tratando de direitos fundamentais), pode se revelar um critério hábil à resolução dos conflitos competenciais Estados-membros v. União.

Com efeito, veja-se o caso da legislação do Estado-membro. Nesses casos, o fundamento da validade competencial reside na possibilidade de complementação, desenvolvimento, para atendimento a peculiaridades locais. Ora, na medida em que esse ato normativo revista-se de inconstitucionalidade, pelo não atendimento ao princípio da proporcionalidade, seja porque o critério utilizado revelou-se demasiadamente restritivo (por exemplo, da liberdade comercial); ou conferiu mesmo uma proteção deficiente, isso permite concluir que essa legislação não atendeu a uma peculiaridade local, e submeteu os indivíduos daquele Estado-membro a um tratamento injustificado perante o restante da nação. O seu fundamento de validade formal da legislação (peculiaridade) também se encontra prejudicado, e, deste modo, sua validade.

Agora veja-se a situação da legislação federal de “normas gerais”. O exame de constitucionalidade formal passa por verificar se essa legislação ultrapassou o mínimo necessário para a consecução dos objetivos a que se propôs, de obter uma uniformização e homogeneização (mediantes mínimos), sem esquecer de deixar espaço para complementação indispensável ao exercício da autonomia do Estado-membro. A análise dessa legislação, sob o critério da proporcionalidade – constitucionalidade material, pode justamente levar a situação que seja declarada inválida, pelas mesmas razões expostas anteriormente. Escolha de um critério demasiadamente restritivo de outro princípio ou direito fundamental, ou um critério inadequado, ou algo que se mostre demasiadamente restritivo para a consecução dos objetivos perseguidos. Pode, ainda, que a proteção conferida ao direito ambiental mostre-se insuficiente.

Nesses casos, por força do § 3º do art. 24, abre-se a possibilidade de convalidação da legislação estadual, pelo que o conflito federativo também encontra uma solução.

Isso ficou bastante claro no julgamento da ADIMC nº 3.937/SP (asbesto).

Uma singularidade que se deve ressaltar é que a jurisdição constitucional brasileira é mista, e, portanto, qualquer juiz pode reconhecer uma inconstitucionalidade.

dade de ofício nos casos sob sua jurisdição. Outrossim, o controle direto de constitucionalidade possui natureza objetiva, de modo que não se submete aos ditames clássicos dos processos civis ordinários. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é farta no sentido de que a Corte não está adstrita aos fundamentos do pedido<sup>1099</sup>.

Nesse contexto, observou-se no julgamento da Medida Cautelar na ADIMC nº 3.937/SP que a própria lei federal de regência (Lei nº 9.055/95) poderia estar eivada de inconstitucionalidade, por não conferir proteção suficiente ao bem fundamental da saúde (art. 196) e do meio ambiente (art. 225).

A questão processual é complexa por duas razões: (1) há na Corte ação direta ajuizada contra a Lei nº 9.055/95, justamente questionando esse fato (ADI 4.066); (2) essa inconstitucionalidade poderia ser reconhecida *ex officio* nessa mesma ação (ADI 3937), consoante exposto anteriormente (cf. p.ex. ADI 2182). Adicione-se a isso mais um complicador, qual seja: em sendo declarada essa inconstitucionalidade (nulidade *ex tunc*), sendo a legislação estadual considerada válida, a teor do disposto no § 3º do art. 24.

No caso concreto, essa situação é agravada, ainda mais, pela técnica legislativa indevida empregada na Lei nº 9.055/95. Com efeito, no art. 1º o legislador proíbe todos os tipos de amianto<sup>1100</sup>, enquanto no art. 2º permite a comercialização e utilização da variedade crisotila<sup>1101</sup>. Obviamente, somente se questiona o art. 2º, cuja declaração de inconstitucionalidade levaria à situação de proibição total do amianto no Brasil, não somente abrindo margem à legislação supletiva plena estadual, mas mesmo tornando até despicienda essa legislação. Mais especificamente: seria totalmente sem utilidade a proibição de transporte de amianto nas rodovias do Estado-

<sup>1099</sup> Cf. por exemplo ADIMC 1358; ADIMC 1896, ADI 89/MG; ADI 1.120; ADI nº 2.182

<sup>1100</sup> Art. 1º É vedada em todo o território nacional: I - a extração, produção, industrialização, utilização e comercialização da actinolita, amosita (asbesto marrom), antofilita, crocidolita (amianto azul) e da tremolita, variedades minerais pertencentes ao grupo dos anfibólios, bem como dos produtos que contenham estas substâncias minerais; II - a pulverização (spray) de todos os tipos de fibras, tanto de asbesto/amianto da variedade crisotila como daquelas naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei; III - a venda a granel de fibras em pó, tanto de asbesto/amianto da variedade crisotila como daquelas naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei.

<sup>1101</sup> Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei.

membro (ainda que invadindo a competência da União), pois a substância estaria proibida em todo o território nacional.

A questão, até o presente momento, ainda não foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal. Processualmente falando, parece recomendável fosse apreciada inicialmente desde logo a inconstitucionalidade material do art. 2º, da Lei nº 9.055/95, e entende-se que devesse ser julgada procedente. Os estudos já realizados até o presente momento, e principalmente os dados apresentados na audiência pública da ADIMC 3937/SP, demonstraram à exaustão a necessidade de concretização do princípio ambiental da precaução, principalmente porque há substitutos eficazes para essa substância. Não proibir a utilização dessa substância seria conferir proteção deficiente aos direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente. Mais ainda, se não se deseja partir para o polêmico campo da proibição deficiente, e talvez o principal argumento, é que o Brasil se comprometeu internacionalmente a tomar medidas no sentido de proteção à saúde dos trabalhadores, abolindo progressivamente todas as espécies de amianto (Convenção nº 162 da OIT)<sup>1102</sup>. O voto do Min. Joaquim Barbosa estuda bem esse aspecto da questão e entende plenamente viável a concretização, pelos Estados-membros, desse compromisso assumido pelo Brasil<sup>1103</sup>.

Inconstitucional o art. 2º da Lei federal nº 9.055/95 (que permite o amianto crisotila), aplica-se o § 3º do art. 24 da Constituição? O disposto nos §§ 3º e 4º do art. 24 da Constituição de 1988 definitivamente não foram redigidos para uma situação como a que se refere a pergunta. A situação prevista pelo legislador constituinte amolda-se à completa ausência de legislação federal, ou omissão deliberada na regulamentação de determinada matéria. Por “existência de lei federal” deve-se entender lei federal promulgada e publicada. Ainda que se discuta sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, e a possibilidade ou não de modulação de seus efeitos é uma realidade nas Cortes Constitucionais atuais. Tradicionalmente o ato declarado inconstitucional é nulo, e inválido *ex tunc*. O que não significa, em nosso entender, inexistente. A interpretação mais razoável, e pragmática, é considerar que

---

1102 Promulgada pelo Decreto nº 126, de 22 de maio de 1991.

1103 Após referir jurisprudência da Corte (RE 466.643 e 349.703), o Min. Joaquim Barbosa ressalta que a Convenção possuiria o caráter de norma supralegal e infraconstitucional.

nesses casos o Estado-membro possa efetivamente legislar plenamente, no exercício de sua autonomia.

A lei do Estado de São Paulo, assim, deve ser considerada válida.<sup>1104</sup> Deve-se interpretar o princípio federativo com equilíbrio, procedendo-se às necessárias ponderações e a uma argumentação racional. Os Estados-membros não somente honraram em maior medida os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, mas antes anteciparam uma revisão legislativa necessária para conferir-se maior efetividade a um direito fundamental.

No que interessa a este trabalho, este caso demonstrou – principalmente quando da análise de legislações estaduais, no âmbito da competência concorrential, que há significativa margem para uma apreciação da constitucionalidade material da legislação nacional sobre o tema. E mais, devido à redação do art. 24, § 3º, não somente tem-se uma situação que pode levar à uniformidade nacional, mas também de que os Estados possam legislar nessa oportunidade que se abre.

A análise da constitucionalidade material de uma lei estadual implica, o mais das vezes, na inconstitucionalidade formal dessa mesma lei, visto que o requisito “peculiaridade”, que necessariamente deve ser justificado, encontra-se prejudicado, ao submeter os indivíduos desse Estado-membro a um tratamento diferenciado ao restante da nação que não encontra justificativa. Por outro lado, a inconstitucionalidade material da legislação nacional de “normas gerais” abre espaço para eventual exercício da competência legislativa plena dos Estados-membros (art. 24, § 3º).

Essas circunstâncias acabam por levar à resolução do conflito federativo.

No fundo, remanesce a isonomia constitucional no trato das relações federativas, de onde se concluiu que essa distinção material v. formal, mormente em se

---

<sup>1104</sup> No mesmo sentido, “Evidentemente, se se entende que a lei geral padece de inconstitucionalidade material (porque, no caso específico, não resguarda, no grau constitucionalmente exigido, o direito à saúde), então não há que se falar em ofensa da lei estadual à norma geral, pois esta, nula que é, não produz efeitos obstativos da legislação estadual contrária às suas disposições. Em tal situação, é aplicável o disposto no art. 24, § 3º, da Constituição Federal (exercício de competência legislativa plena pelos Estados, por inexistência de lei federal válida sobre normas gerais). Outrossim, se se considera que os tratados e convenções dos quais o Brasil faça parte constituem uma espécie normativa supralegal, na incompatibilidade entre a lei federal e a Convenção nº 162 da OIT, esta deve prevalecer, liberando os Estados do atendimento aos preceitos da lei federal.” in MONTEIRO DE REZENDE, Renato. *Normas Gerais revisitadas: a competência legislativa em matéria ambiental*. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Senado Federal. Brasília: 2013. p. 45



tratando das competências das “normas gerais” na Constituição brasileira, por vezes se mostra artificial.

Por fim, uma última observação sobre o princípio da proporcionalidade e suas vantagens para a resolução dos conflitos competenciais federativos. Quando da verificação do atendimento do subprincípio da necessidade (2ª etapa), se o meio empregado constitui o menos gravoso dentre os disponíveis, justamente acaba se efetuando uma comparação entre as legislações sob julgamento, o que acaba permitindo a resolução da questão submetida à análise.

O princípio da proporcionalidade possibilita a resolução dos conflitos competenciais federativos. É sua conjugação, contudo, com as concepções de “legislação básica + normas adicionais de proteção”, bem como de “transversalidade”, que oportunizam maior descentralização federativa, e uma subsequente viabilidade de incremento na eficiência protetiva ambiental.

## **Conclusões do capítulo 6**

Neste capítulo, objetivou-se, partindo-se dos problemas expostos, e como decididos atualmente pelo Supremo Tribunal Federal (cap. 4) verificar a aplicação dos aportes de direito comparado e das propostas deste trabalho.

O objetivo é verificar a possibilidade de estabelecer critérios para a resolução dos conflitos competenciais ambientais entre União e Estados-membros, na federação brasileira, oportunizando maior descentralização, visto que aumentam as chances de se conseguir proteção mais efetiva ao meio ambiente. E, também, por intermédio de um equilíbrio federativo.

De fato, entende-se necessária:

(1) uma readequação da colocação dos conflitos competenciais: quais as perguntas adequadas a serem respondidas;

(2) os aportes da doutrina comparada, consistindo em:

(2.1) delimitação das matérias conflitantes (transversalidade, conexão, confluência);

(2.2) noção de bases como “mínimo denominador comum” e sua aplicação às “normas gerais”, com a possibilidade de normas adicionais de proteção;

(2.3) princípio da proporcionalidade.

Assim, inicialmente é mister sistematizar adequadamente os tipos de conflitos possíveis, as modalidades existentes, as perguntas que devem ser respondidas pelo intérprete. Em se tratando especificamente de matéria ambiental (ou seja, a matéria tanto da lei federal quanto da lei estadual é ambiental, indiscutivelmente), o conflito ocorre estritamente nos limites das “normas gerais”, e pode ser:

(1) União invade campo complementar dos Estados-membros (art. 24, §2º);

(2) a União invade campo residual dos Estados-membros (art. 25, § 1º);

(3) o Estado-membro invade o campo das “normas gerais” da União;

(4) ou Estado-membro invade campo de competência privativa da União (art. 22).

Agora pode ocorrer situações em que a matéria é discutível, há uma zona de confluência (transversalidade), e nesses casos pode acontecer:

(5) a União, legislando em sua competência privativa, invade o campo complementar do Estado-membro (art. 24, §2º);

(6) Estado-membro invade o campo das “normas gerais” da União.

Os exemplos da jurisprudência constitucional brasileira, em sua grande maioria, situam-se em (3) Estado-membro invade o âmbito das “normas gerais” da União; (4) ou Estado-membro invade âmbito da competência privativa da União.

O primeiro passo a adotar-se é a delimitação da matéria, e aqui reside uma importante contribuição da doutrina comparada: a transversalidade da competência ambiental. Segundo o entendimento do TC espanhol, nesses casos, o exercício de

uma competência exclusiva pelo ente estatal (p.ex., pesca), deve ser tal que não menoscabe a possibilidade de desenvolvimento legislativo pela Comunidade Autônoma (ambiental). Portanto, em vez de empregar critérios em que (1) ou se considera somente a competência exclusiva, ampliada; (2) ou então uma flexibilização injustificada, procede-se à delimitação do que for possível, e nesses pontos em que haja conexão, confluência da matéria de competência exclusiva com a ambiental (concorrente-compartimentada), parte-se, ao fim e ao cabo, para a verificação dos limites das “normas gerais”.

A jurisprudência constitucional brasileira, nessas situações de conflito privativa v. concorrente tem decidido invariavelmente em favor da União (ADI nº 3.813/RS).

Outro ponto a ser destacado é que concepção de “normas gerais” deve recepcionar o entendimento adotado em Espanha. Um “mínimo denominador comum”, deixando espaço para o desenvolvimento dessa legislação pelas Comunidades Autônomas, podendo ser acrescentado “níveis adicionais de proteção”. O estabelecimento desse “mínimo”, forçoso reconhecer, continua consistindo um complicador, pelo que a utilização da proporcionalidade, na medida em que permite conjugar os diversos princípios e interesses contrapostos, mostra-se bastante interessante.

De fato, a concepção de “normas gerais” atualmente empregada pela jurisdição constitucional brasileira, além de extremamente confusa em algumas ocasiões, tem se demonstrado pobre e favorável à centralização das competências na União. Não confere qualquer espaço para a autonomia dos Estados-membros e, com isso, acaba ocasionando danos irreparáveis ao patrimônio ambiental brasileiro.

O entendimento atual é de que essas “normas gerais” objetivam a uniformização e homogeneização, sendo que ao legislador do Estado-membro compete somente o preenchimento dos vazios ou lacunas eventualmente existentes na legislação federal, para atendimento às peculiaridades locais. Somente especificá-las (cf. ADI. 3.035/PR, ADI 3.098/SP, ADI 3.645/PR, ADI 1.245/RS).

Essa concepção apenas promove centralização desnecessária da federação brasileira, restringindo a autonomia dos Estados-membros, e ocasionando a

impossibilidade de conferir-se maior proteção ambiental, de acordo com as peculiaridades locais. Esse “mínimo denominador comum”, de certo modo, não refoge à noção de “uniformidade, homogeneização”, mas deve-se estender a compreensão de que isso constitui um patamar mínimo, que não exclui a possibilidade de desenvolvimento pelos Estados-membros, ou mesmo de expansão da proteção, desde que justificada. Obviamente, esse incremento deve encontrar fundamento e obediência aos limites do princípio da lealdade federal.

Outro aspecto a ser enfatizado é de que a adoção dessa concepção, além de possibilitar maior proteção ambiental, permite controlar um pouco a *vis expansiva* do princípio da proporcionalidade. Com efeito, objetiva-se a resolução de conflitos competenciais ambientais, de modo equilibrado e justificado, com maior efetividade do direito fundamental ao meio ambiente, e oportunizando a descentralização, mas não a qualquer preço. Tampouco recorrendo-se a presunções, e cometendo-se o mesmo equívoco que se procura combater. Assim, na medida em que se compreende as “normas gerais” como um “mínimo denominador comum, suscetível de albergar um incremento protetivo”, isso limita consideravelmente uma ponderação desmesurada a justificar reduções de níveis de proteção, e, conseqüentemente, assegurar um mínimo de proteção em âmbito nacional.

Outrossim, forçoso reconhecer, que a realidade da federação brasileira atual não comportaria de modo algum abertura a essa possibilidade de redução de níveis de proteção. Isso somente aumentaria ainda mais os conflitos federativos, com prejuízo considerável a proteção ambiental.

Por fim, o próprio princípio da proporcionalidade. Ainda que com bastantes críticas, a empregar-se a concepção da doutrina alemã (utilizada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia), observa-se que possibilita maior sistematização, organização, transparência argumentativa, e o desenvolvimento de um *iter* de fundamentação. E mais: principalmente a consideração dos diversos princípios e interesses contrapostos, não decidindo as questões federativas pautados por critérios alicerçados em presunções, sempre favoráveis à União.

Depois de realizada essa sistematização, com a reformulação das questões conflitantes (perguntas adequadas), e a incorporação das concepções do direito

comparado, procedeu-se nesse capítulo à verificação de como poderiam ser analisadas as mesmas questões debatidas pelo Supremo Tribunal Federal (cap. 4). Os tipos mais comuns de conflitos, repise-se, são (tipo 1) lei federal ambiental, de “normas gerais”, invadindo o âmbito complementar dos Estados-membros; (tipo 2) lei estadual ambiental que extravasa o campo complementar das “normas gerais”; (tipo 3) legislação estadual que, a título de proteção ao meio ambiente, utiliza-se de mecanismo que pode pertencer a uma das matérias de competência exclusiva da União.

O caso do asbesto, e dos agrotóxicos, em sua imensa maioria, enquadram-se nos tipos 2 e 3. Analisadas sob a nova metodologia, algumas constatações puderam ser realizadas:

(1) parece restar comprovado que as questões se encontram melhor dispostas, de modo mais sistemático e esquematizado. A própria forma de colocação das questões pela jurisprudência constitucional mostrava-se bastante confusa, e isso prejudicava a compreensão dos conflitos existentes e dos argumentos que deviam ser analisados.

(2) pôde-se verificar que o princípio da proporcionalidade conferiu maior transparência à argumentação, visto que todos os princípios e interesses contrapostos foram analisados e sopesados. A adoção das 3 (três) etapas conduz o intérprete a expor detalhadamente as razões e interesses conflitantes, e isso ocasiona inclusive maior aproveitamento de todos os dados constantes do processo, o que em matéria ambiental – com audiências públicas, perícias, dados técnicos, enfim – é extremamente importante;

(3) é possível ampliar os níveis protetivos pela legislação do Estado-membro (ADIMC nº 3.937/SP), desde que justificadamente às peculiaridades locais.

(4) ao se efetuar os sopesamentos, são contrapostos a proteção ao meio ambiente, e a eventual restrição a alguma liberdade (comercial, econômica, enfim), sempre considerando os limites da realidade federativa (diversidade na unidade);

(5) muitas legislações dos Estados-membros puderam ser consideradas válidas, o que comprova a possibilidade de realizar-se uma interpretação mais favorável à descentralização, sem necessidade de recorrer-se a presunções.

Observou-se, reforça-se, que é desnecessário recorrer-se a presunções, sempre que uma dúvida se apresenta. Há possibilidade de promover maior descentralização federativa, com efetiva proteção ambiental, embora nem sempre os resultados devem conduzir forçosamente a validação das legislações dos Estados-membros. O objetivo é oportunizar descentralização, não realizá-la a qualquer preço.

Um exemplo significativo foi o caso da ADPFMC nº 234/DF, em que o Estado de São Paulo, ao proibir a utilização de suas rodovias para o transporte de amianto para exportação manifestamente desbordou dos limites da complementação às peculiaridades locais. A federação é um espaço de convivência, em que o direito à diversidade, para atendimento à sua realidade, pode ser exercido por *todos* os entes. A restrição imposta à liberdade de transporte era excessiva, e a proteção ambiental podia ser assegurada de outros modos.

No item 6.3.2 analisou-se as questões referentes às leis federais ambientais que invadem a competência complementar dos Estados-membros, ou eventualmente a residual pertencente a este (art. 25, § 1º). O que chama a atenção, nesse tópico, é que inexistiu qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal, em matéria ambiental, declarando a inconstitucionalidade de uma lei federal que desbordou dos limites das “normas gerais”. E, mesmo em outras matérias, as pesquisas realizadas demonstraram que foram raras as situações (dois casos especificamente). No mínimo, mais uma comprovação a caracterizar a extrema rigidez e centralização da federação brasileira. Verificou-se que, pelo menos em uma situação (ADI nº 3.645/PR), aplicando-se os critérios propostos, teria sido possível a declaração de inconstitucionalidade, sob esse fundamento, pelo Supremo Tribunal Federal.

Restou evidente, mais uma vez, a inadequação da concepção de “normas gerais” atualmente empregada, em que o legislador do Estado-membro, a rigor, é um simples preenchedor de lacunas.

Outros casos analisados (exportação de madeira em toras, queimadas em canaviais, campos eletromagnéticos), permitiram comprovar que há viabilidade para a adoção das concepções do direito comparado (transversalidade, mínimo denominador comum, com normas adicionais de proteção), e o princípio da proporcionalidade.

Ainda, além das vantagens já referidas pelo princípio da proporcionalidade (sistemática argumentativa, transparência, flexibilidade pela conciliação dos interesses contrapostos), observou-se que a resolução do conflito acaba ocorrendo também pela própria natureza concorrente-compartimentada das competências na Constituição brasileira. O art. 24, § 3º, da CF/88, assevera que “*inexistindo lei federal de normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.*” Não parece que o constituinte tenha imaginado a situação de inconstitucionalidade da lei federal, embora na prática acabe ocorrendo, até por razões de pragmatismo, exatamente isso.

O que se pôde observar é que no subprincípio da necessidade, a segunda etapa do teste da proporcionalidade, em que se deve responder ao questionamento se o meio utilizado constitui o mecanismo menos gravoso a restringir um dos direitos conflitantes, onde acaba ocorrendo inevitavelmente, muitas vezes, uma comparação entre as legislações. E isso invariavelmente soluciona o conflito competencial federativo. Isso ficou, por exemplo, bastante claro no julgamento do RE nº 586.224/SP, em que se comparou a legislação do município e a do Estado-membro, para decidir-se que esta última estava oportunizando uma eficácia protetiva com grau menor de restrição à atividade econômica dos plantadores de cana-de-açúcar.

É importante mencionar, ao final, a desnecessidade dessa preocupação com a rígida separação que muitos procuram fazer entre o aspecto estritamente formal, relativo à distribuição de competências, e o material, do direito (fundamental) constitucional propriamente dito. Com efeito, o atendimento às peculiaridades locais, justificadamente, é um dos requisitos (formais) para a validade da legislação complementar das “normas gerais” do Estado-membro. Muitas vezes, entretanto, restrições indevidas a algum outro direito fundamental (p.ex., liberdade de comércio) são efetuadas, e acaba-se verificando que essas alegadas peculiaridades não as

justificam, de modo que acaba ocorrendo, assim, uma comunicação entre o formal e o material.



## CONCLUSÕES FINAIS

Este trabalho teve como objeto principal estabelecer critérios que permitissem melhor solucionar os conflitos competenciais ambientais entre União e Estados-membros na federação brasileira, promovendo descentralização e a possibilidade de utilização de níveis adicionais de proteção. Sustenta-se que somente por intermédio da descentralização pode-se conseguir maior proteção a um meio ambiente equilibrado, visto a possibilidade de participação popular, bem como de assegurar os princípios do federalismo, com maior eficiência à proteção ambiental.

Para a consecução desse objetivo, estuda-se a utilização de alguns conceitos de direito comparado europeu (princípio da proporcionalidade), e direito constitucional espanhol (“legislação básica + normas adicionais de proteção”, “transversalidade”).

É fato que a federação brasileira não tem oferecido uma eficaz proteção ao meio ambiente nacional. Diversas são as razões que podem ser apontadas, sendo que no campo jurídico-constitucional, os conflitos competenciais federativos são destacadamente indicados pela doutrina<sup>1105</sup> como uma de suas principais causas. A hermenêutica constitucional empregada pelo Supremo Tribunal Federal mostra-se assistemática, coloca inapropriadamente as questões, e sua resolução tem-se orientado invariavelmente por critérios que somente oportunizam mais centralização federativa. Além da sobreposição de atribuições, inflação legislativa, da confusão normativa, enfim, grande parte decorrência da complexidade da federação brasileira (com 3 entes federativos). A jurisdição constitucional, quando provocada, somente decide favoravelmente à União, sendo raros os casos julgados que preservam a

---

1105 URAS, Ilídia da Ascensão Garrido Martins; ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. *Legislação concorrente em meio ambiente*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009; ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e Competências Ambientais no Brasil*. Lumen juris Editora. Rio de Janeiro. 2007. p.103-5. MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013. p. 241-2. BENJAMIN, Antônio Herman. *O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental*. BDJur, Brasília, DF, 7 maio 2010. p. 338. KRELL, Andreas J. *A Necessária Mudança de Foco na Implantação do Federalismo Cooperativo no Brasil: da Definição das Competências Legislativas para o Desenho de Formas Conjuntas de Execução Administrativa*. p. 650 in SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2009.

legislação do Estado-membro. Desconsideraram, com isso, muitas vezes, peculiaridades locais, e a possibilidade de se conferir maior proteção ao patrimônio ambiental pelas populações diretamente interessadas.

Nesse contexto, com esse objetivo, subdividiu-se o trabalho em 6 (seis) capítulos, todos eles com propósitos bem definidos, cujas conclusões são na sequência expostos.

1. No primeiro capítulo, procurou-se apresentar um panorama da (1) federação brasileira, seu histórico e evolução, e o modo como se dá a repartição de competências e receitas. Também se procurou descrever alguns aspectos da jurisdição constitucional brasileira, especificamente do (2) Supremo Tribunal Federal, sua composição, competência, principais ações, mecanismos de decisão, problemas e críticas.

O objetivo era, desde o começo do trabalho, verificar a excessiva centralização da federação brasileira, e as dificuldades enfrentadas pela jurisdição constitucional para o desempenho de suas funções, e que talvez expliquem os motivos dessas decisões sempre favoráveis à centralização.

Foi possível verificar que a federação brasileira, instituída ainda em 1889, é composta pela União, Estados-membros (26 ao todo), o Distrito Federal, e também dos Municípios (aproximadamente 5.570), constituindo essa uma singularidade, transformando-a num Estado tripartite. A distribuição de competências, com as matérias nas quais os respectivos entes federativos podem legislar e exercer suas atribuições, encontra-se descrita nos arts. 22 a 30, da Constituição da República de 1988. Existem competências enumeradas, a serem exercidas privativamente pela União e pelos Municípios, encontradas nos arts. 22 (para a União) e art. 30 (Municípios). Há uma competência residual, pertencente aos Estados-membros (art. 25, §1º), e um conjunto de competências concorrente-compartimentada, na qual compete à União legislar sobre “normas gerais” (art.24, § 1º), a qual não exclui a competência complementar dos Estados-membros (art. 25, § 2º). Inexistindo lei federal de “normas gerais”, os Estados-membros exercerão a competência legislativa plena, para atendimento de suas peculiaridades (art. 25, § 3º).

A competência legislativa em matéria ambiental é de natureza concorrente-compartimentada (art. 24, VI a VIII, da CF/88), sendo o entendimento de que os Municípios também podem legislar sobre essa matéria, em atendimento a suas peculiaridades (Cf. RE nº 586.224/SP).

Observa-se, do exposto, claramente uma concentração de atribuições na federação brasileira (29 incisos somente no art. 22, relativo à União), que também se estende à distribuição de receitas (mais de 50% vinculados à União). E, mesmo no âmbito de legislação concorrente-compartimentada (em que ocorrem grande parte dos conflitos competenciais), ocorre forte centralização, em grande parte devido à dificuldade de estabelecimento dos limites das “normas gerais”, e as respostas oferecidas pela jurisprudência constitucional.

O Estado brasileiro, desde suas origens, era altamente centralizado. Uma federação centrífuga (diferentemente das federações clássicas, como Estados Unidos e Alemanha), com grande número de atribuições, no texto constitucional atual, pertencendo à União, com elevada concentração de renda no governo federal. E, mesmo quando se tem uma concorrência de competências, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda decide sistematicamente de modo favorável à União.

A conclusão a que se pode chegar, quase que inevitavelmente, é de que a federação brasileira é nominal, muito pouco possuindo daquilo a que efetivamente se propõe essa forma de Estado.

Como sabido, para a garantia da forma federativa de Estado, além de (1) distribuição de competências; e (2) estabelecimento de receitas, rendas para os entes federativos; é mister a existência de um órgão dotado de imparcialidade para a resolução dos conflitos eventualmente existentes, e assegurar o cumprimento dessas normas constantes em documento escrito e rígido (Constituição).

No Brasil, esse papel sempre foi atribuição do Supremo Tribunal Federal.

Importa destacar, desde já, que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é misto, abrangendo tanto o aspecto difuso (incidental, possível de ser exercido por qualquer órgão judiciário, mesmo *ex officio*, com eficácia *inter*

*partes*), como o concentrado (Supremo Tribunal Federal, rol restrito de legitimados, eficácia *erga omnes*). Essas distinções, entretanto, hoje, já não são mais tão rígidas.

O Supremo Tribunal Federal, instituído ainda na República Velha (1889), é órgão de cúpula do Poder Judiciário (última instância recursal), e, de certo modo, também desempenha funções de Tribunal Constitucional. Compõe-se de 11 (onze) ministros, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação por maior absoluta do Senado Federal. Possuem vitaliciedade, aposentando-se compulsoriamente aos 75 (setenta e cinco) anos. Inicialmente, o controle de constitucionalidade, à semelhança do norte-americano, era apenas difuso, sendo posteriormente alterado, sobretudo após a EC nº 16/65, para acolher a Representação (via direta), a ser ajuizada pelo Procurador-Geral da República, e, de modo substancial, com a promulgação da Constituição de 1988;

De fato, foi somente após 1988 que se ampliou consideravelmente o rol de legitimados hábeis a provocar a jurisdição constitucional na via direta, incrementou-se o número de ações para questionamento de atos normativos federais, e estaduais, na via concentrada (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO; Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF). Também foram adotados mecanismos que permitiram a participação da sociedade civil (*amicus curae*), possibilidade de realização de audiências públicas (importantes para as demandas ambientais), bem como instrumentos para lidar com o elevado volume processual (Súmulas Vinculantes).

É de se ressaltar, e foi possível constatar por estatísticas apresentadas, que um dos principais problemas enfrentados pelo tribunal é o excessivo volume de processos. Somente em 2015 foram protocolados 93.053 feitos, sendo proferidos 93.713 julgamentos monocráticos, e publicados 15.282 acórdãos. Talvez não haja tribunal constitucional no mundo que comporte uma demanda processual tão elevada, e isso obviamente acarreta prejuízos à qualidade dos julgamentos realizados. É por essa razão, principalmente, que se institui a Súmula Vinculante, além do processamento eletrônico, visando acelerar o julgamento dos feitos, diminuir as demandas repetitivas.

Críticas são efetuadas sobretudo ao modo de decidir do Supremo Tribunal Federal, que constituiria um somatório de votos, sem uma deliberação colegiada efetiva, e impossibilitando, algumas vezes, compreender a fundamentação precisa dos julgamentos, quando não a ausência de fundamentação em muitas decisões. Esse, efetivamente, é um dos aspectos, mas que deve ser relativizado pelo excessivo volume processual.

Entretanto, verifica-se existirem problemas na hermenêutica constitucional, sendo que o âmbito das relações federativas é muito expressivo a esse respeito: as decisões analisadas demonstram, invariavelmente, a utilização de critérios inapropriados, centralizadores, que se, por um lado resolvem “mais rapidamente” as questões, por outro provocam rigidez centralizadora, e, conseqüentemente, no direito ambiental, contribuindo para prejudicar sua proteção.

As conclusões que podem ser extraídas ao final do capítulo primeiro é de que a federação brasileira, além de ser extremamente complexa, pouco se distancia de uma forma federativa nominal. E o Supremo Tribunal Federal, órgão incumbido da defesa da Constituição e dessa federação, possui em elevado volume de trabalho que muitas vezes impossibilita possam ser decididas as questões de forma mais aprofundada, com segurança e estabilidade para as decisões, o que talvez explique, em matéria federativa, um pouco dessa sistemática de recorrer-se a critérios presuntivos.

É bastante evidente que isso ocasiona mais ainda centralização federativa, com conseqüências mais do que evidentes para a efetividade da proteção ambiental.

2. No segundo capítulo, procurou-se estudar a dinâmica federativa brasileira, centrando-se fundamentalmente na interpretação constitucional, pautada nos princípios federativos e da proporcionalidade.

Os objetivos, mais uma vez, foram verificar, por intermédio dos subprincípios que informa a forma federativa de Estado na hermenêutica constitucional brasileira, o quanto de centralização caracteriza o Brasil. Mas não somente isso. Ao estudar-se o princípio da proporcionalidade, que também compõe o substrato de uma federação equilibrada, objetivou-se analisar os fatores que levam a possibilidade de

sua utilização como um dos critérios hábeis a promover a resolução dos conflitos competenciais, de modo sistemático e transparente, e oportunizando uma abertura à descentralização para a federação brasileira.

Assim, inicialmente abordou-se a interpretação constitucional, que procura resolver problemas práticos, e esse objetivo deve estar sempre presente ao se analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal. Na busca desses objetivos, o tribunal utiliza-se de métodos e princípios, tendo incorporado, em certa medida, as influências da doutrina constitucional alemã (Hesse, Böckenforde), e portuguesa (J.J Gomes Canotilho). As críticas realizadas mais recentemente apontam que isso ocasionou um “congelamento” da hermenêutica constitucional nacional, com críticas à recepção do direito comparado, ao modo como efetivada, desconsiderando-se a realidade dos problemas nacionais. O auxílio do direito comparado, é necessário ressaltar, mostra-se fundamental para a resolução de determinados problemas jurídicos. Obviamente, que essa recepção deve ser realizada em consonância com o contexto em que se pretende incorporá-las, e sempre objetivando a resposta a problemas práticos.

É inegável, porém, que parte dessa crítica possa ser considerada procedente, ao se ter em mente a jurisprudência constitucional em matéria federativa, quase sempre pautada em critérios inapropriados, fundados em presunções, e que muitas vezes, efetivamente, incorporam concepções equivocadas da doutrina comparada (um exemplo é o critério da prevalência da lei federal). Ao longo dos capítulos 2 e 3, ao estudar-se os princípios que informam a federação brasileira (que também orientam a interpretação constitucional), bem como alguns critérios atualmente empregados pela jurisprudência na resolução de conflitos competenciais (Cap. 3.3.2.1), verificou-se exatamente isso: uma hermenêutica constitucional centralizadora, que soluciona de modo impróprio os conflitos federativos, prejudicando a proteção do meio ambiente.

Pois bem, um dos núcleos de qualquer sistema federativo encontra-se na distribuição de competências, o qual pressupõe que devam ser exercidas assegurando-se uma esfera de autonomia para os entes componentes desse Estado. Autonomia pode ser subdividida em 4 (quatro) subprincípios; (1) auto-organização, a capacidade de adotar Constituição própria, dispondo sobre seus

órgãos; (2) autogoverno, o direito de o povo escolher seus dirigentes por meio de eleições; (3) autoadministração, capacidade de administração própria, executando suas leis; (4) autolegislação, capacidade de editar leis próprias, de acordo com os limites estabelecidos no texto constitucional.

Nesse último aspecto que ocorrem os conflitos competenciais, decorrentes (1) da natureza de algumas matérias objeto de legislação, como é o caso do meio ambiente; (2) conceitos com elevada carga de indeterminação normativa, a situação das “normas gerais”.

Federação deve ser equilibrada, assegurando-se as autonomias dos entes federados (União, Estados-membros, Municípios), e conjugando a diversidade na unidade.

Justamente com esse objetivo é que são utilizados alguns princípios na interpretação constitucional, característico das formas federativas, sendo que no caso brasileiro, e deste trabalho, analisou-se: (1) princípio da predominância do interesse; (2) princípio da lealdade federal; (3) princípio da simetria; (4) princípio da subsidiariedade; (5) princípio da proporcionalidade. De certa forma, subprincípios do princípio federativo.

A utilização desses princípios, ou mesmo o seu escasso emprego em alguns casos, revela muito das características da federação brasileira.

O primeiro deles, o princípio da predominância do interesse, tradicionalmente, tem sido invocado como aquele que orienta por excelência a distribuição de competências no regime brasileiro. Se o interesse for nacional, competência federal; se regional, pertence ao Estado-membro; se local, atribuição do Município. Aparentemente, um critério simples, mas com dois problemas: (1) dificuldade de definição dos limites desses interesses, o que exatamente significam nacional, regional, e local; (2) o que leva ao estabelecimento de presunções, quase invariavelmente favoráveis à União. É bastante empregado jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Cf. ADI nº 1.046/MA; ADI nº 3.112/DF; ADI nº 2.656/SP).

O princípio da lealdade federal já encontra ecos em algumas decisões do STF, e sua concepção é a mesma do federalismo alemão, qual seja, a de que no

exercício das competências constitucionalmente previstas, os componentes da federação devem adotar um comportamento amistoso, procurando não prejudicar os interesses dos outros membros. Uma postura de lealdade, de boa-fé nas relações intraestatais. Ocorre que é escassamente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, o que não significa não pudesse encontrar maior receptividade, contribuindo para a resolução da guerra fiscal entre os Estados brasileiros, ou mesmo modulando a possibilidade de acréscimos protetivos na legislação ambiental. Entende-se que, nesse ponto, sua adoção seria muito importante para modular eventuais exageros na possibilidade de incremento protetivo pelas legislações dos Estados-membros.

O princípio da simetria, ainda que no campo mais dos órgãos e instituições, remonta à ordem constitucional pretérita (1967/1969), em que havia disposição expressa determinando que órgãos e instituições dos Estados-membros adotassem os mesmos parâmetros do modelo federal (art. 200, CF 1967/69). Esse princípio, que não contém previsão expressa na Constituição de 1988, é largamente empregado pelo Supremo Tribunal Federal, a demonstrar a vinculação à centralização da hermenêutica constitucional brasileira. Mesmo que se conceba um fundamento analógico, ou pautado na “necessidade de se manter uma simetria federativa”, impressiona como, a rigor, muitas decisões consideram somente a necessidade de obediência ao princípio da simetria, sem uma fundamentação ou questionamento mais aprofundado. Na dúvida, adota-se o modelo federal. Mais uma vez, permite concluir a existência de uma principiologia fundada no *in dubio pro União* quando se trata de decidir sobre matérias federativas na Suprema Corte brasileira.

O princípio da subsidiariedade, de acordo com o qual as atribuições que podem ser exercidas no âmbito local devem permanecer no nível local, é característico dos regimes federativos. E isso, principalmente, porque possibilita a participação democrática, garantindo maior legitimidade às decisões. Não somente isso, porém: mais efetividade, pois os problemas que afetam uma comunidade são mais conhecidos pelos seus próprios habitantes. A proteção ao meio ambiente, sem dúvida, é mais efetiva se exercida com participação democrática. Na jurisprudência constitucional brasileira, raras (3 ao todo) são as decisões que se utilizaram do princípio da subsidiariedade no escopo federativo. É mais empregado para



verificação de admissibilidade recursal no Supremo Tribunal Federal (exemplo das ADPFs). E, mesmo nessas raras decisões mencionadas, constitui mais um exercício retórico do que aplicação prática efetiva. É inegável que constituiu um princípio de difícil concretização jurídica, mas sua reduzida utilização pelo STF diz muito da orientação centralizadora da federação brasileira. Assim como, por outro lado, mesmo com as dificuldades de aplicação desse princípio, revela muito da natureza da União Europeia (cf. cap. 5.4.3.3), a sua preocupação com a subsidiariedade (Tratado de Maastricht), a adoção de mecanismos para sua efetivação (alerta precoce, Tratado de Lisboa).

No Brasil, forçoso reconhecer, é mais fácil decidir favoravelmente à União.

O princípio da proporcionalidade também deve caracterizar as federações, visto a necessidade de equilíbrio nas relações federativas. Teve sua origem no constitucionalismo alemão pós-2ª Guerra, sendo subdividido tradicionalmente em 3 (três) subprincípios: (1) adequação: o objetivo a ser alcançado é legítimo, a medida adotada é capaz de fomentá-lo?; (2) necessidade: o meio escolhido, dentre os vários idôneos, é o menos gravoso?; (3) proporcionalidade *stricto sensu*: as medidas devem restringir os direitos somente no limite daquilo que o objetivo perseguido justifica. Possui duas vertentes, sendo utilizado tanto para verificação da proibição de excesso (*Übermassverbot*), quanto a proibição de proteção deficiente (*Untermassverboten*). É um princípio que controla os limites da ação do Estado, e possui estrita vinculação com as restrições dos direitos fundamentais. A teoria de Robert Alexy, adotada neste trabalho, mostra-se essencial para compreender as distinções de regras e princípios, as ponderações entre os interesses conflitantes, e as restrições eventualmente realizadas para a consecução de determinados direitos fundamentais.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal há bastante tempo tem consolidado a utilização do princípio da proporcionalidade, notadamente no campo dos direitos fundamentais. Em somente 4 (quatro) decisões foi empregado para casos envolvendo federalismo: (1) IF nº 2.915-5/SP; (2) ADIMC nº 4.298/TO; (3) ADI nº 4.949/AC; (4) RE nº 586.224/SP. O primeiro, uma intervenção federal; o segundo, sobre formas de provimento de cargos vagos de governador (modelo federal, simetria); (3) o terceiro, venda de produtos farmacêuticos em lojas de conveniência,

direito à saúde, conflito lei federal v. lei estadual; (4) o último, envolvendo lei ambiental estadual v. lei municipal. Nenhum caso envolvendo direito ao meio ambiente, conflito lei da União v. Estado-membro. Importante referir que sempre se ressalvando, nas decisões, que a análise restringia-se ao aspecto material das legislações.

Na ordem constitucional anterior, empregava-se uma concepção mais informal, pautada na ideia de razoabilidade (direito norte-americano), do abuso de poder e desvio de finalidade. É com a Constituição de 1988, porém, que o princípio da proporcionalidade (doutrina alemã), com seus 3 subprincípios, efetivamente adentra na jurisprudência da Corte, podendo-se afirmar que sua utilização se encontra consolidada. Não há maior rigor doutrinário nas fundamentações, e embora possa afirmar-se que muitas decisões empregam o princípio da proporcionalidade, percorrendo o *iter* argumentativo dos 3 (três) subprincípios (Cf. RE nº 586.224/SP), há outras que por vezes ainda aplicam a razoabilidade (Cf. ADI 1040/DF). Outro fato a ser mencionado é que também se adota a proporcionalidade na vertente da proibição de proteção deficiente (Cf. RE nº 418.376/MS).

É importante mencionar que o princípio da proporcionalidade sempre foi objeto de muitas críticas, mesmo no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais. Elevada carga de subjetivismo, ausência de racionalidade, propenso à jurisdicionalização do Estado, ausência de legitimidade democrática. No decorrer do trabalho, verificou-se que todas essas objeções já foram suficientemente debatidas e rebatidas pela doutrina.

Mesmo assim, entende-se que o princípio da proporcionalidade pode constituir-se em ferramenta de grande utilidade para a resolução de conflitos competenciais na federação brasileira, e isso porque: (1) confere à necessária flexibilidade ao extremamente rígido sistema de distribuição de competências brasileiros; (2) na medida em que empregado segundo a concepção da doutrina alemã, com 3 subprincípios, proporciona maior transparência argumentativa e clareza na exposição do raciocínio; (3) isso pode permitir que, no correr dos anos, estabeleça-se uma rede de precedentes, com argumentos amplamente debatidos, e, desse modo, conferir maior segurança jurídica às decisões.

Essas críticas de ausência de racionalidade, subjetivismo, jurisdicionalização excessiva, e ausência de legitimidade democrática, no caso da hermenêutica constitucional federativa atual do Supremo Tribunal Federal, é justamente o quadro atual que se apresenta. Decisões sem maior preocupação com a fundamentação, pautada em critérios defasados (simetria), inapropriados, excessivamente centralizadores (predominância do interesse, prevalência da lei federal), e que no fundo só fazem centralizar as competências na União.

E esse quadro tem-se mostrado problemático, e não conduz a uma proteção eficiente do patrimônio ambiental brasileiro.

Nesse capítulo segundo, pode-se constatar que há toda uma principiologia que informa o federalismo no Brasil – subtrato do princípio federativo, e que esses princípios, ao serem empregados pela jurisdição constitucional federativa brasileira para a resolução dos casos que lhe são submetidos, tem-se demonstrado excessivamente centralizadora. Ou, paradoxalmente, a sua própria desconsideração, como no caso do princípio da subsidiariedade, demonstra o quão ausente está a descentralização nas relações federais brasileiras. Por outro lado, mesmo com as críticas que sempre lhe são impingidas, o princípio da proporcionalidade, na vertente alemã, encontra-se plenamente acolhido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, principalmente no âmbito das restrições e conflitos entre direitos fundamentais.

Isso é positivo, pois se entende que a sistemática do princípio da proporcionalidade, sobretudo acolhendo-se a doutrina da União Europeia (cap.5, mas que não se distancia do entendimento da doutrina alemã, empregado pelo STF), pode ser um dos caminhos por intermédio do qual a jurisdição constitucional brasileira comece a resolver os conflitos competenciais ambientais de modo mais efetivo, oportunizando a descentralização e a possibilidade de se conferir proteção mais efetiva ao meio ambiente.

3. No terceiro capítulo do trabalho procurou-se estudar a proteção ao meio ambiente no Brasil, principalmente com os seguintes objetivos: (1) verificar que, assim como no mundo, é uma preocupação recente; (2) os princípios que informar o direito do meio ambiente, em que se pode compreender a importância de adotar-se

medidas efetivas para o cumprimento desse objetivo, entre os quais se inclui a maior participação popular; (3) a condição de direito fundamental na federação brasileira, e a articulação do constituinte para atribuir competências com esse objetivo; (4) alguns critérios para a resolução de conflitos competenciais na federação brasileira, e o quanto isso constitui um problema significativo na federação brasileira.

Talvez, sendo extremamente sintético, uma das principais conclusões do capítulo seja a de que o federalismo é uma das formas empregadas para se assegurar a democracia, e essa, por sua vez, é essencial à proteção do meio ambiente.

Constatou-se que a preocupação com a proteção ao meio ambiente, embora desde o século XIX já se encontrasse, esparsamente, alguns indícios desse movimento, é um fenômeno recente, pós-2ª Guerra Mundial, sendo seu principal marco a Conferência das Nações Unidas de Estocolmo, em 1972. Desde então, celebraram-se diversos tratados internacionais, assim como foram incorporadas a algumas Constituições (brasileira e espanhola, por exemplo), dispositivos referentes ao tema. A legislação infraconstitucional também foi largamente empregada com o objetivo de cuidar o meio ambiente.

O Brasil é um país que possui dos maiores patrimônios ambientais do planeta, albergando cerca de 11 a 14% da diversidade de plantas no mundo, 100 mil espécies de invertebrados, 8.200 espécies vertebradas. A Amazônia brasileira, por exemplo, possui 3,5 milhões de km<sup>2</sup>, e sua importância em termos mundiais é indiscutível. Sensível a essa realidade, e ao novo quadro de preocupação ambiental internacional, é que o constituinte de 1988 consagrou o direito fundamental ao meio ambiente, no art. 225, de acordo com o qual *“todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”*

Além de possuir estatura constitucional, é um direito fundamental, e, como consequência disso, insuscetível de ser suprimido por emenda constitucional (art. 60, § 4º, IV, da CF/88).

Meio ambiente, no direito brasileiro, a par da definição legal constante do art 3º, I, da Lei nº 6.938/81 (“*meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas*”), deve ser entendido de forma global, em todos seus aspectos. Considera-se a integração dos elementos humanos (também culturais), naturais, sendo a leitura adequada aquela que considera o ser humano como parte integrante do mundo natural, buscando-se um desenvolvimento equilibrado. É por essa razão, por exemplo, que se considera todas as disposições dos incisos VI a VIII do art. 24 da CF/88 tratarem de meio ambiente.

Essa proteção ambiental é informada por uma série de princípios, constantes tanto de documentos internacionais, como incorporadas à legislação brasileira. Todos são importantes para a interpretação constitucional ambiental. Dentre os mais expressivos, destacam-se: (1) princípio do desenvolvimento sustentável; (2) princípio da precaução; (3) princípio da prevenção; (4) princípio do poluidor-pagador; (5) princípio da participação democrática; (6) princípio da cooperação internacional.

De acordo com o (1) princípio do desenvolvimento sustentável, deve-se satisfazer a necessidade sociais atuais sem comprometer as gerações futuras. Ou seja, na medida do possível, deve-se conciliar preservação ambiental com desenvolvimento econômico, que assegure inclusão social (Jeffrey Sachs, Juarez Freitas). Aparentemente sugerem interesses antagônicos, e a utilização do princípio da proporcionalidade constitui efetiva contribuição para possibilitar a conciliação desses interesses por vezes contrapostos, principalmente na resolução dos conflitos competenciais ambientais.

Os (2 e 3) princípios da prevenção e precaução preconizam a adoção de medidas adequadas, economicamente viáveis, a fim de evitar-se antecipadamente a degradação do meio ambiente, presente a certeza científica (prevenção) ou não (precaução). O instrumento por excelência de consagração desses princípios são os licenciamentos ambientais, sendo obrigatórias as exigências de Estudo de Impacto Ambiental para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (art. 225, §1º, IV, da CF/88). É significativa a existência de diversos projetos de lei, ou mesmo de emenda

constitucional, objetivando justamente a supressão desses estudos, acelerando os procedimentos de licenciamento, a fim de “acelerar o desenvolvimento econômico”. Também foram verificados casos de conflitos federativos envolvendo aspectos de licenciamento, de onde se comprova a importância desse procedimento para a efetiva proteção ambiental.

Um dos caracteres fundamentais do direito ambiental e sua proteção efetiva é a possibilidade de, sempre que viável, procurar-se evitar a concretização dos danos. O licenciamento ambiental é imprescindível nesse contexto, sendo um ponto em que muitos conflitos federativos ocorrem. A adoção dos critérios da doutrina comparada permite equacionar melhor esses diversos princípios, na medida em que propõe que sejam tratados de forma transparente, exaustiva, demonstrando as razões pelas quais as legislações são adotadas.

O (4) princípio da poluidor-pagador exige que os custos da degradação ao meio ambiente, ocasionados pela cadeia produtiva, sejam incorporados, que essas externalidades sejam consideradas, pois são danos impostos a toda coletividade.

Por fim, não menos importantes são os princípios da (5) participação democrática, e da (6) cooperação internacional. Este último estabelece a importância da cooperação entre os países, visto que a proteção da natureza é um interesse de toda a humanidade.

O princípio da participação democrática, por sua vez, parte da ideia de que a melhor maneira de tratamento das questões ambientais é assegurar a participação de todos os cidadãos interessados (art. 10, da Declaração do Rio de 1992). Disso pode extrair-se a importância de uma federação equilibrada, que assegure a efetiva participação de todos os seus componentes, para maior efetividade da proteção ao meio ambiente. A centralização legislativa na União, definitivamente, não é o caminho mais eficiente para a proteção ambiental. Como já se referiu, o federalismo é importante à democracia, e essa por sua vez, imprescindível à proteção ambiental. Como asseveram alguns doutrinadores, o federalismo: (i) promove a unidade na diversidade; (ii) é dinâmico, como deve ser a proteção ambiental, adequando-se às mutáveis circunstâncias de desenvolvimento econômico, diferenças de ecossistemas e regiões; (iii) permite a experimentação criativa nos modelos de

proteção ambiental; (iv) potencializa a eficiente alocação de recursos para a proteção do meio ambiente, evitando a sobrecarga do poder central<sup>1106</sup>.

Pode-se concluir, definitivamente, que a centralização não é a melhor opção para a proteção do meio ambiente. Somente com maior oportunização à descentralização é possível a consecução desse objetivo de modo mais eficaz, pela imprescindível participação democrática e com a potencialização das vantagens decorrentes de um federalismo equilibrado, e não sobrecarregado na União.

O direito fundamental ao meio ambiente (art. 225 da CF/88), no Brasil, é reconhecidamente um “direito fundamental completo”, ou “direito fundamental como um todo”, na expressão de Robert Alexy, justamente por comportar as diversas facetas que caracterizam um direito dessa natureza. Implicam (1) direito de defesa; (2) direito a prestações, que engloba (2.1.1) direito à proteção; (2.1.2) direito à participação na organização e no procedimento; e (2.2) direito a prestações em sentido estrito (Ingo Sarlet e Alexy).

É importante compreender, portanto, que, na federação brasileira, legislar sobre meio ambiente é também legislar sobre um direito fundamental.

Várias críticas são realizadas à condição de direito fundamental, que vão desde (1) acessibilidade judicial pela natureza do bem (transindividual); (2) necessidade de conformação legislativa para a efetivação de direitos prestacionais; (3) inexistência de densidade normativa suficiente no texto constitucional a possibilitar sua concretização; (4) separação dos Poderes, legitimidade democrática, problemas orçamentários, enfim.

A jurisprudência constitucional brasileira tem superado com bastante tranquilidade essas objeções, e as decisões pesquisadas, convém ressaltar, em nenhum momento contestam o caráter de direito fundamental do meio ambiente. Antes pelo contrário, isso é sempre lembrado nos diversos julgamentos a respeito do tema. A pergunta a ser respondida talvez seja a seguinte: e essa condição de fundamentalidade acrescenta algo efetivo à proteção ambiental?

---

1106 FARIAS, Paulo José Leite. *Competência Federativa e Proteção Ambiental*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 1999. p. 370-1

Trata-se, com efeito, de uma pergunta complexa, cuja resposta deve ser detalhada. Sempre que se considera a condição de “direito fundamental” de uma determinada matéria, de um certo bem, a impressão causada é de que existe algo intrínseco que permite imediatamente referir tratar-se de um “direito fundamental”, como fosse algo imanente e compreensível seja tratado dessa maneira. Contudo, após estudar-se detidamente as diversas teorias de direitos fundamentais, suas concepções, as gerações de direitos, uma compreensão possível é a de que “mais importante do que se afirmar direitos, é possibilitar a efetividade desses direitos” (Bobbio). E asseverar que, sob um ângulo estritamente jurídico-positivo, nada mais reflete do que a decisão de determinada sociedade, em um momento histórico, de conferir maior efetividade, maior proteção e preocupação com esse direito. O que não significa, entretanto, que por não constar expressamente no rol de direitos fundamentais de um texto constitucional, essa sociedade, esse Estado, não considere importante esse direito, ou mesmo não o proteja efetivamente, melhor inclusive do que em outros países em que o texto constitucional os consagre completamente.

O fato é que, no atual estágio da sociedade brasileira, com as características do Estado brasileiro, a Constituição dispor que se trata de um direito fundamental tem se mostrado de extrema importância para a defesa do meio ambiente. Mesmo assumindo essa condição, não tem sido poucas as vezes que o legislador infraconstitucional, ou mesmo as propostas de reforma da Constituição, investiram, quase sempre sob o discurso de desenvolvimento econômico, contra o meio ambiente. As tentativas de supressão do licenciamento ambiental, ou a imposição de dificuldades a realização desses procedimentos, inclusive impossibilitando a revisão de Estudos de Impacto Ambiental (PEC nº 65/2012), constituem um bom exemplo nesse sentido. E a condição de direito fundamental é uma garantia, em última instância, de que possa ser assegurada judicialmente essa proteção, barrando as iniciativas legislativas nesse sentido.

Ou seja, no campo jurídico-constitucional, a inefetividade da proteção ao meio ambiente possui suas origens mais no campo propriamente dito do regime federativo brasileiro, na hermenêutica constitucional empregada para solucionar os conflitos que a tem caracterizado, do que na fundamentalidade desse direito.



O legislador ambiental, no Brasil, pode ser tanto a União, o Estado-membro ou o Município. Pelo esquema de distribuição de competências adotado na Constituição, compete (1) à União a edição de “normas gerais” (art. 24, § 1º); (2) sendo que os Estados-membros (e Municípios), podem complementar essa legislação, em atendimento às peculiaridades locais (art. 24, § 2º); (3) inexistindo lei federal de “normas gerais”, os entes descentralizados poderão exercer a competência legislativa plena (art. 24, § 3º). À primeira vista, parece um sistema simples, mas que se torna complicado na prática por duas razões: (1) a matéria ambiental é ampla, e possui zonas de intersecção com outras matérias (transversalidade); (2) os limites das “normas gerais”, conceito permeado de elevada dose de indeterminação, cuja concepção e tratamento dado até o presente pela doutrina constitucional mostra-se inadequado.

Esses problemas ocasionam os conflitos competenciais ambientais na federação brasileira, que a doutrina predominante<sup>1107</sup> tem apontado como uma das causas da inefetividade conferida à proteção do meio ambiente nacional. Ocasionalmente, a mais das vezes, inflação legislativa, sobreposição de legislações e atribuições, insegurança jurídica.

Alguns dos critérios utilizados para a resolução desses conflitos – em conjugação com os princípios que informam a federação brasileira (cap. 2.2) – mostram-se extremamente rígidos e centralizadores. Algumas vezes refletem uma recepção errada da doutrina comparada (prevalência da lei federal), outras desconsideram todos os princípios subjacentes às questões (*in dubio pro natura*). A (1) prevalência da lei federal parte de uma concepção equivocada do art. 31, da Lei Fundamental de Bonn, e do art. 24, § 3º, da CF/88, e ignora o fato de que, mesmo nos países de origem, é escassamente utilizada, em detrimento do princípio da competência. O (2) princípio *in dubio pro natura*, de pouquíssima utilização no STF, ressalte-se (aplicado mais pelo STJ), embora propicie, em tese, maior proteção

---

1107 URAS, Ilídia da Ascensão Garrido Martins; ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. *Legislação concorrente em meio ambiente*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009; ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e Competências Ambientais no Brasil*. Lumen juris Editora. Rio de Janeiro. 2007. p.103-5. MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013. p. 241-2. BENJAMIN, Antônio Herman. *O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental*. BDJur, Brasília, DF, 7 maio 2010. p. 338. KRELL, Andreas J. *A Necessária Mudança de Foco na Implantação do Federalismo Cooperativo no Brasil: da Definição das Competências Legislativas para o Desenho de Formas Conjuntas de Execução Administrativa*. p. 650 in SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2009.

ambiental, apresenta a dificuldade de tratar-se de uma presunção, e, como sabido, presunções são sempre critérios complicados para a obtenção de equilíbrio, essencial nas relações federativas. Entende-se que a proteção ao meio ambiente somente poderá ser efetiva em uma Federação *equilibrada*, pois não pode ser realizada a qualquer preço. Por fim, o critério da (3) cumulatividade/continência, resolve inapropriadamente o problema da delimitação das matérias. De fato, embora haja entendimento em ambos os sentidos (ou expansão da competência privativa; ou flexibilização dessa), na prática o que se verifica é uma centralização na União. Há jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nesse sentido (Cf. ADI nº 3.813/RS; ADI nº 3.852/SC).

4. No capítulo quatro aprofundou-se o estudo de alguns conceitos da federação brasileira, procurando visualizar sua complexidade e os pontos centrais em que residem os conflitos competenciais (normas gerais, p.ex.). Objetivou-se verificar como são decididas os conflitos competenciais ambientais União v. Estados-membros pelo Supremo Tribunal Federal atualmente. De um modo, em síntese, assistemático, com fundamentações pouco aprofundadas, recorrendo-se invariavelmente a critérios que consagram a centralização.

Nesse ponto do trabalho, procede-se a uma readequação do modo como são colocados os conflitos competenciais na federação brasileira (em certo sentido, uma contribuição a sua resolução), inclusive para poder permitir uma melhor sistematização e abordagem do assunto.

Como já referido, a federação brasileira é extremamente complexa, embora pareça, à primeira vista, simples o seu esquema de distribuição de competência, disposto somente na Constituição da República. É composta pela (1) União; (2) Estados-membros (Distrito Federal); (3) Municípios, sendo a competência para legislação sobre determinadas matérias é atribuída à União (art. 22) e aos Municípios (art. 30). Aos Estados-membros, a competência residual (art. 25, § 1º). Por fim, há um conjunto de matéria de competência concorrente-compartimentada, nas quais a (1) União limita-se a estabelecer as “normas gerais”(art. 24, §1º); (2) e os Estados-membros e Municípios a complementá-las, de acordo com suas peculiaridades locais (art 24, §2º).

A matéria ambiental, em síntese, encontra-se no art. 24, VI a VIII, da Constituição de 1988, sendo que os conflitos competenciais decorrem fundamentalmente das (1) dificuldades inerentes à delimitação dessa matéria, que possui muitas zonas de confluência, conexão e afinidade com outras, pertencentes muitas vezes à competência de entes federados diversos; (2) dos problemas decorrentes dos limites das “normas gerais”, cuja concepção é difícil, e, no caso brasileiro, tem-se demonstrado desajustada, somente promovendo a centralização federativa, e ausência de efetiva proteção ao meio ambiente.

As complexidades da federação brasileira podem ser visualizadas já na quantidade de conflitos competenciais possíveis: 9 (nove) ao todo. Em matéria ambiental, e restritos ao âmbito União v. Estados-membros, há 4 (quatro) conflitos possíveis: (1) ou a lei federal extrapola os limites das “normas gerais”; (2) ou a lei federal invade a competência residual do Estado-membro; (3) ou a lei do Estado-membro invade a competência privativa da União; (4) ou a lei do Estado-membro extrapola os limites de complementação das “normas gerais”, em atendimento às peculiaridades locais.

Em resumo, (1) conflitos no âmbito da legislação concorrente-compartimentada (limites das “normas gerais”); (2) conflitos competência exclusiva v. competência concorrente-compartimentada.

Essa é uma readequação do modo como colocadas as questões, e que promoveu sistematização e simplificação da abordagem.

Assim, os problemas consistem, inicialmente, a uma (1) delimitação das matérias; (2) verificação dos limites das “normas gerais”.

Sobre essas “normas gerais”, procedeu-se a uma análise mais aprofundada, abordando-se os ensinamentos contidos na doutrina, assim como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Indiscutivelmente, trata-se de tema dos mais complexos da doutrina constitucional federativa brasileira, e cuja solução ainda se apresenta em aberto. De modo geral, verificou-se que a concepção é que se cuidam de princípios gerais, diretrizes, que objetivam “homogeneidade e uniformidade”, sendo que para o Supremo Tribunal Federal ao legislador do Estado-membro compete somente preencher as lacunas acaso deixadas pela lei federal (ADI nº

2.396/MS), ou especificá-las, atendendo a suas peculiaridades (ADI nº 1.245/RS). Esse, aliás, é um entendimento que verifica nas diversas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema (ADI nº 3.035/PR, ADI nº 3.645/PR, ADIMC nº 1.086/SC, ADI nº 2.656/SP).

Esse (1) conceito, entretanto, tem-se mostrado inadequado para a resolução de conflitos competenciais ambientais. É extremamente centralizador, não estabelece limites seguros para as atribuições, e, ao não permitir a possibilidade de expansão dos níveis protetivos pelos Estados-membros, também não assegura proteção ambiental, descumprindo um dos princípios fundamentais do direito ambiental, e garantia de sua efetividade: a participação democrática. Não há como se sustentar, segundo o entendimento deste trabalho, que essa concepção possa permanecer, sob pena de sacrificar o patrimônio ambiental brasileiro. O sobrecarregamento da União não tem como atender de modo eficaz as tarefas necessárias à proteção do meio ambiente.

O outro problema, como já referido, é a (2) utilização de critérios hermenêuticos impróprios, fundados em presunções e recepção inadequados da doutrina estrangeira, e que nada mais fazem do que promover a centralização federativa. Os critérios (2.1) prevalência da lei federal; (2.2) predominância do interesse; (2.3) cumulatividade/conexão; (2.4) simetria, enfim, todos orientados à promoção da centralização das competências na União.

Os casos analisados, para verificar como atualmente são decididos pela Suprema Corte brasileira, permitiram fossem agrupadas as questões: (1) relativas ao asbesto (amianto); (2) agrotóxicos; (3) outras questões, como proibição de exportação da madeira em toras, condicionamento do licenciamento, exportação de sal marinho, e a própria Lei Complementar nº 140/2011.

As questões envolvendo o asbesto (amianto), e os agrotóxicos, envolviam principalmente julgamentos de leis de Estados-membros que (1) ou extrapolavam os limites de complementação das “normas gerais”; (2) ou invadiam o campo da competência privativa da União, normalmente comércio exterior e interestadual, importação. Alguns desses questionamentos, inclusive dos mesmos dispositivos legais, remontam à Constituição anterior, e comprovam a complexidade dessas

questões, mas também a inadequação das respostas oferecidas, e a permanência da conflitividade. O Supremo Tribunal Federal empregou a concepção já referida de “normas gerais”, e com isso considerou inválidas leis que aumentassem o nível protetivo, ou mesmo proibissem o amianto (ADI 2.396/MS), com a exceção do complicado julgamento proferido na ADIMC 3.937/SP, cujo mérito ainda não foi julgado. Havendo dúvidas quanto à delimitação da matéria, principalmente em conflitos competência privativa v. concorrente, procede-se à prevalência da legislação federal (ADI nº 3.813/RS, mantido na recente ADI nº 3.852/SC).

Nos outros casos estudados, prevaleceu essa concepção restritiva de “normas gerais”, sem fundamentações mais aprimoradas sobre os interesses conflitantes. É importante referir que nenhuma legislação federal de “normas gerais” ambientais foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (e mesmo em outras matérias, constitui raridade), sendo considerado, apenas no julgamento da ADIMC nº 3.937/SP, a possibilidade de eventual inconstitucionalidade, por não efetuar a proteção devida ao meio ambiente, da Lei nº 9.055/95, e as consequências disso para a validade da legislação estadual, essa última sim objeto de questionamento na referida ação.

Ou seja, comprovou-se o que se afirma desde a introdução deste trabalho. A jurisprudência federativa brasileira nada mais faz do que consagrar a centralização competencial.

Inexiste, também, uma doutrina consolidada no Supremo Tribunal Federal, permitindo a formação de precedentes seguros na jurisdição constitucional brasileira. Reforce-se, mesmo que repetitivo, as questões encontram-se mal colocadas, realizam-se subsunções forçadas para a limitação de determinadas matérias às respectivas competências, empregando-se critérios hermenêuticos centralizadores. Há uma verdadeira espécie de princípio *in dubio pro União*, o qual é reforçado pela concepção largamente restritiva das “normas gerais”, como uma legislação federal a qual compete aos Estados-membros somente preencher as lacunas por acaso existentes (ADI nº 2.396/MS; ADI nº 2.656/SP), ou especificá-las, para atendimento de peculiaridades (ADI nº 1.245/RS). A terminologia “complementar”, ou “suplementar” (expressa no art. 24, § 2º), certamente comporta

uma leitura mais equilibrada à federação, e, conseqüentemente, à proteção do meio ambiente.

5. No capítulo cinco partiu-se para o estudo do direito comparado, espanhol e europeu, buscando elementos que pudessem contribuir para a resolução dos problemas competenciais ambientais União v. Estados-membros, oportunizando maior descentralização e possibilidade de efetiva proteção ambiental. Um problema mal resolvido, mal colocado, com critérios fundados em presunções, extremadamente centralizador. Pergunta-se, com propriedade, por que a comparação com Espanha e União Europeia? Há várias razões, podendo-se mencionar: (1) a Constituição brasileira de 1988 inspirou-se, em muitos aspectos, no constitucionalismo alemão pós-2ª Guerra, e também nos modelos empregados pelas Constituições espanhola (1978) e portuguesa (1976). Buscava-se a redemocratização do país, e procurou-se modelos de ordens jurídicas que passaram por experiências similares, que objetivavam a construção de sociedades mais democráticas e pautadas por um compromisso com a defesa dos direitos fundamentais; (2) Espanha, à semelhança do Brasil, é um Estado composto, com divisão territorial do poder, possuindo um Tribunal Constitucional encarregado da guarda da Constituição, e do arbitramento dessas conflitivas questões de organização estatal; (3) a competência em matéria ambiental, à semelhança do Brasil, é de natureza concorrente-compartimentada, envolvendo também um conceito com elevada indeterminação normativa (“legislação básica”). E (4) da União Europeia procurou-se o amparo no princípio da proporcionalidade, visto que utilizado para o controle das competências dos membros da União (arts. 4º e 5º). O singular é o seu emprego para a aferição das competências, visto que, em relação à sistemática, a metodologia, as ponderações, o critério adotado não difere do utilizado pela doutrina alemã, e mesmo pelos demais Tribunais Constitucionais, sobretudo nas restrições de direitos fundamentais.

Após uma readequação das perguntas a serem formuladas para a resolução dos conflitos competenciais, verifica-se – e foi colocado à introdução – que remanescem (1) problemas quanto à delimitação das matérias; (2) a concepção de “normas gerais”. Assim é que, da doutrina comparada procura-se sobretudo: (1) a ideia de “transversalidade da competência ambiental”, e a solução encontrada pela

doutrina constitucional espanhola; (2) a concepção de ‘legislação básica’, principalmente como “mínimo denominador comum”, abrindo-se espaço não apenas ao desenvolvimento da legislação autonômica, mas também comportando a possibilidade de “normas adicionais de proteção”; (3) o princípio da proporcionalidade, também como um critério viável à resolução dos conflitos, sobretudo por fornecer uma metodologia que confere transparência, sistematicidade, e clareza argumentativa, conciliando os diversos interesses e princípios contrapostos, para a determinação do que seja esse “mínimo”.

Ao partir-se para o estudo do Estado Autonômico espanhol, verificou-se que uma das principais singularidades é o princípio dispositivo. Com efeito, diferentemente de um Estado Federal clássico, em que as competências encontram-se todas no texto constitucional, em Espanha a Constituição somente inaugura a distribuição territorial, dependendo das Comunidades Autônomas exercerem a prerrogativa, ou não, de assumirem as competências que a Constituição lhes permite. Assim, para saber-se exatamente como se encontra a distribuição de competências, o intérprete deve conjugar a Constituição com os respectivos Estatutos de Autonomia (dezessete ao todo). Há muitas críticas doutrinárias ao Estado Autonômico espanhol, principalmente após a STC 31/2010, a respeito da constitucionalidade do Estatuto de Catalunha, sendo preconizadas reformas urgentes, inclusive em sentido federal, embora doutrinadores de relevo, como Javier Perez Royo, as considerem inviáveis.

A proteção ao meio ambiente é assegurada no art. 45.1, da CE, de acordo com o qual *“todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.”* Para significativa parcela da doutrina, assim como o Tribunal Constitucional, trata-se de um *principio rector*, o que não impede, entretanto: (1) irradie sua eficácia para todo o ordenamento jurídico, condicionando a legislação infraconstitucional no sentido de promover e resguardar esse objetivo; (2) que o meio ambiente encontre defesa perante o Tribunal Constitucional, principalmente na via do recurso de amparo, no denominado procedimento *par ricochet*, ou defesa cruzada de direitos. A defesa de direitos fundamentais conexos, como a intimidade, a vida privada, a inviolabilidade de domicílio, destacadamente nos casos envolvendo “poluição sonora”.

A proteção ambiental constituiu preocupação destacada nas últimas reformas autonômicas, havendo discussão quanto à possibilidade um tratamento diferenciado, com maior blindagem nos limites territoriais autonômicos – à semelhança de direitos fundamentais. Inicialmente vedada pela STC 247/2007, posteriormente o FJ 16 da STC 31/2010 acolheu essa possibilidade.

Na Constituição Espanhola de 1978, o art. 149.1.23 dispõe que *“el Estado tiene la competencia exclusiva sobre las siguientes materias:...[.]legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre normas, aprovechamientos forestales y vías pecuarias.”* A concepção do Tribunal Constitucional é que a “legislação básica” constituiu um denominados mínimo comum, uma ordenação mediante mínimos (STC 170/1989), sendo que o legislador estatal não pode detalhá-la de tal modo que impeça o desenvolvimento de legislação autonômica, mesmo que em matéria ambiental haja maior necessidade de detalhamentos (STC 102/1995). E mais: deve comportar a possibilidade de edição de normas adicionais de proteção (STC 69/2013).

Essas últimas, por sua vez, podem completar ou reforçar os níveis protetivos na legislação básica, devendo ser compatíveis, não contradizer, ignorar ou reduzir os limites previstos na lei estatal (STC 170/1989). Portanto, o Estado Central estabelece um padrão mínimo, que somente pode ser complementado, ajustado, ou expandido – jamais reduzido.

Essa concepção pode ser recepcionada perfeitamente pela doutrina constitucional brasileira, substituindo a inadequada e inefetiva atualmente existente sobre “normas gerais”, que considera o legislador do Estado-membro somente poder somente preencher os vazios ou lacunas da legislação federal (ADI nº 3.035/PR, ADI nº 2.656/SP, dentre outros). Permite descentralizar a federação, conferir mais eficácia protetiva, e embora não prevista expressamente no texto constitucional, como em Espanha, não há óbices a sua aceitação pela interpretação constitucional brasileira.

Outro ponto de fundamental importância é a concepção de “transversalidade” da competência ambiental. Essa matéria é ampla, sendo



reconhecido que possui pontos de contato com outras matérias correlatas, as quais podem ser objeto de competências de outros entes estatais. É o caso da competência para legislar sobre águas, minas e energia (privativas da União). De acordo com a doutrina constitucional espanhola, procede-se à delimitação do possível, após o qual, nos pontos em que existe uma confluência, a competência privativa deve ser exercida de modo a não menoscabar a competência complementar das Comunidades Autônomas em matéria ambiental. E a recíproca também é verdadeira.

Esse entendimento é mais preciso que o atualmente empregado no Brasil, de acordo com o qual: (1) ou se considera que há uma expansão da competência privativa, abarcando-se as matérias eventualmente correlatas; (2) ou então há uma atenuação dessa competência privativa, a permitir que os outros entes federativos exerçam parcela dessa competência privativa nesses casos. A maioria das vezes, contudo, ocorre uma opção pela centralização competencial (cf. p.ex. ADI nº 3.813/RS; ADI nº 3.852/SC). Nenhuma dessas soluções é a mais apropriada. A concepção espanhola, mais refinada, procura atender melhor à compartimentação competencial, e permite uma preservação das autonomias. Favorece à descentralização que se procura empreender neste trabalho.

Entende-se que ocorrem situações um pouco diversas (casos de conexão), em que o legislador do Estado-membro por vezes emprega mecanismos que *podem* pertencer a matérias pertencentes à competência privativa, objetivando conferir maior proteção ambiental. Os exemplos mais comuns são (1) comércio exterior e interestadual; (2) importação e exportação. São situações semelhantes à transversalidade (nessas, a competência ambiental é residual), visto que nesses casos a competência ambiental é predominante. Ao final, entretanto, acabe-se empregando o mesmo raciocínio para solucioná-las: procede-se à delimitação possível, utilizando-se após o enquadramento nos limites da “legislação básica”, “normas gerais”.

Concebendo-se a “legislação básica”, as ‘normas gerais’, como “mínimo denominador comum”, ou “ordenação mediante mínimos”, remanesce, no entanto, a problemática de determinação do que seja esse “mínimo”. Justamente nesse aspecto compreende-se que o princípio da proporcionalidade possa auxiliar, pois

permite a conjugação, a ponderação dos princípios e interesses contrapostos, não estabelecendo presunções *a priori* para a resolução desse problema. As presunções que tanto se objetiva descartar para a solução dos conflitos competenciais ambientais em matéria federativa.

O Tribunal de Justiça da União Europeia há longo tempo emprega o princípio da proporcionalidade para verificar o exercício das competências pela União, e, em alguns casos, pelos Estados componentes. A concepção usada é a mesma da doutrina alemã, ou seja, subdividindo-se a análise em 3 (três) subprincípios: (1) adequação; (2) necessidade; (3) proporcionalidade *stricto sensu*. Os três subprincípios são adotados na fundamentação das decisões, embora se deva reconhecer que alguns casos são decididos principalmente quando da aferição da “necessidade”. Observou-se que as fundamentações são amplas, sendo debatidos de modo aprofundado os princípios e interesses contrapostos. É inegável que a argumentação adquire maior transparência e clareza, embora se possa discordar de eventuais soluções encontradas. Pode-se concluir, também, que essa conjugação de princípios permite maior flexibilização interpretativa, pois não se trabalha fundado em presunções, critérios prévios para soluções sempre que houver uma dúvida jurídica mais substancial.

Problemas que a jurisprudência constitucional enfrenta na resolução dos conflitos competenciais ambientais entre União v. Estados-membros, e analisados no capítulo 4.

6. Ao final, em estrita vinculação com o capítulo 4, constatados que os conflitos competenciais Estados-membros v. União, em matéria ambiental, na federação brasileira, são: (1) um problema mal colocado, confuso, em que as próprias perguntas a serem respondidas pela jurisdição constitucional encontram-se de modo inadequado; (2) que a delimitação da matéria legislativa é também duvidosa, sem um método coerente, recorrendo-se a critérios que também fortalecem a centralização (prevalência da lei federal, predominância do interesse); (3) que a concepção de “normas gerais” do Supremo Tribunal Federal, como legislação na qual os Estados-membros apenas podem suprir espaços eventualmente deixados pela lei federal, especificando-as para atendimento a suas peculiaridades locais; (4) que todas essas dificuldades somente geram inflação

legislativa, sobreposição de atribuições, demandas judiciais repetitivas, desconsideram o princípio da participação democrática, e ao final, acabam permitindo que a proteção ambiental seja prejudicada, procedeu-se a uma análise da recepção de alguns contributos do direito comparado, assim como a um estudo dos casos constantemente discutidos pela jurisdição constitucional brasileira, agora sob essa sistemática, com a adoção das contribuições do direito comparado.

A primeira proposta – já aplicada no cap. 4, em parte – de readequação das questões conflitivas (as perguntas certas a serem respondidas), demonstrou que de fato pode haver uma simplificação, permitindo desenvolvimento mais racional da fundamentação das decisões: Os tipos de conflitos são 4 (quatro): ou (1) União invade o campo complementar dos Estados-membros (art. 24, § 2º); (2) ou União invade campo residual dos Estados-membros (arts. 25, § 1º); (3) ou o Estado-membro invade o campo das “normas gerais” da União; (4) ou o Estado-membro invade a competência privativa da União (art. 22).

Há (1) um problema inicial de delimitação das matérias – principalmente nos casos em que há invasão da competência privativa da União, ou da residual do Estado-membro; após o que (2) o problema se restringe aos limites das “normas gerais”, quando já delimitada a matéria ambiental.

A simplificação dessa esquematização colabora, de modo evidente, para as possíveis soluções que podem ser apresentadas. A rigor, os casos mais frequentes na federação brasileira são (i) a legislação do Estado-membro invadindo o âmbito das “normas gerais” da União; (ii) a legislação do Estado-membro em conflito com a competência privativa da União (art. 22).

A recepção da concepção de transversalidade da competência ambiental, utilizada no direito comparado espanhol, mostra-se conveniente para os problemas iniciais de delimitação, evitando-se recorrer-se às presunções do direito brasileiro. Permite resolver os conflitos competência privativa v. concorrente de forma a preservar mais adequadamente a autonomia dos Estados-membros, contribuindo assim para os objetivos propostos neste trabalho. Os critérios da prevalência da lei federal, ou da predominância do interesse (nesse caso, o interesse invariavelmente vencedor acaba sendo o nacional, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal

Federal). Delimita-se o possível, considerando-se posteriormente que o exercício da competência exclusiva deve respeitar a possibilidade de desenvolvimento pelos entes regionais, na matéria confluyente (ambiental). E a recíproca é verdadeira.

Após a delimitação da matéria, o problema continua sendo as “normas gerais”. A concepção da doutrina espanhola pode perfeitamente ser recepcionada pelo direito constitucional brasileiro. A leitura do art. 24, § 2º, permite que se considere a possibilidade de “normas adicionais de proteção” dos Estados-membros, para atendimento a suas peculiaridades, respeitado o “mínimo denominador comum”. Os argumentos de ordem histórica por vezes apresentados na doutrina brasileira<sup>1108</sup> não se sustentam, já que comprovado pelos debates constituintes que o critério *in dubio pro natura* foi rejeitado, para resolução de eventual conflito competencial, e não essa possibilidade de incremento protetivo. Essa concepção garante maior eficácia protetiva ambiental, visto que abre essa possibilidade aos Estados-membros, e concretiza o princípio da participação democrática, um dos núcleos do direito do meio ambiente. A preocupação com a instabilidade federativa ante essa possibilidade é atenuada pela necessidade, sempre presente, de justificação de atendimento a essas peculiaridades, e em consonância com o princípio da lealdade federativa.

A proteção ao meio ambiente é prejudicada todas as vezes que não se assegura o princípio da participação democrática, pois são as comunidades diretamente afetadas pelos problemas ambientais aquelas que melhor compreendem essas dificuldades e podem apontar as soluções para essas questões. Como já referido no decorrer do trabalho, o federalismo exercido em sua plenitude, com equilíbrio, permite conciliar a unidade na diversidade, é dinâmico, como deve ser a proteção do meio ambiente, adequando-se às mutáveis circunstâncias complexas, permite a experimentação criativa dos modelos protetivos ambientais, potencializa a eficiente alocação de recursos, não sobrecarregando o poder central<sup>1109</sup>.

---

1108 MONTEIRO DE REZENDE, Renato. “normas gerais” revisitadas: a competência legislativa em matéria ambiental. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Senado Federal. Brasília: 2013. p. 51; KRELL, Andreas J. *Autonomia municipal e proteção ambiental: critérios para definição das competências legislativas e das políticas locais*. in KRELL, Andreas J. (organizador). *A aplicação do direito ambiental no estado federativo*. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2005. p. 183

1109 FARIAS, Paulo José Leite. *Competência Federativa e Proteção Ambiental*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 1999. p. 370-1

Por fim, o princípio da proporcionalidade permite, de acordo com a doutrina germânica (adequação, necessidade, proporcionalidade *stricto sensu*), que se realize o teste necessário, considerando-se os princípios e interesses envolvidos, algumas vezes em rota de colisão, para o estabelecimento dos limites desse “mínimo denominador comum”, que deve ser de tal modo a garantir uma proteção efetiva ao meio ambiente, sem incorrer em excessos restritivos.

Após a aplicação nos casos usualmente discutidos na jurisdição constitucional brasileira, algumas conclusões puderam ser extraídas:

(1) as questões a serem respondidas foram simplificadas, permitindo melhor esquematização do raciocínio e da fundamentação. O aspecto aparentemente confuso que caracteriza a doutrina brasileira federativa, nesse ponto, mostrou-se mais apropriado e coerente;

(2) a utilização do princípio da proporcionalidade, seguindo-se a sistemática da doutrina alemã, conferiu maior transparência e clareza argumentativa, evitando-se recorrer a critérios hermenêuticos pautados em presunções. Como já colocado, presunções não são o caminho indicado para se assegurar o equilíbrio federativo, essencial à defesa do meio ambiente;

(3) é possível considerar o aumento dos níveis de proteção conferidos pela legislação federal, desde que justificadamente, sem prejuízo da federação;

(4) as ponderações efetuadas consideraram usualmente a (i) proteção ao meio ambiente; e (ii) a restrição a alguma liberdade (de comércio, de circulação, econômica, enfim). Nesses sopesamentos, invariavelmente considerou-se também o contexto federativo, de diversidade na unidade. Foi possível oferecer uma resposta mais equilibrada ao que consiste o “mínimo denominador comum”.

(5) constatou-se, em síntese, a possibilidade de solucionar os conflitos federativos União v. Estados-membros de forma mais sistemática, transparente, e oportunizando maior descentralização competencial, preservando-se as legislações dos Estados-membros

Observou-se, também, a desnecessidade do emprego de presunções para a doutrina constitucional federativa, e que se existe maior flexibilização, com possibilidade de incremento protetivo pelos Estados-membros, isso não significa aceitação irrestrita dessas legislações estaduais. Talvez o exemplo mais significativo disso consista o caso da ADPFMC nº 234/DF. De fato, mesmo considerando a possibilidade de proibição de uso do amianto no Estado de São Paulo (ADIMC 3.937/SP), a vedação de utilização do transporte dessa substância, em suas estradas ou rodovias federais, por veículos de outros Estados-membros, em que a substância é permitida (de acordo com a legislação federal), mostra-se desnecessária. Isso porque a restrição imposta nessa situação é excessiva, e o mesmo direito que São Paulo possui à diversidade, atendendo suas peculiaridades, Goiás também o possui. A federação é um espaço de convivência, em que múltiplos direitos à diversidade devem ser contemporizados, e podem ser simultaneamente exercidos.

Destaque-se esse ponto: o objetivo é estabelecer critérios que permitam solucionar os conflitos competenciais ambientais União v. Estados-membros oportunizando maior descentralização, pois isso se mostra mais efetivo à proteção ao meio ambiente. Contudo, não a qualquer preço, sob pena de incorrer-se nos mesmos erros que se procura combater. A utilização de presunções de forma equivocada e exagerada, que não conduzem ao equilíbrio federativo. Essa razão explica, também, porque se restringiu a descentralização aqui propugnada somente ao nível dos Estados-membros (o corte efetuado no objeto de estudo deste trabalho). Além das razões de ordem prática já oferecidas à introdução, entende-se que a realidade federativa atual brasileira não comporta uma descentralização aos municípios. A prática cotidiana, que revela inexistirem Secretarias do Meio Ambiente em muitos municípios brasileiros, demonstra a realidade crua dessa impossibilidade. Por isso, objetiva-se a descentralização possível, e que se entende possa ser conseguida por uma jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mais aberta à autonomia dos Estados-membros.

Digno de nota, também, é que não se verificou *nenhuma* decisão do Supremo Tribunal Federal, em matéria ambiental, declarando a inconstitucionalidade de lei federal por extrapolação dos limites das “normas gerais”.

E raras vezes isso ocorreu em outras matérias (2 situações). Mesmo que se entenda a dificuldade inerente a decidir sobre um conceito com elevado grau de indeterminação como as “normas gerais”, isso evidencia, de certo modo, como a doutrina constitucional federativa extremamente centralizadora do Supremo Tribunal Federal.

Deve-se mencionar, também, que a utilização do princípio da proporcionalidade, além das vantagens já referidas (sistematização argumentativa, transparência, flexibilidade, conjugação dos diversos princípios e interesses em julgamento), mostrou-se extremamente interessante na resolução de conflitos competenciais pela inevitabilidade, ao se avaliar o subprincípio da necessidade, de comparação legislativa. Com efeito, ao ter que responder se “o meio empregado para a consecução do fim pretendido (proteção ambiental), constitui o menos gravoso”, as comparações se tornam inevitáveis. Um julgamento que traduziu bem essa afirmação foi o RE nº 586.224/SP, em que a lei municipal foi comparada à lei estadual, acrescido do transcurso do tempo. Outro exemplo foi os julgamentos envolvendo amianto, especialmente a ADIMC nº 3.937/SP. Essas comparações, invariavelmente, tornam-se indispensáveis, objetivando verificar qual o meio menos gravoso, e acabam indiscutivelmente por resolver o conflito. Mas, sempre de modo a considerar todos os interesses e princípios contrapostos.

Ao final, entende-se desnecessária essa preocupação excessiva de parcela da doutrina brasileira<sup>1110</sup> em procurar não confundir o material com o formal. Um direito fundamental é concretizado, invariavelmente, por meio de legislações, e essas possuem requisitos para sua confecção, que por vezes não guardam um limite tão nítido material v. formal. No caso brasileiro, a inconstitucionalidade material da legislação federal, por exemplo, acaba abrindo espaço para o disposto no art. 24, § 3º (e o conflito federativo se resolve). De outro modo, a legislação ambiental do Estado-membro somente será válida, dentre outros requisitos, se justificada de acordo com as peculiaridades locais. E, nesse ponto, algumas restrições acabem sendo excessivas, ou então não se caracterizam as “peculiaridades”, de modo que formal e material acabam por vezes tendo pontos comuns.

---

1110 FILHO, Anizio Pires Gavião. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2005. p. 84-

Talvez um ponto a ser aprofundado em futura pesquisa, assim como a extensão das contribuições propostas aos conflitos envolvendo leis municipais.

Por fim, não menos importante, o objetivo fundamental deste trabalho era verificar critérios que permitissem à jurisprudência constitucional federativa brasileira resolver os conflitos competenciais União v. Estados-membros, oportunizando maior descentralização, e, assim, incrementando-se a efetividade da proteção ambiental. Evidentemente, não se pode acreditar que somente isso tornará mais efetiva essa proteção ambiental. A descentralização da federação brasileira deveria vir acompanhada, por exemplo, de melhor distribuição de recursos, visto a inviabilidade de Estados-membros (e mesmo os Municípios) desempenharem satisfatoriamente suas funções com apenas 30% da receita arrecadada no país. Pode-se mencionar também outros fatores, mas se acredita que a existência de uma justiça federativa mais equilibrada, com certeza, já é um importante começo nessa linha descentralizadora.

Ressalte-se: o importante é a resolução do conflito federativo, de forma equilibrada, assegurando a proteção ao meio ambiente. Como já asseverado: o federalismo é importante para a democracia, e essa, por sua vez, essencial à proteção ambiental.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os Barões da Federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Editora Hucitec, 1998.

AJA, Eliseo. *El Estado Autonómico. Federalismo y Hechos Diferenciales*. 2ª Edición. Alianza Editorial. Madrid: 2003.

- *Estado Autonómico y Reforma Federal*. Alianza Editorial. Madrid: 2014.

- *La Distribución de Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España. Balance y perspectivas*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 4. Septiembre-diciembre. 1989.

ALBERTÍ ROVIRA, Enoch. *La Sentencia 31/2010: valoración general de su impacto sobre el Estatuto y el Estado de las Autonomías*. Revista catalana de dret públic. Especial Sentencia sobre el Estatuto.

- *La delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Núm 119. Enero – Marzo. 2003.

ALLUE, Alfredo et al. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Vol II. 1ª Edición. Ed. Lex Nova. Valladolid: 2013.

ALEXY, Robert. *Posfácio (2002)*. in *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros. São Paulo: 2008.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ALTHUSIUS, Johannes. *Política*. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. Editora Topbooks. Rio de Janeiro: 2003.

ANDRADA E SILVA, José Bonifácio de. *Projetos para o Brasil*. Org. Mirian Dolhnikoff. Ed. Companhia das Letras. 1ª reimpressão. São Paulo: 2005.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Memória Jurisprudencial: Ministro Aliomar Baleeiro*. Supremo Tribunal Federal. Brasília: 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e Competências Ambientais no Brasil*. Lumen juris Editora. Rio de Janeiro. 2007.

- *Direito Ambiental*. 17ª Edição. Editora Atlas. São Paulo: 2015.

ARAGÓN REYES, Manuel. *Estudios de Derecho Constitucional*. 2ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2009.

ARAUJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Jurisdição Constitucional e Federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Elsevier Editora. Rio de Janeiro: 2009.

ARROYO GIL, Antônio. *El orden federal alemán em los albores del siglo XXI: Un estudio jurídico-constitucional del federalismo alemán desde una perspectiva competencial e institucional*. p. 113. Tesis doctoral. Disponível em <https://repositorio.uam.es/xmlui/handle/10486/9203>, acesso em 29.06.15, às 21:37h

- *Una concepción de los principios de competencia y prevalencia en el Estado Autonómico español*. RJUAM, nº 20, 2009-II.

AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. *ADI 3.421: releitura da “guerra fiscal do ICMS”*. in HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício (coord.). *O Supremo por Seus Assessores*. 1ª Edição. Almedina. São Paulo: 2014.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *El Tribunal Constitucional como “Supremo Intérprete” de la Ley de Aguas. Una reflexión sobre la posición de los Estatutos de Autonomía en nuestro ordenamento constitucional y un comentario a la STC 30/2011*. REAF, Núm 14, octubre 2011.

BALEEIRO, Aliomar. *Alguns Andaimos da Constituição*. Aloísio Maria de Oliveira Editor. Rio de Janeiro. 1950.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Teoria das Constituições Rígidas*. J. Bushatsky. 1980.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução*. in <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1470> 05.02.14 às 11:46h.

BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge University Press. 2012.

BARNES, Javier. *El principio de proporcionalidad: estudio preliminar*. Cuadernos de Derecho Público. Num 5 (septiembre-diciembre). 1998.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Livraria e Editora Brasília Jurídica. Brasília: 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *A Derrota da Federação: o Colapso Financeiro dos Estados e Município*. Revista de Direito Proc. Geral. Rio de Janeiro, (53), 2000.

- *Direito Constitucional Brasileiro: o problema da Federação*. Ed. Forense. Rio de Janeiro: 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. Ed. Saraiva. São Paulo: 1998.

BENJAMIN, Antônio Herman V. *Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro*. Revista de Direito Ambiental. Ano 4. abril-jun 1999. Editora RT.

- *O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental*. BDJur, Brasília, DF, 7 maio 2010.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2007.

- *A Migração do Princípio da Proporcionalidade pela Europa*. Trad. Lays Gomes Martins. Revista Libertas. Vol 1, nº 2, jul-dez 2014. Ouro Preto - MG. [www.libertas.ufop.br/Volume1/n2/8.pdf](http://www.libertas.ufop.br/Volume1/n2/8.pdf). Acesso em 29.07.15.

BIGLINO CAMPOS, Paloma. *Un Complejo Modelo de Distribución de Competencias que necesita otras garantías*. Revista de Administración Pública. ISSN: 0034-7639, núm. 187. Madrid, enero-abril (2012).

- *La Reforma de los Estatutos de Autonomía: un problema que se desplaza, otro que se agudiza y otros por resolver*. Corts: Anuario de derecho parlamentario, ISSN 1136-3339. nº. 25 - 2011.

- *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2007.

BISCH, Isabel da Cunha. *A Federação Brasileira: A Ordem Nacional e as Normas Gerais*. in SOUZA Jr, Cezar Saldanha e Marta Ávila (coord). *Estudos sobre o Federalismo*. Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2007.

BITAR, Orlando, *A Lei e a Constituição*. in *Obras Completas*. vol I. Ed. Renovar. Rio de Janeiro. 1996.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. Ed. Ministério da Justiça. Brasília: 1997.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. *La constitución de 1978*. 2ª Edición. Alianza Editorial. Madrid: 2011.

BLASCO DÍAZ, José Luís. *La distribución competencial en materia de costas*. REAF, num. 10, abril de 2010.

BOCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Juan Luís Requejo Pagés e Ignácio Villaverde Menéndez. Nomos. Baden-Baden: 1993.

BOROWSKI, Martin. *La Restricción de los Derechos Fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 20. Núm 59. Mayo-Agosto 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2009.

BRAZ, Mariana Cereja. *O STF e a Modulação Temporal dos Efeitos no Controle de Constitucionalidade Abstrato e Concentrado*. in [http://www.sbdp.org.br/ver\\_monografia.php?idMono=211](http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=211) acesso em 30.01.15 às 11:51h.

CAAMAÑO, Francisco. *Sí, pueden (Declaraciones de Derechos y Estatutos de Autonomía)*. Revista Española de Derecho Constitucional. ISSN: 0211-5743, núm. 79, enero-abril (2007). p. 33-46

CAMARGO, Aspásia. *Federalismo cooperativo e o princípio da subsidiariedade: notas sobre a experiência recente do Brasil e da Alemanha*. in , HOFMEISTER, Wilhelm; CARNEIRO, José Mário Brasiliense. *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. Série Debates nº 22. Konrad Adenauer Stiftung. São Paulo: 2001.

CAMARGO, Fernando Santos de. *Federalismo e poder judiciário: a atuação do STF nas disputas federativas*. in SANTOS, Rogério Dutra dos Santos et al. (Coord.). *Teoria do estado e da constituição*. Florianópolis: FUNJAB, 2013; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. *Poder judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre estados e união*. Lua nova, São Paulo, n. 78.

CAMARGO, Nilo Marcelo de Almeida. *Introdução às Normas Gerais da Constituição Brasileira de 1988 como Limitação à Autonomia Política*. Ed. Núria Fabris. Porto Alegre: 2013.

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. v. I. São Paulo: 1956, Liv. Freitas Bastos.

CANALS AMETLLER, Dolors. *La polémica jurisprudencia del Tribunal Constitucional em materia de espacios protegidos: competencias estatales versus competencias autonómicas (comentario en torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995, de 26 de junio, em relación con las SSTC 156/1995, de 26 de octubre, y*

163/1995, de 8 de noviembre). Revista de Administración Pública. Núm. 142. Enero-abril 1997.

CANOSA USERA, Raúl. *Constitución y Medio Ambiente*. Editorial Dykinson. Madrid: 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª Ed, 2ª reimpressão. Ed. Almedina. Coimbra: 2003.

- [et al.]. *Comentários à Constituição do Brasil*. Ed. Saraiva/Almedina. São Paulo: 2013.

CARNEIRO, Augusto C. *A História do Ambientalismo: o socialismo, a direita e o ecologismo*. Ed. Sagra Luzzatto. Porto Alegre: 2003.

CARRERAS SERRA, Francesc de. *Sobre la inevitable construcción jurisprudencial del Estado autonómico*. in LÓPEZ BASAGUREN, Alberto; ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. *Los caminos del federalismo y horizontes del Estado Autonómico*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública. 2014.

CARRILLO LÓPEZ, Marc. *La doctrina del Tribunal sobre la definición de las competencias. Las competencias exclusivas, las compartidas y las ejecutivas*. Revista catalana de dret públic. Especial Sentencia sobre el Estatuto.

CARSON, Rachel. *Primavera Silenciosa*. Editorial Crítica. Barcelona: 2013.

CARVALHO PINTO, Carlos Alberto A de. *Normas Gerais de Direito Financeiro*. Prefeitura do Município de São Paulo. 1949.

CASSESE, Sabino. *Dentro la Corte: diario di un giudice costituzionale*. Ed. Il Mulino. Bologna: 2015.

CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. 3ª Edição. Editora Del Rey. Belo Horizonte: 1996.

CASTRO RUANO, José Luis de. *El sistema de alerta temprana para el control de la subsidiariedad: su aplicación por el Parlamento vasco*. Revista CIDOB d'afers internacionals, nº 99, (septiembre 2012).

CHANO REGAÑA, Lorena. *Igualdad y principio de proporcionalidad en el derecho europeo*. Revista Universitaria Europea. Nº 23. Julio-Diciembre, 2015: 151-174.

CLÉRICO, Laura. *Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad*. in SIECKMANN, Jan-R (ed.). *La Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales*. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3ª Edição. Ed. Saraiva. São Paulo: 2007.

CONTRERAS CASADO, Manuel. *La vieja apuesta por el federalismo y sus dificultades en España*. in TUDELA ARANDA, José; KNÜPLING, Félix. *España y modelos de federalismo*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2010.

CORREIA NETO, Celso de Barros. *ADI 875: a inconstitucionalidade dos critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados*. in HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício (coord.). *O Supremo por Seus Assessores*. 1ª Edição. Almedina. São Paulo: 2014.

COUTO E SILVA, Almiro do. *O Princípio da Proteção da Confiança e a Teoria da Invalidez dos Atos Administrativos no Direito Brasileiro*. In *Conceitos Fundamentais de Direito no Estado Constitucional*. Ed. Malheiros. São Paulo: 2015.

CRETELLA JÚNIOR. José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. vol. 3. Editora Forense Universitária. Rio de Janeiro: 1990.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*. 2ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2006.

CRUZ VILLALÓN, Pedro; MEDINA GUERRERO, Manuel. *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*. Vol. II. Parlamento de Andalucía. Ideas Más Tecnología. Sevilla: 2012.

CUNHA FERRAZ, Anna Cândida da. *Poder Constituinte do Estado-Membro*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 1979.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. Editora Ática. São Paulo: 1986.

DANTAS, San Tiago. *Igualdade perante a Lei e Due Process of Law*. in *Problemas de Direito Positivo: Estudos e Pareceres*. 2ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro: 2004.

DEAN, Warren. *A ferro e fogo: a história e a devastação da mata atlântica brasileira*. Trad. Cid Knipel Moreira. 9ª reimpressão. Ed. Companhia das Letras. São Paulo: 2013.

DELGADO, Manuel. *El parlamento español y el control del respeto al principio de subsidiariedad por las iniciativas legislativas de la Unión Europea*. em <http://www.movimientoeuropeo.org/el-parlamento-espanol-y-el-control-del-respeto-al-principio-de-subsidiariedad-por-las-iniciativas-legislativas-de-la-union-europea/> Acesso em 22.07.16, as 14:38h

DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. *¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?* Revista Española de Derecho Constitucional. ISSN: 0211-5743, núm 78, septiembre-diciembre. 2006.

ELAZAR, Daniel J. *Federalismo como meio e como fim*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte. Ano 5, n.19, jul/set 2011.

- *Exploración del Federalismo*. Trad. Josep Ma. Solé Alseda. Editorial Hacer. Barcelona: 1990.

ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente*. 3ª Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014.

FARIAS, Paulo José Leite. *Competência Federativa e Proteção Ambiental*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 1999.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre: 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo. *A Competência Constitucional legislativa em Matéria Ambiental: à luz do 'federalismo cooperativo ecológico' consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro*. Revista de Direito Ambiental. Ano 18. 71. Jul-Set 2013. Editora RT.

- *A Competência Constitucional legislativa em Matéria Ambiental: à luz do 'federalismo cooperativo ecológico' consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro*. Revista de Direito Ambiental. Ano 18. 71. Jul-Set 2013. Editora RT.

FERRARI, Sérgio. *Constituição Estadual e Federação*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2003.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder Constituinte do Estado-membro*. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1979.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. Vol. 2. Ed. Saraiva. São Paulo: 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol I. Ed. Saraiva. São Paulo: 1990.

FILHO, Anizio Pires Gavião. *Interpretação como Argumentação*. in HECK, Luís Afonso (organizador, tradutor e revisor). *Direitos Fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy*. Sérgio Fabris Editor. Porto Alegre: 2014.

- *Direito Fundamental ao Ambiente*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2005.

FILHO, Willis Santiago Guerra. *Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal*. in SILVA, Vírgilio Afonso da (organizador). *Interpretação Constitucional*. 1ª edição, 3ª tiragem. Malheiros Editores. São Paulo: 2010.

FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la Sociedad Industrial*. Trad. Luiz López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz. Instituto de Estudios Políticos. Madrid: 1975.

FOSSAS ESPADALER, Enric. *El principio dispositivo en el Estado Autonómico*. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2007.

- *El Estatuto tras la sentencia*. UNED. Teoría y Realidad Constitucional. Núm 27. 2011.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 2ª Edição. Editora Forum. Belo Horizonte: 2012.

- *Princípio da Precaução: Vedação de Excesso e de Inoperância*. Revista Interesse Público. Ano VII. Numero 34. 2006.

FUCK, Luciano Felício. *Tributação e Cláusulas Pétreas: ADI 939*. in HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício (coord.). *O Supremo por Seus Assessores*. 1ª Edição. Almedina. São Paulo: 2014.

FURLAN, Anderson; FRACALOSSO, William. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GALETTA, Diana-Urania. *El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario*. Cuadernos de Derecho Público. Num 5 (septiembre-diciembre). 1998.

GARCIA ROCA, Javier (editor). *Pautas para una reforma constitucional: informe para el debate*. Ed. Aranzadi. Pamplona: 2014.

- *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. UNED. Teoría y Realidad Constitucional. Núm 20. 2007.

GARCIA PÉREZ, Rafael. *La aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia sobre libre circulación de mercancías del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas*. Anuario da Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña. 5/2001.

GARGARELLA, Roberto. *La Justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. 1ª reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición. 2011.



GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 2ª Edición. Ed. Aranzadi. 2015.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Sérgio Fabris Editor. Porto Alegre: 2002. Reimpressão.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Os Artigos Federalistas*. Trad. Maria Luísa X. De A. Borges. Ed Nova Fronteira. Rio de Janeiro: 1993. Artigo LXXX (Hamilton).

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. Editora Fabris. Porto Alegre: 1995.

HERRERA DE REY, Joaquín José. *Principios constitucionales. Distribución competencial*. In <http://www.laleydigital.es>. Acesso em 26.11.14.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. Fabris. Porto Alegre: 1998.

- *El Estado Federal Unitario*. Trad. Miguel Azpitarte. ReDCE nº 6. Julio-diciembre. 2006.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4ª edição revista e atualizada. Editora Del Rey. Belo Horizonte: 2003.

- *A Autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro*. Est. Gráfica Santa Maria. Belo Horizonte: 1964.

IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe. *Una crítica del reparto de competencias en la Constitución, su desarrollo y alguna sugerencia*. RJUAM, nº 28, 2013-II.

JIMENEZ CAMPO, Javier. *¿Que es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autônomico*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 9. Núm. 278. Septiembre-Diciembre. 1989.

JORDANO FRAGA, Jesús. *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*. José Mª. Bosch Editor. Barcelona: 1995.

- *El futuro del derecho ambiental*. Revista Aranzadi de derecho ambiental. 2012. Núm. 23.

JURAS, Ilídia da Ascensão Garrido Martins; ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. *Legislação concorrente em meio ambiente*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Ed Martins Fontes. São Paulo: 2003.

- *Teoria Pura do Direito*. 6ª Edição. Armênio Amado Editora. Coimbra: 1984.

KRELL, Andreas J. *Autonomia Municipal e Proteção Ambiental: Critérios para Definição das Competências Legislativas e das Políticas Locais*. in KRELL, Andreas J. (organizador). *A aplicação do direito ambiental no estado federativo*. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2005.

- *Lei de normas gerais, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

- *O Município no Brasil e na Alemanha: direito e administração pública comparados*. São Paulo: Oficina Municipal. 2003.

- *A Necessária Mudança de Foco na Implantação do Federalismo Cooperativo no Brasil: da Definição das Competências Legislativas para o Desenho de Formas Conjuntas de Execução Administrativa*. p. 650 in SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2009.

- *Autonomia Municipal e Proteção Ambiental: Critérios para Definição das Competências Legislativas e das Políticas Locais*.

LAFER, Celso. *Desafios: ética e políticas*. Ed. Siciliano. São Paulo: 1995.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3ª Edição. Ed. Calouste Gulbenkian. Lisboa: 1997.

LEITÃO, Miriam. *Saga Brasileira: a longa luta de um povo por sua moeda*. 7ª Edição. Ed Record. Rio de Janeiro: 2013.

LEONCY, Léo Ferreira. *Princípio da Simetria e Argumento Analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente*. Tese de Doutorado. [www.teses.usp.br/teses/.../2/.../Leo\\_Ferreira\\_Leoncy\\_parcial\\_tese.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/.../2/.../Leo_Ferreira_Leoncy_parcial_tese.pdf) acesso em 30.06.15, as 16:05h

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1994.

LOBO, Paulo Luiz Neto. *Competência legislativa concorrente dos Estados-membros na Constituição de 1988*. Revista de Informação Legislativa ano 26, n. 101 jan/mar 1989.

LÓPEZ BASAGUREN, Alberto. *Problemas actuales en el Estado autonómico. in* LÓPEZ BASAGUREN, Alberto; ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. *Los caminos del federalismo y horizontes del Estado Autonómico*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública. 2014.

LÓPEZ MENUDO, Francisco. *Planteamiento constitucional del medio ambiente. Distribución de competencias Estado-comunidades autónomas*. en VV.AA.: *Protección administrativa del medio ambiente*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid: 1994.

- *Concepto constitucional del medio ambiente. El reparto competencial*. Estudios de derecho judicial, ISSN 1137-3520, N.º. 56, 2004 (Ejemplar dedicado a: Reparto competencial en materia de medio ambiente. Control medioambiental de la administración pública).

LOZANO CUTANDA, Blanca; LAGO CANDEIRA, Alejandro; LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe. *Tratado de Derecho Ambiental*. Ed. Centro de Estudios Financieros. Madrid: 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 23ª edição, revista, ampliada e atualizada. Malheiros Editores. São Paulo: 2015.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. 7ª Edição. Editora Verbo Jurídico. Porto Alegre: 2013.

MARISCAL AGUILAR, Carmen María. *La protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de la consideración del derecho al medio ambiente adecuado como parte del interés general en una sociedad democrática*. in <http://www.huespedes.cica.es/gimadus/24/05.html> acceso em 06.08.15.

MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Ambiental*. 3ª Edición (revisada, ampliada y puesta al día). Editorial Aranzadi. 2003.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. *La Defensa Cruzada de Derechos: la protección del medio ambiente em la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Anuario Jurídico de La Rioja, nº 10, 2004-2005.

MARTINS, Leonardo. *Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros*. Cadernos de Direito, Piracicaba 3 (5): 15-45, jul/dez. 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. Volume I. 5ª Edição Atualizada. Livraria Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 1954.

MCCORMICK, John. *Rumo ao Paraíso: a história do movimento ambientalista*. trad.: Marco Antônio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Ed. Relume Dumará. Rio de Janeiro: 1992.

MEDINA GUERRERO, Manuel. *La Incidencia del Sistema de Financiación en el Ejercicio de las Competencias de las Comunidades Autónomas*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1992.

- *El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales*. Cuadernos de Derecho Público. Num 5 (septiembre-diciembre). 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. Editora RT. 4ª Edição. São Paulo: 1981.

MELLO, Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)*. 3ª Edição. Brasília: 2012.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Editora Saraiva. São Paulo: 2011.

- *O Projeto de uma Corte Deliberativa*. In VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Mota; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. Malheiros Editores. São Paulo: 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*. Ed. Saraiva. São Paulo: 1990.

- *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999*. Ed. Saraiva. 1ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: 2009.

- *A Representação Interventiva*. Direito Público. Vol I. nº 9 (2005).

- *O Efeito Vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas*. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol 1, n.4, agosto 1999.

- *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2008.

- *A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Repertório IOB de Jurisprudência. 1ª Quinzena de Dezembro de 1994. nº 23/94.

- *Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional*. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol 2, n.13, junho/1999.

MIGUEL PERALES, Carlos de. *Derecho Español del Medio Ambiente*. 3ª Edición. Ed. Civitas. 2009.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013.

MOHN E SOUZA, Paulo Fernando. *A Subsidiariedade como Princípio de Organização do Estado e sua Aplicação no Federalismo*. Senado Federal. Brasília: 2010.

MONTEIRO DE REZENDE, Renato. *Normas Gerais revisitadas: a competência legislativa em matéria ambiental*. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Senado Federal. Brasília: 2013.

MONTESQUIEU, Charles L. *Do Espírito das Leis*. 2ª Parte, Livro IX, Capítulo I. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins. 2ª Edição. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais*. Revista de Informação Legislativa. Ano 25, Núm. 100 out/dez 1988.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *La distribución de competencias entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las corporaciones locales en materia de medio ambiente*. Documentación administrativa, ISSN 0012-4494, Nº 190, 1981 (Ejemplar dedicado a: Ecología y medio ambiente).

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules. Princípios e Regras Constitucionais*. Editora WMF Martins Fontes. São Paulo: 2013.

NOGUEIRA LÓPEZ, Alba. *La transposición de directivas ambientales en el Estado Autonómico*. in [www.gencat.cat/governacio/pub/sum/iea/IEA\\_85.pdf](http://www.gencat.cat/governacio/pub/sum/iea/IEA_85.pdf) Acesso em 06.08.14.

NOVAIS, Fabrício Muraro. *Intervenção Federal n. 5179 – Distrito Federal: princípios constitucionais sensíveis, federação e Supremo Tribunal Federal*. in HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício (coord.). *O Supremo por Seus Assessores*. 1ª Edição. Almedina. São Paulo: 2014.

NUNES LEAL, Victor. *A Súmula do Supremo Tribunal e o Restatement of the Law dos Norte-americanos*. in *Problemas de Direito Público e Outros Problemas*. Vol. 2. Imprensa Nacional. Brasília: 1999.

- *Problemas de Direito Público e Outros Problemas*. Vol. I. Brasília: 1999.

OLIVEIRA, Márcia Santos. *Modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade difuso*. in [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11521](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11521), acesso em 21.11.14, as 19:02h.

ORTEGA ALVAREZ, Luís Ignacio. *Los Estatutos de Autonomía tras la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010*. <http://www.regione.emilia-romagna.it/affari.../Ortega.pdf>. Acesso em 30.07.15.

- *Los nuevos estatutos de autonomía*. QDL, 16 de febrero de 2008. Fundación Democracia y Gobierno Local.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luís; ALONSO GARCÍA, Maria Consuelo (dir.); VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de (coord.). *Tratado de Derecho Ambiental*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia: 2013.

OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Obras Completas*. Universidad de Oviedo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Oviedo: 2010.

PACHECO, Cláudio. *Tratado das Constituições Brasileiras*. Vol II. Editora Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 1958.

PALOS, Aurélio Guimarães Cruvinel e. *A Constituição de 1988 e o Pacto Federativo Fiscal*. Consultoria Legislativa. Março 2011.

PALOMARES AMAT, Miguel. *La participación del parlamento de Cataluña en la aplicación y el control del principio de subsidiariedad*. Revista de Derecho Comunitario Europeo. Núm. 38, Madrid, enero/abril (2011).

PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano. *Comentários à Constituição de 1891*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005. Ed Fac-Similiar.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6ª Ed. Tecnos. Madrid: 1999.

- *La tercera generación de derechos humanos*. Aranzadi. 2014.

PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª Edição. Ed. Marcial Pons. Madrid: 2014.

- *La reforma constitucional inviable*. Catarata. Madrid. 2015.

- *La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un Estado compuesto en España: elementos de continuidad y ruptura, e incidencia en las perspectivas de evolución del Estado Autonómico*. Revista catalana de dret públic, núm. 43, 2011.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. *in* Introdução. NUNES LEAL, Victor. *Problemas de Direito Público e Outros Problemas*. Vol. 2. Imprensa Nacional. Brasília: 1999.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Souza e António Franco. Ed. Saraiva. São Paulo: 2012.

PINTO, Henrique Motta; SUNDFELD, Carlos Ari. *Três Desafios para Melhorar a Jurisdição Constitucional Brasileira*. In VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Mota; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. Malheiros Editores. São Paulo: 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. V.I (art. 1º - 36). Henrique Cahen Editor. Rio de Janeiro: 1947.

- *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1 de 1969*. Tomo II (arts. 8º -31). 3ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro: 1987.

QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás de la. *Los principios de competencia y prevalencia como reglas de resolución de conflictos en el Estado Autonómico*. RJUAM, nº 20, 2009-II.

- *El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre*. Revista General de Derecho Constitucional 5 (2008).

- *Algunas novedades doctrinales en materia competencial. in Crisis y Constitución*. Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2015.

REIS MAGALHÃES, Marco Túlio. *O direito à saúde e ao meio ambiente equilibrado como preceitos fundamentais: a ADPF 101 – proibição de importação de pneus usados*. in HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício (coord.). *O Supremo por Seus Assessores*. 1ª Edição. Almedina. São Paulo: 2014.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *O Federalismo numa Visão Tridimensional do Direito*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre. 2011.

REX, Roger Valério de Vargas. *O sistema de alerta precoce na União Europeia*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. v.8, n.1/2013.

ROCA TRÍAS, Encarnación. *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*. Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España. Roma. Octubre 2013. *in* <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XV%20Trilateral/PONENCIA.pdf>, acesso em 19.07.2016, às 22:31h.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O Papel do Município na Federação Brasileira. In XXVI Encontro Nacional de Procuradores Municipais. Anais. Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito Municipal, 1988.

- *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Livraria Del Rey Editora. Belo Horizonte: 1997.

RODRIGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, Miryam. *La recepción del mecanismo de alerta temprana para el control preventivo de la subsidiariedad a nivel estatal y autonómico. Aproximación al caso andaluz*. Centro de Estudios Andaluces. 2010.

ROESSLER, Henrique Luís. *O Rio Grande do Sul e a Ecologia: crônicas escolhidas de um naturalista contemporâneo*. Martins Livreiro Editor. Porto Alegre: 1986.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *O tempero da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais*. In: Princípios processuais civis na Constituição. Coord. Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Obras de J-J Rousseau*. Vol II - Obras Políticas. Editora Globo. Porto Alegre: 1962.

RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*. Vol. II. 3ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2012.

- *El Tribunal Constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 24. Núm 71. Mayo-Agosto. 2004.

- *El Bloque de Constitucionalidad*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 9. Núm 27. Septiembre-Diciembre. 1989.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo. *El concepto de lo básico en la jurisprudencia constitucional sobre parques nacionales*. UNED. Teoría y Realidad Constitucional. Núm 19, 2007.

RUIZ RUIZ, Ramón; TORRE MARTÍNEZ, Lourdes de la. *Algunas aplicaciones e implicaciones del principio de proporcionalidad*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 14. 2011. p. 44

RUSSOMANO, Rosah. *O Princípio do Federalismo na Constituição Brasileira*. Livraria Freitas Bastos. 1965.

SACHS, Jeffrey. *La era del desarrollo sostenible*. Trad. Ramón Vilá. Ediciones Deusto. Barcelona. 2015.

SAMPAIO DORIA. *Autonomia dos Municípios*. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, XXIV/419



SAN MARTÍN SEGURA, David. *La “ecologización” de los derechos fundamentales en el marco del Convenio Europeo de los Derechos Humanos*. REDUR 3/año 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6ª Ed. rev. atual. ampl. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2006.

- *As resoluções do CONAMA e o princípio da legalidade: a proteção ambiental à luz da segurança jurídica*. em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_90/Artigos/PDF/IngoWolfgang\\_Rev90.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_90/Artigos/PDF/IngoWolfgang_Rev90.pdf), acesso em 20.08.15.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2014.

- *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. 2ª Edição Revista e Atualizada. Ed Revista dos Tribunais. São Paulo: 2012.

- *Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. Editora Saraiva. São Paulo: 2014.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª Ed. 3ª tiragem. Ed. Lúmen Juris. Rio de Janeiro. 2003.

SARMIENTO, Daniel. *El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local*. Revista de Administración Pública. Núm 162. Septiembre-diciembre 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Editora Del Rey. Belo Horizonte: 2002.

SATRÚSTEGUI, Miguel; LÓPEZ GUERRA, Luís; ESPÍN, Eduardo; GARCIA MORILLO, Joaquín; PÉREZ TREMPES, Pablo. *Derecho Constitucional*. Vol II. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia: 2013.

SAVIGNY, M.F.C de. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Trad. M. Ch. Guenox. Editorial Comares. Granada: 2005.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial. Madrid: 2011.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O Poder Econômico da União e as suas Repercussões sobre a Autonomia Política dos Estados*. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Vol III. Num 5. Jan/1959.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

- *O Estado-Membro na Constituição Federal*. Revista de Direito Público nº 16. 1971.

- *Comentário Contextual à Constituição*. 9ª edição. Malheiros Editores. São Paulo: 2014.

- *Direito Ambiental Constitucional*. 7ª edição atualizada. Malheiros Editores. São Paulo: 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Revista de Direito Administrativo 250 (2009): 197-227.

- *O STF e O Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. RDA 250 (2009).

- *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. in SILVA, Virgílio Afonso da (organizador). *Interpretação Constitucional*. 1ª edição, 3ª tiragem. Malheiros Editores. São Paulo: 2010.

- *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, 3ª tiragem. Editora Malheiros. São Paulo: 2014.

SILVA MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; DO NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. Vol 1. Editora Saraiva. 2ª Edição. São Paulo: 2012.

SIMÓN YARZA, Fernando. *Medio Ambiente y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2012.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre: 2000.

STF, *A Constituição e o Supremo* [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – 4. ed. – Brasília : Secretaria de Documentação, 2011. Modo de acesso: World Wide Web : . A Constituição e o Supremo.

SWEET, Alec Stone; MATTHEWS, Jud. *Proporcionalidad y constitucionalismo: un enfoque comparativo global*. Trad. Alberto Supelano. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2013.

TAJADURA TEJADA, Javier. *El principio de solidaridad en el Estado Autonomico*. Cuadernos de Derecho Público. Núm 32 (septiembre-diciembre). 2007.

- *El principio de cooperación en el Estado Autonomico: concepto, presupuestos y fines*. <http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/646292.pdf> em 29.07.15.

TAJADURA TEJADA, Javier (coordinador); ARANDA, Elviro, DE MIGUEL, Josu; MARIA ROMÁN, José. *Cinco propuestas para la reforma constitucional en clave federal. Informe elaborado por la fundación ciudadanía y valores*. Cuadernos Manuel Giménez Abada. Nº 5 – junio 2013.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª edição revista e atualizada. Ed. Saraiva. São Paulo: 2014.

TORNOS MAS, Joaquín. *La distribución de competencias en los sistemas federales. Una propuesta para una hipotética reforma constitucional en España*. in LÓPEZ BASAGUREN, Alberto; ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. *Los caminos del federalismo y horizontes del Estado Autonomico*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública. 2014.

TORRES, Marcos Abreu. *Conflito de Normas Ambientais Concorrentes: uma nova exegese*. (dissertação de mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília: 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre: 1993.

TUDELA ARANDA, José. *Heterogeneidad y asimetría en un estado indefinido. Una aceptación de la diversidad que es una puerta de futuro*. in TUDELA ARANDA, José; KNÜPLING, Félix. *España y modelos de federalismo*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2010.

- *Derechos Constitucionales y Autonomia Política*. Editorial Civitas. Madrid. 1994.

URIARTE RICOTE, Maite. *Jurisprudencia ambiental del Tribunal Constitucional*. Ambiente y derecho, nº. 12, 2014.

URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. in Visconde do Uruguai/organização e introdução de José Murilo de Carvalho. Editora 34. São Paulo: 2002.

VELASCO CABALLERO, Francisco. *La Protección del Medio Ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso "Lopez Ostra contra España")*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 15. Num. 45. Septiembre-Diciembre 1995.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à Brasileira”. Revista Direito GV. São Paulo: jul-dez (2008): 407-440.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador*. In MOTA, Carlos Guilherme da; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia (coordenadores). *Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro: (de 1930 aos dias atuais)*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2010.

VIVER PI-SUNYER, Carlos. *La distribución de competencias en España un año después de la STC 31/2010: ¿la reafirmación del Estado unitario?* in LÓPEZ BASAGUREN, Alberto; ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. *Los caminos del federalismo y horizontes del Estado Autonomico*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública. 2014.

WEDY, Gabriel. *Precaução no Direito Ambiental não quer dizer o mesmo que Prevenção*. Consultor Jurídico (São Paulo. Online), v. 09. 2014.

- *A aplicação do princípio da precaução deve ser proporcional*. Consultor Jurídico (São Paulo. Online), p. 1-5, 2014.

WOODWARD, Bob; SCOTT ARMSTRONG. *Por detrás da Suprema Corte*. Trad. Torrieri Guimarães. Ed Saraiva. São Paulo: 1985.